

**Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Coordenação de Pós-Graduação em Direito
Curso de Mestrado em Direito
Área de concentração “Direito, Estado e Constituição”**

Conflitos armados e vítimas: da necessidade de se preocupar com elas para uma maior efetividade da proteção dos direitos humanos

JAN YURI FIGUEIREDO DE AMORIM

**Brasília
2008**

JAN YURI FIGUEIREDO DE AMORIM

Conflitos armados e vítimas: da necessidade de se preocupar com elas para uma maior efetividade da proteção dos direitos humanos

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito, Estado e Constituição

Orientador: Professor Doutor Alexandre Bernardino Costa

**Brasília
2008**

O candidato foi considerado pela banca examinadora.

Orientador

Membro

Membro

Brasília, de de 2008.

Para os meus pais

AGRADECIMENTOS

Um trabalho acadêmico nunca é obra de uma só pessoa. Ainda que para produzi-lo a solidão seja necessária, fazê-lo sozinho é impossível. Por trás dessas linhas há diversas pessoas, instituições, situações, momentos. Ao finalizá-las eu só tenho a agradecer: à Universidade de Brasília, que me acolhe desde 1999 e que me abriu inúmeras portas desde então; a CAPES, de cuja bolsa pude me valer durante toda a pós-graduação; à Faculdade de Direito e ao Programa de Pós-Graduação, que me ensinaram a ver vida no Direito, para muito além do juridiquês, das leis e dos códigos; aos professores que ao longo da minha caminhada deram as suas contribuições; ao Prof. Alexandre Bernardino Costa, que esteve presente antes da orientação começar e que, entre uma garfada e outra possibilitou que a orientação se desenvolvesse sem traumas; ao Prof. Cristiano Paixão, que desde a graduação tem sido motivador dos meus estudos; ao Prof. Márcio Iorio Aranha, que sempre se lembrava de mim na hora de indicar alguém para seus inúmeros projetos; ao Prof. Mamede, cujo profissionalismo e dedicação junto ao Núcleo de Prática Jurídica são inspiradores; à Helena e à Lia, sempre prestativas e atenciosas, resolvendo rapidamente qualquer problema que aparecia; ao Carlinhos, Diogo e João, sempre prontos para uma pelada no domingo pela manhã; ao Douglas, que, embora distante, estava sempre presente e, a pesar de falar que eu aproveitei suas melhores frases, acabou por se tornar “o amigo de uma viagem que espero que dure a jornada de uma vida”; à Giovanna, que compartilha comigo o gosto pelo direito internacional e que sempre estava disposta a me dar dicas e compartilhar suas inquietações; à Lúcia Maria, pelo carinho com que sempre incentivou as minhas pesquisas; ao Emmanuel, Marília e Leônidas: amigos para todas as horas e pra toda a vida; a todos os amigos que fiz ao longo dos anos na Faculdade de Direito; aos novos amigos de Salzburg, que muito me ajudaram a clarear algumas idéias desenvolvidas ao longo da dissertação.

Em especial, o meu mais sincero e profundo agradecimento àqueles que estiveram ainda mais presentes durante a minha jornada e que acompanharam de perto tudo pelo que passei: acima de tudo, a Deus, único a testemunhar todos os instantes, que sempre me deu força e paz e que sempre me proporcionou uma vida maravilhosa; aos meus pais, João e Maria, cujos exemplos de amor, dedicação e paciência me fazem uma pessoa ainda mais feliz; às minhas irmãs, Melissa e Janaina, com quem compartilho a felicidade de ter a família que tenho; ao meu irmão Joemar, que torna a família ainda mais completa; ao meu avô Lourival e a minha avó Lourinha, que demonstraram que o amor pela vida supera qualquer aparente dificuldade; à Alessandra, que torna minha vida ainda mais feliz e completa. EU AMO TODOS VOCÊS!

SUMÁRIO

RESUMO	08
ABSTRACT	09
INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1: DOS CORPOS DÓCEIS AOS MENINOS-SOLDADOS: UMA (TENTATIVA DE) RECONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE VÍTIMA	17
1.1. Os corpos dóceis	17
1.2. Os detidos na Base Naval estadunidense de Guantánamo	22
1.2.1. <i>Direito Penal do Inimigo</i>	23
1.2.2. <i>O papel da memória</i>	35
1.3. Conflitos armados e meninos-soldados: a infância em um estado de exceção.....	43
1.3.1. <i>Os novos conflitos armados e os meninos-soldados</i>	43
1.3.2. <i>Meninos-soldados e exceção: “uma criança em guerra não é mais uma criança”</i>	50
1.3.3. <i>Garotos perdidos?</i>	55
CAPÍTULO 2: POR QUE RESTAURAR? A JUSTIÇA DAS VÍTIMAS E A JUSTIÇA RESTAURATIVA	59
2.1. Justiça restaurativa: origens e prática atual	59
2.2. O papel da justiça restaurativa na reconstrução nacional após conflito armado: como ela pode ser aplicada?	71
CAPÍTULO 3: TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A UTILIZAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA	79
3.1. Uma mudança de paradigma: do criminoso para a vítima; do direito penal para a justiça restaurativa	79
3.2. O Tribunal Penal Internacional e as vítimas.....	90
CONSIDERAÇÕES FINAIS	93
BIBLIOGRAFIA	98

RESUMO

A presente dissertação de mestrado tem como tema principal a aplicação da justiça restaurativa após conflitos armados e como essa aplicação é fundamental para a defesa dos direitos humanos. Para que o estudo pudesse se desenvolver, o trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro, é feita uma reconstrução do conceito de vítima a partir da idéia de corpos dóceis de Michel Foucault. Para que tal reconstrução pudesse ser feita e para dar uma noção da complexidade que se encontra por trás do termo vítima, utilizaram-se os casos dos prisioneiros detidos na base naval de Guantánamo e dos meninos-soldados – crianças e adolescentes recrutados para combater em conflitos armados. A justiça restaurativa é tratada no segundo capítulo. Nele, é explicado o que se entende por esse modelo teórico-prático de justiça e como ele vem sendo aplicado. Em seguida, no mesmo capítulo, discutem-se as possibilidades de aplicação do modelo penal e do modelo restaurativo e de como pode haver um equilíbrio entre os dois ao fim de um conflito armado. Finalmente, o terceiro capítulo traz para o debate o Tribunal Penal Internacional e a excessiva ênfase na punição de criminosos de guerra. A função desse capítulo é propor uma maior colaboração dessa Corte na aplicação da justiça restaurativa.

ABSTRACT

The main theme of this master's dissertation is the implementation of restorative justice after armed conflicts and how this implementation is fundamental to the human rights defense. To make this study, the dissertation was divided in three chapters. In the first one, it is done a reconstruction of the victims' concept departing from the Michel Foucault idea of docile bodies. To accomplish the reconstruction and also to give a notion of the complexity behind the term victim, it was used the cases of the Guantanamo navy base detainees and also of the child-soldiers – children and adolescents recruited to combat in armed conflicts. The second chapter is about the restorative justice. In this one it is explained what this theory-practice justice model is about. Just after, in the same chapter, it is discussed the application possibilities of the penal model and the restorative model and how it is possible to exist a balance between them after an armed conflict. Finally, the third chapter is about the International Criminal Court and the excessive emphasis in the punishment of war criminals. The function of this chapter is to propose a larger collaboration of this Court in the matter of the restorative justice application.

INTRODUÇÃO

Conflitos armados são uma realidade na vida contemporânea. De alguma forma, sempre estiveram presentes ao longo do curso da humanidade. Desde que o homem passou a viver em sociedade, os conflitos são utilizados como forma de resolver questões surgidas entre os indivíduos e entre os Estados. A quantidade de vítimas gerada pelos conflitos armados vem aumentando em quantidade e qualidade. Antes restrita àqueles que estavam de fato envolvidos nas hostilidades, hoje não há limites para o envolvimento em um conflito, sendo os civis os grandes vitimados. Os conflitos também passaram a ter as mais variadas motivações e, até mesmo, a não ter motivação nenhuma. Vítimas surgem nos campos de batalha reais e nos produzidos através de decretos presidenciais como no caso dos Estados Unidos e a sua guerra contra o terrorismo, através da qualificação de pessoas como inimigas. Diante de tal contexto a sociedade como um todo se torna vitimada e os laços que a conservam unida são cada vez mais fracos. A negociação é cada vez mais substituída pela guerra¹ e as formas de resolução dos conflitos não são eficientes para manter a sociedade una.

Tal realidade se torna ainda mais evidente nos conflitos armados internos, que ocorrem dentro do território de um país. Neles, cada vez mais, não há limites para o envolvimento de civis nas hostilidades, havendo até mesmo a participação de crianças e adolescentes. Além do problema ao longo da duração do conflito armado, quando ele chega ao fim, outro problema surge: como reconstruir esse país? Como possibilitar que perpetradores de violações aos direitos humanos e vítimas voltem a conviver em sociedade? Como refazer ou fortalecer os laços sociais afetados pelo conflito armado?

¹ AMIN FERRAZ, D. A nova ordem internacional, o direito internacional humanitário e os refugiados. *In*: FERRAZ, D.A.; HAUSER, D. (coord.). **A nova ordem mundial e os conflitos armados**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 20.

Uma forma comum e bastante difundida, seja no âmbito doméstico, seja no âmbito internacional, é a persecução penal. Mas será que ela vem possibilitando a efetivação da justiça? O processo penal tem sido capaz de permitir a convivência de forma pacífica daqueles que foram vitimados por um conflito armado?

O processo penal, inclusive o que ocorre no âmbito internacional, dá demasiada importância ao combate à impunidade ou, em outras palavras, ao criminoso, enquanto a vítima é cada vez mais afastada do processo. Apesar de tanto se falar na proteção dos direitos humanos, não só a própria vítima, como o seu sofrimento, não são considerados quando do julgamento de questões envolvendo violações aos direitos humanos. Acrescente-se ainda que é dada pouca importância à sua memória. Os que sofreram as violações aos direitos humanos, quando muito, são ouvidos como testemunhas nos processos penais, para que possam colaborar na formação da prova que será utilizada para a aferição da culpa e da pena daquele que está sendo processado.

Diante de tais problemas, são feitas as seguintes indagações: deve haver um deslocamento da perspectiva do criminoso para a vítima? Trazer a vítima de volta ao processo, dando-se importância para o seu sofrimento, mostrará a ela que não há esquecimento, e que a comunidade internacional se importa com a sua causa? O sofrimento das vítimas deve ser considerado quando do julgamento de questões que envolvem violações aos direitos humanos? O sofrimento humano deve ser considerado como verdadeira fonte do direito internacional? A memória das vítimas bem como a memória da sociedade que sofreu com violações a direitos humanos deve ser resgatada, para que se possa aprender com o passado e utilizá-lo na proteção às vítimas?

Para tentar responder a essas indagações a presente dissertação abordará o problema da possibilidade da aplicação da justiça restaurativa após conflitos armados. A justiça restaurativa é um modelo de justiça teórico-prático que destaca a me-

dição, a negociação, o debate, tendo como finalidade a pacificação do conflito através da emancipação dos indivíduos envolvidos. A vítima e o perpetrador da violação são reais agentes e responsáveis pela solução do conflito. De coadjuvantes no processo penal, passam a atores principais no procedimento que permitirá que os laços sociais sejam restabelecidos.

A justiça das vítimas, como será discutido nesta dissertação, só é obtida quando, de alguma forma, o mal causado a elas for reparado. As diversas formas de reparação têm um ponto em comum: nada mais são que concretizações de direitos fundamentais e direitos humanos. Em outras palavras, a justiça restaurativa, ao possibilitar a emancipação dos indivíduos, faz com que a própria Constituição seja concretizada. Do mesmo modo, faz com que as diversas cartas de direitos humanos também tenham concretude. As Constituições nacionais e as diversas cartas internacionais de direitos humanos passam a ter real existência a partir da luta por direitos pelos próprios destinatários de tais documentos. E é exatamente isso que a justiça restaurativa propicia.

Buscar a reconstrução do conceito de vítima será a primeira preocupação do presente trabalho. As vítimas serão entendidas como seres humanos que perdem suas individualidades e deixam de ser os responsáveis pelos seus próprios destinos. De seres humanos passam a meros instrumentos dentro de uma relação maior de poder. Exemplos do que se está dizendo são os casos dos prisioneiros detidos na base naval de Guantánamo e dos meninos-soldados, crianças e adolescentes utilizados em conflitos armados especialmente na África negra. Assim, o primeiro capítulo terá como principal meta a tentativa da reconstrução do conceito de vítima. Para isso, será utilizada a idéia dos corpos dóceis de Michel Foucault e os exemplos atuais dos detidos em Guantánamo e da utilização de meninos-soldados em conflitos armados.

Os prisioneiros detidos em Guantánamo são vítimas de uma não aplicação da Constituição norte-americana. Após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 determinados indivíduos foram considerados inimigos dos Estados Unidos na chamada guerra contra o terrorismo. Ao serem levados para o campo de prisioneiros suas individualidades foram negadas, pois não lhes foram dadas as garantias fundamentais às quais qualquer ser humano detido em um estabelecimento prisional tem direito. Os seres humanos detidos em Guantánamo, portanto, se transformaram em vítimas, seres sem autonomia e sem controle sobre os seus destinos, passando a serem meras engrenagens em uma máquina de poder que tem como justificativa a segurança do povo estadunidense, para a qual, segundo aqueles que defendem a guerra contra o terrorismo, quaisquer meios são justificáveis. A chegada dos primeiros prisioneiros é ilustrativa do quanto eles estavam sendo privados de muito mais que suas liberdades. Eles foram até mesmo privados de seus sentidos. Cristiano Paixão narra a imagem dessa chegada:

Nos primeiros dias de janeiro de 2002, uma outra imagem surpreenderia o mundo e ensejaria fortes reações contrárias: a partir de um registro obtido pela agência *Associated Press*, datada de 18 de janeiro de 2002, vários jornais em diversos países veicularam a seguinte fotografia: nove homens ajoelhados sobre a brita, todos com a cabeça voltada para o chão, vestindo uniformes alaranjados, mãos algemadas, pernas acorrentadas, protetores auriculares e máscaras para a face. Dentro do recinto – uma pequena área circundada por cercas de arame –, soldados norte-americanos os vigiam; é possível visualizar um galpão com telhado e outros soldados ao fundo².

Embora presos em um continente distinto, o caso dos meninos-soldados não é tão diferente dos detidos em Guantánamo. No continente africano, crianças e adolescentes também são utilizados como instrumentos de uma engrenagem de poder que visa interesses completamente estranhos aos dos que sofrem as consequências

² PAIXÃO, C. **A reação norte-americana aos atentados de 11 de setembro de 2001 e seu impacto no constitucionalismo contemporâneo**: um estudo a partir da teoria da diferenciação do direito. Belo Horizonte, 2004. Tese de Doutorado. Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. (inédito). pp.288-289.

dos conflitos. Na África negra, crianças perdem suas infâncias para serem utilizadas em um jogo em que a busca por riquezas materiais e poder individuais são os objetivos. Assim como as pessoas detidas na base naval de Guantánamo, os meninos-soldados perdem suas individualidades, perdem sua autonomia e seus destinos não mais estão sob seus controles, mas são governados pela sorte do próprio conflito no qual estão envolvidos. No primeiro capítulo será destacada a natureza desses conflitos armados e como eles vêm se tornando cada vez mais complexos. Pretende-se também apontar alguns indícios de que a utilização de crianças como soldados faz com que essas crianças vivam em um estado de exceção, utilizando principalmente a visão de Giorgio Agamben sobre essa categoria. Permeando todo o texto estará o relato de um dos sobreviventes do conflito armado ocorrido em Serra Leoa (1991-2002), Ishmael Beah, que teve parte da sua infância vivida como menino-soldado. Finalmente, nessa parte, pretende-se destacar como o fenômeno dos meninos-soldados enquadra-se em um ciclo de barbárie muito mais profundo e complexo, que tem entre as suas raízes a colonização européia e seus desdobramentos e que é preciso recordar para aprender. Afinal, há solução? Como interromper o ciclo de violência?

Os casos dos detidos em Guantánamo e dos meninos-soldados são exemplificativos da complexidade a que chega a definição do que vem a ser uma vítima. Sabendo então o que é uma vítima e os diversos problemas que devem ser enfrentados para lidar com elas, como possibilitar que suas autonomias e suas individualidades sejam restabelecidas? As vítimas de conflitos armados precisam voltar a viver em sociedade e, muitas vezes, a viver junto daqueles que perpetraram violações a direitos humanos durante o conflito armado. Como possibilitar a reconstrução de um país através da emancipação de seus indivíduos, quando, muitas vezes, o conflito armado destruiu as instituições que antes eram responsáveis pela administração da justiça? Assim, com

essas preocupações, o segundo capítulo abordará mais centralmente a questão da justiça restaurativa. Serão apresentados sua origem e seus principais elementos. Será possível perceber, entre outras coisas, que a justiça restaurativa não é um modelo novo de justiça. Apresentada a justiça restaurativa, será feita uma reflexão sobre as possibilidades de sua aplicação no contexto de reconstrução nacional após a ocorrência de conflitos armados, em especial os de caráter interno. Nesse capítulo será discutido o problema da reconstrução nacional e os limites e possibilidades da aplicação da justiça restaurativa em contraposição com a justiça penal.

Após reconstruir-se o conceito de vítima através dos exemplos dos prisioneiros da base naval estadunidense de Guantánamo e dos meninos-soldados e apresentar-se como os indivíduos podem voltar a ter suas autonomias através da emancipação que a justiça restaurativa propicia, o último capítulo pretende exemplificar como a justiça restaurativa poderia ser incentivada por uma organização internacional.

O sistema internacional criou o Tribunal Penal Internacional - TPI, que tem como uma de suas principais preocupações o combate a impunidade através da cominação de penas àqueles que são levados diante dele, em um contexto em que a criminologia discute cada vez mais a ineficiência da aplicação de penas para alcançar-se a pacificação social e os sistemas jurídicos nacionais, incentivados pela própria Organização das Nações Unidas - ONU³, vem cada vez mais aplicando meios alternativos de solução de controvérsias, como a justiça restaurativa. Embora o TPI seja o resultado de inúmeros debates desde o fim da Segunda Guerra Mundial e o julgamento dos nazistas em Nuremberg, será que a comunidade internacional realmente precisa de uma corte penal? É preciso que seja discutida a real função de uma corte internacional como o

³ Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas sobre os Princípios Básicos para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Questões Criminais. Disponível em <<http://www.un.org/docs/ecosoc/documents/2002/resolutions/eres2002-12.pdf>> Acesso em 21 de janeiro de 2008.

Tribunal Penal Internacional. Assim, como pode o TPI auxiliar na implementação da justiça restaurativa após conflitos armados? Esse será o tema do capítulo que encerrará esta dissertação. Sua função será a de exemplificar e propor uma maior utilização da justiça restaurativa, para que a justiça das vítimas possa cada vez mais ser alcançada.

CAPÍTULO 1
**DOS CORPOS DÓCEIS AOS MENINOS-SOLDADOS: UMA (TENTATIVA DE) RECONSTRUÇÃO
DO CONCEITO DE VÍTIMA**

1.1. Os corpos dóceis

Quem é a vítima? O que se deve entender como vítima? Atualmente o termo vítima é utilizado largamente. Diversas são as tentativas de definição. Esta primeira parte do presente trabalho buscará reconstruir o conceito de vítima a partir da idéia de corpos dóceis desenvolvida por Michel Foucault⁴. Destaque-se que toda definição ou tentativa de definição traz em si as suas limitações e suas parcialidades. Não há definições ingênuas ou sem objetivos. O objetivo de se reconstruir o conceito de vítima a partir dos corpos dóceis é demonstrar que, em realidade, a idéia de corpos dóceis permanece ainda muito viva e presente.

Atualmente, vítimas são geradas nos mais diversos contextos, tais como a violência urbana e conflitos armados. Um ponto em comum que pode ser destacado é a posição de submissão e de impotência delas. A partir do momento em que se encontram em uma situação que os vitimiza, os indivíduos deixam de ser autônomos e passam a ser meros instrumentos, meras engrenagens em uma máquina maior que tem como objetivo o domínio de uma forma de poder e de saber. São os casos, que serão apresentados nos próximos itens deste capítulo, dos detidos na base naval estadunidense de Guantánamo e dos meninos-soldados, recrutados principalmente na África negra.

A utilização do corpo como objeto e alvo do poder não é um fenômeno novo. Desde a época clássica é possível ver a instrumentalização do corpo para os mais variados fins. Nesse sentido

⁴ Vide FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. (tradução de Raquel Ramallete). 20ª edição. Petrópolis: Vozes, 1999. [especialmente a terceira parte, a partir da página 117]

Houve, durante a época clássica, uma descoberta do corpo como objeto e alvo de poder. Encontraríamos facilmente sinais dessa grande atenção dedicada então ao corpo – ao corpo que se manipula, se modela, se treina, que obedece, responde, se torna hábil ou cujas forças se multiplicam⁵.

O corpo que pode ser observado, analisado, moldado, manipulado, fabricado, transformado e utilizado como instrumento para qualquer fim que se determine foi chamado por Foucault de corpo dócil. Um exemplo de corpo dócil seria o soldado, que deveria ser moldado para se tornar o mais eficiente possível em um campo de batalha.

(...) o soldado tornou-se algo que se fabrica; de uma massa informe, de um corpo inapto, fez-se a máquina de que se precisa; corrigiram-se aos poucos as posturas; lentamente uma coação calculada percorre cada parte do corpo, se assenhoreia dele, dobra o conjunto, torna-o perpetuamente disponível, e se prolonga, em silêncio, no automatismo dos hábitos; em resumo, foi “expulso o camponês” e lhe foi dada a “fisionomia de soldado”. (...) ⁶

A partir do momento em que o corpo se torna dócil, ele não é mais controlado pelo indivíduo. Passa a ser objeto de outros e utilizado para fins estranhos à sua própria autonomia que, na prática, deixa de existir. Segundo Foucault, o século XVIII teve grande importância na formação dos corpos dóceis. Todavia, a utilização do corpo não é nova. O que muda com esse século é a forma como o controle sobre o corpo é utilizado. São alteradas a escala, o objeto e a modalidade do controle. Quanto à escala do controle, destaque-se que o corpo passa a ser trabalhado detalhadamente. O corpo é controlado em todos os seus mínimos detalhes através da coerção, reduzindo seus movimentos à pura mecânica. Outra novidade é que a economia, a eficácia dos movimentos do corpo bem como sua organização interna passam a ser o objeto de controle. Fi-

⁵ FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. (tradução de Raquel Ramalhete). 20ª edição. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 117.

⁶ FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. (tradução de Raquel Ramalhete). 20ª edição. Petrópolis: Vozes, 1999. p.117.

nalmente, a coerção sobre o corpo se dá de forma ininterrupta. A todo momento o corpo pode ser observado, analisado e modificado⁷. São criadas instituições para que esse controle possa se tornar cada vez mais presente e efetivo. O modelo dessas instituições, que tiveram como inspiração os conventos medievais, foi reproduzido em escolas, batalhões militares, fábricas e prisões. Todas com o mesmo objetivo: através da observação constante possibilitar um controle cada vez maior, que se tornou possível através das disciplinas.

Esses métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade, são o que podemos chamar as “disciplinas”. Muitos processos disciplinares existiam há muito tempo: nos conventos, nos exércitos, nas oficinas também. Mas as disciplinas se tornaram no decorrer dos séculos XVII e XVIII fórmulas gerais de dominação⁸.

As disciplinas surgem não somente para aumentar as habilidades do corpo. Seu objetivo é muito mais profundo e sutil. Seu objetivo é, ao aumentar a sua utilidade, aumentar a sua obediência. Em outras palavras, ao serem moldados através das disciplinas os corpos se tornam dóceis. É o exemplo, entre outros, do treinamento militar. Há hora para acordar e para dormir. Ao se acordar, há um ritual que deve ser cumprido antes que a próxima tarefa do dia possa ser feita. Até a hora do almoço uma quantidade determinada de tarefas deve ser executada, da forma como foi ordenada. Durante a prática dos exercícios militares determinadas ações devem estar tão automatizadas pelo soldado que ele deve chegar a executá-las sem precisar pensar. O automatismo das ações é conseguido através da prática sem cessar dos exercícios, constantemente sob vigia. Quando não realizado como determinado, o soldado sofre uma punição, até

⁷ FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. (tradução de Raquel Ramallete). 20ª edição. Petrópolis: Vozes, 1999. p.118.

