

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

FACULDADE DE DIREITO

Catarina Araújo Silveira Woyames Pinto



A proteção de mulheres em conflitos armados não internacionais

COIMBRA
2013

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

FACULDADE DE DIREITO

2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO

A proteção de mulheres em conflitos armados não internacionais

Catarina Araújo Silveira Woyames Pinto

Dissertação apresentada no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Área de Especialização: Ciências Jurídico-Políticas.

Menção: Direito Internacional Público.

Orientador: Doutor Professor Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de Almeida.

COIMBRA
2013

*Dedico esse trabalho à Alice Fátima Silveira
Woyames Pinto, minha estimada mãe.*

Por tudo.

Agradecimentos

O espaço limitado desta seção de agradecimentos, seguramente, não me permite agradecer, como devia, a todas as pessoas que, ao longo do meu Mestrado em Direito Internacional Público e Europeu me ajudaram, direta ou indiretamente, a cumprir os meus objetivos e a realizar mais esta etapa da minha formação acadêmica.

Desta forma, deixo apenas algumas palavras, poucas, mas um sentido e profundo sentimento de reconhecido agradecimento.

Ao *Professor Doutor Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de Almeida*, agradeço a oportunidade e o privilégio que tive em frequentar suas aulas de Direito Internacional Público. Sendo que estas aulas ministradas contribuíram para o enriquecimento da minha formação acadêmica. Como meu orientador na elaboração da tese, gostaria de registrar que sua sabedoria foi essencial para que chegasse ao fim desta etapa com um enorme sentimento de satisfação.

Ao *Professor Doutor Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva*, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, pelo seu sempre interesse em me ajudar como coorientador na elaboração do tema e da tese. A sua disposição me deu estímulos que me proporcionaram querer melhorar o que havia sido escrito e procurar novos autores sobre o meu tema. Obrigada pelo seu precioso tempo.

À *Academia de Direito Internacional de Haia*, em especial aos *bibliotecários* por terem me proporcionado as condições necessárias para a elaboração da minha tese e por permitir a minha integração num Centro de investigação de tão elevada qualidade e exigência. Agradeço também a simpatia e disponibilidade do *Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade* em ter me ajudado, ensinando uma boa forma de estudar e encarar os desafios do Direito Internacional Público.

Ao *Professor Doutor Mário Reis Marques*, expresso o meu profundo agradecimento pela orientação e apoio incondicionais que muito elevaram os meus conhecimentos acadêmicos e, sem dúvida, muito estimularam o meu desejo de querer, sempre, saber mais e a vontade constante de querer fazer melhor.

Ao *Centro de Estudos de Direito Internacional*, agradeço a toda à equipe que me permitiu realizar minhas pesquisas em sua biblioteca. E em especial, ao *Doutor Leonardo Nemer* pela ajuda prestada.

Aos *funcionários da Sala dos Catálogos e da Sala de Revistas* da Faculdade de Direito. Em especial ao *Sr. João* e à *Dona Gabriela*. Aos *funcionários da biblioteca* da Faculdade de Economia da e do Centro de Estudos Sociais, todos da Universidade de Coimbra pela sempre amabilidade e rapidez com que me ajudaram com os livros e artigos que eu tanto precisava para elaboração dessa tese. Muito obrigada.

Aos bibliotecários e principalmente à *Mme. Vartanova* – pela bondade e interesse, da Universidade de Paris II que me ajudaram com tudo o que eu necessitei no momento em que estive lá realizando a minha pesquisa.

À minha mãe, *Alice Fátima Silveira Woyames Pinto*, a minha inspiração diária de justiça e de delicadeza, me ensinando e guiando pelos caminhos dessa vida; demonstrando que desta, o imprescindível é a simplicidade e o afeto.

Ao meu pai, *Paulo Woyames Pinto Filho*, que mesmo não estando mais presente, sinto que estava comigo, tanto nos bons momentos da pesquisa, como nos momentos de exaustão. Sei que está aqui comigo e isso é o que me conforta.

À minha querida avó, *Catarina Araújo Silveira* e aos meus tios: *Luciene Piedade Silveira, Regina Silveira* e *Ivens Silveira Ataíde*, que, mesmo de longe, me ajudaram com palavras de estímulos e um carinho inimaginável. Sempre presentes na minha vida.

Ao *Ítalo Barbosa*, meu irmão de coração, obrigada pelas risadas e momentos maravilhosos que me permitiram ficar tanto tempo longe da minha casa e mesmo assim, tão perto.

Ao *Márcio Ferreira*, obrigada por todo o carinho e amizade que manifestou durante todos os momentos: dos tristes aos felizes. Sei que é um amigo para sempre.

Ao *Aluísio Sampaio*, um amigo que tive o prazer de conhecer durante as aulas. Obrigada pelo apoio e amizade. Fatores muito importantes na realização desta tese e que me permitiram que cada dia fosse encarado com particular motivação.

Às minhas amigas, irmãs, de longa data: *Wanessa Ribeiro, Milene Batista, Maria Helena Neves, Mariana Albano e Maiana Carvalho*, que, mesmo de longe, estavam sempre comigo. Obrigada pelo apoio queridas.

Aos meus amigos que tive o prazer de conhecer durante o período que estive em Coimbra, e que, de uma forma, substituíram a minha família: *Otávio Augusto de Medeiros, Francisca Moraes da Fonte, Guilherme Berger Schmitt, Anais Silva, Catarina Almeida, Liliane Azevedo, Filipa Salgueiro, Paulo Geovane, José Vieira Junior, Rafael Ferreira, Saulo Ramos Furquim, Teo Galvão, Marlene Torres, Mafalda Macatrão e Tacy Correia*, obrigada pela companhia.

I am only one; but still I am one. I cannot do everything; but still I can do something; and because I cannot do everything, I will not refuse to do the something that I can do.

(Edward Everett Hale)

Lista de abreviaturas

CICV	Comitê Internacional da Cruz Vermelha
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CEDAW	Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher
CG	Convenção de Genebra
CV	Crescente Vermelho
DC	Direito Convencional
DIDH	Direito Internacional dos Direitos Humanos
DIH	Direito Internacional Humanitário
DIHC	Direito Internacional Humanitário Consuetudinário
DIP	Direito Internacional Público
MICV	Movimento Internacional da Cruz Vermelha
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONG	Organização não governamental
ONU	Organização das Nações Unidas
OUA	Organização da Unidade Africana
OMC	Organização Mundial do Comércio
TPI	Tribunal Penal Internacional
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia
TN	Tribunal de Nuremberg
UE	União Europeia

Sumário

Introdução.....	12
 Capítulo I: A proteção da mulher no contexto do Direito Internacional	
Humanitário	16
1. O progressivo desenvolvimento histórico	16
2. Enquadramento normativo	24
3. O Direito Internacional Humanitário Consuetudinário	26
4. A influência do Direito Convencional para o Direito Internacional Humanitário.....	32
5. O princípio da humanidade e a responsabilidade de proteger.....	34
 Capítulo II: Os conflitos armados: da noção de pessoas protegidas nos diferentes tipos de conflitos.....	
diferentes tipos de conflitos.....	39
1. Diferenciação entre combatentes e população civil.....	41
2. Diferentes tipos de violência e a questão do gênero	45
3. Distinção entre os vários tipos de conflitos.....	52
3.1 O conflito armado internacional.....	53
3.2 O conflito armado não internacional	56
4. O problema de classificação dos conflitos armados não internacionais	64
 Capítulo III: Regime Jurídico dos conflitos armados não internacionais	
Regime Jurídico dos conflitos armados não internacionais	69
1. O conflito armado não internacional e a Organização das Nações Unidas	70
2. As Convenções de Genebra	72
3. O Protocolo Adicional II de 1977.....	79
4. O artigo 3º, comum às Convenções	85

Capítulo IV: A proteção das mulheres em conflitos armados não internacionais	88
1. A proteção de pessoas em territórios ocupados.....	93
2. O julgamento de Nuremberg	99
3. O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia	101
4. O Tribunal Penal Internacional para Ruanda	103
5. A Conferência Internacional para a proteção das mulheres vítimas de conflitos armado	106
6. Recursos disponíveis em caso de violação dos direitos das mulheres.....	113
Conclusão	115
Referências.....	118
Jurisprudências	131

Introdução

L'important, ce n'est pas de vivre, moins encore de "réussir", c'est de rester humain¹.

Humanitarian assistance is much more than relief and logistics. It is essentially and above protection – protection of victims of human rights and humanitarian violations.²

*To save your world you asked this man to die;
Would this man, could he see you now, ask why?³*

É possível afirmar que os conflitos armados não internacionais e os internacionais têm tido um lugar comum na História. A tradicional lei da guerra guiava-se pela habilidade e boa vontade em ajudar as partes a distinguir civis e combatentes entre militares e não militares. Todavia, a regulação dos conflitos internos teve significativa importância na era pós-colonial, sendo que, desde 1945, a maior parte dos conflitos armados se revestiram de um caráter mais interno do que internacional, a ponto de o então Secretário-Geral das Nações Unidas, Kofi Annan, dizer que *wars between sovereign States appear to be a phenomenon in distinct decline*.⁴

¹ BEAUD, Michel. Risques planétaires, environnement et développement: sur l'émergence d'une notion. **Économie et humanisme**. Paris: 1989, nº 308, 6.

² OGATA, Sadako. **Discurso em Roma**. Itália: 1998. Disponível em: www.un.org. Data de acesso: 12 de dezembro de 2012.

³ WYSTAN, Hugh Auden. Epitaph for the Unknown Soldier. **Collected Poems**. Nova York: First Vintage International Edition. 1991.

⁴ ANNAN, Kofi A. Prevenção de Conflitos Armados. Relatório do Secretário-Geral. Nova York: Nações Unidas, 2002.

Infelizmente, no caso dos conflitos internos, há, a cada dia, o surgimento de mais Estados com este tipo de embate graças à diminuição da aplicação de leis de conflitos armados específicas. Vale ressaltar ainda o fato de que, neste tipo de conflito, ocorre a incidência de um tipo de violência contra as mulheres, que pode ser, por exemplo, o estupro, utilizado até mesmo como forma de coagir o adversário, ou seja, como *arma*.

É nesse contexto que se enquadra o Direito Internacional Humanitário, cujo trabalho, através de interferências e assistência humanitária, busca limitar o sofrimento humano durante os conflitos. O presente trabalho irá tratar da assistência humanitária em conflitos armados não internacionais.

Nesse sentido, torna-se necessário precisar a natureza jurídica do conflito para melhor proteger a população civil, ou seja, proceder a uma leitura mais atenta das leis protetivas dos civis contra a arbitrariedade das partes em um conflito armado. As Convenções de Genebra e os Protocolos Adicionais protegem a mulher, cuja figura será central nesta pesquisa, como membro da sociedade civil, é protegida pelas Convenções de Genebra e pelos Protocolos Adicionais tanto como membro da sociedade civil, que não participa das hostilidades quanto em seu estatuto de combatente, que está em poder do inimigo. Tendo em vista que o Direito Internacional Humanitário referenda como sendo um princípio fundamental a igualdade entre homem e mulher, com cláusulas não discriminatórias, a proibição de discriminar não equivale a um impedimento de estabelecer, dessa forma, as distinções, que estarão proibidas somente na medida em que forem desfavoráveis.

A violência cometida contra a mulher como estratégia de conflitos armados tem sido empregada há anos. Um dos tantos exemplos desse paradigma de guerra está, por exemplo, na Grécia Antiga, com o sequestro de Helena de Tróia, e na história de Roma, com o estupro de Sabine. Também há a ocorrência de todo o tipo de violência contra as mulheres nas duas Grandes Guerras, na Guerra do Vietnã, entre outras.

Recentemente, o advento da Quarta Convenção de Genebra, que trata da proteção de pessoas civis durante o tempo de guerra, designa a importância de proteger as mulheres. O movimento que tem como objetivo primordial designar as violências contra as mulheres em tempo de conflitos armados remonta à década passada e inclui os Tribunais Penais da ex-Iugoslávia e de Ruanda. As problemáticas até aqui referidas a respeito do lugar da mulher nos contextos de

guerra armada pretendem suscitar e, com bom grau de relatividade científica, responder às questões que gravitam em torno dessa discussão, tais como: *quais os avanços do Direito Internacional Humanitário para tratar da assistência desse grupo específico, que são as mulheres, sob o prisma dos conflitos armados não internacionais? Em que se configura a assistência? O que são conflitos armados não internacionais?* Trata-se, aqui, de uma pergunta que diz respeito também aos avanços que se tem feito tanto no Direito Internacional Humanitário Consuetudinário quanto no Convencional, tendo em vista que as pessoas protegidas em caso de conflitos são uma preocupação da comunidade internacional, tanto em situações internacionais entre dois ou mais Estados como em conflitos internos. Este trabalho remonta ao estudo do *jus in bello*, atualmente entendido como Direito Internacional Humanitário. Neste sentido, será considerado o fato de que, dada à conveniência da nomenclatura, esse conceito será utilizado tanto para se referir aos conflitos armados não internacionais quanto aos conflitos internos.

Para tanto, serão determinadas também quais são as normas de Direito Internacional Humanitário que fazem parte do Direito Internacional Consuetudinário e, conseqüentemente, são aplicáveis às mulheres em um conflito. O escopo do que será abordado nesta pesquisa é a prevenção (*e não a punição*) dos envolvidos em atrocidades cometidas contra as mulheres em situações de guerra interna.

No primeiro capítulo, proceder-se-á a uma abordagem dos pormenores da questão tanto normativa como histórica do Direito Internacional Humanitário, bem como o surgimento da necessidade de se proteger pessoas envolvidas em conflitos armados. Num primeiro momento, houve somente o ímpeto de legislar a respeito dos conflitos armados internacionais, até porque este tipo de embate é o que ocorre com maior frequência mais. No entanto, mais tardiamente, sentiu-se também a demanda de estudar com maior perícia os conflitos armados não internacionais.

Há, nesse capítulo, a iniciativa de analisar e tecer reflexões sobre os avanços do Direito Internacional Humanitário Consuetudinário, principalmente no que diz respeito a uma leitura pormenorizada do estudo encomendado pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Será feita também uma análise da importância do Direito Internacional Humanitário Convencional, de grande relevância para o entendimento do que é o Direito Internacional Humanitário e da sua temática. Além disso, e tendo em vista um conflito armado, será desenvolvida uma análise do princípio da humanidade e do que se entende por soberania de função.

O segundo capítulo tem o objetivo de avançar no estudo do tema-problema, ao fazer as definições de combatentes, população civil, conflitos armados internacionais e conflitos armados não internacionais. Esta seção tenciona dar uma melhor percepção do objeto de estudo deste trabalho, nomeadamente através de uma abordagem teórico-conceitual e, depois, por meio de uma análise mais profunda da Convenção de Genebra, do Protocolo Adicional II e do artigo 3º comum às Convenções.

No terceiro capítulo, será feita uma análise bem aprofundada tanto dos artigos imprescindíveis à conclusão do tema que está a Convenção de Genebra, como do que está no Protocolo Adicional II, que trata somente dos conflitos armados não internacionais, e, em conjunto com esta reflexão, pretende-se também analisar o artigo 3º. Nesse ponto, será desenvolvida uma abordagem da questão normativa, analisando especificamente a maneira pela qual a proteção das mulheres pode e deve ser considerada e executada.

Já o quarto e último capítulo, que buscará concluir a questão do tema-problema apresenta algumas inovações trazidas pelos Tribunais Penais, para a ex-Iugoslávia e para Ruanda, passando, antes, pelo Tribunal de Nuremberg. Assim, da mesma valia, serão explicados os tipos conhecidos de violência contra mulheres e a tentativa evitar esses atos de violência, tendo em vista os estudos do Comitê Internacional da Cruz Vermelha.

Além de um ideal acadêmico, este trabalho tem um objetivo pessoal, uma vez que traz consigo o propósito de que a paz e a segurança sejam lembradas por anunciar duas conquistas mensuráveis: a de que os Estados, em sua legislação nacional, não somente tomem medidas concretas no intuito de extinguir a violência contra as mulheres em conflitos armados, mas também a de demonstrar as armas legais que as mulheres têm atualmente. Destarte, este trabalho tecerá reflexões a respeito da assistência humanitária, no intuito de que todas as mulheres do mundo que estejam passando por conflitos internos tenham conhecimento dos seus direitos, e não só: que elas tenham seus direitos respeitados.

Capítulo I: A proteção da mulher no contexto do Direito Internacional Humanitário

*The law of war represents a balance between the needs of war and the humanitarian values of the individual.*⁵

*I fine dela guerra é in verità la pace, e precisamente una buona pace.*⁶

1. O progressivo desenvolvimento histórico

O que seria realmente ideal, era o fato de que não houvesse guerras, quer seja, a paz.⁷ Todavia, essa utopia não ocorre.⁸ Até porque, anos após adoção das

⁵ G.I.A.D. Droper. Reflections on Law and Armed Conflicts: **The Selected Works on the Laws of War**. Haia: Kluwer International law 1998.p. 54.

⁶ DEL VECCHIO, Giorgio. **Studi su la guerra e la pace**. Milão: A. Giuffrè, 1959.p. 67.

⁷ La guerre est une expérience de l'avie peuples, la paix est um ideal. De cette dualité naissent les multiplex tensions dont l'histoire porte la trace. Aux péroration de la violence répondent les aspirations de paix, qui s'entrelacent comme un couple inséparable. KOLB, Robert. **Ius contra bellum: le droit international relatif au maintien de la paix**. Bruxelas: Helbing & Lichtenhahm, 2003.p.5.

⁸ A democracia e o caminho para a democracia devem ser considerados como tópicos dotados de centralidade política interna e internacional. No plano interno, a democracia é o "governo menos mau" e, no plano externo, a democracia promove a paz. (...) O *pathos* de um programa de paz mundial se assenta na intensificação do "desarmamento" e na viabilização efectiva de uma segurança coletiva. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Nova ordem mundial e ingerência humanitária (claroscuros de um novo paradigma internacional)**. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, volume LXXI (Separata),1995. p.3-4.

Convenções de Genebra (CG's), em 1949⁹, a Humanidade tem testemunhado um aumento dos conflitos armados não internacionais por parte de todos os Estados.¹⁰ Negar a vinculação entre o Direito Internacional e a História representa reconhecer que o presente não se origina dos acontecimentos passados.¹¹ Tudo o que foi estudado, discutido e inventado teve por fim favorecer o progresso da Humanidade, e isso não pode ser relegado ao esquecimento. Por isso, é muito importante recorrer-se ao passado para buscar as soluções dos problemas do presente. É nessa perspectiva que teorias elaboradas em épocas pretéritas são redescobertas na realidade hodierna, e frequentemente contribuem com a mudança de paradigmas.

Na filosofia, por exemplo, é muito comum recorrer às origens do conhecimento como forma de compreender todas as suas fases. A História, igualmente, favorece o remodelamento da realidade, e, dessa forma, também é fonte de produção do conhecimento.

Resgatar, na teoria de Alberico Gentili e de outros importantes teóricos da antiguidade (em especial, Francisco de Vitória, Francisco Suarez, Hugo Grócio¹² e Emmerich Vattel¹³), fundamentos para o Direito Internacional moderno é uma

⁹ Nevertheless, consensus that the Geneva Conventions are declaratory of customary international law would strengthen the moral claim of the international community for their observance by emphasizing their humanitarian underpinnings and deep roots in tradition and community values. Such consensus might also represent a step in a process that begins with the crystallization of a contractual norm into a principle of customary law and culminates in its elevation to jus cogens status. MERON, Theodor. **Human Rights and humanitarian norms as customary law**. Oxford: Clarendon Press, 1991. p. 8-9.

¹⁰ É importante salientar que, nesse trabalho, serão utilizadas as terminologias de conflitos armados não internacionais e também conflitos internos.

¹¹ Une première difficulté de l'analyse du droit applicable tient à l'imprecision des termes et des concepts qu'il utilise. La Charte mentionne généralement «la paix et la sécurité internationales» comme un bloc indissociable, sans pour autant comporter qu'elles constituent. SUR, Serge, COMBACAU, Jean. **Droit International Public**. Paris: Montchrestien, 1997.p.610.

¹² Written at the time of some of Europe's most savage religious wars, Grotius's work is remarkable for its tolerance: though a Protestant, he avoids any statement that might offend Catholic sentiments. Abhorring the "lack of restraint" that characterized the wars of religion, and drawing on the progressive ideas advanced by Franciscus de Victoria (1480-1546) and Gentili – at times without formal acknowledgement – Grotius held against those who could not justly be made against those who erred in the interpretation of Christianity or refused to accept it. SIMON, Chesterman. **Just war or just Peace? Humanitarian Intervention and International law**. Inglaterra: Oxford University Press, 2002. p. 11.

¹³ Il est difficile de classer Vattel. Disciple de Wolf, il est, apparemment, un autre théoricien du droit naturel. Cependant, depuis la mort de Grotius, Hobbes a écrit son Leviathan où il glorifie la force et exalte la puissance de l'État. Sous l'influence du second, après avoir reconnu l'existence du droit naturel, Vattel ajoute que l'État est l'interprète souverain de ce droit. PELLET, Alain, DAILLIER, Patrick. **Droit International Public**. Paris: LGDJ, 2002. p. 57.

postura crítica que permite corrigir as deficiências do *Sistema Normativo da Guerra* e, assim, readequá-lo à lógica dos princípios da ordem internacional atual¹⁴.

Com algumas ressalvas, é exatamente nesse sentido que se sustenta a aplicabilidade da teoria de Gentili ao *Direito da Guerra*, pelo fato de que muitas de suas ideias se tornaram incompatíveis com o recente momento histórico. Contudo, não se pode recusar que sua contribuição tenha inspirado Estados e Organizações Internacionais (OI) na construção de uma nova conjuntura pautada no ideal de paz e segurança internacionais. Assim, o papel do Direito Internacional Humanitário (DIH) deve ser inserido no contexto da reconstrução de sociedades.

O conceito mais amplo e atualizado, empregado por diversos autores, é o que concebe esse direito como um conjunto de normas internacionais, convencionais ou consuetudinárias, vale dizer, fruto de um hábito não normalizado, que regulam o comportamento dos beligerantes, partes em um embate armado, quer seja uma disputa internacional ou interna, com o propósito de salvaguardar os direitos das pessoas que não participaram das hostilidades e mitigar, na medida do possível, seus sofrimentos, restringindo os meios e métodos de guerra. Dir-se-á que se trata de um conjunto de normas centradas na proteção e dignidade do ser humano, frente a uma luta armada. Normas estas inspiradas em um sentimento humano de rechaço a atos brutos e cruéis e de solidariedade a pessoas que sofram com os conflitos armados.¹⁵

Na doutrina clássica do Direito, os Estados soberanos dispunham de liberdade para que, em suas relações fizessem uso da força sempre que lhes fosse conveniente. O direito de recurso à força integrava toda a noção de soberania estatal, além de representar uma importante característica desta soberania¹⁶ nas

¹⁴ Les principes des conventions internationales, même s'ils ne sont pas encore mis en œuvre par l'ensemble des pays signataires, sont également imprégnés par le féminisme anglo-saxon: «La violence à l'égard des femmes, y compris le refus du droit au libre choix de la maternité, s'analyse comme un moyen de contrôle de la femme ayant ses racines dans le rapport de pouvoir inégal entre la femme et l'homme qui subsiste encore, et constitue ainsi un obstacle à la réalisation de l'égalité effective de la femme et de l'homme». LARIVIÈRE, Daniel Soulez, ELIACHEFF, Caroline. **Le temps des victimes**. Paris: Albin Miche, 2007.p.85.

¹⁵ SANTOS. Herta Rani Teles. **Breve estudo sobre o Direito Internacional Humanitário- A proteção do ser humanos em situações de conflitos armados internacionais**. Disponível em: http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B3FFFA58C-C558-4195-BF6F-B8926A8E92EB%7D_Breve_Estudo_Sobre_o_Direito_Internacional_Humanitario.doc. Data de acesso: 29 de fevereiro de 2012.p. 5.

¹⁶ A soberania pode também ser um objeto de limitação que os próprios estados se impõem, nomeadamente quando assumem obrigações em tratados internacionais. A Corte Permanente de Justiça Internacional afirmou, em 1932, no caso *Wimbledon*, que “the right of entering into

relações com os outros Estados da comunidade internacional¹⁷. Entretanto, com o intuito de não haver barbárie nas relações bélicas e, ainda assim, de atender aos interesses dos Estados para manter uma pacífica convivência política com os outros países, encontra-se as origens do Direito Internacional¹⁸.

A soberania é a base do Estado moderno e tem sido, há centenas de anos, o princípio fundamental sobre o qual se estabelecem as relações interestatais. Sua afirmação teórica remonta ao século XVI. Na Antiguidade, não se encontra qualquer noção que se assemelhe à de soberania. (...) O conceito de soberania surgiu na Idade Média, quando a existência simultânea de inúmeras ordens independentes gerava conflitos nas áreas de segurança e de tributação, entre outras. (...) No século XVI, o conceito de soberania amadurece. O momento é de guerras civis na França e na Inglaterra. Os reis não conseguem exercer o monopólio da violência na sociedade medieval, na qual o poder era pulverizado. Em 1648, a chamada Paz de Vestefália pôs fim à Guerra dos Trinta Anos e marcou o estabelecimento do Estado-nação. (...) A ordem estabelecida pela Carta das Nações Unidas segue, de modo geral, o paradigma de Vestefália, que representou, por sua vez, o início do processo de constituição da sociedade internacional.¹⁹

A História do Direito da Guerra determina a trajetória do Direito Internacional Público (DIP), uma vez que a existência de um está intimamente ligada ao surgimento do outro. Pode-se afirmar que o Direito Internacional prescreve leis que

international engagements is an attribute of state sovereignty". É possível, assim, imaginar tratados com obrigações tão amplas que privem os Estados de sua própria independência. Seria este, por exemplo, o caso de um tratado para o estabelecimento de um "protetorado". BIERRENBACH, Ana Maria. **O Conceito de responsabilidade de proteger e o Direito Internacional Humanitário**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011. p. 32.

¹⁷ A expressão "comunidade internacional", largamente evocada ao longo do corpo deste trabalho, significa, nas palavras do Doutor Professor Jónatas E. M. Machado, a noção de comunidade internacional de direito, diversificada e plural (...), cujo conceito começa com a abordagem da especificidade do direito internacional público tradicional e se desenvolve tendo em vista os passos que têm vindo a ser dados no sentido da superação deste paradigma, designado por Modelo Vestefália. Um lado da doutrina situa este modelo entre 1648 e 1948, ao passo que outra coloca o seu termo no Congresso de Viena de 1878, sendo que é por esta altura que começam a surgir os primeiros "non state actors" na cena internacional. Todavia, apesar do caráter meramente tendencial e heurístico da delimitação, esta pesquisa está mais inclinada para a primeira orientação, na medida em que, a partir da data da Declaração Universal dos Direitos do Homem, assinala a emergência do indivíduo como sujeito de direito internacional, aspecto que constitui o melhor ponto de apoio para uma superação consequente do modelo de Vestefália. MACHADO, Jónatas E. M. **Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro**. Coimbra: 3ª edição, Coimbra editora, 2006.p.19.

¹⁸ The few international judicial decisions on international humanitarian law reveal little, if any, inquiry into the process by which particular instruments have been transformed into customary law. MERON, Theodor. **War crimes comes of age**. Nova York: Oxford University Press, 1998. p. 154.

¹⁹ BIERRENBACH, Ana Maria.op. cit., p. 25-28

regem o uso da força e a regulamentação da condução das hostilidades. Tais princípios cobrem o tratamento dado a prisioneiros de guerra, a civis, a doentes e feridos em territórios ocupados, e também aborda os métodos de guerra proibidos e os Direitos Humanos em situações de conflito²⁰.

A estruturação do direito internacional como disciplina autônoma das ciências jurídicas foi devida, principalmente, à transferência do debate sobre a guerra justa (guerra legítima) e a que não o era, baseada em considerações filosóficas e ideológicas, no nível do direito concebido como regime jurídico de relações internacionais nesta situação (guerra legal)²¹.

Mesmo na Antiguidade, tempo em que as civilizações surgiam e se desenvolviam separadamente, havia ainda regras muito semelhantes de combate e de proteção às pessoas. Mais precisamente, é preciso considerar que, desde sempre, algumas restrições deveriam ser tomadas em conflitos armados.

Already in the Old Testament, there are instances of limitations ordained by God. Thus we read in Deuteronomy, for example, that when attacking heathen tribes among the inhabitants of Canaan the Israelites were enjoined that while they might eat the fruit from captured orchards, they were not to destroy the actual trees themselves, and Maimonides commenting upon this blunty stated that the destruction of fruit trees for the mere purpose of afflicting the civilian population was forbidden. Similarly, in the Book of Kings we are told that when Elisha was asked by the king whether he should slay his prisoners, the prophet replied: "Thou shalt not smile them: wouldest thou smile those whom thou hast taken captive with thy sword and win the bow? Set bread and water before them, that they may eat and drink and go to their máster." Moreover, the Israelites were enjoined.²²

Historicamente, é possível citar alguns exemplos de como as guerras eram encaradas. Sun Tzu dizia, que na guerra, a melhor forma de combate é o ataque ao

²⁰ No decurso de toda a história da humanidade é notável o desenvolvimento de regras que, apesar das diferenças fundamentais entre os conceitos ideológicos de tipo político, moral, cultural e sócio-econômico que separavam diferentes civilizações, existia um conteúdo muito semelhante no tocante ao comportamento em situações bélicas. SWINARSKI, Christophe. **Direito Internacional Humanitário: Como Sistema de Proteção Internacional da Pessoa Humana (Principais Noções e Institutos)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 20

²¹ SWINARSKI, Christophe. op. cit. p. 20.

²² GREEN, Leslie C. **The contemporary law of armed conflict**. Inglaterra: Machester University Press, 2000. p.21.

inimigo, e a pior alternativa era atacar as cidades. Já no Código de Manu, há menções de que o rei não deveria lutar com armas ocultas nem de forma perversa.²³

Na Roma Antiga, a prática da guerra era variada, pois dependia de como as guerras eram iniciadas: por violações graves do Direito Internacional, por traições ou por atos deliberados. O arsenal bélico variava também de acordo com os adversários, e o *ius belli* impôs uma série de restrições à barbárie. De acordo com Cícero, os romanos se recusaram a aprovar a tentativa criminosa no caso de um agressor estrangeiro²⁴. Na Grécia Antiga, templos e padres eram considerados invioláveis, salvo condutos eram respeitados, o enterro dos mortos era permitido e era considerado errado envenenar a água dos inimigos.

Mesmo que sejam civilizações diferentes, havia um indubitável senso de respeito mútuo pelo adversário durante os conflitos.

Na Idade Média, o poder da Igreja determinou uma nova forma de conflito com base nos grandes enfrentamentos de origem confessional, como as Cruzadas ou as guerras entre o Islã e a Cristandade²⁵.

The principle for the protection of women will Always established that Gentili stated in 1612 that to violate the honour of woman will Always be held to be unjust, and he quoted as evidence of this the view of Alexander: I am not in the habit a full system of Articles of War regulating the behaviour of the armed forces, forbidding, among other things, marauding of the countryside , individual acts against the enemy without authorisation from a superior, private talking or keeping of booty, or private detention of an enemy prisoner.²⁶

Inscrita em Convenções Internacionais, a assistência humanitária e, em geral, os direitos mínimos à vida e à integridade física do ser humano deixaram de fazer parte do domínio de competência nacional dos Estados, que aceitam a sua

²³ Ibidem. p.21.

²⁴ GREEN, Leslie C. op.cit.p.22.

²⁵ Como diz Jean Picket: No início, faíscas isoladas em uma noite escura serão, depois, crescente resplendor que encherá o mundo com sua claridade. Mas do crescimento das cidades, da organização das nações e do desenvolvimento das relações entre os povos, nasceram, no ano 100, as primeiras regras do que mais tarde seria denominado direito internacional.

²⁶ GREEN, Leslie C. op.cit.p.21.

internacionalização. Assim, pensava-se que o respeito devido às normas internacionais deveria ser suficiente para garantir a sua eficácia.²⁷

Nesse quadro histórico, nota-se que, se os interesses do Estado não podem ser concretizados através da política, a sua soberania será medida perante o outro Estado por sua capacidade de manifestá-la pela força. Assim, chega-se à formulação do clássico *Direito da Guerra* como parte fundadora do Direito Internacional, como referido anteriormente. Tal relação bélica pode ser contemplada sob dois aspectos: os dos procedimentos legais da guerra (*jus ad bellum*) e o do comportamento já na situação de conflito em face das pessoas e dos bens que por ele estejam afetados (*jus in bello*).

Em 1863, foi promulgado, nos Estados Unidos, o chamado Código Lieber²⁸ que tinha como objetivo estabelecer ditames para o comportamento dos soldados durante a Guerra Civil Americana,²⁹ embasado nas leis e costumes de guerra existentes naquele período. No moderno *Direito de Guerra*, o Código Lieber³⁰ foi o primeiro instrumento a proibir expressamente o estupro, uma das violências contra as mulheres, dispondo, no artigo 37º, a proteção (...) à população, especialmente às mulheres e à sacralidade das relações domésticas, estabelecendo, no artigo 44º, que o estupro é vedado sob pena de morte ou outra punição severa que possa ser adequada para a gravidade do delito.

Rape by soldiers has of course been prohibited by the law of war for centuries, and violations have been subjected to capital punishment

27 Há também quem diga que: A origem do Direito Internacional Humanitário remonta aos primeiros estudos e debates acerca do Direito Internacional e de suas consequências em relação às situações de guerra. As primeiras análises e propostas são de São Tomas de Aquino –que classifica como imprescindível a uma guerra justa, – e de Hugo Groccio – que sublinha a necessidade de introduzir restrições às situações de conflitos, protegendo a vida e a integridade física das pessoas inocentes ou não envolvidas deliberadamente. No século XVIII, Rosseau, ao desenvolver suas análises, aproxima-se mais do princípio da dignidade humana. Segundo ele, “Os Estados só podem ter como inimigos outros estados e não homens”. Sua ideia resumia-se ao fato de que, numa guerra, não se deveria atacar os civis, a não ser que fossem os próprios combatentes. SANTOS. Herta Rani Teles. op. cit. p. 23

28 As Instruções para o Governo dos Exércitos dos Estados Unidos no Campo. A sua denominação se deve ao seu redator Francis Lieber e foi promulgada pelo Presidente Lincoln como General Orders n.º 100, em 24 de Abril de 1863.

29 Também a respeito do direito americano, há um caso importante que relata o direito costumeiro e os tratados: *United States v. Von Leeb (the High Command Case)*

30 Highest judicial imprimatur to the Lieber Code’s status as customary law. The Lieber Code and the Brussels Declaration in turn influence the Oxford manual adopted in 1880 by the Institute of International Law. The Brussels Declaration was also the principal source of the 1899 and 1907 regulations annexed to the Hague Conventions (IV) on the Laws and Customs of War on Land.

under national military codes, such as those of Richard II (1385) and Henry V (1419). Of more immediate influence on the modern law of war was the prohibition rape as a capital crime by the Lieber instructions (1863). Indeed, rape committed on an individual soldier's initiative has frequently been prosecuted in national courts. In many cases, however, rape has been given licence, either as an encouragement for soldiers or as an instrument of policy. Nazi and Japanese practices of forced prostitution and rape on a large scale are among egregious examples of such policies.³¹

Essa área do direito evoluiu bastante a partir de meados do século XIX, principalmente depois do trabalho pioneiro de Henry Dunant³², que escreveu um livro contando os horrores da Batalha de Solferino, o que deu ensejo à Convenção de Genebra para a Melhoria da Sorte dos Feridos e Enfermos dos Exércitos em Campanha, em 1864. Esse breve instrumento foi revisado e modificado em 1906 e, depois, culminou nas CG de 1949.³³

³¹ MERON, Theodor. **War crimes comes...** op.cit. p. 206.

