

Rebeca Lemos Valença

**A APLICABILIDADE DO ESTATUTO DE PRISIONEIRO DE
GUERRA: estudo de caso da baía de Guantánamo, Cuba**

Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão do curso de bacharelado em Relações Internacionais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Joanisval Brito Gonçalves

Brasília – DF

2006

Rebeca Lemos Valença

**A APLICABILIDADE DO ESTATUTO DE PRISIONEIRO DE
GUERRA: estudo de caso da baía de Guantánamo, Cuba**

Banca Examinadora:

Prof. Joanisval Brito Gonçalves
(Orientador)

Profa. Maria Heloisa C. Fernandes
(Membro)

Prof. Hugo Cysneiros
(Membro)

Brasília – DF

2006

A Deus, principalmente.

Aos meus pais, pela paciência, dedicação, amor e por terem acreditado na minha vitória.

Ao meu irmão pelos conselhos.

À minha avó pela força.

Ao meu orientador, Tarciso Dal Maso Jardim, pelo exemplo de profissional, que sempre me motivou e ao professor Joanisval Brito Gonçalves que me fez superar meus limites.

Ao meu amigo, Guilherme Assis de Almeida, que me impulsionou e se mostrou sempre presente.

RESUMO

Este trabalho analisa o Estatuto de Prisioneiro de Guerra estabelecido pelo Direito Internacional Humanitário e busca comprovar sua aplicabilidade em detenções efetuadas pelos Estados Unidos das Américas na baía de Guantánamo, Cuba, em resposta aos ataques do 11 de setembro, 2001.

Em primeiro lugar, analisa os antecedentes históricos e conceito do Direito Internacional Humanitário, em seguida, a evolução do estatuto jurídico da guerra, considerada justa no passado e injusta na atualidade. Trata, igualmente, da questão da moralidade da guerra.

Na seqüência, apresenta a evolução do conceito de prisioneiro de guerra e demonstra como o Estatuto de Prisioneiro de Guerra deve ser aplicado. Analisa, igualmente, a proteção existente para não combatentes e define quais são as pessoas protegidas pelo Direito Internacional Humanitário.

SUMÁRIO

RESUMO.....	4
INTRODUÇÃO.....	6
CAPÍTULO I. CONCEITO E ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO.....	9
I.I. Evolução do Estatuto Jurídico da Guerra.....	9
I.I.I. Pacto Briand - Kellogg.....	14
I.I.II. A Moralidade da Guerra.....	15
I.II. Construção do Direito Internacional Humanitário.....	17
I.II.I. Primeiras Tentativas de Sistematização do Direito Internacional Humanitário.....	18
I.III. Conceituação Atual do Direito Internacional Humanitário.....	20
I.III.I. Domínio Reservado.....	24
CAPÍTULO II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS E CONCEITO DE PRISIONEIRO DE GUERRA.....	27
II.I. Antecedentes Históricos do Conceito de Prisioneiro de Guerra.....	27
II.II. Evolução do Conceito de Prisioneiro de Guerra.....	30
II.III. Conceito Atual de Prisioneiro de Guerra.....	35
II.III.I. Aplicabilidade do Estatuto de Prisioneiro de Guerra.....	42
II.IV. Pessoas Protegidas.....	45
II.V. Tratamento Humano.....	51
CAPÍTULO III. ESTUDO DE CASO: Baía de Guantánamo.....	55
III.I. Baía de Guantánamo.....	55
III.II. Histórico do Conflito EUA X Afeganistão.....	56
III.III. Estatuto dos Detidos em Guantánamo.....	58
III.III.I. « Combatant Status Review Tribunal».....	61
III.IV. Aplicabilidade do Artigo 3 Comum às Quatro Convenções de Genebra.....	62
CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.....	67
ANEXOS.....	71

INTRODUÇÃO

“A comprovação mais essencial da existência de uma sociedade internacional é a existência do direito internacional. Toda sociedade possui o direito, que é o sistema de regras que estabelece os direitos e os deveres de seus membros”.¹

O crescimento do Direito Internacional demonstra que se caminha rumo à construção de uma comunidade internacional, conforme demonstra José Monserrat.² As Convenções sobre os Direitos Humanos e Humanitários e o desenvolvimento das interdependências e solidariedades entre os Estados são um bom exemplo disso. O Direito Internacional vem sofrendo os reflexos decorrentes das diversas transformações dessa sociedade internacional, ocorridas ao longo do tempo. No mesmo sentido, ele evolui e conquista um lugar cada vez mais considerável na consciência política e jurídica contemporânea.

Essa pesquisa busca, justamente, estudar os direitos dos detidos em tempo de conflito armado. Como objetivo geral desse trabalho, busca-se compreender se o Estatuto de Prisioneiro de Guerra pode ser aplicado às prisões efetuadas pelos EUA em Guantánamo, com base no artigo 5º da III Convenção de Genebra, que versa sobre a possibilidade da aplicação do referido Estatuto, em caso de dúvidas na definição do mesmo. Como objetivo específico, pretende-se analisar o conceito de prisioneiro de guerra e proceder ao estudo de caso da baía de Guantánamo.

¹ CAW. Manning. *The Nature of International Society*. London: G. Bell and Sons Ltd/LSE, 1962. p. 87. Livre tradução.

² MONSERRAT, José, Filho. **Globalização, interesse público e direito internacional**. Disponível em: (http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141995000300006). Acesso em 4 de setembro, 2006. Texto apresentado pelo autor na 47ª Reunião Anual da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, em São Luís, Maranhão, de 9 a 14 de julho de 1995 - Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo.

Para tanto, serão estudados os antecedentes históricos e alguns conceitos fundamentais, tais como: o conceito do Direito Internacional Humanitário; o direito na guerra (*jus in bello*) e o direito à guerra (*jus ad bellum*). Nesse sentido, não se tratará de saber se as razões que levaram as partes a conflituarem são legítimas ou não, mas se o Direito Internacional Humanitário é aplicado de forma adequada. Direito esse que está, em parte, codificado nas Convenções de Genebra de 1949 e em seus Protocolos datados de 1977. Estuda-se, também, a moralidade da guerra; os antecedentes históricos e a evolução do conceito de prisioneiro de guerra; a aplicabilidade do Estatuto de Prisioneiro de Guerra, assim como, a proteção existente para não combatentes.

Nesse estudo é analisado, igualmente, o domínio reservado dos Estados, de forma a verificar se os mesmos têm a capacidade de realizar valores universais e como se mostram os agentes dessa realização de valores. Nesse sentido, pode-se dizer que o domínio reservado dos Estados acaba, quando estes se limitam a concretizar a realização daqueles valores.

Neste trabalho, será utilizado o método empírico-dedutivo, que passa por etapas como a observação, a elaboração de hipótese e a verificação da mesma. O procedimento escolhido é o funcionalista, que consiste num método de interpretação. A técnica de pesquisa é a bibliográfica.

As referências bibliográficas utilizadas nesse trabalho consistem em, basicamente, Tratados e Convenções que versam sobre prisioneiros de guerra, mas recorre-se, igualmente, a autores que abordam a questão do direito à guerra e do direito na guerra, tal

como Michael Walzer. Além disso, faz-se uso de entrevistas realizadas com uma funcionária do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Maria Teresa Dutli, e com um membro da Academia de Genebra para o Direito Internacional Humanitário e os Direitos Humanos, Yasmin Naqvi.

Pode-se considerar essa pesquisa relevante no sentido em que busca contribuir para o debate, a saber, se o Direito Internacional Humanitário provê os instrumentos necessários para um combate efetivo à “guerra” contra o terrorismo ou se ele precisa ser revisado para poder prover os instrumentos mencionados. Alguns defendem que as Convenções de Genebra não se aplicam aos detidos na baía de Guantánamo, conforme artigo de Ruth Wedgewood – jornalista do *Financial Times* – intitulado “*Prisoners of a different war: the Geneva Convention applies to conventional soldiers, not to the terrorists being held at Camp X-Ray*”.³ Enquanto outros, como Marco Sassòli, declaram que as Convenções de Genebra aplicam-se ao caso em questão e afirmam que as pessoas detidas em tempo de guerra ou são combatentes – e, portanto, contempladas pelos benefícios contidos na III Convenção de Genebra – ou não o são – e, portanto, protegidas pela IV Convenção de Genebra.⁴

³ Ver *Prisoners of a different war: The Geneva convention applies to conventional soldiers, not to the terrorists being held at Camp X-Ray*. Disponível em: (<http://search.ft.com/searchArticle?id=020130001411&query=camp+x->). Acesso em 28 de setembro, 2006.

⁴ SASSÒLI, Marco. *La “guerre contre le terrorisme”, le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre*. The Canadian Yearbook of International law. Montreal: vol. 39. 2001. pp. 14-15. Livre tradução.

CAPÍTULO I. CONCEITO E ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

Esse capítulo busca, primeiramente, analisar a evolução do estatuto jurídico da guerra, considerada justa no passado para depois ser considerada injusta e ilegal. Trata, igualmente, da questão do direito à guerra (*jus ad bellum*) e do direito na guerra (*jus in bello*) e, por fim, aborda a moralidade da guerra.

Em segundo plano, estuda-se a construção do Direito Internacional Humanitário tomando-se como ponto de partida, as primeiras tentativas de sistematização desse instrumento. Em seguida, analisa-se a conceituação atual do Direito Internacional Humanitário contrastando a característica *jus cogens* do Direito Internacional com a do domínio reservado dos Estados.

I.I. EVOLUÇÃO DO ESTATUTO JURÍDICO DA GUERRA

Durante o Império Romano, a diferença entre guerra justa e guerra injusta era baseada no *jus fetiale*. O termo correspondia às normas civis de comportamento de guerra e de paz dos romanos. No Código dos *Fetiales*, as guerras só poderiam ser consideradas justas se houvesse, em primeiro lugar, o encaminhamento, da parte interessada em entrar em conflito, de uma demanda solicitando que o inimigo reparasse o dano causado e, em segundo lugar, o envio de uma declaração formal de guerra.⁵ Cabe ressaltar que os líderes políticos da época não podiam entrar em guerra sem que os *Fetiales* aprovassem a iniciativa.

⁵ PICTET, Jean. *Desarrollo y Principios del Derecho Internacional*. Disponível em: http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/desarrollo_y_principios?OpenDocument&style=Custo_Final.3&View=defaultBody2. Acesso em: 10 jan. 2006. Livre tradução.

Na época, a Igreja Católica não admitia que pudessem existir razões, para justificar a guerra, mas, a partir do momento em que o cristianismo foi adotado, pelo Império Romano, como religião oficial, a Igreja mudou de postura e passou, não apenas, a tolerar a guerra, como a incentivá-la. Os fundamentos teológicos para tal mudança de postura foram lançados por Santo Agostinho, que enxergava a guerra como uma necessidade trágica do relacionamento entre os povos, ou melhor, um fenômeno trágico, mas, ao mesmo tempo, inevitável e necessário. Contudo, Santo Agostinho afirmava que era preciso deixar que a necessidade, e não o desejo, matasse o inimigo de guerra.⁶ Para ele, a guerra representava uma extensão do ato de governar, mas, isso, não poderia justificar, moralmente, todas as guerras. Segundo Santo Agostinho, uma guerra justa poderia se traduzir como “a reparação de uma injustiça; a legitimidade da autoridade encarregada de tomar uma decisão; a necessidade absoluta do recurso à guerra (...); ou a moderação necessária nas operações militares.”⁷

Por sua vez, São Tomás de Aquino expandiu a interpretação de guerra justa dada por Santo Agostinho e definiu que uma guerra, para ser considerada justa, devia preencher os seguintes requisitos:

- “1. Não ser conduzida particularmente, mas sob a autoridade de um príncipe;
2. Existir uma “causa justa” para a guerra; e,
3. Intervir, corretamente, para promover o bem e evitar o mal.”⁸

Segundo Joannisval B. Gonçalves, a proibição ao recurso da força seria um princípio defendido por teólogos e esse pensamento estaria, somente, embasado em imperativos de

⁶ *New Advent: Catholic Encyclopedia*. Disponível em: (<http://www.newadvent.org/fathers/140622.htm>). Acesso em: 10 jan. 2006.

⁷ GONÇALVES, B. Joannisval. Op. cit. pp. 17-18.

⁸ *Ibidem*

ordem moral.⁹ Para Marcel Merle, “apenas a consciência individual viria a julgar as infrações a tais condutas, o que ainda é bastante vago para a produção de regras do direito objetivo”.¹⁰

Segundo Dinstein, o conceito de guerra justa é questionável, visto que uma parte pode atacar a outra que está em dívida com ela e essa última pode, simplesmente, atacar de volta alegando legítima defesa. Nesse caso, ambas as partes, deteriam motivos considerados legítimos para se atacarem. Isso pode demonstrar que, em caso de conflito, as partes envolvidas, podem alegar motivos, igualmente, justos e contraditórios ao mesmo tempo, para justificar uma guerra e ambas podem estar corretas. Conseqüentemente, as tentativas de diferenciação de guerras justas e de guerras injustas foram abandonadas.¹¹ Segundo Bugnion:

“War can not be just on both sides. One party claims a right, the other disputes the justice of the claim; one complains of an injury, the other denies having done it. When two persons dispute over the truth of a proposition it is impossible that the two contrary opinions should be at the same time true. However, it can happen that the contending parties are both in good faith; and in a doubtful cause it is, moreover, uncertain which side is in the right. Since, therefore, Nations are equal and independent, and can not set themselves up as judges over one another, it follows that in all cases open to doubt the war carried on by both parties must be regarded as equally lawful, at least as regards its exterior effects and until the cause is decided.”¹²

Para Bobbio:

“Não se exclui que o jurista possa também dar um juízo sobre a justiça ou a injustiça dos comportamentos de fato observados, (...): mas tal juízo, segundo a perspectiva da teoria positivista do direito, é um juízo moral, isto é, um juízo sobre o que o direito deve ser, não sobre o que o direito é”.¹³

Segundo G.B. Davis “o Direito Internacional nada tem a fazer em relação à inerente certeza de guerra”.¹⁴ T.J. Lawrence afirma que a diferenciação de guerras justas e injustas

⁹ GONÇALVES, B. Joanisval. Op, cit. p. 18

¹⁰ Apud. Ibidem

¹¹ Apud. DINSTEIN, Yoram. **Guerra, agressão e legítima defesa**. 3. ed. São Paulo: Manole, 2004. p. 89.

¹² BUGNION, François. **Just wars, wars of aggression and international humanitarian law**. Genebra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 2002. p. 5. Livre tradução.

¹³ BOBBIO, Norberto. **O problema da guerra e as vias da paz**. São Paulo: Unesp. 2002. p. 124.

¹⁴ Apud. DINSTEIN, Yoram. Op cit, p. 93.

“pertence à moral e à teologia e descabe na discussão do Direito Internacional , tal como uma discussão sobre ética conjugal seria imprópria num livro de Direito de Família”.¹⁵

A guerra legal, e não mais a guerra justa, foi definida, dentre outros autores, por H. Kelsen, no pós-guerra. Para ele, uma guerra poderia ser considerada legal se constituísse uma sanção contra uma violação do Direito Internacional. A guerra seria “permitida apenas como reação contra um ato ilegal, um delito, e somente se direcionada ao Estado responsável por esse delito”.¹⁶ Ou melhor, ela deveria ser vista como uma sanção imposta pelo não cumprimento do Direito Internacional , mesmo que os infratores não tivessem recorrido à força.

Durante muito tempo, a guerra foi considerada como algo inevitável, era comum considerá-la como uma “visita providencial comparada a uma praga, inundação ou incêndio” e essa comparação sugeria que a guerra incluía-se na “categoria de acontecimentos, considerados fora do controle legal, mas emanando conseqüências jurídicas”.¹⁷ Isso sugeria que, na mesma medida em que um sistema legal não pode impedir a ocorrência de catástrofes naturais, ele também não pode impedir as guerras. Nesse sentido, a guerra seria algo que estaria fora da alçada do Direito Internacional, logo, não poderia ser considerada legal/ justa ou ilegal/ injusta.

J. Westlake explica que “o Direito Internacional não instituiu a guerra, (...) ela já existia, mas (...) o Direito a normaliza devido à sua grande humanidade”.¹⁸ O Direito não poderia definir em que circunstâncias a guerra poderia ocorrer, mas apenas de que forma ela

¹⁵ Ibidem

¹⁶ Ibidem

¹⁷ DINSTEIN, Yoram. Op cit, p. 102.

¹⁸ Apud. DINSTEIN, Yoram. Op cit, pp. 102-107.

deveria ocorrer. Segundo Pompe, “o Direito não pode dizer *quando*, mas somente, *como* a guerra deve ser conduzida”.¹⁹

Diferentemente de terremotos e pragas, a guerra é algo provocado pelo ser humano e, como tal, deve ser regulamentada pelo Direito. A princípio, o Direito regula o comportamento humano, e, nesse sentido, deveria poder regulamentar o comportamento dos combatentes na guerra (direito na guerra), assim como, limitar ações que levem à guerra (direito à guerra). Cabe, no entanto, esclarecer que o Direito Internacional não torna a guerra algo institucional, na mesma medida em que o Direito Interno também não institucionaliza os assassinatos. “Da mesma maneira em que o homicídio e o roubo são proibidos pelo Direito Nacional, a guerra pode ser proibida pelo Direito Internacional ”.²⁰ De fato, se não existe uma proibição explícita do uso da força, por parte do Direito Internacional , significa que a guerra é algo tolerável, logo, permitido.