⁸ FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. (tradução de Raquel Ramallete). 20ª edição. Petrópolis: Vozes, 1999. p.118.

que ele possa realizar o exercício com precisão. O indivíduo, que agora é visto como um mero corpo, deve ser capaz de realizar determinada tarefa, exatamente como foi aderido, obedecendo a uma simples ordem ou sinal. A obediência, sem qualquer crítica ou ponderação, passa a ser uma das principais características dos corpos dóceis. Assim, podem eles ser utilizados para qualquer fim, já que estão totalmente desprovidos de autonomia e de qualquer controle sobre suas vidas e destinos.

O corpo humano entra numa maquinaria de poder que o esquadrinha, o desarticula e o recompõe. Uma “anatomia política”, que é também igualmente uma “mecânica do poder”, está nascendo; ela define como se pode ter domínio sobre o corpo dos outros, não simplesmente para que façam o que se quer, mas para que operem como se quer, com as técnicas, segundo a rapidez e a eficácia que se determina. A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos “dóceis”. A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos e de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência). Em uma palavra: ela dissocia o poder do corpo; faz dele por um lado uma “aptidão”, uma “capacidade” que ela procura aumentar; e inverte por outro lado a energia, a potência que poderia resultar disso, e faz dela uma relação de sujeição estrita. Se a exploração econômica separa a força e o produto do trabalho, digamos que a coerção disciplinar estabelece no corpo o elo coercitivo entre uma aptidão aumentada e uma dominação acentuada⁹.

Nos casos que serão apresentados a seguir é possível ver o que Michel Foucault descrevera: a utilização do corpo como objeto de investimentos imperiosos e urgentes, de forma a torná-los dóceis e facilmente utilizáveis e manipuláveis para qualquer interesse que se desenvolva. Nesse sentido, o corpo está sempre “preso no interior de poderes muito apertados, que lhe impõem limitações, proibições ou obrigações”¹⁰. Em Guantánamo, os indivíduos que lá estão presos são utilizados para justificar a política de segurança implementada após os ataques de 11 de setembro de 2001. Já as crianças e adolescentes utilizados como soldados em conflitos armados são meros instrumen-

⁹ FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. (tradução de Raquel Ramallete). 20ª edição. Petrópolis: Vozes, 1999. p.119.

¹⁰ FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. (tradução de Raquel Ramallete). 20ª edição. Petrópolis: Vozes, 1999. p.118.

tos utilizados por aqueles que pretendem adquirir maior poder e riquezas nos conflitos armados que atingem a África negra.

1.2. Os detidos na Base Naval estadunidense de Guantánamo

Quando se pensa nos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 uma das primeiras coisas que vem a mente são as inúmeras vidas que foram ceifadas dentro das torres gêmeas. Ocorre que aqueles atentados também geraram um outro tipo de vítimas: as que não participaram dos atentados e foram qualificadas como terroristas. Muitas destas pessoas foram capturadas na chamada “guerra contra o terrorismo” perpetrada pelos Estados Unidos da América em resposta aos atentados. Depois de capturados, muitos deles foram levados para Guantánamo.

O campo de prisioneiros instalado na base naval estadunidense localizada na Baía de Guantánamo, Cuba, tem sido um dos destinos de centenas de indivíduos presos durante a chamada “guerra contra o terrorismo”. Os primeiros a serem presos naquela base, no início de 2002, foram os capturados durante a invasão norte-americana ao Afeganistão. Em março de 2004, havia cerca de 610 prisioneiros¹¹. Atualmente, estima-se que o número tenha se estabilizado em 450 pessoas¹².

Os detidos em Guantánamo são vítimas de uma aplicação (ou melhor, não aplicação) seletiva das proteções constitucionais fundamentais e da proteção internacional dos direitos humanos. Não lhes são garantidos direitos básicos que qualquer indivíduo acusado de um crime tem. Aliás, há falta até de acusações formais. Os presos não sabem quando e por quem serão julgados, sofrem as mais variadas formas de tortura e humilhação, além de não terem direitos básicos concedidos a qualquer preso, como o

¹¹ CONTEMPORARY practice of the United States: Reviews, release and trials of detainees at Guantánamo Bay. *American Journal of International Law*, vol.98, n.º 2, pp. 353-355, 2004. p.353.

¹² PAIXÃO, C. Direitos humanos em tempo de terror: o caso de Guantánamo. *Constituição & Democracia*. Brasília, novembro/dezembro, pp.4-5, 2006. p.5. Quando esta dissertação estava sendo escrita, estes eram os dados da Anistia Internacional: cerca de 435 indivíduos, representando por volta de 30 nacionalidades, estavam detidos em Guantánamo. Além do Afeganistão, muitos foram capturados no Egito, Tailândia, Bósnia e Indonésia. A ONG ainda destacava que deveria haver pelo menos quatro detentos menores de 18 anos, representando mais uma violação às Convenções de Genebra. Cf.: <http://www.amnesty.ca/campaigns/no_exceptions/guantanamo_q+a.php> Acesso em 7 de janeiro de 2007. Dois anos depois (2009), no início da Administração de Barack Obama, os Estados Unidos da América parecem sinalizar no sentido do fechamento do campo de concentração de Guantánamo.

direito de receber visitas. Apesar de algumas derrotas sofridas pela Administração Bush nos tribunais estadunidenses, inclusive na Suprema Corte, a situação dos detidos não mudou muito. Eles continuam lá, talvez (e, é bom que se destaque, somente talvez) não em um campo de concentração, mas certamente em um campo de incerteza.

“Toda história é história contemporânea disfarçada”¹³. Toda história é feita através das lentes do presente. Esse é um dos grandes problemas em se fazer história: o historiador está preso ao presente e a partir dele, de suas pré-concepções atuais, escreve sobre o tempo passado. Outro problema é fazer história do próprio tempo em que vivemos. Esses problemas, apontados por Hobsbawm, se enquadram na situação dos presos em Guantánamo: não se sabe qual a repercussão que a situação atual deles terá no futuro. Não se sabe se as experiências dessa famigerada “guerra contra o terrorismo” servirão de aprendizado para o futuro. Na busca pela reconstrução do conceito de vítima, qual a contribuição que a história pode dar? Qual o papel desempenhado pela memória para essa reconstrução? São justamente essas questões, focando na situação dos detidos em Guantánamo, que se pretende analisar no momento.

1.2.1. DIREITO PENAL DO INIMIGO

Em 11 de setembro de 2001, o mundo parou diante das televisões, achando que assistia a um filme de ficção científica de mau gosto. O mundo assistiu perplexo ao colapso de um dos símbolos do poderio econômico dos Estados Unidos: as torres gêmeas do *World Trade Center*.

Somente em retrospectiva seremos capazes de entender se o colapso simbolicamente disseminado das cidadelas capitalistas no baixo Manhattan implica uma ruptura [como a provocada pela Primeira Guerra Mundial], ou se essa catástrofe meramente confirma, de modo desu-

¹³ HOBBSAWM, E. O presente como história. In: _____. **Sobre história**. Trad. Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 243-255. p.243.

mano e dramático, a vulnerabilidade há muito conhecida de nossa complexa civilização. Se um acontecimento não for, de modo bem claro, considerado importante, como a Revolução Francesa (...), apenas em retrospecto a “história efetiva” poderá julgar sua magnitude. Talvez em algum ponto mais adiante será possível atribuir conseqüências importantes a 11 de setembro. Mas por ora não sabemos quais dos muitos cenários descritos hoje irão de fato se sustentar no futuro¹⁴.

Assim, é complicado eleger o 11 de setembro de 2001, agora, como uma data histórica de grande impacto, que foi capaz de causar uma ruptura ou descontinuidade no curso da humanidade. Somente no futuro tal análise será possível, quando poderá ser percebido se houve alteração em estruturas da sociedade e quais alterações foram de fato duradouras. No momento, só é possível perceber as conseqüências imediatas daquela manhã de terça-feira, que com certeza não só deixou marcas nos envolvidos diretamente com os atentados às torres gêmeas do *World Trade Center*, do Pentágono e do avião que foi abatido perto da cidade de Pittsburg, como também nas populações dos países que foram acusados de abrigar terroristas. Analisando de forma mais completa, aquela data marcou a nós todos: é difícil encontrar alguém que não se lembre onde estava ou o que estava fazendo quando as torres foram atingidas pelos aviões. Do mesmo modo, o sentimento de insegurança se tornou geral. Se a maior potência bélica do mundo podia ser atacada dentro de suas fronteiras geográficas, qualquer país também poderia. Todo o mundo, naquele instante, transformou-se em vítima.

Uma dessas conseqüências imediatas foi a formulação de um plano que tinha e tem como objetivo combater o terrorismo. Aqui já começam os problemas. Até hoje não existe uma definição do que vem a ser terrorismo. Existem doze tratados internacionais que tratam do tema, mas nenhum define o terrorismo. Mas é exatamente aí que está o ponto central da “doutrina” formulada pela administração Bush: as defini-

¹⁴ HABERMAS, J. Fundamentalismo e Terror: Um diálogo com Jürgen Habermas. In: BORRADORI, G. **Filosofia em tempo de terror – diálogos com Habermas e Derrida**. Tradução de Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004. pp.38-39.

ções amplas e vagas de “terrorismo” e de “ajuda a terroristas”, bem como de “atos terroristas” existem exatamente para possibilitar a inclusão, nesta categoria, do maior número de pessoas¹⁵.

Inicialmente, para o combate ao terrorismo, formou-se uma aliança de países. Foram tomadas atitudes imediatistas, sem qualquer pretensão a longo prazo, que não agiram, e continuam sem agir, nas causas do terrorismo. Na prática, combateu-se o mal com o próprio mal: foram provocados conflitos, derrubada de governos, investimentos maciços em armas e serviços secretos (de eficiência duvidosa), além da restrição de liberdades civis e garantias fundamentais, antes reconhecidas e protegidas internacional e constitucionalmente¹⁶.

Internamente, países ditos democráticos, como EUA e Inglaterra, violaram suas constituições (formais e/ou materiais) e suas respectivas histórias constitucionais, debilitando o próprio Estado Democrático de Direito¹⁷. Externamente, os EUA,

¹⁵DWORKIN, Ronald. The Threat to Patriotism. **The New York Review of Books**. New York, Vol. 49, número 3, fevereiro 2002. p.1.

¹⁶ “2001 (...) tuvo un ataque terrorista en el que se asesinaron a miles de personas y se destruyeron símbolos del país hegemónico. Allí el terrorismo dio rienda suelta a su demencia. A ello siguieron el shock humano, las condolencias de los estados del mundo y de los organismos internacionales a las familias de las víctimas y al pueblo estadounidense. Se procedió en adelante a la conformación de una alianza de la mayoría de los Estados con EEUU para luchar en contra del mayor *mal* que parece azotar ahora a la humanidad: el Terrorismo. Ante este (¿nuevo?) *enemigo*, se debía dar una repuesta. La repuesta fue la fuerza bruta y la limitación de las libertades. Ignorando o desconociendo qué buscaba comunicar el cruel ataque, se lanzó una *Cruzada* para derrotar al terrorismo que consiste, en simples palabras, en guerras, derrocamiento de gobiernos, extraordinarios presupuestos en armas y servicios secretos y restricción de las libertades civiles y garantías legales básicas en todo el mundo.” VARAS, C. M. TINA?...¿No hay otra alternativa? *In*: FERRAZ, D.A.; HAUSER, D. (coord.). **A nova ordem mundial e os conflitos armados**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. pp.319-320.

¹⁷ Adota-se, aqui, como Estado Democrático de Direito, o paradigma descrito como tal por Menelick de Carvalho Netto. Nele, destacam-se os direitos ditos de terceira geração, os direitos difusos, como o direito a um meio ambiente equilibrado e os direitos do consumidor. Neste paradigma constitucional destacam-se também os direitos de participação, mais pluralistas e abertos. No Estado Democrático de Direito o juiz deve ter uma postura diferente, se comparado ao seu papel nos paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social: ele deve se posicionar não somente perante a norma, mas também perante o caso concreto, dando especial importância, ainda, aos princípios, que devem ser encarados como normas. Cf. CARVALHO NETTO, M de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *In*: **Notícia do direito brasileiro**. Nova série, n.º 6. Brasília: UnB, 2º semestre de 1998. pp.233-250. Sobre os princípios constitucionais, pertinente ainda a explicação de Gustavo Zagrebelsky: “As normas constitucionais de princípio não são mais que a formulação sintética, privada quase de significado do ponto de vista da mera análise da linguagem, das matrizes histórico-ideais do ordenamento. Por um lado declaram as raízes e, por outro, indicam uma direção. Oferecem um ponto de referência no passado e, ao mesmo tempo,

uma “nação ferida” após os ataques, e sua aliança se empenharam na “guerra contra o terrorismo”, materializada em conflitos dentro de territórios que supostamente abrigariam ou financiariam, de alguma forma, terroristas¹⁸. Em ambas as perspectivas, se desenvolveu uma verdadeira “Cruzada”, onde dogmas totais não deram qualquer abertura para o debate, não se buscou compreender o que se estava combatendo nem o porquê dos meios utilizados. Lutou-se contra um inimigo difuso, desconhecido. Procuraram-se possíveis culpados e utilizaram-se apenas meios meramente repressivos¹⁹.

O conceito de “guerra contra o terrorismo” foi criado pela Administração estadunidense, e o fato de se combater um inimigo difuso e, em princípio, desconhecido, demonstra como a utilização do termo “guerra” é completamente descabido, já que guerra, tecnicamente, é um conflito armado entre dois ou mais Estados. Com relação ao uso dessa expressão, Antonio Cassesse destaca que

Aqui nos confrontamos com um extremamente sério ataque terrorista de uma organização não governamental contra um Estado. Admitidamente, o uso do termo “guerra” tem um grande impacto psicológico na opinião pública. Pretende-se enfatizar tanto que o ataque é tão sério que pode ser equiparado nos seus efeitos maléficis a uma agressão es-

orientam o futuro. Os princípios dizem, por um lado, de que passado provêm, em que linhas de continuidade o direito constitucional atual quer estar imerso; por outro, dizem na direção de que futuro está aberta a constituição. Os princípios são, ao mesmo tempo, fatores de conservação e de inovação, de uma inovação que consiste na realização sempre mais completa e adequada às circunstâncias do presente do germe primogênito que constitui o princípio.” ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005, p.89. [tradução não oficial]

¹⁸ Na mesma noite em que os EUA foram atacados, o Presidente estadunidense George W. Bush sustentou que “nós não faremos distinção entre os terroristas que cometeram estes atos e aqueles que os abrigam.” Address to the Nation on the Terrorist Attacks (Sept. 11, 2001), 37 Weekly Comp. Pres. Doc. 1301, 1301 (Sept. 17, 2001). *Apud*: RATNER, S.R. *Jus ad bellum and jus in bello after September 11*. *American Journal of International Law*, vol. 96, n.º 4, pp. 905-921, 2002. p.906.

¹⁹ “Nuevamente estamos ante una etapa insólita en la que, lejos de buscar soluciones perdurables, a largo plazo, cuyo propósito sea prevenir racionalmente otros ataques, hemos convertido al mundo en un campo de batalla, y la batalla en una Cruzada. Y la Cruzada, como la medieval, se está desarrollando con dogmas totales, sin espacio para el debate y con medios meramente represivos, oscuros: bombardeos a posibles culpables, a enemigos difusos, restricciones de las libertades incluso en los países llamados democráticos, disminución del Estado de Derecho y la Democracia. En el ámbito externo, violación sistemática del derecho internacional y de los derechos humanos.” VARAS, C. M. TINA?...¿No hay otra alternativa? *In*: FERRAZ, D.A.; HAUSER, D. (coord.). **A nova ordem mundial e os conflitos armados**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p.320.

tatal, e também que a resposta necessária exige apoio em todos os recursos e energias, como em um estado de guerra.”²⁰

Em princípio, parecia, ao menos aos olhos da “nação ferida”, que seriam estas as atitudes certas a serem tomadas. O medo causado pelos ataques de 11 de setembro fez com que, inicialmente, a postura estadunidense na repressão aos por eles chamados de terroristas sofresse pouco protesto pelos norte-americanos. Este ponto é melhor explicado por Ronald Dworkin: “O respeito das pessoas aos direitos humanos é frequentemente muito frágil quando elas estão assustadas, e os americanos estão muito assustados”²¹.

No momento em que esta dissertação é escrita, ainda existem os que apóiam tais políticas de vigilância, os interrogatórios coercitivos e as detenções ilegais, como as de Guantánamo. Para estes, a justificativa para essa “nova” política²² é que a segurança dos estadunidenses está sendo ameaçada como nunca havia sido antes, devendo-se estabelecer um novo equilíbrio entre segurança e liberdade. Nesse sentido, quanto mais a segurança dos americanos for ameaçada, menores devem ser as garantias de proteção dos direitos fundamentais daqueles que a Administração Bush considera como suspeitos de terrorismo.

²⁰ CASSESE, A. Terrorism is also disrupting some crucial legal categories of international law. **European Journal of International Law**, vol. 12, n.º 5, pp. 993-1001, 2001. p.993. [tradução não oficial]

²¹ DWORKIN, Ronald. The Threat to Patriotism. **The New York Review of Books**. New York, Vol. 49, número 3, fevereiro 2002. p.5. [tradução não oficial]

²² A palavra “nova” deve ser vista com cautela aqui. A prática de suspensão de garantias constitucionais e de direitos fundamentais é recorrente nos Estados Unidos. Continuando a falar do medo dos americanos em situações de exceção, Ronald Dworkin fala que “o país fez coisas ainda piores por esses direitos no passado. Suspenderam-se os mais básicos direitos civis durante a Guerra Civil, puniram-se pessoas por criticarem a campanha militar na Primeira Guerra Mundial, internaram-se cidadãos nipo-americanos nos campos de detenção durante a Segunda Guerra Mundial, e após essa guerra incitou-se o *Red Scare* [“Terror Vermelho” ou ainda “Caça às Bruxas”] que destruiu a vida de muitos cidadãos por causa de suas opiniões políticas serem consideradas impopulares. Muito do ocorrido foi inconstitucional, mas a Suprema Corte tolerou quase tudo”. DWORKIN, Ronald. The Threat to Patriotism. **The New York Review of Books**. New York, Vol. 49, número 3, fevereiro 2002. p.5. [tradução não oficial]

Interessante fazer a correlação desta situação de encarceramento de suspeitos de práticas de atos terroristas em Guantánamo com a explicação que Michel Foucault faz das disciplinas e da fabricação dos corpos dóceis. Guantánamo responderia à necessidade de segurança dos estadunidenses. Do mesmo modo, a implementação das disciplinas não surgiu por acaso. Explica Foucault que

A “invenção” dessa nova anatomia política não deve ser entendida como uma descoberta súbita. Mas como uma multiplicidade de processos muitas vezes mínimos, de origens diferentes, de localizações esparsas, que se recordam, se repetem, ou se imitam, apóiam-se uns sobre os outros, distinguem-se segundo seu campo de aplicação, entram em convergência e esboçam aos poucos a fachada de um método geral. (...) A cada vez, ou quase, impuseram-se para responder a exigências de conjuntura: aqui uma inovação industrial, lá a recrudescência de certas doenças epidêmicas, acolá a invenção do fuzil ou as vitórias da Prússia²³.

Deve-se salientar que esta é uma visão parcial, já que não se pode generalizar que todos os americanos pensam dessa forma, como às vezes a mídia pode fazer crer. Há muitos americanos que discordam deste equilíbrio (ou desequilíbrio) entre segurança e liberdade, com maior preocupação com a segurança. Esses norte-americanos acreditam que o compromisso maior da Administração é com a liberdade, e que a emergência gerada após o 11 de setembro não é grave o bastante para justificar o que vem sendo feito contra os direitos fundamentais²⁴.

Então, o que vêm ocorrendo em Guantánamo? Quem são os detentos? São inimigos, segundo a Doutrina Bush. E como tais, não merecem as garantias que são dadas aos cidadãos. Não é por acaso que uma das classificações a eles dada foi a de “combatentes inimigos”, que não encontra qualquer respaldo na normativa das Convenções de Genebra, especialmente na Terceira, que trata da proteção aos prisioneiros de

²³ FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. (tradução de Raquel Ramallete). 20ª edição. Petrópolis: Vozes, 1999. p.119.

²⁴ DWORKIN, R. **Is Democracy Possible Here?** : principles for a new political debate. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2006. p.26.

guerra. Baseando-se nessa classificação, o Governo dos Estados Unidos justifica a detenção indefinida, sem acusações formais e sem qualquer procedimento onde se respeitassem as garantias do devido processo legal²⁵ que, sem sombra de dúvida, são conquistas históricas²⁶.

E quem é o inimigo? “É inimigo quem se afasta de modo permanente do direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma”²⁷. Os defensores da Doutrina Bush conseguem até mesmo fundamentação teórica para as suas ações. É o caso do direito penal do inimigo, que tem como um de seus expoentes Günter Jakobs²⁸. O 11 de setembro seria, segundo esse autor, uma manifestação inequívoca de um ato típico de inimigo. Em uma sociedade complexa como a atual, chamada até mesmo de sociedade de risco, o direito penal cumpriria uma nova função, a de

utilizá-l[o] como meio para evitar o maior número possível de resultados indesejáveis. Não se trata, simplesmente, do aumento quantitativo da reação punitiva ou da simples definição de novos comportamentos penalmente relevantes, mas do desenvolvimento de uma nova racionalidade de imputação, a partir da utilização de figuras dogmáticas diferenciadas (...) mais flexíveis e direcionadas muito mais à prevenção em face dos riscos do que à tradicional manifestação repressiva²⁹.

Nesse sentido, a punição deve se dar de forma antecipada, agindo sobre a mera produção de riscos. No caso dos detidos em Guantánamo, eles estão presos simplesmente pelo potencial risco que eles supostamente apresentavam para a sociedade estadunidense. Foram presos antes que pudessem gerar qualquer dano à sociedade.

²⁵ Para mais detalhes dessa classificação, da sua análise pela Suprema Corte dos Estados Unidos e como ela garantiu o acesso dos detidos em Guantánamo às cortes estadunidenses, vide *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. (2005).

²⁶ “Os direitos tradicionais de um acusado desenvolveram-se aos poucos ao longo do tempo, e só podem ser explicados historicamente, ao menos em detalhe. Eles têm raízes no *common law* inglês e foram moldados e desenvolvidos, passo a passo, em discretas expansões, modificações e contrações, especialmente em decisões da Suprema Corte ao interpretar a linguagem abstrata da Constituição, tais como o requerimento do ‘devido processo’ legal.” DWORKIN, Ronald. *The Threat to Patriotism*. **The New York Review of Books**. New York, Vol. 49, número 3, fevereiro 2002. p.12. [tradução não oficial]

²⁷ GOMES, L. F. Direito penal do inimigo. **Correio Braziliense**. Brasília, 18 de outubro de 2004. Direito & Justiça, p.1.

²⁸ JAKOBS, G.; CANCIO MELIÁ, M. **Derecho Penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.

²⁹ MACHADO, M.R. de A. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p.23.

Assim, pertinente citar algumas características³⁰ do direito penal do inimigo. Segundo essa idéia de se conceber o direito penal, o inimigo não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, mas conforme a sua **periculosidade**. O indivíduo é pré-concebido como perigoso e somente com base nisso deve ser punido. Outra característica importante, que viola as mais básicas garantias individuais conquistadas historicamente pelo direito penal, é que as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), mas sim, o futuro, ou seja, o que ele pode vir a fazer no futuro e o risco que ele então representa. Desse modo, o inimigo perde a qualidade de cidadão, de pessoa, ficando fora da aplicação do direito. O direito penal que se aplica ao cidadão, a qualquer indivíduo, pretende manter a vigência da norma, enquanto o direito penal do inimigo combate os perigos.

Finalmente, duas características fundamentais, que podem ser facilmente percebidas na situação dos detentos em Guantánamo: o direito penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma, ou seja, deve ocorrer a antecipação da tutela penal, alcançando inclusive os atos preparatórios, mesmo quando a pena seja intensa e desproporcional. Do cidadão, espera-se que ele exteriorize alguma ação contra a norma para que a sanção possa ter cabo. O classificado como terrorista deve ser interceptado prontamente, mesmo que esteja somente cogitando fazer algo, já que, segundo essa doutrina, ele é perigoso. Nesse sentido, qualquer semelhança com a chamada “legítima defesa preemptiva” - um desvirtuamento do artigo 51 da Carta das Nações Unidas³¹ - não é mera coincidência.

³⁰ Cf. GOMES, L. F. Direito penal do inimigo. **Correio Braziliense**. Brasília, 18 de outubro de 2004. Direito & Justiça, p.1.