³² O Direito Internacional Humanitário como disciplina, ramo do Direito de carácter universal, e instituto jurídico que rege a conduta das partes num conflito armado, é de origem moderna. O seu marco histórico inicial foi a Batalha de Solferino de 1859. Henry Dunant, um jovem suíço, chega a Solferino no dia 24 de junho de 1859 com o intuito de receber ajuda de Napoleão III para investimentos na Argélia. Nesse preciso dia, desenrola-se a batalha entre os exércitos austríaco e francês. Dunant presencia os horrores desta batalha e, após retornar a Genebra, movido por uma profunda indignação, escreve o seu *Souvenir de Solferino*, cujas propostas são lançadas na Conferência Internacional de Genebra, em 1863, com a participação de representantes governamentais, culminado na Convenção de Genebra para a Protecção das Vítimas da Guerra de 1864. A ideia central de Dunant era a criação de um tratado internacional vinculativo de carácter universal, que desse força de lei às suas propostas em prol de garantir a protecção dos feridos de guerra. Posteriormente, a Convenção de 1864 foi revisada em 1906, 1929, 1949 e 1977, fazendo nascer o corpo jurídico do *ius in bello*: as Quatro Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos Adicionais (I e II) de 1977. Dentre as grandes inovações, o Protocolo Adicional II torna os grupos insurgentes (governos de fato) – desde que com um determinado grau de organização militar e controle do território – partes num conflito armado interno, submetendo-se à observância das regras do Direito Internacional Humanitário. MORIKAWA, Márcia Mieke. Repensar o Direito Internacional Humanitário e o Humanitarismo: da ingenuidade do bem à consciência (humanista) do mal. **Boletim da Faculdade de Direito**, vol. LXXXII. Coimbra: 2006. p.535-536.

³³ Cet ouvrage est à l'origine d'un mouvement groupant actuellement des millions de membres à travers le monde, et son auteur est connu partout. Son message a bouleversé et bouleverse toujours ses lecteurs. On sort de ce livre avec le maudissement de la guerre écrivaient les frères Goncourt au siècle dernier. Depuis sa parution en 1862, Un Souvenir de Solférino a été traduit et réédité tant de fois qu'il est difficile de connaître toutes les versions existant dans le monde. DUNANT, Henry. **Un souvenir de Solférino**. Disponível em: <http://www.icrc.org/fre/resources/documents/publication/p0361.htm>. Data de acesso: 20 de janeiro de 2012.

2. Enquadramento normativo

Mesmo com toda a proteção jurídica, inúmeras violações foram cometidas com relação a esses tratados, sendo que todo o sofrimento e mortes causadas poderiam ter sido evitados se houvesse mais respeito à aplicação das normas de DIH. E é neste cenário que se torna também importante o Direito Costumeiro.

A proteção do ser humano constitui o nexos entre ambos os direitos, sendo que o DIH pode ser compreendido como um âmbito especializado do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH).

To the general public, International Law and International Human Rights law would be viewed as synonyms. Even most law students, lawyers and judges would be hard-pressed to distinguish between the terms. Specialists understand that the two disciplines have different origins, with International Humanitarian Law being widely credited as being one of the forerunners of the more recent field of International Human Rights law. Still, there is no real evidence that International Humanitarian Law had any influence on the drafting of the Universal Declaration of Human Rights in 1947 and 1948. Moreover, at the time the Universal Declaration was being drafted, there was a degree of tension between Human Rights and Humanitarian Law. In 1949, the International Law Commission recommended that the United Nations leave the codification and progressive development of the “laws of war” to the International Committee of the Red Cross.³⁴

O DIDH busca proteger o indivíduo em qualquer tempo, lugar ou situação, enquanto o DIH³⁵ orienta-se essencialmente para o amparo da pessoa humana atingida em situações de graves hostilidades, como nos embates armados, incluindo, portanto, a população civil (para nosso estudo, aqui se faz imprescindível o estudo de um gênero apenas, as mulheres), feridos, doentes, prisioneiros de guerra ou detidos civis; médicos, religiosos, e os membros da Cruz Vermelha.

³⁴ RAVASI, Guido. **Human dignity protection in armed conflict: strengthening measures for the respect and implementation of International Humanitarian Law and others rules**. Milão: Edizioni Nagard, 2006.p. 183.

³⁵ Deve-se ter em consideração que o humanitarismo foi inicialmente concebido dentro da “teoria da guerra” e foi, sem dúvidas, fruto da concepção da soberania do Estado da época. Com o fim da Guerra Fria, sobretudo após a queda do muro de Berlim, surge uma nova fase. O humanitarismo deixa de ser concebido apenas como “enfermagem de guerra” e passa a ser inserido em projetos de reconstrução (reconstrução de quê), se consolidando nas agendas políticas dos governos. MORIKAWA, Márcia Mieko.op.cit. p.535.

International human rights law and international humanitarian law establish distinct types of rights and obligations, and not all breaches of obligations achieve the same legal consequences for states, or even for individuals. Simply stating that an individual or group of individuals have rights does not necessarily mean that such persons can act to enforce them, or have them enforced by a third party. There are various mechanisms to ensure that obligations are upheld, ranging from the monitoring of specialized bodies, including human rights courts established by treaties, to legal accountability for individuals, including international prosecutions.³⁶

A assistência como instituto de ajuda humanitária pode ser conceituada como sendo um *direito de terceira geração de que são titulares as pessoas individuais que se encontrem em uma situação humanitária de desespero e que é oponível, desde logo, ao Estado, sob a jurisdição do qual se encontrem e, também, a Estados terceiros, às Organizações Não Governamentais (ONG's) vocacionadas para interferir nestes casos*³⁷. A responsabilidade de oferecer assistência obedece, assim, ao princípio da subsidiariedade. Se o Estado não tiver condições de ajudar, aí sim a responsabilidade será delegada³⁸.

O reconhecimento de um direito à assistência humanitária³⁹ encontra-se presente no artigo 28º da Declaração Universal dos Direitos do Homem: *Toda pessoa tem direito a que reine no plano social e no plano internacional uma ordem*

³⁶ SRIRAM, Chandra Lekha, ORTEGA, Olga Martin. HERMAN, Jhoanna. **War Conflict and Human Rights: theory and practice**. Nova York: Taylor e Francis Group, 2010.p.48.

³⁷ CASTRO, Paulo Canelas. Intervenção Humanitária e Assistência Humanitária no Pós-Guerra Fria: Lembrança do passado e esperança num futuro mais humano? **Boletim da Faculdade de Direito de Macau**. Macau: nº 15, 2003.p. 254.

³⁸ Complementando esse pensamento, toma-se a opinião de Paulo Castro, que disciplina: O estado territorial deve dar assistência, pois é o primeiro responsável pela resolução dos problemas humanitários. A assistência humanitária obedece ao princípio da subsidiariedade. Se o Estado não tiver condições, a responsabilidade pode ser delegada. Os Estados e as ONG's têm o direito de oferecer uma assistência humanitária a outros Estados, o que configura uma exceção ao princípio da não intervenção. Os Estados, as Organizações Internacionais (OI) e as ONG's têm o direito de oferecer uma assistência humanitária às vítimas que se encontrem em outros Estados, com o consentimento destes ou da autoridade local. Os Estados não têm o dever de fornecer uma assistência humanitária às vítimas em outros Estados, mas têm o dever de facilitar a prestação de assistência que Estados terceiros, OI e ONG's pretendem oferecer. Os Estados têm o dever de aceitar a assistência humanitária fornecida por outros Estados, OI e ONG's quando ela é feita conforme o Direito Internacional. E há que se levar em conta que, qualquer particular tem o direito de ter ajuda humanitária. CASTRO, Paulo Canelas.op.cit.p. 255.

³⁹ Deve-se ter em consideração que o humanitarismo foi inicialmente concebido dentro da "teoria da guerra" e foi, sem dúvidas, fruto da concepção da soberania do Estado da época. Com o fim da Guerra Fria, sobretudo após a queda do muro de Berlim, surge uma nova fase. O humanitarismo deixa de ser concebido apenas como "enfermagem de guerra" e passa a ser inserido em projetos de reconstrução, adentrando nas agendas políticas dos governos.MORIKAWA, Márcia Miekko.op.cit. p.535.

*capaz de tornar plenamente efetivos os direitos e as liberdades enunciados na presente Declaração.*⁴⁰

Os convênios seguintes foram a Convenção de S. Petersburgo, de 1868, proscrevendo, em tempo de guerra, o uso de projéteis explosivos ou inflamáveis; o Convênio de Haia, o de 1899 e o de 1907, referentes às leis e usos de guerra terrestre e à aplicação dos princípios das CG's à guerra marítima (este último foi revisado em 1906), passou a estender sua proteção também aos embates marítimos. A proteção aos civis permanecia muito limitada, porque os métodos de ofensiva empregados em guerra ainda eram bastante restritos, não atingindo grande parcela da população civil.

Durante este tempo de guerra iminente, as CG's têm proporcionado proteção jurídica às pessoas que não participam diretamente nas hostilidades, como, por exemplo, as mulheres.

No que diz respeito especificamente ao tema apresentado – o enquadramento normativo do DIH – e no que tange ao tratamento dado às mulheres nos conflitos armados não internacionais, é importante ressaltar as CG's de 1949, seu Protocolo II e o artigo 3º, comum a todas as CG's.

3. O Direito Internacional Humanitário Consuetudinário

O Direito Internacional Humanitário Consuetudinário (DIHC) opera para maximizar os interesses da maioria dos Estados através da criação de leis que protegem e promovem o interesse comum.⁴¹

⁴⁰ Entre os direitos e liberdades cujo efetivo gozo esta disposição visa assegurar, figuram o direito à vida (artigo 3) e à integridade física (artigo 5). RAIMUNDO, Isabel. **Imperativo Humanitário e não-ingêrência: os novos desafios do Direito Internacional**. Lisboa: Edições Cosmos Instituto da Defesa Nacional, 1999. p. 26.

⁴¹ The existencialence of such a shared understanding would be consistent with the “realist” assumption that States behave in accordance with their own interests. However, these interests are interests as States perceive them to be. They could, therefore, involve much more than simply maximising a State's power in relation to other States. Much would depend on the internal political system of the States concerned, its relative affluence and the existence or perception of external threats, be they of a military, economic, environmental or other character. BYERS, Michael. **Custom, power and the power of the rules. International Relations and Customary International Law**. Nova York: Cambridge University Press, 2003. p. 152.

The process of customary international law would also seem to fit within the scope of the well-known definition of international regimes provided by Krasner et al., namely, “sets of implicit or explicit principles, expectations coverge in a given área of international relations”.⁴²

Para analisar a prática dos Estados⁴³, deve-se determinar em que medida esta iniciativa contribui para a criação de um DIHC e, em segundo lugar, avaliar se esta prática cria uma norma desse direito. Ou seja, deve-se selecionar e, depois, avaliar, uma vez que os atos dos Estados podem contribuir para a criação de um DIHC.

Os atos verbais incluem os manuais militares, o direito interno, a jurisprudência nacional, as instruções às forças armadas e de segurança, as comunicações militares durante uma guerra, as notas diplomáticas de protesto, as opiniões dos assessores jurídicos oficiais, os comentários dos Governos sobre projetos de tratados, as decisões e regulamentos executivos, as alegações perante tribunais internacionais, as declarações em organismos e conferências internacionais e as tomadas de posição dos Governos sobre as resoluções de organizações internacionais. Esta listagem demonstra que a prática dos órgãos executivos, legislativos e judiciais de um Estado pode contribuir para a criação de direito internacional consuetudinário.⁴⁴

Quando se fala em *seleção* da prática dos Estados, é preciso dar atenção a uma resolução da Corte Internacional de Justiça (CIJ) de acordo com a qual *tanto a negociação como a aprovação de resoluções por parte de organizações ou através de conferências internacionais, juntamente com as explicações de voto, constituem atos de Estados*. Reconhece-se também que, normalmente, as resoluções *não são vinculativas em si mesmas*. Por isto, o valor que, em particular, se concede a cada resolução depende do seu conteúdo, do seu grau de aceitação e da coerência com

⁴² Ibidem. p. 147.

⁴³ In thinking about the chronological paradox, the problem of State practice, the epistemological circle and the problem of inferred consent, it may help to consider the customary process from the perspective of international relations theory. Ibidem. p. 147.

⁴⁴ HENCKAERTS, Jean- Marie. Estudo sobre o Direito Internacional Humanitário Consuetudinário: uma contribuição para a compreensão e respeito do direito dos conflitos armados. Este trabalho é uma tradução de Diane Castela Araújo, inicialmente publicada na *International Review of the Red Cross*, vol. 87, número 857, 2005. p. 3.

toda a prática dos Estados. Neste caso, quanto maior for o apoio a uma dada resolução, maior será a importância atribuída a ela.⁴⁵

As decisões dos Tribunais Internacionais foram incluídas no estudo do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), porque, se uma dada jurisdição que existe uma regra de DIHC, esta constitui um elemento probatório a esse respeito. Além disso, e tendo em conta o valor jurisprudencial das suas decisões, os Tribunais Internacionais também podem contribuir para o surgimento de normas de DIHC, influenciando, assim, a prática subsequente dos Estados e das OI.⁴⁶

Para determinar a *avaliação* prática dos Estados, faz-se necessário verificar a densidade de uma norma de DIHC, porque a prática estatal deve ser *uniforme, generalizada e representativa*. Esta norma é *uniforme* quando diferentes Estados não adotam comportamentos distintos. No caso da CIJ, a jurisprudência⁴⁷ mostrou que uma prática contrária, que, à primeira vista, parece ir contra a referida uniformidade, não pode impedir a formação de uma norma de DIHC, desde que esta prática seja condenada por outros Estados ou negada pelo próprio governo. As condenações ou negações confirmam, de fato, a norma em questão.⁴⁸

Isso é especialmente pertinente para uma série de normas de direito internacional humanitário para as quais existem inúmeros elementos que ilustram uma prática estatal de apoio à regra, paralelamente às múltiplas provas de violação dessa mesma regra. Quando estas infracções foram acompanhadas de desculpas ou justificações de actores e/ou de condenações por parte dos outros Estados, elas não colocam em dúvida a existência da norma em questão. Os Estados que desejem mudar uma norma vigente de direito internacional consuetudinário têm de fazê-lo através da sua prática oficial e declarar que esta está de acordo com uma regra de direito.⁴⁹

⁴⁵ Corte Internacional de Justiça. **Parecer da Corte Internacional de Justiça, case Nuclear Weapons**. Parecer de 8 de julho de 1996, ICJ Reports 1996, p. 254-255.

⁴⁶ HENCKAERTS, Jean- Marie.op.cit.p. 4.

⁴⁷ ⁴⁷ At the next stage of legal theory, which we might call the jurisprudential stage, a theorist must construct the kind of theory of law that is appropriate given his answer at the semantic stage to the question what kind of a concept the doctrinal concept is. Since I believe that the doctrinal concept is an interpretive concept, I try at the jurisprudential stage to interpret the practices in which that concept figures in a general way:I offer a general account of the mix of values that best justifies the practice and that therefore should guide us in continuing the practice when at the next stage we frame truth conditions for discrete propositions of law. DWORKING, Ronaldo. **Justice in Robes**.Londres: TheBelknap Press of Harvard University Press, 2006. p.13.

⁴⁸ Corte Internacional de Justiça. **Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)**. Mérito de 1986. ICJ Reports, 1986. p. 98.

⁴⁹ HENCKAERTS, Jean- Marie.op.cit. p. 4.

Os outros requisitos para que seja criada uma norma geral de DIHC estão associados ao fato de que a prática estatal deve ser *generalizada e representativa*, sendo que não há a necessidade de ser universal, pois *não há a necessidade de um critério quantitativo de Estados e, sim, um qualitativo*. Assim, verificam-se quais são os Estados que participam dessa prática e que possam ser especialmente afetados, e não necessariamente quantos Estados.⁵⁰ Contudo, há autores que consideram que não é possível a incidência no caso de normas de *jus cogens*.

Estas considerações têm duas consequências: (1) se estiverem representados todos os *Estados especialmente afetados*, não é fundamental para a maioria dos Estados ter participado ativamente, embora tenham pelo menos de concordar com a prática dos *Estados especialmente afetados*; (2) se os *Estados especialmente afetados* não aceitarem a prática, esta não pode criar uma norma de DIHC, mesmo quando não seja necessário, como anteriormente referido, que haja *unanimidade*. À luz do DIH, quem é *especialmente afetado* pode variar de acordo com as circunstâncias. No que respeita à legalidade de utilizações de armas de laser que causam cegueira, por exemplo, os *Estados especialmente afetados* incluem os Estados que foram identificados pela sua participação no desenvolvimento de tais armas, ainda que sejam outros Estados que possam sofrer as consequências da sua utilização.

Da mesma forma, os Estados cuja população necessite de ajuda humanitária são também *especialmente interessados*, bem como o são os Estados que regularmente fornecem uma ajuda desse tipo. Em relação a qualquer norma de DIH, os países que participem num conflito armado são *especialmente afetados* quando, à luz da relação com uma determinada norma, a sua prática estiver relacionada com esse conflito. Se for verdade que podem existir Estados especialmente afetados em certos aspectos do DIH, também é verdade que todos os Estados têm um interesse jurídico em exigir que outros Estados respeitem O DIHC, ainda que não seja parte do conflito. Concomitantemente, todos os Estados podem ser vítimas dos meios e métodos de guerras usados por outros Estados.

Desse modo, não há um requisito temporal específico para a criação das normas consuetudinárias relativas à prática estatal, mas é uma questão de acumular

⁵⁰ Nesse sentido, a CIJ optou por esclarecer o mesmo no North Sea Continental Shelf cases. Corte Internacional de Justiça. **Caso North Sea Continental Shelf**. Acórdão de 20 de fevereiro de 1969, Reports 1969. p.43.

uma prática de densidade suficiente dos requisitos apresentados: *uniformidade, generalização e representatividade*.⁵¹

Já a *opinio juris*⁵² é baseada na formação da opinião jurídica, em realidade, isto é, a opinião do Direito que se projeta mais além, pois se apresenta como uma tarefa a ser elaborada e construída a partir da apreciação judicial que engloba tanto o conteúdo de disposições jurídicas como textos legais e princípios do Direito.⁵³

It is argued here that *opinio juris* is the key element in the transformation of power into obligation – or in traditional terminology, of State practice into rules of customary international law. However, *opinio juris* is far more difficult to identify and define than general, framework principles of international law.⁵⁴

Tal pressuposto indica a necessidade de que a prática seja de direito, haja vista que as formas de manifestação da prática e da convicção de obrigatoriedade podem diferir entre si, dependendo do fato de a regra encerrar uma obrigação ou uma proibição.

In terms of the practice of the International Court of Justice – which provides a general guide to the nature of the problem – there are two methods of approach. In many cases the Court is willing to assume the existence of *opinio juris* on the bases of evidence of a general practice, or a consensus in the literature, or the previous determinations of the Court or other international tribunals. However, in a significant minority of cases the Court has adopted a more rigorous approach and has called for more positive evidence of the

⁵¹ In its famous dictum in *Barcelona Traction*, the ICJ gave currency to the idea of a hierarchy of norms by suggesting that ‘basic rights of the human person’ create obligations *erga omnes*. MERON, Theodor. **Human Rights and humanitarian norms as customary law**. Oxford: Clarendon Press, 1991. p. 210.

⁵² *Opinio juris*, when defined in terms of a belief on the part of States that they are acting in accordance with pre-existing or simultaneously developing legal rules, does not seem particularly helpful, either as a practical tool for determining the existence of customary rules, or as an explanation of how those rules arise. In contrast, shared understanding appears to be most significant in the domain of the process of law creation rather than at the level of individual rules. BYERS, Michael. *op.cit.* p. 150.

⁵³ Por isso, e apesar de parecer trivial, dizer que os argumentos jurídicos refletem a orientação de cada época em relação ao problema da exatidão do direito parece construir um caminho atrativo para que seja possível observar, por um lado, a variação, na compreensão mesma dos juristas, da concepção sobre as fontes do direito e sobre a autoridade jurídica e, por outro, a base dessa concepção na tradição (*Oberlieferung*), razão ou poder político, desde o emprego dos argumentos jurídicos evocados pelos juristas (tanto teóricos quanto práticos), porque o emprego deste depende imediatamente da pré-compreensão (*Vorverständnis*) dos juristas. SILVA, Kelly Susane Aiflen da. *Hermenêutica generalis. Sobre a formação da opinião jurídica pelos argumentos jurídicos no limiar do século XXI*. **Revista da Faculdade de Direito de Lisboa**. Lisboa: Coimbra editora, 2001. p. 1518.

⁵⁴ BYERS, Michael. *op.cit.* p. 18.

recongnition of the validity of the rules in question in the practice of states.⁵⁵

A importância se faz porque, na existência de uma prática suficientemente densa, deve conter uma *opinio juris*. No sentido de elucidar estes casos de omissões, a CIJ⁵⁶ e o Tribunal Permanente de Justiça Internacional tentaram determinar se essa prática de *opinio juris* deveria realmente ser tida em conta para a criação de normas de DIHC.⁵⁷

According to this explanation, *opinio juris* itself represents a diffuse consensus, a general set of shared understandings among States as to the “legal relevance” of diferente kinds of behavior in diferent situations. In short, only that behaviour wich is considered legally relevant is regarded as capable of contributing to the processo f customary law.⁵⁸

Ao falar de normas de DIH e *opinio juris*, deve-se provar que há uma expectativa legítima quando surgem lacunas e omissões na tarefa de determinar a *opinio juris*.⁵⁹ Quando se trata de se abster dos instrumentos internacionais e das declarações oficiais, por norma, é possível provar a existência de um requisito jurídico de abster-se do comportamento em questão.⁶⁰

Além dos aspectos até aqui referidos, as abstenções podem ser produzidas depois de esse comportamento ter provocado alguma controvérsia, o que contribui para provar que tal abstenção não era verdadeiramente uma coincidência, ainda que

⁵⁵ BROWLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. Nova York: Oxford University Press, 2003. p.7.

⁵⁶ A CIJ no caso North Sea Continental Shelf cases chegou à conclusão que os Estados tinham delimitado a sua plataforma continental baseando-se no princípio da equidistância não o fizeram por se sentirem obrigados a fazê-los. Corte Internacional de Justiça. **Caso North Sea Continental Shelf**. Acórdão de 20 de fevereiro de 1969, Reports 1969. Princípio 17.p. 734.

⁵⁷ O TPI decidiu que os Estados não se tinham absterido de julgar os comportamentos ilícitos cometidos a bordo dos navios, uma vez que achavam que era proibido fazê-lo. Tribunal Penal Internacional. **Caso France v. Turkey**. Acórdão de 7 de setembro de 1927, TPIJ, série A, número 10, p. 28.

⁵⁸ BYERS, Michael.op. cit. p. 19.

⁵⁹ This diffuse consensus, these shared understandings of legal relevance, would seem to be based on the general acceptance by States of the customary process, as signalled by their reliance on customary rules and their acknowledgment of the potential validity of claims made by other States based on similar rules. And, although these shared understandings apply generally to all State behaviour, they are not static, but instead undergo subtle modifications as the international system evolves. BYERS, Michael.op.cit. p. 19.

⁶⁰ HENCKAERTS, Jean- Marie. op.cit. p. 6.

seja difícil concluir que tenha sido conformada pelo sentimento único e exclusivo do dever jurídico.

4. A influência do Direito Convencional para o Direito Internacional Humanitário

A influência do Direito Convencional⁶¹ se constrói basicamente pelos tratados, que podem ser denominados como fonte de Direito Internacional, já que trazem legitimidade às expectativas nas regras internacionais. A negociação dos tratados e a sua adesão ou ratificação podem ser formas de práticas estatais que, em algumas circunstâncias, contribuem para o desenvolvimento das regras do Direito Internacional Consuetudinário. Como exemplo, é possível perceber que a negociação e a ratificação de tratados que continham provisões proibindo a tortura contribuíram para o desenvolvimento de uma regra, que se deu pelo Direito Costumeiro (DC).

It is generally accepted that there are three primary sources of international law, namely, treaties, customary international law and general principles of law. Of these sources, the first two – treaties and customary international law – are considered much the more important. Like the process of customary international law, to study the relationship between two different kinds of regimes or institutions. This is something which most international relations scholars have yet to do, having instead focused their attention on the relationship between particular regimes or institutions and States.⁶²

Pode-se dizer que os tratados são pertinentes para a determinação da existência do DIHC, o que se dá pelo fato de que a sua ratificação, interpelação

⁶¹ This relationship between interest and relative cost may also explain why acts are generally considered to carry more weight than statements in the process of customizing international law. However, statements may involve significant costs, as relatively weak States may occasionally find when deciding to oppose powerful States on important issues in international organisations. BYERS, Michael. op.cit. p. 20.

⁶² BYERS, Michael. op.cit. p. 166.

reservas e declarações interpretativas ajudam a avaliar o que pensam os Estados a respeito de certas normas de DIP.⁶³

O estudo que foi feito pelo CICV adotou um posicionamento de acordo com o qual a ratificação foi vista como constituinte da indicação de que deveria ser avaliada com outros elementos da prática, mesmo se o Estado não for parte do tratado.

Tanto nos casos da *Plataforma Continental* quanto no caso da *Nicarágua*, o Tribunal reconheceu que os tratados podem codificar o Direito Internacional Consuetudinário pré-existente, e também podem lançar as bases para o futuro desenvolvimento de novos costumes fundados nas normas dos Tratados já existentes.

Os tratados são também pertinentes para a determinação da existência do direito internacional consuetudinário, uma vez que ajudam a avaliar o que pensam os Estados de certas normas de direito internacional.⁶⁴

A prática concordante dos Estados-partes foi considerada como sendo um elemento de grande importância para o trabalho de provar a existência de uma regra costumeira. Entretanto, a prática contrária destes Estados não deve ser considerada como um elemento de prova.⁶⁵

Na atualidade, o papel do costume tem sido cada vez mais revalorizado. Primeiramente, as OI tornaram-se instâncias propícias ao nascimento dos costumes, devido à alteração das técnicas de elaboração do DIP. Em segundo lugar, a rapidez vertiginosa do processo histórico abreviou consideravelmente o tempo exigido para

⁶³ Nos casos da Plataforma Continental do Mar do Norte, o Tribunal Internacional de Justiça sublinhou claramente que o grau de ratificação de um tratado é importante para o direito consuetudinário: “o número de ratificações e adesões alcançado até agora, ainda que seja importante, dificilmente é suficiente, em especial, quando essa prática fora do tratado era contraditória.” Acórdão de 20 de fevereiro de 1969, Reports 1969.p.42. Já no Caso da Nicarágua, o Tribunal concedeu muita importância ao fato de que todos os países ratificaram a Carta das Nações Unidas. Corte Internacional de Justiça. **Caso da Nicarágua v. Estados Unidos**. Mérito de 1986. ICJ Reports, 1986. p. 99.

⁶⁴ HENCKAERTS, Jean- Marie. op.cit.p. 6.

⁶⁵ De facto, este estudo não se circunscreve à prática dos Estados que não são parte nos tratados importantes de direito internacional humanitário. Limitá-lo a analisar apenas a prática dos cerca de trinta Estados que não ratificaram os Protocolos Adicionais, por exemplo, não cumpriria o requisito de que o direito internacional consuetudinário se baseia numa prática generalizada e representativa. Na avaliação da existência do direito internacional consuetudinário foi tido em conta o facto de que, quando se publicou este estudo, 162 Estados ratificaram o Protocolo Adicional I e 157 o Protocolo Adicional II. HENCKAERTS, Jean- Marie. op.cit. p. 7.

a formação do costume, visto que não é mais necessário o transcurso do prazo de séculos para a sua formação.

Como fora sublinhado, atos isolados não originam qualquer costume. Para que haja realmente a instituição do costume, é preciso haver também o reconhecimento por parte dos Estados do caráter obrigatório da prática em questão. Ou seja, além da simplória repetição de condutas idênticas, deve haver a *opinio juris*, sendo que o sentimento de obrigatoriedade não deve ser confundido com a mera cortesia, composta pelas regras de polidez internacional, que por sua vez, não constituem violação, mas convocam condutas desejáveis pelo destinatário.

5. O princípio da humanidade e a responsabilidade de proteger

O princípio da responsabilidade de proteger busca solucionar um dos maiores impasses conceituais do DIH: a relação entre soberania e proteção humanitária.⁶⁶ Nesse contexto, o presente trabalho partilha do entendimento de Mafalda Camona, que diz: *pelo contrário, a soberania não é já um sacrossanto princípio, tendo levado o desenvolvimento dos direitos humanos, a crescente preocupação das Nações Unidas com os assuntos dos Estados.*⁶⁷ Ou seja, a assistência humanitária proporcionada pelo CICV. Retomando a tradição jusnaturalista, enfatizar os direitos dos indivíduos e os direitos dos povos é uma dimensão da soberania universal, que reside em toda a humanidade e que permite aos povos um envolvimento legítimo em questões que afetam que podem afetar vários países do mundo.

⁶⁶ The Guiding Principles expressly recognized that the primary duty and responsibility for ensuring protection and assistance for the internally displaced rests with national authorities (Principle 3). In addition, they reiterate the responsibilities of States several times in relation to particular needs of the displaced. Yet the Guiding Principles are intended to provide broad coverage not only to states but also to insurgent forces and "all other authorities, groups and persons in their relations with internally displaced persons". The Principles are to be observed by "all authorities, groups and persons irrespective of their legal status". KLEINE-AHLBRANDT, Stephanie. **The protection Gap in the International Protection of Internally Displaced Persons: The case of Rwanda**. Geneva: The Graduate Institute of International Studies, segunda edição, 2004. p.112.

⁶⁷ CAMONA, Mafalda. Conflitos armados não internacionais - em especial, o problema dos crimes de guerra. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 370.

The humanitarian crises engendered by such conflicts in terms of deprivation and displacement of populations are likely to place an increasing burden of humanitarian assistance upon UN agencies which present institutional structures were not designed to provide for. In particular, the humanitarian relief may require more distinct address.⁶⁸

A doutrina da responsabilidade de proteger afirma explicitamente que um de seus objetivos é reforçar a soberania dos Estados, embora o foco passe da soberania como controle à soberania como responsabilidade.

A responsabilidade primária pela observância dos direitos humanos recai aos Estados, e os próprios tratados de direitos humanos atribuem importantes funções de proteção aos órgãos dos Estados. Ao ratificarem tais tratados, os Estados-Partes contraem a obrigação geral de adequar seu ordenamento jurídico interno à normativa internacional de proteção. (...) No presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno se mostram, assim, em constante interação. É a própria proteção internacional que requer medidas nacionais de implementação dos tratados de direitos humanos.⁶⁹

De acordo com Robert Keohane, *for Political reasons in the short run, such attachment to the concept of sovereignty is probably sensible. Otherwise, no consensus would be possible and reports from independent commissions would be stillborn*⁷⁰.

Aparecendo desde o século XV para designar «o conjunto dos homens», a palavra «humanidade» só toma o sentido de «sensibilidade aos infortúnios dos outros» no século XVII. O postulado de uma igualdade existencial dos homens – de todos os homens – é necessário, mas não suficiente para que se opere a primeira das transações humanitárias, ou seja, a identificação com outro numa pertença comum.⁷¹

⁶⁸ WHITE, Nigel D., McCoubrey, Hilaire. **International Organizations and civil wars**. Reino Unido: Dartmouth, 1995. p.145.

⁶⁹ TRINDADE, Augusto Cançado. **O Direito Internacional em um mundo em transformação**. São Paulo: Editora Renovar, 2002.p. 667.

⁷⁰ KEOHANE, R. HOLZGREFE, J. **Humanitarian Intervention: ethical, legal and political dilemmas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.p. 276.

⁷¹ BRAUMAN, Rony. **A acção humanitária**. Tradução: Maria de Leiria. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.p.23.

Rousseau foi o primeiro a sistematizar de forma clara o que é o princípio da humanidade. Ainda no século XVIII, com base na relação bélica entre os Estados, o filósofo suíço esclareceu que o conflito se dava entre as coletividades estatais, e que as pessoas que estavam envolvidas em um conflito poderiam ser rendidas ou feridas, e que necessitariam, assim, de algum recurso para prevenir que algum tipo de violência ocorresse. Tal princípio expressado por Rousseau disciplina que:

A guerra não é, pois, uma relação de homem a homem, mas sim, de Estado a Estado, na qual os particulares não são inimigos senão acidentalmente, não como homens, mas sim, como cidadãos, ou como soldados, não como membros da pátria, mas como seus defensores. (...) Sendo o fim da guerra a destruição do Estado inimigo, tem-se o direito de matar os defensores quando estejam de armas nas mãos, porém, uma vez elas entregues e eles rendidos, deixam de ser adversários e instrumentos do inimigo, transformando-se simplesmente em homens sobre cuja vida não há direito algum.⁷²

O princípio da humanidade se manteve em todos os textos referentes ao DIH, de que serve como o *The Martens Clause*, que enumera: *the inhabitants and belligerents remain under the protection and the rule of the principles of the law of nations, as they result from the usages established by civilised peoples, from the laws of humanity, and the dictates of public conscienc*⁷³. Tal cláusula deveria ser usada no caso de lacunas no DIH, baseada no princípio da humanidade.⁷⁴

A base do sistema das CG's é o princípio de que aqueles não diretamente envolvidos numa guerra devem ser tratados com humanidade.⁷⁵, até porque *Les raisons d'existence du droit des conflits armés: la raison humanitaire, centrée sur le besoin de plus vivement ressenti, dès le XIX siècle, de protéger les victimes de la guerre et les biens civils en tant que valeurs en soi*.⁷⁶ Do mesmo sentido, Guido Ravassi lembra que:

⁷² ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.p.32.

⁷³ GASSER, Hans-Peter. **International Humanitarian Law**. Disponível em: <http://www.dtp.unsw.edu.au/documents/Manual9-InternationalHumanitarianLaw-HansPeterGasser.pdf>. Data de acesso: 24 de maio de 2013. p. 2.

⁷⁴ CHEREM, Mônica Teresa Costa Sousa. **Direito Internacional Humanitário**. Curitiba: Editora Juruá,2003. p. 60.

⁷⁵ KOLB, Robert. **Ius in bello**. Bruxelas: Helbing & Lichtenhahm, 2003. p. 27.

⁷⁶ Therefore, international law is a normative practice which is a form of authoritative decision-making that is orientated towards establishing the conditions by which each has human dignity. Their conception of international law is part of a universal "world public order of human dignity" and they aim to develop a "jurisprudential framework in accordance with which the entire world might be

International Humanitarian Law, when properly applied, affords vital protection to the lives and dignity of those who are vulnerable in times of conflict. Its provisions are aimed at protecting civilians, people deprived of their liberty, the wounded in war, and those under foreign or military occupation. Parties to an armed conflict have the responsibility to implement and respect these laws and the international community has the responsibility – some speak of obligation – to ensure this respect.⁷⁷

A doutrina internacional clássica, com a intenção de mitigar as consequências da guerra, veio a formular o princípio da necessidade de distinguir as pessoas tendo como critério a sua participação ou não em um conflito armado, a fim de que seja possível assegurar certa imunidade aos que não participam das hostilidades e, por conseguinte, para que inocentes não acabem sendo mortos.

