

GUANTÁNAMO, FIM OU CONTINUIDADE?

Antonia Elizabeth Nascimento Gomes

RESUMO

O presente trabalho objetiva traçar as atuais perspectivas em relação à prisão criada em 2002 pelos Estados Unidos da América, na administração do então presidente George W. Bush, na base naval norte-americana situada na baía de Guantánamo, como uma das consequências da política antiterror criada igualmente em tal administração após o incidente do 11 de setembro de 2001. Para tanto, será feita uma contextualização da criação da prisão de Guantánamo, assim como uma breve análise acerca da situação de tal prisão e de seus prisioneiros, tanto na administração do ex-presidente George W. Bush, quanto na do atual presidente dos EUA, Barack Obama. Isto tudo em contraponto às normas internacionais de Direitos Humanitários e de Direitos Humanos. Serão, por fim, traçadas quais as perspectivas no que tange o fechamento ou manutenção de tal prisão diante da política adotada pelo atual presidente dos EUA, Barack Obama, bem como quais as consequências neste sentido diante da morte de Osama bin Laden. Se concluirá mostrando que mesmo diante de medidas políticas que intencionam fechar a prisão de Guantánamo por parte da administração de Obama, o Congresso norte-americano tem impedido que tais políticas de fechamento tenham efetividade, o que coloca como incerto o destino de tal prisão. Busca-se, por fim, analisar de modo breve possível competência do Tribunal Penal Internacional em relação aos prisioneiros de Guantánamo.

Palavras-chave: Prisão de Guantánamo. Situação legal dos detentos. Novas perspectivas na administração de Barack Obama.

ABSTRACT

The present paper intends to discuss the actual perspectives towards the prison created in 2002 by the United States of America, in the administration of the former president George W. Bush, on the naval base situated in Guantanamo bay, as one of the consequences of the anti-terror politics also developed in that administration by the time of the incident of September 11 of 2001. To achieve this objective, a contextualization of the creation of the Guantánamo prison will be done, as well as a concise analysis of the situation of that prison and its prisoners both in former president George W. Bush administration as well as in the actual president Barack Obama administration. All of that analysis in confrontation with Humanitarian International Law and Humans Rights Law. Also, the perspectives about the closure or maintenance of that prison will be discussed when it comes to the politics of the actual president of the USA, Barack Obama, as well as the consequences in that matter when it comes to Osama bin Laden´s death. Will be concluded that even though the Obama administration politics shows the intention in closing Guantánamo prison, the USA Congress has been an impediment to do so, what shows that is uncertain Guantánamo´s destiny. To finish, will be briefly discussed the possible competence of the International Criminal Court as a competent jurisdiction to Guantanamo prisoners.

Key-words: Guantanámo Facilities. Detainees legal situation. New perspectives in Barack Obama administration.

TABELA DE SIGLAS

CIA- Central Intelligence Agency (Agência Central de Inteligência)

CICV - Comitê Internacional da Cruz Vermelha

DIH - Direito Internacional Humanitário

DH - Direitos Humanos

EUA - Estados Unidos da América

GTMO (BAY) - Guantánamo

OEA - Organização dos Estados Americanos

ONU - Organização das Nações Unidas

OTAN - Organização do Tratado do Atlântico Norte

USA - United States of America (Estados Unidos da América)

TPI - Tribunal Penal Internacional

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso de pós-graduação tem como problemática a prisão criada pelos Estados Unidos da América (EUA), em 2002, pelo Governo do então presidente George W. Bush, na base naval situada na baía de Guantánamo, território cubano, após o incidente do 11 de setembro de 2001.

Tal criação foi uma das consequências da política adotada por tal Governo intitulada pelo mesmo de “guerra contra o terror”.

Pretende-se discutir acerca da criação e da manutenção da prisão de Guantánamo tanto no retrocitado Governo, como na atual administração do presidente Barack Obama, ao mesmo passo em que se colocará sob prisma a situação dos que lá se encontram aprisionados.

Foram cerca de 779 pessoas aprisionadas em Guantánamo, desde sua criação em 2002, e hoje, tal prisão ainda conta com cerca de 172 presos.