A teoria de guerra justa não se sustentou e foi, conseqüentemente, abandonada. Surgiu, em seguida, no Século XIX, uma nova teoria que defendia que os Estados tinham o direito de entrar em guerra sempre que o desejassem. Os Estados podiam “recorrer a guerra por uma boa razão, uma má razão ou por, absolutamente, nenhuma razão”.²¹ Nessa época, a guerra foi até considerada como um “direito inerente à própria soberania”.²² Mas se observou, rapidamente, que essa “impossibilidade lógica” não fazia muito sentido para o Sistema Jurídico Internacional, uma vez que não poderia se basear no respeito à soberania dos Estados, visto que cada Estado possuía o direito soberano de destruir a soberania de outros.²³

¹⁹ Ibidem

²⁰ DINSTEIN, Yoram. Op cit, p. 107-108.

²¹ Ibidem

²² Ibidem

²³ Ibidem

I.I.I. Pacto Briand - Kellogg

Posteriormente, a legalidade da guerra foi, novamente, questionada com o pacto Briand – Kellogg assinado, em 27 de agosto de 1928 em Paris. Na altura, decidiu-se renunciar à guerra como instrumento de Política Nacional, conforme segue:

“Persuaded that the time has come when a frank renunciation of war as an instrument of national policy should be made, to the end that the peaceful and friendly relations now existing between their peoples may be perpetuated.”²⁴

O então Ministro das Relações Exteriores da França, Aristide Briand, sugeriu ao então Secretário de Estado dos Estados Unidos das Américas (EUA), Franklin Billings Kellogg, a assinatura de um pacto que estabelecesse a guerra como um instrumento ilegal, entre os países por eles representados. Tal iniciativa foi tão bem-vinda que teve a adesão de mais 63 países, logo após a II Grande Guerra.

O pacto estabelecia que a guerra só poderia ser considerada legal, se ocorresse nas seguintes condições: i) em legítima defesa, em resposta a um ataque armado; ii) como um instrumento de Política Internacional, em resposta a violações do Direito Internacional; e, iii) fora das relações recíprocas das partes que ratificaram o pacto. Esses princípios serviram, mais tarde, de inspiração para a formulação da Carta das Nações Unidas, assinada em São Francisco, em 26 de junho de 1945, que estabeleceu a proibição do uso da força, conforme descrito na alínea 4 do artigo 2 da mesma:

“Todos os membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça, ou o uso da força contra a integridade territorial, ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os propósitos das Nações Unidas.”²⁵

²⁴ Disponível em: (<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/kbpact/kbbr.htm#enc1>). Acesso em: 15 fev. 2006.

²⁵ Disponível em: (<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/cartonu.htm>). Acesso em: 22 jan. 2006.

A Carta deixa claro que existem dois fatores fundamentais que não podem ser atacados, estes são: a integridade territorial e a independência política de um Estado. No entanto, tais proibições não restringem as diversas manifestações do uso da força existente que não são compatíveis com os princípios das Nações Unidas e um dos mais importante seria:

“Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas, para evitar ameaças a paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da Justiça e do Direito Internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz”.²⁶

I.I.II. A Moralidade da guerra

Segundo Walzer, a idéia defendida pelos realistas, de que a guerra não levanta problemas morais, mas, é apenas uma realidade que expõe a natureza egoísta e violenta dos seres humanos, é incoerente.²⁷ Tal corrente defende que um conflito travado, entre um Estado desejoso de anexar um outro Estado, militarmente, mais fraco, não pode ser definido como injusto, mas consiste, simplesmente, numa sobreposição de interesses de um Estado forte sobre um mais fraco.

No caso específico da “guerra” contra o terrorismo, é preciso levar em consideração os seguintes fatores: a justiça da “guerra” contra o terrorismo e a justiça dos meios empregados na “guerra” contra o terrorismo. Walzer faz uma clara distinção entre o direito à guerra e o direito na guerra. Tais diferenças apontam distinções fundamentais entre os conflitos armados. O primeiro exige uma reflexão a respeito da agressão e da legítima defesa, enquanto que o segundo exige uma verificação da observância ou da violação dos usos e costumes da guerra. No entanto, é possível que se tenha uma guerra justa que se desenvolva de forma injusta,

²⁶ Ibidem

²⁷ WALZER, Michael. *Just and unjust wars*. Nova Iorque: Basic Books, Inc., Publishers, 1977. p. 4-12. Livre tradução.

assim como, uma guerra injusta que respeite e faça respeitar todas as regras da guerra. Sendo assim, pode-se afirmar que o dualismo do *jus ad bellum* e do *jus in bello* se encontra no cerne da questão moral da guerra.²⁸

Walzer defende, igualmente, que é inapropriado afirmar que a guerra é algo atroz e que a prática de atos terríveis, no decorrer da mesma, é justificável. Segundo ele, essa afirmação possibilitaria a ignorância dos males que ocorrem, ao longo de um conflito. Ele afirma, ainda, que as Convenções que regulam a guerra são frequentemente consideradas “programas para tolerar a guerra”, quando deveriam ser “programas para abolir a guerra”, conforme segue:

“That is why it [war Conventions] is often described as a program for the toleration of war, when what is needed is a program for its abolition. One does not abolish war by fighting it well; nor does fighting it well make it tolerable. War is hell, as I have already said, even when the rules are strictly observed. Just for that reason, we are sometimes made angry by the very idea of rules or cynical about their meaning (...). War is so awful that it makes us cynical about the possibility of restraint, and then it is so much worse that it makes us indignant at the absence of restraint. Our cynicism testifies to the defectiveness of the war convention, and our indignation to its reality and strength.”²⁹

Nesse sentido, Walzer estabelece a necessidade de se respeitar as convenções e normas de guerra, que “*are made obligatory by the general consent of mankind*”.³⁰

I.II. CONSTRUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

“A humanidade é uma virtude sem religião. Ela não considera o lugar do homem na sociedade (...), pelo contrário, ela reconhece a igualdade de todos os homens e suas possibilidades de crescimento por meio da educação, dos cuidados médicos e do desenvolvimento”.³¹

²⁸ Ibidem. pp. 22-25. Livre tradução.

²⁹ Ibidem. pp. 45-46. Livre tradução.

³⁰ Ibidem. p. 47. Livre tradução.

³¹ RUFIN, Jean Christophe. *l' Aventure humanitaire*. Paris: Gallimard, 1994. p. 32. Livre tradução.

Segundo Ruffin, o conceito “humanidade” surgiu, em 1755, em decorrência de um grande terremoto que ocorreu em Lisboa e que dizimou mais de duas mil pessoas. Na época, os governantes de Portugal atribuíram o ocorrido a forças sobrenaturais e resolveram que a prática de rituais de magia poderiam evitar novos terremotos. A idéia foi, fortemente, criticada pelos filósofos iluministas, da época, os quais afirmaram que as atividades do ser humano deveriam ser fundadas na razão e não em fatalidades. Surge, então, nesse contexto, o termo “humanidade” que vem designar o gênero humano, a atenção a ser dispensada e o dever de melhorar-se a sorte do mesmo. A partir de 1830, o termo “ter humanidade” passa a ser entendido como “ser humanitário”. Nessa visão, o ser humano pode, apenas, contar consigo mesmo para lidar com os efeitos destrutivos da natureza e, com demais catástrofes, ele passa, então, a enxergar-se como parte de uma unidade maior: a humanidade.³²

Embora o surgimento formal do Direito Internacional Humanitário tenha, apenas, ocorrido em 1864 com a celebração da "Convenção de Genebra para a melhoria das condições dos feridos das Forças Armadas em campo”, os seus dispositivos já existiam há muito tempo, de forma consuetudinária.³³ Ainda segundo Ruffin, esses dispositivos traduziam-se em usos e costumes tão antigos quanto à guerra em si e tinham, basicamente, dois objetivos: o entendimento comum da necessidade de regular-se a guerra e o desejo de se proteger o ser humano, fosse ele inimigo ou não. No entanto, a aplicabilidade de tais costumes era limitada a áreas e a guerras específicas e sua implementação dependia somente dos combatentes.³⁴

³² Ibidem, p. 24–32. Livre tradução.

³³ Comitê Internacional da Cruz Vermelha. **Descubra do CICV**. Genebra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 2002. p. 7.

³⁴ RUFFIN, Jean Christophe. Op cit, p. 24-32. Livre Tradução.

I.II.I. Primeiras Tentativas de Sistematização do Direito Internacional Humanitário

O Direito Internacional Humanitário resulta, basicamente, de duas iniciativas tomadas de forma independente uma da outra, uma das quais resultou no Direito da Haia, que buscou limitar o recurso a métodos e meios de combate, extremamente, violentos e cujo precursor foi o Czar Alexandre II. A outra, deu origem ao Direito de Genebra, que buscou a proteção das vítimas de conflitos armados e cujo precursor foi Henry Dunant.³⁵

Dunant nasceu na Suíça, em 1828, e dedicou toda a sua vida à filantropia. Em 1852, fundou a União Cristã dos Jovens que reunia jovens com a mesma fé e ideal cristãos. Dois anos depois, Henry foi testemunha da batalha de Solferino que se deu no norte da Itália entre franceses e austríacos.³⁶ O número de soldados abandonados ao sofrimento por falta de serviços médicos o sensibilizou, profundamente. Ele decidiu, então, apelar para a população local, para auxiliá-lo a cuidar dos feridos. Depois de seu regresso à Suíça, Henry Dunant publicou, em outubro de 1862, um livro intitulado "*Un Souvenir de Solferino*", no qual levantou duas perguntas que gerariam muita polêmica:

“Não haveria algum meio, em tempo de paz, de constituir instituições com o objetivo de prover os cuidados necessários aos feridos em tempo de guerra? Existe a possibilidade de algum Congresso Nacional formular princípios internacionais, convencionais e consagrados, que serviriam de base para essas instituições?”³⁷

Sua obra teve uma grande repercussão nas Cortes e Ministérios europeus. Gustave Moynier, Presidente da Sociedade Genebrina de Utilidade Pública, ajudou-o permitindo, em

³⁵ Apud. PREUX, Jean, de.; SIORDET, Henri.; UHLER, Oscar, M. et.al. *Commentaire: III Convention de Genève*. Genebra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 1958. p. 53. Livre tradução.

³⁶ A batalha de Solferino ocorreu em 24 de junho de 1859 e opôs o exército francês, dirigido por Napoleão III, ao exército austríaco, dirigido pelo Imperador François-Joseph. Mais de 200.000 soldados tomaram parte do conflito, o que constituía um recorde para a época.

³⁷ DUNANT, Henry. *Un Souvenir de Solferino*. Genebra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 1990. p.7. Livre tradução.

fevereiro de 1863, a criação do "Comitê Internacional e Permanente de Ajuda aos Militares Feridos em Tempo de Guerra", composto, dentre outros cidadãos genebrinos, por Henry Dunant. Esse mesmo Comitê se tornaria, em 1875, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha.³⁸ Com o objetivo de assegurar que as idéias propostas no livro de Henry Dunant se tornassem realidade, o Comitê convocou, por meio do Governo suíço, uma Conferência internacional em 26 de outubro de 1863, da qual 16 Estados e 4 instituições tomaram parte.³⁹

A Conferência revelou-se um sucesso e adotou as resoluções que estão na base do Movimento da Cruz Vermelha, dentre elas, o emblema distintivo - uma cruz vermelha sobre um fundo branco - que visa formalizar uma proteção dos serviços médicos no campo de batalha e, também, prover um reconhecimento internacional para a Cruz Vermelha e para os seus ideais.

Em 1868, o Czar da Rússia, Alexandre II, convocou uma primeira Conferência internacional, em São Petersburgo, acerca das leis e dos costumes da guerra, com o propósito de amenizar, ao máximo possível, as atrocidades da guerra, proibindo o uso de armas que infligem sofrimento desnecessário aos combatentes, tais como, balas explosivas. No entanto, a Declaração de São Petersburgo, produzida na Conferência, não teve a receptividade esperada e não foi ratificada pelos países presentes. Em 1874, convocou-se uma nova Conferência, em Bruxelas, da qual 15 Estados europeus participaram com o objetivo de rever os princípios da Declaração de São Petersburgo. Novamente, não houve ratificação por parte dos Estados presentes que consideraram os princípios estabelecidos na referida Conferência como "humanitários demais". No entanto, essas duas Conferências, foram consideradas as primeiras expressões, por parte da comunidade internacional, de

³⁸ Ver biografia de Henry Dunant. Disponível em: (<http://www.shd.ch/?a=6506&p=10073>). Acesso em 15 de setembro, 2005. Livre tradução.

³⁹ Ver *Résolution de la Conférence Internationale de Genève, 26 au 29 Octobre*. 1863. Genebra. Disponível em: (<http://www.icrc.org/dih.nsf/FULL/115?OpenDocument>). Acesso em 7 jan. 2006.

regulamentação dos costumes de guerra e serviram de base para a primeira Conferência da Paz, que iria ocorrer 25 anos mais tarde, em Haia.⁴⁰

I.III. CONCEITUAÇÃO ATUAL DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

Segundo o Comitê da Cruz Vermelha, o Direito Internacional Humanitário constitui uma limitação da soberania dos Estados em caso de conflitos armados.⁴¹ Trata-se de limitar a mesma, no que tange à condução das hostilidades e ao respeito dos indivíduos que estão em combate. O Direito Internacional Humanitário teria dois objetivos principais: o de limitar os recursos, métodos e meios de combate nas hostilidades e o de proteger as vítimas de um conflito armado.⁴² Essas duas vertentes do Direito Internacional Humanitário consistem, respectivamente, no "Direito da Haia" e no "Direito de Genebra". Existe, também, uma vertente que nasceu em Nova Iorque e que deu origem ao "Direito de Nova Iorque". Esse último é fruto das iniciativas tomadas pela Organização das Nações Unidas de "codificação e criação de normas referentes a direitos humanos e conflitos armados com a adoção de Convenções relativas à limitação ou proibição de armamentos convencionais."⁴³

O Direito Internacional Humanitário é um corpo de normas internacionais, de origem convencional e consuetudinária, especificamente, destinado a ser aplicado aos conflitos armados internacionais ou não internacionais, e que limita o direito das partes

⁴⁰ Apud. PREUX, Jean, de.; SIORDET, Henri.; UHLER, Oscar, M. et.al. Op cit, p.53. Livre tradução.

⁴¹ Ver Breve Introdução ao Direito Internacional Humanitário. Disponível em: <http://www.icrc.org/web/por/sitepor0.nsf/iwpList104/846A586AE20F1419C1256DEA00349CD7>). Acesso em: 30 abril. 2006.

⁴² Ibidem

⁴³ GONÇALVES, Joanisval, B. **Tribunal de Nuremberg: a gênese de uma nova ordem no Direito Internacional**. 1.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. pp. 208-209.

em conflito a elegerem, livremente, os métodos e meios utilizados na guerra (Direito da Haia), o que protege as pessoas e os bens afetados (Direito de Genebra). O Direito Internacional Humanitário é descrito como:

“um conjunto de normas internacionais que tem por objetivo proteger as pessoas que não participam ou deixaram de participar das hostilidades e restringir os meios e métodos de guerra. Suas normas estão contidas em tratados aos quais os Estados aderem, voluntariamente, comprometendo-se a respeitar e fazê-los respeitar; ou têm origem no costume internacional, pela repetição de determinadas condutas com a convicção de que devem ser respeitadas e de que sua violação é rejeitada por todos”.⁴⁴

Segundo Celso D. A. Mello, os princípios fundamentais, que estão na base do Direito Internacional Humanitário, seriam:

- 1) O princípio da humanidade - princípio que compreende os aspectos do comportamento humano dos combatentes nos conflitos armados;
- 2) O princípio da limitação da escolha dos meios e métodos dos quais os combatentes dispõem;
- 3) O princípio da honestidade e da boa fé na escolha dos meios e métodos de guerra.
- 4) O princípio da proteção da população civil;
- 5) O princípio da proteção das vítimas da guerra; e,
- 6) O princípio da proteção dos bens de caráter civil.⁴⁵

O Direito Internacional Humanitário é aplicável em casos de conflitos armados internacionais entre dois ou mais Estados, em conflitos de libertação nacional, mesmo sem que exista uma declaração formal de guerra, e em conflitos internos. Sua aplicação se dá por

⁴⁴ Ver Breve Introdução ao Direito Internacional Humanitário. Disponível em: <http://www.icrc.org/web/por/sitepor0.nsf/iwpList104/846A586AE20F1419C1256DEA00349CD7>). Acesso em: 30 abril. 2006.