*Como distinguir inocentes de inimigos? Como, ao invés de eliminar seu adversário, acabar com a vida de uma pessoa que nada tem a ver diretamente com a guerra?*⁷⁸

Em esta línea, ROUSSEAU, veio a contribuir decisivamente al establecimiento del principio de distinción al afirmar, al margen de cualquier casuismo, que como los ciudadanos no son enemigos en la guerra, no deben ser dirigidas contra ellos las operaciones militares, más que cuando sirvan, com las armadas em la mano, como defensores del Estado al cual pertenecen, quedando, todos los demás al margen de los enfrentamientos.⁷⁹

Atualmente, é possível falar que há a chamada *soberania de função*, que consiste na responsabilidade de função, sendo que a competência dos Estados está intimamente associada às necessidades dos Homens.⁸⁰

transformed into a rationally organized, democratically governed “free society” encompassing all peoples and offering the greatest enjoyment of human values for the largest number of individuals. CAPPS, Patrick. **Human Dignity and the Foundations of International Law**. Oregon: Hart Publishing, Oxford and Portland, 2010. p. 82.

⁷⁷ RAVASI, Guido. op. cit. p. 20.

⁷⁸ If women are specifically targeted with violence during war, will those responsible for such violence be held accountable at war’s end? If not, what does this say about the government’s commitment to the rule of law and human rights? Moreover, can truth-telling mechanisms help avert the problem of women’s contributions to overthrowing authoritarian governments subsequently being erased? BORER, Tristan Anne. **Gendered War and Gendered Peace: Truth Commissions and Postconflict Gender Violence: Lessons From South Africa. Violence Against Women**. Sage Publications, 2009. p. 1172

⁷⁹ UBINA, Júlío Jorge. Protección de las víctimas de los conflictos armados, naciones unidas y derecho internacional humanitario. Valência: **Cruz Roja Española**, 2000. p. 48.

⁸⁰ CASTRO, Paulo Canelas. op. cit. p. 24.

Há, nesta lógica, a necessidade estabelecer uma distinção entre os inocentes e os culpados, sendo que esta diferenciação será superdita às necessidades militares. Ao mesmo tempo, irá nascer a preocupação de proteger – *dever de proteger as mulheres não combatentes*.

A cada dia, vislumbra-se o surgimento de novos conflitos internos e cada vez mais violentos, e a evolução de formas de fazer a guerra vai, por sua vez, acarretando novos problemas e, assim, novas respostas para o incipiente *ius in bello*, com o intuito de proteger a população civil das hostilidades não somente no caráter teórico e/ou acadêmico, mas também enquanto uma resposta que atenda à realidade dos conflitos armados não internacionais, para acabar de vez com as mortes e destruições contra a população civil e, em especial, contra as mulheres.

Capítulo II: Os conflitos armados: da noção de pessoas protegidas nos diferentes tipos de conflitos

Humanitarian law on the other hand, especially the four 1949 Geneva Red Cross Conventions and Additional Protocols of 1977, define minimum standards for international and non international armed conflicts to protect combatants (especially when wounded or held as prisoners of war), as well as civilians affected by armed conflicts.⁸¹

Há quem diga que, entre a guerra e a paz, não há nada. Aparentemente, e em termos legais, esta citação está correta, porque há, sim, a existência de uma crise no que diz respeito àquela *antiga definição de guerra*. Atualmente, persiste uma preferência pelo termo *conflito armado*, o que não significa que sejam completamente diferentes ou, ainda, que se trate de outra categoria. Verdade é que o termo *conflito armado* é deveras usado para tentar diferenciar a guerra em suas mais formais manifestações conceituais e idealistas.⁸²

And there are certain many eminent authors who prefer to take this line – to avoid using the term war and include internal wars under armed conflict. But it is equally, and possibly more, convenient to extend the notion of war to include also non-State armed conflict. After all, scholars may define terms as they wish, provided they are clear and consistent; and there is little merit in minto German and Scandinavian languages, for example, are somewhat unwieldy. Furthermore, since Clausewitz has already prescribed an act of force

⁸¹ NOWAK, Manfred. **Introduction to the International Human Rights Regime**. Haia: Martinus Nijhoff. 2004. p.62

⁸² Com o intuito de frisar o que já foi explicitado, este trabalho toma como referência as nomenclaturas de “conflito armado não internacional” e “conflito interno”. Entretanto, o termo “guerra” também será utilizado quando (e somente quando) houver a necessidade de afirmar a respeito da noção tradicional dos conflitos armados.

seem adequate to use the term war for the problems dealt with in this work.⁸³

Talvez um problema fosse o fato de que somente Estados podem declarar a guerra, mas há muitos casos de beligerantes que pertenciam a uma república de uma vasta federação e, depois, acabaram por lutar para se tornarem um Estado independente, por exemplo.

This was so in the case of Slovenia and Croatia, which emerged as sovereign States in 1991. In these hostilities, the Serb-dominated Yugoslav Federal Army sought to prevent the Independence of these two countries. In the hiatus between being constituent republics of a federation and independent States, it is clear the Law of War applied: subsequent trials before the compelling rules of warfare even before actual Independence and statehood are achieved.⁸⁴

Há, ainda, conflitos internos que acabam por tomar um caráter interno ou até mesmo o contrário.

A further confusion has also been created by the new use of the new term "armed conflict". Which is the larger concept: war or armed conflict? The Institut de droit international has considered whether armed conflict falls short of war or includes war.(...) Many members of the Institut objected to any attempts to exaggerate the importance of definitions. It may be questioned whether discussions on the meaning of terms like these are fruitful in the absence of any obvious logic or of common agreement on the contents of a term. It may indeed appear better to allow for some flexibility of meaning.⁸⁵

Assim, é possível que, ultimamente, para o DIH, todos os conflitos (tanto os internacionais como os internos) devem seguir os mesmos ditames humanitários.

Conformément à l'article premier commun aux quatre Conventions de Genève, les Etats parties «s'engagent à respecter et à faire respecter» les dispositions de ces instruments. En se fondant sur les travaux préparatoires de la Conférence de 1949, qui aboutirent à l'adoption de ces conventions, on a longtemps considéré que cette

⁸³ DETTER, Ingrid. **The law of war**. Cambridge: Cambridge University Press. 2ª edição, 2000. p. 18.

⁸⁴ DETTER, Ingrid. op. cit. p. 19.

⁸⁵ Ibidem. p. 19.

formule ne faisait que reprendre la règle fondamentale d'origine coutumière exprime dans la máxima *pacta sunt servanda*.⁸⁶

Tendo em vista que não há como indicar as hostilidades através de uma balança ou medidor, e que, em qualquer dos casos, a população civil, em especial para o trabalho, as mulheres, devem ser tratadas com dignidade e humanidade.

1. Diferenciação entre combatentes e população civil

Agora, será feita uma reflexão a respeito das definições de combatentes e não combatentes ou população civil, sendo que o DIH, aplicável aos conflitos armados, é quem determina quais são as pessoas que devem ter o *status* de combatentes ou de civis, o que em nada se relaciona com a guerra ou o com conflito que está acontecendo em um determinado território.

Regardless of this basic classification, persons can be in closer proximity to one other primary status – either due to national law or administrative measures, or because of actual circumstances. As a rule, for example, members of the armed forces of a state (or another party to the conflict which is recognized subject of international law) are combatants; thus they are authorized, within the limits imposed by international law applicable in international armed conflicts, to participate directly in hostilities.⁸⁷

Desde as primeiras elaborações doutrinárias, as ideias humanitárias promovidas pela doutrina internacional clássica, que, de acordo com a apresentação feita anteriormente, se pautou na prática de determinadas regras de Direito Consuetudinário, foram coletadas a partir da segunda metade do século XIX, através de diversos instrumentos jurídicos internacionais cujo objetivo principal era codificar estas primeiras normas: as *Leis e Costumes da Guerra*. Entre elas, inclui-se uma

⁸⁶ MOMTAZ, Djamchid. **Les défis des conflits armés asymétriques et identitaires au droit international humanitaire**. Les règles et les institutions du droit international humanitaire à l'épreuve des conflits armés récents. Recueil des Cours.v.30.Haia: Martinus Nijhoff, 2010. p.71.

⁸⁷ FLECK, Dieter. **The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict**. Nova York: Oxford University Press,1995. p. 65.

obrigação: a de distinguir os combatentes da população pacífica, que nada tem a ver com a guerra.

Como exemplo do que aqui vem sendo dito, tem-se a Ordem nº 100, Instruções para a Condução dos Exércitos em campanha ou Código de Lieber de 1863, que, mais tardiamente, foi conduzida pelas Conferências de Paz de Haia de 1899 e 1907. Esse documento se configura como aquilo a que se pode chamar de *Direito Clássico da Guerra*, o qual responde ao positivismo jurídico imperante na época e que, no momento de sua codificação, teve um resultado pouco satisfatório, como comprovado através da Primeira Guerra Mundial.

Na verdadeira acepção castrense da palavra, a noção de combatente (enquanto aquele que combate, tem meios para combater e é parte num conflito armado) perde-se na memória do tempo. Contudo, só nos finais do século XIX, em 1899, a noção de combatente foi tida em conta, fato notável a partir da sua consagração em textos jurídicos internacionais. Resultado das Conferências de Haia, o termo foi adotado em anexo à Convenção, o Regulamento denominado de *Leis e Usos da Guerra*, os quais são considerados como sendo o primeiro documento que identifica a figura do combatente. O Regulamento identifica não só o combatente como sujeito que, com regularidade, pertence aos exércitos, mas, numa ampla acepção, abrange também aqueles que pertencem às milícias e aos corpos voluntários, desde que estivessem sob circunstâncias de comando, organizados numa cadeia hierárquica, submetidos à exigência de distintivo fixo e visível, e, claro, portando armas e obedecendo às *Leis e Usos da Guerra*.

In the definition of combatants as “all persons who may take a direct part in hostilities”, the legal definition of combatants contained in Art. 34, para. 2. AP I is repeated almost word for word. The additional explanation that combatants “participated in the use of a weapon or a weapon-system in an indispensable function” in no way restricts the ambit of the definition: naturally members of the armed forces whose function in the use of a weapon or a weapon-system is not “indispensable” do not, for this reason, lose their combatant status. (...) Persons who participate in the use of a weapon or a weapon-system in an indispensable function may not under any circumstances be designated as non-combatants by national decision.⁸⁸

⁸⁸ FLECK, Dieter. op.cit. p. 67.

Para além da consagração da noção de combatente, há também a noção de beligerante, associando esse conceito às populações de um território ainda não ocupado, sem uma estrutura de carácter militar organizado e que tenha acesso a armas para combater as tropas invasoras.

Num conflito armado, vários são os atores que, numa espécie de teatro de operações, desempenham um determinado papel, podendo a ação desenvolvida ser protegida ou não, de acordo com as normas humanitárias que, por imperativo legal, se impõe no âmbito de um conflito. Desse modo, e até por necessidade de balizar o conceito de combatente, cabe, agora, excluir uma série de atores que, pelas suas características, possam, de alguma forma, ser confundidos e integrados erroneamente no conceito de combatente. Deve-se, assim, evidenciar, desde já, aqueles que, no âmbito da função desempenhada, são expressamente protegidos, não se enquadrando no conceito de combatente que o presente estudo contempla.

-Forças de apoio à Paz (que actuem ao abrigo do Cap.VI da CNU): - não consideraremos os elementos das forças de manutenção da paz que desempenhem funções no âmbito de resoluções pacíficas de conflitos ou controvérsias entre duas ou mais parte, verdadeiros combatentes, pois a sua acção tem um carácter preventivo de conflito, pelo que o seu empenhamento é feito ao abrigo das Nações Unidas, nos termos do Capítulo VI da respectiva Carta das Nações Unidas. - Feridos, doentes e outro pessoal em “distress”: - considerando combatentes e demais pessoal que pela incapacidade de participar nas hostilidades, são expressamente protegidos pela Convenção de Genebra. - Pessoal afecto aos serviços sanitários e religiosos; - devido à função desempenhada, no âmbito da saúde e religioso. - Pessoal afecto à defesa civil: - pessoal expressamente protegido pelas convenções; - Pessoal afecto ao património cultural – pessoal expressamente protegido pelas convenções- Não combatentes – pessoal expressamente protegido pelas convenções.⁸⁹

De acordo com o artigo 43º do Protocolo Adicional I, somente os membros das forças armadas podem ser considerados como combatentes (com a exceção dos médicos e dos religiosos protegidos pelo artigo 33º da Parte III da CG), já que participam diretamente das hostilidades.

⁸⁹ COELHO, Vitor Pereira Chaveiro. **O Combatente: Uma perspectiva Jurídica no âmbito do Direito Internacional Humanitário**. Disponível em: http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/o_combatente.pdf. Data de acesso: 22 de abril de 2013.

Neste trabalho, a mulher não é tratada como combatente, mas, sim, como população civil. Entretanto, é necessário salientar que a mulher, como membro das forças armadas, tem a mesma autorização do artigo 43º, já citado no parágrafo anterior, para participar das hostilidades da mesma forma como qualquer outro combatente, uma vez que as forças armadas aceitam as mulheres como soldados preparados para a guerra.⁹⁰

Já a população civil pode ser conceituada como sendo *todos aqueles protegidos pela CG de 1949. E pode-se dividir as regras de proteção de civis em dois grupos: proteção de civis ou indivíduos sobre o controle de adversários contra ações violentas ou arbitrárias e proteção de civis contra os feitos das operações militares e ações individuais de hostilidade.*

In cases of non-international armed conflict, “persons taking no active part in the hostilities... shall in all circumstances be treated humanely” (Art.3, para. 1 GC I-IV). This includes civilians. The use of disproportionate force against civilians is also prohibited in non-international armed conflicts. AP II confirms common Article 3 and extends the legal protection of civilians (Art. 4, para. 2 AP II). Article 13, para.2 AP II expressly prohibits not only attacks against civilians but also threats of such attacks.⁹¹

Com relação à primeira forma apresentada, pode-se dizer que está relacionada com as Leis de Genebra e do CICV, pois há, aqui, uma afinidade com o DIH. Já o segundo grupo está intimamente ligado à condução das operações militares e, dessa forma, encontra-se pautado nas leis de Haia.⁹²

⁹⁰ The decision of the Federal Republic of Germany on this matter is recorded in its constitution: Art. 12^a, para. 4, 2nd sentence of the German Basic Law excludes women from any military service (even voluntary) which involves the use of weapons. In this connection, the term “weapon” includes any weapon-system, the operation of which constitutes a direct participation in hostilities. Apart from this, women are permitted to serve in the German armed forces as volunteers. FLECK, Dieter. op.cit. p. 72.

⁹¹ Ibidem. p. 214.

⁹² Ce rapide inventaire de l'état de la matière normative du droit de Genève permet de conclure que, sur ce plan, bien davantage que de la simple interaction entre le droit de protection «de Genève» et celui «de La Haye», il s'agissait, dès l'origine et d'une manière continue, d'une véritable interdépendance entre les deux volets, ayant tous les deux comme point de départ l'acquis de la Conférence de 1907.(...) Comme on peut le constater, ce n'est donc pas dans leur substance et leurs fonctions normatives qu'il convient de rechercher des raisons pour la distinction entre le «droit de La Haye» et le «droit de Genève». SWINARSKI, C. **Articulation entre le droit de la Haye et le droit de Genève: Au lendemain des Conférences de 1906 et de 1907.** Actualité de la Conférence de la Haye de 1907, Deuxième Conférence de la paix. DAUDET, Yves. Recueil des Cours. Martinus Nijhoff. Haia:2008. pp. 265-266.

O Direito de Haia encontra a maior parte de suas regras nas Convenções de Haia de 1899. Foi inspirado pela Declaração sobre a Renúncia ao Emprego, em Tempo de Guerra, de Projéteis Explosivos Inflamáveis, adotada em São Petersburgo, em 1868, durante a Conferência Internacional convocada pelo Gabinete do Czar russo Alexandre II (11855-1881) e pelo Código de Lieber. O Direito de Haia baseia-se fundamentalmente na Convenção sobre as leis e os Costumes da Guerra Terrestre e o regulamento sobre a Guerra Terrestre, anexo à Convenção adotados em Haia, em 1899, durante a Primeira Conferência de Paz da Haia, esses textos foram revistos, com algumas exceções, totalizando 13 Convenções, relativas às leis e costumes de guerra, aos direitos e deveres das potências neutras em caso de guerra terrestre, ao regime dos navios do comércio no início das hostilidades, à transformação dos navios de comércio em navios de guerra, à colocação de minas submarinas e ao bombardeamento por forças navais em tempos de guerra, entre outras.⁹³

Este trabalho está dimensionado nas provisões de DIP que dizem respeito à proteção das mulheres – aqui consideradas como pessoas civis – em conflitos armados não internacionais. Para o DIH, a população civil é composta por pessoas que não são membros das forças armadas, de acordo com o artigo 27º, Parte IV da CG.

2. Diferentes tipos de violência e a questão do gênero

A forma como as mulheres⁹⁴ têm sido tratadas durante o período de combate tem mudado de acordo com a História, uma vez que estas eram sempre dignas de perdão, juntamente com as crianças.

⁹³ BIERRENBACH, Ana Maria. op.cit. p. 92.

⁹⁴ Significará isso que a palavra "mulher" não tenha nenhum conteúdo? É o que afirmam vigorosamente os partidários da filosofia das luzes, do racionalismo, do nominalismo: as mulheres, entre os seres humanos, seriam apenas os designados arbitrariamente pela palavra "mulher". Os norte-americanos, em particular, pensam que a mulher, como mulher, não existe mais; se uma retardada ainda se imagina mulher, as amigas aconselham-na a se fazer psicanalisar para livrar-se dessa obsessão. A propósito de uma obra, de resto assaz irritante, intitulada *Modern Woman: a lost sex*, Dorothy Parker escreveu: "Não posso ser justa em relação aos livros que tratam da mulher como mulher... Minha idéia é que todos, homens e mulheres, o que quer que sejamos, devemos ser considerados seres humanos". Mas o nominalismo é uma doutrina um tanto limitada; e os antifeministas não têm dificuldade em demonstrar que as mulheres não são homens. Sem dúvida, a mulher é, como o homem, um ser humano. Mas tal afirmação é abstrata; o fato é que todo ser humano concreto sempre se situa de um modo singular. Recusar as noções de eterno feminino, alma negra, caráter judeu, não é negar que haja hoje judeus, negros e mulheres; a negação não

Alexandre dizia: “Não costumo mover guerra a prisioneiros e a mulheres; quem me enfrenta deve estar armado” (Quinto Cúrcio, 5). Tito Lívio (*Ab Urbe Condita*, 28) escreve: “Contra os armados e os rebeldes, por direito de guerra, é permitida a chacina.” (...) Camilo declara: “Temos as armas em mãos, não contra aquela idade em que se perdoa ainda ao conquistar as terras, mas contra os armados” (Tito Lívio, *Ab Urbe Condita*, 5). (...) Não se deve, portanto, admitir um fato que ofenda o direito natural. O estado de guerra não livra ninguém das leis de natureza, as quais, se com todos devem ser observadas na guerra, muito mais com as crianças e com as mulheres.⁹⁵

No entanto, se as mulheres cumprissem ofícios de homens, tanto nos contextos civis⁹⁶ quanto nos bélicos, elas deveriam ser tratadas como homens ou até com *maior severidade daquela que é permitida pelas leis da guerra, precisamente porque não se contentavam com seu próprio sexo e trajavam roupas masculinas* (Deuteronômio, 22: Não vestirá as mulheres trajes masculinos). Gentili citando Agostinho (*Soliloquiorum Libri*, 2)

É uma questão séria; se para libertar a pátria o homem pode vestir-se de mulher e enganar o inimigo; se o sábio que de qualquer modo possa estar certo que sua vida é necessária para seus semelhantes, deve antes deixar-se morrer de frio do que, não aparecendo outras vestes, vestir trajes de mulher. Disso se pode entrever de que sutil investigação se necessita para estabelecer até onde certas coisas similares possam ser feitas para não cair em certas desonestidades que não seriam escusáveis. Embora não seja contra a natureza despir a pessoas que honestamente poderias matar, e onde é admitida a escravidão, que vendas os inimigos por direito de guerra junto com seus filhos e mulheres, não te seria lícito, porém, maltratar qualquer um dos prisioneiros (Cícero, *De Officiis*, 3). Astuto aquele

representa para os interessados uma libertação e sim uma fuga inautêntica. É claro que nenhuma mulher pode pretender sem má-fé situar-se além de seu sexo. BEAVOUIR, Simone de. **O segundo sexo**. 4ªed. tradução: Sérgio Miller. São Paulo: Difusão europeia, 1970.p.9.

⁹⁵ GENTILI. **O direito de guerra. Livro III**. Tradução de Diego Panizza. Título original: *De Iure Belli Libri Tres*. Editora Unijuí. p. 385.

⁹⁶ Pelo Direito Civil, sabemos que as crianças e as mulheres podem ser escravizadas, sem mesmo ter respeito pela religião. Isso eu ignoro nem ousaria condenar, mas não que não preste atenção de boa vontade às razões contrárias que favorecem as mulheres e as crianças. Diria que é sempre digno de elogio quem, tendo o poder de prejudicar, não se utilize dele, como também é estabelecido no Direito Civil fazer coisas de pouca importância. A lei diz: “Se, no entanto, podendo fazer não fez, é coisa digna de elogio”. Ninguém ignora que nem tudo aquilo que é permitido é honesto e que, ao deliberar, deve-se sempre prestar atenção não somente ao que é permitido, mas também ao que é honesto. *Ibidem*. p. 396.

que atribui à justiça militar essas coisas que injustamente são usadas nas guerras. Nem aqui admito a lei do talião.⁹⁷

A este pensamento, acrescenta-se o fato de que a mulher de combate tem o dever de ser combatida durante o conflito armado. Não há, entretanto, motivo para que sofra injúrias atrozes⁹⁸. O que é injusto e sempre o será é o ato de violentar as mulheres vencidas, de escravizá-las, entregando-as à luxúria de todos.⁹⁹

Essa era a dúvida que mantinha em suspenso Enéias: Sei muito bem que mérito e louvor não se adquirem punindo ou vencendo as mulheres. Não procura, portanto, fama nem elogios, mas procura justiça para apagar a ignomínia dos seus. Na verdade, quem poderia tolerar que as próprias mulheres, de nobre e elevada linhagem, fossem reduzidas a servir um imprudente? Por isso diz muito bem *extinxisse nefas*, porque, se é útil para todos eliminar a perversidade, o homem justo quer eliminá-las dentre os seus de tal modo que não fique mais rastro dela.(...). Porquanto respondo que não são demasiados os exemplos que citei e seriam necessários mil outros para refrear as permissividades da guerra, a luxúria dos soldados que é fomentada por certos escritores, os quais não a consideram contrária às leis militares.

⁹⁷ Ibidem. p. 386.

⁹⁸ É conhecido o caso daquelas gregas que se queixavam de terem sido violentadas, mas Teobaldo, comandante dos umbros, tomava quantos podia de seus maridos e os castrava. Farnace já havia dado o exemplo de semelhante indignidade. Isso bastou para que aquele umbro desistisse daquele malvado. Observe-se esta coisa notável. Chegando às mãos dos atenienses algumas cartas da mulher de Filipe ao marido, decidiram que, assim como estavam fossem endereçadas a seu mortal inimigo, para que não fossem divulgados os segredos entre marido e mulher, pensando que era preferível a lei comum que a própria vingança. E isso basta. GENTILI. op. cit. p. 395.

⁹⁹ Gentili enumera que: Mais que os próprios predadores celerados foram os persas que, na Grécia, usaram as mulheres (Heródoto, 8). Insolentes e injustos foram os tarantinos que prostituíram virgens e crianças presas em combate, entregando-as à luxúria de todos. Mais duramente foram tratados os sícios, que idênticas perversidades haviam cometido contra os prisioneiros de Pelene. Eliano exclama: “Ó deuses! Semelhantes perversidades nenhum bárbaro ousou jamais cometer!”. Aquele que podes matar, dizem os melhores intérpretes das leis, não poder com ofensa do pudor guardá-lo para ti. Nisso concorda também a lei de Deus que permite que tomes por mulher a prisioneira de que te enamoraste, mas não somente para praticares licenciosidades com ela (Deuteronômio, 21). E ainda continua exemplificando a situação: Ciro defende a honestidade de uma jovem prisioneira até contra um grande amigo seu. Conquistada Siracusa, Marcelo protegeu a honestidade das prisioneiras. Tomada Tigranocerta, Luculo liberou o saque de tudo, mas preservou as mulheres contra a fúria dos soldados. Que devo dizer de Ciprião, o Africano? Às prisioneiras que suplicavam para que protegesse sua honestidade, Ciprião dizia: “Certamente espero que nenhuma daquelas coisas que em todos os tempos foram santas e mantidas sob referência fossem de qualquer maneira violadas, segundo minha disciplina e a do povo romano” (Tito Lívio, Ab Urbe Condita, 26). Ibidem. p. 393.

O reconhecimento específico da violência de gênero¹⁰⁰ como violação de um DIDH foi um processo tardio, apesar de sua gravidade e contumácia no cenário internacional. A tomada de consciência sobre o problema foi, em grande parte, produto da campanha das ativistas em prol dos direitos humanos das mulheres, desenvolvida em uma época relativamente recente.¹⁰¹ Entretanto, a persistente discriminação e sua virtual invisibilidade determinam que as violações contra os Direitos Humanos continuem ocorrendo.¹⁰² Sem pretensões de desenvolver um raciocínio que chegue à exaustão, busca-se, em particular, abordar a condição das mulheres em caso de conflitos armados não internacionais, tendo em vista principalmente as melhorias causadas pelo Direito Costumeiro.

É preciso mencionar que, nos instrumentos jurídicos adotados nos últimos anos, se incluem, no conceito de violência contra as mulheres, outras formas não tradicionais de tirania, como a violência estrutural, marcada pelo prejuízo de vida ocasionado pela organização da economia. Segundo o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (CEDAW)¹⁰³, a violência de gênero é aquela dirigida

¹⁰⁰ Sexuring gender equality is an ongoing democracy challenge. The "culture of equal" is intrinsic to democracy, as Anne Philips (2004) has written: democracy involves an assertion about the fundamental equality of all human beings and an expectation that this will be reflected in public policies and law. Principles of gender, equality are written into international covenants, national constitutions, laws and bureaucratic guidelines. But highly controversial politics. Gender equality is conceived of in various way. But all kinds of gender equality politics contain battles over rights, recognition, participation and distribution. HELLSTEN, Sirkker, HOLLI, Anne Maria, DASKALOVA, Krassimira. **Women's citizenship and political rights**. Nova York: Palgrave Macmillan, 2006.p. 86.

¹⁰¹ "A fêmea é fêmea em virtude de certa carência de qualidades", diz Aristóteles. "Devemos considerar o caráter das mulheres como sofrendo de certa deficiência natural". E Sto. Tomás, depois dele, decreta que a mulher é um homem incompleto, um ser "ocasional". É o que simboliza a história do Gênesis em que Eva aparece como extraída, segundo Bossuet, de um "osso supranumerário" de Adão. A humanidade é masculina e o homem define a mulher não em si mas relativamente a êle; ela não é considerada um ser autônomo.(...) De onde vem essa submissão na mulher? BEAVOUIR, Simone de.op.cit.p.11-13.

¹⁰² Elas são mulheres em virtude de sua estrutura fisiológica; por mais longe que se remonte na história, sempre estiveram subordinadas ao homem: sua dependência não é consequência de um evento ou de uma evolução, ela não aconteceu. E, em parte, porque escapa ao caráter acidental do fato histórico que a alteridade aparece aqui como um absoluto. (...)A divisão dos sexos é, com efeito, um dado biológico e não um momento da história humana BEAVOUIR, Simone de.op.cit.p.14.

¹⁰³ The Commission on the Status of Women was created in 1946, just aoneyear after the United Nations Charter entered into force. This Commission, which deals with all matters concerning women, demonstrates the United Nations' commitment to the principle of non-discrimination in relation to women. The Commission has played a very importante role in the process of elaborating the human rights mechanisms adopted within the framework of the United Nations. (...) In June 1993, the World Conference on Human Rights was held in Vienna. The Vienna Declaration and Program of Action that resulted is the most explicit proclamation supporting the acknowledgment and expansion of women's rights. ISA, Felipe Gómez. The optional Protocol for the Convention on the Elimination of all forms of Discrimination against Women: strengthening the Protection Mechanisms of Women's Human Rights. **Arizona Journal of International and Comparative Law**.v.20, nº 2. Arizona: 2003. p. 295.

contra a mulher pelo simples fato de ser mulher ou que a afeta de forma desproporcionada.¹⁰⁴

The human rights of women and of the girl-child are an inalienable, integral and indivisible part of universal human rights. The full and equal participation of women in political, civil, economic, social and cultural life, at the national, regional and international levels, and the eradication of all forms of discrimination on grounds of sex are priority objectives of international community... The human rights of women should form an integral part of the United Nations human rights activities, including the promotion of all human rights instruments relating to women.¹⁰⁵

Na Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher das Nações Unidas, a expressão *violência contra as mulheres* foi definida como sendo:

qualquer ato violento baseado no gênero que resulte ou tenha como resultado causar dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico, às mulheres incluindo-se as ameaças de tais atos, coerção, privação arbitrária de liberdade, quer ocorra na vida pública quer ocorra na vida privada.¹⁰⁶

Também se afirma que *o Estado tem obrigação de utilizar a devida diligência para prevenir, investigar e, de acordo com a legislação nacional, punir todo ato de violência contra as mulheres, sejam eles perpetrados pelo Estado ou por particulares*. Esse mesmo instrumento jurídico afirma que a violência constitui:

uma manifestação das relações de poder historicamente desigual entre homens e mulheres que levaram à dominação da mulher e à sua discriminação por parte dos homens e que a violência contra a mulher é um dos mecanismos sociais fundamentais por meio do qual

¹⁰⁴ Depuis ses origines, le droit international humanitaire accorde aux femmes une protection générale égale à celle dont bénéficient les hommes. (...) Les femmes qui ont participé activement aux hostilités en qualité de combattantes ont droit à la même protection que les hommes lorsqu'elles tombent aux mains de l'ennemi. (...) Outre cette protection générale, les femmes bénéficient d'une protection spéciale, conformément au principe défini à l'article 14, paragraphe 2 (de la III^e Convention de Genève) selon lequel «les femmes doivent être traitées avec tous les égards dus à leur sexe» (...) Les femmes et les hommes qui, en tant que membres de la population civile, ne participent pas activement aux hostilités sont protégées par la IV^e Convention de Genève. (...) Le droit international humanitaire contient également des dispositions spéciales en faveur des femmes enceintes et des mères de jeunes enfants. LINDSEY, Charlotte. Les femmes et la guerre. **Revue Internationale de la Croix Rouge**. Setembro de 2000. p. 580.

¹⁰⁵ ISA, Felipe Gómez.op.cit.p. 299-300.

¹⁰⁶ Comitê Internacional da Cruz Vermelha. **Annex to the Guidance Document: General and specific protection of women under international humanitarian law**. Disponível em: http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/ihl-women__icrc_002_0840.pdf. Data de acesso: 15 de novembro de 2012.

a mulher é forçada a uma relação de subordinação em relação aos homens.¹⁰⁷

Os diplomas legais que citam esse tipo de crime são: a CG de 1949 quando art. 27º, IV, indica que: *woman must be especially protected against any attack on their honour, in particular against rape, enforced prostitution, or any other form of indecent assault*; no Protocolo Adicional I, art. 76º:

women must be protected in particular against rape, forced prostitution and any other form of indecent assault. To the maximum extent feasible, parties to a conflict must endeavour to avoid the pronouncement of the death penalty on pregnant women or mothers having dependent infants for an offence related to the armed conflict. The death penalty for such offences must not be executed on such women.¹⁰⁸

Há também o artigo 3º, comum a todas as Convenções, que enumera: *prohibition of outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment in non-international armed conflicts*. O Tribunal Penal Internacional (TPI), por sua vez, dispõe, em seu artigo 8(2)(b)(xi); (xii); 8(2)(c)(ii); 8(2)(e)(vi), que: *rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence as well as outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, are war crimes in both international and non-international armed conflicts*.¹⁰⁹

Elementos adicionais, posto que corroborantes do caso *Kunarac*, em cuja sentença a Trial Chamber tocou os problemas da falta de consentimento da vítima aquando da penetração sexual (o que, afinal, reverte do requisito da coação, força ou ameaça de recurso à força) e, pelo prisma da *mens rea*, da intenção por parte do agente de efectuar a penetração sexual com o reconhecimento de que esta se realiza sem a permissão da vítima.¹¹⁰

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ Comitê Internacional da Cruz Vermelha. **Annex to the Guidance Document: General and specific protection of women under international humanitarian law**. op. cit.

¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹⁰ ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. **Os crimes contra a humanidade no actual direito internacional penal**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 343.

Assim, as mulheres devem ser protegidas contra o estupro, a prostituição forçada e também contra toda e qualquer outra forma de violência e irascibilidade.¹¹¹

The Statue of International Criminal Court of 17 July 1998 (2187 U.M.N.T.S. 3) is explicit in declaring “rape, seual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other formo of sexual violence of comparable gravity” to be both a crime against humanity (ar.7 (1) (g)) and a war crime (art. 8 (2)(b)(xxii)) and therefore within the Court’s jurisdiction *ratione materiae*. The componentes of these offences are articulated, under the same article numbers, in the Elements of Crime of 10 September 2002: U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2. Previously, rape had been declared to be a crime against humanity, but not expressly a war crime, under art. 5(g) of the Statue of the I.C.T.Y. 1993 (U.N. Doc S/RES/827 (1993)) and art.3(g) of the Statue of the I.C.T.R. 1994 (U.N. Doc S/PRES/1995 (1994)). Building from the historic ruling of the I.C.T.R. in 1998 in the Jean-Paul Akayesu Case (I.C.T.R. -96-4-T) that rape constituted a war crime and genocide, the Security Council, i para. 4 of Res. 1820 (2008) of 19 june 2008 declared that “rape and other forms of sexual violence can constitute a war crime, a crime against humanity and, or a constitutive act with respect to genocide.”¹¹²

Uma das definições de estupro pode ser encontrada em Barron’s Law Dictionary, o qual indica que estupro é:

Common law meaning for unlawful sexual intercourse with a female person without her consente. Most states have replaced the common law rape definition with “Sexual Assault” statues. The sexual assault statutes are generally gender-neutral (indicating thar both the actor and the victim can be either male or female) and provide that it is a crime to knowingly case another person to engage in a sexual act by force or threat; 18 USC § 2241. The federal statute specifically terms the offence “aggravated sexual abuse”.¹¹³

Para esta definição, somente mulheres podem ser vítimas de estupro. De acordo com a Conferência de Viena sobre Direitos Humanos – Declaração e Programa de Ação de Viena pode-se afirmar que os Direitos Humanos das Mulheres são inalienáveis, que são parte indivisível dos Direitos Humanos. Nesse mesmo

¹¹¹ O conceito de vítima pode ser entendido da seguinte maneira: Así pues, las víctimas pueden definirse como las personas que sufren porque resultan afectadas por un conflicto armado; se las denomina “víctimas de la guerra”. Esta definición también puede referirse a una población entera que padezca los efectos de un conflicto armado. ZEGVELD, Lisbeth. Recursos jurisdiccionales para las víctimas de violaciones de derecho internacional humanitario. **Revista Internacional de la Cruz Roja**. Selección de artículos 2003. p.193.