Já se passaram dez anos do incidente que gerou um marco na história norte-americana e mundial, ao mesmo passo em que se completam nove anos da criação da prisão em Guantánamo. Por isso a análise, prisão de Guantánamo, fim ou continuidade? A morte de Osama bin Laden, tido como o mentor dos ataques de 11 de setembro de 2001, não deveria ser um marco para sinalizar o fim de era de “guerra contra o terror”, e, conseqüentemente, o fim de Guantánamo?

Ora, vale observar que a baía de Guantánamo, território cubano, porém ocupado pelos EUA há mais de um século, desde 1903, deu lugar a uma base militar norte-americana. A Constituição cubana permite que os EUA ali intervenham constituindo uma base militar; um regime um tanto bizarro diante das pobres relações entre os dois países.

Diante de tal fato, o Estado cubano, em contrapartida, se abstém da sua jurisdição e soberania sobre a baía de Guantánamo, conferindo, pois, tais direitos aos EUA.

Como já dito, tal local, na administração do então presidente George W. Bush, serviu, após o 11 de setembro de 2001, de prisão para centenas de homens

suspeitos de ligação com o terrorismo, mais especificamente com o grupo extremista afegão Al-Qaeda, autor declarado dos ataques terroristas em questão, e com o regime político afegão Talebã, dando assim, a criação da indigitada prisão, suporte ao que se chamou de “guerra contra o terror”.

Ora, em 22 de janeiro de 2009, o presidente recém-nomeado dos EUA, Barack Obama, como uma das primeiras medidas de seu Governo, emitiu a Ordem Executiva de 22.01.2009, com intuito de fechar, dentro de um ano, a prisão de Guantánamo, dispondo ainda em tal ordem sobre o destino dos prisioneiros da indigitada prisão.

Tal medida não apenas visou pôr fim, no prazo lá previsto, a um dos mais controversos sistemas penitenciários criado no Governo de Bush, mas também teve como fim definir de vez por todas o destino dos detentos de Guantánamo, e, pelo menos em tese, adequar o tratamento deferido aos mesmos à legislação internacional, principalmente às normas de Direito Humanitário previstas nas Convenções de Genebra de 1949, e de Direitos Humanos.

De acordo com a seção 4 da ordem executiva de 22.01.2009, a prisão de Guantánamo deveria ser fechada o mais rápido possível, não mais do que um ano após a sua publicação.

Entretanto, apesar da proposta do presidente Barack Obama de fechamento da prisão de Guantánamo em tal ocasião, dois anos depois de sua edição, houve a edição de uma nova ordem executiva em março de 2011, que dispõe sobre a restituição das comissões militares para apreciação e possível julgamento dos prisioneiros remanescentes.

Tal fato, para muitos, demonstra a impossibilidade de fechamento de tal prisão, na contramão do que havia sido previamente estabelecido. Isto fruto da pressão e atos da maioria da oposição do Governo no Congresso norte-americano.

Assim é que não se pode deixar de pensar no destino dos prisioneiros de Guantánamo, bem como se as propostas do Governo de Obama se coadunam com as normas internacionais de Direito Humanitário e Direitos Humanos, bem como não se pode deixar de se cogitar se há alguma esperança no seu fechamento.

Tudo isso será discutido a partir da análise e contextualização da criação da prisão de Guantánamo pelo ex-presidente dos EUA George W. Bush, perpassando pela análise da situação legal dos detentos de Guantánamo durante o Governo do retrocitado presidente dos EUA, passando, então, à situação proposta pelo atual presidente Barack Obama.

Ainda, se abordarão as consequências da morte de Osama bin Laden em relação a prisão de Guantánamo, bem como o papel do Tribunal Penal Internacional (TPI) neste contexto.

Ainda, em confronto a tais perspectivas, tentar-se-á analisar a situação legal dos detentos em tais contextos políticos em confronto com as normas internacionais de Direito Humanitário previstas nas Convenções de Genebra de 1949 e seus protocolos adicionais de 1977, e, claro, de Direitos Humanos.

Tentar-se-á, pois, fazer uma análise sobre a grande questão acerca da manutenção e perspectivas de fechamento de Guantánamo.

De outra banda, a fim de alcançar os objetivos propostos no presente trabalho, será utilizado o método indutivo, vez que, a partir da análise histórica da criação da prisão de Guantánamo e a situação legal dos seus detentos na era Bush, se chegará ao fim primordial do presente trabalho que é demonstrar a situação legal dos mesmos proposta nas Ordens Executivas de Obama, e em que aspectos as mesmas se coadunam ou se afastam das regras de direito humanitário e de direitos humanos, bem como as perspectivas em relação a fechamento da prisão em questão.