⁴⁵ MELLO, Celso, A. D. de. **Direitos humanos e conflitos armados**. Rio de Janeiro. Renovar, 1997. p. 148.

meio das Convenções de Genebra que datam de 1949, de seus dois Protocolos, datados de 1977, e de outras Convenções mais recentes e menos difundidas que versam sobre temas específicos, tais como: armas convencionais, patrimônio cultural e minas antipessoais. Existe, igualmente, previsão para conflitos internos, conforme descrito no artigo 3 comum às quatro Convenções de Genebra de 1949.⁴⁶

O Direito Internacional Humanitário é caracterizado como um direito que nunca pode ser suspenso ou derogado, além disso, ele estabelece a obrigação, por parte dos Estados, da adoção de medidas nacionais que punam as violações desse direito. Logo, ele pode ser caracterizado como *jus cogens*, ou seja, correspondente a uma norma imperativa de Direito Internacional Geral.

Segundo Tatyana Friedrich, o primeiro registro do termo *jus cogens* encontra-se em um artigo publicado em 1937 pelo autor Alfred Verdross no qual ele afirma que “uma norma de tratado é nula se for contrária a uma norma compulsória de Direito Internacional Geral ou contra *bonos mores*”⁴⁷. Mais tarde, o conceito de Norma Imperativa foi retomado e definido pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, aprovada em 23 de maio de 1969, que entrou em vigor em 27 de janeiro de 1980, conforme seu artigo 53:

"É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional Geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional Geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional Geral da mesma natureza".⁴⁸

⁴⁶ Ver Convenção III, Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra de 12 de Agosto de 1949. Disponível em: http://www.icrc.org/web/por/sitepor0.nsf/iwpList2/Info_resources:IHL_databases#listanchor2. Acesso em: 22 maio. 2006.

⁴⁷ Apud. FRIEDRICH, S. Tatyana. **As normas imperativas de Direito Internacional Público**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. p. 29.

⁴⁸ Disponível em: (<http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>). Acesso em: 4 de jun. 2006.

Em complemento, o artigo 64 da mesma Convenção estabelece que "se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional Geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e, extingue-se".⁴⁹

Uma Norma Imperativa "expressa uma ordem categórica, que ultrapassa a noção de norma obrigatória, porque aquela é superior a esta. Todas as normas jurídicas são obrigatórias, *a priori*".⁵⁰ Nesse sentido, o *jus cogens* "deve expressar a conjugação dos valores de todas as diferentes visões da humanidade, ainda que esta não esteja representada em sua plenitude".⁵¹ Ou seja, ele é considerado como um bem comum internacional, ele representa, de certa forma, os valores da comunidade internacional e, não apenas interesses particulares de Estados isolados. Segundo Gros Espiell:

"O dever de respeitar os direitos do homem constitui uma norma imperativa do Direito Internacional Geral, um caso de *jus cogens*, talvez o mais caracterizado de nossa época, com todas as conseqüências que derivam dessa afirmação, cujo respeito e vigência se vinculam com a idéia de "ordem pública internacional", o que implica também efeitos de óbvia importância".⁵²

Em complemento à afirmação de Gros Espiell, Antônio A. Cançado Trindade, estabelece que:

"Os tratados de Direito Internacional dos Direitos Humanos incorporam obrigações de caráter objetivo, que transcendem os meros compromissos recíprocos entre as partes. Voltam-se, em suma, à salvaguarda dos direitos do ser humano e não dos direitos dos Estados, na qual exerce função-chave o elemento do "interesse público" comum ou geral (*ou ordre public*) superior. Toda a evolução jurisprudencial, quanto à interpretação própria dos tratados de proteção internacional dos Direitos Humanos, encontra-se orientada nesse sentido"⁵³

⁴⁹ Ibidem

⁵⁰ FRIEDRICH, S. Tatyana. Op. cit, p. 29

⁵¹ Ibidem. p. 34

⁵² Apud. DINSTEIN, Yoram. Op cit, pp. 141-148.

⁵³ TRINDADE, Antônio. A. Cançado, **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos – Fundamentos jurídicos e Instrumentos Micos**. São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 10-11.

Cabe destacar que, segundo o jurista Nagendra Singh,⁵⁴ “o princípio da não-utilização da força pertence à presença imperativa do *jus cogens*”.⁵⁵ Segundo Rodas, o *jus cogens* representaria, “valores éticos, que só se podem impor com força imperativa se forem absolutos e universais”.⁵⁶ Nesse sentido, esse direito expressaria a soma dos princípios de toda a humanidade, mesmo se esta última não está, inteiramente, representada nele.

I.III.I. Domínio Reservado

Segundo Verzijl, o verdadeiro domínio reservado seria representado pelo “group of matters which [international law] does not want to regulate because it wishes to leave to the sovereign States an independent sphere of activity not bound by its prescriptions”.⁵⁷

A esfera do domínio reservado varia em função da medida na qual o Direito Internacional impõe obrigações aos Estados. Tal doutrina, conhecida como “critério do Direito Internacional”, é também representada pela equação “competência nacional (domínio reservado) / matérias não obrigatórias” e, inversamente, pela equação “competência internacional/ matérias obrigatórias”. Essa teoria sugere que a esfera da competência nacional estaria diminuindo na medida em que o desenvolvimento do Direito Internacional estaria trazendo novas obrigações para os Estados. Cabe esclarecer que, as matérias obrigatórias são aquelas tratadas em convenções e tratados internacionais, enquanto que, as matérias não obrigatórias, não o são.

Segundo Gaetano Arangio-Ruiz, no caso dos Direitos Humanos, faz-se uma distinção entre violações massivas, simples ou individuais dos mesmos. A segunda categoria estaria

⁵⁴ Nagendra Singh presidiu a Corte Internacional de Justiça entre 1973 e 1988.

⁵⁵ Apud. FRIEDRICH, S. Tatyana. Op. cit, p. 30.

⁵⁶ Apud. DINSTEIN, Yoram. Op cit, pp. 141-148.

⁵⁷ Apud. ARANGIO-RUIZ, Gaetano, *Recueil des cours: collected courses of the Hague Academy of International law*. Academia de Direito Internacional. Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1993. vol. VI. p. 436. Livre tradução.

sempre localizada, diferentemente, da primeira, na esfera da competência nacional, impenetrável à ação das Nações Unidas e à de outros Estados. A dominação colonial e racial, os crimes de guerra, o genocídio e demais crimes contra a humanidade estão fora do domínio reservado e encontram-se em pleno domínio internacional, suscetível, inclusive, à ação das Nações Unidas.⁵⁸

Segundo Flávia Piovesan, a proteção do Direito Internacional Humanitário não se deve reduzir ao domínio reservado do Estado, ou seja, ele não se deve limitar à competência nacional exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Por sua vez, essa concepção inovadora apontaria para duas importantes conseqüências:

- “1. A revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional, em prol da proteção do Direito Internacional Humanitário; isto é, permitem-se formas de monitoramento e responsabilização internacional, quando o Direito Internacional Humanitário é violado;
2. A cristalização da idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direito.”⁵⁹

Segundo a autora acima citada, entende-se que uma das qualidades mais importantes das convenções reguladoras do Direito na guerra é constituir-se em um código para a atuação dos Estados. Com o reconhecimento universal do Direito Internacional Humanitário por parte dos Estados, as convenções, que regulam tal Direito, constroem um parâmetro internacional para a proteção e defesa desses mesmos direitos. Nesse sentido, elas são o fundamento no qual a comunidade internacional desacredita os Estados. Uma potência que viola os usos e costumes de guerra não é merecedora de aprovação por parte dos demais Estados membros da comunidade mundial.

⁵⁸ Ibidem, p. 40. Livre tradução.

⁵⁹ PIOVESAN, Flávia. Perspectivas para uma justiça global. Disponível em: (<http://www.social.org.br/relatorio2001/relatorio027.htm>). Acesso em: 30 de jan. 2006.

CAPÍTULO II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS E CONCEITO DE PRISIONEIRO DE GUERRA

O presente capítulo propõe-se a estudar os antecedentes históricos do conceito de prisioneiro de guerra, assim como, demonstrar sua evolução e analisar seu conceito atual. Além disso, busca compreender como se aplica o Estatuto de Prisioneiro de Guerra e quais os instrumentos disponíveis para tanto.

Logo após, descreve os mecanismos de proteção existentes para os civis, assim como, para as demais pessoas protegidas pelo Direito Internacional Humanitário. Por fim, esse capítulo trata do tratamento humano que deve ser dispensado, em todo tempo, para os prisioneiros de guerra.

II.I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO CONCEITO DE PRISIONEIRO DE GUERRA

“É falso que se possa matar na guerra, salvo em caso de necessidade; mas, assim que um homem faz do outro seu escravo, não se pode dizer que necessitava matá-lo, já que não o fez. Todo o direito que a guerra pode dar sobre os cativos é o de assegurar-se tanto de suas pessoas que eles não possam mais ser nocivos. Os homicídios efetuados com sangue-frio pelos soldados, e depois do calor da ação, são repudiados por todas as nações do mundo.”⁶⁰

A noção de que os prisioneiros de guerra deveriam receber um tratamento humano foi defendida, dentre outros autores por Montesquieu e Rousseau. Eles afirmavam em suas obras, em especial em “O Espírito das Leis” e em “Do Contrato Social”, que o poder detentor não tem direito de vida ou morte sobre seu prisioneiro de guerra, o qual, uma vez detido, não mais toma parte no conflito, logo, não pode ser morto. Segundo Rousseau:

60 MONTESQUIEU, Charles de Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril cultural, 1988. pp. 114-115.

“Como o objetivo da guerra consiste em destruir o Estado inimigo, tem-se o direito de matar os defensores, enquanto estiverem com as armas na mão; mas tão logo as deponham e se rendam, cessam de ser inimigos ou instrumentos do inimigo, voltam a ser simplesmente homens, e não mais se dispõe de direito sobre suas vidas. Pode-se por vezes matar o Estado sem matar um único de seus membros; ora, a guerra não dá nenhum direito desnecessário ao seu objetivo. Esses princípios não são os mesmos de Grotius; não estão alicerçados nas autoridades de poetas, mas derivam da natureza das coisas e são baseados na razão”.⁶¹

Cabe ressaltar que essas contribuições foram consideradas pela Assembléia Nacional da França que decretou, em 1792, que os prisioneiros de guerra deveriam receber o mesmo tratamento dispensado a um cidadão francês:

“(…) Os prisioneiros de guerra estão sob o cuidado da Nação e da proteção das leis. Todo rigor desnecessário, insulto, violência ou homicídio, cometido contra os prisioneiros, será punido segundo as mesmas leis e as mesmas penas que seriam aplicáveis se esses excessos tivessem sido cometidos contra franceses”.⁶²

Segundo Edoardo Greppi, a primeira tentativa sistemática de regulamentação do tratamento dispensado aos prisioneiros de guerra foi proposta, no Século XIX, durante a Guerra Civil Americana, pelo alemão Franz Lieber.⁶³ Lieber serviu como soldado no exército germânico, combateu em Waterloo, em 1815, contra o exército napoleônico e em Namur, onde foi gravemente ferido. Logo em seguida, foi preso por causa das suas atividades políticas e, após vários meses, foi libertado, mas com a proibição de frequentar as universidades alemãs. Mesmo assim, Lieber foi admitido na Universidade de Jena, na Alemanha, em 1827 e, em seguida, imigrou para os EUA onde mudou seu nome para Francis Lieber e naturalizou-se americano.

A pedido do então Presidente dos EUA, Abraham Lincoln, Lieber codificou os direitos dos prisioneiros de guerra baseando-se nos princípios, usos e costumes dos códigos

61 ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p.8.

62 Apud. PREUX, Jean, de.; SIORDET, Henri.; UHLER, Oscar, M. et.al. Op. cit, p. 52. Livre tradução.

63 Edoardo Greppi. *The evolution of individual criminal responsibility under international law*. *International Review of the Red Cross*: setembro, no. 835, 1999. pp. 531-553.

dos cavaleiros, aplicados na Idade Média. Ele abordou, igualmente, a questão do tratamento dispensado aos espiões, desertores, combatentes ilegais e da proteção aos civis, com o intuito de limitar o número de vítimas e regulamentar a conduta na guerra, para evitar sofrimento desnecessário. Em 24 de abril de 1863, o código de conduta de Lieber (“*The Lieber Code*”) entrou em vigor, mas era usado e aplicado somente às tropas norte-americanas.

Segundo o artigo 49 do referido código, um prisioneiro de guerra era definido como um:

“(…) public enemy armed or attached to the hostile army for active aid, who has fallen into the hands of the captor, either fighting or wounded, on the field or in the hospital, by individual surrender or by capitulation. All soldiers, of whatever species of arms; all men who belong to the rising en masse of the hostile country ; all those who are attached to the army for its efficiency and promote directly the object of the war, except such as are hereinafter provided for; all disabled men or officers on the field or elsewhere, if captured; all enemies who have thrown away their arms and ask for quarter, are prisoners of war, and as such exposed to the inconveniences as well as entitled to the privileges of a prisoner of war.”⁶⁴

Lieber foi além, estendendo os privilégios dispensados aos prisioneiros de guerra a membros de um território invadido pelo inimigo.⁶⁵ Os membros de um território não ocupado, ao pegarem, espontaneamente, em armas para se defenderem do inimigo, deveriam ser considerados como combatentes. Ao serem capturados, os mesmos deveriam ser tratados como “prisioneiros de guerra”. Esse princípio foi adotado, mais tarde, pela III Convenção de Genebra e pelas Conferências da Haia.⁶⁶ Lieber defendia, igualmente, que a crueldade era desnecessária no âmbito da guerra, tal como o sofrimento por si só, os ferimentos provocados fora da área de combate, a tortura e o uso de veneno. Basicamente, toda perfídia era condenada, assim como, os atos de hostilidade que apenas dificultavam os processos de paz.

⁶⁴ LIEBER, Francis. *Laws of war: General Orders no. 100*. Disponível em: (<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/lieber.htm#sec3>). Acesso em 2 jan. 2006.

⁶⁵ LIEBER, Francis. *Rebels without uniforms*. Disponível em: (<http://chab-belgium.com/pdf/english/Rebels%20without%20uniform.pdf>) Acesso em: 1 jan. 2006.

⁶⁶ Ver artigo 4 da III Convenção de Genebra de 1949 e o artigo 2 da Conferência da Haia de 1907.

II.II. EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE PRISIONEIRO DE GUERRA

A primeira Conferência Internacional da Paz, sediada em Haia, em 29 de julho de 1899, rediscutiu a Declaração de Bruxelas, ocorrida devido à iniciativa do Czar Alexandre, e definiu como se deve qualificar um beligerante, e qual tratamento deve ser dispensado aos prisioneiros de guerra. Cabe ressaltar que 18 dos 60 artigos, contidos nos anexos da Convenção citada, eram voltados para os prisioneiros de guerra e que tais artigos foram reaproveitados na Segunda Conferência Internacional da Paz, ocorrida em Haia, dia 15 de junho, em 1907, e que originou a IV Convenção da Haia relativa às normas e aos costumes da guerra em terra.⁶⁷ Essa última, estabelece que o beligerante é obrigado a cumprir com os deveres, assim como, é beneficiado pelos direitos que relevam das leis da guerra, entende-se, igualmente, que o direito mais importante, do qual o beligerante pode-se beneficiar, é o direito de receber o Estatuto de Prisioneiro de Guerra, ao ser capturado, e o tratamento correspondente.

Segundo o artigo I da IV Convenção de Haia, os beligerantes preenchem os seguintes requisitos:

*“(...) 1.To be commanded by a person responsible for his subordinates;
2.To have a fixed distinctive emblem recognizable at a distance;
3.To carry arms openly; and
4.To conduct their operations in accordance with the laws and customs of war.
In countries where militia or volunteer corps constitute the army, or form part of it,
they are included under the denomination "army.””⁶⁸*

⁶⁷ Ver Convenção IV da Haia de 1907. Disponível em: <http://www.cicr.org/ihl.nsf/FULL/195?OpenDocument>). Acesso em 3 jan. 2006.

⁶⁸ Ibidem

Ou seja, se um indivíduo fosse feito cativo e atendesse a todos os critérios do artigo acima, ele deveria receber o tratamento de prisioneiro de guerra. O artigo 2 da mesma Convenção afirma igualmente que:

*“The inhabitants of a territory which has not been occupied, who, on the approach of the enemy, spontaneously take up arms to resist the invading troops without having had time to organize themselves in accordance with Article 1, shall be regarded as belligerents if they carry arms openly and if they respect the laws and customs of war.”*⁶⁹

Trata-se aqui, do mesmo princípio que Lieber defendia ao afirmar que os membros de um território não ocupado, ao pegar espontaneamente em armas, para se defenderem do inimigo, deveriam ser considerados como combatentes e, ao serem capturados, deveriam receber o tratamento correspondente.⁷⁰ Por fim, a IV Convenção da Haia faz menção a mais uma categoria de pessoas protegidas conforme segue no artigo 3 da mesma:

*“The armed forces of the belligerent parties may consist of combatants and non-combatants. In the case of capture by the enemy, both have a right to be treated as prisoners of war.”*⁷¹

Essa categoria compreende todos aqueles que, lutando em grupo ou, isoladamente, não podem se beneficiar dos artigos 1 e 2 acima citados e se encontram, conforme o preâmbulo da IV Convenção, sob a proteção do Direito das Gentes⁷². Pode-se incluir nessa categoria os grupos armados que não se enquadram nos artigos 1 e 2, acima mencionados, a população que se organiza, espontaneamente, para resistir à invasão inimiga, os indivíduos que resolvem tomar parte do conflito e depois se retiram e, por fim, as pessoas que agem, isoladamente, com o objetivo de prestar serviço ao seu país.⁷³

⁶⁹ Ibidem

⁷⁰ LIEBER, Francis. *Laws of war: General Orders no. 100*. Op. cit.