¹¹² GRANT, John, BARKER, J. Graig. **Encyclopaedic Dictionary of International Law**. Nova York: Oxford University Press, 2004. p. 499.

¹¹³ GIFIS, Steven. **Barron’s Dictionary**. Nova York: 1991. p. 1345.

sentido, indaga-se: *a erradicação de todas as formas de discriminação contra a mulher é um dos objetivos da comunidade internacional?* Motivado por esta questão entende-se, aqui, que a violência baseada em gênero e todas as formas de violência e exploração sexual são incompatíveis com a dignidade da pessoa humana e, por isso, devem ser eliminadas.

3. Distinção entre os vários tipos de conflitos

Todos os tipos de conflito armado, em seus diferentes aspectos, têm algo em comum: o mal que fazem à população civil e ao meio ambiente, e os motivos que incitam esses malefícios perpassam tanto os aspectos culturais quanto políticos e econômicos.

En pratique, l'application des règles du droit international humanitaire, dans le contexte des conflits armés internes internationalisés, relève de la théorie du fractionnement des régimes, dite aussi des «faisceaux bilatéraux», qui reste encore applicable et appliquée. Le fractionnement consiste à décomposer le conflit en ses différents rapports binaires (gouvernement contre insurgés, forces d'intervention contre insurgés, forces d'intervention contre gouvernement, forces d'intervention contre forces d'intervention), et à appliquer le régime juridique propre à chacun d'eux. Mais, la pratique des Etats, qui avaient déjà rejeté la proposition du CICR d'appliquer intégralement le droit des conflits armés internationaux lors de la Conférence des experts en 1971, reste très incertaine et plutôt bilatéraliste. Nonobstant ces inconvenients, la Cour internationale de Justice, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, mais aussi un certain nombre de défenseurs de la doctrine se prononcent en faveur du fractionnement du droit des conflits armés aux différents rapports existants.¹¹⁴

Estes conflitos podem ser classificados como civis ou internos, e há, aqui, uma diferente definição, que se faz importante para a continuação do trabalho e que será abordada somente no que diz respeito aos conflitos armados não internacionais ou conflitos internos.

¹¹⁴ MATHESON, Michael, MOMTMAZ, Djamchid, SOULEYMANE, Soumaoro. *La qualification des conflits armés...* op. cit. p. 214.

3.1 O conflito armado internacional

Os tratados sobre as *Leis de Guerra* foram elaborados para guerras entre Estados, e não para guerras civis ou, utilizando outra denominação, conflitos internos, em que as leis somente podem ser aplicadas aquando do reconhecimento de beligerância dos insurgentes. Foi somente depois da Segunda Guerra Mundial que os tratados começaram a incluir algumas disposições destinadas a garantir certa proteção às vítimas desse tipo de conflito.

Não parece fácil determinar se um conflito é interno ou se já ultrapassou os limites territoriais de um Estado. Todavia, o instituto do DIP tem procedido a longas reflexões a respeito dessa questão.

As normas que se seguem são as mais importantes e se aplicam a todos os envolvidos em conflitos internos:

1. Todas las operaciones de combate deben estar justificadas por razones militares. Las actividades que no son necesarias desde un punto de vista militar están prohibidas. 2. Los ataques solo puede ser dirigidos contra los bienes que contribuyan al esfuerzo militar del enemigo y, por lo tanto, sean de importancia táctica o estratégica. Las pérdidas o daños incidentales deben ser mínimos. 3. Siempre se debe distinguir entre los combatientes, que pueden participar en las hostilidades y ser blanco de ataques, y los no combatientes, que no pueden participar activamente en las hostilidades y no puedan ser atacados o utilizados como escudos. 4. En la medida de lo posible, los no combatientes y sus bienes deben ser protegidos (...). 5. El estatuto de prisionero de guerra no tiene cabida en los conflictos armados internos (...). 6. Las personas que no participen activamente en las hostilidades deben ser tratadas con humanidad y equidad (...). 7. La toma de rehenes está prohibida. 8. La inanición de los combatientes como método de guerra está prohibida. 9. Heridos, enfermos y naufragos deben ser recogidos y cuidados. 10. Aunque la evacuación de no combatientes de las zonas peligrosas pueda ser necesaria, está prohibido trasladarlos por razones discriminatorias o utilizarlos como escudos humanos (...).¹¹⁵

¹¹⁵ GUTTMAN, Roy, RIEFF, David. *Criménes de guerra: lo que debemos saber*. Barcelona: Grupo editorial Random House Mondadori, 2003. pp. 226-227

Nos conflitos armados internos, os diplomas legais que prevalecem são o Protocolo II, de 1977, e o artigo 3º, comum às CG's, de 1949.¹¹⁶ Além do significado óbvio de sinônimo de guerra, o termo *conflito armado internacional* pode ser encontrado no Protocolo II, de 8 de junho de 1977, das CG's de 12 de agosto de 1949, que tratam da Proteção das Vítimas de Conflitos Armados Internacionais.

The term is not defined (save that it includes armed conflicts involving "fighting against colonial domination and alien occupation and against racist régimes" (art.1(4))), and its meaning becomes clearer in the Second Protocol of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non International Armed Conflict (1125 U.N.T.S 609), art. 1 (1) of which defines its scope as armed conflicts "which take place in the territory of a High Contracting Party between its armed forces and dissident armed forces or other organized armed groups which, under responsible command, exercise such control over a part of its territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations and to implement this Protocol."¹¹⁷

A partir de 1949, a distinção entre conflitos armados internacionais e não internacionais começou a ser um problema, tendo em vista os diferentes aspectos e vetores que envolvem essa distinção conceitual. O primeiro problema que se coloca nessa diferenciação é o surgimento de vários conflitos para a liberação nacional.¹¹⁸

¹¹⁶ Vale ressaltar que os conflitos armados podem ser conceituados como: a term which has gained currency in an attempt to avoid the technicalities attaching to the concept of war. In its Judgment in the Wimbledon Case (1923) the (PCIJ) described the Polish-Russian War of 1920-21 as an "armed conflict" (P.C.I.J. Ser. A, No 1, p.28) and in the four Geneva Conventions of 1949 for the Protection of War Victims, their scope is defined as extending to "all cases of declared war or of any other armed conflict which may arise between two or more of the High Contracting Parties, even if the state of war is not recognised by one of them" (Art. 2 of Conventions I-IV (75 U.N.T.S. 3 ff)). Similarly, in the 1954 Hague Convention on the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, this description is employed in the title and text of the Convention (Arts. 4 and 19 (249 U.N.T.S. 215)): Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals* (1968), Vol. 2, *The Law of Armed Conflict*, 1-2. See also the *Fundamental Rules of International Humanitarian Law in Armed Conflicts*. GRANT, John, BARKER, J. Graig.op.cit.p. 43.

¹¹⁷ Ibidem. p. 285.

¹¹⁸ Les guerres appelées «de libération nationale» sont une exception à cet égard. Considérées initialement comme des conflits armés internes, elles se sont vu reconnaître progressivement un caractère international. La Charte se fonde sur ce principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes (article 1, paragraphe 2). C'est à partir de ce principe que l'ONU a été amenée à prendre une position de soutien aux peuples en lutte dans l'exercice de leur droit à l'autodétermination. Cette prise de position maintes fois confirmée par des résolutions et déclarations, est maintenant universellement reconnue. Le dernier développement du droit international humanitaire a suivi cette évolution; aussi, les conflits armés dans lesquels les peuples luttent dans l'exercice de leur droit à disposer d'eux-mêmes ont-ils été inclus au nombre des conflits armés internationaux. SANDOZ, Yves, SWINARSKI, Christophe. **Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux**

According to the conception of the Geneva Conventions of 1949, wars of peoples under colonial domination against their administering power fall into the category of non-international conflicts. However, these conceptions have gradually changed since 1960. The right of self-determination was recognized for colonial peoples through the pronouncements of the United Nations General Assembly, and the claim was brought forward that wars of national liberation are no longer to be considered non-international but rather international conflicts.¹¹⁹

Um segundo problema encontrado foi o significativo aumento de conflitos armados não internacionais, resultado de um alto número de Estados instáveis e do aumento de criação de Estados. Na maioria dos casos, os conflitos armados não internacionais se manifestam em maior quantidade com relação aos internacionais propriamente ditos.¹²⁰

According to estimates, 80 to 90 per cent, of the victims of the armed conflicts which have taken place since the Second World War are the result of non-international conflicts. The rudimentary rules of Article 3, common to the Geneva Conventions, have proved to be insufficient under these circumstances. The need has arisen to create a similarly exhaustive regulation to protect the human person in non-international conflicts as is existing for international conflicts.¹²¹

O terceiro problema está relacionado com o aumento das intervenções estrangeiras em guerras civis, como no Vietnã, em Cyprus, no Líbano e em Angola.

Já a quarta e última situação-problema se encontra no fato de que as CG's surgiram quando a Organização das Nações Unidas (ONU) se mostraram mais propensas a colocar a sua força de paz em conflitos armados, como foi o caso do Congo, cujo episódio ocorreu entre 1960 e 1963.

Os conflitos armados internacionais, antes maioria quando do nascimento do DIP, foi, mais tarde, saindo da esfera costumeira para ser legalizado pelo DIH, tanto por meio das CG's como com o advento dos Protocolos I e II. Entretanto,

Conventions de Genève du 12 août 1949. Comité International de la Croix- Rouge. Geneva: Martinus Nijhoff Publishers, 1986. p.1347.

¹¹⁹ SCHINDLER, D. *Different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols.* Recueil des Cours 163. Haia: Martinus Nijhoff, 1979. p.126

¹²⁰ Partilha-se, aqui, do mesmo entendimento de Schindler no caso de guerras de liberação nacional, quando diz: "The type of war of national liberation has been justified for the period of descolonization, but will probably lose its importance after a relatively short time" Ibidem.p.154.

¹²¹ Ibidem. p.127.

desde a Guerra Fria, não se vê tantos conflitos de caráter somente internacional, o que abre precedentes para outro tipo de conflito, os de caráter interno, que tem sido estudado para um melhor entendimento e possível aplicação de suas normas.

3.2 O conflito armado não internacional

Como anteriormente explicitado, o DIH teve a sua evolução a partir do século XIX devido ao trabalho pioneiro de Henry Dunant, que ficou horrorizado com a brutalidade da batalha de Solferino. Já em 1864, houve a CG para a Melhoria da Sorte dos Feridos e Enfermos dos Exércitos em Campanha, cujo profícuo e breve instrumento foi revisado e modificado em 1906. Já em 1869, houve a Declaração de São Petersburgo, e em 1899 e 1907 as Convenções de Haia sistematizaram as leis da Guerra.¹²²

As normas do DIH se aplicam aos conflitos armados, sendo estes internacionais ou internos, que constituem o escopo do Direito Internacional.¹²³

¹²² Fundamental rules of humanitarian law applicable in armed conflicts: 1. Persons hors de combat (French: "outside conflict") and those who do not take a direct part in hostilities are entitled to respect for their lives and physical and moral integrity. They shall in all circumstances be protected and treated humanely without any adverse distinction. 2. It is forbidden to kill or injure an enemy who surrenders or who is hors de combat. 3. The wounded and sick shall be collected and cared for by the party to the conflict which has them in its power. Protection also covers medical personnel, 21st Annual Human Rights and People's Diplomacy Training, 5 – 23 September, 2011 establishments, transports and materiel. The emblem of the Red Cross (red crescent, red lion and sun) is the sign of such protection and must be respected. 4. Captured combatants and civilians under the authority of an adverse party are entitled to respect for their lives, dignity, and personal rights and convictions. They shall be protected against all acts of violence and reprisals. They shall have the right to correspond with their families and to receive relief. 5. Everyone shall be entitled to benefit from fundamental judicial guarantees. No one shall be held responsible for an act that he has not committed. No one shall be subjected to physical or mental torture, corporal punishment or cruel or degrading treatment. 6. Parties to a conflict and members of their armed forces do not have an unlimited choice of methods and means of warfare. It is prohibited to employ weapons or methods of warfare of a nature to cause unnecessary losses or excessive suffering. 7. Parties to a conflict shall at all times distinguish between the civilian population and combatants in order to spare the civilian population and property. Neither the civilian population nor civilian persons shall be the object of attack. Attacks shall be directed solely against military objectives. GASSER, Hans-Peter. op.cit.p.3.

¹²³ International humanitarian law is a set of rules that seek to limit the effects of armed conflict on people, including civilians, persons who are not or no longer participating in the conflict and even those who still are, such as combatants. To achieve this objective, international humanitarian law covers two areas: the protection of persons; and restrictions on the means and the methods of warfare. International humanitarian law finds its sources in treaties and in customary international law. The rules of international humanitarian law are set out in a series of conventions and protocols. The following instruments form the core of modern international humanitarian law: The Hague Regulations respecting the Laws and Customs of War on Land; The Geneva Convention (I) for the Amelioration of

Todavia, pode-se afirmar que esta distinção vem desaparecendo nas últimas décadas, de acordo com a gradual expansão e aplicação das normas de DIH aos conflitos armados internos.

D'une part, le conflit armé se caractérise par son intensité (recours à la force armée) et par son organisation (autorités gouvernementales ou groupes armés). Cette définition permet d'exclure de la catégorie des conflits armés de nombreuses situations conflictuelles, comme les troubles intérieurs et les tensions internes, qui n'atteignent pas le seuil d'un conflit armé. (...) Mais, à partir des années quatre-vingt-dix, on assiste à une réduction de la différence entre le régime juridique applicable aux conflits armés internationaux et celui applicable aux conflits armés non internationaux.¹²⁴

Como exemplo do aumento de conflitos armados não internacionais entre 1989 e 1999, vale citar os seguintes países. Em África: Angola, Burundi, África Central, República do Chad, Congo, República Democrática do Congo, Djibouti, Eritreia, Etiópia, Guiné-Bissau, Libéria, Mali, Mozambique, Namíbia, Nigéria, Rwanda,

the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field; The Geneva Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea; The Geneva Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War; The Geneva Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War; The Protocol Additional to the Geneva Conventions and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I); and The Protocol Additional to the Geneva Conventions and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II). The Hague Regulations are generally considered as corresponding to customary international law, binding on all States independently of their acceptance of them. The Geneva Conventions have attained universal ratification. Many of the provisions contained in the Geneva Conventions and their Protocols are considered to be part of customary international law and applicable in any armed conflict. Other international treaties dealing with the production, use and stockpiling of certain weapons are also considered part of international humanitarian law, insofar as they regulate the conduct of armed hostilities and impose limitations on the use of certain weapons. Some of these conventions are: The Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction; The Convention on Cluster Munitions; The Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on their Destruction; The Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction; The Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May be Deemed to be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects; and The Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons. The International Committee of the Red Cross (ICRC) has a special role under international humanitarian law. The Geneva Conventions stipulate that it will visit prisoners, organize relief operations, contribute to family reunification and conduct a range of humanitarian activities during international armed conflicts. They also allow it to offer these services in non-international armed conflicts. The International Committee of the Red Cross has a recognized role in the interpretation of international humanitarian law and is charged with working towards its faithful application in armed conflicts, taking cognizance of breaches of that law and contributing to the understanding, dissemination and development of the law. Organização das Nações Unidas. **International Legal Protection of Human Rights in Armed Conflicts**. SALES No. E.11.XIV.3. Nova York e Genebra: 2011. p.9.

¹²⁴ MATHESON, Michael, MONTAZ, Dijamchid. **La qualification des conflits armés**. op. cit. pp. 180-181.

Serra Leoa, Somália, África do Sul, Sudão e Uganda. Na Europa: Armênia, Azerbaijão, Bósnia e Herzegovina, Croácia, Geórgia e Iugoslávia (Kosovo). Nas Américas: Colômbia, El Salvador, Guatemala, Haiti, Nicarágua e Peru. No Oriente Médio: Argélia, Iraque, Líbano, Iémen, Cisjordânia e Faixa de Gaza. Na Ásia: Afeganistão, Burma, Camboja, Indonésia (Timor Leste) Sri Lanka e Tajikistan.¹²⁵

A noção de conflito armado foi suscitada perante a Câmara de Apelação do Tribunal Internacional de Crimes de Guerra na ex-Iugoslávia, em que foi alegada a inexistência de um conflito armado propriamente dito, especialmente no que dizia respeito às circunstâncias do caso em pauta, já que o conceito de conflito armado cobre apenas o intervalo de tempo e a localização exata das hostilidades de fato, e os eventos que foram apresentados ao Tribunal não haviam ocorrido durante as hostilidades.¹²⁶

Existe um conflito armado quando se verifica o recurso à força armada entre Estados, ou quando há violência armada prolongada entre um governo e grupos armados organizados, ou entre tais grupos no interior de um Estado. O direito humanitário internacional se aplica desde o início desses conflitos armados e se estende além da cessação das hostilidades até o estabelecimento de uma paz abrangente, ou, nos conflitos internos, até que se obtenha uma solução pacífica. Até esse momento, o direito humanitário internacional continua a se aplicar em todo o território sob o controle de uma das partes, haja ou não combates de fato.¹²⁷

Esta definição surgiu no contexto específico da ex-Iugoslávia, em que não havia clareza a respeito da existência de um conflito armado internacional ou não internacional. O aspecto mais importante deste ponto resume-se ao fato de que esse caso teve influência sobre o direito a ser aplicado.¹²⁸

Apesar de todas as dificuldades, os conflitos internos passaram a ser, dia após dia, mais complexos e violentos. A frequência e a brutalidade fizeram com que o DIH tivesse que dar uma resposta à sociedade que acompanhava tudo pela mídia

¹²⁵ Citado de: Carter Center, 1997-1998 State of World Conflict Report, Brown, International Dimensions of Internal Conflicts; Carnegie Commission, Preventing Deadly Conflict; and websites of World Bank, UNDP. FORMAN, Shepard, PATRICK, Stewart. **Good Intentions: pledges of AID for postconflict recovery**. Reino Unido: Boulder London, 2000. p.3.

¹²⁶ SHAW, Malcolm N. **Direito Internacional**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011. p. 881.

¹²⁷ SHAW, Malcolm N. op.cit. p. 882.

¹²⁸ C'est la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex- Yougoslavie (TPIY) qui donne une définition unitaire du conflit armé dans l'affaire Tadic. MATHESON, Michael, MONTAZ, Dijamchid. **La qualification des conflits armés**. op.cit. p. 179.

e não apenas ignorá-los, afirmando que os eventos que ocorrem no interior de um Estado não dizem respeito a outros Estados ou pessoas.¹²⁹

La fin du XX siècle a été témoin de récentes conflits armés qui, par leur violence leur intensité et leur durée, continuent d'être la plus grande menace pour l'humanité. De ce fait, le droit des conflits armés, ou le droit international humanitaire, conserve tout son importance et toute son actualité. Comme son nom l'indique, le droit, et pas en dehors. La qualification du caractère «armé» d'un conflit, indépendamment de sa nature, est alors primordiale, car elle détermine l'applicabilité du droit des conflits armés.¹³⁰

O que se entendia por conflitos armados sofreu uma grande mudança depois da Guerra Fria, momento em que a doutrina e a jurisprudência tendiam a harmonizar as regras aplicáveis aos diferentes tipos de conflitos, especialmente as regras costumeiras do DIH.¹³¹

Os conflitos armados não internacionais ou internos podem ser conceituados como:

Les conflits armés non internationaux, dits aussi conflits armés internes, se caractérisent par l'affrontement entre des factions et (ou) les forces armées d'une Etat. Pendant longtemps, les Etats ont considéré les conflits armés non internationaux comme leurs affaires internes, régies par le droit national, et aucun Etat n'était prêt à accepter que ses propres citoyens puissent mener une guerre contre leur gouvernement.¹³²

¹²⁹ Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, la majorité des conflits armés- il faut malheureusement en déplorer un grand nombre – sont de caractère non international. Ces conflits fratricides ont engendré de grandes souffrances et causé de nombreuses victimes. SANDOZ, Yves, SWINARSKI, Christophe. op. cit. p.1346.

¹³⁰ MATHESON, Michael, MONTAZ, Dijamchid. *La qualification des conflits armés...* op.cit. p. 179.

¹³¹ Le droit international humanitaire a beaucoup évolué depuis l'époque de la Conférence de La Haye de 1899 qui a, entre autres, étendu à la guerre maritime et aux naufragés. Les principes posés à Genève en 1864, jusqu'à l'adoption le 26 mars 1999 du deuxième Protocole à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, et à la publication par le Secrétaire général des Nations Unies, d'une circulaire relative au respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies, circulaire entrée en vigueur symboliquement le 12 août 1999, jour du 50^e anniversaire des quatre Conventions de Genève de 1949. On a en effet assisté à un morcellement des normes et à une diversification des acteurs et des intervenants qui ne sont pas sans inconvénient. LARSEN, Laurence Burgogue. TAVERNIER, Paul. **Un siècle de droit international humanitaire. Centenaire des Conventions de la Haye Cinquantenaire des Conventions de Genève.** Centre de Recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire. Bruxelles: Bruyçant Bruxelles, 2001. p.3.

¹³² MATHESON, Michael, MONTAZ, Dijamchid. *La qualification des conflits armés.* op. cit. p. 183.

As CG's de 1949 tratam tanto dos conflitos armados internacionais como dos conflitos armados não internacionais, sendo que o artigo 3º, comum aos vários documentos tinha por escopo fornecer uma série de garantias mínimas de proteção aos que estavam envolvidos em um conflito armado interno.

C' est à partir de 1949 que le Comité international de la Croix- Rouge propose d' élargir les règles humanitaires aux conflits armés non internationaux, par l'établissement de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève. Afin de pallier les insuffisances de cette disposition, et surtout de répondre aux exigences des Etats, le Comité a adopté le Protocole additionnel II em 1977, établissant un nouveau champ d'application aux conflits armés non internationaux.¹³³

Todavia, com relação à abrangência da utilização do artigo, havia a possibilidade de que os conflitos internos pudessem alcançar tanto os conflitos armados civis de grande escala quanto os distúrbios de menor importância. Tal possibilidade poderia criar problemas de aplicabilidade para o Estado-parte, mas, mais tarde, esta lacuna de interpretação foi superada com a implementação do Protocolo II, de 1977, uma vez que, por força do artigo 1º, este é aplicável a todos os conflitos armados não internacionais que, ocorrendo no território de um Estado que seja parte da Convenção, se estabeleçam entre suas forças armadas e outras que sejam dissidentes. O controle a ser exercido por essas forças armadas dissidentes deve estar sujeito a um comando, cuja função será, também, exercer este domínio no território que as habilite a empreender operações militares continuadas e coordenadas e a implementar, na prática, o Protocolo II.¹³⁴

No caso conhecido como La Tablada, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos afirmou que o aspecto mais complicado dos conflitos internos se dava quando o artigo 3º devia ser aplicado na zona indistinta que separa os conflitos internacionais dos distúrbios internos que eram violentos.¹³⁵

Já no caso *Card v. EUA*, a Comissão afirmou que havia uma conexão integral entre a legislação relativa aos Direitos Humanos e o DIH, tendo em vista que ambas compartilham um núcleo comum de direitos não derogáveis e o objetivo

¹³³ Ibidem. p. 183.

¹³⁴ SHAW, Malcolm N. op.cit. p. 885.

¹³⁵ Organização dos Estados Americanos. **Relatório 55/97 do Caso 11.137**. OEA/Ser/L/V/II.98; § 153.

comum de proteger a vida e a dignidade humanas, podendo haver uma sobreposição significativa na aplicação desses corpos jurídicos.¹³⁶

Entretanto, caso haja sobreposição entre os princípios que regem os conflitos armados não internacionais e os princípios de Direitos Humanos em situações nas quais o nível da violência interna atinja certo grau de intensidade e continuidade, existirá uma área dos conflitos civis que não é coberta pelo DIH.¹³⁷

Por estarem além das limitações do artigo 3º e do Protocolo II, há iniciativas do CICV que tem por intuito diminuir a distância entre essas fontes do DIH e a aplicação da legislação internacional, que tem estudado a preparação de uma nova declaração a respeito dos conflitos internos. Além disso, a Subcomissão da Organização das Nações Unidas sobre a Prevenção da Discriminação e a Proteção das Minorias adotou uma Declaração de Padrões Humanitários Mínimos, que, atualmente, se encontra em análise.

A Declaração enfatiza a proibição da violência contra a vida, a saúde e o bem-estar físico e mental dos indivíduos, incluindo o homicídio, a tortura e o estupro; as punições coletivas; a tortura e a detenção de reféns; praticar ou tolerar o desaparecimento involuntário de pessoas; a pilhagem; a privação deliberada do acesso a alimentos, água potável ou medicamentos necessários, a ameaça ou incitação a qualquer desses atos.¹³⁸

Atualmente, pode-se considerar que os critérios objetivos de qualificação de um conflito armado não internacional são: o artigo 3º, comum a todas as CG's, o Protocolo Adicional II e as contribuições do TPI.

No que diz respeito às mulheres e aos conflitos armados, a evolução da permissividade da sua violação até a ilegalidade da mesma demorou alguns séculos e, a partir daqui, serão observados os mecanismos de proteção das mulheres, tendo em vista o parâmetro adotado nesta dissertação: os conflitos internos.¹³⁹

¹³⁶ Ibidem. Caso 10.951; 123 ILR, p. 156-169.

¹³⁷ SHAW, Malcolm N. o.cit. p. 887.

¹³⁸ Ibidem.p. 887.

¹³⁹ Pensando de outra forma: Although internal (or intra-state) war is perhaps a more precise term, civil war is more familiar. Following this definition, armed resistance against military occupation following succesful invasions, wars of sucession and wars of decolonization can be considered to be civil wars. KALYVAS Stathis N. **The Changing Character of Civil Wars, 1800-2009**. The Changing Character of War. Oxford: Oxford University Press, 2011. pp. 203-204

Existe uma única hesitação dos textos: a violação em caso de guerra. É um acto sistemático que acompanha, como sendo símbolo, a posse de um território: raptos de raparigas e rapazes, crianças arrancadas aos braços dos pais, mães de família entregues ao prazer dos vencedores... a velha descrição de Salústio; ou as narrativas cónicas de Brantôme no século XVI sobre as mulheres que amam os homens de guerra sempre mais que os outros e cuja violência lhes causa mais apetite. A violação pode ser aqui explicitamente desculpada pelos juristas do Antigo Regime: as nações civilizadas não admitem violação, diz Grotius, mas alguns consideram-na admissível, em caso de guerra. A prática está, aliás, suficientemente banalizada para que alguns soldados se voltem de armas na mão contra Bénédicte- Louis de Pontis, coronel do mesmo exército que proibia a pilhagem e a violação no convento de Tourlement durante a campanha de Flandres em 1635.¹⁴⁰

O direito à assistência humanitária é derivado do costume e se formou a partir de resoluções do Conselho de Segurança da ONU no início da década de 1990. Já nos anos de 1980, entretanto, líderes e religiosos aludiram à necessidade desta instituição como direito garantido a todos.¹⁴¹

O Papa pronunciou-se acerca do tema na Conferência Internacional sobre a Alimentação, em 5 de outubro de 1992. Para o sumo pontífice a assistência humanitária é requerida nas situações que comprometem a sobrevivência dos povos e dos grupos étnicos, sendo um dever para as nações e para a comunidade internacional. O Instituto de Direito Internacional notou que o socorro humanitário prestado por um Estado, grupo de Estados ou organização internacional à população de outro Estado sobre a qual paira risco à vida e à saúde não constitui intervenção ilícita.¹⁴²

O princípio de livre acesso às vítimas adquiriu, progressivamente, o costumeiro carácter de regra, passando a ser integrado no DIP. A título de exemplo, é possível referir o já citado Código de Lieber, que foi escrito através do DIHC, dando,

¹⁴⁰ VIGARELLO, Georges. **História da Violação: séculos XVI-XX**. Lisboa: Editora Estampa, 1998. p.26

¹⁴¹ De maneira global ganhamos a partida. Nas últimas discussões acerca do estatuto da mulher, a O.N.U. não cessou de exigir que a igualdade dos sexos se realizasse completamente e muitas de nós já não veem em sua feminilidade um embaraço ou um obstáculo; muitos outros problemas nos parecem mais essenciais do que os que nos dizem particularmente respeito; e esse próprio desinteresse permite-nos esperar que nossa atitude será objetiva. BEAVOUIR, Simone de.op.cit.p.22.

¹⁴²CASELLA, Celli, JUNIOR MEIRELLES, Polido. **Direito Internacional, Humanismo e Globalidade**. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 26

assim, inspiração para o *Direito Costumeiro da Guerra* e referendou historicamente a importância dos costumes. Desta forma, as Instruções de Lieber foram adotadas por vários países da Europa como uma base para o *Direito da Guerra* nos seus países.

Na Somália, a ONU procurou garantir as condições para que se efetivasse a ajuda humanitária. No instante em que a crise bósnia se agravou, o Conselho de Segurança determinou que as forças da ONU promovessem a distribuição de alimentos e remédios às populações de Sarajevo e outras localidades. Providência similar foi adotada em relação à Libéria, em 1993, conclamando-se as partes em conflito a se abster da prática das ações suscetíveis de entravar a prestação de assistência humanitária.¹⁴³

O impacto que os conflitos armados têm sobre o gênero foi reconhecido tanto em foros internacionais quanto na Conferência de Pequim de 1995 e nos informes e resoluções de órgãos das Nações Unidas. Neste sentido, no ano de 2000, o Conselho de Segurança da ONU promoveu um debate sobre Mulheres, Paz e Segurança que deu lugar à adoção da resolução de nº 1325, de 31 de outubro, a qual faz referência aos efeitos dos conflitos armados nas mulheres e meninas, bem como aos mecanismos institucionais que garantem sua proteção e plena participação nos processos de paz. Esse debate promovido pela ONU e as novas resoluções que daí saíram permitiram ver que a inclusão de uma perspectiva de gênero em todos os processos de reconstrução é indispensável para a criação de uma sociedade.

Essa forma singular de se pensar a construção da paz implica a incorporação das preocupações e experiências das mulheres e dos homens de maneira plena no projeto e na prática de políticas e programas. O direito à participação política das mulheres nas atividades vinculadas à paz está plasmado nos artigos 7º e 8º da CEDAW.

Os conflitos armados provocam mudanças profundas nos papéis dos integrantes da sociedade, homens e mulheres são afetados de distinta maneira tanto durante as hostilidades quanto na etapa pós-bélica. Vários estudos demonstraram que os papéis estereotípicos de gênero segundo os quais, por exemplo, as mulheres são identificadas como esposas, mães, cuidadoras, vítimas e pacifistas e os homens

¹⁴³ Ibidem. p. 26

como soldados e agressores. Em contrapartida, existem mulheres soldados, agressoras e homens vítimas, pacifistas.

Os conflitos armados produzem modificações nas construções de gênero: em relação às mulheres, por exemplo, levam-nas a assumir tarefas diferentes das que até o momento desempenhavam, fazendo com que elas se convertam em chefes de família, sejam as principais provedoras de rendas, vendo-se, por vezes, obrigadas a trabalhar em setores informais. Elas compõem a maioria da população deslocada, são expostas à violência de gênero, a problemas de saúde e à perda de bens. Como consequência do desalojamento, as mulheres são duramente marcadas pela ruptura dos laços sociais e culturais com suas comunidades e pela perda de seus direitos civis, políticos etc.

Como é possível inferir, os conflitos armados aprofundam a iniquidade de gênero. Entretanto, e apesar do impacto negativo, é possível observar, em certos casos, a descoberta de habilidades não detectadas até o momento, fruto de uma superação das dificuldades, o que faz com que, em contexto de conflitos armados, elas adquiram autonomia e capacidade de tomada de decisões.

4. O problema de classificação dos conflitos armados não internacionais

Os Estados participantes das CG's de 1949 confiaram ao CICV, mediante os Estatutos do Movimento Internacional da Cruz Vermelha (MICV) e do Crescente Vermelho (CV), a tarefa de *trabalhar para a compreensão e difusão do conhecimento do Direito Internacional Humanitário, aplicável a conflitos armados, e preparar seu eventual desenvolvimento*, de acordo com os Estatutos, art. 5º. Fundamentado neste texto, o CICV aproveita a oportunidade para apresentar o parecer jurídico predominante sobre a definição de *conflitos armados internacionais* e *conflitos armados não internacionais*, de acordo ao DIH, ramo do DIP que governa os conflitos armados. O DIH, por sua vez, estabelece uma distinção entre duas categorias de conflitos armados, a saber: 1. Conflitos armados internacionais, em que dois ou mais Estados se enfrentam; 2. Conflitos armados não internacionais, que ocorre entre forças governamentais e grupos armados não governamentais, ou somente entre estes grupos.

Com base nos tratados, O DIH também estabelece uma distinção entre os conflitos armados não internacionais, na acepção do artigo 3º comum às CG's de 1949, e os que se encaixam na definição prevista pelo art.1º do Protocolo Adicional II.¹⁴⁴ Dessa forma, e sob o ponto de vista jurídico, não há nenhum outro tipo de conflito armado. Contudo, deve-se ressaltar que uma situação pode evoluir de uma categoria a outra, dependendo dos fatos vigentes no momento.¹⁴⁵

A jurisprudência trouxe importantes elementos para a definição de conflitos armados, em especial com relação aos conflitos armados não internacionais na acepção do artigo 3º, que não estão explicitados de forma clara nas respectivas Convenções.

A noção de conflito armado foi suscitada perante a Câmara de Apelação do Tribunal Internacional de Crimes de Guerra na ex-Iugoslávia, quando, na decisão do *Tadic Case*¹⁴⁶, alegou-se a inexistência de um conflito armado propriamente dito no que dizia respeito às circunstâncias do caso em pauta, pois o conflito armado cobre apenas o intervalo de tempo e a localização exata das hostilidades de fato, e os eventos que foram apresentados no Tribunal não haviam acontecido durante o período das hostilidades. Assim, a Câmara preferiu não aceitar uma definição

¹⁴⁴ The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) has deemed there to be a NIAC in the sense of Common Article 3 'whenever there is ...protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State'.⁹ The Tribunal's subsequent decisions have relied on this definition, explaining that the 'protracted' requirement is in effect part of the intensity criterion. A similar definition is contained in the Statute of the International Criminal Court (ICC), which, in addition to proscribing as war crimes serious violations of Common Article 3, contains a list of other serious violations of the laws and customs applicable in armed conflicts not of an international character, namely armed conflicts 'that take place in the territory of a State when there is protracted armed conflict between governmental authorities and organized armed groups or between such groups' (Article 8(2)(f)). PEJIC.Jelena. The protective scope of Common Article 3: more than meets the eye. Geneva: **International Review of the Red Cross**. Volume 93, número 881, março, 2001. p.4. iNTERNumber 881 March 2011.

¹⁴⁵ Comitê Internacional da Cruz Vermelha. **Como o Direito Internacional Humanitário define "conflitos armados"?** Disponível em: <http://www.icrc.org/por/resources/documents/article/other/armed-conflict-article-170308.htm>. Data de acesso: 27 de abril de 2013.