Por fim, a metodologia adotada a fim de construir e desenvolver o presente trabalho consistiu em pesquisa bibliográfica sobre o tema em livros, codificações de leis e artigos de diversos autores presentes na internet.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO DA CRIAÇÃO DA PRISÃO DE GUANTÁNAMO.

1.1. Breves considerações: 11 de setembro de 2001.

Em 11 de setembro de 2001, aviões civis, sequestrados e tomados por membros de facções extremistas islâmicas, chocaram-se contra as Torres Gêmeas da

cidade de Nova York, bem como contra o Pentágono¹, símbolos da grandiosidade e do imperialismo norte-americano, destruindo tais monumentos arquitetônicos e também muitas vidas. Nem com todo aparato tecnológico e de inteligência, nem com a CIA e o FBI, os EUA conseguiu, a tempo hábil, detectar e impedir tal acontecimento.

Neste corrente ano de 2011 completam-se dez anos do referido incidente que chocou o mundo, tanto por sua ousadia, como por sua brutalidade, afinal foram cerca de seis mil mortos, diga-se, de várias nacionalidades, incluindo brasileiros.

Isso sem contar a grande mácula que tal incidente provocou na moral, no imaginário, na estima do povo norte-americano, tendo ao mesmo passo colocado em questão o papel dos EUA como grande potência ocidental no mundo. Por sua dimensão, tal incidente gerou consequências ímpares que culminaram no início de uma nova política antiterror pelos EUA.

Ora, em seu texto intitulado *“Os Estados Unidos e o mundo: as Torres Gêmeas como metáfora”*, o autor Immanuel Wallerstein² inicia seu trabalho com o poema a seguir citado:

“America the Beautiful”³

*O beautiful for patriot dream
That sees beyond the years,
Thine alabaster cities gleam,
Undimmed by human tears!
America! America!*

¹ Houve também queda de avião sequestrado no Estado da Pensilvânia.

² WALLERSTEIN, Immanuel. Os Estados Unidos e o mundo: as Torres Gêmeas como metáfora.

³ Tradução no próprio texto, *“Os Estados Unidos e o mundo: as Torres Gêmeas como metáfora”*, do autor Immanuel Wallerstein :

“América, a Bela”

Ó bela, pelo sonho patriótico
Que vê, além dos anos,
Tuas cidades alabastrinas reluzir,
Sem se toldar por lágrimas humanas!
América! América!
Deus derramou Sua graça em ti,
Coroa teu bem com fraternidade
De mar a reluzente mar.
“América, a Bela”.

*God shed His grace on thee,
And crown thy good with brotherhood
From sea to shining sea.
America the Beautiful"*

Ainda no mesmo texto, o referido autor continua citando um antigo discurso seu, mediante o qual exalta as qualidades do grande Estado que seriam os EUA, e o grande privilégio de ser norte-americano; senão vejamos: "*...Afirmei que os Estados Unidos sempre haviam se definido, sempre haviam medido suas bênçãos, tomando o mundo como parâmetro. Nossa situação foi melhor, é melhor e será melhor que a dos demais. Talvez bênçãos universais não possam ser consideradas verdadeiras bênçãos. Talvez imponhamos a Deus a exigência de que Ele salve apenas uma minoria*"⁴.

Ora, deparando-se com os excertos textuais de Wallerstein⁵, vê-se a expressão de forte sentimento patriótico norte-americano, ao mesmo passo em que os confrontando com o fatídico episódio do 11 de setembro, vê-se como tal fato abalou a moral norte-americana, reacendendo de modo ímpar o patriotismo de tal povo. Nunca, em nenhum período da história dos EUA produziu-se em larga escala a bandeira de tal país, e nunca a mesma foi tão comercializada.

Tal patriotismo, não obstante, esbarra com uma grande questão, qual seja, o gradual início do declínio da hegemonia dos EUA. A grande crise sócio-econômica lá vivenciada na administração do atual presidente Barack Obama, legado da era do ex-presidente George W. Bush, aponta para tal declínio. Diz-se que tal crise, que também foi fruto dos pesados investimentos bélicos na consecução da política antiterror dos EUA, foi o fim almejado por aqueles que planejaram os ataques do 11 de setembro.