³¹ Diz o artigo 51 da Carta das Nações Unidas: “Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos Membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da

Ao deterem-se mais de 400 indivíduos em Guantánamo pretende-se que eles não causem danos à sociedade. E é feito isso afastando-os dessa sociedade. Em outras palavras, eliminam-se perigos, riscos, pelo maior tempo possível. Afastam-se do convívio em sociedade aqueles que o Executivo norte-americano considera como terroristas, como inimigos. O desequilíbrio entre liberdade e segurança na falsa balança denunciada por Dworkin se torna evidente.

O nascimento das prisões é descrito por Michel Foucault³² e Carlo Ginzburg. Aquele situa as prisões dentro de uma visão de mundo em que o controle sobre as pessoas e, mais especificamente, o controle estatal sobre os indivíduos, sobre os seus corpos, ganha grande importância. Esse controle é utilizado, na realidade, para obter poder. Os que estão detidos em um estabelecimento prisional passam a servir de instrumento para uma política qualquer, para um fim arbitrário que se queira construir. Os prisioneiros se transformam, portanto, em corpos dóceis. Ginzburg destaca a importância desse controle “qualitativo e minucioso sobre a sociedade por parte do poder estatal”³³ ao fazer a descrição do paradigma indiciário. A partir dele, seriam identificadas determinadas características de indivíduos específicos (ocorrendo um aumento dos métodos de identificação), o que possibilitaria um maior controle desses indivíduos, cuja maior expressão seria através do encarceramento.

segurança internacionais.” Ou seja, assim, como no direito penal, o direito internacional também permite a utilização da legítima defesa, na forma e nos limites em que é regulada pelo artigo 51. Ocorre que os EUA têm desvirtuado esse artigo criando o que foi chamado de legítima defesa preemptiva: eles atacam para não serem atacados. Ou seja, diante da menor suspeita (mesmo que fabricada) os EUA atacam um país (por exemplo, sob o argumento que é um país que abriga terroristas) e, após atacar, justificam tal ataque sob o argumento que o fizeram para se defender de um possível ataque futuro. Segundo os defensores desta absurda teoria, estariam eles em legítima defesa e, portanto, amparados pelo artigo 51. Destaque-se que nenhuma das medidas elencadas pelo artigo 51, como a comunicação imediata ao Conselho de Segurança, foram adotadas pelos EUA em tais situações.

³² Cf. FOUCAULT, M. **A verdade e as formas jurídicas**. (tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais). 3ª edição. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005. Cf. também FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. (tradução de Raquel Ramallete). 20ª edição. Petrópolis: Vozes, 1999.

³³ GINZBURG, Carlo. **Sinais: raízes de um paradigma indiciário**. In: _____. **Mitos, emblemas, sinais – morfologia e história**. Trad. Federico Carotti. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 143-179.

As idéias desenvolvidas pelos dois autores são nítidas no caso dos detidos em Guantánamo. Pequenos indícios levaram ao aprisionamento daqueles indivíduos. Meras suspeitas e arbitrárias classificações levaram ao encarceramento de centenas de pessoas acusadas de terrorismo. Formação de grandes bancos de dados faz com que históricos de vidas inteiras possam ser acessados por órgãos de inteligência que, frente a qualquer suspeita, têm acesso rapidamente ao indivíduo “catalogado” e providenciam que o seu destino final seja Guantánamo ou qualquer uma das outras instalações prisionais estadunidenses espalhadas pelo mundo. Uma vez lá, o controle se torna máximo: sobre seus corpos, agora transformados em dóceis (já que são constantemente observados, examinados, punidos, modificados) sobre suas vidas, sobre seus destinos. A idéia dos corpos dóceis de Foucault se torna cada vez mais presente.

As dificuldades em situar todas essas violações a direitos humanos, direitos historicamente conquistados³⁴, são evidentes, exatamente pela dificuldade em se fazer história do tempo presente. É difícil, ainda, fazer qualquer prognóstico sobre o que tais violações representarão no futuro. Poderá a memória dessas violações servir como aprendizado para o futuro?³⁵

Eric Hobsbawm³⁶ elenca três problemas que se apresentam ao historiador que pretende fazer história do próprio tempo: o problema da geração em que nasceu o historiador, os problemas de como a própria perspectiva do passado pode mudar como procedimento histórico e, finalmente, o problema de como escapar às suposições da época partilhada pela maioria das pessoas.

³⁴ “Por mais fundamentais que sejam, os direitos do homem são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.” BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.5.

³⁵ Sobre estas dificuldades serão tecidas maiores considerações mais à frente, quando a idéia da razão da memória será desenvolvida (item 1.2.2).

³⁶ HOBBSAWM, Eric. O presente como história. In: _____. **Sobre história**. Trad. Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 243-255.

Qualquer historiador, assim como qualquer pessoa, ao olhar para o passado, olha através das lentes dos óculos do presente. “Todo historiador tem seu próprio tempo de vida, um poleiro particular a partir do qual sondar o mundo”³⁷. Do mesmo modo, tais visões são também embaçadas pelas pré-concepções de mundo que cada um tem. O que é importante para um indivíduo pode não ser para outro. Uma data importante para a memória de um país não é a mesma para outro. Como será que historiadores norte-americanos conservadores escrevem, em livros didáticos para o ensino básico, sobre os atuais acontecimentos na base naval estadunidense em Cuba? E qual será a importância desses livros no futuro? Não é possível afirmar nada, apenas lançar luzes sobre problemas. Mais uma vez, somente em retrospectiva será possível formular alguma conclusão sobre os acontecimentos presentes. E, destaque-se, tais conclusões serão sempre provisórias e deverão estar sempre abertas a revisões.

Todo indivíduo está imerso na história e como tal está sujeito ao efeito da passagem dos anos sobre a sua perspectiva a respeito da história. Fazendo um paralelo com as considerações de Hobsbawm, pode-se utilizar o 11 de setembro no lugar da queda do muro de Berlim: a história escrita após o 11 de setembro deve ser qualitativamente diferente da história escrita antes. Como ou quanto tal alteração se deu só poderá ser visto retrospectivamente também. É o que o autor chama de um dos pontos positivos da passagem dos anos para o historiador: a possibilidade da retrovisão. É importante que se destaque que novos fatos não alteram fatos anteriores, mas alteram a forma como tais fatos são vistos: a lente do historiador é trocada constantemente, até mesmo sem que ele perceba.

Finalmente, como terceiro problema que Hobsbawm aponta, como escapar às suposições atuais sobre o impacto de fatos presentes? O padrão geral de nossas

³⁷ HOBBSAWM, Eric. O presente como história. In: _____. **Sobre história**. Trad. Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 243-255. p.244.

idéias sobre o nosso tempo, ensina o autor, se impõe a nossa observação³⁸. Não se pode afirmar com certeza quais serão as conseqüências do 11 de setembro ou, mais especificamente, da atual violação a direitos humanos dos detentos em Guantánamo. Como ensina o autor, ao falar da sustentabilidade da divisão entre Estados Unidos e União Soviética à época da Guerra Fria e da sua conseqüente historiografia:

(...) estamos mais uma vez à mercê do tempo. Se hoje é possível pelo menos abandonar o padrão dos opostos binários mutuamente exclusivos, ainda não se tem nenhuma clareza sobre qual das alternativas concebíveis pode ser substituída de modo mais proveitoso. Mais uma vez, devemos deixar que o século XXI tome suas próprias decisões³⁹.

Sem dúvida, como o próprio autor destaca, não falta material para ser trabalhado pelo historiador. Aquele que se dispuser a fazer uma história de Guantánamo terá algumas fontes primárias sobre as quais poderá se debruçar. O problema será exatamente na seleção de tais fontes e descobrir o que de fato ocorre em Guantánamo. Documentos, decisões, fotos das humilhações perpetradas contra os detidos, alguns poucos relatos dos que conseguiram sair de lá. A análise deverá ser, acima de tudo, crítica. Não poderá se basear somente em uma fonte isolada. A análise das fontes requererá também uma análise multi e interdisciplinar. A proteção internacional dos direitos humanos, bem como as várias visões e conteúdos que são dados aos direitos humanos deverão ser levadas em consideração pelos historiadores de Guantánamo. E, neste sentido, vale a advertência de Mario Bretone:

Isso exige que o historiador do direito, que faz bem em se aventurar no enredo labiríntico da tal matéria, nunca deve esquecer uma verdade fundamental e simples: se o direito é uma função autônoma, o é sempre no contexto de uma sociedade e de uma cultura, é em seu interior

³⁸ HOBBSAWM, Eric. O presente como história. *In*: _____. **Sobre história**. Trad. Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 243-255.

³⁹ HOBBSAWM, Eric. O presente como história. *In*: _____. **Sobre história**. Trad. Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 243-255. p.253.

que se desenha; para compreender o sentido é necessário então recompor todo o quadro⁴⁰.

A memória é uma das fontes que deverá ser utilizada para que a história sirva como aprendizado e não como esquecimento. A partir do momento em que seja dada voz àqueles que sofreram ou sofrem dentro do campo de detenção de Guantánamo estará sendo dado um papel para a memória e então a história também passará a servir como uma forma de fazer justiça.

1.2.2. O PAPEL DA MEMÓRIA

Segundo Reyes Mate, a cultura da memória é um fenômeno relativamente novo, especialmente em suas manifestações públicas. Está presente na arte, como em filmes sobre o Holocausto (sobre campos de concentração como o de Auschwitz), em museus e até mesmo na historiografia. Mas o autor destaca que a sua manifestação mais importante é no campo do pensamento. Repensar Auschwitz significa descobrir “por baixo da mansidão do progresso, os ventos da catástrofe” e perceber que um evento como a morte de milhares de indivíduos é o “impensável que dá o que pensar”⁴¹.

Quem poderia imaginar que, em pleno início do século XXI, a humanidade assistiria ao desaparecimento de milhares de pessoas, de várias nacionalidades, no intervalo de tempo de alguns minutos, após o choque de dois aviões cheios de passageiros e combustível contra as torres gêmeas do *World Trade Center*? Quem poderia imaginar que a vida pudesse ser tão banalmente “matável”⁴²? A humanidade parece não ter aprendido muito, mesmo após experiências como as duas Guerras Mundiais, onde se

⁴⁰ BRETONE, Mario. *Derecho y tiempo en la tradición europea*. Trad. Isidro Rosas Alvarado. México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 115-154. [tradução não oficial]

⁴¹ MATE, Reyes. *La causa de las víctimas. Por un planteamiento anamnético de la justicia. (o sobre la justicia de las víctimas)*. 2ª Conferencia del III Seminario de Filosofía de la Fundación Juan March, martes 8 de abril de 2003. 10pp. p.1.

⁴² AGAMBEN, G. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2002. p.16.

conheceu a idéia de guerra total, em que seres humanos não precisavam mais olhar cara a cara o seu inimigo para matá-lo, em que milhares de indivíduos poderiam ser mortos (e foram mortos) com o simples apertar de um botão.

O século XX presenciou inúmeros conflitos armados, nos quais seres humanos foram mortos aos milhões da noite para o dia, em que a tecnologia possibilitou “ataques cirúrgicos”, e em que “danos colaterais”, consubstanciados na morte de mais alguns milhares de pessoas, foram considerados normais. Ao fim e ao cabo, para o indivíduo preso nos escombros do conflito, mutilado pelos ataques do breve século XX, a máxima “guerra é guerra” continuou rigorosamente válida⁴³. A memória não serviu de aprendizado para a humanidade. Na realidade, “a memória é ativada de modo seletivo: as duras lições que os conflitos do século XX nos deixaram não parecem ter sido assimiladas”⁴⁴. E a utilização seletiva dessa memória também operou nas respostas que o Governo norte-americano deu aos ataques terroristas do 11 de setembro. A prisão de Guantánamo é o exemplo mais sombrio dessa “falta de memória”, que acaba vitimando indivíduos através da restrição de seus direitos fundamentais.

Mas como a razão da memória pode auxiliar na própria reconstrução do conceito de vítima? Pretende-se, através da cultura da memória, que a recordação de Guantánamo possa ser mantida e que algo seja feito com relação aos que nela estão detidos, para que possam cessar as violações aos direitos deles, já que como quaisquer outros, são sujeitos de direitos. A memória dos acontecimentos até aqui precisa ser utilizada para a constituição do próprio presente. É verdade que, como alerta Dworkin, poucos são os que de fato passam pela situação que estão passando os detidos na base naval estadunidense. “A maioria de nós não paga quase nada em liberdade pessoal quando tais

⁴³ HABERMAS, J. Bestialidade e humanidade: uma guerra no limite entre direito e moral. **Cadernos de filosofia alemã**. São Paulo, Departamento de Filosofia da USP, n.º 5, pp.77-87, 1999. p.77.

⁴⁴ PAIXÃO, C. Direitos humanos em tempo de terror: o caso de Guantánamo. **Constituição & Democracia**. Brasília, novembro/dezembro, pp.4-5, 2006. p.5.

medidas são usadas contra aqueles que o Presidente suspeita de terrorismo”⁴⁵. Mas nem por isso devemos ficar alheios ao que ocorre no sudeste daquela ilha perdida no meio do Mar do Caribe. É neste sentido, de que algo precisa ser feito, que Edelman Marek, um dos sobreviventes do levante do Gueto de Varsóvia, escreve no posfácio de seu livro de memórias, dirigindo-se aos seus contemporâneos, que “indiferença e crime são a mesma coisa”⁴⁶.

Esta cultura da memória, também chamada de razão anamnética, critica a razão do Iluminismo, pois esta não deu à memória a importância que deveria na definição de sua própria dimensão constitutiva. A razão iluminista, acompanhada pela razão científica, transformaram o sujeito cada vez mais em objeto. A razão da memória, por outro lado, possibilita um auto-conhecimento, auto-reflexão e até mesmo uma auto-crítica do sujeito. A memória como recordação não é defendida como uma categoria de compensação, mas como uma categoria de constituição do próprio espírito humano e da sua experiência do mundo. As vítimas, ao quererem recordar o sofrimento passado e pretenderem que essa memória sirva de aprendizado para o futuro, passam a se emancipar, construindo o seu próprio presente. Perceberão que as violações às quais foram submetidas não foram em vão e servirão de exemplo para que não mais se repitam. Práticas, como as da justiça restaurativa⁴⁷, incentivam esse tipo de construção da memória.

Assim, a razão anamnética se opõe ao puro saber técnico-científico hoje estruturado, pois este é por demais instrumental, não passando o ser humano de mero experimento, enquanto ele deveria ser a recordação de si mesmo. Esta razão pretende uma preocupação maior com o sujeito, que deve ser destacado, pois ele é o res-

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. The Threat to Patriotism. *The New York Review of Books*. New York, Vol. 49, número 3, fevereiro 2002. p.11. [tradução não oficial]

⁴⁶ MATE, Reyes. *La causa de las víctimas. Por un planteamiento anamnético de la justicia. (o sobre la justicia de las víctimas)*. 2ª Conferencia del III Seminario de Filosofía de la Fundación Juan March, martes 8 de abril de 2003. 10pp. p.6.

⁴⁷ A justiça restaurativa será tratada no próximo capítulo (Capítulo 2).

ponsável pela criação do saber (o saber científico, da forma como está estruturado hoje, não está interessado no fundamento subjetivo do saber).

Pretende-se que ocorra a superação da argumentação sem sujeito da metafísica grega e da linguagem científica dominante da racionalidade ocidental, pela reflexão comunicativa da linguagem da memória. Os sujeitos, inclusive os que estão detidos em Guantánamo, não podem ser tratados como meros objetos.

Enfatiza-se ainda que toda a sociedade, passada e presente, tem responsabilidade pelo que ocorreu no passado e pelo o que ocorre hoje. “Assim como para Habermas, para Derrida a culpa e a responsabilidade pelos horrores do século XX não podem ser limitadas àqueles que estiveram diretamente envolvidos”⁴⁸. Assim como todo indivíduo é fruto da história, todos são também frutos de Auschwitz. Giovanna Borradori explica a questão da culpa e da responsabilidade impregnando a interação diária dos indivíduos, quando Habermas fala do contexto da “forma de vida”:

Existe o simples fato de que as gerações subseqüentes também cresceram a partir de uma forma de vida em que aquilo era possível. Nossa própria vida está ligada ao contexto de vida em que Auschwitz foi possível, não só por circunstâncias contingentes, mas intrinsecamente. Nossa forma de vida está ligada àquela de nossos pais e avós por meio de uma trama de tradições familiares, locais, políticas e intelectuais que é difícil desenredar, isto é, por meio de um ambiente histórico que fez de nós quem somos. Nenhum de nós pode escapar a esse ambiente, porque nossas identidades como indivíduos e como alemães estão inextricavelmente entrelaçadas a ele⁴⁹.

⁴⁸ BORRADORI, G. **Filosofia em tempo de terror – diálogos com Habermas e Derrida**. Tradução de Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004. p.24.

⁴⁹ HABERMAS, J. On the public use of history. In: Shierry Weber Nicholsen (org.). *The new conservatism: cultural criticism and the historians' debate* (introd. Richard Wolin). Cambridge, MIT Press, 1989, p.229. *Apud* BORRADORI, G. **Filosofia em tempo de terror – diálogos com Habermas e Derrida**. Tradução de Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004. pp.22-23.

Sendo todos também responsáveis pelo ocorrido no passado, requer-se que este passado não seja esquecido, enquanto ele não for usado como forma de fazer justiça, o que quer dizer, enquanto não houver uma reconciliação com ele. Portanto,

A esta [razão do esquecimento] se opõe a razão concebida anamnéticamente. De modo algum está orientada contra a Ilustração. Pois nela se manifestam aquelas tradições nas quais nasceu o interesse pela liberdade – e com isso, (...) o reconhecimento da capacidade de culpa como dignidade da liberdade. E essa razão se opõe ao esquecimento do sofrimento passado⁵⁰.

E o esquecimento nunca ocorrerá? Esse, só será possível e, em certa medida, desejável, quando houver uma reconciliação com ele. Apenas a partir da sua compreensão e da conseqüente reconciliação é que será possível falar em esquecimento.

Os presos em Guantánamo com certeza possuem histórias a contar. Enquanto o Caribe, para muitos, significa praias paradisíacas, silêncio, paz e descanso, para eles significa medo, tortura, falta de perspectivas, incertezas. Talvez o silêncio também esteja presente em suas mentes, mas é um silêncio eloqüente, que denuncia as violações à vida e às liberdades de cada um deles. Repensar Guantánamo como um não-lugar, e não como uma prisão que abriga terroristas, seres que a sociedade despreza e que por isso deveriam ficar à margem dela; reconstruir a memória do sofrimento dos indivíduos que lá estão confinados, impedirá que o esquecimento traga problemas para a construção do próprio presente. A memória assim construída permitirá que de fato aprendamos com o passado, e que ele possa ser revisitado e repensado, para que então possamos construir o presente. Metz explica tal entendimento ao fazer referência ao campo de concentração de Auschwitz:

⁵⁰METZ, J.B. La razón anamnética. In: _____. **Por una cultura de la memoria**. Tradução de José M. Ortega. Barcelona: Anthropos Editorial, 1999. p.76-77[tradução não oficial]

(...) se nós tratamos a catástrofe de Auschwitz de modo tão inseguro e discrepante somente porque nos falta o espírito que desapareceu finalmente em Auschwitz; porque nos falta o espírito concebido anamnesticamente, o qual seria necessário para perceber de modo adequado o que tem acontecido em semelhante catástrofe inclusive com nós mesmos – e com o que chamamos de ‘espírito’ e ‘razão’ -; dito brevemente: porque nos falta uma cultura anamnética do espírito. No lugar da recordação entrou uma história acentuadamente evolucionista que aceita o caráter de passado do passado e que já não percebe como um desafio à razão o fato de que toda historização do passado é também uma forma de esquecimento⁵¹.

Guantánamo já guarda uma memória. O acesso a ela ainda ocorre de forma difusa e incompleta. Não é possível saber exatamente o que se passa lá. Aqui então se apresenta um dos grandes problemas para os historiadores: o acesso às fontes. Mas sabe-se que a “guerra contra o terrorismo”, uma das conseqüências dos ataques terroristas aos Estados Unidos da América em 11 de setembro de 2001, tem tornado ainda mais complexas as relações com as quais o Direito Moderno e, mais especificamente, o constitucionalismo, deve lidar. Os maiores desafios encontram-se no campo dos direitos fundamentais.

Sabe-se que os Estados Unidos têm feito uma aplicação seletiva da proteção constitucional, excluindo exatamente aqueles que eles consideram “inimigos”: os que eles consideram como terroristas. É preciso, antes de tudo, que aqueles indivíduos que se encontram lá encarcerados sejam vistos, efetivamente, como seres humanos. Esta visão permitirá que eles não sejam excluídos da proteção que qualquer acusado de um crime tem direito. Acusação formal, devido processo legal, livre acesso a advogados, perspectivas sobre quando e por quem serão julgados, assistência humanitária internacional: esses são apenas alguns direitos dos quais eles estão sendo privados, desrespeitando-se todas as conquistas que já foram alcançadas no campo da proteção dos direitos humanos.

⁵¹ METZ, J.B. *Op. Cit.* p.76.

Em uma das decisões prolatadas em uma corte estadunidense, sobre a classificação dos capturados durante a invasão estadunidense ao Afeganistão como “combatentes inimigos”, foi colocado o problema de se tratar o outro – no caso, o considerado como terrorista, confinado em Guantánamo - como igual:

Nós precisamos proteger as liberdades daqueles que nos odeiam, o que pode a princípio parecer censurável. Se nós falharmos nessa tarefa, nos tornaremos vítimas dos precedentes que criarmos. Nós nos orgulhamos de ser uma nação de leis, leis que se aplicam de modo igual a todos, e não uma nação de homens que não têm medida. Os senhores da guerra do Afeganistão podem ter se envolvido em pilhagens e saques. Nós não podemos fazer o mesmo que eles. Se não, nós vamos nos depreciar⁵².

A consideração do outro como igual passa pelo apreço a sua memória. Não se sabe quais são as perspectivas que de fato se confirmarão no futuro. Mas uma memória já está sendo formada e ela deve ser levada em consideração como aprendizado e como constitutiva do que se considera como justiça. Guantánamo ainda tem inúmeras lições a nos ensinar. Como destacado pelo poeta e mártir da independência cubana, José Martí, “eu sei bem que quando o mundo cede, lívido, ao descanso, sobre o silêncio profundo murmura a corrente mansa”⁵³.

Os acusados de terrorismo presos em Guantánamo acabaram por se transformarem em vítimas, indivíduos sem qualquer autonomia e livre arbítrio. De seres

⁵² *Hamdi v. Rumsfeld (Civil Action n.º 2:02cv439), United States District Court for the Eastern District of Virginia, court order, p.14. Apud: PAIXÃO, C. A face bélica das formações sociais do capitalismo pós industrial e globalizado: do sistema penal regular à eliminação das garantias dos direitos fundamentais – as sombrias perspectivas a partir de Guantánamo. In: KARAN, M.L. (org.). **Globalização, sistema penal e ameaças ao Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p.244.*

⁵³ Este verso faz parte da poesia “Versos sencillos” (1891): “*Yo soy un hombre sincero/De donde crece la palma,/Y antes de morirme quiero/Echar mis versos del alma./Yo vengo de todas partes,/Y hacia todas partes voy:/Arte soy entre las artes,/En los montes, monte soy./(...)Gocé una vez, de tal suerte/Que gocé cual nunca: - cuando/La sentencia de mi muerte/leyó el alcalde llorando./(...)Yo sé bien que cuando el mundo/Cede, lívido, al descanso/Sobre el silencio profundo/Murmura el arroyo manso*”. Esses versos ficaram mundialmente conhecidos quando foram musicados, recebendo o nome de *La Guantanamera*, que significa “mulher que nasce em Guantánamo”. O autor dos versos, José Julián Martí Pérez, considerado um dos mártires da independência cubana com relação à Espanha, nunca poderia imaginar o que seria feito da sua ilha. Aqueles que musicaram seus versos, inserindo o famoso refrão “*Guantanamera, guajira Guantanamera*”, não poderiam prever que a cidade que antes havia servido de inspiração musical, teria a sua baía transformada em um depósito de seres humanos.

humanos transformaram-se em corpos dóceis, podendo ser facilmente observados, vigiados, controlados, manipulados, modificados e anulados. Podem assim ser utilizados para quaisquer fim que aqueles que têm o poder sobre eles quiserem. Atualmente eles são parte da política de segurança dos Estados Unidos. É uma nova espécie de vítima que a sociedade moderna produziu, mas que deve conhecê-la e enfrentá-la para que não mais exista. Infelizmente, os detidos na base naval não estão sozinhos nessa nova categoria. Há relatos que contam que há menores de 18 anos presos em Guantánamo, ou que ao menos lá estiveram nas primeiras levas de prisioneiros⁵⁴. Há, entretanto, uma outra categoria de vítimas, também menores de 18 anos, mas que se encontram fora do campo de concentração de Guantánamo. Eles estão efetivamente em campos de batalha espalhados pelo mundo e de forma mais marcante na África negra. São os conhecidos como meninos-soldados. Assim como as vítimas de Guantánamo, as crianças e adolescentes que são recrutadas para combater em conflitos ao redor do mundo perdem suas identidades. Não são mais considerados como seres humanos. Passam a ser meros corpos dóceis, vidas que podem ser facilmente manipuladas, enganadas, moldadas, modificadas e, finalmente, matadas. São transformados em “homens-máquinas”, exatamente como Foucault havia denunciado, corpos sem alma, adestrados, dóceis⁵⁵.