⁷¹ IV Convenção da Haia. Op. cit.

⁷² Ibidem

⁷³ PREUX, Jean, de.; SIORDET, Henri.; UHLER, Oscar, M. et.al. Ob. Cit, p. 55. Livre tradução.

Outros princípios fundamentais foram, igualmente, estabelecidos nas Conferências da Haia, dentre os quais: a obrigação de tratar os prisioneiros humanamente; a proibição de confiná-los, mantendo-os, completamente, isolados; a obrigação de dispensar, aos mesmos, o tratamento dispensado aos soldados da Potência Detentora e a liberdade de culto, conforme descrito nos artigos 4, 5, 7 e 18 da IV Convenção da Haia:

“Art. 4 Prisoners of war are in the power of the hostile Government, but not of the individuals or corps who capture them. They must be humanely treated. All their personal belongings, except arms, horses, and military papers, remain their property.

Art. 5 Prisoners of war may be interned in a town, fortress, camp, or other place, and bound not to go beyond certain fixed limits, but they cannot be confined except as in indispensable measure of safety and only while the circumstances which necessitate the measure continue to exist.

Art. 7 The Government into whose hands prisoners of war have fallen is charged with their maintenance. In the absence of a special agreement between the belligerents, prisoners of war shall be treated as regards board, lodging, and clothing on the same footing as the troops of the Government who captured them.

Art. 18 Prisoners of war shall enjoy complete liberty in the exercise of their religion, including attendance at the services of whatever church they may belong to, on the sole condition that they comply with the measures of order and police issued by the military authorities.”⁷⁴

As Conferências da Haia foram um importante instrumento, para que os Estados resolvessem limitar suas soberanias, no que se refere ao tratamento dispensado aos prisioneiros de guerra e, concedessem, aos mesmos, um estatuto que os protegesse da arbitrariedade da Potência Detentora.

Cabe ressaltar que essas iniciativas foram tomadas paralelamente às iniciativas do Comitê Internacional da Cruz Vermelha que resultaram na Convenção de Genebra para a melhoria das condições dos feridos das Forças Armadas em campo, de 1864.⁷⁵ Essa Convenção foi, mais tarde, substituída pela Convenção de 1906, que se realizou em Genebra,

⁷⁴ IV Convenção da Haia. Op. cit.

⁷⁵ Ver *Convention de Genève du 22 août 1864 pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne*. Genève, 22 août 1864. Disponível em: (<http://www.icrc.org/dih.nsf/FULL/120?OpenDocument>). Acesso em 7 jan. 2006.

e que, também, ficou conhecida como a Convenção de Genebra para a melhoria das condições dos feridos das Forças Armadas em campo.⁷⁶

Em seguida, o Conselho Federal da Suíça resolveu convocar uma Conferência, em 1929, para revisar a Convenção de 1906 e para elaborar a primeira Convenção relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra, que tomou como base os princípios estabelecidos nas Conferências da Haia e nas experiências da I Guerra Mundial.⁷⁷ As definições de pessoas que poderiam receber o Estatuto de Prisioneiro de Guerra descritas na Convenção n. IV da Haia foram reaproveitadas, porém ampliadas, para incluir os beligerantes que eram capturados durante operações militares em mar ou em espaço aéreo, conforme artigo 1 da Convenção de 1929:

“The present Convention shall apply without prejudice to the stipulations of Part VII:

(1) To all persons referred to in Articles 1, 2 and 3 of the Regulations annexed to the Hague Convention (IV) of 18 October 1907, concerning the Laws and Customs of War on Land, who are captured by the enemy.

(2) To all persons belonging to the armed forces of belligerents who are captured by the enemy in the course of operations of maritime or aerial war, subject to such exceptions (derogations) as the conditions of such capture render inevitable. Nevertheless these exceptions shall not infringe the fundamental principles of the present Convention; they shall cease from the moment when the captured persons shall have reached a prisoners of war camp.”⁷⁸

Ao incorporar as medidas de proteção estabelecidas nas Conferências da Haia, a Convenção de 1929 foi além, especificando termos como “tratamento humano” e estabelecendo, igualmente, o princípio de que os prisioneiros de guerra devem ser, particularmente, protegidos de atos de violência, insultos e curiosidade pública⁷⁹. Contrariamente às Conferências da Haia, a Convenção de 1929 prevê a inspeção, por parte de

⁷⁶ Ver *Convention pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne*. Genève, 6 juillet 1906. Disponível em: (<http://www.icrc.org/dih.nsf/FULL/180?OpenDocument>). Acesso em 7 jan. 2006.

⁷⁷ Ver *Convention relative to the Treatment of Prisoners of War*. Geneva, 27 July 1929. Disponível em: (<http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/305?OpenDocument>). Acesso em 7 jan. 2006.

⁷⁸ Ibidem, artigo 1

⁷⁹ Ibidem, artigo 2

agentes neutros, das prisões que abrigam os prisioneiros de guerra. Esses últimos têm a obrigação de respeitar os costumes militares⁸⁰. No entanto, eles podem tentar a fuga e, ao serem capturados, não podem ser punidos pelo intento⁸¹.

Pela primeira vez, reconheceu-se o fato de que as mulheres também poderiam ser feitas prisioneiras de guerra e, nesse sentido, ressaltou-se que elas deveriam ser tratadas com toda a consideração que se aplica ao sexo feminino⁸². Foi, igualmente, adotado, o princípio de que os prisioneiros de guerra deveriam ser tratados de forma igualitária e que as únicas distinções legais que poderiam ser feitas, deveriam ser baseadas na patente militar, no estado de saúde física ou mental, nas habilidades profissionais ou no sexo, visando somente o benefício dos cativos⁸³. Foram, ainda, ampliados os parâmetros estabelecidos no artigo 9 da IV Convenção da Haia no que tange à proteção dos prisioneiros durante os interrogatórios aos quais eram submetidos.⁸⁴ Ademais, a Convenção de 1929 requeria que a potência detentora evacuasse seus prisioneiros de guerra das zonas de combate com a maior brevidade possível.

A Convenção exigia, igualmente, que os prisioneiros não ficassem, inutilmente, expostos ao perigo enquanto esperavam ser evacuados.⁸⁵ Ela estabeleceu normas que definiam como os campos, que abrigavam os prisioneiros, tinham de ser construídos, e especificou, inclusive, quais deveriam ser as condições sanitárias básicas dos mesmos⁸⁶. Estabeleceu-se, ainda, a proibição de se lançar mão dos prisioneiros para a realização de trabalhos considerados de risco ou para a execução de atividades militares.⁸⁷ Era requerido, além disso, que os prisioneiros em estado grave de saúde ou, seriamente, feridos, fossem levados para

⁸⁰ Ibidem, artigo 86

⁸¹ Ibidem, artigo 48

⁸² Ibidem, artigo 3

⁸³ Ibidem, artigo 4

⁸⁴ Ibidem, artigo 5

⁸⁵ Ibidem, artigo 7

⁸⁶ Ibidem, artigo 10

⁸⁷ Ibidem, artigo 31 e 32

seus países de origem ou para um país neutro⁸⁸. Por fim, deveria ser concedido aos prisioneiros o direito de se comunicarem através de cartas com indivíduos que não estivessem detidos, assim como o direito de praticar sua religião, conforme já estabelecido no artigo 18 da IV Convenção da Haia⁸⁹.

II.III. CONCEITO ATUAL DE PRISIONEIRO DE GUERRA

Em 12 de agosto de 1949, as Convenções de 1929 foram revistas e originaram, dentre as quatro Convenções de Genebra, a Convenção de Genebra relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra⁹⁰, aplicada nos dias de hoje, da qual 192 países são signatários, incluindo os EUA.⁹¹ As experiências da II Guerra Mundial, principalmente, no que diz respeito ao trato dispensado aos prisioneiros de guerra, demonstraram a necessidade de se substituir a Convenção de 1929, que já não era mais eficiente. Observou-se, que a interpretação que se dava aos artigos 1 e 2 da Convenção de 1929, colocava, frequentemente, a vida dos prisioneiros de guerra em risco, de forma que a sobrevivência dos mesmos dependia, precisamente, da interpretação dada a esses artigos.⁹² Foi com o intuito de remediar a esse problema, que os redatores da III Convenção de Genebra resolveram estabelecer, no próprio corpo da Convenção, as enumerações das categorias de pessoas protegidas e, não mais designá-las com uma referência à IV Convenção da Haia, conforme havia sido feito na Convenção de 1929. Isso resultou na formulação do artigo 4 da III Convenção de Genebra,

⁸⁸ Ibidem, artigo 68

⁸⁹ Ibidem, artigo 8, 16 e 17

⁹⁰ Ver artigo 4 da III Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativa ao Tratamento de Prisioneiros de Guerra. Disponível em: (<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/dih-conv-III-12-08-1949.html>). Acesso em: 11 de set. 2005.

⁹¹ Ver *Conventions de Genève et Protocoles additionnels: Etats parties*. Disponível em: ([http://www.cicr.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/party_gc/\\$File/Conventions%20de%20Geneve%20et%20Protocoles%20additionnels%20FR.pdf](http://www.cicr.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/party_gc/$File/Conventions%20de%20Geneve%20et%20Protocoles%20additionnels%20FR.pdf)). Acesso em: 11 de set. 2005

⁹² PREUX, Jean, de.; SIORDET, Henri.; UHLER, Oscar, M. et.al. Op. cit, p. 50-80. Livre tradução.

considerado a obra prima da Convenção, o qual constitui a base da mesma. A parte A do artigo descreve que

“A. São prisioneiros de guerra, no sentido da presente Convenção, as pessoas que, pertencendo a uma das categorias seguintes, tenham caído em poder do inimigo:

1) Os membros das Forças Armadas de uma parte no conflito, assim como os membros das milícias e dos corpos de voluntários que façam parte destas Forças Armadas;

2) Os membros das outras milícias e dos outros corpos de voluntários, incluindo os dos outros corpos de voluntários, incluindo os dos movimentos de resistência organizados, pertencentes a uma parte no conflito operando fora ou no interior do seu próprio território, mesmo se este território estiver ocupado, desde que estas milícias ou corpos voluntários, incluindo os dos movimentos de resistência organizados, satisfaçam as seguintes condições:

a) Ter à sua frente uma pessoa responsável pelos seus subordinados;

b) Ter um sinal distinto fixo que se reconheça à distância;

c) Usarem as armas à vista;

d) Respeitarem, nas suas operações, as leis e usos de guerra.

3) Os membros das Forças Armadas regulares que obedeçam a um Governo ou a uma autoridade não reconhecida pela Potência Detentora;

4) As pessoas que acompanham as Forças Armadas sem fazerem parte delas, tais como os membros civis das tripulações dos aviões militares, correspondentes de guerra, fornecedores, membros das unidades de trabalho ou dos serviços encarregados do bem-estar das Forças Armadas, desde que tenham recebido autorização das Forças Armadas que acompanham, as quais lhes deverão fornecer um bilhete de identidade (...);

5) Membros das tripulações, incluindo os comandantes, pilotos e praticantes da Marinha Mercante e as tripulações da Aviação Civil das partes no conflito que não beneficiem de um tratamento mais favorável em virtude de outras disposições do Direito Internacional ;

6) A população de um território não ocupado que, a aproximação do inimigo, pegue, espontaneamente, em armas, para combater as tropas de invasão, sem ter tido tempo de se organizar em força armada regular, desde que transporte as armas à vista e respeite as leis e os costumes da guerra”.

O artigo 4 estabelece duas condições essenciais para determinar a qualidade de prisioneiro de guerra. Primeiro, o indivíduo deve pertencer a uma das categorias do artigo. Segundo, ele deve cair em poder do inimigo. Nota-se que a expressão “caído em poder do inimigo”, utilizada no início do artigo, substituiu a palavra “capturado”, utilizada no artigo 1 da Convenção de 1929. Essa expressão tem um sentido mais amplo, e permite incluir,

igualmente, os casos em que os soldados se tornam prisioneiros sem que haja combate, como, por exemplo, após uma rendição. Ao analisar o item A1 do artigo 4, nota-se, também, que o termo “exército” foi substituído pela expressão “membros das Forças Armadas” de forma a designar, claramente, todos os militares, independentemente, de sua formação. Com isso, torna-se, igualmente, possível incluir as Forças Armadas Terrestres, Marítimas e Aéreas, sem precisar detalhar cada uma delas, conforme foi feito no artigo 1 da Convenção de 1929. Cabe acrescentar que o item A1 do artigo 4 refere-se somente às Forças Armadas pertencentes a um Governo cuja legitimidade é reconhecida pela outra parte em conflito.

O item A2 trata de grupos, relativamente, organizados que tomam parte do conflito, ou melhor, trata de movimentos de resistência, cujos membros não são considerados combatentes regulares. Até então, esses grupos não gozavam de nenhum dos privilégios que eram dispensados aos combatentes regulares, caso caíssem nas mãos do inimigo. Foi somente durante a III Convenção de Genebra que essa questão foi levantada e, onde se sugeriu, igualmente, que os movimentos de resistência recebessem o tratamento dispensado aos combatentes regulares, à condição de preencherem os 4 requisitos contidos no item A2 do artigo 4. O primeiro requisito determina a necessidade de se ter uma pessoa, à frente de um movimento de resistência, que se responsabilize pelos seus subordinados. Isso significa que o comandante do movimento, que pode ser tanto um civil como um militar, deve se responsabilizar por aquilo que ordena e por aquilo que não pode impedir.

O segundo requisito versa sobre a obrigatoriedade de se ter um sinal distinto fixo que se reconheça à distância, no caso dos movimentos de resistência, o sinal substitui o uniforme e deve ser usado de maneira constante independentemente das circunstâncias. Entende-se que o sinal distintivo deve ser único para todos os membros que fazem parte de uma mesma

organização e ele deve ser facilmente reconhecido à distância.⁹³ Segundo os comentários da III Convenção de Genebra, caso os movimentos organizados disponham de veículos, o sinal distintivo deve ser, igualmente, colocado nos mesmos.

O terceiro requisito trata da obrigatoriedade de se usar as armas à vista. Nesse sentido, é importante frisar que não se deve confundir a obrigação de carregar as armas de forma visível com a de carregá-las, ostensivamente, ou seja, importa apenas que se reconheça, facilmente, quem é beligerante e quem não é.⁹⁴ Por fim, o último requisito versa sobre a obrigação de se respeitar as leis e os costumes da guerra. Essa condição engloba, evidentemente, as que acabam de ser enumeradas acima. A III Convenção de Genebra exigia que os movimentos de resistência também tratassem seus prisioneiros de guerra conforme as leis e os costumes da guerra.

Nota-se, no item A3 do artigo 4, uma referência às Forças Armadas regulares que não são reconhecidas por seus adversários. No entanto, isso não as define como Forças Armadas irregulares. ⁹⁵ Cabe frisar que aquilo que caracteriza essas tropas é, simplesmente, o não-reconhecimento, por parte de seus adversários, de sua legitimidade, mas isso não as impede de gozar dos mesmos benefícios concedidos às tropas reconhecidas como legítimas frente aos seus adversários.

Já, o item A4 trata de pessoas ligadas às Forças Armadas que, ao serem detidas, podem gozar dos mesmos privilégios dispensados aos combatentes regulares. No entanto, é preciso primeiro que elas comprovem sua ligação com uma das partes no conflito através de uma carteira de identidade que substitui o uniforme usado pelos soldados ou o sinal distintivo

⁹³ PREUX, Jean, de.; SIORDET, Henri.; UHLER, Oscar, M. et.al. Op. cit, p. 50-80. Livre tradução.

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ Para serem consideradas regulares, as Forças Armadas devem preencher todos os requisitos do item 2 do artigo 4 da III Convenção de Genebra de 1949.

usado pelos membros dos movimentos de resistência. Já, o item A5 versa sobre os membros das tripulações da Marinha Mercante e da Aviação Civil que, até então, não eram protegidos pelo Direito Internacional, porque, segundo a XI Convenção da Haia de 1907, não era permitido detê-los. Mas as experiências da I e da II Guerra Mundial demonstraram que os mesmos detinham o potencial necessário para tomar parte das hostilidades e faziam, oportunamente, uso do mesmo. Foi por isso que a III Convenção de Genebra resolveu incluí-los como pessoas protegidas e, ao fazê-lo, incluiu também os pilotos e os comandantes, que nem sempre eram considerados membros das tripulações.

Por fim, o item A6 faz menciona os membros de um território não ocupado, que pegam, espontaneamente, em armas para se defenderem do inimigo, devem ser considerados pessoas protegidas. Esse princípio já tinha sido mencionado por Francis Lieber em sua obra *“Rebels without uniforms”* e, em 1907, foi inserido na IV Convenção da Haia. Mas para que essa proteção se efetive, é necessário que o grupo organizado se submeta a dois dos quatro princípios estabelecidos no item A2 do artigo 4, quais sejam: usar as armas à vista, respeitar as leis, e os usos da guerra. Cabe ressaltar que a resistência, exercida pelo grupo organizado, deve-se estender por um curto período de tempo, ou melhor, pelo período em que a invasão inimiga perdurar. Caso a resistência prolongue-se, o Governo ao qual pertence o grupo de resistência deve assumir a defesa da região com tropas regulares ou incorporar os membros do grupo de resistência às suas tropas. A III Convenção de Genebra estende os benefícios acordados aos prisioneiros de guerra para mais algumas categorias de pessoas, conforme descrito na parte B do artigo 4.