Por seu turno, em 07 de outubro de 2001, Osama bin Laden, ao assumir a autoria dos ataques às torres gêmeas de Nova York, discursou:

⁴ WALLERSTEIN, Immanuel. Os Estados Unidos e o mundo: as Torres Gêmeas como metáfora.

⁵ Mister pontuar que no texto do autor Wallerstein, ora utilizado no presente trabalho, muito embora o mesmo faça colocações um tanto patrióticas, tal como se viu, não obstante, o real intuito de tal texto é criticar o papel dos EUA no mundo, bem como pontuar o declínio do apogeu de tal país.

“O que os Estados Unidos estão provando hoje é muito pouco comparado com o que temos provado há dezenas de anos. Nossa nação vem sofrendo humilhação e desprezo há mais de 80 anos. [...] Agora que, após 80 anos, a espada caiu sobre os Estados Unidos, a hipocrisia vai erguendo sua horrenda cabeça para lamentar a morte desses assassinos que perverteram o sangue, a honra e os lugares sagrados dos muçulmanos. O mínimo que se pode falar desse povo é que é moralmente depravado. *Osama bin Laden, 7 de outubro de 2001*⁶”.

Diante do discurso de Bin Laden, não se pode chegar a outra conclusão mas a de que o mesmo sentimento de perplexidade e ódio diante do 11 de setembro de 2001 sentido pelos norte-americanos, de longo tempo, seria sentimento já sedimentado e disseminado entre grupos extremistas islâmicos, tais como o Al-Qaeda.

Entretanto, observa-se que tais grupos extremistas islâmicos, compostos de seguidores dispostos a ceifar suas próprias vidas em nome dos seus ideais, e com grande sentimento de heroísmo, mostram o ódio não necessariamente aos valores ocidentais, mas muito mais à marginalização fruto também do expansionismo imperialista de potências tais como os EUA.

Por seu turno, o linguista e autor norte-americano Noam Chomsky em sua obra “Poder e Terrorismo”⁷, afirma que os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 não seriam nenhuma novidade na história mundial, vez que seria assim que potências imperialistas, tais como os EUA, têm tratado o resto do mundo. Ora, tal afirmação coaduna-se com o citado discurso de Osama Bin Laden.

Afirma ainda o indigitado autor que a questão do 11 de setembro foi histórica, não pela escala e natureza de suas atrocidades, vez que basta olhar para a guerra do Vietnã ou da Nicarágua, por exemplo, para ver que atrocidades como tais já ocorreram na história, mudando-se apenas os atores. Mas sim, o 11 de setembro foi histórico por que atingiu os EUA. Passou tal país de ator para vítima.

⁶ WALLERSTEIN, Immanuel. Os Estados Unidos e o mundo: as Torres Gêmeas como metáfora.

⁷ CHOMSKY, Noam. Poder e Terrorismo. Rio de Janeiro: Record, 2005.

Na história mundial as grandes potências são praticamente imunes a esse tipo de atrocidades em larga escala, entretanto, o 11 de setembro colocou tal fato em xeque.

Ainda, em sua obra “11 de setembro”⁸, Chomsky atenta para o fato de que os EUA seria Estado líder em terrorismo, tendo sido o único país a ser condenado por terrorismo internacional pela Corte Mundial, e que vetou uma resolução do Conselho de Segurança que exigia que eles respeitassem as leis internacionais.

Portanto, os dizeres de Osama Bin Laden traduzem um sentimento de que o 11 de setembro foi uma reação ao papel que os EUA têm trazido em face do mundo, digamos, menos privilegiado.

Os 10 anos do 11 de setembro trouxe inúmeros documentários mostrando com grande sentimentalismo o que aconteceu e as histórias de pessoas envolvidas. Mas não se mostra a guerra no Afeganistão e a morte massiva de civis, os quais, em um país que já vivia em guerra civil interna e pobreza extrema, teve agravada a sua condição de miserabilidade. E o povo afegão em nada teve a ver com o episódio do 11 de setembro. Foram cerca de seis mil mortos no 11 de setembro de 2001; entretanto, e cerca de mais de dez mil civis no Afeganistão.