⁵⁴ Cf.: <http://www.amnesty.ca/campaigns/no_exceptions/guantanamo_q+a.php> Acesso em 7 de janeiro de 2007.

⁵⁵ FOUCAULT, M. Vigiar e punir: nascimento da prisão. (tradução de Raquel Ramallete). 20ª edição. Petrópolis: Vozes, 1999. p.118.

1.3. Conflitos armados e meninos-soldados: a infância em um estado de exceção

*O medo tinha tomado o lugar da nossa inocência,
tínhamos nos transformado em monstros.
Nada podíamos fazer a respeito daquilo.*⁵⁶

A contemporaneidade assiste a um fenômeno que vem crescendo em quantidade e complexidade: a utilização de crianças por forças armadas em conflitos armados. Estima-se que existam cerca de trezentos mil meninos-soldados em conflitos armados pelo mundo⁵⁷. A África concentra a maioria deles, possuindo cerca de cem mil. Eles são utilizados tanto por forças paramilitares, rebeldes, quanto por forças armadas oficiais do Estado. Eles têm as suas infâncias roubadas: brinquedos e brincadeiras são substituídos por armas e por táticas de combate. A inocência é substituída pela crueldade. Tem-se, na figura dos meninos-soldados, um misto de vítimas e algozes. De crianças, são transformadas em máquinas de guerra. Essas crianças vivem em um verdadeiro estado de exceção já que, ao participarem das hostilidades, deixam de ser crianças.

1.3.1. OS NOVOS CONFLITOS ARMADOS E OS MENINOS-SOLDADOS

A utilização de meninos por forças armadas não é um fenômeno novo. Apenas para exemplificar, há relatos de utilização de meninos-soldados durante a entrada do Exército Vermelho na Berlim de 1945 e no levante do Gueto de Varsóvia, em

⁵⁶ BEAH, I. **Muito longe de casa**: memórias de um menino-soldado. (tradução de Cecília Giannetti) Rio de Janeiro: Ediouro, 2007. p.57.

⁵⁷ Referência retirada do sítio eletrônico da ONG *Human Rights Watch* (<http://hrw.org/campaigns/crp/child_soldiers/qanda.htm> acesso em 6 de outubro de 2007). A ONG ainda alerta quanto ao fato de haver vinte países onde há meninos-soldados em campos de batalha. Destes, pelo menos nove utilizam crianças em suas forças governamentais, dos quais oito recebem assistência militar dos Estados Unidos. Destaque-se ainda que é uma realidade presente na América Latina, já que há utilização de crianças-soldados na Colômbia. (sítio da ONG *Coalition to Stop the Use of Child Soldiers*: <<http://www.child-soldiers.org/>> acesso em 6 de outubro de 2007).

1943⁵⁸. Há ainda outros exemplos, como o caso dos escoteiros, que teriam nascido “quando o coronel Baden-Powell recrutou meninos para servirem de sentinelas durante a 2ª Guerra dos Bôeres, na África do Sul, no fim do século” XIX, ou ainda da Guerra Civil dos Estados Unidos. A Cruzada de 1212 foi chamada de Cruzada das Crianças. Deve-se lembrar também do exemplo clássico de Esparta, onde os soldados eram recrutados quando ainda eram crianças⁵⁹.

A utilização de crianças como soldados cresce na mesma proporção em que cresce a participação de civis nos conflitos armados. Um indicativo é o número cada vez maior de civis mortos durante um confronto armado. Hoje, estima-se que cerca de 90% das vítimas sejam civis⁶⁰.

Segundo o Fundo das Nações Unidas para Infância e Adolescência (Unicef), a proporção de civis mortos aumentou drasticamente e já representa cerca de 90% do total de vítimas de conflitos armados. Metade delas são crianças: mais de 2 milhões de menores de 18 anos morreram em consequência de combates na última década.

A mistura de questões políticas e religiosas tem tornado as guerras palco de confrontos em que os pequenos não são respeitados.⁶¹

Assim, quanto maior o número de civis mortos, maior o número de crianças órfãs, perdidas, que podem ser facilmente recrutadas, em troca de comida, de diversão, de uma “família” e de um “lar”.

Destaque-se que a utilização de crianças nos campos de batalha é uma prática não só de guerrilheiros, rebeldes, forças paramilitares em geral, mas também de forças armadas do Estado, como no caso da Bolívia, Reino Unido, Serra Leoa, Congo,

⁵⁸ *Vide*: GETTLEMAN, J. Enfants soldats: enquête sur une tragédie africaine. **Courrier International**. n.º 872, 19 a 25 de julho de 2007. pp.32-33. *Vide* também: DÓRIA, P. Meninos-soldados. **Super Interessante**. Setembro 2007, edição 243. p.99.

⁵⁹ Dados retirados de DÓRIA, P. Meninos-soldados. **Super Interessante**. Setembro 2007, edição 243.

⁶⁰ *Vide*: DÓRIA, P. Meninos-soldados. **Super Interessante**. Setembro 2007, edição 243.

⁶¹ MAINENTI, M.; DANTAS, C. Infância roubada. **Correio Braziliense**. Brasília, 11 de outubro de 2004. Mundo, p.15.

Angola, Chade, República Democrática do Congo, Etiópia, Eritreia, Afeganistão e Mianmar (neste, o recrutamento é legal a partir dos 12 anos)⁶².

Muito embora o fenômeno seja antigo, o movimento para que tal prática seja eliminada é bem recente. Indicativo deste movimento é a participação cada vez mais ativa de Organizações Internacionais, como as Nações Unidas – ONU e suas agências especializadas (especialmente a Unicef), a *Human Rights Watch* e a *Coalition to Stop the Use of Child Soldiers*, bem como a Cruz Vermelha Internacional⁶³. Há ainda os casos que estão sendo levados perante cortes internacionais. Em janeiro de 2007, o Tribunal Penal Internacional – TPI anunciou que julgará Thomas Lubanga Dyilo⁶⁴, líder da União de Patriotas Congolenses, pelo crime de utilização de meninos como soldados. Deverá ser o primeiro caso a ser levado a julgamento pelo TPI⁶⁵. Em junho de 2007, o Tribunal Especial para Serra Leoa⁶⁶ considerou culpados três líderes militares pela prática do mesmo crime. Há ainda o julgamento de Charles Taylor, ex-ditador da Libéria, que desde 2006 encontra-se encarcerado em uma prisão da ONU, aguardando julgamento pela corte especial de Serra Leoa, onde é acusado de onze crimes de guerra⁶⁷.

⁶² Dados do sítio eletrônico das ONG's *Human Rights Watch* (http://hrw.org/campaigns/crp/child_soldiers/qanda.htm acesso em 6 de outubro de 2007) e *Coalition to Stop the Use of Child Soldiers* (<<http://www.child-soldiers.org/>> acesso em 6 de outubro de 2007>).

⁶³ Vide: <[http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/p0824/\\$File/ICRC_002_0824.PDF!Open](http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/p0824/$File/ICRC_002_0824.PDF!Open)> Acesso em 7 de outubro de 2007.

⁶⁴ Confira as informações no sítio eletrônico do Tribunal Penal Internacional: <http://www.icc-cpi.int/press/pressreleases/220.html>, acessado em 7 de outubro de 2007.

⁶⁵ Segundo *press release* de 29 de janeiro de 2007. Vide: <<http://www.icc-cpi.int/press/pressreleases/220.html>> Acessado em 7 de outubro de 2007.

⁶⁶ O Tribunal Especial para Serra Leoa foi criado de forma conjunta pelo governo de Serra Leoa e pelas Nações Unidas, para julgar os acusados por crimes de guerra durante o conflito armado interno ocorrido naquele país, a partir de 30 de novembro de 1996. Mais informações: < <http://www.sc-sl.org/> >.

⁶⁷ Dados extraídos de BEAH, I. **Muito longe de casa:** memórias de um menino-soldado. (tradução de Cecília Giannetti) Rio de Janeiro: Ediouro, 2007. p.219. Confira também o sítio eletrônico da corte especial de Serra Leoa (< <http://www.sc-sl.org/Taylorcasesummary.html> > Acesso em 7 de outubro de 2007), onde é possível ter acesso às acusações. As acusações são pelos crimes de atos de terrorismo; homicídio; violência à vida, ao bem estar mental e físico, em particular assassinato; estupro; escravidão sexual e qualquer outra forma de violência sexual; ultraje à dignidade humana; violência à vida, ao bem estar mental e físico, em particular tratamento cruel; outros atos inumanos; forçar a participar ou alistar crianças menores de 15 anos de idade nas forças armadas ou grupos armados, ou usá-los para participarem ativamente das hostilidades; escravidão; pilhagem. [tradução não oficial]

A vitimação de civis vem ocorrendo especialmente nos novos conflitos armados, um dos traços característicos da atualidade, tendo novamente a África como um dos palcos mais utilizados por esta modalidade de conflito. Não é por acaso que na África negra se concentram esses conflitos, pois eles passaram a despontar com as guerras contra o domínio colonial, bem como durante os movimentos de libertação nacional e os movimentos insurgentes na América latina da década de 1970⁶⁸. Destaque-se que um dos primeiros conflitos armados a ser classificado como não internacional ou interno foi a Guerra Civil Espanhola (1936 – 1939)⁶⁹. Em todos esses conflitos armados

O elemento ideológico presente na guerra fria foi substituído por outro de natureza cultural – étnico, religioso – conduzindo ao surgimento de novas situações de violência. (...) Os conflitos armados da década de 90 não acontecem no âmbito de confrontação bem definido entre Estados, mas tem lugar, na maioria dos casos, no interior dos Estados, diante de uma situação de violência caótica⁷⁰.

⁶⁸ José Henrique Fischel de Andrade relaciona os conflitos internos também com o crescente número de refugiados e a adoção de instrumentos internacionais para a proteção de mais esta modalidade de indivíduos desprotegidos em um conflito armado: “Com o passar dos anos, novas situações advieram. Em vários pontos do planeta guerras civis de proporções desconhecidas tiveram lugar. Invasões e agressões estrangeiras, violações massivas de direitos humanos, conflitos internos e violência generalizada começaram a por em risco a vida, a segurança e a liberdade de pessoas cuja única salvação encontrava-se no abandono de sua terra de origem e na busca da proteção perdida além-fronteira.

Tendo-se defrontado com esse problema num primeiro momento, os países africanos acharam por bem concluir a Convenção da Organização da Unidade Africana Regendo Aspectos Específicos dos Problemas de Refugiados na África, em 1969, a qual ao definir o termo refugiado, ademais do conceito encontrado na Convenção de 1951, estampava igualmente uma definição mais ampla, abrangendo as categorias de pessoas acima-mencionadas.

Pouco mais de uma década depois, era a vez de a América Central passar por um período nefasto de sua história, quando diversos países presenciaram em seu interior confrontos armados, onde beligerantes e população civil não eram diferenciados. Consequentemente, como resultado de um colóquio intergovernamental, auspiciado pelo ACNUR na Colômbia, foi concertada a Declaração de Cartagena de Índias, em 1984, a qual, após definir o termo refugiado segundo a Convenção de 1951, adita um conceito amplo semelhante à Convenção da OUA de 1969, incluindo pois as pessoas que deixaram seus países devido a agressões estrangeiras, violações massivas de direitos humanos, conflitos internos e violência generalizada.” FISCHEL DE ANDRADE, J.H. A Proteção Internacional dos Refugiados no Limiar do Século XXI. **Travessia:** Revista do Migrante/Centro de Estudos Migratórios (SP), a. IX, nº 25, maio/ago 1996, pp. 39-42.

⁶⁹ Entre outros, cf: BEEVOR, A. **A batalha pela Espanha:** a guerra civil espanhola 1936-1939. (tradução de Maria Beatriz de Medina). Record: Rio de Janeiro, 2007.

⁷⁰ HAUSER, Denise. A assistência humanitária perante os novos conflitos armados. In: FERRAZ, D.A. e HAUSER, D. (coord.). **A nova ordem mundial e os conflitos armados.** Mandamentos: Belo Horizonte, 2002. pp.133-134.

Deve-se destacar que em muitos dos conflitos nos quais os meninos-soldados são gerados nem mesmo o elemento étnico ou religioso está presente. Este ponto será melhor explicado no próximo item.

Ainda sobre os novos conflitos armados, Antônio Augusto Cançado Trindade ensina que:

(...) a proscrição da guerra como instrumento de política nacional, operada pelo celebrado Pacto Briand-Kellogg de 1928, também contribuiu para o desenvolvimento refreado ou reduzido do ‘direito de Haia’. Já não mais se tratava de um direito de ‘guerra’ (*jus ad bellum*), mas antes de um direito aplicável aos ‘conflitos armados’. Acentuava-se um certo desequilíbrio entre o ‘direito de Genebra’ e o ‘direito de Haia’. Ademais, com a multiplicação do número de atores (novos Estados) no cenário internacional acarretada pelo movimento histórico da descolonização, emergiu o fenômeno – a requerer tratamento adequado – das chamadas ‘lutas de libertação (nacional)’⁷¹.

Segundo Christophe Swinarski, citando as Convenções de Genebra de 1949⁷² (que hoje representam a principal normativa internacional aplicada aos conflitos armados),

Todo litígio que surge entre dois Estados provocando a intervenção dos membros das forças armadas é um conflito armado – no sentido do artigo 2 das Convenções – mesmo quando impugne uma das partes o estado de beligerância⁷³.

⁷¹ CANÇADO TRINDADE, A.A. Prefácio à Introdução ao Direito Internacional Humanitário. *In*: SWINARSKI, C. **Introdução ao Direito Internacional Humanitário**. Brasília: CICV/IIDH/Escofo Editora, 1988. p.10.

⁷² “Trata-se, em suma, de um domínio do direito clara e diretamente voltado à situação e proteção das vítimas. Aqui reside uma das afinidades entre o direito internacional humanitário e a proteção internacional dos direitos humanos.” CANÇADO TRINDADE, A.A. Prefácio.. *In*: SWINARSKI, C. *Op. Cit.* p.09.

⁷³ SWINARSKI, C. *Op. Cit.* p.32.

Continua o autor, alertando para a importância que deve ser dada à assistência às vítimas de conflitos armados, independentemente da vontade das partes em conflito de caracterizarem este como um conflito armado:

Não obstante, as guerras, declaradas ilícitas pelo direito internacional público, continuam sendo fatos que devemos levar em conta para que possamos delimitar a aplicação do direito humanitário neste tipo de situação. É, antes de tudo, este estado de fato o que é determinante, seja qual for a classificação dada pelas Partes.^{74, 75}

As crianças que não são mortas durante os conflitos armados ficam desamparadas, sem lar, sem ter para onde ir. Assustadas, tentam fugir da guerra e encontrar abrigo e alimento para sobreviverem. Ishmael Beah, nascido em Serra Leoa, ex-menino-soldado, conta em suas memórias:

Uma das coisas mais perturbadoras sobre minha jornada, mental, física e emocionalmente, era que eu não tinha certeza de quando nem onde ela ia terminar. Eu não sabia o que faria da minha vida. Sentia como se estivesse sempre recomeçando. Estava sempre me mexendo, sempre indo a algum lugar. Quando caminhávamos, às vezes eu me deixava ficar para trás, pensando sobre essas coisas todas. Sobreviver a cada dia que passava era meu objetivo na vida⁷⁶.

Nesse longo caminho trilhado na tentativa de sobreviverem, encontram pessoas armadas, que não sabem distinguir se são amigos ou inimigos. Essas pessoas, então, “acolhem” as crianças, fazem um treinamento militar sumário, dão-lhes armas e as colocam no campo de batalha. Dão-lhes também roupas novas, alimentos e um teto. Agora, as crianças não precisam mais fugir. É colocada em suas cabeças a idéia

⁷⁴ SWINARSKI, C. *Op. Cit.* p.31.

⁷⁵ Artigo 2 (comum) das Convenções de Genebra de 1949: “Além das disposições que devem vigorar mesmo em tempo de paz, a presente Convenção irá aplicar-se em caso de guerra declarada ou de qualquer outro conflito armado que surja entre duas ou várias das Altas Partes Contratantes, **ainda que o estado de guerra não seja reconhecido por uma delas.**” [sem grifo no original]

⁷⁶ BEAH, I. **Muito longe de casa:** memórias de um menino-soldado. (tradução de Cecília Giannetti) Rio de Janeiro: Ediouro, 2007. p.67.

de que os oponentes mataram suas famílias e que eles devem agora fazer vingança. Na nova “família”, as crianças encontram ainda drogas, bebidas e diversão. A morte e o ato de matar naturalizam-se para as crianças que, mais do que nunca, não diferenciam o certo do errado.

Não é difícil transformar crianças em máquinas de guerra. Guerras são confusas. Aldeias são invadidas repentinamente, há pânico, as pessoas fogem. Crianças se perdem de seus pais quase sempre. Ou então os vêem ser assassinados. (...) são como bichos acuados [*sic*]. Integradas a um grupo armado, sentem-se protegidas. Além de comida, há um ambiente de camaradagem e fidelidade. Uma nova família – daí a crueldade do processo⁷⁷.

Sobre a transformação de seres humanos em máquinas, Michel Foucault, ao descrever as disciplinas que transformariam pessoas em corpos dóceis, fala sobre a “articulação corpo-objeto”:

Sobre toda a superfície de contato entre o corpo e o objeto que o manipula, o poder vem se introduzir, amarra-os um ao outro. Constitui um complexo corpo-arma, corpo-instrumento, corpo-máquina⁷⁸.

As atividades realizadas pelos meninos-soldados são variadas. São enviados aos campos de batalha, lutando juntamente com soldados adultos, matando e sendo mortos sem qualquer distinção. Também são utilizados para fazer e testar campos minados. Realizam tarefas domésticas, como colher frutos ou cozinhar alimentos, além de serem abusados sexualmente pelos adultos. Podem ainda ser mensageiros, atravessando fogo cruzado para levar informação de um lado para o outro⁷⁹.

⁷⁷ DÓRIA, P. Meninos-soldados. **Super Interessante**. Setembro 2007, edição 243. p.98.

⁷⁸ FOUCAULT, M. Vigiar e punir: nascimento da prisão. (tradução de Raquel Ramallete). 20ª edição. Petrópolis: Vozes, 1999. pp.130-131.

⁷⁹ A descrição dos mais variados tipos de atividades realizados por uma criança soldado pode ser encontrado no livro de Ishmael Beah, que em sua infância foi menino-soldado e conseguiu sobreviver para contar a sua história. BEAH, I. **Muito longe de casa: memórias de um menino-soldado**. (tradução de Cecília Giannetti) Rio de Janeiro: Ediouro, 2007.

Pode-se especular sobre os motivos de se utilizarem crianças como soldados. Um deles seria o fato de conflitos armados internos tenderem a exterminar os jovens. Como normalmente tais conflitos ocorrem em países pobres, notadamente africanos, onde praticamente não há controle de natalidade e a expectativa de vida é baixa, a quantidade de crianças é alta e a de velhos, baixa. Outro motivo vem da própria natureza das crianças: como ainda estão em processo de desenvolvimento e formação de suas individualidades e caráter, obedecem com facilidade aos adultos, além de serem inseqüentes, exatamente o que os exércitos recrutadores querem.

No processo, as crianças transformam-se em vítimas e também em algozes, tendo as suas individualidades, ainda em formação, completamente violentadas. Transformam-se em seres sem autonomia, sem passado – já que sofrem verdadeira lavagem cerebral por seus recrutadores -, sem presente – já que não têm qualquer controle sobre suas ações – e sem futuro – pois a vida passa a ser vivida no dia após dia, sem qualquer expectativa voltada para o futuro, sem sonhos, sem objetivos, somando-se ao fato de a qualquer momento serem mortos. Transformam-se em seres disciplinados, completamente controláveis e controlados: em outras palavras, são transformados em corpos dóceis.

1.3.2. MENINOS-SOLDADOS E EXCEÇÃO: “UMA CRIANÇA EM GUERRA NÃO É MAIS UMA CRIANÇA”⁸⁰

Normalmente, os manuais de Direito Internacional Público - DIP tratam a guerra como um estado de exceção. Não porque não seja regulado pelo direito, muito pelo contrário. A distinção jurídica entre guerra e paz deu nascimento ao próprio DIP, já a partir dos escritos de Francisco de Vitória e Hugo Grócio. Ambas sempre fo-

⁸⁰ Expressão retirada do título do artigo de N’PIÉNIKOVA, Serge-Félix. *Un enfant en guerre n’est plus un enfant*. *Courrier International*. n.º 872, 19 a 25 de julho de 2007. p.33.

ram muito bem reguladas. Elas consistiam em estados jurídicos. Regulava-se quando se iniciava a guerra e quando ela terminava, com a celebração dos acordos de paz e armistício. Portanto, as guerras são tratadas como estados de exceção no sentido de não serem o usual, a normalidade.

A guerra também pode ser considerada um estado de exceção no sentido de, durante ela, existir a regulação jurídica da não aplicação de alguns direitos que devem ser respeitados em tempo de paz. Um exemplo seria o fato de o homicídio ser um crime em tempo de paz, enquanto que matar o oponente para atingir um objetivo militar (respeitando as regulações mínimas existentes, entre outros, nos Convênios de Genebra) não é crime em tempo de guerra⁸¹. Exatamente por essa suspensão de alguns direitos surgiu a expressão estado de exceção, ou seja, a não aplicação de alguns direitos. Swinarski explicita melhor este ponto, ao fazer a diferenciação entre o direito internacional humanitário - DIH e os direitos humanos:

O direito internacional humanitário é um direito de exceção, de urgência, que intervém em caso de ruptura da ordem jurídica internacional, enquanto que os direitos humanos aplicam-se, principalmente, em tempos de paz, embora alguns deles sejam inderrogáveis em qualquer circunstância.⁸²

A relação entre estado de guerra e estado de exceção ainda está bem presente, embora atualmente já tenham se distanciado. A relação entre os dois estados é, portanto, o ponto de partida para a compreensão do que vem a ser o estado de exceção. Importante a diferenciação feita por Giorgio Agamben, explicitando este ponto:

⁸¹ Uma observação precisa ser feita. Guerra e conflito armado não se confundem. A guerra foi proscrita como meio de se fazer política, desde o pacto de Briand-Kellogg de 1928. Os conflitos armados, gênero do qual a guerra era uma espécie, continuam sendo realidade hoje.

⁸² SWINARSKI, C. **Introdução ao Direito Internacional Humanitário**. Brasília: CICV/IIDH/Escopeco Editora, 1988. p.24.