“B. Beneficiarão também do tratamento reservado pela presente Convenção aos prisioneiros de guerra:

1) As pessoas que pertençam ou tenham pertencido às Forças Armadas do país ocupado se, em virtude disto, a Potência ocupante, mesmo que as tenha inicialmente libertado enquanto as hostilidades prosseguem fora do território por ela ocupado, julgar necessário proceder ao seu internamento, em especial depois de

uma tentativa não coroada de êxito daquelas pessoas para se juntarem às Forças Armadas a que pertenciam e que continuam a combater, ou quando não obedecem a uma ordem que lhes tenha sido dada com o fim de internamento;

2) As pessoas pertencendo a uma das categorias enumeradas neste artigo que as Potências neutras ou não beligerantes tenham recebido no seu território e que tenham de internar em virtude do Direito Internacional, sem prejuízo de qualquer tratamento mais favorável que estas Potências julgarem preferível dar-lhes, e com execução das disposições dos artigos 8.º, 10.º, 15.º, 30.º, 5.º parágrafo, 58.º a 67.º, inclusive, 92.º, 126.º e, quando existam relações diplomáticas entre as partes no conflito e a Potência Neutra ou não beligerante interessada, das disposições que dizem respeito à Potência Protetora. Quando estas relações diplomáticas existem, as partes no conflito de quem dependem estas pessoas serão autorizadas a exercer a respeito delas as funções atribuídas às Potências Protetoras pela presente Convenção sem prejuízo das que estas partes exercem, normalmente, em virtude dos usos e tratados diplomáticos e consulares.

C. Este artigo não afeta o estatuto do pessoal médico e religioso tal como está previsto no artigo 33.º desta Convenção”.⁹⁶

O item B1 diz respeito aos militares que se encontram em território ocupado, ou melhor, aos militares desmobilizados que se encontram em território ocupado e que são detidos pelos ocupantes em razão de seu pertencimento ao exército do território ocupado. Todavia, a aplicação dessa disposição se dá, somente, à condição de que as hostilidades ocorram fora do território ocupado pelo poder inimigo e contra o Estado ao qual os militares desmobilizados pertencem ou contra seus aliados. Já o item B2, trata de uma segunda categoria de pessoas protegidas: os militares internados em países neutros. A aplicação do tratamento de prisioneiro de guerra aos internados em países neutros define o tratamento mínimo que deve ser estendido aos mesmos. De fato, é comum que os militares sejam mais bem tratados em país neutro do que em país inimigo.⁹⁷ O artigo 12 da V Convenção da Haia rege as relações entre o internado e o país neutro e versa sobre a obrigatoriedade desse último em fornecer víveres, vestimentas e socorro para os internados⁹⁸.

⁹⁶ III Convenção de Genebra de 1949. Op. cit, artigo 4.

⁹⁷ PREUX, Jean, de.; SIORDET, Henri.; UHLER, Oscar, M. et.al. Op. cit, p. 50-80. Livre tradução.

⁹⁸ Ver *Convention concernant les droits et les devoirs des Puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre*. Haia, 18 outubro de 1907. Disponível em: (<http://www.icrc.org/dih.nsf/FULL/200?OpenDocument>). Acesso em: 11 set. 2005.

Quanto às competências diplomáticas, o artigo prevê que quando existirem relações diplomáticas entre o país neutro e os países envolvidos em conflito, o pessoal diplomático desses últimos estará autorizado a exercer, no que diz respeito aos internados, as funções atribuídas à potência protetora/ neutra. Por fim, o item C do artigo 4 estabelece que o estatuto do pessoal médico e religioso não é afetado pelo artigo mencionado e que se deve respeitar as disposições contidas no artigo 33 da III Convenção de Genebra.⁹⁹ Existem, igualmente, no artigo 28 da I Convenção de Genebra, previsões para o pessoal das sociedades nacionais da Cruz Vermelha e de outras sociedades de socorros voluntários.¹⁰⁰

II.III.I. Aplicabilidade do Estatuto de Prisioneiro de Guerra

Importante se faz ressaltar que o Estatuto de Prisioneiro de Guerra é de suma relevância, não apenas para os detidos, como também, para uma potência inimiga, no que diz respeito à definição do estatuto legal e do tratamento recebido. Caso o Estatuto de Prisioneiro de Guerra não seja atribuído ao combatente, esse será julgado por ter cometido um ato de beligerância e poderá ser, gravemente, punido segundo a legislação do país no qual está detido. No entanto, segundo o artigo 99(1) da III Convenção de Genebra, os prisioneiros de guerra não podem ser punidos e perseguidos pelo simples fato de tomarem parte ao conflito armado, conforme segue:

⁹⁹ Artigo 33 (1), da III Convenção de Genebra de 1949 prevê que: “O pessoal do serviço de saúde e os capelães enquanto em poder da Potência Detentora com o fim de darem assistência aos prisioneiros de guerra não serão considerados como prisioneiros de guerra. No entanto, beneficiarão, pelo menos, de todas as vantagens e da proteção da presente Convenção, assim como de todas as facilidades necessárias que lhes permitam levar os seus cuidados médicos e o seu auxílio religioso aos prisioneiros de guerra”.

¹⁰⁰ O artigo 28 (1) da I Convenção de Genebra de 1949 prevê que: “Os membros do pessoal que forem assim retidos não serão considerados como prisioneiros de guerra. Contudo beneficiarão, pelo menos, de todas as disposições da Convenção de Genebra relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra, de 12 de Agosto de 1949. Continuarão a exercer, em conformidade com as leis e regulamentos militares da Potência Detentora, sob a autoridade dos serviços competentes e de acordo com a sua consciência profissional, as suas funções médicas ou espirituais em proveito dos prisioneiros de guerra pertencendo de preferência às Forças Armadas de quem eles dependam”.

“Nenhum prisioneiro de guerra poderá ser julgado ou condenado por um ato que não seja, expressamente, reprimido pela legislação da Potência Detentora ou pelo Direito Internacional em vigor no dia em que o ato foi praticado.”

Nesse sentido, caso o estatuto do detido esteja sendo posto em dúvida, deve-se recorrer ao artigo 5 da convenção mencionada, a saber:

“A presente Convenção aplicar-se-á às pessoas visadas no artigo 4.º desde o momento em que tenham caído em poder do inimigo até ao momento da sua libertação e repatriamento definitivos.

Se existirem dúvidas na inclusão em qualquer das categorias do artigo 4.º de pessoas que tenham cometido atos de beligerância e que caírem nas mãos do inimigo, essas pessoas beneficiarão da proteção da presente Convenção, aguardando que o seu estatuto seja fixado por um Tribunal competente”.

O artigo mencionado estabelece que, enquanto existem dúvidas quanto à classificação do prisioneiro em uma das categorias do artigo 4 da III Convenção de Genebra, o mesmo deve se beneficiar do Estatuto de Prisioneiro de Guerra até que o seu estatuto seja definido por um Tribunal competente. No entanto, a III Convenção de Genebra não especifica qual deve ser a composição desse Tribunal ou como se deve proceder em caso de dúvida, conforme afirmação de Yasmin Naqvi:

*“The open-ended wording of the Third Geneva Convention’s Article 5(2) begs the question of what exactly a competent Tribunal consists of, and what judicial guarantees must be accorded to those who come before one. It also raises the question as to how doubt over prisoner-of-war status arises”.*¹⁰¹

Conforme o artigo 5, as dúvidas deveriam ocorrer ao classificar-se um prisioneiro em uma das categorias do artigo 4. Mas o artigo mencionado não prevê quem pode levantar essa dúvida, nem como se daria esse processo. Segundo os comentários da III Convenção de Genebra, dúvidas poderiam ocorrer ao tratar-se de desertores ou de pessoas que acompanhem

¹⁰¹ NAQVI, Yasmin. *Doubtful prisoner-of-war status*. *International Review of the Red Cross*, Genebra, setembro 2002, Vol. 84. no. 847. p. 571.

as Forças Armadas e que tenham perdido sua carteira de identidade.¹⁰² Segundo Naqvi, é, relativamente, fácil duvidar de que um detido não é um prisioneiro de guerra assim como é difícil duvidar de que um detido é um prisioneiro de guerra e, nesse sentido, a decisão de que não existem dúvidas a respeito do estatuto de um detido, não deveria ser tomada unilateralmente.¹⁰³ De fato, a III Convenção de Genebra estabelece um pressuposto para que todos os indivíduos, detidos em conflito armado, sejam considerados prisioneiros de guerra. Esse princípio foi reforçado no primeiro parágrafo do artigo 45 do Protocolo I adicional às Convenções de Genebra relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais:

“Aquele que tomar parte em hostilidades e cair em poder de uma Parte adversa será considerado prisioneiro de guerra e, em consequência, encontra-se protegido pela Convenção III, quando reivindicar o Estatuto de Prisioneiro de Guerra, ou pareça que tem direito ao Estatuto de Prisioneiro de Guerra, ou quando a parte de que depende reivindicar por ele tal estatuto, por notificação à Potência que o detém ou à Potência Protetora. Se existir alguma dúvida sobre o seu direito ao Estatuto de Prisioneiro de Guerra, continuará a beneficiar desse Estatuto e, conseqüentemente, da proteção da Convenção III e do presente Protocolo, enquanto espera que o seu estatuto seja determinado por um Tribunal competente.”¹⁰⁴

O presente artigo reforça o que já estava estabelecido no artigo 5 da III Convenção de Genebra, bem como garante o direito ao Estatuto de Prisioneiro de Guerra aos detidos em conflitos armados, contanto que eles o reivindicuem ou que eles pareçam ter direito ao mesmo ou, ainda, que esse estatuto seja reivindicado pela parte à qual pertencem. Com base no pressuposto estabelecido no artigo 5 da III Convenção de Genebra e no artigo 45 do Protocolo I o processo de tomada de decisão, em caso de dúvida, se inverte de tal maneira que não é mais o detido quem deve provar o seu direito ao Estatuto de Prisioneiro de Guerra, mas é o próprio Tribunal competente que deve trazer provas de que o detido não deve receber o estatuto mencionado. No seu segundo parágrafo, o artigo 45 estabelece que:

¹⁰² PREUX, Jean, de.; SIORDET, Henri.; UHLER, Oscar, M. et.al. Op. cit, p.85. Livre tradução.

¹⁰³ NAQVI, Yasmin. Op. cit, pp. 574, 575. Livre tradução.

¹⁰⁴ Ver Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais. Disponível em: (<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/dih-prot-i-conv-genebra-12-08-1949.html>). Acesso em: 12 nov. 2005.

“Se uma pessoa em poder de uma parte adversa não for detida como prisioneiro de guerra e tiver de ser julgada por essa parte por uma infração ligada às hostilidades, fica habilitada a fazer valer o seu direito ao Estatuto de Prisioneiro de Guerra, perante um Tribunal judicial e a obter uma decisão sobre essa questão. Sempre que o processo aplicável o permita, a questão deverá ser decidida antes de julgada a infração. Os representantes da Potência protetora têm o direito de assistir aos debates em que esta questão for decidida, salvo no caso excepcional em que os debates se processem à porta fechada, por razões de segurança de Estado. Nesse caso, a Potência Detentora deverá avisar a Potência Protetora”.¹⁰⁵

Ou seja, caso haja dúvida quanto ao estatuto do detido, apesar da existência do pressuposto acima estabelecido, o mesmo deverá ser definido por um Tribunal competente. Caso o detido venha a ser julgado, por uma infração ligada às hostilidades, sem ter recebido o direito ao Estatuto de Prisioneiro de Guerra, ele ficará habilitado a fazer valer o mesmo, perante um Tribunal Judicial e obterá uma decisão a esse respeito. Se esse direito não for concedido pelo Tribunal competente, o detido corre o risco de ser acusado por atos que não deveriam ser, necessariamente, considerados como ofensas e de ser privado das garantias, normalmente, concedidas aos prisioneiros de guerra, mesmo que estes tenham cometido atos condenáveis.¹⁰⁶

II.IV. PESSOAS PROTEGIDAS

Segundo o artigo 4 da IV Convenção de Genebra:

“São protegidas pela Convenção as pessoas que, num dado momento e de qualquer forma, se encontrem, em caso de conflito ou ocupação, em poder de uma Parte, no conflito ou de uma Potência ocupante de que não sejam súbditas.

Os súbditos de um Estado que não esteja ligado pela Convenção não são protegidos por ela. Os súbditos de um Estado neutro que se encontrem no território de um Estado beligerante e os súbditos de um Estado co-beligerante não serão considerados como pessoas protegidas enquanto o Estado de que são súbditos tiver

¹⁰⁵ Ibidem

¹⁰⁶ Y. SANDOZ, C. Swinarski & B. Zimmerman. *Commentary to the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, 8 June 1977 (Protocol I)*, Martinus Nijhoff Publishers. Genebra. 1987, p. 554. Livre tradução.

representação diplomática normal junto do Estado em poder do qual se encontrem”.¹⁰⁷

Existe, igualmente, previsão, no terceiro parágrafo do artigo 45 do Protocolo I, para os detidos que não se enquadram nos requisitos do artigo 4 da III Convenção de Genebra, conforme descrito abaixo:

“Todo aquele que, tendo tomado parte em hostilidades, não tiver direito ao Estatuto de Prisioneiro de Guerra e não beneficiar de um tratamento mais favorável, em conformidade com a Convenção IV, terá, em qualquer momento, direito à proteção do artigo 75.º do presente Protocolo. Em território ocupado, salvo no caso de detenção por espionagem, beneficiará, igualmente, dos direitos de comunicação previstos na Convenção IV, não obstante as disposições do artigo 5.º desta Convenção”.¹⁰⁸

O parágrafo trata das pessoas, perseguidas por terem tomado parte das hostilidades, para as quais o Estatuto de Prisioneiro de Guerra foi recusado. Mas é necessário especificar que ele não inclui os combatentes aos quais o Estatuto de Prisioneiro de Guerra não se aplica em conformidade ao parágrafo 4 do artigo 44 do Protocolo I:

“Qualquer combatente que cair em poder de uma parte adversa, quando não se encontrar nas condições previstas pela segunda frase do n.º 3¹⁰⁹, perde o direito a ser considerado como prisioneiro de guerra, beneficiando, no entanto, de proteção equivalente, em todos os aspectos, à concedida aos prisioneiros de guerra pela Convenção III e pelo presente Protocolo. Essa proteção compreende proteções equivalentes às concedidas aos prisioneiros de guerra pela Convenção III, no caso de tal pessoa ser julgada e condenada por todas as infrações que tiver cometido.”

107 Ver Convenção de Genebra relativa à Proteção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra, de 12 de Agosto de 1949. Disponível em: (<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-conv-IV-12-08-1949.html>.) Acesso em: 12 de outubro, 2006.

¹⁰⁸ Ver Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais. Op. cit.

¹⁰⁹ Faz-se referência ao artigo 44 (3) no qual se estabelece que: “Para que a proteção da população civil contra os efeitos das hostilidades seja reforçada, os combatentes devem distinguir-se da população civil quando tomarem parte num ataque ou numa operação militar preparatória de um ataque. Dado, no entanto, existirem situações nos conflitos armados em que, devido à natureza das hostilidades, um combatente armado não se pode distinguir da população civil, conservará o estatuto de combatente desde que, em tais situações, use as suas armas abertamente: a) Durante cada reencontro militar; e b) Durante o tempo em que estiver à vista do adversário quando tomar parte num desdobramento militar que preceda o lançamento do ataque em que deve participar”.

Esses últimos, de fato, são beneficiados pelas garantias da III Convenção de Genebra, enquanto que a presente disposição visa as pessoas que não dispõem dessas mesmas garantias, tais como: indivíduos que não pertencem às Forças Armadas, mercenários e espiões.¹¹⁰ Em princípio, em um conflito armado internacional, uma pessoa nacional da potência inimiga que não recebe o direito ao Estatuto de Prisioneiro de Guerra desfruta, de qualquer forma, da proteção dispensada aos civis, conforme a IV Convenção de Genebra.¹¹¹ Cabe enfatizar que o detido tem, em todo tempo, direito à proteção do artigo 75 do Protocolo I.¹¹²

A Conferência diplomática de 1929, que revisou a Convenção de Genebra sobre os feridos e doentes, se limitou apenas a emitir o desejo de que estudos mais aprofundados fossem empreendidos, visando a conclusão de uma convenção internacional a respeito da proteção aos civis.¹¹³ O Comitê Internacional da Cruz Vermelha elaborou, então, um projeto de convenção de 40 artigos que foi aprovado pela XVª Conferência Internacional da Cruz Vermelha reunida em Tokyo, em 1934.¹¹⁴ O mesmo foi adotado pelas Convenções de Genebra em 1949 e consiste na IV Convenção que versa, de maneira sucinta, sobre a proteção das populações civis contra os efeitos da guerra, mas não aborda a questão da limitação do emprego das armas. A maior parte da convenção estabelece as regras do estatuto e do tratamento das pessoas protegidas. Cabe destacar que a IV Convenção de Genebra não substitui, mas, apenas, complementa, a IV Convenção da Haia, ainda em vigor.