Ora, diante de todo o exposto, não se pode negar que o episódio do 11 de setembro de 2001 foi sem sombra de dúvidas um marco na história dos EUA. Ao mesmo passo, teve consequências ímpares no século xx, dentre elas, a criação de uma política antiterror e, como uma de suas consequências, a criação da prisão de Guantánamo.

Lá, supostos terroristas envolvidos no episódio do 11 de setembro seriam aprisionados, torturados, sem defesa, julgamento, contraditório. A presunção de inocência daria lugar à certeza de sua condenação, sem necessariamente qualquer conjunto probatório que comprovasse seus envolvimento com o citado episódio.

⁸ CHOMSKY, Noam. 11 de setembro. Bertrand Brasil, 2002.

Conforme pontuou o professor José María Gómez⁹, a criação da prisão de Guantánamo foi “*um dos símbolos mais emblemáticos de violações e desprezo ao regime internacional de direitos humanos e de direito humanitário*”.

Acerca do tema ora abordado, por oportuno, conforme preleciona o indigitado autor¹⁰, “a autoproclamada guerra contra o terror, criada pelo Governo dos Estados Unidos, junto a duas guerras reais contra Estados fracos, gerou uma proliferação incessante de medidas e dispositivos de segurança, em resposta aos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001.” Sendo, pois, a criação de Guantánamo uma dessas medidas.

1.2. Criação da prisão na base naval da baía de Guantánamo em Cuba

Guantánamo é uma baía situada ao sudeste de Cuba, em uma província de mesmo nome, tendo sido cedida aos EUA em 1903, logo após a incursão dos EUA no território de Cuba em 1898. De caráter perpétuo, a cessão que Cuba fez de tal baía aos EUA prevê que este último possui completa jurisdição sobre o local e controle da área. Polêmica desde a sua criação, vez que dois países que sequer mantêm relações diplomáticas, possuem ainda, entre si, tal regime.

Vale observar que esta situação é fruto de tratados de 1903 e 1934 avençados entre os dois países citados, pontuando-se que os EUA pagam arrendamento anual ao Governo cubano para manter tal domínio.

A baía de Guantánamo, então, sob a jurisdição dos EUA, serviu para a construção por tal país de uma enorme base naval, que, mais tarde, foi escolhida como local para a criação da emblemática prisão de Guantánamo.

Ora, conforme já dito, após o episódio de 11 de setembro de 2001, sob a administração do Governo dos EUA do ex-presidente George W. Bush, se iniciou um

⁹ GÓMEZ, José María. “Soberania imperial, espaços de exceção e o campo de Guantánamo. Desterritorialização e confinamento na “guerra contra o terror”. Disponível em:<
http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-292008000200002&script=sci_arttext>.

¹⁰ Idem.

novo episódio não apenas na história dos EUA, como na história mundial, o qual ficou comumente conhecido como “a guerra contra o terror”¹¹.

Tal episódio teve como grandes consequências as guerras contra o Afeganistão e Iraque, e, como já dito, a criação da prisão de Guantánamo.

O ponto de partida da “guerra contra o terror” foi justamente a guerra contra o Afeganistão empreendida pelos EUA com o fito máximo de por fim ao regime Talebã¹² e ao grupo extremista islâmico e terrorista Al-qaeda¹³, facção política-religiosa proveniente do Afeganistão, que assumiu a autoria dos ataques de 11 de setembro de 2001.

Ora, na realidade houve uma confusão pela administração de Bush entre o Al-qaeda e o Talebã, vez que não restou qualquer comprovação de que este último teria qualquer envolvimento com o 11 de setembro, se tratando o Talebã, na realidade, como o grupo político que estava à frente do Afeganistão à época de tal incidente.

Entretanto, entendeu tal administração que tanto o regime Talebã, como o Al-qaeda conferiam, do ponto de vista do Governo dos EUA, grande perigo à segurança nacional de tal país.

Por oportuno, cabe trazer a lume considerações feitas pelo professor José María Gómez, o qual bem pontua que a *“escalada decisionista nas mãos exclusivas do Executivo dos USA começou em 14 de setembro de 2001, quando o país ainda estava em estado de choque, e o Congresso autorizou o presidente a usar a força contra aquelas nações, organizações e pessoas que, em sua opinião, tivessem qualquer*

¹¹ “Guerra contra o Terror”, denominação dada por Bush e pelo Pentágono concernente a uma série de medidas administrativas tomadas pelo referido ex- presidente dos EUA a fim de coibir as ações de grupos extremistas terroristas, tais como o Al-qaeda, tais como as guerras empreendidas contra o Afeganistão, Iraque e a criação da prisão de Guantánamo.