¹⁴⁶ Dusko Tadic, a Bosnian Serb, was brought before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), and charged with crimes against humanity, grave breaches of the 1949 Geneva Conventions, and violations of the laws and customs of war. A central part of his defence, at trial and reasserted on appeal against conviction, was the legality of the tribunal, its primacy over national courts, and its subject-matter jurisdiction. The trial court held that the constitution of the ICTY being embodied in Security Council Res. 827 (1993) of 25 May 1993, was not reviewable. The appellate chamber held that, while the ICTY could review Security Council acts to identify the scope of its jurisdiction, it was the Tribunal to determine its own jurisdiction: it had inherent competence de la competence. (The appellate chamber found Tadic guilty of additional crimes against humanity, grave breaches of the Geneva Conventions and violations of the laws and customs of war and increased his sentence from 20 to 25 years imprisonment; and it also fined Tadic's former counsel for contempt for presenting false submissions and manipulating two witnesses). The importance of this case lies in the meticulous and thorough analysis of the challenges to the legality and legitimacy of the tribunal. GRANT, John, BARKER, J. Graig.op.cit.p. 592.

geográfica e temporalmente estreita dos conflitos armados, tanto internacional como não internacionalmente.

Tal definição surgiu no contexto da ex-Iugoslávia, em que não se sabia ao certo se se tratava de um conflito armado não internacional, internacional ou, talvez, de uma mistura entre ambos, sendo que a importância de se definir o caso era iminente, para que, assim, fosse possível saber ao certo qual direito deveria ser aplicado.

International Tribunals have contributed to the implementation of IHL, while the International Criminal Court has already started its work. They should be encouraged to the maximum, especially the newly formed International Criminal Court (ICC), for which universal support from States should be sought. These tribunals should act in conformity with the accepted principles of justice, including equality of all persons before the law; equal protection of the victims from all the Parties to the conflicts; equal responsibility of all the perpetrators of crimes. This is something which should be underlined.¹⁴⁷

Enquanto que o Conselho de Segurança não havia classificado a natureza do conflito, tendo somente desaprovado as violações indiscriminadas do DIH, a Câmara de Apelação concluiu que os conflitos que ocorreram na ex-Iugoslávia têm tanto aspectos internacionais como internos. Desse modo, muitas dificuldades ocorreram, e todas elas foram causadas por essa imprecisão em conceituar os conflitos que lá se sucederam.

One of the main features of IHL is the strict division between the rules concerning international Armed Conflicts (IAC) and those of Non-International Armed Conflicts (NIAC). It is evidente that the type of situation calls for rules which are greatly developed, while the second is a smaller field containing only summary rules. It is great difference between the rules of IAC and NIAC justified? Certainly not. States do not want an international treaty giving for the insurgents or rebels the same legal basis as their own. However, in practice, the rules applicable and applied to NIAC are much more developed than they are in main instruments (Art. 3 of the 1949 Geneva Conventions and Protocol II Additional to the Geneva Conventions). (...) This tendency to develop similar rules of IHL concerning NIAC and IAC is evidente. And it should be formalized, as was the case in the Convention on some conventional weapons of 1980, where Art. 1 was amended in December 2001. It should be borne in mind that there are hardly any purely non-international armed conflicts.¹⁴⁸

¹⁴⁷ RAVASI, Guido. op.cit. p. 17.

¹⁴⁸ Ibidem. p. 13.

Entretanto, é importante salientar que, mesmo assim, tais dificuldades em classificar e distinguir os conflitos segundo o tempo e o lugar da sua ocorrência foram mitigadas pelo fato de o DIH poder ser aplicado aos conflitos internos.

Um conflito armado é incontestavelmente internacional quando travado entre dois ou mais Estados. Além disso, um conflito armado interno que haja eclodido no território de um Estado pode se tornar internacional (ou, dependendo das circunstâncias, ser de caráter internacional além de interno) nos seguintes casos: (i) se outro Estado intervém naquele conflito empregando suas tropas; (ii) se alguns dos participantes no conflito armado interno agem em favor daquele outro Estado.¹⁴⁹

De forma a acabar com a divergência, a Câmara de Apelação concluiu que o conflito na Bósnia havia sido de natureza internacional até o dia 19 de maio de 1992, tendo em vista o envolvimento ostensivo do Exército Federal da Iugoslávia. Todavia, ainda havia dificuldade em definir se, depois daquela data, o conflito era internacional ou interno. Assim, a Câmara teve de examinar os critérios jurídicos usados para determinar quando é cabível considerar que, em um conflito armado aparentemente interno, as forças armadas podem ser usadas em favor de uma potência estrangeira, o que transforma a luta em um conflito internacional.

Para tanto, a Câmara analisou o artigo 4º da III CG, que define o status de prisioneiro de guerra, e declarou que os Estados aceitaram na prática que, na condução das hostilidades, os beligerantes podem empregar unidades paramilitares e outras tropas irregulares sob a condição de que estejam devidamente preparados para aceitar a responsabilidade por quaisquer infrações cometidas por essas forças. Ou seja, para merecerem o status de combatentes legais, era exigido que estivessem sob o controle de uma das partes num conflito armado internacional e, desse modo, deveria haver uma relação de dependência e obediência. Note-se que a expressão pertencente a uma parte no conflito, usada no artigo 4º, refere-se implicitamente a um critério de controle.¹⁵⁰

Com relação ao critério de controle, há que se ater à decisão da CIJ no caso Nicarágua, de acordo como qual, para que fosse estabelecida a responsabilidade

¹⁴⁹ Corte Internacional de Justiça. **ICJ Reports**. Decisão de 15 de julho de 1999, § 84.

¹⁵⁰ *Ibidem*. § 94 e 95.

dos Estados Unidos pela atuação dos Contras, era preciso a demonstração de que aquele Estado controlava efetivamente a operação específica no decurso da qual as violações teriam sido cometidas.

Tentando demonstrar que os Estados Unidos eram os responsáveis por atos que eram contrários aos Direitos Humanos e ao Direito Humanitário cometidos pelos Contras nicaraguenses, era necessário provar que estes haviam ordenado à perpetração dos atos.¹⁵¹ Somente a Câmara de Apelação não concordou com essa interpretação e acabou por preferir atribuir a culpa ao Estado. Para tanto, deve-se provar que o Estado detém controle total: coordenando, auxiliando no planejamento geral e no financiamento de suas atividades militares. Sendo assim, tal decisão acabou por fazer com que um conflito armado pudesse ser considerado como internacional quando fosse possível demonstrar que um Estado estrangeiro estaria intervindo diretamente em um conflito civil ou exercendo controle total sobre um grupo que viesse a participar desse conflito.

Já no caso *Kunarac*, a Câmara de Apelação discutiu, na decisão de 2002, a expressão conflito armado, chegando à conclusão de que as leis de guerra se aplicam à totalidade do território dos Estados em guerra ou, no caso dos conflitos armados internos, ao território que esteja, de fato, sob o controle de uma parte no conflito, no caso de luta esporádica, não se estendendo a todo o território do Estado envolvido.

Considerando a evolução discutida a respeito dos conflitos armados recentes, o estabelecimento de critérios objetivos de qualificação torna-se imperativo. A proteção das vítimas nos conflitos armados de hoje em dia, que é uma questão central, deve seguir critérios para garantir a aplicação do DIH, independentemente da vontade e da apreciação subjetiva das partes envolvidas nos conflitos armados.

A partir dessa ótica, depois de 1949, houve, assim, um esforço contínuo da parte da doutrina e da jurisprudência para estabelecer critérios de qualificação objetivos para os conflitos armados não internacionais, a fim de que não haja lacunas que impossibilitem e limitem a sua classificação.

¹⁵¹ Corte Internacional de Justiça. **ICJ Reports**. Decisão de 1986. p 64 ILR. p. 349.

Capítulo III: Regime Jurídico dos conflitos armados não internacionais

La guerre est une expérience de l'aveuglement des peuples, la paix est un idéal. De cette dualité naissent les multiples tensions dont l'histoire porte la trace. Aux périodes de la violence répondent les aspirations de paix, qui s'entrelacent comme un couple inséparable.¹⁵²

Há uma série de razões para a fraqueza tradicional na lei de conflito armado interno, tais com o interesse maior da comunidade internacional sobre os conflitos entre os Estados, reforçada pelo trauma das duas Guerras Mundiais, a tendência de muitos governos para resistir à regulamentação internacional de conflitos internos como uma intromissão na soberania nacional e uma desculpa para a intervenção estrangeira; o desejo da maioria dos governos de não dar status legal ou político para os movimentos insurgentes, as típicas condições caóticas do conflito internacional, o que provavelmente oferecem o pior ambiente possível para um Estado de Direito efetivo; a dificuldade inerente de conflitos de regulação, em que alguns dos participantes nunca poderão ter a regulamentação internacional, e, em qualquer caso, não pode ter a coerência política e a competência organizacional normalmente considerada necessária para fazer cumprir essa regulamentação, e a falta geral de um mecanismo internacional eficaz para supervisionar e controlar tais conflitos.

¹⁵² KOLB, Robert. **Ius contra bellum: le droit international relatif au maintien de la paix**. Bruxelas: Helbing & Lichtenhahm, 2003. p. 23.

1. O conflito armado não internacional e a Organização das Nações Unidas

O DIH é aplicado tanto em casos de conflitos armados internacionais como nos não internacionais. O objetivo de ser da Carta das Nações Unidas é essencialmente a busca e manutenção da paz e da segurança internacional, e, para isto, o Estado pode ou não recorrer à força.

Ainsi, un Etat peut recourir à la force pour rétablir l'ordre public sur son propre territoire sans se voir condamner par l'Organisation des Nations Unies. Le principe du respect de la souveraineté nationale des Etats Membres et de la non-ingérence dans leurs affaires internes est cependant assorti d'une exception, dans les cas où la paix et la sécurité internationales sont menacées.¹⁵³

Todavia, não se trata do tema do trabalho, que é assistência humanitária, uma vez que a ONU, com o intuito de manter a paz e a segurança nacional, tem a prerrogativa de usar a força nas relações entre Estados, como a própria instituição disciplina: *Aucune disposition de la présent Charte n'autorise les Nations Unies à intervenir dans les affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un Etat ni n'oblige les Membres À soumettre des affaires de ce genre à une procédure de règlement aux termes de la présent Charte (...).*¹⁵⁴. Nesse caso, foi importante demonstrar a diferença que há entre assistência humanitária e intervenção humanitária, que pode ser assim conceituada:

The 1949 Geneva Conventions use the word assistance to designate the overall aid (in terms of food, medicine, clothing, etc.) that must be provided for victims of conflicts, in accordance with humanitarian law. It covers the goods essential to their survival. In the Geneva Conventions, material assistance is linked to a specific legal framework that defines the status of the different categories of protected persons whom the law seeks to protect. The status of protected persons is what determines the specific rights and obligations of the various authorities to ensure the survival of the populations in their power. This status also determines the right of initiative and responsibility of relief organizations, as well as the

¹⁵³ SANDOZ, Yves, SWINARSKI, Christophe. op.cit.p.1347.

¹⁵⁴Ibidem.p.1347.

means and conditions for the distributions of aid, based on the needs of the different categories of persons at risk.¹⁵⁵

A ONU tem uma concisa experiência no envolvimento em situações de conflito armado não internacional, em especial naqueles que representam uma ameaça à paz e à segurança internacionais. Na medida em que a assistência humanitária está em causa, a Carta das Nações Unidas estabelece, no artigo 1º (3), que os efeitos dos problemas de organização (...) *são de caráter humanitário*¹⁵⁶. O DIP, por sua vez, reconhece o recurso do uso da força:

Dès lors, toute discussion relative au droit de la guerre doit commencer par l'examen des limites imposées aux États. La Charte des Nations unies interdit la guerre et même la menace de l'emploi de la force contre l'intégrité territoriale et l'indépendance politique d'un État. Elle permet seulement à un État d'attaquer ou d'utiliser son droit à la légitime défense et donc, dans ce cas, de se défendre par la force.¹⁵⁷

Tal disposição, que se encontra na Carta das Nações Unidas, não legitima a guerra, mas almeja proteger as vítimas dos conflitos armados através da intervenção humanitária: operações militares ou *peacekeeping*.¹⁵⁸ Assim, torna-se importante não confundir *intervenção humanitária* com *assistência humanitária*, defendida pelos

¹⁵⁵ SAULNIER, Françoise Bourchet. **The practical guide to Humanitarian law**. Edited and translated by BRAV, Laura. Oxford: Rowman & Littlefield Publishers INC, 2002. p.17-18

¹⁵⁶ L'affirmation de l'universalité des droits de l'homme trouve son origine contemporaine dans la Charte des Nations Unies, dont l'article 55 prévoit qu'elles favoriseront «le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion». L'article 56 énonce l'obligation corrélative des membres de l'Organisation d'agir en coopération avec elle pour la réalisation de ce but. DUPUY, Pierre-Marie. **Droit International Public**. Paris: 4ª edição, Editora Dalloz, 1998. p.204.

¹⁵⁷ BUIRETTE, Patricia. **Le droit international humanitaire**. Paris: Éditions La Découverte, 1996. p.49.

¹⁵⁸ The UN Charter establishes that maintaining international peace and security is the primary goal of the UN (Article 1.1 of UN Charter). It entrusts the UN Security Council with the main responsibility for achieving this goal (Article 24). If an attempt to settle a dispute using pacific methods fails (Chapter VI of UN Charter foresees a mechanism to defend the collective security, which authorizes the use of coercive actions (Chapter VII – Action with Respect to Threats to the Peace, Breaches of the Peace, and Act of Aggression). If necessary, under Chapter VII, the Security Council can undertake military actions (Article 42). (...) In 1956, during the Suez Canal crisis the UN invented peacekeeping operations (PKOs). This was an ad hoc response to a situation not foreseen by the Charter, and a palliative measure to replace the use of force. Since there is no judicial basis for such measures, the justification for such operations is often referred to as the mythical “Chapter VI and a half”. (...) In most cases, PKOs can only be carried out with the consent of the government in the country where the operation is deployed and with the agreement of any other party involved. This consent is formalized through a written agreement covering all issues (administrative, legal, logistical, etc.) relating to the operation. However, using its mandate under Chapter VII of the UN Charter, the Security Council can decide to proceed without this consent. SAULNIER, Françoise Bourchet. op.cit. p. 267-268.

Estados ou pela ONU com ações humanitárias, feita por Organizações Humanitárias imparciais em situações de conflito, que é o objeto de estudo.

O Conselho de Segurança da ONU, na Resolução nº 1325 de 2000, reconheceu a repercussão especial dos conflitos armados internos e a assistência dada às mulheres, percebendo que havia uma lacuna na questão dos mecanismos de garantia da sua proteção, bem como a sua importância para a implementação da paz e da segurança nacionais. Com isso, houve outro avanço no sentido de incorporação de uma perspectiva de gênero nas operações de paz e, por conseguinte, uma solicitação pelos direitos fundamentais das mulheres, ampliando o seu papel nas operações de paz. Tal reconhecimento não era visto desde a Primeira Conferência Mundial sobre a Mulher, que se realizou na cidade do México em 1975.¹⁵⁹

2. As Convenções de Genebra

As CG's de 1949, que fazem parte 168 Estados, e os respectivos Protocolos Adicionais I e II, de 1977, reconhecem o direito à assistência humanitária atribuído ao CICV e a qualquer outro organismo humanitário que seja imparcial aos conflitos armados internacionais ou não internacionais, como disciplina o artigo 3º comum a todas as CG's.

As Convenções de Genebra e seus Protocolos Adicionais são a essência do Direito Internacional Humanitário (DIH), o conjunto de leis que rege a conduta dos conflitos armados e busca limitar seus efeitos. Eles protegem especificamente as pessoas que não participam dos conflitos (civis, profissionais de saúde e de socorro) e os que não mais participam das hostilidades (soldados feridos, doentes, náufragos e prisioneiros de guerra).¹⁶⁰

¹⁵⁹ ANNAN, Kofi A. **Prevenção de Conflitos Armados**. Relatório do Secretário-Geral. Nova York: Nações Unidas, 2002. p. 72.

¹⁶⁰ Comitê Internacional da Cruz Vermelha. **As Convenções de Genebra**. Disponível em: <http://www.icrc.org/por/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/index.jsp>. Data de acesso: 11 de fevereiro de 2012

A respeito do *Direito de Genebra*, a primeira Convenção multilateral de 1864 foi ampliada em 1906 na forma de uma nova CG, o que foi feito com o mesmo propósito de proteger os feridos militares no campo de batalha, mas, desta vez, adaptando as regras anteriores a certas disposições da codificação de Haia, de 1899. Em 1929, uma nova aplicabilidade teve lugar com a aprovação da Convenção a favor da proteção dos feridos e enfermos militares. Na mesma Conferência diplomática, foram aprovados também, e à primeira, as regras de proteção a uma nova categoria de vítimas dos conflitos armados, que são os prisioneiros de guerra, sob a forma de uma convenção separada sobre o tratamento destes últimos (frequentemente denominada *código dos prisioneiros de guerra*). A última codificação completa do DIH, em seu ramo denominado *de Genebra*, que contém o conjunto de normas da proteção das vítimas dos conflitos bélicos, consta atualmente de quatro CG's de 12 de agosto de 1949.¹⁶¹

A Convenção I, *Convenção de Genebra para Melhorar a Situação dos Feridos e Doentes das Forças Armadas em Campanha* foi adotada em 12 de Agosto de 1949 pela Conferência Diplomática destinada a Elaborar as Convenções Internacionais para a Proteção das Vítimas da Guerra, tendo se reunido em Genebra entre 21 de Abril e 12 de Agosto de 1949 e entrado em vigor na ordem internacional no dia 21 de Outubro de 1950.

A Convenção I de Genebra trata: no seu Capítulo I, das disposições gerais; no Capítulo II, dos feridos e dos doentes; no Capítulo III, das formações e estabelecimentos sanitários; no Capítulo IV, do pessoal; no Capítulo V, dos edifícios e material; no Capítulo VI, dos transportes sanitários; no Capítulo VII, do sinal distintivo, no Capítulo VIII, da execução da Convenção; no Capítulo IX, da repressão dos abusos e das infrações.

A Convenção II, *Convenção de Genebra para melhorar a Situação dos Feridos, Doentes e Náufragos Das Forças Armadas no Mar*, de 12 de Agosto de 1949, por sua vez, foi adotada a 12 de Agosto de 1949 pela Conferência Diplomática destinada a Elaborar as Convenções Internacionais para a Proteção das Vítimas da Guerra, que se reuniu em Genebra de 21 de Abril a 12 de Agosto de 1949 e teve sua entrada em vigor na ordem internacional no dia 21 de Outubro de 1950.

¹⁶¹ SWINARSKI, Christophe. op. cit. p. 37.

Em seu Capítulo I, encontram-se suas disposições gerais; no Capítulo II: dos feridos e doentes e dos náufragos; Capítulo III: dos navios-hospitais; Capítulo IV: do pessoal; Capítulo V: dos transportes sanitários; Capítulo VI: do sinal distintivo; Capítulo VII: da execução da convenção; Capítulo VIII: da repressão dos abusos e das infrações.

Já a Convenção III, *Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra*, de 12 de Agosto de 1949, adotada em 12 de Agosto de 1949 pela Conferência Diplomática destinada a Elaborar as Convenções Internacionais para a Proteção das Vítimas da Guerra, que se reuniu em Genebra de 21 de Abril a 12 de Agosto de 1949, teve sua entrada em vigor na ordem internacional no dia 21 de Outubro de 1950.

No Título I, trata das disposições gerais; no Título II, da proteção geral aos prisioneiros de guerra; o Título III: Cativo, dividida em IV Seções (Início do cativo, internamento dos prisioneiros de guerra, trabalho dos prisioneiros de guerra, recursos pecuniários dos prisioneiros de guerra, relação dos prisioneiros de guerra com o exterior e relação dos prisioneiros de guerra com as autoridades). O Título IV diz respeito ao fim do cativo e é dividido em III Seções (repatriamento direto e concessão de hospitalidade em países neutros, libertação e repatriamento dos prisioneiros de guerra no fim das hostilidades e morte aos prisioneiros de guerra). Já o Título V trata do departamento de informações e sociedades de auxílio respeitantes aos prisioneiros de guerra. No Título VI: execução da Convenção, que é dividida em II Seções (Disposições gerais e disposições finais). Há também V anexos: acordo-tipo relativo ao repatriamento e ao direito e concessão de hospitalidade em país neutro aos prisioneiros de guerra feridos e doentes, regulamento relativo às comissões médicas mistas, regulamento relativo aos auxílios coletivos aos prisioneiros de guerra e regulamento-tipo relativo aos pagamentos enviados pelos prisioneiros de guerra para o seu próprio país.

A Convenção IV, *Convenção de Genebra Relativa à Proteção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra* – a mais importante para este trabalho -, de 12 de Agosto de 1949, foi adotada a 12 de Agosto de 1949 pela Conferência Diplomática destinada a Elaborar as Convenções Internacionais para a Proteção das Vítimas da Guerra, que se reuniu em Genebra de 21 de Abril a 12 de Agosto de 1949. A sua entrada em vigor na ordem internacional se deu no dia 21 de Outubro de 1950.

No Título I, há as disposições gerais; no Título II: proteção geral das populações contra determinadas consequências da guerra; no Título III: estatuto e tratamento das pessoas protegidas, cuja parte que foi dividida em V Seções (disposições comuns nos territórios das partes no conflito e aos territórios ocupados, estrangeiros no território de uma Parte no conflito, territórios ocupados, regras relativas ao tratamento de internados e departamentos e gência de central de informações); Título IV: execução da Convenção, dividido em II Seções (disposições gerais e disposições finais).

During the período of Second World War, the International Red Cross and Red Crescent Movement, as a result of the unique role assigned to it by successive Geneva Conventions and its internationally recognized status in war, sought to uphold basic standards of humanity in conflict through the application of international humanitarian law and the protection of victims. This formal mandate was reinforced under the terms of the four Geneva Conventions of 1949. From the 1950s however, international humanitarian law faced an additional challenge in the form of the proliferation of conflicts of a less clear-cut nature in which new techniques of warfare called into question the distinction drawn hitherto between combatants and civilian non-combatants. This led to the two Protocols of 1977 which increased the protection afforded to civilians against the effects of armed conflict. Yet violations of the Conventions continued, and the International Committee of the Red Cross often found itself denied access to the victims by the parties to conflicts in which Cold War patronage prevailed.¹⁶²

Essa Convenção¹⁶³ dedica-se à proteção das vítimas nos conflitos armados, sendo que, atualmente, a maior parte dos conflitos, como já foi explicitado, são de natureza interna.

¹⁶² MUNRO, Alan. Humanitarian Debate: law, policy, action. Humanitarianism and conflict in a post-Cold War World *International Review of the Red Cross*. Genebra: Vol. 81, Número 835, setembro de 1999. p. 464-465.

¹⁶³ The ratification or accession to main treaties of IHL, the Geneva Conventions of 1949 and the Additional Protocols of 1977. The obligation to respect the rules contained in these instruments is well known. This alone is sufficient proof of the existence of such an obligation; the principles on which the rules are based represent customary rules of IHL, to be respected by all, whether the international instruments have been ratified by certain States or not. This is the unanimous view of those dealing with international law; international jurisdiction through the existing international tribunals, the International Court of Justice, the two ad hoc tribunals for ex-Yugoslavia and Rwanda, the International Criminal Court, all consider the violations of the principles and main rules of IHL as being punishable and some of the tribunals have punished those who are responsible for violations; the statements of political and military leaders of the countries concerned have often declared that the rules of IHL represent an international standard of behaviour to be respected by all and that their country or organisation, movement, army or armed group, would respect IHL; many resolutions of international intergovernmental organisation, in particular, the United Nations, the European Union, the Organisation of American States, the Organisation of African States or the African Union, explicitly ir

No que se refere ao conflito armado que não apresente um caráter internacional e que ocorra no território de uma das Partes contratantes, cada uma destas, no conflito, será obrigada aplicar pelo menos as seguintes disposições: 1) As pessoas que não tomem parte diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto as armas e as pessoas que tenham sido postas fora de combate por doença, ferimentos, detenção, ou por qualquer outra causa, serão, em todas as circunstâncias, tratadas com humanidade, sem nenhuma distinção de caráter desfavorável baseada na raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer outro critério análogo.

Para este efeito, são e manter-se-ão proibidas, em qualquer ocasião e lugar, e relativamente às pessoas acima mencionadas: a) As ofensas contra a vida e a integridade física, especialmente o homicídio sob todas as formas, mutilações, tratamentos cruéis, torturas e suplícios; b) A tomada de reféns; c) As ofensas à dignidade das pessoas, especialmente os tratamentos humilhantes e degradantes; d) As condenações proferidas e as execuções efetuadas sem prévio julgamento, realizadas por um tribunal regularmente constituído, que ofereça todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados. 2) Os feridos e doentes serão recolhidos e tratados. Um organismo humanitário imparcial, como o CICV, poderá oferecer os seus serviços às partes no conflito, que, por sua vez, se esforçarão também para pôr em vigor, por meio de acordos especiais, todas ou parte das restantes disposições da presente Convenção. Assim, a aplicação das disposições precedentes não afetará o estatuto jurídico das Partes no conflito.¹⁶⁴

Hasta 1494, los conflictos armados internos constituían ajena al Derecho Internacional. La existencia de éstos y la aplicación de normas humanitarias em su desarrollo, así como la forma de

inexplicitly express their standpoint that IHL principles and rules are to be respected by all those concerned; the components of the International Red Cross and Red Crescent Movement, separately or jointly through their international statutory bodies, much concerned with IHL, its reaffirmation, respect and further development. The ICRC is the creator and promoter of this role; the doctrine fully supports and defends IHL, analysing it to discover any lacunae, or deficiencies, and developing it in such a way that it can be adapted to modern conditions without infringing upon the basic principles of that law. In this respect, the International Institute of Humanitarian Law, which gathers various profiles of all persons concerned with the promotion and dissemination of IHL, may be considered as an example of this doctrine. RAVASI, Guido. op. cit.p. 11-12.

¹⁶⁴ Comitê Internacional da Cruz Vermelha. **Artigo 3º comum às quatro Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 Tratado** Fonte: **Gabinete de Documentação e Direito Comparado**. Disponível em: <http://www.icrc.org/por/resources/documents/treaty/treaty-gc-0-art3-5tdlrm.htm>. Data de acesso: 11 de fevereiro de 2012.

solución, constituían aspectos reservados al Estado que, em virtude de su soberanía, establecía los criterios que consideraba más adecuados para restablecer el orden. La soberanía y la no intervención en los asuntos internos de los Estados constituían una berrera infraqueable para que el Derecho Internacional estableciera alguna regulación, por mínima que fuera, em relación com estos conflictos. La Carta de Naciones Unidas apenas había modificado la situación, com la salvedad de que las situación pusiera em peligro la paz y la seguridad internacionales.¹⁶⁵

Com o intuito de tratar do âmbito de proteção das mulheres da CG, deve-se ter em conta o momento em que ocorrem os abusos objetos da proteção. Este trabalho tem como preocupação primordial estudar como, por quem e quando essas mulheres têm sido protegidas. Todavía, não é pertinente se ater ao fato de haver ou não a incidência de um conflito armado internacional ou não internacional, uma vez que já fora mais do que esclarecido pelo DIP que o DIH, aplicando-se a qualquer contexto em que haja vítimas, pressupõe que qualquer pessoa fora do combate por motivos de ferimento, doença ou prisão não pertence às forças armadas que possa ser afetado pelo confito, estando, assim, carente de proteção humanitária.¹⁶⁶

The basis of these humanitarian women's-rights and gender sensitive programs should then Always be the recognition and respect for the concepts of equality and non-discrimination and for the broader women's rights. This is crucial, especially in societies in which women tend to be culturally and socially undermined, a situation that is not only reflected in individual relationships but also permeates all institutions.¹⁶⁷

Com relação à proteção da categoria da população civil, o artigo 27º da Parte III diz:

Protected persons are entitled, in all circumstances, to Treatment respect for their persons, their honour, their family rights, their

¹⁶⁵ CALATAYUD, Esperanza Orihuela. **Derecho Internacional Humanitario: tratados internacionales y otros textos. Estudio introductorio sobre el control del cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario aplicable a los confitos armados.** Espanha:Maite Vincueria Berdejo, 1998.p. 37.

¹⁶⁶ LOURENÇO, Filipa Delgado. Do âmbito de proteção das Convenções de Genebra e dos Protocolos Adicionais. **Revista de Administração Pública de Macau.** Macau: Ed. Direção dos Serviços de Função Administração Pública, 1996. pp. 900-901

¹⁶⁷ NASCIMENTO, Daniela Santos. **The inclusion of Human Rights in humanitarian assistance.** Yearbook 2004 on Humanitarian Action and Human Rights. Espanha:University of Deusto, 2004.p.69

religious convictions and practices, and their manners and customs. They shall at all times be humanely treated, and shall be protected especially against all acts of violence or threats thereof and against insults and public curiosity. Women shall be especially protected against any attack on their honour, in particular against rape, enforced prostitution, or any form of indecent assault. Without prejudice to the provisions relating to their state of health, age, sex, all protected persons shall be treated with the same consideration by the Party to the conflict in whose power they are, without any adverse distinction based, in particular, on race, religion or political opinion. However, the Parties to the conflict may take such measures of control and security in regard to protect persons as may be necessary as a result of the war.

As CG's de 1949 e os Protocolos Adicionais de 1977 *explicitamente e categoricamente* proibiram o estupro contra as mulheres, mas não o listaram no o *rol* das infrações graves às Convenções sujeitas à jurisdição universal¹⁶⁸. A IV Convenção de Genebra Relativa à Proteção das Pessoas Civis em Tempos de Guerra estabeleceu, em seu artigo 27º, a proteção para as mulheres *contra qualquer ataque à sua honra, e particularmente contra violação, prostituição forçada ou qualquer forma de atentado ao seu pudor*, sendo tal entendimento mantido no artigo 76º, nº1, do I Protocolo Adicional. Já o II Protocolo Adicional de 1977, no artigo 4º, nº 2, e proíbe os *atentados à dignidade da pessoa, nomeadamente os tratamentos humilhantes e degradantes, a violação, a coação à prostituição e todo o atentado ao pudor*. Entretanto, o CICV, seguindo a jurisprudência atual, afirmou que *causar intencionalmente grandes sofrimentos ou graves lesões no corpo ou à saúde*, conforme disposto no artigo 147º da IV CG, relativo a infrações graves, compreende ofensas de natureza sexual.

As Convenções de Haia de 1899 preconizaram, no Artigo 46º, o respeito *pela honra e pelos direitos da família*.¹⁶⁹

Under a broad construction, Article 26 of the Hague Regulations can be construed to cover rape, but in practice it has seldom been so interpreted. Rape was neither mentioned in the Nuremberg Charter nor prosecuted in Nuremberg as a war crime under customary international law. But it was prosecuted in Tokyo as a war crime.¹⁷⁰

¹⁶⁸ MERON, Theodor. Rape as a Crime under International Humanitarian Law. **The American Journal of International Law**, vol. 87, nº 3 (Jul 1993). p.426.

¹⁶⁹ A Convenção de Haia IV é uma boa evidência do direito costumeiro das nações e foi considerada pelo Tribunal como uma regra que pode ser aplicada em qualquer situação.

¹⁷⁰ MERON, Theodor. **War crimes comes**. op. cit. p. 206.

Consagra-se, assim, a proibição de que qualquer pessoa civil possa ser alvo de ataques ou violências, tanto os ofensivos quanto os defensivos, cuja norma se restringe mais especificamente às mulheres, que são normalmente mais expostas ao sofrimento, por serem mais suscetíveis às mazelas dos conflitos armados. Nesse aspecto, a Convenção proíbe que as mulheres sejam violadas e que sofram atentando ao pudor.

Apesar de o estupro e outras formas de ofensas sexuais contra as mulheres não terem sido mencionados, a doutrina especializada entende esse dispositivo como uma referência implícita a tais violações, considerando-as como um atentado contra a honra familiar. A mulher, por conseguinte, não possuía um *status* autônomo para cultivar um amparo independente, sendo, então, necessário colocar a sua proteção ao abrigo da estrutura familiar.

3. O Protocolo Adicional II de 1977

O Protocolo Adicional II, de 8 de junho de 1977 e que trata da proteção das vítimas de conflitos armados não internacionais, foi elaborado à época do artigo 3º comum às Convenções e tinha como objetivo principal servir como complemento às CG's de 1949, oferecendo, por conseguinte, mais proteção à população civil, em que se incluem as mulheres. Todavia, este protocolo, que serviu como blindagem à proteção jurídica, sofreu diversas críticas em razão da sua imprecisão.

La définition du conflit armé non international adoptée par le Protocole II est très différent de celle de l'article 3 commun, et beaucoup plus restrictive. Le Protocole II introduit II de nouveaux critères, dont le but est de restreindre l'incertitude et la marge d'interprétation dans le text de l'article 3 commun. Le Protocole additionnel II établit trois critères objectifs pour identifier un conflit armé non international: le contrôler une partie du territoire (B) et ils doivent avoir la capacité d'appliquer les dispositions du Protocole (C).¹⁷¹

¹⁷¹ MATHESON, Michael, MOMTMAZ, Djamchid, SOULEYMANE, Soumaoro. **La qualification des conflits armés**. op. cit. p. 189

No preâmbulo do Protocolo Adicional II, lê-se:

The High Contracting Parties, recalling that the humanitarian principles enshrined in Article 3 common to the Geneva Conventions of 12 August 1949, constitute the foundation of respect for the human person in cases of armed conflict of an international character, recalling, furthermore that international instruments relating to human rights offer a basic protection to the human person, emphasizing the need to ensure a better protection for the victims of those armed conflicts, recalling that, in cases not covered by the law in force, the human person remains under the protection of the principles of humanity and the dictates of the public conscience, have agreed on the following.¹⁷²

Já no artigo 1º, há a *definição material de conflitos armados não internacionais* instituídos pelo Protocolo II:

Le présent Protocole, qui développe et complète l'article 3 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949 sans modifier ses conditions d'application actuelles, s'applique à tous les conflits armés qui ne sont pas couverts par l'article premier du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), et qui se déroulent sur le territoire d'une Haute Partie contractante entre ses forces armées et des forces armées.¹⁷³

O artigo 13º trata da *proteção de pessoas civis* ao estabelecer:

1. The civilian population and individual civilians shall enjoy general protection against the dangers arising from military operations, the following rules shall be observed in all circumstances. 2. The civilian populations as such, as well as individual civilians, shall not be the object of attack. Acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian populations are prohibited. 3. Civilians shall enjoy the protection afforded by this Part,

¹⁷² International Committee of the Red Cross. **Protocols Additional to the Geneva Conventions, Resolutions of the 1974-77 Diplomatic Conference.** Extracts from the Final Act of the 1974-77 Diplomatic Conference. p.89.