¹¹⁰ Ibidem, artigo 43 e 51.

¹¹¹ Ver Convenção IV, Convenção de Genebra Relativa à Proteção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra, de 12 de Agosto de 1949. Disponível em: (<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-conv-IV-12-08-1949.html>). Acesso em 15 março, 2006.

¹¹² Ver Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais. Op. cit.

⁹⁴ Ver *Acte final de la Conférence diplomatique de 1929. Genève, 27 juillet 1929*. Disponível em: (<http://www.icrc.org/dih.nsf/FULL/295?OpenDocument>). Acesso em: 25 jan. 2006. Livre tradução.

⁹⁵ Ver *Projet de Convention internationale concernant la condition et la protection des civils de nationalités ennemie qui se trouvent sur le territoire d'un belligérant ou sur un territoire occupé par lui*. Tokyo, 1934. Disponível em: (<http://www.icrc.org/dih.nsf/FULL/320?OpenDocument>). Acesso em: 25 jan. 2006. Livre tradução.

O artigo 75 do Protocolo I versa sobre a proteção que deve ser dispensada, em todo tempo, aos indivíduos que atendem aos seguintes critérios: são afetados pelo conflito armado ou pela ocupação; estão em poder de uma parte no conflito e; não se beneficiam de um tratamento mais favorável, nos termos das Convenções e do Protocolo I.¹¹⁵ Ao analisar-se o primeiro critério, entende-se que a proteção é estendida a todas as pessoas que de alguma maneira foram afetadas pelo conflito, mas resta a saber quais pessoas se enquadram nessa categoria. Toda a população de um país em guerra é afetada de uma forma ou de outra, mas esse artigo se aplica somente aos civis que são detidos em decorrência de ações tomadas durante o conflito, ou seja, aos indivíduos aos quais se aplicam medidas de segurança.¹¹⁶ Resumidamente, o combatente ao ser detido recebe o Estatuto de Prisioneiro de Guerra e o civil recebe o de Pessoa Protegida, conformemente à IV Convenção de Genebra.¹¹⁷ O segundo critério é auto explicativo e não necessita ser comentado. Enquanto que, o último faz menção às pessoas que não podem se beneficiar das Convenções de Genebra, conforme mencionado abaixo no artigo 5 da IV Convenção de Genebra:

“Se, no território de uma parte no conflito, esta tiver fundamentadas razões, para considerar que uma pessoa protegida pela presente Convenção é, individualmente, objeto de uma suspeita legítima de se entregar a uma atividade prejudicial à segurança ou se ficou averiguado que ela se entrega de fato a esta atividade, a referida pessoa não poderá prevalecer-se dos direitos e privilégios conferidos pela presente Convenção, os quais, se fossem usados em seu favor, poderiam ser prejudiciais à segurança do Estado.

Se, num território ocupado, uma pessoa protegida pela Convenção for detida como espiã ou sabotadora, ou porque sobre ela recai uma legítima suspeita de se entregar a atividades prejudiciais à segurança da Potência ocupante, a referida pessoa poderá, nos casos de absoluta necessidade da segurança militar, ser privada dos direitos de comunicação previstos pela presente Convenção.

¹¹⁵ Ver Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais. Op. cit.

¹¹⁶ Ver *Commentaire au Protocole additionnel (I) aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)* de 8 de junho, 1977. Disponível em : (<http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/470-750096?OpenDocument>). Acesso em: 5 de janeiro, 2006.

¹¹⁷ Ver Convenção IV, Convenção de Genebra Relativa à Proteção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra, de 12 de Agosto de 1949. Op. Cit.

Em cada um destes casos, as referidas pessoas serão, porém, tratadas com humanidade e, em caso de serem processadas, não serão privadas do direito a um processo imparcial e regular previsto pela atual Convenção.

Voltarão, igualmente, a beneficiar de todos os direitos e privilégios de uma pessoa protegida em conformidade com a presente Convenção, o mais cedo possível, mas sem prejuízo da segurança do Estado ou Potência ocupante, conforme o caso.”

Essa disposição trata de civis aos quais se aplica a noção de pessoas protegidas prevista na IV Convenção de Genebra. Mas, é possível, também, designar aos civis, que tenham cometido atos de beligerância, o Estatuto de Prisioneiro de Guerra, conforme artigo 4 e o artigo 5 da III Convenção de Genebra. Segundo os comentários do Protocolo I, as categorias de pessoas compreendidas no artigo 75 são as seguintes:

- 1) Indivíduos nacionais de Estados que não são parte das Convenções de Genebra;
- 2) Indivíduos nacionais de Estados que não são parte do conflito;
- 3) Indivíduos nacionais de Estados aliados aos Estados que são parte do conflito;
- 4) Refugiados e apátridas;
- 5) Mercenários;
- 6) Pessoas para as quais o Estatuto de Prisioneiro de Guerra foi recusado; e,
- 7) Pessoas protegidas enquadradas no artigo 5 da IV Convenção de Genebra.

Caso o detido se enquadre em alguma dessas categorias, ele disporá dos benefícios previstos no artigo 75 do Protocolo I, primeiro parágrafo, em que se tem o seguinte:

“Na medida em que forem afetadas por uma situação prevista pelo artigo 1.^o¹¹⁸ do presente Protocolo, as pessoas que estiverem em poder de uma parte no conflito e não beneficiarem de um tratamento mais favorável, nos termos das Convenções e do presente Protocolo, serão, em qualquer circunstância, tratadas com humanidade e beneficiarão, pelo menos, das proteções previstas pelo presente artigo, sem discriminação baseada na raça, cor, sexo, língua, religião ou crença, opiniões políticas ou outras, origem nacional ou social, fortuna, nascimento ou outra situação, ou qualquer outro critério análogo. Todas as partes respeitarão a pessoa, a honra, as convicções e práticas religiosas de todas essas pessoas.”

¹¹⁸ Faz-se referência a “conflitos armados em que os povos lutam contra a dominação colonial e a ocupação estrangeira e contra os regimes racistas no exercício do direito dos povos à autodeterminação, consagrado na Carta das Nações Unidas e na Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional Respeitante às Relações Amigáveis e à Cooperação entre os Estados nos termos da Carta das Nações Unidas”.

Além disso, o artigo ainda faz referência a atos proibidos de serem executados contra detidos, independentemente, das circunstâncias, conforme segue:

“São e permanecerão proibidos em qualquer momento ou lugar, quer sejam cometidos por agentes civis quer por militares, os atos seguintes:

a) Atentados contra a vida, saúde e bem-estar físico ou mental das pessoas, nomeadamente:

i) Assassínio;

ii) Tortura sob qualquer forma, física ou mental;

iii) Castigos corporais; e

iv) Mutilações;

b) Atentados contra a dignidade da pessoa, nomeadamente os tratamentos humilhantes e degradantes, a prostituição forçada e qualquer forma de atentado ao pudor;

c) Tomada de reféns;

d) Penas coletivas;

e) Ameaça de cometer qualquer dos atos supracitados.”

Todos os artigos e convenções citados prevêem garantias para o detido que tenha recebido o Estatuto de Prisioneiro de Guerra ou para o detido cujo estatuto ainda não foi definido. Mas, o maior problema não consiste na aplicação dessas garantias, mas, sim, na definição do estatuto dos cativos. Conforme o artigo 45 do Protocolo I, o estatuto do mesmo deve ser definido antes do julgamento da infração, e, caso isso não ocorra, a aplicação das proteções processuais acordadas aos prisioneiros, pela III Convenção de Genebra, tornam-se impossíveis. Em todo caso, os Direitos Humanos, que são aplicáveis em todos os momentos, garantem que não se pode partir do pressuposto que uma pessoa é culpada, mas, sim, do pressuposto que ela é inocente até que se prove o contrário, conforme segue na Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembléia-Geral da Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948:

“(1) Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defense.

(2) No one shall be held guilty of any penal offence on account of any act or omission which did not constitute a penal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the penal offence was committed.”¹¹⁹

Esse princípio foi, igualmente, estabelecido na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, aprovada pela IX Conferência Internacional de Estados Americanos que ocorreu em Bogotá em março de 1948, conforme segue no artigo 26:

“Parte-se do princípio de que todo acusado é inocente até que sua culpabilidade seja provada. Toda pessoa acusada de um delito tem o direito de ser ouvida de uma forma imparcial e pública, de ser julgada por tribunais já estabelecidos de acordo com leis preexistentes, e de que não lhe sejam infligidas penas cruéis, infamantes ou inusitadas”.¹²⁰

Além disso, proíbe-se, conforme o artigo 3, comum às quatro Convenções de Genebra, “as condenações proferidas e as execuções efetuadas sem prévio julgamento realizado por um Tribunal regularmente constituído, que ofereça todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados”, assim como, “as ofensas contra a vida e a integridade física, especialmente, o homicídio sob todas as formas, mutilações, tratamentos cruéis, torturas e suplícios” e “as ofensas à dignidade das pessoas, especialmente, os tratamentos humilhantes e degradantes”.

Em suma, é possível encontrar no Direito Internacional Humanitário e nos Direitos Humanos as provisões necessárias para a proteção da pessoa humana em caso de conflito ou em tempo de paz. Essa proteção destina-se tanto aos combatentes, quanto aos civis, além de incluir os prisioneiros de guerra e pode ser aplicada e defendida por intermédio dos Estados,

¹¹⁹ Ver artigo 11. Disponível em: (<http://www.un.org/Overview/rights.html>). Acesso em: 14 jun. 2006.

¹²⁰ Ver Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Disponível em: (<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/oadcl.htm>). Acesso em 22 setembro, 2006.

de Organizações Internacionais, de Organizações não Governamentais, assim como, de pessoas individuais.

II.V. TRATAMENTO HUMANO

Em princípio, a detenção de pessoas, durante a guerra, se dá para que elas não possam ter mais participação nas hostilidades ou para protegê-las das mesmas, mas nunca para puni-las.¹²¹

O artigo 13 da III Convenção de Genebra estabelece que:

“Os prisioneiros de guerra devem ser sempre tratados com humanidade. É proibido, e será considerado como uma infração à presente Convenção, todo o ato ou omissão ilícita da parte da Potência Detentora que tenha como consequência a morte ou ponha em grave perigo a saúde de um prisioneiro de guerra em seu poder. Em especial, nenhum prisioneiro de guerra poderá ser submetido a uma mutilação física ou a uma experiência médica ou científica de qualquer natureza que não seja justificada pelo tratamento médico do prisioneiro referido e no seu interesse. Os prisioneiros de guerra devem também ser sempre protegidos, principalmente, contra todos os atos de violência ou de intimidação, contra os insultos e a curiosidade pública. São proibidas as medidas de represália contra os prisioneiros de guerra.”

A obrigação de dispensar um tratamento humano aos prisioneiros de guerra consiste no carro chefe das Convenções de Genebra. O termo “tratar” deveria ser entendido no sentido amplo, aplicando-o a todas as condições da existência humana e a noção de humanidade, por sua vez, deveria ser entendida como a maneira pela qual se deve tratar um ser humano.¹²² Cada ser deve ser tratado em conformidade com a sua natureza. Nesse sentido, a proibição de certos atos que não são compatíveis com esse tratamento tem um caráter geral e absoluto. Tais proibições são válidas em todo o tempo e são aplicadas, inclusive, em casos onde pessoas protegidas são tratadas com rigor.

¹²¹ PREUX, Jean, de.; SIORDET, Henri.; UHLER, Oscar, M. et.al. Op. cit, p. 149. Livre tradução.

¹²² Ibidem. pp. 149-151. Livre tradução.

Nesse sentido, é necessário que as exigências sejam respeitadas mesmo ao aplicar-se medidas de segurança ou de repressão. Dessa forma, as obrigações conservam toda sua validade ao submeter-se pessoas a regimes penitenciários. Nessas situações, onde os valores humanos parecem mais ameaçados, essa disposição tem grande importância.¹²³

Segundo a III Convenção de Genebra, o zelo pela vida e pela saúde dos prisioneiros é a primeira grande obrigação - a obrigação fundamental - que resulta do direito que os prisioneiros têm de beneficiar-se de um tratamento humano.¹²⁴ Outro princípio, estabelecido nas Convenções de Genebra, consiste na proibição de submeter-se os prisioneiros de guerra a mutilações e a experimentos de qualquer natureza que não justifiquem o tratamento médico do detido. Isso reflete a preocupação dos redatores da III Convenção de Genebra em evitar as atrocidades cometidas durante a II Grande Guerra.

As represálias contra os prisioneiros de guerra são igualmente proibidas segundo a III Convenção de Genebra. Esse princípio foi, apenas, estabelecido nas Convenções de Genebra, em 1949. Antes disso, quando um ato ilícito era cometido por uma das partes em conflito contra a outra parte, a parte lesada utilizava-se dos prisioneiros de guerra para chantagear a outra parte, que não tardava em retratar-se. No entanto, esse costume foi abolido nas Convenções de Genebra visto que não condizia com o tratamento humano que os prisioneiros de guerra devem receber.

O artigo 14 da III Convenção de Genebra estabelece outros princípios fundamentais, tais como:

“Os prisioneiros de guerra têm direito, em todas as circunstâncias, ao respeito da sua pessoa e da sua honra. As mulheres devem ser tratadas com todo o respeito devido ao seu sexo e beneficiar em todos os casos de um tratamento tão favorável como o que é dispensado aos homens. Os prisioneiros de guerra conservam a sua

¹²³ Ibidem

¹²⁴ Ibidem

plena capacidade civil igual à que tinham no momento de serem feitos prisioneiros. A Potência Detentora não poderá limitar-lhes o exercício daquela, quer no seu território quer fora, senão na medida em que o cativo o exigir.”

O termo “pessoa” deve ser entendido no sentido amplo, ou seja, engloba-se a dimensão física, psíquica e espiritual.¹²⁵ Segundo os Comentários da III Convenção de Genebra, ao falar-se em preservação da integridade do prisioneiro, entende-se que é proibido matá-lo, feri-lo ou colocá-lo em perigo. O respeito à pessoa humana vai além da simples proteção física, ele compreende todos os atributos essenciais da personalidade humana que é resultante do conjunto de convicções religiosas, políticas, intelectuais, sociais, etc. O sentimento de honra é um dos fatores da personalidade moral. Nesse sentido, é proibido submeter os cativos a difamações, calúnias, injúrias e a violações de segredos de caráter privado.

A III Convenção de Genebra prevê, igualmente, que os prisioneiros podem usar seus distintivos e fardas nacionais e que eles devem ser tratados em conformidade com os seus respectivos escalões. Não é permitido obrigá-los a desenvolver trabalhos considerados degradantes e, em caso de morte, a sepultura dos mesmos deve ser honrável.¹²⁶ As Convenções de Genebra de 1929 versaram sobre o tratamento a ser dispensado às mulheres detidas, tais princípios foram retomados pela III Convenção de Genebra que estabeleceu, que elas tinham de ser tratadas em conformidade com o seu sexo.

Nesse sentido, estabeleceu-se que elas deviam receber o mesmo tratamento dispensado aos detidos do sexo masculino, ou melhor, o tratamento dispensado às mulheres devia ser ao menos tão bom quanto o tratamento dispensado aos homens. Existem, no entanto, algumas noções que devem ser sempre consideradas ao tratar-se de mulheres detidas, tais como: a

¹²⁵ Ibidem. pp. 150-163. Livre tradução.

¹²⁶ Ver Convenção III, Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra de 12 de Agosto de 1949. Op. cit. artigo 44, 52, 120 (4).

fraqueza física, a honra, o pudor, a gravidez e a amamentação. Quanto aos direitos civis dos prisioneiros, também previstos no artigo mencionado acima, entende-se que eles são exercidos por maiores de idade com capacidade de discernimento. O princípio da capacidade civil dos prisioneiros de guerra evidencia que a detenção de guerra não é análoga à detenção de direito comum. A detenção de guerra não atinge a honra ou a dignidade do detido, enquanto que a detenção de direito comum sim. Nessa visão, os prisioneiros de guerra conservam suas plenas capacidades civis e podem exercer seus direitos tanto no seu país de origem, de domicílio, ou no país onde se encontram detidos.

Com base no descrito acima, realizar-se-á uma análise, no próximo capítulo, de um caso concreto de pessoas detidas na baía de Guantánamo, Cuba. Essa análise buscará verificar se e como se aplicou o Direito Internacional Humanitário, mais especificamente, o Estatuto de Prisioneiro de Guerra aos detidos em questão.

CAPÍTULO III. ESTUDO DE CASO: Baía de Guantánamo

Esse capítulo propõe-se a estudar a aplicação do Estatuto de Prisioneiro de Guerra a combatentes detidos na baía de Guantánamo, Cuba, e a ilustrar de que forma o Direito Internacional Humanitário é respeitado na atualidade. Primeiramente, far-se-á uma breve análise da baía de Guantánamo, em seguida, estudar-se-á o histórico do conflito armado travado entre as Potências em questão (EUA e Afeganistão). Logo depois, analisar-se-á o estatuto dos detidos, assim como, o funcionamento dos instrumentos criados para definir esse estatuto (“*Combatant Status Review Tribunals*”). Por fim, buscar-se-á explicar a aplicação do artigo 3, comum as quatro Convenções de Genebra.