¹² O Talebã é um movimento islamita extremista nacionalista da etnia afegã pashtu, que efetivamente governou o Afeganistão entre 1996 e 2001, apesar de seu Governo ter tido o reconhecimento de apenas três países: Emirados Árabes Unidos, Arábia Saudita e Paquistão.

¹³ Al-Qaeda, também conhecido como al-Qaida ou al-Qa'ida, é uma grupo islâmico fundado entre agosto de 1988 e início nos anos 90. É uma rede que opera multinacionalmente, sem vinculação estatal, e de base fundamentalista islâmica.

relação com os ataques ao World Trade Center e ao Pentágono, ou com atos de terrorismo internacional que fossem cometidos no futuro”¹⁴.

Ora, ainda de acordo com o supracitado professor, quase um mês depois, ocorreu a invasão militar do Afeganistão liderada pelos Estados Unidos e apoiada por um amplo arco de alianças - inclusive a Organização do Tratado do Atlântico Norte - OTAN, com o objetivo imediato de derrubar o regime Talebã e capturar os membros da Al-qaeda.

Neste mesmo mês de outubro, o Senado aprovou o *Patriot Act*¹⁵, que, além de suspender as restrições existentes à ação governamental com relação aos direitos civis, permitiu ao procurador-geral manter presos os estrangeiros suspeitos de atividades que pusessem em perigo a segurança nacional, com a obrigação, dentro do prazo de sete dias, de deportá-los ou de acusá-los de algum delito cometido.

Não obstante observa o insigne José María Gómez que “a peça-chave foi a ordem executiva assinada pelo presidente Bush em 13 de novembro de 2001 sobre “Detenção, tratamento e julgamento de certos estrangeiros na guerra contra o terrorismo”.

Com tal ordem, a partir de então, o Pentágono ficou autorizado a manter cidadãos não nacionais sob custódia indefinida e sem encargos; proíbe-se que os detentos interponham qualquer recurso perante tribunais estadunidenses, estrangeiros ou internacionais; e afirma-se que, em caso de serem julgados, o julgamento realizar-se-á no âmbito das comissões militares nomeadas pelo Executivo (e não por tribunais independentes e imparciais), o que não se utilizava desde a Segunda Guerra Mundial”¹⁶.

Deste modo é que como consequência de tal episódio, empreendida então a guerra contra o Afeganistão com os fins supracitados, iniciou-se uma outra etapa,

¹⁴ GÓMEZ, José María. “Soberania imperial, espaços de exceção e o campo de Guantánamo. Desterritorialização e confinamento na “guerra contra o terror”. Disponível em:<
http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-292008000200002&script=sci_arttext>.

¹⁵ Ato legislativo emanado do Congresso Americano e assinado pelo ex-presidente Bush, o qual, na forma de lei, forneceu todos os subsídios legais referentes a medidas administrativas a serem adotadas pelo Governo dos EUA na intitulada guerra contra o terror.

¹⁶ GÓMEZ, José María. “Soberania imperial, espaços de exceção e o campo de Guantánamo. Desterritorialização e confinamento na “guerra contra o terror”. Disponível em:<
http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-292008000200002&script=sci_arttext>.

qual seja, capturar e aprisionar todos aqueles que estariam supostamente envolvidos com o ato terrorista de 11 de setembro.

Ora, as capturas eram realizadas dentro e fora dos campos de batalha no Afeganistão, e, principalmente, daqueles suspeitos de envolvimento com o Talebã e com o Al-qaeda. A tais capturados e detidos se conferiu o status legal de “combatentes inimigos”¹⁷, status esse inexistente tanto do ponto de vista do direito interno dos EUA, como no âmbito do Direito Internacional de guerra. Tal categoria foi criada pelo Governo de Bush a fim de afastar a aplicabilidade da legislação internacional em relação aos aprisionados.