¹⁷³ International Committee of the Red Cross. **Protocols Additional to the Geneva Conventions, Resolutions of the 1974-77 Diplomatic Conference.** op. cit. p.89.

unless and for such time as take a direct part in hostilities.¹⁷⁴

E o artigo 18º estabelece *as sociedades e as ações de socorro*:

1. Relief societies located in the territory of the High Contracting Party, such as Red Cross (Red Crescent, Red Lion and Sun) organizations, may offer their services for the performance of their traditional functions in relation to victims of the armed conflict. The civilian population may, even on its own initiative, offer to collect and care for the wounded, sick and shipwrecked. 2. If the civilian population is suffering undue hardship owing to a lack supplies essential for its survival, such as foodstuffs and medical supplies, relief actions for the civilian population which are of an exclusively humanitarian and impartial nature and which are conducted without any adverse distinction shall be undertaken subject to the consent of the High Contracting Party concerned.¹⁷⁵

O conflito armado não internacional se distingue do conflito armado internacional pela natureza jurídica dos sujeitos que se colidem: as partes do conflito não são Estados soberanos, mas, antes, o governo de um deles, lutando com uma ou mais facções armadas no seu território. Portanto, todas as formas de oposição violenta ao governo, a partir do simples motim para o confronto local generalizado, com todas as características de uma guerra podem ser considerados como conflitos armados não internacionais, pois há aí um critério material. Na ausência de uma definição geral de um conflito armado não internacional, que pode assumir diferentes formas, deve-se tentar identificar situações deste tipo com base em elementos objetivos que as caracterizam. Há quatro critérios que estão interconectados e que são a condição para a aplicação do Protocolo II.

Primeiramente, há a existência das hostilidades entre as forças armadas dotadas de uma certa organização. Ou seja, o conflito deve envolver os Estados e as suas forças armadas.¹⁷⁶ Neste mesmo raciocínio, distúrbios e tensões internas caracterizadas por atos isolados ou esporádicos de violência não configuram

¹⁷⁴ Ibidem. p.89.

¹⁷⁵ Ibidem. p.89.

¹⁷⁶ PROVOST, René. **International Humanitarian Rights and Humanitarian Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p.262.

conflitos armados no sentido legal, mesmo que o governo teve de recorrer à polícia ou a um destacamento armado, a fim de restaurar a ordem.

First, the conflict must involve the state and its armed forces. Although the use by a state of its armed forces does not in itself indicate the existence of an armed conflict, as the other conditions listed in the article must also be present, the quelling of disturbance by a government without intervention by the armed forces cannot constitute a conflict within the meaning of Article 1 (1).¹⁷⁷

Assim definidos estes limites, o conflito armado não internacional parece ser uma situação em que serve para colocar as hostilidades caracterizadas entre forças armadas ou grupos armados organizados dentro do território de um Estado. Os insurgentes que lutam contra a ordem estabelecida tendem a derrubar o governo no poder, devendo ter o controle sobre parte dele¹⁷⁸

Como terceira condição, há o elemento da organização, sendo que, nesse caso, trata-se da questão operacional, isto é, de organização militar propriamente dita. Há, aí, a necessidade de demonstrar a existência de intensidade e duração das operações militares.

The sustained and concerted criteria were adopted instead of those of intensity and duration of military operations. The latter were thought too subject and specific, a state being able to deny easily that the conflict possessed such characteristics. Interestingly, it was thought that a vanguard criterion in this context would hamper possible state attempts to deny that the group of met this condition.¹⁷⁹

A quarta e última condição relaciona-se, por sua vez, com a territorialidade, porque o grupo rebelde deve exercer o controle sobre parte do território do Estado.

This is seen by the ICTR in the Musema judgment as equivalent to the domination of some territory by the insurgents. This requirement, based on the recognition of belligerency under the laws and customs of war, had been abandoned during preparatory expert conferences

¹⁷⁷ Ibidem.p. 262.

¹⁷⁸ The possibility that a conflict of sufficient intensity to warrant application of humanitarian law might take place without the state being involved was deemed academic at the Geneva Conference, despite the opinion of the ICRC which had been involved in several conflicts. The conflict in Lebanon up to 1983, for example, involved the PLO and other Lebanese armed groups but not the Lebanese state, conclusively showing that high-intensity conflicts can take place without the state's involvement in situations where the state is either too weak or simply non-existent. PROVOST, René. op.cit. p. 262.

¹⁷⁹ Ibidem. p. 263.

because of the perceived reluctance of states to admit to the loss of control over part of their territory during and internal strife.¹⁸⁰

Para regular os conflitos armados não internacionais, aplica-se tanto o Protocolo II como o artigo 3º, criando-se, assim, dois regimes para tentar acabar com as lacunas, uma vez que este tem aplicabilidade limitada, mas, por outro lado, contém as regras, ao passo que aquele é mais amplo em escopo, mas estreito em conteúdo.

In conclusion we can say with respect to Protocol II that the distinction between the two kinds of non-international conflicts, as made in the Conventions and Protocol II, is hardly satisfactory. The fact that Protocol II only covers conflicts of high intensity will mean that this Protocol will only be applied in relatively few cases. The Spanish civil war and the civil war in Nigeria were mentioned as examples at the Geneva Conference. In more recent times, however, we have witnessed a considerable number of internal armed conflicts which would have met the conditions of Protocol II, particularly the conflicts in Lebanon, Ethiopia (Eritrea, Ogaden), Chad and Nicaragua.¹⁸¹

Aqui, é possível flagrar um problema de aplicabilidade, pois, apesar de ter surgido com o intuito de definir os conflitos, o Protocolo II defende a ideia de Estados soberanos dentro do contexto dos conflitos armados não internacionais, de modo que os governos passaram a requisitar que os beligerantes tivessem também as características dos Estados – território organização e população – antes mesmo de aceitar qualquer papel que pudessem assumir o DIH.

The global effect of all these conditions is to curtail Protocol II's field of application severely (...). Only rather rare classic civil war scenarios such as the 1936-9 Spanish civil war, the war in El Salvador during the 1980s or perhaps the recent conflict in Bosnia-Herzegovina will meet these stringent conditions.¹⁸²

¹⁸⁰Ibidem. p. 263.

¹⁸¹ SCHINDLER, D. op. cit. p.149.

¹⁸² PROVOST, René. op. cit. p. 264.

Dessa forma, considera-se que poderia ter sido feito bem mais pelo texto do Protocolo II. O que sempre é lembrado, mesmo depois que algum texto legal, é expelido para o mundo jurídico que, por sua vez, tem que seguir a risca tal documento.

Additional Protocol II does contain certain essential protections, such as the prohibitions on making civilians the object of attacks, on starvation of civilians or the destruction of objects indispensable to their survival as a method of combat, and on attacks on dams dykes and nuclear power stations that may cause severe losses among the civilian population. But this Protocol apply only for a limited class of conflicts – those with organized armed groups which, “under responsible command”, exercise such control over a part of national territory “as to enable them to carry out sustained and concerted military operations” and to implemente the Protocol.(...) In any event, the disastrous internal conflicts of the 1980s and 1990s in Africa and Eurasia made clear that these historical atitudes could not longer be accepted as reasons for perpetuating the weakness of IHL in such conficts.¹⁸³

De qualquer forma, há, infelizmente, um retrocesso, pois a questão fundamental para determinar a caracterização da situação não foi estabelecida.

Unfortunately, for non-international conflicts the Geneva Conventions and Protocols did not apply a whole range of protections that were considered essential for international conflicts, in particular: - the prohibition on the use pf the weapons and methods of a warfare of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering; - the prohibition on indiscriminate attacks, including attacks causing disproportionate civilian damage or injury, and attacks against an entire populated área for the purpose of destroying military objectives within it; - the prohibition on reprisal attacks against the civilian population; - the prohibition on the use of civilians to shield military objectives from attack; - the prohibitions on attacks against any civilian objects that are not making na effective contribution to military action; the prohibition on methods of warfare causing widespread, long-term and severe damage to the natural environment; and – the requirement to take all feasible precautions to avoid or minimize civlias injury and damage and to give effective advance warning of attacks that may affect the civilian population.¹⁸⁴

¹⁸³ MATHESON, Michael, MOMTMAZ, Djamchid, SOULEYMANE, Soumaoro. **La qualification des conflis armés**. op. cit. p. 242.

¹⁸⁴ Ibidem. p. 141-142.

Por isso, entende-se que, com todos os problemas apresentados pelo Protocolo Adicional II, como a determinação dos critérios de aplicabilidade este protocolo não deve ser invocado com o objetivo de atentar contra a soberania de um Estado, contra a responsabilidade do governo na manutenção e no restabelecimento da ordem pública de um dado Estado ou na defesa da unidade nacional e da integridade territorial deste.

4. O artigo 3º, comum às Convenções

O avanço de tais conflitos internos fez com que o DIH tivesse que aprofundar o estudo do tema para, depois, dar uma resposta à condução das hostilidades e propor também a melhor forma de proteger as pessoas civis, que nada têm a ver com o conflito armado.

O debate que surgiu na CG de 1974 tinha o desejo humanitário de regular os conflitos internos com a criação de um regime distinto do artigo 3º, comum às CG's, por meio de uma aplicabilidade mais estreita, mas com o conteúdo mais amplo. Tal documento foi o primeiro texto convencional e multilateral a estender normas do *Direito da Guerra* ao conflito interno, e refletiu os esforços do CICV em estabelecer o valor absoluto do princípio da humanidade.¹⁸⁵

Common Article 3 was one of the most heatedly debated provisions at the 1949 Geneva Conference. It was at the time of its inception far from a simple codification of accepted international law, as there was no clear principle that all internal armed conflicts were matters of international concern. The ICRC draft presented at the 1949 Conference simply proposed that the Conventions be applicable to both sides in case of an armed conflict not of an international character, but no consensus could be found in support of that principle.¹⁸⁶

Assim, a aplicabilidade do artigo 3º comum é mais ampla que a do Protocolo II, e também resguarda situações que não seriam classificadas como conflitos armados pelo mesmo Protocolo.

¹⁸⁵ De acordo com Jean Pictet: O artigo garante a universalização do Direito de Genebra, pois estende a maior proteção que o direito possa outorgar às vítimas de todos os conflitos armados e um mínimo de tratamento humano, conceituado como a proteção que é devida ao ser humano, em qualquer tempo e lugar. PICTET, Jean. **Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario**. Instituto Henry Dunant, Genebra: 1986. p. 57.

¹⁸⁶ PROVOST, René. op. cit. p. 265.

This is far from certain, however, as the relation between the scope of Article 3 and that of Protocol II was not clearly articulated at the Geneva Conference, apart from a statement in Article 1(1) of the Protocol to the effect that it 'develops and supplements Article 3...without modifying its existing conditions of application. We must therefore turn to Article 3 itself for inclusions as to its field of application.¹⁸⁷

Apesar de não ter existido consentimento com relação a uma solução, -outra saída alternativa foi adotada, a qual consistia em limitar a aplicabilidade das regras usadas em conflitos armados internos ao mínimo para o artigo 3º. No entanto, e como nenhuma das propostas de definição dos conflitos armados não internacionais chegou a um consenso, o CICV, durante a Convenção, listou o que foi chamado de *critérios de conveniência*, para determinar quando há, de fato, um conflito armado de caráter não internacional.

They include: explicit or implicit recognition of belligerency or insurgency by the state or by the UM; organization of the insurgent forces under a responsible command exercising control over a determined area of national territory in which the group has the means to respect and ensure respect of the Conventions; existence of a civil insurgent authority possessing the characteristics of a state, exercising de facto authority over a population and territory; acceptance by the insurgent of the rules of the Geneva Conventions; and use of military force by the state to try to quell the insurgency.¹⁸⁸

Esse critério do CICV, mesmo sendo conveniente, pode ser seriamente enganoso, até porque, na data em que foi elaborado, havia a preocupação de definir conflitos armados, não como se tivessem um caráter internacional, conforme as Convenções, em seu todo, poderiam ser aplicadas.¹⁸⁹ Nesse sentido, entende-se que não há justificativa para a adoção de elementos de definição restritiva de conflitos armados não internacionais no contexto do artigo 3º.

¹⁸⁷ PROVOST, René. op. cit. p.264.

¹⁸⁸ Ibidem.p.267.

¹⁸⁹ Indeed, it seems illogical to list as relevant criteria that the insurgents possess an organisation enabling them to respect and ensure respect for the Conventions and that the insurgent authority agree to be bound by the Conventions, when the Conventions are not applicable to internal conflicts under Article 3. State recognition of belligerency or insurgency is also problematic, given that under the traditional laws and customs of war it leads to the full application of rules regulating armed conflict, and not merely the basic elements listed in Article 3. Ibidem.p.266.

Como exemplo, retomam-se algumas datas que informa aplicabilidade do artigo 3º: Guatemala (1954-1994), Algeria (depois de 1956), Líbano (1958), Iémen (1962-7), República Dominicana (1965), Vietnã (depois de 1965), Nigéria (1967-70), Chile (1971), Uruguai (1972) e os territórios portugueses na África depois de 1974. Por outro lado, há alguns exemplos de Estados que se recusaram a aplicar o artigo 3º, como o Quênia (1954), Cíprus (1955), Algéria (antes de 1956), Malásia (1956), Indochina (1957-65), norte da Irlanda (a partir de 1970), Filipinas (a partir de 1972), Afeganistão (a partir de 1981), El Salvador (depois de 1983) e a Chechênia (1994-5).¹⁹⁰

Por fim, e à guisa de conclusão, entende-se ser imprescindível que, separadamente, tanto o artigo 3º quanto o Protocolo Adicional II, têm problemas com relação à sua forma. Contudo, partilha-se também do pensamento de Françoise Krill, quando diz:

en caso de conflicto armado no internaciona, la mujer está protegida por las garantías fundamentales relativas al trato debido a las personas que no participan en las hostilidades, que figuran em el artículo 3 común a los cuatro Convenios. Sin em bargo, em dicho artículo no se prevé una protección especial para la mujer. Em el Protocolo II se completa y se amplia esta disposición. Así, em el artículo 4, se estipula que las mujeres están expressamente protegidas contra “los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor.”¹⁹¹

Ou seja, é perceptível e compreensível que, separadamente, há defeitos que poderiam ter sido simplesmente verificados e consertados em ambos os documentos. Entretanto, entende-se também que, juntos, os dois dispositivos legais podem, sim, dar mais proteção às mulheres, para que elas não sejam mais vitimizadas pela violência que emerge dos conflitos.

¹⁹⁰ PROVOST, René. op.cit.p.268.

¹⁹¹ KRILL, Françoise. La protección de la mujer en el derecho internacional humanitario. **Revista Internacional de la Cruz Roja**, novembro/dezembro: 1985. p.6.

Capítulo IV: A proteção das mulheres em conflitos armados não internacionais

The situation at Foca High School was no diferente. Foca High School, in the Aladza area, served as a barracks for soldiers would arrive at the facility and sexually assault and gang-rape the Young woman and girls in classrooms. If the women resisted they were severely beaten and threatened with death. Four of the defendants, Gojko Jankovic, Dragan Zelenovic, Janko Janjic, and Zoran Vukovic, were among these soldiers.¹⁹²

A segurança humana, em seu sentido mais amplo, engloba muito mais que a ausência de um conflito armado. Ela engloba os direitos humanos, a boa governança, o acesso à educação e aos cuidados médicos, e a garantia de que cada indivíduo tenha as oportunidades e escolha para atingir o seu potencial.¹⁹³

Poucas foram as mulheres que participaram diretamente das hostilidades antes da Primeira Guerra Mundial. A partir de 1929, no entanto, a mulher passou a gozar de proteção pelo DIH.¹⁹⁴, e, durante a Segunda Guerra Mundial, as mulheres

¹⁹² MARAVILLA, Chistopher Scott. Rape as a war crime: the implications of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia's Decision in Proceso v. Kunarac, Kovac, & Vukovic on International Humanitarian Law. **Florida Journal of International Law**. Flórida: 2001, vol. XIII, número 3. p. 325.

¹⁹³ ANNAN, Kofi A. Prevenção de Conflitos Armados. Relatório do Secretário-Geral. Nova York: Nações Unidas, 2002. p.67.

¹⁹⁴ Sendo que são alguns dos Tratados que ajudam a proteger os civis em tempos de guerra, como mesmo disciplina: There are other adjudicative bodies with quasi-judicial powers that have been established by treaty. These are: Human Rigths Committee, Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Committee Against Torture, Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, The Treaty of Rome, The International Covenant on Civil and Political Rights, The Conventions against Torture, Cruel, Inhuman or Degratin Treatment or Punishment that established the Committe Against Torture, Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All forms of Discrimination Against Women established the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women.(...). E os Tribunais: International Court of Justice, International Criminal Court, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and International Criminal Tribunal for Rwanda. MARTIN, Francisco Forrest, SCHNABLY, Stephen, WILSON, Richard, SIMON, Jonathan, TUSHNET, Mark.

participaram mais numerosamente nas hostilidades, sendo que, infelizmente, segundo as estatísticas, a proporção dos civis mortos cresceu cerca de 90% devido, sobretudo, aos efeitos indiscriminados das novas armadas, novos métodos de guerra e principalmente às novas formas de conflitos armados em que, por haver mais dificuldade em se distinguir a população civil dos combatentes, os primeiros ficam mais vulneráveis a sofrerem as mazelas dos conflitos armados.¹⁹⁵

De um total de 50 millones de muertos, se calcula que 26 millones pertenecían a las fuerzas armadas y 24 millones a la población civil, de los cuales muchas mujeres. Así pues, se considero indispensable aprobar nuevos instrumentos jurídicos teniendo em cuenta estos facotes. La Conferencia Diplomática para la elaboración de Convenios internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, convocada por el Consejo Federal Suizo, depositario de los Convenios de Ginebra, elaboró em esta ciudad, el verano de 1949, cuatro Convenios que fueron aprobados el 12 de agosto del mismo año.¹⁹⁶

O movimento que busca designar as formas de violência contra as mulheres como crimes de guerra contra a humanidade ou até mesmo de genocídio tem seu início marcado principalmente pela instituição do TPIY, do TPIR e com a criação de seus Estatutos.¹⁹⁷

The ICTY was established pursuant to United Nations Resolution 808 in 1993 to try the alleged perpetrators of war time atrocities committed during the course of the war in the Balkans in the 1990s. The Statute adopted May 25, 1993, states the mission and jurisdiction of the Tribunal.¹⁹⁸

A prática geral dos Estados está prevista no artigo 38, I, b do Estatuto da CIJ, que descreve que: *as evidence of a general practice accepted as law*.¹⁹⁹

International Human Rights & Humanitarian Law: treaties, cases & analysis. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 6,7,8.

¹⁹⁵ KRILL, Françoise. op. cit. p. 1.

¹⁹⁶ KRILL, Françoise. op. cit. p. 1.

¹⁹⁷ When women argued that rape is a weapon of war, rather than a by-product, they were referring to all its various purposes (e.g. to dilute ethnic identity, destabilize civilian population, or reward soldiers). COPELON, Rhonda, editores: PETERS, Julie, WOLPER, Andrea. ***Women's right, human rights: international feminist perspectives***. Nova York: Routledge, 1995. p. 200.

¹⁹⁸ MARAVILLA, Chistopher Scott. op. cit. p. 322.

¹⁹⁹ This is specially so because military manuals frequently not only state government policy but establish obligations binding on members of the armed forces, violations of which are punished under military penal codes. For states, manuals create mutual expectations of compliance and may of the

Because general practice demonstrates custom and not vice versa, § 102 (2) of the Restatement Third, of the Foreign Relations Law of the United States of 1987, provides, more accurately, that customary international law results from a general and consistent practice of states which is followed by them from a sense of legal obligation. (...) In the numerous countries where customary law is treated as the law of the land but an act of the legislature is required to transform treaties into internal law, the question assumes importance if no such law has been enacted.

A transformação das normas das CG's para o Direito Costumeyro podem ter adicionado efeitos nas consequências para o Direito Interno em alguns países.²⁰⁰

The material sources of custom are very numerous and include the following diplomatic correspondence, policy, press releases, the opinions of official legal advisers, official manuals on legal questions, e.g. manuals of military law, executive decisions and practices, orders to naval forces etc., comments by governments on drafts produced by the International Law Commission, state legislation, international and national judicial decisions, recitals in treaties and international instruments, a pattern of treaties in the same form, the practice of international organs, and resolutions relating to legal questions in the United Nations General Assembly. Obviously the value of these sources varies and much depends on the circumstances.²⁰¹

A criação do TPI, em 1998, também ajudou imensamente a solidificar a jurisprudência dos tribunais anteriores e tipificou expressamente os crimes de natureza sexual contra as mulheres em períodos de conflitos, ampliando o rol até então existente. As ofensas sexuais podem, portanto, ser qualificadas como: crimes de guerra, crimes contra a humanidade ou genocídio.

rules stated therein are good evidence of customary law. Of course, the practice of states is also reflected in the adoption of such international instruments as normative declarations and, especially, in the multilateral treaty, which constitutes an expression of their attitude toward customary international law, to be weighed together with all other consistent and inconsistent evidence of the state of customary international law. MERON, Theodor. **War crimes comes...** op.cit.p. 156.

²⁰⁰ Um efeito foi refletido no artigo 63/62/142/158, de acordo com o qual houve a denúncia de uma das Convenções: shall in no way impair the obligation which the Parties to the conflict shall remain bound to fulfil by virtue of the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity and the dictates of the public conscience. BROWLIE, Ian. op. cit. p. 7.

²⁰¹ Ibidem. p. 6.

Custom neither a relic of the past nor the main engine driving forward contemporary international law. I believe neither in a current “twilight” of customary international law nor in its “renaissance”. There are periodic frontal assaults on custom, each launched from a different revisionist angle, and at times they thinly disguise a post-modernist negation of international law as a legal system.²⁰²

Mas, infelizmente, e por outro lado, os conflitos armados propriamente ditos têm servido como palco de inúmeras ações que atentam contra toda e qualquer noção já minimamente desenvolvida sobre a dignidade da mulher vitimizada pelos conflitos armados não internacionais.

The goals of belligerents in “new wars” differ from the geo-political or ideological goals of earlier wars. They are no longer about ideas but are instead about identity politics. (...) It would seem that the emphasis on identity politics is instead meant to cover two aspects of new wars. First, unscrupulous leaders and political elites have sought to mobilize followers by stirring hatred, playing upon fear, and encouraging violence, all in order to suit their own narrow and demagogic purposes. To this end, markers of identity – religion, language, appeal to a common history, ethnicity, clan affiliation – have been used, manipulated, even constructed, to foment war and violence. That this has been the case is indisputable.²⁰³

Os crimes sexuais contra as mulheres talvez conformam uma das condutas mais presentes nesse cenário de violência.²⁰⁴ Desde o passado mais remoto até as guerras mais recentes, os combatentes, como foi dito, têm utilizado os delitos contra a liberdade sexual - dentre outras razões - como um meio bárbaro para demonstrar sua superioridade sobre a parte inimiga.

²⁰² DISTEIN, Y. **Customary International Law and Treaties**. Recueil des Cours. Tome 322. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. p. 262.

²⁰³ STRACHAN, Hew, SCHEIPERS, Sibylle. **The changing character of war**. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 116.

²⁰⁴ If any kind of sexual conduct is the proper subject of criminal prohibition, then, aggravated rape - defined, as above, to mean nonconsensual sexual intercourse where, immediately prior to or during a sexual attack and so as to achieve penetration, the assailant employs, or credibly threatens to employ, physical force intended or likely to result in bodily injury - is certainly of this kind. (...) Because of the nature and extent of trauma suffered by victims. PANICHAS, George E. Rape, autonomy, and Consent. **Law & Society Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1998. p.237.

A prática dos grupos de oposição armados, tais como códigos de conduta, compromissos de respeito pela observância de certas normas de direito internacional humanitário e outras declarações, não constitui em si, prática estatal. Ainda que essas práticas possam conter provas da aceitação de certas normas nos conflitos armados não internacionais, o seu significado jurídico não é claro, pelo que não se podem considerar como prova da existência de direito internacional consuetudinário.²⁰⁵

A comunidade internacional contemporânea não tem se omitido ao estudo do tema, mas, ao contrário, trabalhou para que atinja todas as esferas dos conflitos. As medidas executadas pelos Tribunais já formados visam justamente prevenir que mais atos dessa natureza sejam identificados pelas entidades internacionais. A solidificação de um TPI é mais um passo para assegurar a segurança das mulheres em contexto de conflitos armados, se não uma prevenção ante a possibilidade real de um julgamento, mas também de repressão à prática de tais atrocidades.

In the Nicaragua case, the Court held that the Charter does not subsume or supervene customary international law and that customary international law continues to exist and to apply, separately from international treaty law, even where the two categories of law have an identical content. In contrast to the brevity and the high level of abstraction of the principles of the Charter, the provisions of the Geneva Conventions are characterized by their extensive detail. The accretion as a significant corpus of customary law alongside the Conventions is therefore even more hampered, especially when the Conventions are applied only infrequently in the field²⁰⁶.

É importante lembrar que, quanto menos Estados aderem a um tratado internacional, mais surge a necessidade de práticas costumeiras aos fatos que ocorrem.²⁰⁷ Assim, há, por conseguinte, uma forma de se avançar com o estudo e, futuramente, de implementar a modificação do viés da comunidade internacional a respeito de um tema. Destarte, este capítulo abordará a maneira como se desenvolve a assistência humanitária específica para as mulheres.

²⁰⁵ HENCKAERTS, Jean- Marie.op.cit. p. 4.

²⁰⁶ MERON, Theodor. **War crimes comes...**op.cit. p. 168.

²⁰⁷ The distinction between a customary and a conventional rule is particularly important in disputes between two states in which one of them exercises the right under Article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, to terminate or suspend the operation of a treaty on the ground that the other party has violated an essential provision of that treaty. MERON, Theodor. **Human Rights and humanitarian...**op.cit. p. 7.

1. A proteção de pessoas em territórios ocupados

Como foi possível perceber, ofensas sexuais e conflitos armados, quando postos sob uma perspectiva diacrônica, sempre tiveram uma estreita relação de proximidade. Todas as formas de violência sexual sempre foram encaradas como uma consequência inevitável do conflito armado. O conceito de ofensas sexuais engloba uma série de crimes de natureza sexual, como o estupro, a prostituição forçada, a gravidez forçada, a mutilação sexual, a escravidão sexual e qualquer outro ato que tenha por objetivo humilhar por meio de atos sexuais.

Por vários séculos, nas sociedades patriarcais, a mulher era considerada como uma posse, um bem que, inicialmente, pertencia ao pai e, depois, passava às mãos do marido. De acordo com esta lógica social, a sua violação era vista como uma transgressão à propriedade do homem, inexistindo o conceito de proteção à sua integridade física.

The treatment of civilian women during war is an issue in which the law often clashes with the expectations of the soldier. The law expects soldiers to treat non-combatants civilly, while many soldiers expect to treat women as property for their own use. In this conflict between law and man, the women are the losers. (...) Rape seeks to ravage the core sense of personal identity and dignity that women hold as women, as well as the cultural framework of mutual, reciprocal respect that women hold as equal members of the global cultural inheritance. The protection of women rights during war does not seem to be adequate and as a result rape is regarded as a natural by-product of war and its perpetrators go largely unpunished.²⁰⁸

No âmbito dos *costumes da guerra*, os espólios da batalha ficavam em posse dos vitoriosos, ou seja, todos os bens dos perdedores, dentre os quais estavam as suas mulheres, passavam instantaneamente para as mãos do vencedor, ao qual era assegurado o *direito ao estupro*. Para os soldados comuns, o estupro e a pilhagem eram vistos como uma recompensa pelo esforço de guerra. Evidentemente, o lado vencedor é quem pratica tais crimes, e isso acontece por dois motivos: primeiramente, o exército vitorioso é quem adentra o território do adversário e, desta forma, a violência sexual, simbolicamente equivalente à invasão do território

²⁰⁸ PAPAConstantinou, Maria. Rape as a crime under international humanitarian law. **Revue Hellénique de Droit International**. ed. L'Institut Hellénique de Droit International et Étranger. vol. 2, Grécia: 1998. p. 478.

inimigo, terá sua concretização nas mulheres dos derrotados; e, em segundo lugar, porque o *estupro é um ato do conquistador*, sendo, em *ultima ratio*, um sinal de sucesso na batalha.

No entanto, com o passar do tempo e com o desenvolvimento de regras que visam regular a conduta dos exércitos durante os conflitos, a prática de crimes sexuais continuou a prosperar, e a sua proibição permaneceu relegada a segundo plano. Com a superação dessa fase da História, pode-se afirmar que tanto a lei como principalmente os costumes dos Estados têm ajudado sistematicamente a desatar as amarras em que se encontram as *mulheres vítimas dos conflitos armados internos*.

A criação do TPI,²⁰⁹ em 1998, também ajudou imensamente a solidificar a jurisprudência dos tribunais anteriores.

This evolution in the approach of the ICRC and the United States is paralleled by the positions and draft charters submitted by several states to the UN Secretary-General pursuant to Security Council Resolution 808. France, in defining the crimes within the jurisdiction of the tribunal under its draft charter, lists “outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, rape, forced prostitution and indecent assault”. This language draws on Article 75 (2)(b) and 76 (1) of Additional Protocol I and upgrades its prohibition of rape – which is not specifically mentioned as a grave breach of the Protocol – to a crime punishable by the tribunal, provided, however, that rape (as well as the United States proposal adapts the definition of crimes against humanity rape among the punishable crimes. Documents submitted by seven states on behalf of the Organization of the Islamic Conference and by Italy also define rape as a crime against humanity. Most important, the statute of the international tribunal proposed by the UN Secretary-General lists rape among crimes against humanity.²¹⁰

Outra inovação dos Tribunais com relação à situação das mulheres em contexto de guerra está na regulamentação de medidas de proteção às vítimas, que busca resguardar a segurança dessas pessoas aquando da prestação de algum testemunho em audiências e investigações diversas. As medidas variavam desde a presença de psicólogos e utilização de distorção de imagens e voz até a mudança da vítima para outro país, caso fosse necessário.

²⁰⁹ O Tribunal Penal Internacional foi estabelecido em Haia, na Holanda, em 2002, e é o primeiro tribunal penal internacional permanente. Ou seja, trata-se de um grande passo em direção à universalidade das regras internacionais. Seu objetivo é julgar indivíduos que cometeram crimes de genocídios, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e crimes de agressão.

²¹⁰ MERON, Theodor, **War crimes comes...**op.cit. p. 208.

Entretanto, ao lado dos conflitos armados propriamente ditos, as guerras infelizmente têm servido como palco de inúmeras ações que atentam contra toda e qualquer noção já minimamente desenvolvida sobre a dignidade da pessoa humana. Os crimes sexuais contra as mulheres talvez sejam uma das condutas mais presentes nesse cenário de violência.

The crimes against humanity specified in the London Agreement were only those committed “against any civilian population,” not against individual civilians. Nuremberg case law suggests that war crimes committed in a widespread and systematic manner on political, racial or religious grounds may rise to the level of crimes against humanity. Proof of systematic governmental planning has been considered a necessary element of crimes against humanity, in contrast to war crimes. Crimes against humanity are therefore more difficult to establish. The acquisition of facts supporting policy planning, mass character and command responsibility may present evidentiary hurdles to possible prosecutions.²¹¹

Nada no mundo mudou muito. As atrocidades que aviltam a dignidade humana, crianças que morrem de fome e mulheres que são violentadas como forma de coagir o adversário de guerra são fatos que continuam sendo manchete dos grandes jornais e revistas do mundo.

Há, contudo, a urgência de um acontecimento: com a globalização, o apelo mundial para banir este tipo de violência deve se espalhar mais rapidamente, o que tornará mais célere o ato de cessar ou de punir as partes envolvidas. Além disto, a comunidade internacional tem instituído Tribunais *ad hoc* com o intuito de julgar tais crimes, uma vez que não houve a possibilidade de evitar os derramamentos de sangue. A Anistia Internacional considera que o TPI deverá tratar de modo eficiente as violações dos Direitos Humanos das Mulheres, especialmente os crimes específicos do seu gênero que constituam genocídio, crime de guerra ou outros crimes contra a humanidade. Na hora de investigá-los, o Tribunal também deverá levar em conta as circunstâncias especiais que envolvem casos de violência contra a mulher.²¹²

²¹¹ Ibidem. p. 209.

²¹² Just as important as the protection of the rights of the accused is the need to protect the victims of the crimes against humanity, that have taken place in the territory of the former Yugoslavia and in Rwanda and its surrounding areas. The Tribunals face a terrible balancing act, to protect the human rights of the accused while protecting the rights and interests of the victims and witnesses. (...) Apart from the problems of inadequate funding, which certainly threaten the ability of the ad hoc Tribunal's

O estupro e outras formas de violência sexual passaram a ser cometidos como uma tática de guerra que visa desmoralizar e desestabilizar uma determinada comunidade.²¹³ O estupro pode ser conceituado como um crime contra a autonomia sexual de um indivíduo. Como se trata de um tipo de crime contra a humanidade²¹⁴, tal ato deverá ser julgado é julgado pelo TPI.

Resulta claro que, à luz do direito internacional penal, a violação é apenas uma das formas (quicá a mais comum) por que se manifesta o crime de violência sexual – inferência que também a jurisprudência dos Tribunais *ad hoc* prontamente secundou, confortada pelo disposto no art. 7º, nº 1-g) do Estatuto de Roma do TPI.²¹⁵

Nesse sentido, é preciso referir também os estudos de campo de Tadeusz Mazowiecki²¹⁶, das Nações Unidas, quando ele enumera que o estupro seria uma forma massiva e sistemática de *limpeza étnica*²¹⁷. Apesar de, no século XX, ser

capacity to protect the victims and witnesses, there are other problems. Is it possible to reconcile the inconsistency between the defendant's right to cross-examine witnesses against him, pursuant to Article 21 (4) (d), and (e) of the Statute, and the victims' and witnesses' right to be "protected" in "appearing before the Tribunal" under Articles 21 or 22? The Statute only protects the defendant's right to "examine" or have "examined", not necessarily the right to cross-examination or the broader right to confront the witnesses against him. McCORMACK, Timothy L. H., SIMPSON, Gerry J. *The law of war crimes: national and international approaches*. **Kluwer Law International**. Haia:1997. p. 220-221.

²¹³ The word strategy is derived from the ancient Greek term for generalship. It is conventionally understood as the threat or use of military means to achieve political ends or objects. As a "system of expedients", it is concerned with the central issue in political ethics, the relationship between means and the end. Strategy secures the political end through war, although, as Arendt frequently pointed out, the end is always in danger of being overrun by violent means. OWENS, Patricia. **Between war and politics: International Relations and the thought of Hanna Arendt**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 56.

²¹⁴ São crimes contra a humanidade: o assassinato, o extermínio, a escravidão, a deportação (entre fronteiras nacionais) e o deslocamento forçado de população (dentro de um país), a detenção arbitrária, a tortura, o estupro, a prostituição forçada e outras formas de abuso sexual, a perseguição por motivos políticos, raciais ou religiosos, o desaparecimento forçado de pessoas e outros atos desumanos realizados em massa.

²¹⁵ ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. *op.cit.* pp. 343-344.

²¹⁶ The special rapporteur appointed by the UN Commission on Human Rights, Tadeusz Mazowiecki highlighted the role of rape both as an attack on the individual victim and as a method of "ethnic cleansing" "intended to humiliate, shame, degrade and terrify the entire ethnic group". Indescribable abuse of thousands of women in the territory of former Yugoslavia was needed to shock the international community into rethinking the prohibition of rape as a crime under the laws of war. Important as the decision to establish the tribunal is, institutional process must work in tandem with substantive development of international law. McCORMACK, Timothy L. H., SIMPSON, Gerry J. *op.cit.* p. 202.