III.I. BAÍA DE GUANTÁNAMO

A base naval de Guantánamo fica localizada na costa sudeste de Cuba. Ela foi estabelecida por membros da Marinha americana em 6 de junho de 1898, durante a Guerra Hispano-Americana e “alugada” aos Estados Unidos em 2 de julho de 1903, por meio de um acordo assinado pelo presidente Theodore Roosevelt.¹²⁷ A base naval de Guantánamo é a estação militar mais antiga (1903) dos EUA que se localiza fora de seu território nacional. Cabe ressaltar que Cuba não tem acesso nem jurisdição sobre a base de Guantánamo e que o controle e a administração de tudo que ocorre na mesma é de responsabilidade do Departamento de Defesa dos EUA.¹²⁸

O Tratado imposto à Cuba, pelos EUA, em 1903, assim como, a versão modernizada do mesmo, datada de 1934, utilizam-se do termo “aluguel” para descrever a posse,

¹²⁷ Ver *US Naval Station Guantanamo Bay, Cuba*. Disponível em: (<http://www.nsgtmo.navy.mil/>). Acesso em: 15 de setembro, 2006.

¹²⁸ Ver site da Embaixada de Cuba no Reino Unido. Disponível em: (<http://www.cubaldn.com/spanishFiles/BNG.pdf>). Acesso em: 15 de setembro, 2006.

indeterminada, dos EUA dessa parte do território cubano. O documento de 1934 estipula que esse perímetro seria utilizado pelos EUA para fins militares e para outros propósitos enquanto ambos os Governos estivessem de acordo em não modificar o Tratado. O montante do “aluguel” do local é de 4085,34 USD por héctar, mas, desde 1959, o Governo de Cuba nunca lançou mão desses recursos, em sinal de protesto.¹²⁹

III.II. HISTÓRICO DO CONFLITO EUA X AFEGANISTÃO

Em 11 de setembro de 2001, um grupo pertencente a uma organização terrorista, cuja a atividade principal consiste em financiar e executar atos terroristas, nomeada *Al Qaeda*, atacou os EUA. Isso provocou, dentre outras coisas, a morte indiscriminada de milhares de civis. Em resposta a esses ataques, os EUA capturaram e dizimaram o maior número possível de membros da *Al Qaeda*. Visto que boa parte desses últimos estavam localizados no território do Afeganistão, foi solicitado que o Talibã, grupo que controlava, de fato, o país, dominando mais de 90% do território nacional, assistisse os EUA em suas investidas contra a *Al Qaeda*. O Talibã recusou e informou que continuaria a abrigar a *Al Qaeda*. Conseqüentemente, os EUA atacaram as Forças Armadas do Talibã, assim como, da *Al Qaeda* e, ao longo desse processo, detiveram centenas de combatentes pertencentes a ambas as organizações.

Uma vez capturados, resta, agora, a saber qual o estatuto das pessoas detidas e quais os benefícios aplicados a elas. Além disso, falta definir a legalidade ou a ilegalidade dos combatentes, ou melhor, se eles tinham o direito de tomar parte das hostilidades, ou se eles são, apenas, pessoas que podem ser perseguidas por crimes de guerra. Em 7 de fevereiro de 2002, o Presidente Bush estabeleceu, que, somente, os membros do Talibã poderiam receber o

¹²⁹ Ibidem

tratamento descrito nas Convenções de Genebra e que os membros da *Al Qaeda* não poderiam recebê-lo. Ele afirmou, ainda, que ambos não seriam considerados como prisioneiros de guerra, mas que iriam receber um tratamento humano.¹³⁰

Cabe lembrar que o Direito Internacional Humanitário não admite a legalidade da guerra, de fato, o recurso ao uso da força nem deveria existir nas relações internacionais, conforme visto anteriormente. Nesse sentido, pode-se afirmar que uma das partes no conflito violou o Direito Internacional Humanitário ao fazer recurso à força. No entanto, apesar do Direito Internacional Humanitário não admitir os conflitos armados, ele os regula e deve aplicar-se de forma idêntica, tanto para a parte que o violou, dando início às hostilidades, quanto para a parte que foi atacada.

Segundo Marco Sassòli, o Direito Internacional Humanitário deve ser respeitado, independentemente, de toda argumentação possível no que tange ao *jus ad bellum*. Todas as teorias que tratam de guerras justas e injustas não podem permitir que aqueles que estão lutando por uma causa justa, tenham mais direitos e privilégios que seus inimigos. Ou seja, o Direito Internacional Humanitário se aplica a todos os conflitos armados qualquer que seja sua qualificação de *jus ad bellum*.¹³¹ Além disso, em casos de conflitos armados internacionais entre dois ou mais Estados e em conflitos de libertação nacional, mesmo sem que exista uma declaração formal de guerra, o Direito Internacional Humanitário, também, é aplicável.¹³²

No caso do conflito entre os EUA e o Afeganistão, as forças militares dos EUA entraram em solo afegão, dirigindo-se, não apenas, contra os membros da *Al Qaeda*, como também, contra os Talibãs, os quais não foram reconhecidos, pelos EUA, como o Governo

¹³⁰ Vide anexo II.

¹³¹ SASSÒLI, Marco. Op. cit. p. 5. Livre tradução.

¹³² Ver Convenção III, Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra de 12 de Agosto de 1949. Op. cit. artigo 2.

legítimo do Afeganistão.¹³³ No entanto, isso não impede que os Talibãs sejam contemplados pelas proteções da III Convenção de Genebra, conforme descrito no artigo 4(3) da mesma.¹³⁴

III.III. ESTATUTO DOS DETIDOS EM GUANTÁNAMO

Ao longo das operações militares no Afeganistão, um grande número de afegãos e de combatentes de outras nacionalidades pertencentes a *Al Qaeda* ou, simplesmente, membros do Talibã, foram detidos pelos EUA e levados para a base militar de Guantánamo. Na altura, o Secretário de Estado dos EUA, Donald Rumsfeld, afirmou que as pessoas detidas pelos EUA não eram prisioneiros de guerra, mas, sim, “combatentes inimigos”.¹³⁵

*“For purposes of this order, the term “enemy combatant” shall mean an individual who was part of or supporting Taliban or al Qaeda forces, or associated forces that are engaged in hostilities against the United States or its coalition partners. This includes any person who has committed a belligerent act or has directly supported hostilities in aid of enemy armed forces. Each detainee subject to this order has been determined to be an enemy combatant through multiple levels of review by officers of the Department of Defense”.*¹³⁶

Para defender tal posicionamento, segundo Marco Sassòli, o Governo americano baseou-se em dois argumentos. O primeiro consiste no fato dos EUA não reconhecerem o Governo dos Talibãs e, muito menos, a legitimidade da *Al Qaeda*. Mas, conforme a III Convenção de Genebra os membros das Forças Armadas regulares que obedecem a um Governo ou a uma autoridade não reconhecida pela Potência Detentora, ao caírem em poder do inimigo, devem receber o Estatuto de Prisioneiro de Guerra e o tratamento correspondente.¹³⁷ O segundo argumento consiste no fato de que se os detidos de Guantánamo

¹³³ Vide anexo II.

¹³⁴ Ver Convenção III, Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra de 12 de Agosto de 1949. Op. cit. artigo 4 (3).

¹³⁵ Vide anexo IV.

¹³⁶ Ibidem

¹³⁷ Ver Convenção III, Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra de 12 de Agosto de 1949. Op. cit. artigo 4 (3).

fossem qualificados como prisioneiros de guerra, ficaria mais difícil persegui-los pelos crimes cometidos. Além disso, eles teriam de ser, imediatamente, repatriados com o cessar das hostilidades e não poderiam ser interrogados sobre suas possíveis atuações terroristas.¹³⁸

Os indivíduos capturados, pelo inimigo, no decorrer de um conflito armado internacional ou são combatentes – e, portanto, são contempladas pelos benefícios contidos na III Convenção de Genebra - ou não o são – logo, são protegidas pela IV Convenção de Genebra.¹³⁹ Nesse sentido, não existe estatuto intermediário, nenhuma pessoa capturada pelo inimigo pode encontrar-se fora do âmbito da aplicação do Direito Internacional Humanitário.¹⁴⁰ O artigo 4 da III Convenção de Genebra estabelece que:

“São prisioneiros de guerra, no sentido da presente Convenção, as pessoas que, pertencendo a uma das categorias seguintes, tenham caído em poder do inimigo: (...)

3) Os membros das Forças Armadas regulares que obedeçam a um Governo ou a uma autoridade não reconhecida pela Potência Detentora.”

Se o Talibã fosse o Governo que, de fato, governava o Afeganistão, seria difícil sustentar que seus combatentes não eram pertencentes às suas “Forças Armadas”.¹⁴¹ Quanto à *Al Qaeda*, torna-se difícil determinar se os membros dessa organização eram pertencentes às Forças Armadas do Afeganistão, uma vez que não se sabe se eles eram integrados ao Talibã ou se eles eram subordinados ao Governo do Afeganistão, conforme exigido na III Convenção de Genebra, para que o Estatuto de Prisioneiro de Guerra possa lhes ser acordado.¹⁴² Nesse sentido, eles poderiam, eventualmente, ser considerados civis protegidos, que tomaram,

¹³⁸ SASSÓLI, Marco. Op. cit. p.13. Livre tradução.

¹³⁹ Ibidem, p. 13. Livre tradução.

¹⁴⁰ Ibidem

¹⁴¹ Ibidem, p. 16. Livre tradução.

¹⁴² Ver Convenção III, Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra de 12 de Agosto de 1949. Op. cit artigo 4 (A) 1 e 2.

ilegalmente, parte das hostilidades e dessa foram, estariam amparados pela IV Convenção de Genebra.

A qualificação de “combatente inimigo”, utilizada pelo Governo americano para qualificar os membros do Talibã e da *Al Qaeda*¹⁴³, foi utilizada, pela primeira vez, pela Suprema Corte dos EUA, em 1942. Na ocasião, ela escolheu recusar o tratamento de prisioneiro de guerra a sabotadores, membros das Forças Armadas alemães, que teriam se disfarçado em civis.¹⁴⁴ A qualificação de um detido deveria ocorrer à luz do artigo 5, da III Convenção de Genebra, que estabelece que, em caso de dúvida, pessoas que tenham cometido atos de beligerância e que tenham caído nas mãos do inimigo, podem beneficiar-se da proteção da III Convenção de Genebra, até que o seu estatuto seja determinado por um Tribunal competente”. Além disso, a alínea 1, do artigo 45, do Protocolo I estabelece que:

“Aquele que tomar parte em hostilidades e cair em poder de uma parte adversa será considerado prisioneiro de guerra e, em consequência, encontra-se protegido pela Convenção III, quando reivindicar o Estatuto de Prisioneiro de Guerra, ou quando parecer que tem direito ao Estatuto de Prisioneiro de Guerra, ou quando a parte de que depende reivindicar por ele tal estatuto, por notificação à Potência que a detém ou à Potência Protetora”.

As pessoas capturadas em Afeganistão pelos EUA, que não são consideradas combatentes, poderiam ser consideradas civis caídos em poder do inimigo e, nesse caso, deveriam receber as proteções da IV Convenção de Genebra. Se preciso for, a Potência Detentora pode constituir Tribunais Militares a fim de julgar os detidos por eventuais violações ao Direito Internacional Humanitário.

¹⁴³ Vide anexo IV

¹⁴⁴ Apud. SASSÓLI, Marco. Op. cit, p. 17. Livre tradução.

A IV Convenção de Genebra estabelece que as pessoas detidas por razões de segurança, devem permanecer no país ocupado, que nesse caso é o Afeganistão.¹⁴⁵ Se esse princípio fosse aplicado ao caso em questão, as pessoas detidas no Afeganistão, que não se qualificam como prisioneiros de guerra, não poderiam estar detidas em Guantánamo.

Os EUA estabeleceram uma distinção, entre os membros do Talibã e da *Al Qaeda*, no que tange à determinação de seus estatutos¹⁴⁶, mas, isso não foi aceito pelo Juiz Robertson da Corte Distrital de Columbia, EUA, conforme segue:

“The government’s attempt to separate the Taliban from al Qaeda for Geneva Convention purposes finds no support in the structure of the Conventions themselves, which are triggered by the place of the conflict, and not by what particular faction a fighter is associated with.”¹⁴⁷

O Juiz afirmou, ainda que o Estatuto de Prisioneiro de Guerra só poderia ser recusado aos detidos se isso fosse determinado por um Tribunal competente e que o estabelecimento de “*Combatant Status Review Tribunals*”, conforme determinação presidencial, não seria suficiente para tanto.

III.III.I. « *Combatant Status Review Tribunal* »

O Departamento de Defesa dos EUA anunciou, em 7 de julho de 2004, a formação de “*Combatant Status Review Tribunals*”. Tais tribunais iriam servir de fóruns onde os detidos de Guantánamo poderiam contestar seus estatutos, pré-estabelecidos, de “combatentes inimigos”.¹⁴⁸ Ora, sabe-se que a III Convenção de Genebra estabelece o pressuposto de que todos os indivíduos detidos em conflitos armados devem ser considerados prisioneiros de guerra. Tal princípio foi estabelecido no artigo 5 da III Convenção de Genebra e reforçado no

¹⁴⁵ Ibidem, artigo 76 (1), artigo 49 (1).

¹⁴⁶ Vide anexo II

¹⁴⁷ BORELLI, Silvia. *Casting light on the legal black hole: International law and detentions abroad in the “war on terror”*. *International Review of the Red Cross*. março, vol. 87, no. 857, 2005. p. 65. Livre tradução.

¹⁴⁸ Vide anexo IV

artigo 45 do Protocolo I. Com base nisso, o processo de tomada de decisão, em caso de dúvida, se inverte de tal maneira que não é mais o detido quem deve provar o seu direito ao Estatuto de Prisioneiro de Guerra, mas é o próprio Tribunal competente que deve trazer provas de que o detido não deve receber o Estatuto mencionado. Cabe destacar que, presumir a inocência de uma pessoa acusada de determinado delito é um direito estabelecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, conforme segue, em seu artigo 11:

“Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defence.”

III.V. APLICABILIDADE DO ARTIGO 3 COMUM ÀS QUATRO CONVENÇÕES DE GENEBRA

Com o Memorando, datado do 7 de julho de 2006, o Governo americano admitiu que o artigo 3, comum às Convenções de Genebra, era aplicável no contexto da guerra contra a *Al Qaeda*.¹⁴⁹ Contudo, insistiu no fato de que seus procedimentos sempre estiveram de acordo com os princípios lá estabelecidos.¹⁵⁰ Ao analisar-se o artigo 3, pode-se verificar que sua aplicação está prevista em casos de conflitos armados que não apresentam um caráter internacional, conforme segue:

“No caso de conflito armado que não apresente um carácter internacional e que ocorra no território de uma das Altas Partes Contratantes, cada uma das Partes no conflito será obrigada, pelo menos, a aplicar as seguintes disposições:

1) As pessoas que não tomem parte directamente 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 carácter desfavorável baseada na raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer outro critério análogo.”

¹⁴⁹ Vide anexo V

¹⁵⁰ Vide anexo VI

Segundo Gabor Rona:

*“An international armed conflict is one in which two or more States are parties to the conflict. Armed conflicts that fall outside of this category are those in which a State is engaged in conflict with a transnational armed group whose actions cannot be attributed to a State. To avoid confusion with a term whose use connotes State action, it would be better to speak of this type of armed conflict as “interstate” or “transnational” rather than “international”.*¹⁵¹

O artigo 3 estabelece, igualmente, princípios básicos de tratamento humano, uma vez que proíbe, dentre outras coisas, homicídios, mutilações, tratamentos cruéis, torturas e suplícios, conforme segue:

“Para este efeito, são e manter-se-ão proibidas, em qualquer ocasião e lugar, 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 realizado por um Tribunal, regularmente, constituído, que ofereça todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados”.

Nesse sentido, o referido artigo apenas relembra regras reconhecidamente essenciais, aceitas e defendidas pelos Estados da comunidade internacional, estabelecidas, antes mesmo, das Convenções de Genebra. Pode-se dizer, que nenhum Estado opõe-se, declaradamente, a tais princípios ou nega-se, abertamente, a respeitá-los, independentemente, do conflito no qual esteja envolvido ou dos seus adversários. De certa forma, ao declarar que os membros da *Al Qaeda* são contemplados por tais princípios, o Governo dos EUA, reconheceram-lhes, apenas, o direito à vida e isso não pode ser considerado suficiente. É necessário que, além disso, eles tenham o direito ao mesmo tratamento dispensado aos prisioneiros de guerra, até que seus estatutos sejam definidos por um Tribunal competente, conforme estipulado pelo artigo 5 da III Convenção de Genebra.

¹⁵¹ RONA, Gabor. *Interesting times for International Humanitarian Law: challenges from the “war on terror”*. The Fletcher Forum of World Affairs: Massachusetts. Vol. 27, 2003. p. 58.