Se, como se sugeriu, a terminologia é o momento propriamente poético do pensamento, então as escolhas terminológicas nunca podem ser neutras. Nesse sentido, a escolha da expressão ‘estado de exceção’ implica uma tomada de posição quanto à natureza do fenômeno que se propõe a estudar e quanto à lógica mais adequada à sua compreensão. Se exprimem uma relação com o estado de guerra que foi historicamente decisiva e ainda está presente, as noções de ‘estado de sítio’ e de ‘lei marcial’ se revelam, entretanto, inadequadas para definir a estrutura própria do fenômeno e necessitam, por isso, dos qualificativos “político” ou “fictício”, também um tanto equívocos. **O estado de exceção não é um direito especial (como o direito de guerra)**, mas, enquanto suspensão da própria ordem jurídica, define seu patamar ou seu conceito limite.⁸³

Continua explicitando o autor italiano, destacando elementos do moderno estado de exceção, no qual haveria dados do estado de sítio e do estado de guerra:

Embora, de um lado (no estado de sítio), o paradigma seja a extensão em âmbito civil dos poderes que são da esfera da autoridade militar em tempo de guerra, e, de outro, uma suspensão da constituição (ou das normas constitucionais que protegem as liberdades individuais), os dois modelos acabam, com o tempo, convergindo para um único fenômeno jurídico que chamamos estado de exceção.⁸⁴

Acrescenta ainda Agamben que

a exceção medieval representa (...) uma abertura do sistema jurídico a um fato externo, uma espécie de *fictio legis* pela qual, no caso, se age como se a escolha do bispo tivesse sido legítima. **O estado de exceção moderno é, ao contrário, uma tentativa de incluir na ordem jurídica a própria exceção, criando uma zona de indiferenciação em que fato e direito coincidem.**⁸⁵

Como foi dito anteriormente, hoje há o fenômeno dos novos conflitos, de caráter interno ou não internacional nos quais, especialmente na África negra, os meninos-soldados são gerados. Habitualmente, tais conflitos também são chamados de guerra civil, onde, cada vez mais, a normativa internacional protetiva dos indivíduos é

⁸³ AGAMBEN, G. **Estado de exceção**. Tradução de Iracy Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p.15. [negrito e sublinhado duplo acrescentados]

⁸⁴ AGAMBEN, G. **Estado de exceção**. Tradução de Iracy Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p.17

⁸⁵ AGAMBEN, G. **Estado de exceção**. Tradução de Iracy Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p.42. [negrito acrescentado]

desrespeitada. Sem proteção, os meninos-soldados ficam à margem do direito. Agamben também alerta sobre esse ponto, mostrando aproximações entre o estado de exceção e a guerra civil:

entre os elementos que tornam difícil uma definição do estado de exceção, encontra-se, certamente, sua estreita relação com a guerra civil, a insurreição e a resistência. Dado que é o oposto do estado normal, a guerra civil se situa numa zona de indecidibilidade quanto ao estado de exceção, que é a resposta imediata do poder estatal aos conflitos internos mais extremos.⁸⁶

Essa resposta do poder estatal fica patente no caso dos meninos-soldados, seja pela total falta de amparo a eles de um modo geral e especialmente nos casos citados em que o próprio poder estatal emprega forças armadas compostas por crianças. As crianças transformam-se em verdadeiras “vidas matáveis”⁸⁷, que podem ser utilizadas e reutilizadas por aqueles que as recrutam, sem as reconhecerem como seres humanos. São seres humanos completamente descartáveis. Mortas no campo de batalha, nem mesmo se transformam em cifras. Nem mesmo o número de crianças que são utilizadas como soldados, já apresentado acima, pode ser precisado⁸⁸.

Um outro indicativo que faz com que as crianças utilizadas como soldados estejam vivendo em um estado de exceção vem da própria natureza dos conflitos nos quais elas são encontradas. Na África, esses conflitos armados são desencadeados por motivos tais como a ganância, o poder e a brutalidade. O elemento ideológico, antes

⁸⁶ AGAMBEN, G. **Estado de exceção**. Tradução de Iracy Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004. p.12. Em outro ponto, também assevera Agamben: “segundo opinião generalizada, realmente o estado de exceção constitui um ‘ponto de desequilíbrio entre direito público e fato político’ (Saint-Bonnet, 2001, p.28) que – como a guerra civil, a insurreição e a resistência – situa-se numa ‘franja ambígua e incerta, na intersecção entre o jurídico e o político’ (Fontana, 1999, p.16).” AGAMBEN, G. **Estado de exceção**. Tradução de Iracy Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004. p.11.

⁸⁷ AGAMBEN, G. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2002. p.16.

⁸⁸ Há uma imprecisão de cerca de 100 mil crianças, já que o número apresentado é entre 200 e 300 mil.

associado a conflitos armados, desapareceu completamente⁸⁹. Os rebeldes envolvidos nos conflitos somente buscam formas de lucrar com suas organizações criminosas. “A África, com seu território desértico não controlado e seu imenso litoral, suas minas de ouro e diamantes e sua economia baseada sobre a ‘liquidez do dinheiro’ [*l’argent liquide*], mostra-se bastante atraente”⁹⁰. Todos estes elementos abrem a paisagem política para os oportunistas bem armados, que não tem qualquer vínculo com a lei ou com os interesses do Estado, ou com qualquer princípio moral⁹¹.

Os movimentos rebeldes atuais são diferentes dos movimentos de libertação dos anos 1970 e 1980 ou dos conflitos desencadeados por uma causa, como os conhecidos ocorridos no Zimbábue ou na Eritreia. Mesmo o genocídio ruandense – por mais terrível que tenha sido – conformou-se ao modelo familiar de uma luta de poder entre dois grupos étnicos. E as crianças foram as vítimas das atrocidades cometidas pelos adultos, não o inverso.⁹²

No processo no qual os rebeldes buscam somente o seu lucro, as crianças são usadas como meros instrumentos. Conflitos armados, em geral, por si só, já são desumanizantes. Mas ainda assim existem limites mínimos que são respeitados (ou que ao menos devem ser respeitados), fruto especialmente do movimento internacional de proteção dos direitos humanos e do direito internacional humanitário. No caso específico dos meninos-soldados, não há limites. A desumanização atinge elevados graus e a “vida nua”, a “vida matável” é exposta em toda a sua crueldade.

⁸⁹ GETTLEMAN, J. Enfants soldats: enquête sur une tragédie africaine. **Courrier International**. n.º 872, 19 a 25 de julho de 2007. p.32.

⁹⁰ GETTLEMAN, J. Enfants soldats: enquête sur une tragédie africaine. **Courrier International**. n.º 872, 19 a 25 de julho de 2007. p.33. [tradução livre]

⁹¹ GETTLEMAN, J. Enfants soldats: enquête sur une tragédie africaine. **Courrier International**. n.º 872, 19 a 25 de julho de 2007. p.33.

⁹² GETTLEMAN, J. Enfants soldats: enquête sur une tragédie africaine. **Courrier International**. n.º 872, 19 a 25 de julho de 2007. p.32.

1.3.3. GAROTOS PERDIDOS?

Muito se fala sobre Auschwitz. Sem dúvida, o campo de concentração nazista deve sempre ser lembrado como forma de aprender-se com o passado, para evitar que uma nova/velha catástrofe ocorra novamente⁹³. Mas é preciso pensar além de Auschwitz, já que “se se insiste demasiado somente sobre o caso de Auschwitz, corre-se o risco de minimizar o gulag e de calar outras barbáries”⁹⁴.

É preciso lembrar que muitas são as barbáries e que muito ainda pode ser aprendido com elas. Não é diferente o caso da África negra, pobre, marcada constantemente por conflitos armados (hoje, ainda existe conflito armado em curso na fronteira entre o Chade e o Sudão e na Somália) nos quais, entre outros problemas, há o emprego dos meninos-soldados.

O conhecimento da existência de meninos-soldados em conflitos armados já é um passo importante para que o ciclo da violência cometida contra a infância possa ser interrompido. A memória desempenha aqui um papel fundamental⁹⁵. É preciso lembrar que entre as causas para essa barbárie encontra-se a própria história da Europa ocidental, tendo como indicativo as práticas datadas da época da colonização africana. Para Edgar Morin,

Pode-se dizer que, através da lembrança das vítimas do nazismo, mas também através da escravidão das populações africanas deportadas e da opressão colonial, o que ascende à consciência é a barbárie da

⁹³ “Hay que ser capaces de *pensar* la barbarie europea para superarla, porque lo peor es siempre posible.” MORIN, E. Pensar la barbarie del siglo XX. In: _____. **Breve historia de la barbarie en Occidente**. Buenos Aires: Paidós, 2006. p.108.

⁹⁴ “si se insiste demasiado sobre el solo caso de Auschwitz, se corre el riesgo de minimizar el gulag y de callar otras barbáries”. MORIN, E. Pensar la barbarie del siglo XX. In: _____. **Breve historia de la barbarie en Occidente**. Buenos Aires: Paidós, 2006. p.106. [tradução livre]

⁹⁵ “El trabajo de la memoria debe dejar refluir hacia nosotros la preocupación constante por las barbaries: sometimientos a servidumbre, trata de los negros, colonizaciones, racismos, totalitarismos nazi y soviético.” MORIN, E. Pensar la barbarie del siglo XX. In: _____. **Breve historia de la barbarie en Occidente**. Buenos Aires: Paidós, 2006. p.109.

Europa ocidental, manifestada pela escravidão e pela subjugação dos povos colonizados.⁹⁶

Para lembrar é preciso, antes, conhecer. Serge-Félix N’Piénikoua⁹⁷ traz um elemento que para os olhos ocidentais soa absurdo: para os africanos, de uma forma geral, o fato de haver meninos nos campos de batalha é normal. Para os que pensam assim, o fato de uma criança ter em suas mãos uma arma faz com que ela deixe de ser considerada como criança e passa a ser tratada como adulto. Faz parte de seu processo natural de desenvolvimento. É então a arma que faz com que ela amadureça como adulto, e não o amadurecimento – o deixar de ser criança a partir do desenvolvimento de sua autonomia – que os habilita a portar uma arma. Neste ponto, novamente, Morin alerta:

As trágicas experiências do século XX devem conduzir a uma nova reivindicação humanista: que a barbárie seja reconhecida como tal, sem simplificações nem falsificações de nenhum tipo. O que importa, não é o arrependimento, é o reconhecimento. Este reconhecimento deve passar pelo conhecimento e pela consciência.⁹⁸

Vale também a recomendação de Hannah Arendt, ao final do livro “Eichmann em Jerusalém”, que deve ser levada em consideração também no caso dos meninos-soldados, ao destacar que o que aconteceu ou o que acontece deve ser analisado tendo-se em mente o futuro, pois, também lembrando a advertência de Morin, o pior sempre pode ocorrer:

⁹⁶ “puede decirse que, a través del recuerdo de las víctimas del nazismo, pero también a través del de la esclavitud de las poblaciones africanas deportadas y el de la opresión colonial, lo que asciende a la conciencia es la barbarie de Europa occidental, manifestada por la esclavización y el sometimiento de los pueblos colonizados.” MORIN, E. Pensar la barbarie del siglo XX. In: _____. **Breve historia de la barbarie en Occidente**. Buenos Aires: Paidós, 2006. p.105. [tradução livre]

⁹⁷ N’PIENIKOUA, Serge-Félix. *Un enfant en guerre n’est plus un enfant*. **Courrier International**. n.º 872, 19 a 25 de julho de 2007. p.33.

⁹⁸ “A lo que deben conducir las trágicas experiencias del siglo XX, es a una nueva reivindicación humanista: que la barbarie sea reconocida como tal, sin simplificación ni falsificación de ningún tipo. Lo que importa, no es el arrepentimiento, es el reconocimiento. Este reconocimiento debe pasar por el conocimiento y por la conciencia.” MORIN, E. Pensar la barbarie del siglo XX. In: _____. **Breve historia de la barbarie en Occidente**. Buenos Aires: Paidós, 2006. pp.73-110. p.107. [tradução livre]

As razões para essa sinistra potencialidade são gerais e também particulares. Faz parte da própria natureza das coisas humanas que cada ato cometido e registrado pela história da humanidade fique com a humanidade como uma potencialidade, muito depois da sua efetividade ter se tornado coisa do passado.⁹⁹

E continua Hannah Arendt sublinhando que, mesmo em casos de crimes contra a humanidade (como é o caso, sem dúvida alguma, da utilização de meninos-soldados), a punição nunca impedirá que novos crimes venham a ocorrer. É preciso, portanto, pensar em uma nova forma de solucionar conflitos. Segue a autora, referindo-se aos crimes cometidos pelos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial:

Nenhum castigo jamais possuiu poder suficiente para impedir a perpetração de crimes. Ao contrário, a despeito do castigo, uma vez que um crime específico apareceu pela primeira vez, sua reaparição é mais provável do que poderia ter sido a sua emergência inicial. As razões particulares que falam pela possibilidade de repetição dos crimes cometidos pelos nazistas são ainda mais plausíveis. (...) Essencialmente por esta razão: assim como o inaudito, uma vez ocorrido, pode se tornar precedente para o futuro, todos os julgamentos que tocam em “crimes contra a humanidade” devem ser julgados de acordo com um padrão que hoje ainda é “ideal”.¹⁰⁰

Uma das formas de se conhecer as barbáries que são cometidas é através dos relatos, que também são instrumentos para a formação da memória. Seyla Benhabib credita a Arendt o fato de ter sido uma das primeiras pessoas a trazer à luz os fatos relacionados ao regime nazista e ao Holocausto, encorajando todos a encará-los. Nesse sentido, “ela mesma lutou com a questão de quem falaria pela memória das vítimas, se é que haveria alguém, e de que modo seria falado”¹⁰¹.

⁹⁹ ARENDT, H. **Eichmann em Jerusalém – um relato sobre a banalidade do mal**. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. pp.295-296.

¹⁰⁰ ARENDT, H. **Eichmann em Jerusalém – um relato sobre a banalidade do mal**. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p.296.

¹⁰¹ “She herself struggled with the questions of who speaks for the memory of the victims, if anyone at all, and in what terms one can do so.” BENHABIB, S. *Arendt’s Eichmann in Jerusalem*. In: VILLA, Dana

Fazendo um paralelo, Ishmael Beah foi um dos que conseguiu escapar vivo da guerra e da condição de vítima em que se encontrava e pôde contar a sua história, falando por todos os que não tiveram a mesma sorte que ele. Destaque-se que muitos dos que participaram da reabilitação, como Beah, acabaram retornando aos campos de batalha por não se adaptarem a nova realidade. Ishmael fala pelas vítimas... por quantas mais ele terá que falar?

Após vitimadas, como restabelecer a autonomia às vítimas diretas e indiretas de conflitos armados? Como transformá-las de corpos dóceis em seres com autonomia e liberdade? Como restabelecer a paz após um conflito armado, como os que ocorrem na África negra? Como reintegrar as vítimas à sociedade que ainda sofre as conseqüências da guerra? Como transformar as vítimas em cidadãos novamente? Entre várias soluções possíveis, encontra-se o estabelecimento da justiça restaurativa. Nela, os relatos, como o de Ishmael Beah, são fundamentais na construção de uma memória e na compreensão do passado. A administração do conflito, necessária para uma vida social pacífica, é um dos principais objetivos da justiça restaurativa, que será tratada no próximo capítulo.

(ed.). *The Cambridge Companion to Hannah Arendt*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 65-85. p.71. [tradução livre]

CAPÍTULO 2

POR QUE RESTAURAR? A JUSTIÇA DAS VÍTIMAS E A JUSTIÇA RESTAURATIVA

2.1. Justiça Restaurativa: origens e prática atual

A justiça restaurativa é um modelo teórico-prático de justiça criminal que sublinha o crime ou a infração como um ato contra um indivíduo ou contra uma comunidade, ao invés de fazer como o modelo clássico de justiça criminal, que enfoca o crime como um ato contra o Estado¹⁰². Pode-se defini-la como um

procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime.¹⁰³

Assim, a vítima desempenha um papel mais importante no processo e recebe algum tipo de restituição do ofensor ou infrator. A justiça restaurativa enquadra-se, portanto, dentro do chamado modelo integrador de reação ao delito. Nesse modelo, a atenção volta-se sobretudo para a conciliação de interesses e expectativas tendo sempre como objetivo a pacificação social¹⁰⁴.

¹⁰² Mais à frente será explicado como se desenvolveu essa noção de o crime ser uma lesão contra o Estado e não contra um indivíduo ou contra a comunidade. Tal reconstrução é feita por Michel Foucault, ao falar sobre o surgimento do inquérito e do desenvolvimento dos meios de se obter a verdade (ou “uma” verdade). Cf. FOUCAULT, M. **A verdade e as formas jurídicas**. (tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais). 3ª edição. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005. Especialmente o capítulo III.

¹⁰³ PINTO, R. S. G. Justiça restaurativa é possível no Brasil?. In: SLAKMON, C; DEVITTO, R; PINTO, R.G. (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005. p.20.

¹⁰⁴ DEVITTO, R. C. P. Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos. In: SLAKMON, C; DEVITTO, R; PINTO, R.G. (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005. p.43.

Quanto à nomenclatura vítima e infrator (ou ofensor), que foi e ainda será utilizada ao longo de todo este trabalho, importante destacar que o modelo de Justiça Restaurativa de Zwelethemba (África do Sul) trata os indivíduos envolvidos como participantes ou partes, para “evitar uma interpretação de *crime*”, na medida em que

o binário vítima/infrator é visto dentro do modelo como algo que serve para separar, excluir e pré-julgar. Na prática, é comum que um ‘caso’ trazido à atenção dos pacificadores locais (...) seja considerado não mais que uma única situação no tempo que deve ser localizado dentro de uma história de conflito entre as partes.¹⁰⁵

Existem vários modelos de justiça restaurativa no mundo¹⁰⁶, mas todos possuindo alguns aspectos em comum. Em todos os modelos a vítima tem a oportunidade de expressar o impacto que o crime teve em sua vida, de receber respostas, mesmo que parciais, sobre o ocorrido, bem como participar do processo de responsabilização da outra parte. O ofensor pode contar o seu lado da história, o porquê da infração ter ocorrido e também dizer como aquele evento afetou sua vida.

Vítima e ofensor são colocados frente a frente, tendo ambos então a oportunidade de “solucionar” o conflito ocorrido e, ao máximo, tornar as coisas como elas eram antes do ocorrido, através de uma forma de compensação. Claro que, de forma objetiva, as coisas nunca podem voltar a ser como eram, especialmente quando se fala de um conflito armado, onde violações aos direitos humanos são praticadas de forma sistemática. O que se pretende é uma maior efetivação da justiça e de como esse

¹⁰⁵ FROESTAD, J.; SHEARING, C. Prática da Justiça – O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos. In: SLAKMON, C; DEVITTO, R; PINTO, R.G. (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005.

¹⁰⁶ Tais como mediação vítima-ofensor, conferência de grupo familiar e conferência comunitária, círculos de sentença comunitários, painéis comunitários etc.

sentimento se internaliza nos envolvidos, sem que essa justiça se confunda com vingança. Assim,

No debate criminológico, o modelo restaurativo pode ser visto como uma síntese dialética, pelo potencial que tem para responder às demandas da sociedade por eficácia do sistema, sem descuidar dos direitos e garantias constitucionais, da necessidade de ressocialização dos infratores, da reparação às vítimas e comunidade e ainda revestir-se de um necessário abolicionismo moderado.¹⁰⁷

A justiça restaurativa insere-se, inclusive, na abordagem do que seria de fato um acesso à justiça. Ele não deve ser entendido como mero acesso ao Poder Judiciário. Um efetivo acesso à justiça passa através da possibilidade de os envolvidos em um conflito construir suas próprias idéias sobre o que vem a ser justiça. Esta é sempre um construir, nunca um dado pronto. Nesse sentido é o ensinamento de André Gomma:

No âmbito penal, as ‘inquietações de muitos juristas, sociólogos, antropólogos, economistas, cientistas políticos e psicólogos’ entre outros que conclamam alterações no ordenamento jurídico direcionam-se, sobretudo, para que se abandone uma estrutura formalista centrada em componentes axiológicos dos próprios representantes do Estado (*e.g.* juízes ou promotores) para se prover o ‘Acesso à Justiça’ – um modelo cuja valoração do justo decorre da percepção do próprio jurisdicionado (*e.g.* comunidade, vítima e ofensor) estabelecido diante de padrões amplos fixados pelo Estado. Nesse contexto surge a chamada ‘Justiça Restaurativa’, uma nova tendência sistêmica na qual ‘as partes envolvidas em determinado crime [*e.g.* vítima e ofensor] conjuntamente decidem a melhor forma de lidar com os desdobramentos da ofensa e suas implicações futuras¹⁰⁸.

¹⁰⁷ PINTO, R. S. G. *Op. cit.* p.20.

¹⁰⁸ AZEVEDO, A.G. de. **O componente de mediação vítima-ofensor na justiça restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal.** In: SLAKMON, C.; DEVITTO, R.; GOMES PINTO, R. (org.). Justiça Restaurativa. Brasília: MJ/PNUD, 2005. p.135.

Para tentar compor o conflito que havia se formado entre vítima e ofensor são estabelecidas algumas formas de compensações. Por exemplo, pode ser acordado que o ofensor pagará uma quantia em dinheiro à vítima ou à sua família. Diga-se de passagem que essa é a forma mais simples e nem sempre suficiente ou eficaz para a vítima (já que é possível que o ofensor não tenha condições de dar dinheiro). Assim, o ofensor pode ser obrigado ainda a prestar algum tipo de serviço comunitário ou, até mesmo, a cumprir algumas tarefas em favor da vítima (por exemplo, reconstruir sua casa). São também muito comuns, durante as práticas da justiça restaurativa, a expressão do remorso e o pedido de desculpas pelo ofensor. Quanto a este último tipo de compensação, conveniente lembrar os vários exemplos que a Corte Interamericana de Direitos Humanos traz ao longo dos seus julgamentos¹⁰⁹.

Essa Corte tem produzido decisões paradigmáticas, que são inspiradoras inclusive para a Corte Européia de Direitos Humanos, localizada na cidade de Estrasburgo, na França. Na Corte Interamericana, além de meras restituições financeiras, determina-se que o ofensor (no caso, o Estado) tome medidas tais como preservação da memória da vítima (por exemplo, colocando o seu nome em escolas, ruas e praças públicas) e que seja feito um pedido público de desculpas por um alto representante do Estado violador dos direitos humanos. Pelo exemplo da Corte Interamericana pode-se perceber que há várias formas de se fazer justiça quando há violações a direitos humanos, que vão muito além de uma simples persecução penal.

Voltando à justiça restaurativa, importante destacar o local em que as práticas restaurativas podem se desenvolver. As sessões do processo restaurativo podem ocorrer no ambiente do fórum, na sede de uma organização ou associação ou em algum

¹⁰⁹ Importante mencionar que a Corte faz sessões extraordinárias fora de sua sede, na Costa Rica. Por exemplo, entre os dias 28 e 31 de março de 2006, esteve em visita ao Brasil, realizando, em Brasília, o seu XXVII Período Extraordinário de Sessões.

outro local relacionado com a comunidade que de algum modo foi afetada pelo evento que causou a vitimação. A idéia é minimizar ao máximo os formalismos – como os que existem em salas de audiência e julgamento em fóruns - e deixar que a restauração ocorra da forma mais natural possível.

Na Justiça, o processo restaurativo pode ser levado antes que seja instaurado o procedimento criminal formal. É então selado um acordo que pode, em caso de descumprimento, fazer com que a questão seja levada à apreciação judicial. Em outros casos, o processo restaurativo pode aparecer ao final de um processo criminal formal, como parte dos meios de responsabilização que foram impostas ao ofensor. Destaque-se que esta última forma descaracteriza um pouco o objetivo da justiça restaurativa, que tem como um de seus objetivos afastar a jurisdição criminal.

Ao se desenrolar na comunidade, no processo restaurativo os indivíduos afetados pelo incidente – seja como vítima ou como ofensor - são colocados juntos com outros indivíduos a quem o procedimento possa interessar e todos dialogam sobre o impacto do evento em suas vidas. O diálogo deve se desenrolar na medida em que sirva como forma de reflexão sobre as causas e possíveis soluções para o conflito.

Diz-se que a justiça restaurativa tem milhares de anos, podendo ser encontrada em diversas épocas históricas: Na América do Norte, os primeiros indícios de justiça restaurativa foram atribuídos às comunidades indígenas; em Israel, o Pentateuco especifica restituição para crimes contra a propriedade; na Suméria, o Código de Ur-Nammu (2060 a.C.) previa restituição para crimes violentos; na Babilônia, o Código de Hammurabi (1700 a.C.) também previa restituição como uma sanção a ofensas contra a propriedade; em Roma, a Lei das XII Tábuas (449 a.C.) ordenava que ladrões culpados deveriam pagar o dobro do valor das mercadorias roubadas; no Direito Germânico, “leis” tribais promulgadas pelo Rei Clovis I (496 d.C.) exigiam restituição tanto para

ofensas violentas, quanto para as não violentas; na Inglaterra, as Leis de Ethelbert de Kent (600 d.C.) incluíam detalhadas planilhas de restituição.

Ainda na Alta Idade Média não havia o que hoje chama-se poder judiciário. A liquidação de conflitos e eventual restituição ao ofendido eram resolvidas entre os indivíduos, que apenas faziam uso de uma terceira pessoa para analisar a regularidade do procedimento levado a cabo pelas partes. Aos poucos, foi ocorrendo a centralização do poder na mão dos monarcas e, do mesmo modo, a concentração das decisões nas mãos de uma só pessoa. Observou-se que a contestação judiciária era uma boa forma de circulação dos bens e assim “o direito de ordenar e controlar essa contestação judiciária, por ser um meio de acumular riquezas, foi confiscado pelos mais ricos e mais poderosos”¹¹⁰. Esse processo de concentração do poder judiciário na mão de poucos se desenvolveu durante a Alta Idade Média, amadurecendo no meio ou final do século XII¹¹¹.