²¹⁷ O conceito de limpeza étnica pode ser entendido como a expulsão de uma população indesejável de um determinado território, e começou a ser utilizado no contexto da guerra na ex-Iugoslávia, no início da década de 1990.(...) Os primeiros registros de limpeza como política governamental vêm dos imperadores assírios, de que são exemplos paradigmáticos Assurnasirpal (883-859 a. C.) e

possível encontrar os maiores exemplos de genocídio, não é possível considerar que estes atos contra a humanidade tenham diminuído; ao contrário, têm se firmado até mesmo com a utilização de outras expressões, como *limpeza de fronteiras*. Há uma diferença no conceito de genocídio e de *limpeza étnica*, que, apesar de não ser o tema central desta dissertação, parece ser importante esclarecer. Para tanto, há uma nota da CIJ a respeito do tema que, agora, se faz necessária:

The term “ethnic cleansing” has frequently been employed to refer to the events in Bosnia and Herzegovina which are the subject of this case. (...) General Assembly resolution 47/121 referred in its Preamble to “the abhorrent policy of ‘ethnic cleansing’, which is a form of genocide”, as being carried on in Bosnia and Herzegovina. It will be convenient at this point to consider what legal significance the expression may have. It is in practice used, by reference to a specific region or area, to mean “rendering an area ethnically homogeneous by using force or intimidation to remove persons of given groups from the area” (...) This is not to say that acts described as “ethnic cleansing” may never constitute genocide, if they are such as to be characterized as, for example, “deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part”, contrary to Article II, paragraph (c), of the Convention, provided such action is carried out with the necessary specific intent (*dolus specialis*), that is to say with a view to the destruction of the group, as distinct from its removal from the region. As the ICTY has observed, while “there are obvious similarities between a genocidal policy and the policy commonly known as ‘ethnic cleansing’” (Krstić, IT-98-33-T, Trial Chamber Judgment, 2 August 2001, para. 562), yet “[a] clear distinction must be drawn between physical destruction and mere dissolution of a group. The expulsion of a group or part of a group does not in itself suffice for genocide.” (Stakić, IT-97-24-T, Trial Chamber Judgment, 31 July 2003, para. 519.) In other words, whether a particular operation described as “ethnic cleansing” amounts to genocide depends on the presence or absence of acts listed in Article II of the Genocide Convention, and of the intent to destroy the group as such. In fact, in the context of the Convention, the term “ethnic cleansing” has no legal significance of its own.²¹⁸

Assurbanipal (669-627 a. C.), que remanejaram cerca de 4,5 milhões de pessoas de territórios conquistados. Babilônios, gregos e romanos também praticaram várias formas de deslocamento, em escalas variáveis e por motivos diversos, embora prevalecesse a razão econômica da escravidão. Os gregos tinham o termo *andrapodismos*, que combinava as noções de deportação e escravidão. Durante a Idade Média, a limpeza foi pautada por critérios religiosos e atingia minorias judias, protestantes, católicas ou mulçumanas. Esses casos, porém, diferem da forma moderna, pois as populações em questão frequentemente tinham a opção de conversão. BIERRENBACH, Ana Maria. op. cit. p. 185.

²¹⁸ Corte Internacional de Justiça. **Reports of judgements**. Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro em 26 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>. Data de acesso: 20 de dezembro de 2012.

As ofensas sexuais foram então empregadas visando a persecução de objetivos estratégicos, como obrigar uma população a se deslocar de suas casas ou com o intuito genocida, tendo em vista a destruição total ou parcial de um determinado grupo (nacional, étnico, racial ou religioso). A violação das mulheres de uma nação ou comunidade invadida é invariavelmente percebida como a suprema desonra, uma derrota para os homens que não conseguiram defendê-las. Entrementes, existem outras implicações nesses casos, sem falar nas sequelas naturalmente provenientes da situação em si, como depressões e estresse pós-traumático, já que, em algumas culturas, a mulher violada é repudiada pelo marido, família e comunidade.²¹⁹

Family support can further deteriorate as many husbands reject their wives after rape because of the cultural shame and stigma. This leaves many survivors desperately poor as they try to support themselves and their children without a traditional male head of household. Some women find support with other war-affected women through group loans and cooperatives, while others, in desperation, are forced to trade sex for food or money. Couples that do stay together still face deep-seated trauma and cycles of blame and shame within the home. Some men may use drugs and alcohol or perpetrate physical violence against family members as result of their own trauma.²²⁰

Como explicitado no presente trabalho, as guerras passaram do âmbito internacional para o não internacional, e o estupro, enquanto um dos tipos de violência cometidos em guerras contra as mulheres, passou a ser motivado não somente pela individualidade da mulher violentada, mas sobretudo como forma de atacar toda a sociedade à qual pertence a vítima, provocando uma crise não

²¹⁹ Outra consequência negativa é a gravidez, situação na qual a mulher carrega o fruto da violência, que em muitos casos foi perpetrado por um agressor de outra etnia. Logo, ela é duplamente repudiada, tendo como decorrência um alto índice de suicídios, tentativas de aborto que culminam em problemas físicos e até mesmo infertilidade. Deve-se ainda levar em conta o risco de exposição a doenças sexualmente transmissíveis como AIDS e o risco de infecções, sobretudo pelo fato de ocorrerem em períodos de conflitos e de instabilidade regional, onde há a falência das instituições locais e colapso das infraestruturas básicas, o que impossibilita um tratamento com um mínimo de cuidados médicos. CHINKIN, Christine. **Symposium the Yugoslav Crisis. New International Law Issues: Rape and Sexual Abuse of Women in International Law.** Humanitarian Law. Aldershot: Ashgate: 1999. p. 369.

²²⁰ KELLY, Jocelyn. Opinion: **Rape traumatizes all congolese, not just women.** Harvard Humanitarian Initiative. Disponível em: <http://www.hhi.harvard.edu/sites/default/files/publications/publications%20-%20women%20-%20opinion.pdf>. Data de acesso: 10 de janeiro de 2013.

somente na localidade em que ela mora, mas também na composição social de todo o Estado habitado.

Nesta seção será analisado principalmente o modo como se dá a proteção das mulheres no caso de conflitos internos, tendo em vista as melhorias causadas pelas mudanças no DIH.

2. O julgamento de Nuremberg

O julgamento de Nuremberg, além de ter sido um marco do Direito Internacional, impulsionou grandes mudanças na estrutura do Sistema Jurídico Internacional do século XX ao abordar, na seara jurídica internacional, tão inovadores temas, como o já citado crime de genocídio, além dos crimes contra a paz e dos crimes contra a humanidade.

O Tribunal de Nuremberg (TN) é muito criticado por ter sido constituído por juízes, alguns dos quais são britânicos, franceses, soviéticos e norte-americanos. Além do significativo fato de nenhum alemão compor a mesa dos juízes, salienta-se que o referido Tribunal foi acusado de ter violado leis básicas do Direito, o que se deu diante da afirmativa de que o crime deve existir antes da ação cometida. Para que possa ser avaliado tal julgamento foi tido com parcial por ter deixado a neutralidade em busca da justiça. O TN foi uma corte militar que julgou indivíduos e organizações criminosas e que, apesar das críticas, possibilitou um grande avanço na busca pela justiça. Pela primeira vez na história da humanidade, homens foram condenados em nome do Estado. Soma-se a isso a reavaliação do sistema jurídico até então existente, uma vez que todas as formas de guerra passaram a ser condenadas, e o rechaçamento das alegações de *razões de Estado*, para os conflitos bélicos. Por fim, o Tribunal de Nuremberg aduziu aos conceitos jurídicos o vocábulo *genocídio*.

Entretanto, no que diz respeito aos crimes contra as mulheres, pode-se afirmar que o TN deixou profundas lacunas. É lamentável pensar que, somente depois de circunstâncias calamitosas, que chocam a comunidade internacional, os responsáveis pela paz mundial passam a estudar uma forma de resolver a situação, o que normalmente vem através da criação de meios para os crimes que ocorreram.

Por outras palavras, trata-se de punir ao invés de prevenir. Há indícios de que não somente houve o cometimento de atrocidades contra os judeus, mas também de que uma mulher polonesa fora explorada sexualmente no campo de Auschwitz, e que não foram julgados, por exemplo.

Besides recruitments for prisoner's brothels, the SS also searched in Ravenbrück for Polish women who they exploited sexually in brothels for Ukrainian SS guardsmen serving at various concentration camps. According to German "race laws", Ukrainian guardsmen were not allowed to have sexual intercourse with German women. That is why the SS established specifically for them small brothels at the concentration camp sites of Flossenbürg, Buchenwald, the sub-camp Gusen, and other brothels, the SS needed more women for sexual exploitation and employed more drastic recruitment measures.²²¹

O TN, instituído pelos aliados para julgar as forças do Eixo pelos crimes cometidos na Segunda Guerra Mundial, não incluiu o estupro e outros crimes de natureza sexual no texto da Carta, apesar dos inúmeros relatos de tais práticas. Como um exemplo do que foi explicitado, há a opinião da feminista Rhonda Copelon: *Rape was ignored by the International Tribunals at Nuremberg and, although it was discussed in the judgment of the Military Tribunal in Tokyo, it was not treated as a crime for which the Japanese Commander would be separately charged.*²²²

Até porque, em seu artigo 6º (c), Estatuto do TN:

Crimes against humanity are murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political, racial or religious grounds in execution or for in connection with any crime jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.²²³

Naquela época, o estupro, que pode ser visto como a forma mais habitual de violência contra as mulheres, não só não foi prevenido, como não foi punido conforme se esperava, até porque, por não ter sido incluído na Carta de Nuremberg, não houve não foi possível punir tal crime, já que faltava previsão legal

²²¹ SOMMER, Robert. Editado por HERZOG, Dagmar. **Brutality and desire: war and sexuality in Europe's Twentieth Century. Camp brothels: forced sex labour in Nazi Concentration Camps.** Inglaterra: Palgrave Macmillan, 2009. p. 169.

²²² COPELON, Rhonda, editores: PETERS, Julie, WOLPER, Andrea. op. cit. p. 197.

²²³ PAPAConstantinou, Maria. op. cit. p. 480.

3. O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia

Até 1990, parecia improvável que a descendência dos Tribunais Militares Internacionais surgisse novamente, mas as necessidades pontuais da humanidade, na tentativa de defesa do seu bem maior, ou seja, a vida, de certa forma foram determinantes para a transcendência desses tribunais. Nesse sentido, a queda do muro de Berlim configura-se como um marco para o final da bipolarização da ordem política, econômica e social em nível internacional, dando oportunidade para que todas as potências mundiais convergissem os seus ideias nomeadamente no que diz respeito à investigação das violações ligadas aos Direitos Humanos, ocorridas nos territórios da ex-Iugoslávia e de Ruanda, e que culminou na criação dos respectivos Tribunais Penais Internacionais.

Os conflitos na região da ex-Iugoslávia eram de natureza étnica e o Conselho de Segurança da Organização da ONU condenou as ações de violação do DIH por decorrência dos conflitos, colocando em risco a paz e a segurança internacionais. Assim, o Tribunal atuou de forma extremamente operacional, levando o acusado preso a uma unidade de detenção localizada em Haia e impondo-lhe, como pena mais severa, a prisão perpétua.

Colocando de uma forma mais pontual, é possível afirmar que foi somente com o TPIY e o TPIR que houve um avanço significativo para a proteção das mulheres na proibição e julgamento de crimes sexuais no âmbito internacional.²²⁴

It is a time for a change. Indeed, under the weight of the events in former Yugoslavia, the hesitation to recognize that rape can be a war crime or a grave breach has already begun to dissipate. The International Committee of the Red Cross (ICRC) and various states aided this development by adopting a broad construction of existing law. The ICRC declared that the grave breach of “wilfully causing great suffering or serious injury to body or health” (Article 147 of the

²²⁴ Only six months after the formalization of the peace process in Paris, the first Conference of Women in Bosnia and Herzegovina was held in Sarajevo. Titled Women Transforming Themselves and Society, urban-based NGO participants from the Federation of BiH and the Republic of Serbia met to share ideas about the potential role of women in the reconstruction of their country. (...) The 5 million USD for the Bosnia Women’s initiative was announced on the final day of the First Conference of Women in BiH, with an enthusiastic response from participants. BAINES, Erin K. **Vulnerable bodies: Gender, the UN and the Global Refugee Crises**. Burlington: Asgate Publishing, 2004. pp. 104-106.

fourth Geneva Convention) covers rape. If so, surely rape- in certain circumstances- can also rise to the level of such other grave breaches as torture or inhuman treatment. Moreover, the massive and systematic practice of rape and its use as a “national” instrument of “ethnic cleansing” qualify it to be defined and prosecuted as a crime against humanity.²²⁵

O TPIY incluiu expressamente no seu Estatuto a violação como um crime contra a humanidade (artigo 5º, al. g), sendo a primeira vez na história que um Tribunal Internacional inseriu no seu rol crimes de violência sexual. A jurisprudência do Tribunal foi de grande relevância para o desenvolvimento da proibição dos crimes sexuais em tempos de conflitos armados e, como não havia precedentes, o Tribunal necessitou adequar, desenvolver e esclarecer para que fosse possível congregiar tanto o interesse das vítimas como o direito dos acusados à justiça.²²⁶

Nos casos *Èlebiaei*, *Furundzija*, *Kunarac* e *Kvočka*, há, sim, grandes avanços para, no caso, infelizmente de, mesmo somente restando o momento da punição, a possibilidade de que, em outros conflitos, haja, a partir daí, uma decisão que sirva de base, e aqui, mantêm-se a esperança de que não haverá mais a necessidade de se punir os agressores das mulheres pelo simples fato de não haver mais este tipo de violação no DIH.

Tragically, the relegation of women to their bodies, and the targeting of women because of their bodies, played out on a national scale in Bosnia. It has been well documented that tens of thousands of Bosnian women were sent to rape camps, and became specific targets of rape. Women, as reproductive vessels, were deliberately impregnated, and forced to bear children of the opposing ethnic group.(...) They said I was an Ustasha and that I needed to give birth to a Serb- That I would then be different.²²⁷

Um salto nos Direitos das Mulheres vítimas de conflitos consistiu na decisão do caso *Furundzija*, em que o estupro foi qualificado como sendo um atentado contra a dignidade pessoal, como enumera o artigo 3º do Estatuto do Tribunal. Neste caso, também houve a conceitualização de estupro, como sendo:

²²⁵ MERON, Theodor. **War crimes comes**. op. cit. p. 207.

²²⁶ SHOMBURG, Wolfgang/ PETERSON, Ines. *Genuine Consent to Sexual Violence under International Law*. **American Society of International Law**. Nova York: vol. 101, nº 1, Jan 2007. p. 123.

²²⁷ Ibidem. p.124.

(i) the sexual penetration, however slight: (a) of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator; or (b) of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator; (ii) by coercion or force or threat of force against the victim or a third person.²²⁸

Os crimes julgados no TPIY indiciaram formalmente 161 pessoas por sérias violações ao DIH, levando também à prisão o então presidente da Sérvia *Slobodan Milosevic*, condenado sob a acusação de genocídio e crimes contra a humanidade.

An enormous effort was made to get humanitarian relief into Sarajevo and other affected areas. One aspect of this effort was the spontaneous formation of dozens of women's organizations to help facilitate delivery and to provide some relief to persons undergoing enormous psychological strain.(...) In a weak effort to protect lives, the UN Security Council passed resolutions 819 and 824 (April 2003), establishing Sarajevo, Srebranica, Tuzla, Zepa, Gorazde and Bihac as "safe areas"²²⁹

Entende-se que o Tribunal que julga os crimes cometidos na ex-Iugoslávia marcou singularmente a primeira vez em que o crime de violação foi explicitamente exposto como um crime de guerra, e isto sim é de suma importância para que tal atrocidade seja julgada nos casos em que não houver prevenção, ou seja, quando a assistência humanitária falhar.

4. O Tribunal Penal Internacional para Ruanda

A vencedora do Prêmio do Milênio da Paz para as mulheres, Veranda Nzambazamariya certa vez disse: *let yourselves be consoled, you have been sacrificed by system it is necessary to change. Unite so as to transform problems into opportunities for action.*²³⁰ Ela estava falando a respeito do genocídio em Ruanda, que resultou na morte de cerca de 1 milhão de tutsis e hutus, cruelmente

²²⁸ Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia. **Caso IT-95-1771-T**. Datado do dia 10 de Dezembro de 1998.

²²⁹ BAINES, Erin K. op. cit. p.104.

²³⁰ BAINES, Erin K.op.cit.p.107

assassinados em decorrência do agravamento de um conflito de décadas. Pelas estimativas da Organização das Nações Unidas, pelo menos 250 mil mulheres foram estupradas em Ruanda. Episódios como o de Ruanda acenavam para a urgência da criação de um Tribunal para julgar tais atrocidades. Esperava-se que o Estatuto desse Tribunal ampliasse o conceito tradicional de crimes contra a humanidade, introduzindo o estupro e outras violências sexuais perpetradas durante a guerra como forma de tortura.

As tensões foram entre os hutus, que consistiam em 90% da população, e os tutsis, que, por sua vez, compunham 9% da população. Os tutsis foram à guerrilha denominada Frente Patriótica Ruandesa – FPR. Os hutus massacraram não só os tutsis como também os hutus contrários à carnificina. A situação precária de miséria só agravava a situação dos ruandeses, sem falar na disseminação da idéia de que os hutus eram uma etnia superior.

Em Ruanda, talvez por se tratar de um país pobre da África, foi possível evidenciar o descaso das grandes potências em dirimir o conflito que destruía aquele país. O país foi, aos poucos, sendo destruído por seus próprios civis, movidos por desenfreado desejo de extermínio de *baratas* (como eram chamados os tutsis). As potências da época optaram por não mais enviar tropas de paz, chegando a ponto de a ONU ter apenas 300 capacetes azuis para todo o país.

O TPIR, no julgamento de *Jean Paul Akayesu*, inovou os paradigmas legislativos de proteção à mulher ao condenar pela primeira vez um indivíduo pela prática de violações como intuito genocida, decidindo que: *The Akayesu case recognised that rape is an extremely grave crime as it can constitute genocide and a crime against humanity, providing that all the other elements for each of these crimes are met.* E ainda explicitou que: *rape is a physical invasion of a sexual nature, committed on a person under circumstances which are coercive.*²³¹

While both Rwandans and the international community were unable to prevent the genocide massacres and massive population displacement of April-July 1994, the international community provided substantial humanitarian assistance to post-genocide Rwanda in the short term, and assistance to rehabilitate the country's administrative and governmental infrastructure in the longer term. In part this was

²³¹ Tribunal Penal Internacional para Ruanda. **Caso ICTR-96-4-T**. Datado do dia 2 de Setembro de 1998.

an attempt to assuage guilt about having done little to avoid the cataclysm.²³²

O TPIR considerou que o estupro não poderia ser compreendido com uma descrição mecânica de objetos e partes do corpo, não se limitando à invasão física do corpo humano, mas, antes, considerando-o como algo que pode incluir atos que não envolvam necessariamente a penetração ou mesmo o contato físico. O Tribunal entendeu também que a violação pode ser empregada como uma forma de tortura (quando é praticado ou é instigada/consentida por funcionário público ou outra pessoa que age a título oficial) que tem por objetivo *intimidar, degradar, humilhar, punir, controlar ou destruir uma pessoa*.²³³

Implicitly, one can glean much about these differences by reading between the lines. For example, there are a number of widow's organizations working in Rwanda today, and, at first look, the differences between them are confusing. I had the opportunity to meet with representatives of a number of organizations and ask about their central differences. All chose to distinguish themselves in reference to the date and place they were first realized: post 1994 Rwanda, pre-1994 Rwanda, or exile. The Association de Solidarité des Femmes Rwandaises (ASOFERWA) was founded in Rwanda in September 1994 to assist widows, single mothers, and orphans of the genocide.²³⁴

As mulheres da África não costumam contar suas histórias, porque acreditam ser difícil expor e discutir as suas experiências de estupro e outros tipos de violências. Elas sabem a verdade, o que aconteceu, mas não conseguem passar do privado para o público, recusando-se a contar as suas histórias para o mundo. Além de terem a vergonha, sentimento comum a quem sofre qualquer tipo de violência, há ainda um forte indício cultural: elas são refeitadas pelas famílias e pelos companheiros. Ou seja, tal violência acaba com a vida da pessoa violentada e, por

²³² KLEINE-AHLBRANDT, Stephanie. **The protection Gap in the International Protection of Internally Displaced Persons: The case of Rwanda**. Genebra: The Graduate Institute of International Studies, segunda edição, 2004. pp. 4-5.

²³³ *Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Prosecutor v. Jean Paul Akayesu. Caso nº IT-96-4-T*. Datado do dia 2 September 1998, paragraph 687. p. 78.

²³⁴ MAZURANA, Dyan, RAVEN-ROBERTS, Angela, PARPART, Jane. **Les femmes aux mille bras: Building Peace in Rwanda. Gender, Conflict and Peacekeeping**. Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, 2005. p. 225.

consequente, com a da sua família, o que tende a diminuir a credibilidade das ações de assistência humanitária.

5. A Conferência Internacional para a proteção das mulheres vítimas de conflitos armado

No passado, as ONG's ²³⁵ eram vistas com certo desconforto no plano internacional.²³⁶ Todavia, hoje em dia, desempenham um papel importante na defesa de interesses e valores que são considerados raros na sociedade global.²³⁷

A pesar de sus limites, lãs ONG tienen innegable relevância em el Derecho Internacional contemporâneo em sectores tan esenciales para la construcción de la paz como la promoción del desarrollo, la protección de la naturaleza y del médio ambiente, y la protección de los derechos humanos, como em el que la acción de Amnistía Internacional, por ejemplo, es indiscutible.²³⁸

Um das características destas entidades está na promoção da filiação entre os cidadãos de muitos países, refletindo uma ideia de sociedade civil que opera no âmbito global. Sua liberdade de organização e pressão pode ser considerada como medida de autonomia de associação dentro de uma determinada sociedade, e sua capacidade para atuar internacionalmente, como medida de respeito dos Estados a este princípio.

Essas Organizações atuam, em geral, de duas formas: a) em primeiro lugar por meio de pressão (as ONGs podem tentar influenciar a postura adotada pelos governos nacionais nas negociações

²³⁵ A expressão "Organização não governamental" foi usada pela primeira vez em 1959 pela Organização das Nações Unidas para designar toda organização da sociedade civil que não estivesse vinculada a algum governo.

²³⁶ As mesmas destacam-se pelo seu contributo na denúncia e na investigação, podendo, nalguns casos, assumir o estatuto de sujeito processual de queixoso ou de testemunha em processos judiciais internacionais de defesa dos direitos humanos. Além disso, elas constituem um importante factor de mobilização da opinião pública internacional contra os violadores de direitos humanos. MACHADO. Jonatas E. M. **Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós 11 de setembro**. ed. Coimbra: 2006. p. 402.

²³⁷ Tem-se como exemplo desta importância a nível global: Green Peace e World Wild Fund (meio ambiente), Anistia Internacional e Transparency International (direitos humanos), Federal International de Football (desportiva), etc.

²³⁸ SALCEOD. Juan Antonio Carrillo. **Curso de Derecho Internacional**. Tecnos. Madrid: 1991. p.35.

internacionais); b) em segundo lugar, por intermédio de presença ativa como observadoras cadastradas no sistema da ONU (as ONGs acompanham o processo de discussão, frequentemente em coalizão com outras ONGs, influenciando assim outras delegações governamentais).²³⁹

Para poderem cumprir suas funções, as OI também devem ter personalidade jurídica de Direito Internacional. Assim, não somente a Organização das Nações Unidas tem personalidade jurídica, como também a Organização dos Estados Americanos (OEA), a Organização da Unidade Africana (OUA), a Organização Mundial do Comércio (OMC), a União Européia (EU), entre outras.²⁴⁰

Diferentemente das OI, as ONG's Internacionais não são pessoas jurídicas de DIP, mas possuem personalidade jurídica de direito interno de um Estado qualquer que, aos lhes conceder personalidade, a elas delega poderes para prosseguir em suas atividades. Tem-se, assim, que a primeira característica das Organizações das Nações Unidas, está no fato de se tratar de uma entidade coletiva nacional, isto é, regida por um direito nacional que lhe determina o caráter de não ser uma OI.

In general terms, non-governmental organizations are not granted privileges and immunities under international law and the extension of such privileges and immunities by a State to a foreign non-governmental organization remains an exceptional occurrence. However, the relevant provisions of some international instruments on disaster relief have been interpreted in such a way as to include non-governmental organizations among the beneficiaries of privileges, immunities and facilities. This has been suggested, for instance, with regard to article 5 of the Tampere Convention or article 14 of the ASEAN Agreement on Disaster Management and Emergency Response. A similar interpretation could be given to article 10 of the Convention and Statute establishing an International Relief Union, in the light of article 5 of the Convention, under which the organizations called to cooperate with the Union (and benefiting from the privileges and immunities pursuant to article 10) included the national Red Cross Societies and all other official or non-official organizations able to undertake the same activities for the benefit of stricken populations. Furthermore, non-governmental organizations involved in the delivery of emergency humanitarian assistance in United Nations operations

²³⁹ CARESIA, Gislane. **ONGs Internacionais: personalidade jurídica, autorização para funcionamento no Brasil e atuação no sistema das Nações Unidas**. Copendi. p.3. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/campos/gislaine_caresia.pdf. Data de acesso: 14 de fevereiro de 2012.

²⁴⁰ As Organizações não governamentais são Associações ou fundações, isto é, pessoas coletivas sem fim lucrativos (o que desde já as distingue das sociedades transnacionais), criadas por iniciativa privada ou mista, cujo objetivo é o de influenciar ou corrigir a atuação dos sujeitos de direito internacional, especialmente os Estados Soberanos e as Organizações Internacionais. PEREIRA. A. G. e Quadros, F. de. **Manual de Direito Internacional Público**. Portugal: Almedina, 1995. p. 403.

on the territory of a State party to the Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel, of 1994, and its Optional Protocol of 2005, may be classified as “associated personnel” for purposes of the Convention. As such, they would fall within the ambit of the requisite agreement between the host State and the United Nations on the status, *inter alia*, of “all personnel” engaged in the operation, and would, accordingly, enjoy any specific privileges and immunities extended to them by virtue of that agreement.²⁴¹

Com relação às normas de regência das atividades das ONG’s Internacionais, distinguem-se aqueles atos praticados como pessoa jurídica de direito interno dos Estados com relação aos atos praticados por delegação de uma OI ou por delegação de um tratado ou convenção internacional ratificado pelos Estados. No caso de atos praticados por tratados e convenções ou por uma Organização Internacional, estes poderão ser regidos pelo DIP. Já no caso das Organizações não governamentais Internacionais, trata-se de um ato regido pelas normas jurídicas nacionais, conforme os critérios determinados pelo Direito Internacional Privado de algum Estado.²⁴²

No Direito Internacional, as ONG’s deferem de certo *status* jurídico, mesmo possuindo personalidade jurídica de direito interno.²⁴³ O papel do DIH deve ser inserido no contexto da reconstrução de sociedades que foram destruídas, seja por um conflito armado internacional ou interno.²⁴⁴ De acordo com a Recomendação 20º do Conselho de Segurança da ONU:

Peço ao Conselho de Segurança que convide o Gabinete do Coordenador do Socorro de Emergência das Nações Unidas a informar regularmente os seus Membros sobre as situações que representem um perigo potencial de crise humanitária. Exorto também o Conselho a pedir aos organismos das Nações Unidas que levem a cabo atividades preventivas de proteção e assistência e a apoiar ele próprio tais atividades, nas situações que representem um risco de

²⁴¹ Comissão de Direito Internacional. **Protection of persons in the event of disasters**. Memorandum by the Secretariat: Sixtieth session, Geneva, 5 May-6 June and 7 July-8 August 2008. Disponível em: <http://www.un.org/law/ilc/>. Data de acesso: 21 de fevereiro de 2012. p. 96.

²⁴² SOARES, Guido F.S. As ONGS e o Direito Internacional do Meio Ambiente. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo. 2000. p. 64.

²⁴³ GUERRA, Sidney César Silva. **Direito Internacional Público**. 3 edição. Freitas Bastos Editora. Rio de Janeiro: 2007. p. 20.

²⁴⁴ While disasters frequently occur entirely within States, in some instances they lead to large-scale suffering across multiple States. Nowhere was this more evident than with the tsunami of 26 December 2004, which killed approximately 240,000 people in 12 States and left over 1 million people displaced. In 2006, there were 427 natural disasters affecting approximately 143 million people and resulting in over 23,000 deaths worldwide. 6 Natural disasters have caused an average of \$70 billion in damage each year between 1987 and 2006, excluding the significant economic costs associated with setbacks to development efforts. Comissão de Direito Internacional. Protection of persons... op. cit.

crise humanitária. Peço aos organismos humanitários das Nações Unidas que integrem cada vez mais essas atividades preventivas no seu trabalho. Neste sentido, apelo aos Estados Membros para que disponibilizem fundos suplementares destinados ao trabalho destes organismos no terreno.²⁴⁵

Assim, deve-se levar em consideração que o Humanitarismo foi inicialmente concebido dentro da *Teoria da Guerra*.

O conceito mais amplo e atualizado, empregado por diversos autores, é o que concebe esse direito como um conjunto de normas internacionais, convencionais ou consuetudinárias, vale dizer, fruto de um hábito não normalizado, que regulam o comportamento dos beligerantes, partes num embate armado, quer seja uma disputa internacional ou interna, com o propósito de salvaguardar os direitos das pessoas que não participaram das hostilidades e mitigar, na medida do possível, seus sofrimentos, restringindo os meios e métodos de guerra. Dir-se-á que se trata de um conjunto de normas centradas na proteção e dignidade do ser humano, frente a uma luta armada. Normas estas inspiradas em um sentimento humano de rechaço a atos brutos e cruéis e de solidariedade a pessoas que sofram com os conflitos armados.²⁴⁶

Assim, as razões pelas quais as ONG's e as Organizações locais ganharam espaço depois da resolução 43/431 da Assembléia Geral encontram fundamento na possibilidade de dar mais rapidez e eficácia ao atendimento às vítimas.

Limitando, porém, às limitações de conflito armado (internacional e não internacional), pois que nascido de um campo de batalha – a Batalha de Solferino –, o Direito Internacional Humanitário não oferece respostas suficientes àquelas situações que não chegam a ser qualificadas como conflitos armados – nomeadamente os distúrbios internos e situações de violência generalizada. A mudança da natureza dos conflitos armados desde o fim da Guerra Fria, as guerras da descolonização, os novos conflitos étnico-culturais, e até mesmo o avanço tecnológico dos armamentos de

²⁴⁵ ANNAN, Kofi A. op. cit. p.62.

²⁴⁶ SANTOS. Herta Rani Teles. **Breve estudo sobre o Direito Internacional Humanitário- A proteção do ser humanos em situações de conflitos armados internacionais**. Disponível em: http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B3FFFA58C-C558-4195-BF6F-B8926A8E92EB%7D_Breve_Estudo_Sobre_o_Direito_Internacional_Humanitario.doc. Data de acesso: 29 de fevereiro de 2012. p. 5.

guerra, desafiam o conceito clássico de Direito Internacional Humanitário, construído na ideia da guerra tradicional.²⁴⁷

As ONG's Humanitárias podem ser conceituadas como sendo *as de caráter humanitário e seus componentes do movimento internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho, que são: o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, a Federação Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho e as Sociedades Nacionais da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho.*

Entretanto, deve-se deixar claro que a finalidade dessa ação empreendedora é estritamente humanitária, e deve, por isso, respeitar os princípios do DIH²⁴⁸. Tais princípios do CICV são: neutralidade, distinção, responsabilidade, igualdade entre os beligerantes ou a não discriminação e inalienabilidade.²⁴⁹

A Cruz Vermelha Internacional tem realizado um trabalho valioso na esfera do DIH. A organização engloba CICV e mais de 100 sociedades nacionais da Cruz Vermelha ou do CV, cujas atividades são coordenadas por uma liga, promovendo, ainda, conferências que são realizadas de quatro em quatro anos.

Le Mouvement de la Croix-Rouge dans sons ensemble, et le CICR en particulier, se sont préoccupés bien avant 1949 du sort des victimes des conflits armés non internationaux. En 1912, lors de la IX Conférence internationale de la Croix-Rouge (Washington), une première tentative pour préciser son rôle dans les guerres civiles eut lieu, sans succès. C'est en 1921 seulement que la X Conférence internationale de la Croix-Rouge (Genève), adopta une première résolution relative à la guerre civile, qui établissait le droit de toutes les victimes de guerres civiles, de troubles sociaux ou

²⁴⁷ MORIKAWA, Márcia Mieke. op. cit. pp. 537-538.

²⁴⁸ Estes princípios são os mesmos invocados pela Vigésima Conferência Internacional da Cruz Vermelha

²⁴⁹ De acordo com o princípio da neutralidade, os mecanismos e órgãos de assistência humanitária são imprescindíveis no amparo das vítimas da guerra. Portanto, seus atos jamais devem ser enxergados como espécies de intromissão na guerra. Em compensação, todas as categorias de indivíduos protegidos devem abster-se de qualquer ato hostil. Já o princípio da distinção enumera que as operações bélicas não de cingir-se aos alvos militares, ou seja, pessoas e bens estritamente vinculados aos objetivos militares. Assim sendo, faz-se imprescindível distinguir os alvos militares dos sujeitos e os dos bens civis, à margem dos propósitos bélicos. O da responsabilidade indica que o responsável pela sorte dos indivíduos salvaguardados e pela fiel execução das regras convencionais é o Estado preponente, e não o corpo da tropa. O da igualdade entre os beligerantes ou da não discriminação disciplina que o Direito Internacional Humanitário aplica-se por igual a todas as partes em disputa, sejam elas autoridades governamentais ou não, independentemente das razões e motivos do enfrentamento bélico. Por último, o princípio da inalienabilidade informa que os indivíduos resguardados não podem, em hipótese alguma, renunciar, parcial ou integralmente, aos benefícios a eles concedidos pelas Convenções e pelos Protocolos Internacionais. Este alcança a todas as normas protetoras das vítimas dos enfrentamentos armados, constituindo, portanto, um elemento essencial deste sistema internacional de proteção.

révolutionnaires à être secourues conformément aux principes généraux de la Croix-Rouge.(...) En 1938, la XVI Conférence internationale de la Croix-Rouge (Londres), complète la résolution sur la guerre de 1921 par une nouvelle résolution. (...) Sous cette impulsion, le CICR étudia, dès 1945, l'insertion, dans les Conventions en préparation, de dispositions relatives aux conflits armés non internationaux.²⁵⁰

O Comitê vem estudando a preparação de uma nova declaração sobre os conflitos internos. Além disso, a Subcomissão da ONU sobre a Prevenção e Discriminação e a Proteção das Minorias adotou uma Declaração de Padrões Humanitários Mínimos, que está em análise.²⁵¹ Esta Declaração parte do pressuposto de proibição da violência contra a vida, a saúde e o bem estar tanto físico como mental dos indivíduos, incluindo, assim, o homicídio, a tortura e o estupro contra mulheres, as punições coletivas, entre outras medidas.