É necessário que as medidas de combate aos grupos armados organizados estejam alinhadas com os princípios do Direito Internacional Humanitário de forma a produzirem resultados reais. Segundo Hans-Peter Gasser:

*“International Humanitarian law cannot eradicate terrorism, among other things because terrorism has multiple and complex causes. Only civil society can attain that goal by concentrated effort and patient action at home and abroad. Conflicts of a political nature must be settled by political means, in such a way as to open the door to more justice for all.”*¹⁵²

O autor sugere que uma sociedade civil atuante pode neutralizar esses grupos “terroristas”, mas deixa claro, igualmente, que conflitos de natureza política devem ser resolvidos por meios políticos. Nesse sentido, pode-se concluir que a sociedade civil, apoiada pela esfera política internacional, pode contribuir para o combate ao terrorismo e para a defesa dos princípios regidos pelo Direito Internacional Humanitário.

CONCLUSÃO

Esse trabalho buscou analisar as proteções da III Convenção de Genebra e verificar se elas podem aplicar-se aos detidos na baía de Guantánamo. Além disso, buscou-se entender quem poderia ser contemplado com o Estatuto de Prisioneiro de Guerra e quem não poderia. A análise desse Estatuto permitiu visualizar sua importância tanto do ponto de vista legal, quanto do ponto de vista prático, uma vez que ele proporciona, ao seu detentor, um tratamento digno e humano.

Estudou-se a evolução do Estatuto jurídico da guerra, partindo-se da época em que ela era considerada legal, para chegar nos dias de hoje, onde ela é proibida. Analisou-se, também, a construção do Direito Internacional Humanitário, assim como, a sua conceituação atual. Contrastou-se a característica *jus cogens* do Direito Internacional Humanitário com o domínio reservado dos Estados.

Estudou-se, igualmente, os mecanismos utilizados para determinar o estatuto de um detido, dentre eles, o artigo 5 da III Convenção de Genebra, que estabelece o pressuposto de que os detidos, em tempo de guerra, são prisioneiros de guerra, até que se prove o contrário, por meio de um tribunal competente.

Tentou-se demonstrar que o Direito Internacional Humanitário provê as ferramentas necessárias para combater o terrorismo e que tais ferramentas devem ser utilizadas corretamente, de forma a facilitar a vitória da “guerra” contra o terrorismo. Demonstrou-se, ainda, que os Estados são, em boa parte, responsáveis pela proteção da pessoa humana, e que a personalidade jurídica internacional desses últimos os sujeita ao Direito Internacional Humanitário, que, muitas vezes, é violado por esses Estados. Essas violações trazem

conseqüências humanitárias para as vítimas, assim como, conseqüências legais para os Estados.

No caso dos detidos em Guantánamo, notou-se que a aplicabilidade do Direito Internacional Humanitário traduz-se na concessão do Estatuto de Prisioneiro de Guerra, a menos que um tribunal competente estabeleça, individualmente, que esse Estatuto não se aplica aos detidos em questão. Em ambos os casos, eles estão protegidos pelas Convenções de Genebra, que representam basicamente a codificação do Direito Internacional Humanitário.

Nota-se então que, esse último se aplica ao caso de Guantánamo e à “guerra” contra o terrorismo. Nesse sentido, pode-se sugerir que, apesar de relativamente antigo, o Direito Internacional Humanitário ainda oferece uma abordagem eficaz na resolução de controvérsias, principalmente, em conflitos modernos.

BIBLIOGRAFIA

ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL. *Recueil des cours: collected courses of the Hague Academy of International law*. Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

ALDRICH, George, H. *The Taliban, al Qaeda, and the determination of illegal*. *Humanitäres Völkerrecht*. n. 4, 2002.

ALMEIDA, Guilherme, Assis, de. **Não-violência: princípio do Direito Internacional dos direitos humanos**. São Paulo. 2000. (Doutorado em direito). Universidade de São Paulo, USP.

ALMEIDA, Guilherme, Assis, de. Soberania, cosmopolitismo e o Direito Internacional dos direitos humanos. **Política Externa**. São Paulo: Paz e Terra, vol. 15, n. 1, 2006.

ARIOSI, Mariângela, F. **Direito Internacional e soberania nacional**. Rio de Janeiro.

BOBBIO, Norberto. **O problema da guerra e as vias da paz**. São Paulo: Unesp. 2002.

BUGNION, François. *Just wars, wars of aggression and international humanitarian law*. Genebra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 2002.

CAW. Manning. *The Nature of International Society*. London: G. Bell and Sons Ltd/LSE, 1962.

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA. Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais. Curso de Direito. **Manual de apresentação de monografias**. Brasília, 1999.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. (<http://www.icrc.org>)

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **Descubra do CICV**. Genebra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 2002.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *28^{ème} Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge. Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*. Genebra, 2003.

DINH, Nguyen, Q.; DAILLIER, Patrick.; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003.

DINSTEIN, Yoram. **Guerra, agressão e legítima defesa**. 3. ed. São Paulo: Manole, 2004.

DÖRMANN, Knut. *The legal situation of “unlawful/ unprivileged combatants”*. *International Review of the Red Cross*: março, vol. 85, n.849, 2003.

DUNANT, Henry. *Un Souvenir de Solférino*. Genebra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 1990.

FERREIRA, Argemiro. **O império contra-ataca**. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

FINANCIAL TIMES. (<http://www.ft.com/>).

FOLHA. **Presos detalham ação arbitrária dos EUA**. São Paulo. 7 de março de 2006. p. A11.

FRIEDRICH, Tatyana, S. **As normas imperativas de Direito Internacional Público**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

GASSER, Hans-Peter. *Acts of terror, « terrorism » and international humanitarian law*. *International Review of the Red Cross*: setembro, vol. 84, n.847, 2002.

HOWARD, Michael.; ANDREOPOULOS, J. George.; SHULMAN, R. Mark. *The laws of war: constraints on warfare in the western world*. Nova Iorque: Yale University Press, 1994.

HUMAN RIGHTS WATCH. (<http://www.hrw.org/>).

INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW RESEARCH INITIATIVE.
(<http://www.ihlresearch.org/ihl/portalhome.php>).

INSTITUTE FOR INTERNATIONAL LAW OF PEACE AND ARMED CONFLICT.
(<http://www.ruhr-uni-bochum.de/ifhv/publications/huvi/42002.html>).

INTERNATIONAL REVIEW OF THE RED CROSS. Detention. junho, vol. 84, n.846, 2002.

GONÇALVES, Joanisval, B. **Tribunal de Nuremberg: a gênese de uma nova ordem no Direito Internacional**. 1.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

KARLSHOVEN, Frits. *Constraints on the waging of war*. Genebra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 1991.

KRAUSPENHAR, Roberto. **Manual de elaboração de monografia**. Brasília: UniCeub, 2001.

McDONALD, Avril. *Defining the war on terror and the status of detainees: comments on the presentation of Judge George Asdrich*. *Humanitäres Völkerrecht*. n. 4, 2002.

MELLO, Celso, A. D. de. **Direitos humanos e conflitos armados**. Rio de Janeiro. Renovar, 1997.

MONSERRAT, José, Filho. **Globalização, interesse público e direito internacional**. São Paulo. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. 1995.

NAQVI, Yasmin. *Doubtful prisoner-of-war status*. *International Review of the Red Cross*: setembro, vol. 84, n.847, 2002.

PREUX, Jean, de.; SIORDET, Henri.; UHLER, Oscar, M. et.al. **Commentaire: III Convention de Genève**. Genève: Comitê Internacional de la Croix-Rouge. 1958.

RONA, Gabor. *Interesting times for international humanitarian law: challenges from the “war on terror”*. *The Fletcher Forum of World Affairs*. Vol. 27:2, 2003.

RUFIN, Jean Christophe. *l' Aventure humanitaire*. Paris : Gallimard, 1994.

SASSÒLI, Marco. *State responsibility for violations of international humanitarian law*. *International Review of the Red Cross*: junho, vol. 84, n.846, 2002.

SASSÒLI, Marco. *La “guerre contre le terrorisme”, le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre*. *The Canadian Yearbook of International law*. Montreal: vol. 39. 2001.

SASSÒLI, Marco.; BOUVIER, A. Antoine.; *How does law protect in war?* Genebra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 2005.

SWINARSKI, Christophe. **Introdução ao Direito Internacional Humanitário**. Brasília: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 1996.

SWINARSKI, Christophe. **A norma e a guerra**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1991.

UNITED STATES DEFENSE DEPARTMENT. (<http://www.defenselink.mil/>).

VALOR ECONÔMICO. **Confinados nos porões do Império**. São Paulo. 21 de julho de 2006. pp. 6-10.

WALZER, Michael. ***Just and unjust wars***. Nova Iorque: Basic Books, Inc., Publishers, 1977.

WILLIAMS, Phil.; GOLDSTEIN, Donald.; SHAFRITZ, Jay. ***Classic readings of international relations***. 2. ed. Estados Unidos das Américas: Earl McPeck, 1999.

WHITE HOUSE. (<http://whitehouse.gov>)

ANEXO I

CRONOLOGIA DO CONFLITO EUA X AFGANISTÃO E DAS PRISÕES EFETUADOS PELOS EUA EM GUANTÁNAMO

- 11 de setembro de 2001 – seqüestro de quatro jatos de passageiros por 19 terroristas, que usam três como mísseis – dois no World Trade Center, em Nova Iorque, e um no Pentágono, em Washington. O quarto avião cai na Pensilvânia. Ao todo, cerca de três mil pessoas morrem nos ataques.¹⁵³
- 19 de setembro de 2001- O presidente dos EUA, George W. Bush, avisa que não vai negociar a entrega de Osama Bin Laden, apontado como o autor dos ataques. O Pentágono começa a despachar tropas e aviões para a Operação “Justiça Infinita” (nome depois trocado para “Liberdade Douradora”, ante ponderações islâmicas de que justiça infinita é só a de Deus) para o Afeganistão.¹⁵⁴
- 21 de setembro de 2001 – o Governo talibã, que governava de fato o Afeganistão, rejeita ultimato americano.¹⁵⁵
- 24 de setembro de 2001 – Osama Bin Laden conclama os muçulmanos a resistirem à “Cruzada Cristã-Judaica liderada por Bush”.¹⁵⁶
- 7 de outubro de 2001 – Primeira onda de bombardeios no Afeganistão, com aviões e mísseis. No dia seguinte, já veio a segunda e em 18 de outubro, as Forças Especiais Norte-Americanas começaram a operar em terra.¹⁵⁷
- 13 de novembro de 2001 – Pela primeira vez desde a Segunda Grande Guerra, foi assinado, pelo Presidente Bush, decreto permitindo a instalação de Tribunais Militares

¹⁵³ FERREIRA, Argemiro. **O império contra-ataca**. São Paulo: Paz e Terra, 2004. p. 12.

¹⁵⁴ Ibidem

¹⁵⁵ Ibidem

¹⁵⁶ Ibidem

¹⁵⁷ Ibidem

contra estrangeiros suspeitos de conexões com o ataque terrorista de 11 de setembro.¹⁵⁸

- Dezembro de 2001 – A base de Guantanamo é construída para manter preso 500 combatentes afegãos, durante a ofensiva americana no Afeganistão, contra o regime talibã. São erguidas celas ao ar livre de 4m2 com paredes de arame e teto de metal, chamadas de acampamento raios-X.¹⁵⁹
- 10 de janeiro de 2002 – vinte prisioneiros afegãos são transportados para a prisão da base militar americana de Guantánamo, em Cuba, eles são trancados, encapuzados e sedados. O Governo americano os qualifica de combatentes ilegais para não oferecer aos mesmo o tratamento de prisioneiros de guerra, conforma as convenções de Genebra.¹⁶⁰
- 25 de janeiro de 2002 – O Procurador-Geral dos Estados Unidos das Américas, Alberto R. Gonzales, encaminha memorando ao Presidente Bush informando que as Convenções de Genebra não são aplicáveis no contexto da guerra contra a *Al Qaeda*.¹⁶¹
- 7 de fevereiro de 2002 – O Presidente Bush anuncia que os membros do Talibã e da *Al Qaeda* não vão receber o Estatuto de Prisioneiro de Guerra e que apenas os membros do Talibã serão contemplados pelas Convenções de Genebra.¹⁶²
- Abril de 2002 – Uma instalação permanente com capacidade para 600 pessoas, conhecida como Campo Delta, para onde os detidos são transferidos, também é construída, na base de Guantánamo.¹⁶³

¹⁵⁸ Ibidem

¹⁵⁹ VALOR ECONÔMICO. **Confinados nos porões do Império**. São Paulo. 21 de julho de 2006. pp. 6-10.

¹⁶⁰ Ibidem

¹⁶¹ Vide anexo III

¹⁶² Ver *American Forces Information Service – News articles*. Disponível em: (http://www.defenselink.mil/news/Feb2002/n02072002_200202074.html). Acesso em 30 jul. 2006. Livre tradução.

¹⁶³ VALOR ECONÔMICO. Op, cit. pp. 6-10.

- Julho de 2002 – A primeira decisão judicial sobre a situação é tomada pela Juíza Federal de Colúmbia, Colleen Kollar-Kotelly, que determina que o sistema legal americano precisa de jurisdição sobre as pessoas detidas em Guantánamo.¹⁶⁴
- Março de 2003 – O Governo recorre da sentença. O Juiz Federal Raymond Randolph confirma a decisão judicial anterior ao considerar que, como a soberania da base alugada pelos EUA está nas mãos de Cuba, os Tribunais americanos não têm jurisdição.¹⁶⁵
- Novembro de 2003 – O vazio no qual os detidos estão motiva a aceitação da Suprema Corte dos EUA a estudar a legalidade de mantê-los presos e sem acesso aos tribunais americanos.¹⁶⁶
- Junho de 2004 – O Supremo Tribunal americano admite que os detidos podem apelar, perante os tribunais contra sua prisão por tempo indeterminado. Mas, dá razão ao Governo ao determinar que, por segurança nacional, pode deter, de forma indefinida, combatentes inimigos.¹⁶⁷
- 7 de julho de 2004 – Os “Combatant Status Review Tribunals” começam a funcionar. Trata-se de um Tribunal que serve de fórum para que os detidos possam contestar seus Estatutos de Combatentes Inimigo, pré-estabelecidos.¹⁶⁸
- Agosto de 2004 – Começam as visitas preliminares do primeiro dos quatro julgamentos militares.¹⁶⁹
- Dezembro de 2004 – O Departamento de Defesa dos EUA concede um advogado militar a um australiano, nomeado David Hicks e nos meses seguintes, determina a

¹⁶⁴ Ibidem

¹⁶⁵ Ibidem

¹⁶⁶ Ibidem

¹⁶⁷ Ibidem

¹⁶⁸ Ibidem

¹⁶⁹ Ibidem

defesa para dois iemenitas, dentre eles, Salim Ahmed Hamdan, e para um sudanês, que seriam julgados por um Tribunal Militar.¹⁷⁰

- Janeiro de 2005 – Uma Juíza Federal declara que as juntas militares são inconstitucionais.¹⁷¹
- Janeiro de 2006 – Cerca de 800 prisioneiros de 42 países passaram pelas instalações, reduzindo-se, paulatinamente, o número a partir de 2003 até os, aproximadamente, 500 que ainda permanecem na prisão.¹⁷²
- Março de 2006 – O Governo americano acata decisão judicial e divulga os nomes de 317 detidos que estão ou estiveram em Guantánamo.¹⁷³
- Junho de 2006 – A Suprema Corte decide que os tribunais militares criados pelo Presidente Bush para os detidos não são legais, porque com isso ele excede suas atribuições em tempo de guerra, mas não chega a considerar a legitimidade do encarceramento por tempo indeterminado.¹⁷⁴
- 7 de Julho, 2006 – O Secretário Adjunto de Estado de Defesa dos EUA, Gordon England, firma memorando que determina que o artigo 3, comum as Convenções de Genebra, é aplicável no contexto da guerra contra a *Al Qaeda*.¹⁷⁵

¹⁷⁰ Ibidem

¹⁷¹ Ibidem

¹⁷² Ibidem

¹⁷³ Ibidem

¹⁷⁴ Ibidem

¹⁷⁵ Vide anexo V

ANEXO II¹⁷⁶

¹⁷⁶ Press Release. Disponível em: (<http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/02/20020207-13.html>). Acesso em: 5 de setembro, 2006.

ANEXO III¹⁷⁷

¹⁷⁷ Alberto Gonzales Memorandum. Disponível em: (<http://msnbc.msn.com/id/4999148/site/newsweek/>). Acesso em: 5 de setembro, 2006.

ANEXO IV¹⁷⁸

¹⁷⁸ Paul Wolfowitz Memorandum. Disponível em: (<http://www.defenselink.mil/>). Acesso em: 4 de agosto, 2006.

ANEXO V¹⁷⁹

¹⁷⁹ England Gordon Memorandum. Disponível em: (<http://www.defenselink.mil/>). Acesso em: 4 de agosto, 2006.

ANEXO VI¹⁸⁰

¹⁸⁰ *Department of Defense Update: July 11, 2006.*

Disponível em: (<http://www.defenselink.mil/>). Acesso em: 12 de agosto, 2006.