Finalmente, desse processo surge uma nova figura, que até então era desconhecida, ao menos no Direito Romano: o procurador. Este se apresenta como representante do soberano, do rei ou do senhor. Neste momento o crime deixa de ser uma lesão a um indivíduo para se transformar em uma lesão contra o Estado. Assim,

o procurador vai dublar a vítima, vai estar por trás daquele que deveria dar a queixa (...). O soberano, o poder político vêm, desta forma, dublar e, pouco a pouco, substituir a vítima. (...) A partir do momento em que o soberano ou seu representante, o procurador, dizem ‘Também fui lesado pelo dano’, isto significa que o dano não é somente uma ofensa de um indivíduo a outro, mas também uma ofensa de um indivíduo ao Estado, ao soberano como representante do Estado; um ataque não ao indivíduo mas à própria lei do Estado. (...) Vemos, assim, como o poder estatal vai confiscando todo o procedimento judiciário, todo o mecanismo de liquidação inter-individual dos litígios da Alta Idade Média.¹¹²

¹¹⁰ FOUCAULT, M. *Op. cit.* p.65.

¹¹¹ FOUCAULT, M. *Op. cit.* p.65.

¹¹² FOUCAULT, M. *Op. cit.* p.66.

Esse processo relatado por Foucault se desenvolveu e se tornou complexo, perdurando até os dias de hoje, principalmente no ocidente. Por exemplo, dando-se uma olhada no ordenamento penal brasileiro, percebe-se que grande parte dos crimes são de ação penal pública incondicionada. Neles, após a ocorrência do fato criminoso e do seu devido conhecimento e encaminhamento pelas autoridades do Estado, a vítima se distancia quase que por completo do procedimento de apuração e estabelecimento de responsabilidades e cominação de penas. Quando muito, a vítima ou pessoas próximas a ela figuram como testemunhas. Até mesmo no âmbito internacional percebem-se reflexos desse processo, como no caso do Tribunal Penal Internacional, que ainda dá demasiada ênfase no criminoso ou infrator da ordem internacional, esquecendo-se ou deixando à margem a vítima e as causas da sua vitimação.

No século XX, a justiça restaurativa começou a se tornar mais popular, mesmo que ainda, se comparada ao sistema retributivo de justiça criminal, ocupe posição periférica. Passou a ocorrer, portanto, uma espécie de retomada da justiça feita entre os indivíduos, sem a mediação do Estado. Comunidades no Canadá, nos Estados Unidos¹¹³, na Grã-Bretanha, na Austrália e na Nova Zelândia instituíram programas de justiça restaurativa. Como marco inicial tem-se o uso do programa de mediação vítima-infrator, em 1974, em um caso de vandalismo na cidade de Kitchener, localizada na província canadense de Ontário, pela comunidade Mennonite¹¹⁴.

As práticas de justiça restaurativa são variadas, embora tenham alguns pontos em comum, como já foi mencionado, distinguindo-se, portanto, dos modelos

¹¹³ Destaque-se que “Mais de 500 programas de mediação vítima-infrator estão atualmente em funcionamento nos EUA e no Canadá (...). A vasta maioria baseia-se na comunidade ou na igreja. A mediação parece estar imparcialmente distribuída com igualdade pelo processo de justiça criminal. A maioria dos casos são agressões, roubos e crimes juvenis de menor gravidade.” FROESTAD, J. *Op. cit.* p.82.

¹¹⁴ FROESTAD, J. *Op. cit.* p.81.

clássicos de justiça criminal que não dão a importância devida à vítima, concentrando-se apenas na punição daqueles que infringiram a ordem estatal. As práticas ou modelos variam de comunidade para comunidade, seja num mesmo país, seja em países distintos. Os mais comuns são os programas de mediação vítima-infrator, os encontros restaurativos com grupos de familiares, as comissões restaurativas comunitárias e os círculos de emissão de sentenças.

A mediação vítima-infrator, também chamado de diálogo vítima-infrator, conferência vítima-infrator, reconciliação vítima-infrator ou diálogo de justiça restaurativa, é um encontro “cara a cara” (especialmente nos EUA), na presença de um mediador treinado para tanto, entre a vítima e o infrator ou ofensor. Este programa (ou modelo) normalmente envolve um pequeno número de participantes e, frequentemente, é a única opção quando o ofensor já se encontra preso, devido à limitação de visitantes às prisões.

Um outro tipo de programa são os encontros restaurativos com grupos de familiares. Este possui um círculo maior de participantes, em comparação com o modelo anterior. Entre os participantes podem ser incluídas pessoas ligadas à vítima, ou ainda familiares do infrator. Este modelo é mais encontrado na Nova Zelândia, Austrália e em partes do Canadá, sendo mais apropriado para ser usado em casos envolvendo jovens, devido à importância do papel desempenhado pela família na vida do jovem. Considera-se ainda que o desenvolvimento da justiça restaurativa em geral, e deste modelo em particular, se relaciona a uma revivificação de práticas de resolução de conflitos dentro de comunidades indígenas¹¹⁵. Na Nova Zelândia, os encontros restaurativos são usados para casos de infrações mais graves e também de reincidência.

¹¹⁵ FROESTAD, J. *Op. cit.*, p.82.

No sentido de “oferecer um modo mais aberto e satisfatório para reparar danos e solucionar conflitos e reduzir os papéis profissionais na justiça criminal, buscando menos intervenções do sistema e mais intervenções da comunidade”¹¹⁶, há ainda as “comissões restaurativas comunitárias”. Compostas por um pequeno grupo de cidadãos, preparados para essa função, essas comissões conduzem encontros públicos “cara a cara” com o ofensor que foi encaminhado para aquele encontro por meio de uma sentença judicial. É discutida, como nos outros modelos, a natureza da ofensa, as eventuais causas e os desdobramentos. São propostas várias sanções, as quais são discutidas junto com o ofensor para que se chegue a um consenso sobre qual será aplicada. Essa sanção deve ser a mais adequada para a reparação da vítima pelo infrator.

O infrator é responsável pelo cumprimento da sanção estabelecida, devendo dar conhecimento, à comissão, das ações que estão sendo tomadas dentro de um dado período de tempo, também estabelecido previamente para a realização do acordado. Após esse período, a comissão elabora um relatório que é encaminhado para a corte, terminando assim as atividades da comissão.

Há ainda os círculos de emissão de sentenças, também chamados de círculos de pacificação, que estão relacionados ao reaparecimento da autonomia dos povos indígenas nas reservas estadunidenses. Interessante observar que

os círculos de emissão de sentenças não são autorizados por nenhuma legislação, mas se baseiam no arbítrio jurídico. Não é uma forma de encaminhamento alternativo, mas uma parte do processo formal de emissão de sentença. O juiz impõe um acordo sobre uma sentença que resulta em uma condenação e um antecedente criminal correspondente. Porém, o foco está na tomada de decisão consensual que aborda os interesses de todas as partes.¹¹⁷

¹¹⁶ FROESTAD, J. *Op. cit.*. p.80.

¹¹⁷ FROESTAD, J. *Op. cit.*. p.84.

Os círculos de emissão de sentença utilizam o tradicional ritual e sistema do círculo para envolver a vítima, as pessoas relacionadas com a vítima, o infrator e seus apoiadores, o juiz, os funcionários do tribunal, o promotor, a polícia, entre outros interessados da comunidade. Dentro desse círculo, as pessoas podem falar, todas com o objetivo de entender o ocorrido e também juntas, identificar os passos que serão necessários para a “cura” de todos os envolvidos, bem como para a prevenção de futuros crimes da mesma natureza.

Normalmente, esses círculos envolvem um procedimento de várias etapas, que incluem a demonstração do desejo do infrator de participar desse círculo; um círculo de “cura” para a vítima e um outro para o infrator; um círculo de emissão de sentença para desenvolver um consenso sobre os elementos da sentença e círculos subsequentes para monitorar o progresso do infrator em cumprir o que foi acordado. Destaque-se ainda que os círculos de emissão de sentenças tendem a envolver uma comunidade mais ampla na resolução de conflitos, quando comparado aos modelos anteriores.

Sendo a restituição um dos fins a que pode chegar o processo de restauração, é preciso dizer que ela possui limitações. Alguns sistemas judiciais apenas encaram a restituição de forma monetária. Assim, ainda que exista, além da pena pecuniária, uma pena de prestação de serviço, se esta não vier a ser cumprida fará com que ocorra um aumento na pena pecuniária imposta.

De acordo com o modelo de mediação vítima-infrator, as vítimas não podem obter lucro através da restituição, devendo esta servir tão somente para cobrir, monetariamente no caso, aquilo que foi perdido. Ainda, o acordo a ser estabelecido deve ser razoável e passível de cumprimento, evitando-se assim que, por exemplo, jovens infratores, com o fito de que a sessão termine o quanto antes, aceitem qualquer coisa

como acordo. Destaque-se então a necessidade de, nesse modelo, ter-se um facilitador bem treinado.

Alguns programas de justiça restaurativa, especialmente a mediação vítima-infrator e os encontros restaurativos com grupos de familiares, determinam que os participantes assinem um acordo de confidencialidade. Esses acordos normalmente estabelecem que tudo aquilo que foi discutido no círculo não pode ser contado para não-participantes. A idéia é que assim a comunicação dentro do processo fica mais honesta e aberta.

Há casos que não são apropriados para serem submetidos a um processo restaurativo. Por exemplo, quando o infrator nega a responsabilidade pelo ocorrido ou quando ele não tem qualquer remorso. Quando isso ocorre, leva-se à Justiça comum. Pode-se ainda mencionar as hipóteses em que a vítima não queira participar, visto ela desempenhar um papel central no processo. Mencionem-se ainda os eventos em que não seja possível vislumbrar a existência de uma vítima direta da infração, ou quando a quantidade de pessoas vitimadas não possa ser precisada. Para que a restauração possa ocorrer é fundamental que todas as partes envolvidas estejam dispostas a participar. Todas precisam estar dispostas a entender o ocorrido. Todas devem estar conscientes das responsabilidades que serão assumidas.

A participação, sempre que possível, de todos os envolvidos é de suma importância para a concretização do processo de restauração. O processo se torna especialmente delicado quando se trata dos conflitos armados internos (ou, como já foi mencionado neste trabalho, a questão dos novos conflitos armados¹¹⁸). Como estes ocorrem dentro de uma nação e, após o conflito, essa nação precisa se restabelecer, a conciliação se torna fundamental. A compreensão do ocorrido e a sugestão de propostas

¹¹⁸ Cf. o item 3 do Capítulo 1.

para a reconstrução do país são passos necessários após um conflito armado. Como a justiça restaurativa pode contribuir para a reconstrução de um país após um conflito armado?

2.2. O papel da justiça restaurativa na reconstrução nacional após conflito armado: como ela pode ser aplicada?

“Em situações onde o povo sofreu massivas violações de direitos humanos no curso do seu exercício do direito de auto determinação, o processo de lidar com essas atrocidades terá um profundo efeito no Estado emergente e em sua estabilidade política e social a longo tempo”¹¹⁹. Com essas palavras Suzannah Linton expõe suas preocupações com a questão da reconstrução de um país após um conflito armado, que é tema complexo no Direito Internacional. Um dos motivos dessa complexidade é o fato da necessidade de haver uma abordagem multidisciplinar, que se justifica pela variedade de problemas que se apresentam após um conflito: homicídios em massa, deslocamentos forçados (o que gera um grande contingente de refugiados e/ou deslocados internos), desaparecimentos, destruição das instituições públicas (seja a destruição física de prédios de repartições públicas, seja pelo completo desmantelamento das funções do Estado, ou seja, do Executivo, do Judiciário e do Legislativo). A população que consegue ficar ou que retorna ao território violado sofre de lesões físicas e psicológicas, especialmente nos conflitos que marcaram boa parte do século XX e início do XXI, ou seja, os conflitos de caráter interno.

Nesses conflitos¹²⁰ não se tem, ao menos de forma explícita, o embate entre dois Estados soberanos. Esses conflitos são motivados, em princípio, por razões de

¹¹⁹ No original: *In a situation where a people have endured massive violations of human rights in the course of their exercise of the right to self-determination, the process of dealing with those atrocities will have a profound effect on the emerging state and its long-term political and social stability.* LINTON, S. Rising from the ashes: the creation of a viable criminal justice system in East Timor. **Melbourne University Law Review**. Disponível em <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MULR/2001/5.html> Acessado em 27 de agosto de 2006.

¹²⁰ Cf: o item 3 do Capítulo 1. Para um estudo mais aprofundado desses conflitos, que cresceram em número e gravidade desde o último século, cf. HAUSER, D. A assistência humanitária perante os novos conflitos armados. In: FERRAZ, D.A.; HAUSER, D. (coord.). **A nova ordem mundial e os conflitos armados**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. pp.131-175.

ordem étnica, religiosa ou política e ocorrem no território de um país¹²¹ e têm, pelo menos em um dos lados, uma milícia (ou uma força minimamente organizada) que se insurge contra a ordem estabelecida. As conseqüências para a população civil são extremamente graves, pois os conflitos ocorrem, muitas vezes, entre indivíduos do mesmo país, da mesma cidade e até da mesma vizinhança. Esta característica dos conflitos atuais pode até agravar ainda mais aquelas lesões psicológicas. Após o conflito, o país precisa reerguer-se e às vezes a convivência entre vítima e algoz torna-se, ao menos em um primeiro momento, difícil de ser afastada. Saliente-se ainda que os papéis podem se inverter quando se busca uma persecução penal sem que se reflita, antes, sobre o conflito.

A questão da reconstrução torna-se ainda mais complexa, a demandar um estudo ainda mais cuidadoso e envolvendo as mais variadas áreas do conhecimento quando se fala das chamadas intervenções humanitárias, ou simplesmente ajudas ou assistências humanitárias. Nestas, a preocupação com a reconstrução do país deve ir além do seu reerguimento físico, mas deve colaborar no restabelecimento (ou mesmo estabelecimento) de uma identidade nacional, no sentido de que todos possam, de fato, sentirem-se como parte do processo de estabelecimento de uma nação. As intervenções humanitárias devem colaborar no implemento da crença daquelas pessoas no direito que passará a vigor suas vidas. Essa crença é especialmente importante para a efetivação da proteção dos direitos humanos.

Jürgen Habermas, extremando essa idéia, ao falar que se caminha na direção de um direito cosmopolita, entende que

¹²¹ Muito embora sejam considerados como conflitos internos, eles podem vir a ser internacionalizados em função das violações a direitos humanos perpetradas, bem como pela intervenção de uma organização internacional. Um dos primeiros exemplos de conflito armado interno que se internacionalizou é o da Guerra Civil Espanhola. Há ainda outros exemplos, como o da Nicarágua e o do conflito no território da ex-Iugoslávia.

[s]ó quando os direitos humanos encontrarem seu lugar em um ordenamento jurídico democrático mundial, como os direitos fundamentais nas nossas constituições nacionais, **poderemos partir do princípio, em um nível global, de que aqueles a quem esses direitos dirigem-se também estão em condições de se sentir como seus próprios autores**¹²².

Nesse contexto, uma das questões que se levanta é: que tipo de justiça implementar? Uma justiça penal no seu sentido clássico, focada na persecução e eventual punição, ou uma justiça restaurativa, que busca uma reconciliação e, principalmente, uma maior aproximação da vítima? Pretende-se levantar problemas e questionamentos que devem ser levados em consideração quando da tentativa de reconstrução de um país arrasado por um conflito armado.

Como deve se dar a relação entre a reconstrução nacional e a administração da justiça? Como salienta Hansjörg Strohmeyer¹²³, embora missões dessa natureza devam iniciar suas atividades no sentido de garantir a paz e a segurança internas, experiências anteriores provaram que a administração da justiça deve estar entre as mais importantes - e mais difíceis - ações. Nesse sentido, qual modelo de justiça criminal (ou penal, se se pretender enfatizar a pena) deve ser adotado?

O mesmo autor destaca que é necessário que tais missões garantam um mínimo de estabilidade e confiança para que os refugiados ou deslocados internos possam retornar para seus lares. Do mesmo modo, a falta de uma adequada efetivação da norma ou a falha em se remover infratores pode afetar tanto a autoridade da missão, bem como a própria crença da população no Estado de Direito¹²⁴ que se pretende insta-

¹²² HABERMAS, J. Bestialidade e humanidade: uma guerra no limite entre direito e moral. **Cadernos de filosofia alemã**. São Paulo, Departamento de Filosofia da USP, n.º 5, pp.77-87, 1999. p.86. [negrito acrescentado]

¹²³ STROHMEYER, H. Collapse and reconstruction of a judicial system: the United Nations missions in Kosovo and East Timor. **American Journal of International Law**. Vol.95, pp.46-63, 2001.p.47.

¹²⁴ Conforme mencionado à nota 17, entende-se, neste trabalho, o Estado de Direito como um paradigma, o qual se opõe ao antigo Estado absolutista e que deve possuir ao menos três características básicas: leis públicas, ninguém acima da lei (inclusive o governante) e a função judiciária minimamente separada da função estatal de julgar. Nesse sentido, cf. CARVALHO NETTO, M de. A hermenêutica constitucional sob o

lar. Strohmeyer também destaca que um sistema judicial que funcione bem, pode influenciar positivamente a reconciliação e a construção de uma confiança dentro de uma sociedade altamente traumatizada, além de poder trazer à justiça aqueles responsáveis por violações do direito internacional humanitário e dos direitos humanos¹²⁵.

Outro ponto importante trazido ao debate, que de certa forma resume o pensamento do autor, é o fato de a falta de habilidade para reagir rapidamente ao crime e à desordem, especialmente em situações pós-conflitos, quando as atividades criminosas tendem a crescer, e a falha em se prender e condenar criminosos, de forma rápida e legal, pode acabar com a confiança da população em missões dessa natureza lideradas pelas Nações Unidas¹²⁶. Afinal, que modelo de justiça implementar?

Não há como elaborar-se uma fórmula pronta, mágica, absoluta que resolverá todos os casos. As missões ou, de forma geral, as intervenções humanitárias, devem levar em consideração as especificidades de cada situação e de cada local. Como salientado por Suzannah Linton, referindo-se ao Timor Leste, a missão deve refletir as expectativas da população local. “O fato de atrocidades estarem sendo processadas não significa que justiça está finalmente sendo administrada para o povo (...)”¹²⁷.

Assim, o que deve ser buscado, como foi salientado anteriormente, é o equilíbrio entre a perseguição e a restauração. Como no caso citado pelo autor, se referindo à necessidade de uma rápida prestação jurisdicional, especialmente no início de uma missão de reconstrução nacional (*national building*), que se consubstanciaria na perseguição e penalização de criminosos para dar uma rápida resposta à sociedade, cons-

paradigma do Estado Democrático de Direito. In: **Notícia do direito brasileiro**. Nova série, n.º 6. Brasília: UnB, 2º semestre de 1998. Cf. também ARAÚJO PINTO, C.P. “Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito direito”. In: OLIVEIRA PEREIRA, Claudia Fernanda (org.). **O novo direito administrativo brasileiro**: Estado, agências e Terceiro Setor. Belo Horizonte: Forum, 2003.

¹²⁵ STROHMEYER, H. *Op. cit.* p.60. [tradução livre]

¹²⁶ *Idem. Ibidem.*

¹²⁷ LINTON, S. Rising from the ashes: the creation of a viable criminal justice system in East Timor. **Melbourne University Law Review**. Disponível em <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MULR/2001/5.html> Acessado em 27 de agosto de 2006.

truindo assim a crença deles na missão e nas instituições que estão a ser implantadas, isso poderia garantir o sucesso da missão apenas no seu início. Mas como manter essa crença? Ou, de forma mais profunda, como garantir que eles se sentirão como parte do processo e, em última instância, como sujeitos criadores da normativa aplicável¹²⁸?

Assim, a justiça penal internacional, inicialmente, teria um caráter muito mais simbólico (mais do que prevenção especial ou geral). A mesma função poderia ser explicada, ou justificada, a partir da concepção de que o crime de guerra é um crime de oportunidade: em outras palavras, tal crime só foi cometido porque no contexto de um conflito armado. Retirando-se o conflito, entende-se que dificilmente o indivíduo voltaria a delinquir. Mas ainda assim, não é possível extrair uma conclusão ou um fundamento absoluto, pois cada caso é um caso. Não se pode de início excluir a possibilidade de uma justiça restaurativa – esta sim capaz de dar soluções duradouras, pois ela tenta entender as causas (sociais, econômicas, políticas) do conflito e, assim, aprender com o passado¹²⁹.

Um aspecto interessante a destacar é que a função simbólica da justiça penal, aqui, não precisa ser vista necessariamente sob a ótica da condenação. A função simbólica, necessária para a dita crença dos indivíduos, pode vir da simples persecução, da aplicação de um devido processo legal. Nesse sentido, de certa forma, estar-se-ia

¹²⁸ MICHELMAN, F.I. Family Quarrel. In: ROSENFELD, M.; ARATO, A. **Habermas on law and democracy: critical exchanges**. Berkley, Los Angeles, London: University of California Press, 1998. pp.315-316.

¹²⁹ Cristiano Paixão, ao explicar a importância da normativa aplicada aos prisioneiros de guerra, fala sobre a importância do passado, no sentido de que a história só tem sentido como aprendizado: “Após a experiência de dois conflitos mundiais, a comunidade internacional parece ter constatado a importância de regulamentar as formas de tratamento dos indivíduos tomados como prisioneiros e conflitos armados. As Convenções de Genebra representam o resultado dessa preocupação. Elas formam um conjunto de normas destinado à proteção dos direitos mínimos dos prisioneiros – pois eles também são titulares dos direitos humanos. **As convenções partem do pressuposto de que é possível aprender com a experiência do passado. Um século que presenciou o confinamento e extermínio maciço de pessoas em campos de concentração deveria ter consciência da própria memória. O passado não pode ter apenas a função do esquecimento.**” PAIXÃO, C. Direitos humanos em tempos de terror: o caso de Guantánamo. **Constituição & Democracia**. Brasília, novembro/dezembro, pp.4-5, 2006. p.4. [negrito acrescentado]

dando uma resposta às vítimas do conflito e contribuindo para o processo de restauração.

Deve-se ter em mente a idéia de ter-se o conflito como propriedade (*conflict as property*): o envolvido é o proprietário de seus conflitos. A comunidade internacional não pode se apropriar deles. Cite-se como exemplo a Alemanha, que só se afirmou como Estado na década de 1970, quando ela passou a cuidar de seus problemas e enfrentar a questão nazista, bem como o seu comprometimento com a experiência do passado e o seu aprendizado para o futuro.

Como poderia, então, haver esse equilíbrio entre a persecução e a restauração? A restauração, além de ser aplicada pelas próprias missões de reconstrução nacional, de forma a dar, paulatinamente, a administração dos conflitos à própria comunidade, poderá ser aplicada ou incentivada pelo Tribunal Penal Internacional. Nele, inclusive, poderá haver o equilíbrio entre os dois modelos, desde que se altere a forma com que ele está disposto a funcionar (de acordo com o Estatuto de Roma, que prevê, para propósitos como este, uma convenção internacional de revisão).

Ao falar-se sobre que modelo de justiça deva ser aplicado após um conflito armado, está se falando dentro do contexto das intervenções humanitárias. Jürgen Habermas escreveu ensaio intitulado “democracia e soberania do Estado: o caso das intervenções humanitárias”¹³⁰ muito elucidativo sobre o tema em debate e sobre as dificuldades em realizar-se uma intervenção humanitária.

O autor debate as conceituações de soberania e autodeterminação democrática. Se esta for entendida como participação de cidadãos livres e iguais no processo de tomada de decisões e legislação, fala-se em legitimidade da ordem interna e, por consequência, da soberania interna.

¹³⁰ Cf. HABERMAS, J. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002. pp.167-172.

Por outro lado, se a autodeterminação democrática for entendida como auto-afirmação e auto-realização coletivas de membros homogêneos no sistema internacional (em outras palavras, os Estados), fala-se em soberania externa.

A relevância desta distinção diz respeito ao processo de reconstrução de um país. A crença nas instituições, conforme analisado, será possível a partir do reconhecimento que todos participam da tomada de decisão, do processo. É um processo de inclusão: necessidade de volta da voz da vítima, de todos os afetados pelo conflito e que querem que o país se restabeleça.