Assim é que, a partir de janeiro de 2002, iniciou-se a criação da prisão de Guantánamo e o processo de aprisionamento dos ditos combatentes inimigos. A partir de então, os EUA prenderam cerca de 779 pessoas na base militar de Guantánamo em Cuba, oriundas de mais de 40 países.

Destaca-se, não obstante, que a referida guerra contra o terror acabou por levar o Governo dos EUA a agir na contramão da legislação internacional, principalmente das Convenções de Genebra de 1949, tendo, deste modo, desafiado as diversas garantias e liberdades civis historicamente conquistadas, principalmente com o pós Segunda Guerra Mundial.

Ora, a sede de patriotismo exacerbado, levou a incursão em face do Afeganistão, destruindo um país que já se encontrava destruído por sucessivas guerras, majorando a miséria do povo afegão.

Assim é que a criação e a manutenção da prisão de Guantánamo se deu em total desconformidade com a legislação internacional. Isto se deu no que tange o modo e a manutenção do aprisionamento dos intitulados combatentes inimigos. Isto porque, em quase sua totalidade, os presos não possuíam qualquer acusação formal, nem parecer jurídico sobre sua detenção, ou julgamento justo a luz do Direito

¹⁷ “Combatentes Inimigos”, foi expressão comumente utilizada pelos EUA como denominação, classificação dada aos detidos e enviados à prisão de Guantánamo, valendo observar que tal expressão foi utilizada principalmente para diferenciar o status dos detentos de Guantánamo em relação aos prisioneiros de Guerra, a fim de afastar a aplicabilidade da Convenção de Genebra de 1949 (art. 3º) em relação aos mesmos. Em 7 de fevereiro, Bush assinou um memorando estabelecendo que nenhum detento talibã ou membro da Al Qaeda será considerado prisioneiro de guerra e que, portanto, inaplicável aos mesmos a Convenção de Genebra de 1949.

Internacional Público, bem como sofreram tratamentos degradantes e tortura, ferindo todos os princípios do direito humanitário, bem como também dos direitos humanos consagrados na Carta de 1948. Tudo isto sob o argumento de defesa nacional dos EUA.

Neste diapasão, conforme o professor José María Gómez¹⁸ dispõe:

“(..)” em 7 de fevereiro, Bush assinou um memorando que estabelece que nenhum detento talibã ou membro da Al Qaeda será considerado prisioneiro de guerra e que, portanto, o referido art. 3º (Convenção de Genebra de 1949) - exatamente aquele que garante normas mínimas para um julgamento justo e que proíbe a tortura, os maus-tratos e os atentados contra a dignidade dos prisioneiros, especialmente "os tratamentos humilhantes e degradantes" - não se aplicaria a eles. Assim, abria-se caminho para a noção de "combatente inimigo" e a suposta cobertura para as condições de detenção e técnicas de interrogatório "contraterroristas". Seis meses depois, em memorando de 1º de agosto dirigido a Alberto Gonzáles (que, por sua vez, reconhecia que o documento traduzia fielmente a postura da administração Bush), o procurador-geral adjunto do Departamento de Justiça afirmava que o presidente poderia invalidar a proibição da tortura (princípio que a Convenção específica de 1984 consagra de maneira absoluta e que os Estados Unidos ratificaram), pois seria possível causar dor intensa antes de ultrapassar a barreira da tortura e dispor de uma variada gama de técnicas de interrogatório que, ainda que pudessem ser equivalentes a tratamentos cruéis, humilhantes ou degradantes, não alcançariam o grau da tortura; e que, em última instância, se a utilização de tais métodos configurasse casos de tortura, "a necessidade de autodefesa poderia proporcionar as justificativas necessárias para

¹⁸GÓMEZ, José María. "Soberania imperial, espaços de exceção e o campo de Guantánamo". Desterritorialização e confinamento na "guerra contra o terror". Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-292008000200002&script=sci_arttext>.

eliminar toda a responsabilidade penal" dos agentes interrogadores fora dos Estados Unidos. (...)”