El interés del CICR por establecer normas humanitarias aplicables a estos conflictos internos, que por sus peculiares características de lucha fratricida presentan, en la mayoría de supuestos, consecuencias extremadamente graves, y la aceptación por la comunidad internacional de la necesidad de observar un estándar humanitario mínimo en el desarrollo de estas crisis internas, llevaron a los participantes en la Conferencia de Ginebra de 1949 a incluir en las Convenciones una disposición, el artículo 3 común, del que se ha dicho constituye una Convención en miniatura sobre el Derecho Humanitario aplicable a los conflictos armados que no revisen carácter internacional.²⁵²

O DIH proporciona bases sólidas para a proteção de mulheres em tempo de guerra – primeiramente pelas CG's e seus protocolos adicionais. É verdade que houve alguns avanços em termos das legislações nacionais dos Estados que reconhecem a responsabilidade penal daqueles que violam o direito humanitário e que, de fato, responsabilizam os agentes desses crimes. Vários tribunais

²⁵⁰ SANDOZ, Yves, SWINARSKI, Christophe.op.cit.p.1346.

²⁵¹ Partilha-se, nesse sentido, do entendimento do Professor Daniel Thurer, de acordo com o qual: The global order of governance that exists is dominated by States and Governments. But it is embedded in network of actors and relations some of them exercising formal, institutional power and some "soft" power of persuasion. The International Red Cross and Red Crescent Movement, supported by na shaping international humanitarian law, has been part of this international system for a long time. THURER, Daniel. **International Humanitarian law: theory, practice, context**. Haia: Martinus Nijhoff, 2011. p. 235.

²⁵² CALATAYUD, Esperanza Orihuela. op. cit. p. 37.

internacionais e o TPI fortaleceram a responsabilização por crimes de guerra, como o TPIY e o TPIR, ou seja, em conflitos armados não internacionais.

The International Committee of the Red Cross (ICRC) produced an extensive study of customary international humanitarian law in 2006 which attempted to identify IHL norms that have been generally accepted as customary law – and therefore binding on States – whether or not they are included in the basic IHL agreements. Generally speaking, the ICRC study takes the view that the basic rules on means and methods of warfare, distinctions and proportionality should, as matter of “common sense”, be equally applicable to international and non-international conflicts.²⁵³

Contudo, ainda há um longo caminho a ser percorrido no que se refere à proteção das mulheres vítimas em conflitos armados internos. As forças armadas e os grupos armados devem entender que a violência contra a mulher é um crime de guerra e que os violadores devem ser punidos. O CICV tem um papel fundamental no treinamento e na difusão do DIH.²⁵⁴, mas os Estados e seu aparato judicial devem representá-lo também, até porque o Comitê é um organismo ativo, que tem um leque abrangente de funções e desempenhos, incluindo o trabalho pela aplicação das CG's e a atuação tanto em desastres naturais como em conflitos armados, internos e internacionais.

Uma das maiores operações envolveu a guerra civil nigeriana, o CICV ocupou-se também da situação da Iugoslávia e, em 1992, contraindo sua abordagem habitualmente confidencial, sentiu-se de fato compelido a se pronunciar publicamente contra as graves violações do direito humanitário que ali ocorriam. A organização também esteve envolvida na Somália (onde suas atividades incluíam a visita aos detidos sob a guarda das forças da ONU), em Ruanda, no Afeganistão, no Sri Lanka e no Iraque. Devido às circunstâncias, o CIVC precisa atuar com tato e discrição, e os Estados muitas vezes se recusam a cooperar com ele.²⁵⁵

²⁵³ MATHESON, Michael, MOMTMAZ, Djamchid, SOULEYMANE, Soumaoro. **La qualification des conflits armés.** op. cit. p. 144.

²⁵⁴ Nous avons rappelé précédemment que l'action humanitaire exercée même dans une situation de conflit interne figure parmi les tâches normales d'une telle société. Ce serait, cependant, placer cet organe national dans une situation très difficile, que de lui demander d'assumer de véritables fonctions de contrôle, ce serait aussi, parfois, il faut en convenir, courir le risque de n'avoir pas de garanties suffisantes d'impartialité. WILHELM, René-Jean. **Problèmes relatifs à la protection de la personne humanitaire par le droit international dans les conflits armés ne présentant pas un caractère international.** Rcucl des Cours 137. Haia: Martinus Nijhoff, 1972. p. 412.

²⁵⁵ SHAW, Malcolm N. op. cit. p. 890.

Como referido anteriormente, as consequências da violência sexual como arma de guerra vão além da dor e do trauma terríveis que as vítimas diretas enfrentam: elas podem desestabilizar profundamente as sociedades, mesmo depois do final de um conflito. Ainda nesta perspectiva, podem acontecer também a estigmatização e a rejeição das vítimas, a fragmentação de normas sociais e culturais e a instabilidade econômica.²⁵⁶

Tratar essas consequências exige uma resposta multidimensional que – crucialmente – envolva diretamente as vítimas de violência sexual, além de outras mulheres incluídas nesses casos. As mulheres devem estar completamente envolvidas na busca de soluções para seus problemas se pretendem que estas soluções tenham alguma chance de sucesso. As organizações de socorro e os doadores, incluindo os Estados, devem se esforçar para assegurar isso em seus programas e em todas as fases de um conflito armado – da prevenção à proteção e à recuperação pós-conflito. Limitar as mulheres à categoria de vítimas passivas é enfraquecedor e contraproducente, pois essa postura significa excluí-las ainda mais dos esforços humanitários e de manutenção da paz.

6. Recursos disponíveis em caso de violação dos direitos das mulheres

De acordo com os artigos 17º a 22º do CEDAW, que fazem parte 23 pesquisadores que cuidam de monitorar e fazer recomendações que mais tarde irão ser implementadas no CEDAW. Os participantes deverão reportar os abusos sofridos pelas mulheres em conflitos pelo menos a cada quatro anos na forma

²⁵⁶ Victims, depending on their level of education and political sophistication, may be familiar with international human rights law, but it is their subjective experience that most colors their understanding of human rights. Most people spend most of their lives occupied with matters that are immediately important to them. (...) When rights concerns arise for them, it is usually in reaction to something that has happened: the murder, disappearance, or arrest of someone they know, an experience with discrimination, or any of the range of atrocities associated with armed conflict. (...) When victims cannot stop the abuse, when they see it happening to others, and when they have no place to turn for justice or other types of help, they feel powerless. The combination of the abuse they have suffered their sense of grievance, and their feelings of powerlessness may lead to despair and depression; it may also lead to a desire for a revenge. LUTZ, Ellen L. MERTUR, Julie A., HELSING, Jeffrey W. **Human Rights & Conflict: exploring the links between Rights, Law and Peaceluiding**. Washington: United States Institute of Peace Press, 2006. p. 28-29.

legislativa e judicial, bem como através de outras formas necessárias para incorporar as provisões da Convenção no âmbito jurídico de cada país membro.

On October 6, 1999, the UM General Assembly, acting without a vote, adopted a twenty-one-article Optional Protocol to the Conventions on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, drafted with the collaboration of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women and the UN Commission on the Status of Women. The Protocol entered into force on December 22, 2000, following the ratification of the tenth state party to the Convention. Currently, sixty-six states have signed the Protocol and nineteen have ratified it.²⁵⁷

Quando um Estado ratifica o Protocolo Opcional, este reconhece competência para que o CEDAW receba reclamações de indivíduos ou grupos dentro da sua jurisdição, sendo que há duas possibilidades de procedimento. A primeira caracteriza-se por receber petições de um grupo de mulheres ou de uma somente que já haviam tentado exaustivamente todas as possibilidades nacionais de solução.²⁵⁸ Ou o próprio Comitê pode averiguar a situação, verificando se houve graves violações dos direitos das mulheres.²⁵⁹

Ao longo dos anos, as experiências das mulheres durante os conflitos, que, antes, eram mais de caráter internacional e, agora, são de caráter interno, foram marginalizadas e secundarizadas nos acontecimentos históricos mais relevantes. Havia uma lacuna quando se tratava desse assunto: mulheres e conflitos armados.²⁶⁰ Ao enumerar como se dá esse procedimento, tem-se por intenção demonstrar que apesar de poucas, existem significativas formas de averiguar quando há algum tipo de violência contra as mulheres em tempos de conflitos armados.

²⁵⁷ SAULNIER, Françoise Bouchet. op. cit. p. 440.

²⁵⁸ The Commission may receive communications from individuals and groups; however, it takes no action based on individual complaints. Its aim is to develop policy recommendations to try to solve widespread problems. Women can, for example, refer to international bodies that allow individual complaints, such as the Human Rights Committee, the Committee against torture, and more. Ibidem. p. 440.

²⁵⁹ Women may also have recourse before the Human Rights Committee which monitors the implementation of the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and can receive individual complaints, including violations of the gender equality provisions of the ICCPR. This procedure is available to individuals in the countries that have ratified the Optional Protocol to the ICCPR, as well as of the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights and other international human rights conventions to which their country is a party. Ibidem. p. 339.

²⁶⁰ MOURA, Tatiana Gonçalves. **Entre Atenas e Esparta: mulheres, paz e conflitos armados**. Coimbra: Editora Quarteto, 2005. p. 75.

Conclusão

Se o homem é formado pelas circunstâncias é necessário formar as circunstâncias humanamente.²⁶¹

Et l'humanitaire est em quelque sorte l'apart universelle de la démocratie. En rôdant dans les régions extremes, lointaines, celles du malheur et de l'altérité, l'humanitaire témoigne de la valeur universelle de la Lumière.²⁶²

Já na primeira parte de *À Paz Perpétua*, Kant chama a atenção para o fato de que nenhum tratado de paz que se tenha feito com reserva secreta de elementos para uma guerra futura deve ser tido como válido. Entre tantos argumentos que elenca, o filósofo afirma que não se trata da paz, mas de um simples armistício, um adiamento das hostilidades. *A constatação é a de que a incidência de novos conflitos é constante²⁶³*. Assim, o ideal da paz fica esquecido (?).

Depois da Guerra Fria, o mundo tem visto o surgimento de novos conflitos armados de caráter interno. Esses conflitos são de difícil conceituação, porque, normalmente, passam do internacional para o nacional e, às vezes, são classificados até mesmo como sendo dos dois tipos. Duas foram as perguntas que este trabalho buscou responder. A primeira pergunta seria: *quais as implicações que isto pode trazer se os combatentes continuam sendo aqueles que guerreiam e a população civil ainda é aquela que sofre as consequências destes conflitos?*

A violência de gênero não pode continuar uma vez que os conflitos armados produzem modificações nas construções da sociedade, e não por vontade própria, mas por necessidade, levando-as a assumir tarefas diferentes das que até o momento desempenhavam, fazendo com que elas se convertam em chefes de família, sejam as principais provedoras de rendas, vendo-se, por vezes, obrigadas a

²⁶¹ MARX, Karl. **Miséria da filosofia: resposta da Filosofia da Miséria do senhor Proudhon**. Tradução: J. Silva Dias/ Maria C. Torres. 2.a ed. Porto: Escorpião, 1974. p.174.

²⁶² Jean Christophe Rufin. **Une entrevue avec Jean-Christophe Rufin - L'action humanitaire n'exclut pas l'engagement politique**. Disponível em: <http://www.ledevoir.com>. Data de acesso: 02 de janeiro de 2013.

²⁶³ KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Porto Alegre: L&PM, 1989. p. 20.

trabalhar em setores informais. Elas compõem a maioria da população deslocada, são expostas à violência de gênero, a problemas de saúde e à perda de bens. Como consequência do desalojamento, as mulheres são duramente marcadas pela ruptura dos laços sociais e culturais com suas comunidades e pela perda de seus direitos civis, políticos etc.

Durante esta reflexão, buscou-se demonstrar a importância das mulheres, e o que acontecia quando elas sofriam violências que poderiam mata-las, aleijá-las e também trazer o trauma psicológico, cuja mazela é inesquecível e traz sofrimento para toda a família da vítima. Para tanto, evoca-se, agora, a segunda e última questão: *como as proteger e dar assistência, tendo em vista que muitas das vezes são objeto das hostilidades?*

Com o intuito de responder a tais perguntas, esta discussão passou pela parte histórica e normativa do Direito Internacional Humanitário, tentando explicar os conceitos de conflitos armados não internacionais e os internacionais. Também foi feita uma análise do conceito de *assistência humanitária* que, diferentemente de *intervenção* como instituto de ajuda humanitária, pode ser conceituada enquanto um direito de terceira geração, de que são titulares as pessoas individuais que se encontrem em uma situação humanitária de desespero e que é oponível, desde logo, ao Estado, sob a jurisdição do qual se encontrem e, também, a Estados terceiros e às Organizações Não Governamentais (ONG's) vocacionadas para interferir nestes casos, tendo em vista principalmente que tal assistência humanitária obedece ao princípio da subsidiariedade. Se o Estado não tiver condições de assistir os que necessitam, a responsabilidade de assistir, pode ser delegada a outros. Atualmente, para o Direito Internacional Humanitário, a responsabilidade dos Estados obedece àquilo a que se denomina por *soberania de função*. Os Estados têm liberdade na responsabilidade, uma vez que a sua competência está associada às necessidades dos Homens.

Com base na mesma ideia da necessidade de assistir as mulheres que necessitam, há o princípio da humanidade, ao *esclarecer que o conflito se dava entre as coletividades estatais, que as pessoas que estavam envolvidas em um conflito poderiam ser rendidas ou feridas e que necessitariam, assim, de algum recurso para lhes garantir a assistência.*

Como referido no decorrer desta dissertação, combatentes e população civil são sempre os mesmos, quer em conflitos armados internacionais, quer em conflitos

armados não internacionais. O que muda é a forma como essas pessoas são protegidas. É sempre mais conveniente distinguir as regras protetivas da pessoa civil (neste caso, as mulheres) em um conflito armado. Ou seja, mesmo assim, há a necessidade de precisar a natureza jurídica para melhor proteger. Para tanto, conta-se com o embasamento legal das Convenções de Genebra, de 1949, em especial a IV, que trata de proteção de pessoas, e com o Protocolo II, de 1977, que trata exclusivamente de conflitos armados não internacionais.

Nesse trabalho, buscou-se dar voz àquelas que se silenciam por medo ou por vergonha. As mulheres têm sido tratadas como objetos e somente a partir de 1929 é que foram lembradas, momento no qual começaram a ter seus direitos legalmente protegidos durante os conflitos armados.

Em todos os casos estudados, artigos lidos e livros consultados sobressai sempre a ideia de que parece haver uma dívida de sangue entre os homens para que ocorram tantos e tantos conflitos armados não internacionais, que os quais trazem, em sua maioria, um peso de violência que faz com que sejam cometidas atrocidades com requintes de crueldade.

Em contrapartida, há o Direito Humanitário Internacional, cujo documento suscitou o surgimento de novos tratados, de novas interpretações. Nessa perspectiva, vale ressaltar também a importância das decisões dos Tribunais Internacionais, que têm o intuito de aumentar a proteção à pessoa humana, até porque a experiência do passado prova que o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional Humanitário deriva dos costumes das leis e das guerras que já ocorreram.

O ideal da paz fica apagado, nunca esquecido. Entretanto, em casos de conflitos armados não internacionais, é imprescindível que haja assistência às mulheres não combatentes.

Referências

ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. **Os crimes contra a humanidade no actual direito internacional penal**. Coimbra: Almedina, 2009.

ANNAN, Kofi A. **Prevenção de Conflitos Armados**. Relatório do Secretário-Geral. Nova York: Nações Unidas, 2002.

BAINES, Erin K. **Vulnerable bodies: Gender, the UN and the Global Refugee Crises**. Burlington: Asgate Publishing, 2004.

BEAVOUIR, Simone de. **O segundo sexo**. 4ª ed. tradução: Sérgio Miller. São Paulo: Difusão europeia, 1970.

BEAUD, Michel. **Risques planétaires, environnement et développement: sur l'émergence d'une notion**. **Économie et humanisme**. Paris: 1989, nº 308.

BIERRENBACH, Ana Maria. **O Conceito de responsabilidade de proteger e o Direito Internacional Humanitário**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011.

BORER, Tristan Anne. **Gendered War and Gendered Peace: Truth Commissions and Postconflict Gender Violence: Lessons From South Africa**. **Violence Against Women**. Sage Publications, 2009.

BRAUMAN, Rony. **A acção humanitária**. Tradução: Maria de Leiria. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

BUIRETTE, Patricia. **Le droit international humanitaire**. Paris: Éditions La Découverte, 1996.

BROWLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. Nova York: Oxford University Press, 2003.

BYERS, Michael. **Custom, power and the power of the rules. International Relations and Customary International Law.** Nova York: Cambridge University Press, 2003.

CAMONA, Mafalda. **Conflitos armados não internacionais- em especial, o problema dos crimes de guerra.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra editora, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Nova ordem mundial e ingerência humanitária (claros- escuros de um novo paradigma internacional).** Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, volume LXXI (Separata), 1995.

CAPPS, Patrick. **Human Dignity and the Foundations of International Law.** Oregon: Hart Publishing. Oxford and Portland, 2010.

CAREZIA, Gislane. **ONGs Internacionais: personalidade jurídica, autorização para funcionamento no Brasil e atuação no sistema das Nações Unidas.** Copendi. p.3. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/gislaine_caresia.pdf. Data de acesso: 14 de fevereiro de 2012.

CASELLA, Celli, JUNIOR MEIRELLES, Polido. **Direito Internacional, Humanismo e Globalidade.** São Paulo: Editora Atlas, 2008.

CASTRO, Paulo Canelas. **Intervenção Humanitária e Assistência Humanitária no Pós-Guerra Fria: Lembrança do passado e esperança num futuro mais humano?** Boletim da Faculdade de Direito de Macau, nº 15, 2003.

CALATAYUD, Esperanza Orihuela. **Derecho Internacional Humanitario: tratados internacionales y otros textos. Estudio introductorio sobre el control del cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados.** Espanha: Maite Vincueria Berdejo, 1998.

CHEREM, Mônica Teresa Costa Sousa. **Direito Internacional Humanitário**. Curitiba: Editora Juruá, 2003.

CHINKIN, Christine. **Symposium the Yugoslav Crisis. New International Law Issues: Rape and Sexual Abuse of Women in International Law**. Humanitarian Law. Aldershot: Ashgate: 1999.

COELHO, Vitor Pereira Chaveiro. **O Combatente: Uma perspectiva Jurídica no âmbito do Direito Internacional Humanitário**. Jus Militares. Disponível em: http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/o_combatente.pdf. Data de acesso: 22 de abril de 2013.

Comissão de Direito Internacional. **Protection of persons in the event of disasters**. Memorandum by the Secretariat: Sixtieth session, Geneva, 5 May-6 June and 7 July-8 August 2008. Disponível em: <http://www.un.org/law/ilc/>. Data de acesso: 21 de fevereiro de 2012.

Comitê Internacional da Cruz Vermelha. **Annex to the Guidance Document: General and specific protection of women under international humanitarian law**. Disponível em: http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/ihl-women__icrc_002_0840.pdf. Data de acesso: 15 de novembro de 2012.

_____ **Como o Direito Internacional Humanitário define “conflitos armados”?** Disponível em: <http://www.icrc.org/por/resources/documents/article/other/armed-conflict-article-170308.htm>. Data de acesso: 27 de abril de 2013.

_____ Disponível em: <http://www.icrc.org/por/assets/files/other/rev-definicao-de-conflitos-armados.pdf>. Data de acesso: 20 de fevereiro de 2013.

_____ **As Convenções de Genebra**. Disponível em: <http://www.icrc.org/por/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/index.jsp>. Data de acesso: 11 de fevereiro de 2012.

Artigo 3º comum às quatro
Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 Tratado Fonte: Gabinete de
Documentação e Direito Comparado. Disponível em:
<http://www.icrc.org/por/resources/documents/treaty/treaty-gc-0-art3-5tdlrm.htm>. Data
de acesso: 11 de fevereiro de 2012.

DETTTER, Ingrid. **The law of war**. Cambridge: Cambridge University Press. 2ª edição, 2000.

DISTEIN, Y. **Customary International Law and Treaties**. Recueil des Cours. Tome 322. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

DUNANT, Henry. **Un souvenir de Solférino**. Disponível em: <http://www.icrc.org/fre/resources/documents/publication/p0361.htm>. Data de acesso: 20 de janeiro de 2012.

DUPUY, Pierre-Marie. **Droit International Public**. 4ª edição. Paris: Editora Dalloz, 1998.

DWORKING, Ronaldo. **Justice in Robes**. Londres: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

FLECK, Dieter. **The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict**. Nova York: Oxford University Press, 1995.

FORMAN, Shepard, PATRICK, Stewart. **Good Intentions: pledges of AID for postconflict recovery**. Reino Unido: Boulder London, 2000.

GASSER, Hans-Peter. **International Humanitarian Law**. Disponível em: <http://www.dtp.unsw.edu.au/documents/Manual9-InternationalHumanitarianLaw-HansPeterGasser.pdf>. Data de acesso: 24 de maio de 2013.

GENTILI. **O direito de guerra. Livro III.** Tradução de Diego Panizza. Título original: De Iure Belli Libri Tres. Editora Unijuí.

GIFIS, Steven. **Barron's Dictionary.** Nova York:1991.

GRANT, John, BARKER, J. Graig. **Encyclopaedic Dictionary of International Law.**Nova York: Oxford University Press, 2004.

G.I.A.D. Droper. Reflections on Law and Armed Conflicts: **The Selected Works on the Laws of War.** Haia: Kluwer International law ,1998.

Giorgio del Vecchio. **Studi su la guerra e la pace.** Milão: A. Giuffre, 1959.

GREEN, Leslie C. **The contemporary law of armed conflict.** Inglaterra: Machester University Press, 2000.

GUERRA, Sidney César Silva. **Direito Internacional Público.** 3 edição. Freitas Bastos Editora. Rio de Janeiro: 2007.

GUTTMAN, Roy, RIEFF, David. **Criménes de guerra: lo que debemos saber.** Barcelona: Grupo editorial Random House Mondadori, 2003.

Jean Christophe Rufin. **Une entrevue avec Jean-Christophe Rufin - L'action humanitaire n'exclut pas l'engagement politique.** Disponível em: <http://www.ledevoir.com>. Data de acesso: 02 de janeiro de 2013.

HENCKAERTS, Jean- Marie. **Estudo sobre o Direito Internacional Humanitário Consuetudinário: uma contribuição para a compreensão e respeito do direito dos conflitos armados.** Esta publicação é uma tradução de Diane Castela Araújo,

inicialmente publicado na International Review of the Red Cross, vol. 87, número 857 de 2005.

KALYVAS, Stathis N. **The Changing Character of Civil Wars, 1800-2009.** The Changing Character of War. Oxford: Oxford University Press, 2011.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua.** Porto Alegre: L&PM, 1989.

KELLY, Susane Aiflen da. **Hermenêutica generalis. Sobre a formação da opinião jurídica pelos argumentos jurídicos no limiar do século XXI.** Revista da Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa: Coimbra editora, 2001.

KELLY, Jocelyn. Opinion: **Rape traumatizes all congolese, not just women.** Harvard Humanitarian Initiative. Disponível em: <http://www.hhi.harvard.edu/sites/default/files/publications/publications%20-%20women%20-%20opinion.pdf>. Data de acesso: 10 de janeiro de 2013.

KEOHANE, R. HOLZGREFE, J. **Humanitarian Intervention: ethical, legal and political dilemmas.** Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

KLEINE-AHLBRANDT, Stephanie. **The protection Gap in the International Protection of Internally Displaced Persons: The case of Rwanda.** The Graduate Institute of International Studies, segunda edição: Genebra, 2004.

KOLB, Robert. **Ius contra bellum: le droit international relatif au maintien de la paix.** Bruxelas: Helbing & Lichtenhahm, 2003.

_____ **Ius in bello.** Bruxelas: Helbing & Lichtenhahm, 2003.

KRILL, Françoise. **La protección de la mujer en el derecho internacional humanitario**. Revista Internacional de la Cruz Roja, novembro/dezembro: 1985.

HELLSTEN, Sirkker, HOLLI, Anne Maria, DASKALOVA, Krassimira. **Women's citizenship and political rights**. Nova York: Palgrave Macmillan, 2006.

International Committee of the Red Cross. **Protocols Additional to the Geneva Conventions, Resolutions of the 1974-77 Diplomatic Conference**. Extracts from the Final Act of the 1974-77 Diplomatic Conference.

ISA, Felipe Gómez. **The optional Protocol for the Convention on the Elimination of all forms of Discrimination against Women: strengthening the Protection Mechanisms of Women's Human Rights**. Arizon Journal of International and Comparative Law.v.20, nº 2. Arizona: 2003.

LARIVIÈRE, Daniel Soulez, ELIACHEFF, Caroline. **Le temps des victimes**. Paris: Albin Miche, 2007.

LINDSEY, Charlotte. **Les femmes et la guerre**. Revue International de la Crois Rouge. Setembro de 2000.

LOURENÇO, Filipa Delgado. **Do âmbito de proteção das Convenções de Genebra e dos Protocolos Adicionais**.Revista de Administração Pública de Macau. Macau: Ed. Direção dos Serviços de Função Administração Pública, 1996.

LUTZ, Ellen L. MERTUR, Julie A., HELSING, Jeffrey W. **Human Rights & Conflict: exploring the links between Rights, Law and Peaceluiding**. Washington: United States Institute of Peace Press, 2006.

MACHADO, Jónatas E. M. **Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro**. Coimbra: 3ª edição, Coimbra editora, 2006.

McCORMACK, Timothy L. H., SIMPSON, Gerry J. **The law of war crimes: national and international approaches**. Kluwer Law International. Haia:1997.

MARAVILLA, Chistopher Scott. **Rape as a war crime: the implications of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia's Decision in Prosecutor v. Kunarac, Kovac, & Vukovic on International Humanitarian Law**. Florida: Florida Journal of International Law, 2001, vol. XIII, número 3.

MARX, Karl. **Miséria da filosofia: resposta da Filosofia da Miséria do senhor Proudhon**. Tradução: J. Silva Dias/ Maria C. Torres. 2.a ed. Porto: Escorpião, 1974.

MARTIN, Francisco Forrest, SCHNABLY, Stephen, WILSON, Richard, SIMON, Jonathan, TUSHNET, Mark. **International Human Rights & Humanitarian Law: treaties, cases & analysis**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

MAZURANA, Dyan, RAVEN-ROBERTS, Angela, PARPART, Jane. **Les femmes aux mille bras: Building Peace in Rwanda. Gender, Conflict and Peacekeeping**. Oxford: Rowman & Littlefield Publishers,2005.

MERON, Theodor. **Human Rights and humanitarian norms as customary law**. Oxford: Clarendon Press, 1991.

_____ **War crimes comes of age**. Nova York: Oxford University Press, 1998.

_____ **Rape as a Crime under International Humanitarian Law**. In: The American Journal of International Law, vol. 87, nº 3 (Jul 1993).

MOMTAZ, Djamchid. **Les défis des conflits armés asymétriques et identitaires au droit international humanitaire**. Les règles et les institutions du droit international humanitaire à l'épreuve des conflits armés récents. Recueil des Cours.v.30.Haia: Martinus Nijhoff, 2010.

_____ **Les règles et les institutions du droit international humanitaire à l'épreuve des conflits armés récents**. Ed. Martinus Nijhoff. Haia: 2007.

MORIKAWA, Márcia Mieko. **Repensar o Direito Internacional Humanitário e o Humanitarismo: da ingenuidade do bem à consciência (humanista) do mal**. Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXXXII. Coimbra: 2006.

MOURA, Tatiana Gonçalves. **Entre Atenas e Esparta: mulheres, paz e conflitos armados**. Coimbra: Editora Quarteto, 2005.

MUNRO, Alan. **Humanitarian Debate: law, policy, action. Humanitarianism and conflict in a post-Cold War World International Review of the Red Cross**. Genebra: Vol. 81, Número 835, setembro de 1999.

NASCIMENTO, Daniela Santos. **The inclusion of Human Rights in humanitarian assistance**. Yearbook 2004 on Humanitarian Action and Human Rights. Espanha:University of Deusto, 2004.

NOWAK, Manfred. **Introduction to the International Human Rights Regime**. Haia: Martinus Nijhoff. 2004.

OGATA, Sadako. **Discurso em Roma**.Itália: 1998.Disponível em: www.un.org.Data de acesso: 12 de dezembro de 2012.

Organização das Nações Unidas. **International Legal Protection of Human Rights in Armed Conflicts**. SALES No. E.11.XIV.3. Nova York e Genebra: 2011.

OWENS, Patricia. **Between war and politics: International Relations and the thought of Hanna Arendt**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

PANICHAS, George E. **Rape, autonomy, and Consent**. Law & Society Review. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

PAPACONSTANTINO, Maria. **Rape as a crime under international humanitarian law**. Revue Hellénique de Droit International. ed. L'Institut Hellénique de Droit Internacioanl et Étranger. vol.2, Grécia: 1998.

PEJIC, Jelena. **The protective scope of Common Article 3: more than meets the eye**. Geneva: International Review of the Red Cross. Volume 93, número 881, março, 2001. iNTERNumber 881 March 2011.

PELLET, Alain, DAILLIER, Patrick. **Droit International Public**. Paris: LGDJ, 2002.

PICTET, Jean. **Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitário**. Instituto Henry Dunant, Genebra:1986

PETERS, Julie, WOLPER, Andrea. **Women's right, human rights: international feminist perspectives**. Nova York: Routledge, 1995.

PEREIRA, A. G. e Quadros, F. de. **Manual de Direito Internacional Público**. Portugal: Almedina, 1995.

PROVOST, René. *International Humanitarian Rights and Humanitarian Law*. Cambridge University Press. Cambridge: 2002.

RAIMUNDO, Isabel. **Imperativo Humanitário e não-ingerência: os novos desafios do Direito Internacional**. Lisboa: Edições Cosmos Instituto da Defesa Nacional, 1999.

RAVASI, Guido. **Human dignity protection in armed conflict: strengthening measures for the respect and implementation of International Humanitarian Law and others rules**. Milão: Edizioni Nagard, 2006.

Revista Carta Capital. **Vítimas Ignoradas da Guerra**. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/internacional/vitimas-ignoradas-das-guerras/>. Data de acesso: 19 de março de 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

SANDOZ, Yves, SWINARSKI, Christophe. **Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949**. Comité International de la Croix- Rouge. Geneva: Martinus Nijhoff Publishers, 1986.

SALCEDO. Juan Antonio Carrillo. **Curso de Derecho Internacional**. Tecnos. Madrid: 1991.

SAULNIER, Françoise Bourchet. **The practical guide to Humanitarian law**. Edited and translated by BRAV, Laura. Oxford: Rowman & Littlefield Publishers INC, 2002.

SANTOS. Herta Rani Teles. **Breve estudo sobre o Direito Internacional Humanitário- A proteção do ser humanos em situações de conflitos armados internacionais**. Disponível em: http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B3FFFA58C-C558-4195-BF6F-B8926A8E92EB%7D_Breve_Estudo_Sobre_o_Direito_Internacional_Humanitario.doc. Data de acesso: 29 de fevereiro de 2012.

SHAW, Malcolm N. **Direito Internacional**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011.

SIMON, Chesterman. **Just war or just Peace? Humanitarian Intervention and International law**. Inglaterra: Oxford University Press, 2002.

SUR, Serge, COMBACAU, Jean. **Droit International Public**. Paris: Montchrestien, 1997.

SOARES, Guido F.S. **As ONGS e o Direito Internacional do Meio Ambiente**. Revista de Direito Ambiental. São Paulo. 2000.

SOMMER, Robert. Editado por HERZOG, Dagmar. **Brutality and desire: war and sexuality in Europe's Twentieth Century. Camp brothels: forced sex labour in Nazi Concentration Camps**. Inglaterra: Palgrave Macmillan, 2009.

SCHINDLER, D. **Different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols**. Recueil des Cours 163. Haia: Martinus Nijhoff, 1979.

SHOMBURG, Wolfgang/ PETERSON, Ines. *Genuine Consent to Sexual Violence under International Law*. American Society of International Law, vol. 101, nº 1, Jan 2007.

SRIRAM, Chandra Lekha, ORTEGA, Olga Martin. HERMAN, Jhoanna. **War Conflict and Human Rights: theory and practice**. Nova York: Taylor e Francis Group, 2010.

STRACHAN, Hew, SCHEIPERS, Sibylle. **The changing character of war**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

SWINARSKI, Christophe. **Direito Internacional Humanitário: Como Sistema de Proteção Internacional da Pessoa Humana (Principais Noções e Institutos)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999.

_____ **Articulation entre le droit de la Haye et le droit de Genève: Au Lendemain des Conférences de 1906 et de 1907.** Actualité de la Conférence de la Haye de 1907, Deuxième Conférence de la paix. DAUDET, Yves. Recueil des Cours. Martinus Nijhoff. Haia: 2008

TRINDADE, Augusto Cançado. **O Direito Internacional em um mundo em transformação.** São Paulo: Editora Renovar, 2002.

THURER, Daniel. **International Humanitarian law: theory, practice, contexto.** Haia: Martinus Nijhoff, 2011.

UBINA, Júlio Jorge. **Protección de las víctimas de los conflictos armados, naciones unidas y derecho internacional humanitario.** Valência: Cruz Roja Espanhola, 2000.

VIGARELLO, Georges. **História da Violação: séculos XVI-XX.** Lisboa: Editora Estampa, 1998.

WHITE, Nigel D., McCoubrey, Hilaire. **International Organizations and civil wars.** Reino Unido: Dartmouth, 1995.

Wystan Hugh Auden. Epitaph for the Unknown Soldier. **Collected Poems.** Nova York: First Vintage International Edition. 1991.

ZEGVELD, Lisbeth. **Recursos jurisdiccionales para las víctimas de violaciones de derecho internacional humanitario.** Revista Internacional de la Cruz Roja. Selección de artículos 2003.

Jurisprudências

Corte Internacional de Justiça. **Caso Bosnia and herzegovina v. Serbia and Montenegro**. Reports of judgements, em 26 de fevereiro de 2007.

_____. **ICJ Reports**. Decisão de 15 de julho de 1999, § 84.

_____. **ICJ Reports**. Decisão de 15 de julho de 1999, § 94 e 95.

_____. **ICJ Reports**. Decisão de 1986.p 64 ILR.p. 349.

_____. **Caso Nicarágua v. Estados Unidos**. Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua. Mérito de 1986. ICJ Reports, 1986. p. 98.

_____. **Caso Nicarágua v. Estados Unidos**. Acórdão de 20 de fevereiro de 1969, Reports 1969.p.42.

_____. **Caso North Sea Continental Shelf**. Acórdão de 20 de fevereiro de 1969, Reports 1969.p.43.

_____. **Caso North Sea Continental Shelf**. Acórdão de 20 de fevereiro de 1969, Reports 1969. Princípio 17.p. 734.

_____. **Caso Nuclear Weapons**. Parecer de 8 de julho de 1996, ICJ Reports 1996, p. 254-255.

Organização dos Estados Americanos. **Caso 11.137**. Relatório 55/97 e OEA/Ser/L/V/II.98; § 153.

_____. **Caso 10.951**. 123 ILR, p. 156-169

Tribunal Penal Internacional. **Caso France v. Turkey**. Acórdão de 7 de setembro de 1927, TPIJ, série A, número 10, p. 28.

Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia. **Caso IT-95-1771-T**. Datado do dia 10 de Dezembro de 1998.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda. **Caso ICTR-96-4-T**. Datado do dia de 2 de Setembro de 1998.

_____. *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*. **Caso nº IT-96-4-T**. Datado do dia 2 September 1998, paragraph 687, pg. 78.