Habermas continua, utilizando-se de Michael Walzer, explicando como se dão as intervenções humanitárias atualmente, somente possíveis numa interpretação do direito internacional público - DIP através do crivo da proteção internacional dos direitos humanos¹³¹. Nesse sentido o autor fala que o DIP caminha na direção de um direito cosmopolita. Walzer, então, entende que as intervenções seriam cabíveis para apoiar um movimento de libertação nacional, na defesa da integridade de uma comunidade e contra a escravização, massacres, genocídios, que iriam contra a livre expressão das formas de vida ou, em outras palavras, contra a preservação ou formação de uma identidade coletiva.

Muito embora as intervenções ou assistências humanitárias sejam importantes é preciso ficar atento ao caso concreto com o qual a missão se depara, como foi salientado diversas vezes. Um primeiro crivo, sempre sob a ótica da proteção dos direitos humanos, deve ser feito quando da opção de intervir ou não. Optando-se pela assistência, esta deve escolher, ao administrar a justiça ao país devastado pelo conflito

¹³¹ Quando a Carta das Nações Unidas foi elaborada a preocupação era com a segurança. Hoje, a maior preocupação da comunidade internacional é com a justiça. Assim, pode-se observar ou delimitar um movimento no sentido de busca por justiça no sistema internacional: a primeira quebra do paradigma da segurança ocorre com o processo de descolonização (princípio da autodeterminação dos povos). O segundo passo, com o movimento internacional dos direitos humanos (relação com a luta contra o *apartheid*). O terceiro passo rumo à justiça no sistema internacional ocorre com as intervenções humanitárias. A carta das Nações Unidas não prevê as intervenções humanitárias pois foi feita ainda sob o paradigma da segurança.

armado, que modelo de justiça aplicará e em que medida. Não se trata de simplesmente optar pela justiça penal/persecução ou pela restaurativa (cada uma tem aplicação específica e tem sua validade dependendo do caso). Qualquer uma das escolhas deve levar em consideração as especificidades e anseios da comunidade com a qual se defronta a missão. De acordo com essa idéia, fica a advertência final de Habermas, no sentido de que

(...) tais intervenções em favor de uma democratização da ordem interna são inconciliáveis com uma concepção da autodeterminação democrática que fundamenta um direito à independência nacional para favorecer o autodesenvolvimento coletivo de uma forma cultural de vida.¹³²

O equilíbrio deve ser alcançado, no sentido dos anseios da comunidade. E este equilíbrio será alcançado quando às vítimas for dada maior voz nos processos de reconstrução da justiça de um país e, em última instância, nos processos de reconstrução do país como um todo.

¹³² HABERMAS, J. *Op. cit.* p.172.

CAPÍTULO 3

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A UTILIZAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

3.1. Uma mudança de paradigma: do criminoso para a vítima; do direito penal para a justiça restaurativa

As vítimas, de acordo com o Estatuto de Roma, têm participação nos procedimentos levados perante o Tribunal Penal Internacional. Há diversos dispositivos que, ao menos em tese, garantem às vítimas e testemunhas um papel a desempenhar¹³³. O problema é que tal participação parece ser pouco incentivada, enquanto o combate à impunidade e o fato de o Tribunal processar e julgar criminosos de guerra é exacerbado. Enfatiza-se o combate à impunidade e as vítimas parecem estar relegadas a um segundo plano, não lhes sendo dada a importância devida. Apesar da existência de dispositivos que pretendem garantir que as vítimas sejam ouvidas e tenham alguma participação, a relutância de alguns em aceitar o alargamento dos objetivos de um sistema de justiça criminal pode até mesmo prejudicar a atuação do Tribunal¹³⁴. O TPI não deveria ser visto como uma instituição que veio para punir, e sim como uma instituição que veio atender a causa das vítimas.

O próprio Preâmbulo do Estatuto de Roma dá a idéia daquilo que se pretende ao criar o Tribunal Penal Internacional:

(...)

Afirmando que **os crimes mais graves** que preocupam a comunidade internacional em seu conjunto **não devem ficar sem castigo** (...),

¹³³ Artigos 68, 19(3), 54(1), 15(3) e (6), além do artigo 43(6), que cria uma Unidade de Vítimas e Testemunhas dentro da Secretaria do Tribunal, que deverá adotar medidas de proteção e outras formas de assistência às vítimas e testemunhas que compareçam ao TPI. Destaque-se também que o artigo 75 trata da reparação às vítimas, sendo essa reparação entendida em um sentido amplo.

¹³⁴ NAINAR, V. Giving victims a voice in the International Criminal Court (ICC). *UN Chronicle*, n.º 4, 1999. Disponível em: <<http://www.iccwomen.org/archive/resources/unchronicle.htm>>. Acesso em: 14 de junho de 2005.

Decididos a **pôr um fim à impunidade** dos autores desses crimes e **contribuir assim para a prevenção de novos crimes**, (...)

Enfatizando, nesse contexto, que nada do disposto no presente Estatuto deverá ser entendido como **autorização a um Estado-parte para intervir, em uma situação de conflito armado, nos assuntos internos de outro Estado**,

(...)

Enfatizando que o Tribunal Penal Internacional estabelecido por meio do presente Estatuto **deverá ser complementar às jurisdições penais nacionais**,

Decididos a garantir que a justiça internacional seja respeitada e posta em prática de forma duradoura, (...).¹³⁵

Uma primeira observação que pode ser feita é que, ao menos em princípio, o Tribunal se preocupa com o anacronismo, e o conseqüente perigo, de ações unilaterais de determinados Estados, que sem consultar a comunidade internacional, agem intervindo em outros Estados. Assim, ele adverte, desde o início, que o estabelecimento do TPI não significa dar autorização para a atuação destes Estados. O TPI deve, antes, ser um espaço no qual a comunidade internacional possa debater e, consensualmente, atuar de forma concertada.

Depois desta observação, percebe-se também já na leitura do preâmbulo o quanto o estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, ao menos como está disposto no Estatuto de Roma e com a ênfase que lhe é dada, não será capaz de resolver o problema da criminalidade internacional. A expressão “combater a impunidade” (relacionada com “os crimes mais graves não devem ficar sem castigo”) deve ser analisada com muito cuidado e com mais cuidado ainda deve ser a sua eventual efetivação. E “contribuir para a prevenção de novos crimes” mostra uma leitura que desconsidera a importância das vítimas dos crimes sobre os quais o Tribunal pretende exercer sua jurisdição, associando a prevenção à punição.

Conforme destacado por Vahida Nainar,

¹³⁵ Negrito e sublinhados acrescentados.

(...) justiça para a maioria das vítimas não começa com a persecução do caso e termina com a punição daqueles responsáveis pelos crimes. Para muitas vítimas, a real justiça será feita quando de alguma forma o mal, seja ele físico, psicológico, material ou outros causados pelo crime, seja reparado, mesmo que a reparação seja simbólica.¹³⁶

Em vários momentos ao longo deste trabalho – e em especial no primeiro capítulo - falou-se em vítimas. Normalmente, associasse-se a vítima àquela pessoa que diretamente sofre a ação delituosa. Assim, a vítima de um roubo seria a pessoa que, sob violência ou grave ameaça, teve um bem seu subtraído, por exemplo. Mas esta é uma visão simplista que não dá a real dimensão do termo vítima, que deve ser entendido em um sentido muito mais amplo. Além das preocupações expostas no primeiro capítulo com os exemplos atuais de vítimas, como os detidos em Guantánamo e os meninos-soldados, a vítima não deve ser entendida como sendo apenas aquela que sofreu diretamente a ação, senão todas aquelas pessoas que foram afetadas de alguma forma pelo delito (ou, de forma mais geral, pelo conflito).

Antonio Beristain explica e explicita este ponto, cujo entendimento é o adotado nesta pesquisa:

(...), convém chamar a atenção, brevemente, sobre o conceito de vítima (e de testemunha), que pode ser uma pessoa, uma organização, a ordem jurídica e/ou moral, ameaçadas, lesadas ou destruídas. Além disso, ainda que resulte difícil, evitaremos a identificação da vítima como o sujeito passivo do delito. Dentro do conceito das vítimas, há que se incluir não somente os sujeitos passivos do delito, pois aquelas superam muito freqüentemente a estes. Por exemplo, nos delitos de terrorismo, os sujeitos passivos de um delito são cinco, dez ou cinquenta pessoas; em lugar disso, as vítimas podem ser cem ou, ainda, mil pessoas. Em alguns casos, podem ser mil os militares ou os jornalistas que, diante do assassinato de um militar ou de um jornalista por

¹³⁶ NAINAR, V. *Op. Cit.*

grupo terrorista, se sintam diretamente ameaçados, vitimados, se antes sofreram também ameaças dos terroristas.¹³⁷

A Declaração da ONU sobre os princípios fundamentais de justiça para as vítimas de delitos e do abuso de poder¹³⁸ também traz uma definição de vítima semelhante a delineada por Beristain:

1. Entender-se-á por “vítimas” as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido danos, inclusive lesões físicas ou mentais, sofrimento emocional, perda financeira e prejuízo substancial dos seus direitos fundamentais, como consequência de ações ou omissões que violem a legislação penal vigente nos Estados-membros, incluída a que condena o abuso de poder. 2. Poderá considerar-se “vítima” uma pessoa, de acordo com a presente Declaração, independentemente de que se identifique, apreenda, processe ou condene o perpetrador e independentemente da relação familiar entre o perpetrador e a vítima. Na expressão “vítima”, incluem-se também, em seu caso, os familiares ou as pessoas a cargo que tenham relação imediata com a vítima direta e as pessoas que tenham sofrido danos ao intervir para assistir à vítima em perigo ou para prevenir a vitimação.

Entendendo-se a abrangência do termo vítima e a sua importância para a compreensão do impacto que um crime pode gerar na sociedade, podendo-se inclusive considerar que muitas vezes toda a sociedade se torna vítima de um delito, especialmente quando se trata do terrorismo global vivenciado atualmente, além de outros eventos que vitimam toda a sociedade, será possível entender como o TPI poderá atuar para que garanta “que a justiça internacional seja respeitada e posta em prática de forma duradoura”¹³⁹ para as vítimas e para a sociedade.

O termo impunidade, que é muito escutado e amplamente difundido pela mídia ao “sensacionalizar” a criminalidade, traz em si a noção de que é necessário

¹³⁷ BERISTAIN, A. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. Tradução de Cândido Furtado Maia Neto. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p.96-97.

¹³⁸ Adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas por sua Resolução n.º 40/34, de 29 de novembro de 1985.

¹³⁹ Preâmbulo do Estatuto de Roma.

haver punição. Dado um fato delituoso “A”, deve haver uma punição “B”. Este é o modelo chamado retributivo, que dá demasiada ênfase na pena¹⁴⁰ e na sua vinculação direta com o crime. O delito é, para este modelo, a infração culpável da lei do Estado. Beristain ensina que

A noção retributiva do crime padece de múltiplos anacronismos, rejeitados na maioria dos tratados atuais, por exemplo, seu crasso maniqueísmo, sua excessiva abstração filosófica, seu casamento com a moral religiosa, seu falso pressuposto de que toda a sociedade está de acordo com o Estado, com a classe dominante, etc. Esquece a (cada dia maior) diversidade de cosmovisões que convivem na sociedade e merecem seu amplo respeito.¹⁴¹

O combate à impunidade é um dos objetivos do primeiro tribunal penal internacional de caráter permanente e é inclusive festejado e amplamente difundido como um de seus aspectos positivos e motivadores para que mais Estados possam aderir ao seu Estatuto. Como já foi mencionado, é através do combate à impunidade que se diz que o TPI colabora na proteção internacional dos direitos humanos.

Esse combate deve ser entendido não como um conjunto de ações que visem à aplicação de penas contra aqueles indivíduos que sejam considerados culpados por genocídios, crimes de lesa humanidade e crimes de guerra, conforme os artigos 5º, 6º, 7º e 8º do Estatuto de Roma¹⁴². A simples persecução penal culminando com a aplicação de penas não fará com que os mortos retornem à vida, não fará com que o sofrimento de famílias inteiras seja aliviado nem trará paz à uma sociedade vitimada. O

¹⁴⁰ Para uma melhor análise e desenvolvimento do estudo da pena, bem como da denominação “direito penal” ou “direito criminal”, cf BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001.

¹⁴¹ BERISTAIN, A. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. Tradução de Cândido Furtado Maia Neto. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p.176.

¹⁴² “Artigo 5º: crimes sobre a jurisdição do Tribunal: 1. A jurisdição do Tribunal se limitará aos crimes mais graves que preocupam a comunidade internacional em seu conjunto. O Tribunal terá jurisdição, em conformidade com o presente Estatuto, sobre os seguintes crimes: a) o crime de genocídio; b) os crimes contra a humanidade; c) os crimes de guerra; d) o crime de agressão. (...)”

combate à impunidade deve ser entendido no sentido de que o TPI deve dar uma resposta às vítimas e não simplesmente preocupar-se com a punição de criminosos. Deve haver um deslocamento da perspectiva do criminoso para a vítima e da persecução penal para o procedimento restaurativo.

Apesar de a sistemática do TPI permitir que indivíduos tragam denúncias ao Tribunal, além de participarem dos procedimentos, o fato de se preocupar em demasia com o criminoso e a sua punição, pode levar, na prática, a uma exclusão da vítima do processo em que seu caso está sendo julgado causando assim o que se chama de uma segunda vitimação. A primeira ocorre quando o indivíduo é afetado pela ação delituosa e a segunda ocorre quando ele não é ouvido ou levado em consideração de qualquer forma durante o processo, ficando à margem dele.

Segundo Bernhard Villmow, a história do sistema penal demonstra que a vítima nos últimos séculos se encontra desamparada, e também vitimada durante o processo penal; ela praticamente não é levada em conta; somente atuam o poder estatal, por uma parte, e o delinqüente, por outra.

Tão injusta postergação do sujeito passivo do delito produz nele uma segunda vitimação, que aparece patente em todos os países de nossa cultura.¹⁴³

Ao indicar que tal vitimação deve ser igualmente combatida lembre-se novamente do exemplo da Corte Interamericana de Direitos Humanos onde, a partir de junho de 2001, o seu Regulamento então adotado assegura a participação direta dos indivíduos demandantes em todas as etapas do procedimento contencioso perante a Corte, representando, segundo Antônio Augusto Cançado Trindade, “um novo paradigma na proteção internacional dos Direitos Humanos em nosso continente”¹⁴⁴. Trazer a vítima

¹⁴³ BERISTAIN, A. *Op. Cit.* p.105.

¹⁴⁴ CANÇADO TRINDADE, A.A. O direito internacional para o ser humano. **Del Rey Revista Jurídica**, ano 4, n.º 9, p.5-8, set./out./nov. 2002. p.5.

de volta ao processo, dando-se importância para o seu sofrimento, mostrará à ela que não há esquecimento, e que a comunidade internacional se importa com a sua causa.

O sofrimento das vítimas deve ser considerado quando do julgamento de questões que envolvem violações aos direitos humanos. Não se trata apenas de uma subsunção direta da norma ao fato. Do sofrimento das vítimas se extrairia também o direito. Analisando e se apoiando em um dos votos de Antônio Augusto Cançado Trindade proferido na Corte Interamericana de Direitos Humanos, George Rodrigo Bandeira Galindo aponta o sofrimento humano como verdadeira fonte do direito internacional. Oportuno citar o trecho do voto estudado:

Ao meu ver, a ausência de um critério objetivo de medição do sofrimento humano não deve ser invocada como justificativa para uma aplicação ‘técnica’ – ou melhor, mecânica – da normativa jurídica pertinente. Ao contrário, a lição que me parece necessário extrair do presente caso dos “Garotos de Rua” (e também do caso Paniagua Morales e Outros) é no sentido de que deve-se *orientar* pela vitimação e pelo sofrimento humano, assim como a reabilitação das vítimas sobreviventes, inclusive para preencher algumas lacunas na normativa jurídica aplicável e, inclusive por um juízo de equidade, alcançar uma solução *aequo et bono* para o caso concreto conforme o Direito. Ao fim e ao cabo, a jurisdição (*jus dicere, jurisdictio*) do Tribunal se resume no seu poder de declarar o Direito, e a sentença (do latim *sententia*, derivada etimologicamente de ‘sentimento’) é mais do que uma operação lógica demarcada por limites jurídicos predeterminados.¹⁴⁵

Irrelevante saber se o sofrimento humano seria uma fonte formal ou material. Como destaca o autor, o importante é que considerar o sofrimento como uma fonte do Direito Internacional amplia a proteção do ser humano. É justamente neste

¹⁴⁵ Voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade. Corte I .D .H . Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y Otros) - Reparaciones . Sentencia de 26 de mayo de 2001 . Serie C . No . 77, para . 9 . *Apud* GALINDO, G.R.B. E havia algo além do Estado...: O teórico como juiz ou a teoria do Direito Internacional de Cançado Trindade e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In*: LEÃO, R.Z.R (coord.). **Os rumos do Direito Internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005. p.179-180. [tradução não oficial]

ponto que atua a justiça restaurativa, já que ela leva em conta o sofrimento da vítima, bem como de todos os envolvidos direta e indiretamente com o conflito.

Quando uma instituição, seja ela doméstica ou internacional, não é capaz de dar uma resposta às vítimas, estas passam a perder a esperança e não mais acreditar nelas nem na existência de uma justiça, seja qual for o conteúdo que seja dado a esta. Tal falta de esperança pode gerar até mesmo uma desagregação da sociedade, fazendo com que os indivíduos passem a buscar meios próprios para solucionar seus litígios – retorno à barbárie – além da já mencionada segunda vitimação (que talvez seja até mais grave que a primeira, já que é provocada por aqueles que deveriam dar a justiça).

A simples imposição de penas não é capaz de prevenir a ocorrência de novos crimes. A função preventiva da pena, esteja-se falando da prevenção especial, dirigida ao que delinqüiu, ou da prevenção geral, dirigida a toda a sociedade, é amplamente questionada atualmente. Não há qualquer estudo que comprove que a um aumento das penas corresponda uma diminuição da criminalidade. Aquele que pretende delinqüir sempre o faz tendo a certeza que não será processado ou preso. A prevenção de novos crimes só será alcançada a partir do momento que se busquem soluções duráveis para o problema que se pretende combater. Assim como na tentativa de solucionar qualquer problema social, deve-se agir nas causas e não nas conseqüências.

Intervir através de conflitos armados ou através da persecução penal só gerará mais violência e desagregação social. Especialmente quando se trata de conflitos armados internos, a persecução penal pode ser maléfica para um Estado que pretenda se restabelecer e se reconstruir após o conflito.

Deve ser notado que a persecução penal pode não ser sempre a melhor solução para restaurar a paz em um Estado recentemente afetado por uma guerra civil. A maior diferença entre conflitos internacional e não internacional é que neste as partes em confronto deverão chegar a um acordo de modo a garantir a continuidade de seu país. (...) diálogo e compreensão das causas do conflito, seguidos da vontade de virar uma nova página e fazer um novo começo, pode ser a melhor alternativa¹⁴⁶.

É isso que busca a justiça restaurativa¹⁴⁷, colocar frente à frente a vítima e seu algoz para que possam se entender e achar uma solução que possa trazer benefícios para ambos e, conseqüentemente, para a sociedade. Quando o preâmbulo fala na prevenção de novos crimes, esta deve ser entendida como a busca pela solução efetiva do problema, a busca por soluções duráveis ao invés de instigação ao ódio, criação de mais violência. A justiça restaurativa trabalhará, assim, na prevenção de novos crimes. Atualmente, fala-se até em uma justiça recriadora¹⁴⁸, que vai além da restaurativa.

¹⁴⁶ ARNOLD, R. The development of the notion of war crimes in non-international conflicts through the jurisprudence of the UN *ad hoc* tribunals. **Humanitáres Völkerrecht**, Bonn, vol. 15, n.º 3, pp. 134-142, 2002. p.138 [tradução não oficial] A autora também faz menção às Comissões de Verdade e de Reconciliação na África do Sul que explicitam o que foi dito anteriormente. “*Cuando, en las Comisiones de la Verdad y de la Reconciliación, el autor de un crimen, una violación o una tortura, deja de ser considerado como objeto de reeducación para ser visto como el autor de una decisión con capacidad de acción y negociación, es con la víctima directamente con quien tiene que vérselas y no con un representante de la ley.*” MATE, Reyes. **La causa de las víctimas. Por un planteamiento anamnético de la justicia. (o sobre la justicia de las víctimas)**. 2ª Conferencia del III Seminario de Filosofía de la Fundación Juan March, martes 8 de abril de 2003. 10pp.p .1.

¹⁴⁷ “Atualmente, em linhas gerais, pode-se dizer que a ciência total do direito penal, incluindo a criminologia, avança por duas auto-estradas (com diversas “faixas” dentro de cada uma delas):

- a) a denominada *justiça criminal retributiva*, que começa seu *iter* na culpabilidade e tem como meta a pena como sofrimento estigmatizante contra o delinqüente, e
- b) a *justiça criminal restaurativa*, que dirige seus passos, principalmente, para a análise dos danos que a criminalidade causa no sujeito passivo dos delitos (a vítima) para outorgar-lhe sua justa reparação.”

BERISTAIN, A. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. Tradução de Cândido Furtado Maia Neto. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p.171.

¹⁴⁸ Algumas explicações sobre a justiça recriadora, que vai além da restauradora. Ela destaca a liberdade do delinqüente ao delinqüir, bem como a importância da compreensão: “Nossa proposta de justiça recriadora vai mais adiante que as duas anteriores [justiça retributiva e justiça restaurativa]. Não admite uma culpabilidade moral, unicamente admite a culpabilidade jurídica (...) Empenha-se a favor da restauração, mas não a considera suficiente, porque esta olha o passado mais que o futuro.”

(...)

“O Modelo Recriador basicamente busca a compreensão do sucedido (do comportamento do delinqüente, das vítimas e da sociedade) e, a partir dela, como resposta, a criação que preencha o “buraco”, o dano, a omissão, que chamamos delito; e, sobretudo, que possibilite e fomente a evolução reavaliadora para o amanhã.”

(...)

Assim, se propõe alteração no funcionamento e sistemática do TPI, para que ele possa se preocupar menos em persecução penal e aplicação de penas, e mais na resolução do conflito que existe entre a vítima e o que causou a sua vitimação. Assim, uma das possibilidades seria fazer com que a participação da vítima nos procedimentos perante o TPI seja mais difundida e incentivada.

Outra possibilidade seria através de um dos princípios que norteiam a atuação do TPI: o princípio da complementaridade. Tanto o Preâmbulo como o artigo 1º do Estatuto de Roma prevêm que o TPI exercerá a sua jurisdição de forma complementar às dos Estados-membros. Isso significa que o TPI somente será acionado em “situações mais graves, em que se verifique a incapacidade ou falta de disposição dos Estados-parte de processar os responsáveis pelos crimes previstos pelo Estatuto de Roma”¹⁴⁹. Assim, adotou-se modelo distinto do que havia sido aplicado nos tribunais especiais para a ex-Iugoslávia e para Ruanda, onde tais tribunais tem primazia sobre as jurisdições domésticas. A título de exemplo de como a justiça restaurativa poderia ser incentivada pelo TPI será utilizando-se o princípio da complementaridade.

Assim, verificar se houve a tentativa de formação de círculos restaurativos, identificando vítimas e seus ofensores, além de colocá-los frente a frente, incentivando-se o debate e a compreensão, seria uma das formas para se verificar se a jurisdição nacional se empenhou em responsabilizar indivíduos que tenham tomado parte durante as hostilidades em um conflito armado. Para que essa seja uma das formas de acionar ou não a jurisdição do TPI, ele deve trabalhar no sentido de incentivar tais práticas, do mesmo modo que hoje, em função da complementaridade, alguns Estados-

“A recriação de uma ordem (jurídica) nova encontra sólido fundamento nas diversas teorias construtivistas, cada dia mais consolidadas, e na moderna antropologia, que constata o poder inovador da pessoa e da construção social da realidade.” BERISTAIN, A. *Op. Cit.* p.179-180.

¹⁴⁹ MAIA, M. **Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.78.

membros têm se empenhado em criar meios para julgar penalmente seus próprios perpetradores de violações¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Como é o caso do Brasil que desde os primeiros debates sobre a instalação de um Tribunal Penal Internacional tem trabalhado para, entre outras coisas, alterar a legislação penal para incluir os crimes previstos no Estatuto de Roma. Oportuno ainda mencionar que o Brasil alterou sua própria Constituição para dizer que “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão” (§4º incluído no artigo 5º, pela Emenda Constitucional n.º 45 de 2004).

3.2. O Tribunal Penal Internacional e as vítimas

Antonio Cassese, em artigo publicado ainda antes da elaboração do Estatuto de Roma¹⁵¹, fala que há várias formas de fazer com que o direito internacional humanitário seja cumprido. O primeiro meio seria através das represálias, apesar de ser um instituto bastante criticado por, na realidade, agravar um conflito armado além de ser ineficiente. Uma segunda forma de se ver respeitado o DIH é através de acordos celebrados entre as partes em conflito. Um exemplo citado pelo autor é a designação de uma Potência Protetora, que seria responsável pela supervisão do respeito pelas partes de suas obrigações internacionais. O estabelecimento de “comissões da verdade”¹⁵² seria uma outra forma interessante de se ver respeitado o direito internacional humanitário, já que geraria uma espécie de arquivo público, no qual estariam gravadas atrocidades cometidas em conflitos armados, podendo então tal arquivo ser útil no julgamento de crimes de guerra o que também, segundo o autor, seria uma forma de cumprir o DIH.

Esta última forma é especialmente interessante, mas não por ser útil no processamento de crimes de guerra, como pretende o autor, mas na construção da memória das vítimas, para que se possa assim aprender com o passado. O autor finalmente destaca o que seria o último nível de cumprimento do DIH: a jurisdição criminal, enfatizando a persecução e a punição dos criminosos, que se tornaria efetiva com a criação de um Tribunal Penal Internacional de caráter permanente. Deveria ter sido destacada a importância das vítimas e quanto elas são afetadas pelos conflitos armados. Do

¹⁵¹ CASSESE, A. On the Current Trends towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law. **European Journal of International Law**, vol.9, n.º 1, pp. 2-17, 1998. p.2-3.

¹⁵² Como as estabelecidas na África do Sul, após o período do *apartheid* e eleito o primeiro governo dito democrático. Cf. FROESTAD, J.; SHEARING, C. Prática da Justiça – O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos. In: SLAKMON, C; DEVITTO, R; PINTO, R.G. (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005. p.92.

mesmo modo, a restituição também deveria ser evidenciada, inclusive por ser uma das razões pelas quais, de fato, o TPI deve ser festejado, já que o Estatuto de Roma a prevê.

O Direito interno e o internacional devem andar juntos, inclusive quando se trata do direito penal. Há quem defenda que o direito penal interno está bem avançado, enquanto que o internacional ainda está “engatinhando”¹⁵³, tendo a pena neste ainda um valor simbólico. Com esse argumento, buscam justificar a atuação do TPI no combate à impunidade, que estaria assim agindo na prevenção geral. Assim como no âmbito interno, também se deve buscar uma justiça restaurativa internacional, e aí sim se deve exaltar o TPI, pois o artigo 75 do Estatuto de Roma, que trata da reparação às vítimas, foi o primeiro dispositivo a incluir a reparação como uma dimensão da justiça criminal internacional¹⁵⁴.

Possuindo uma preocupação com as vítimas e com o seu sofrimento, o Tribunal Penal Internacional estaria trabalhando em defesa de uma razão anamnética, que se opõe ao esquecimento do sofrimento passado¹⁵⁵. Trazendo a vítima ao processo, fazendo com que ela exponha todo o seu sofrimento e o que ela espera de uma atuação da instituição na qual ela confiou, o Tribunal estará construindo uma memória, a qual impedirá que o esquecimento traga problemas para a construção do próprio presente. A memória assim construída permitirá que de fato aprendamos com o passado, e que ele seja constantemente revisitado e repensado, para que então possamos construir o presente.

¹⁵³ Cf. ARAGÃO, E. J. G. Tribunal Penal Internacional: A incorporação ao direito interno de instrumentos jurídicos de direito internacional humanitário e direito internacional dos direitos humanos. **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, n.º 11, p.19-30, maio/agosto, 2000. p.29.

¹⁵⁴ FORMAN, S. Prologue. In: SHELTON, D. L.; INGADOTTIR, T. **The International Criminal Court reparations to victims of crimes of article 75 of the Rome Statute and the Trust Fund (article 79)**. CENTER ON INTERNATIONAL COOPERATION NEW YORK UNIVERSITY, 1999, 26pp. Disponível em: <http://www.pict-pcti.org/publications/PICT_articles/REPARATIONS.PDF>. Acesso em: 14 de junho de 2005. p.4.

¹⁵⁵ METZ, J.B. La razón anamnética. In: **Por una cultura de la memoria**. Tradução de José M. Ortega. Barcelona: Anthropos Editorial, 1999. p.76-77[tradução não oficial]

A implantação do Tribunal Penal Internacional é certamente muito importante no desenvolvimento da responsabilização penal do indivíduo na esfera internacional. Alguns desenvolvimentos foram alcançados e alguns erros do passado foram corrigidos. Mas percebeu-se que ainda há um longo caminho a ser percorrido e que se torna necessário uma maior reflexão sobre o papel que ele deve desempenhar no cenário internacional. Deve haver uma reflexão, até mesmo, sobre a própria responsabilização penal do indivíduo e sobre sua real eficácia quanto à proteção dos direitos humanos das vítimas de conflitos armados. O TPI deve acompanhar as discussões que são levantadas pelo direito penal e pela criminologia. Falar que o âmbito doméstico é distinto do internacional não é justificativa para que um tribunal seja instalado e passe a aplicar um direito totalmente fora de seu tempo, alheio as conquistas que já foram alcançadas, inclusive, no campo dos direitos humanos. A justiça restaurativa deve ser utilizada, portanto, como modelo a ser implantado e exercitado no âmbito internacional, especificamente no TPI.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os conflitos sempre existiram na sociedade. Sempre existirão. Assim, a idéia de paz deve ser entendida como a administração do conflito pelos seus agentes. A idéia de identificar paz com a ausência de conflitos é, no mínimo, falsa. Assim, é preciso que sejam dadas aos indivíduos oportunidades e meios de solucionarem seus conflitos. Esses conflitos podem variar de intensidade e complexidade. Podem surgir entre duas pessoas que disputam um bem, pode ser entre povos, nações e podem ocorrer até mesmo após o fim de um conflito armado. Ao fim desse, surgem outros problemas, especialmente o de se reconstruir o país.

A justiça restaurativa se apresenta, portanto, como uma forma de auxiliar na resolução desse problema. Durante um conflito armado diversos crimes são praticados. Nos conflitos armados internos a questão se torna ainda mais complexa porque muitas vezes esses crimes são praticados por pessoas que antes eram da convivência de suas vítimas. Em algumas ocasiões, o evento criminoso foi isolado, tendo apenas ocorrido porque se estava em uma situação caótica de conflito armado. Muito provavelmente, se a situação fosse de paz o crime não teria sido cometido. Ocorre que, com o fim das hostilidades, em outras palavras, com o fim do conflito armado, outro conflito se estabelece: entre os ofensores e suas vítimas. Como resolver esse problema, já que há a necessidade de restabelecimento do país e da convivência entre as pessoas? É necessário que seja dado à vítima e ao ofensor a oportunidade de decidirem qual será a melhor forma de lidar com as violações perpetradas e seus desdobramentos futuros.

É exatamente essa a idéia central da justiça restaurativa, apresentada nesta dissertação. Esse modelo teórico prático de justiça permite que os indivíduos sejam vistos como verdadeiros seres humanos, dotados de autonomia e controle sobre

suas vidas e sobre seus destinos. Ao permitir que os indivíduos decidam sobre suas vidas, a justiça restaurativa os emancipa. Durante o conflito armado haviam se transformado em corpos dóceis. Com a justiça restaurativa, voltam a ser seres humanos.

A presente dissertação pretendeu, assim, expor o problema e as possibilidades de aplicação da justiça restaurativa em um sistema internacional que ainda parece muito preocupado com a aplicação de penas. Enquanto cada vez mais se discute no âmbito da criminologia a efetividade e legitimidade da aplicação de penas, a impressão que se tem é que esses debates ainda não chegaram na esfera internacional, ou ao menos ainda não foi dada a devida importância. O Tribunal Penal Internacional é um exemplo do que se está tentando dizer. Sem dúvida o seu estabelecimento através do Estatuto de Roma é importante. Ele é um marco dentro do tema da responsabilização do indivíduo no sistema internacional. O problema é que ele foi criado em um contexto em que o próprio direito penal tem sido colocado em xeque.

Nas palavras de Eugenio Raúl Zaffaroni:

Enquanto os direitos humanos assinalam um programa realizador de igualdade de direitos de longo alcance, os sistemas penais são instrumentos de consagração ou cristalização da desigualdade de direitos em todas as sociedades. Não é por acaso que os dispositivos dos instrumentos de direitos humanos referentes aos sistemas penais sempre sejam limitadores, demarcadores de fronteiras mais ou menos estritas do seu exercício de poder: fica claro que os direitos humanos se deparam ali com fatos que desejam limitar ou conter¹⁵⁶.

Na presente dissertação pretendeu-se expor a complexidade da vitimação. Ela tem inúmeras causas e conseqüências. Utilizou-se o exemplo dos detidos em Guantánamo e dos meninos-soldados como forma de expor essa complexidade. De certa

¹⁵⁶ ZAFFARONI, E.R. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. (tradução de Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição). Rio de Janeiro: Revan, 1991. p.149.

forma, ambas as categorias de vítimas aqui apresentadas são fruto de conflitos armados. De um lado, tem-se a chamada guerra contra o terrorismo, que tem causado inúmeras violações aos direitos fundamentais, aos direitos humanos, à Constituição norte-americana e à própria história do constitucionalismo. Um exemplo dessa violação é o campo de prisioneiros montado na base naval estadunidense em Guantánamo, Cuba. Indivíduos acusados de serem inimigos dos EUA foram mandados para lá, sem qualquer das garantias a que um detido tem direito, sem domínio sobre suas vidas e seus destinos. De outro lado, têm-se os diversos conflitos armados que ocorrem ao redor do mundo, especialmente na África negra. Eles têm transformado crianças e adolescentes em máquinas de guerra. Os meninos e meninas colocados no campo de batalha com fuzis nas mãos têm suas infâncias violadas. Deixam de ser crianças para se tornarem instrumentos nas mãos de grupos que pretendem adquirir mais poder e riquezas; que não se preocupam com os meios que serão utilizados para atingir tais fins; que não se preocupam com a consequência de seus atos.

Ambos os casos demonstram que, na realidade, vítimas são pessoas que perderam suas autonomias, que perderam o controle sobre suas vidas e que se transformaram em meros fantoches. A título de exemplo, aplicar uma pena ao Presidente estadunidense George W. Bush ou a Charles Taylor, ex-ditador da Libéria, acusado, entre outras acusações, de utilizar meninos-soldados, não fará com que suas vítimas voltem a ter autonomia e confiança para darem continuidade a suas vidas. É preciso que as histórias de vítimas como essas sejam ouvidas. É preciso que seus sofrimentos sejam levados em consideração. A justiça restaurativa, ao dar voz às vítimas, permitirá que elas mesmas digam o que entendem como justiça, como Direito, como Constituição. Dessa forma será possível entender o que ocorreu e também, a partir de então, trabalhar para que eventos como os que causaram a vitimação não voltem a ocorrer.

A justiça restaurativa, possibilitando a participação efetiva das vítimas e de seus ofensores e suas conseqüentes emancipações, permite que a abstração de normas constitucionais, especialmente as qualificadas como direitos fundamentais¹⁵⁷, e os direitos humanos tenham real concretude.

Não se pode ser ingênuo também a ponto de achar-se que um modelo de justiça, seja ele qual for, será capaz de resolver todos os problemas. Como foi exposto ao final do 2º capítulo, é necessário que exista um equilíbrio. Conflitos armados são complexos e suas conseqüências são inúmeras. A exemplo do que ocorreu em Ruanda, após o massacre étnico agravado especialmente em 1994, muitas vezes pode ser necessário que tanto o modelo penal quanto o modelo restaurativo venham a ser implantados. Para resolver o problema do país africano a ONU criou o Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para Ruanda, através da Resolução 955 do Conselho de Segurança. Esse tribunal especial ficou encarregado de julgar os grandes perpetradores de violações aos direitos humanos durante a guerra civil, em especial comandantes e líderes (os chamados *big fish*). Já para outros indivíduos, que também cometeram crimes durante o desenrolar do massacre étnico, foram restabelecidas antigas práticas restaurativas adotadas pelas tribos locais. Tais práticas, chamadas *gacacas*, são incentivadas pelo próprio Ministério da Justiça ruandense e se desenvolvem no âmbito da comunidade local.

Percebe-se que não há uma fórmula pronta e acabada. Como nas palavras de Gustav Radbruch¹⁵⁸, “não temos que fazer do Direito Penal algo melhor, mas sim que fazer algo melhor do que o Direito Penal”. Devem ser buscadas formas de reso-

¹⁵⁷ PAIXÃO, C. **A reação norte-americana aos atentados de 11 de setembro de 2001 e seu impacto no constitucionalismo contemporâneo**: um estudo a partir da teoria da diferenciação do direito. Belo Horizonte, 2004. Tese de Doutorado. Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. (inédito). p.343.

¹⁵⁸ Citado no artigo de PINTO, R. S. G. Justiça Restaurativa é Possível no Brasil? *In*: BASTOS, M. T.; LOPES, C. e RENAULT, S. R. T. (Orgs). **Justiça Restaurativa**: Coletânea de Artigos. Brasília: MJ e PNUD, 2005. Disponível em: www.justica21.org.br/interno.php?ativo=BIBLIOTECA. Acesso em 20 de dezembro de 2007.

lução de conflito que possam emancipar o indivíduo, restabelecendo sua autoconfiança, sua autonomia. Práticas como as da justiça restaurativa permitem que os envolvidos se sintam como verdadeiros protagonistas de suas vidas. Fazem com que eles voltem a controlar seus destinos.

Antes de trazer conclusões, a presente dissertação pretendeu expor problemas e apresentar possíveis caminhos. Em 2009 está prevista a ocorrência da Conferência de Revisão do Estatuto de Roma¹⁵⁹ que criou o Tribunal Penal Internacional. Dentre outros problemas que deverão ser analisados durante a conferência¹⁶⁰, uma pertinente pauta seria o debate sobre o próprio direito penal e a sua efetividade no cenário internacional, além do papel que deve ser desempenhado pelo Tribunal, bem como o incentivo a práticas restaurativas.

¹⁵⁹ De acordo com o artigo 123 do Estatuto de Roma.

¹⁶⁰ Tais como a questão dos acordos bilaterais que tem impedido a atuação do TPI, o problema da definição do crime de agressão, a inclusão ou não do terrorismo e do tráfico de drogas sob a jurisdição do Tribunal, a responsabilidade criminal de pessoas jurídicas etc. Para mais detalhes sobre os debates que estão antecedendo a Conferência de revisão, *vide*: SALZBURG Retreat: the future of the International Criminal Court. Salzburg, Áustria, 25-27 May 2006. Material distribuído durante a 9ª sessão de verão da Salzburg Law School on International Criminal Law, Humanitarian Law and Human Rights Law (5-17 de agosto de 2007). O material também se encontra parcialmente disponível em www.sbg.ac.at/salzburglawschool/retreat.pdf

BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN, G. **Estado de exceção**. Tradução de Ircy Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2002.

ARAGÃO, E. J. G. Tribunal Penal Internacional: A incorporação ao direito interno de instrumentos jurídicos de direito internacional humanitário e direito internacional dos direitos humanos. **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, n.º 11, p.19-30, maio/agosto, 2000.

ARENDRT, H. **Eichmann em Jerusalém – um relato sobre a banalidade do mal**. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARNOLD, R. The development of the notion of war crimes in non-international conflicts through the jurisprudence of the UN *ad hoc* tribunals. **Humanitäre Völkerrecht**, Bonn, vol. 15, n.º 3, pp. 134-142, 2002.

BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001.

BEAH, I. **Muito longe de casa: memórias de um menino-soldado**. (tradução de Cecília Giannetti) Rio de Janeiro: Ediouro, 2007.

BEEVOR, A. **A batalha pela Espanha: a guerra civil espanhola - 1936-1939**. (tradução de Maria Beatriz de Medina). Rio de Janeiro: Record, 2007.

BENHABIB, S. Arendt's *Eichmann in Jerusalem*. In: VILLA, Dana (ed.). **The Cambridge Companion to Hannah Arendt**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 65-85.

BERISTAIN, A. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. Tradução de Cândido Furtado Maia Neto. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORRADORI, G. **Filosofia em tempo de terror – diálogos com Habermas e Derrida**. Tradução de Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

BRETONE, M. **Derecho y tiempo en la tradición europea**. Trad. Isidro Rosas Alvarado. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

CANÇADO TRINDADE, A.A. O direito internacional para o ser humano. **Del Rey Revista Jurídica**, ano 4, n.º 9, p.5-8, set./out./nov. 2002.

CARVALHO NETTO, M de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: **Notícia do direito brasileiro**. Nova série, n.º 6. Brasília: UnB, 2º semestre de 1998. pp.233-250.

CASSESE, A. On the Current Trends towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law. **European Journal of International Law**, vol.9, n.º 1, pp. 2-17, 1998.

CASSESE, A. Terrorism is also disrupting some crucial legal categories of international law. **European Journal of International Law**, vol. 12, n.º 5, pp. 993-1001, 2001.

CONTEMPORARY practice of the United States: Reviews, release and trials of detainees at Guantánamo Bay. **American Journal of International Law**, vol.98, n.º 2, pp. 353-355, 2004.

DÓRIA, P. Meninos-soldados. **Super Interessante**. Setembro 2007, edição 243. p.99.

DWORKIN, R. **Is Democracy Possible Here? : principles for a new political debate**. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2006.

_____. The Threat to Patriotism. **The New York Review of Books**. New York, Vol. 49, número 3, fevereiro 2002.

FERRAZ, D.A.; HAUSER, D. (coord.). **A nova ordem mundial e os conflitos armados**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FISCHEL DE ANDRADE, J.H. A Proteção Internacional dos Refugiados no Limiar do Século XXI. **Travessia: Revista do Migrante/Centro de Estudos Migratórios (SP)**, a. IX, n.º 25, maio/ago 1996, pp. 39-42.

FORMAN, S. Prologue. In: SHELTON, D. L.; INGADOTTIR, T. **The International Criminal Court reparations to victims of crimes (article 75 of the Rome Statue) and the Trust Fund (article 79)**. CENTER ON INTERNATIONAL COOPERATION NEW YORK UNIVERSITY, 1999, 26pp. Disponível em: < http://www.pict-pecti.org/publications/PICT_articles/REPARATIONS.PDF>. Acesso em: 14 de junho de 2005.

FOUCAULT, M. **A verdade e as formas jurídicas**. (tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais). 3ª edição. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005.

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. (tradução de Raquel Ramallete). 20ª edição. Petrópolis: Vozes, 1999.

GALINDO, G.R.B. E havia algo além do Estado...: O teórico como juiz ou a teoria do Direito Internacionalde Caçado Trindade e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: LEÃO, R.Z.R (coord.). **Os rumos do Direito Internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Caçado Trindade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

GETTLEMAN, J. Enfants soldats: enquête sur une tragédie africane. **Courrier International**. n.º 872, 19 a 25 de julho de 2007. pp.32-33.

GINZBURG, Carlo. Sinais: raízes de um paradigma indiciário. In: _____. **Mitos, emblemas, sinais – morfologia e história**. Trad. Federico Carotti. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 143-179.

GOMES, L. F. Direito penal do inimigo. **Correio Braziliense**. Brasília, 18 de outubro de 2004. Direito & Justiça, p.1.

HABERMAS, J. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

_____. Bestialidade e humanidade: uma guerra no limite entre direito e moral. **CADERNOS DE FILOSOFIA ALEMÃ**. São Paulo, Departamento de Filosofia da USP, n.º 5, pp.77-87, 1999.

HOBBSBAWM, E. **Sobre história**. Trad. Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

JAKOBS, G.; CANCIO MELIÁ, M. **Derecho Penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.

LINTON, S. Rising from the ashes: the creation of a viable criminal justice system in East Timor. **Melbourne University Law Review**. Disponível em <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MULR/2001/5.html> Acessado em 27 de agosto de 2006.

MACHADO, M.R. de A. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MAIA, M. **Tribunal Penal Internacional**: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MAINENTI, M.; DANTAS, C. Infância roubada. **Correio Braziliense**. Brasília, 11 de outubro de 2004. Mundo, p.15.

MATE, R. *La causa de las víctimas. Por un planteamiento anamnético de la justicia. (o sobre la justicia de las víctimas)*. 2ª Conferencia del III Seminario de Filosofía de la Fundación Juan March, martes 8 de abril de 2003. 10pp. p.1.

METZ, J.B. **Por una cultura de la memoria**. Tradução de José M. Ortega. Barcelona: Anthropos Editorial, 1999.

MICHELMAN, F.I. Family Quarrel. In: ROSENFELD, M.; ARATO, A. **Habermas on law and democracy**: critical exchanges. Berkley, Los Angeles, London: University of California Press, 1998.

MORIN, E. **Breve historia de la barbarie en Occidente**. Buenos Aires: Paidós, 2006.

N'PIÉNIKOVA, Serge-Félix. *Un enfant en guerre n'est plus un enfant*. **Courrier International**. n.º 872, 19 a 25 de julho de 2007. p.33.

NAINAR, V. Giving victims a voice in the International Criminal Court (ICC). **UN Chronicle**, n.º 4, 1999. Disponível em: <<http://www.iccwomen.org/archive/resources/unchronicle.htm>>. Acesso em: 14 de junho de 2005.

PAIXÃO, C. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. *In*: OLIVEIRA PEREIRA, C. F. (org.). **O novo direito administrativo brasileiro**: Estado, agências e Terceiro Setor. Belo Horizonte: Forum, 2003.

_____. A face bélica das formações sociais do capitalismo pós industrial e globalizado: do sistema penal regular à eliminação das garantias dos direitos fundamentais – as sombrias perspectivas a partir de Guantánamo. *In*: KARAN, M.L. (org.). **Globalização, sistema penal e ameaças ao Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

_____. Direitos humanos em tempo de terror: o caso de Guantánamo. **Constituição & Democracia**. Brasília, novembro/dezembro, pp.4-5, 2006. p.5.

_____. **A reação norte-americana aos atentados de 11 de setembro de 2001 e seu impacto no constitucionalismo contemporâneo**: um estudo a partir da teoria da diferenciação do direito. Belo Horizonte, 2004. Tese de Doutorado. Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. (inédito).

PINTO, R. S. G. Justiça Restaurativa é Possível no Brasil? *In*: BASTOS, M. T.; LOPES, C. e RENAULT, S. R. T. (Orgs). **Justiça Restaurativa**: Coletânea de Artigos. Brasília: MJ e PNUD, 2005. Disponível em: www.justica21.org.br/interno.php?ativo=BIBLIOTECA. Acesso em 20 de dezembro de 2007.

RATNER, S.R. *Jus ad bellum* and *jus in bello* after September 11. **American Journal of International Law**, vol. 96, n.º 4, pp. 905-921, 2002.

SALZBURG Retreat: the future of the International Criminal Court. Salzburg, Áustria, 25-27 May 2006. Material distribuído durante a 9ª sessão de verão da Salzburg Law School on International Criminal Law, Humanitarian Law and Human Rights Law (5-17 de agosto de 2007). O material também se encontra parcialmente disponível em www.sbg.ac.at/salzburglawschool/retreat.pdf.

SLAKMON, C; DEVITTO, R; PINTO, R.G. (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005.

STROHMEYER, H. Collapse and reconstruction of a judicial system: the United Nations missions in Kosovo and East Timor. **American Journal of International Law**. Vol.95, pp.46-63, 2001.

SWINARSKI, C. **Introdução ao Direito Internacional Humanitário**. Brasília: CICV/IIDH/Escofo Editora, 1988.

ZAFFARONI, E.R. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. (tradução de Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição). Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.

Sítios na internet:

ANISTIA INTERNACIONAL:

http://www.amnesty.ca/campaigns/no_exceptions/guantanamo_q+a.php> Acesso em 7 de janeiro de 2007.

COALITION TO STOP THE USE OF CHILD SOLDIERS:

<http://www.child-soldiers.org/>> acesso em 6 de outubro de 2007).

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA:

[http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/p0824/\\$File/ICRC_002_0824.PDF!](http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/p0824/$File/ICRC_002_0824.PDF!Open)
Open> Acesso em 7 de outubro de 2007.

HUMAN RIGHTS WATCH:

http://hrw.org/campaigns/crp/child_soldiers/qanda.htm> acesso em 6 de outubro de 2007).

TRIBUNAL ESPECIAL PARA SERRA LEOA:

<http://www.sc-sl.org/>

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL:

<http://www.icc-cpi.int/press/pressreleases/220.html> , acessado em 7 de outubro de 2007.