De outra banda, ainda concernente a este aspecto, faz-se por oportuno citar excerto da autora Mahvish Rukhsana Khan, da sua obra intitulada “Diário de Guantánamo”¹⁹, que dispõe:

“O campo de prisioneiros americano, na Baía de Guantánamo, coloca-se como um desafio à nossa nação. Ele desafia nossa disposição de fazer a coisa certa em tempos de crise, tempos em que é mais importante, e mais difícil, aderir aos nossos princípios e seguir as regras da lei. O que se encontra no cerne do debate sobre Gitmo são as crenças sobre as quais os EUA foram fundamentados e pelas quais há muito têm sido celebradas: a convicção de que ninguém deve ser preso sem acusação e que todo tem o direito de se defender num julgamento justo e imparcial. (...) Os prisioneiros em Gitmo nunca tiveram oportunidade de provar sua inocência. Nunca lhes disseram por que foram levados para Cuba. Nunca tiveram permissão para serem ouvidos num tribunal aberto”.

Mister se faz pontuar que, tal como relata a autora Mahvish Rukhsana Khan²⁰, o próprio critério de captura da maioria dos “combatentes inimigos” foi extremamente viciado.

Ora, isto porque, na sua grande maioria, os detentos não foram capturados nos campos de batalha da guerra travada no Afeganistão, mas sim mediante entrega por terceiros às forças armadas dos EUA. Os terceiros²¹ procediam com tal entrega em

¹⁹ KHAN, Mahvish Rukhsana. Diário de Guantánamo: os detentos e as histórias que eles me contaram. São Paulo: Larousse do Brasil, 2008. p 11.

²⁰ KHAN, MAHVISH RUKHSANA. Diário de Guantánamo: os detentos e as histórias que eles me contaram. São Paulo: Larousse do Brasil, 2008. p 11

²¹ Cidadãos afegãos e paquistaneses em sua maioria.

troca de recompensas vultuosas oferecidas pelos EUA. Não se pode deixar de frisar que tais cidadãos, oriundos de uma população eminentemente miserável, entregariam qualquer pessoa por alguns dólares.

Portanto, qualquer um que fosse “suspeito” de ter ligação com o Talebã ou com o Al-Qaeda era denunciado por terceiros e capturado pelas forças armadas americanas e aliadas. Porém, a maioria dos acusados não tinha qualquer ligação com as redes terroristas.

Deste modo, não se pode chegar a outra ilação, mas a de que o aprisionamento dos detentos mantidos em Guantánamo pelos EUA se deu de modo contrário à legislação internacional já citada, tendo ferido princípios humanitários básicos, e de direitos humanos tais como a ampla defesa e o contraditório, bem como o devido processo legal. Frisando-se ainda as torturas e tratamentos degradantes que sofreram os detentos nas mãos do exército dos EUA.

Neste sentido, vale citar a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948²², a qual prevê que:

(...)

Artigo 3.º

Todo o indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

(...)

Artigo 5.º

Ninguém será submetido à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

(...)

Artigo 7.º

Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer

²² Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh.html>>.

discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

(...)

Artigo 9.º

Ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado.

(...)

Artigo 11.º

1. Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.

(...)

Por outro lado, tal como prevê o Comitê Internacional da Cruz Vermelha²³:

“[...] as pessoas detidas em um conflito armado internacional, como no caso do Afeganistão, devem ser protegidas pelo Direito Internacional Humanitário, assim, se deve conferir aos combatentes capturados o “status” de prisioneiros de guerra, não podendo julgá-los por suas participações individuais nas hostilidades, todavia é possível puni-los por qualquer crime de guerra que tenham cometido. Neste caso, podem ser detidos até que tenham cumprido a sentença que lhes foi imposta. Em caso de dúvida quanto ao “status” de prisioneiro de guerra de uma pessoa detida, a Terceira Convenção de Genebra estipula que deve ser estabelecido um Tribunal competente para determinar o seu “status”.

[...] as pessoas detidas, em um conflito armado não internacional, estarão protegidas pelo artigo terceiro das Convenções de Genebra, assim como as normas pertinentes ao Direito Internacional Humanitário Consuetudinário. As normas do Direito Internacional

²³ COMITÉ Internacional de La Cruz Roja. Derecho Internacional Humanitário y Terrorismo: respuestas a preguntas claves, Buenos Aires, 2004.

dos Direitos Humanos e do Direito Nacional do Estado detentor também são aplicáveis”.

Neste diapasão, faz-se mister citar o artigo 3º da 3ª Convenção de Genebra de 1949, senão vejamos:

(...)

Artigo 3.º

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

1) As pessoas que tomem parte diretamente nas hostilidades, incluídos os membros das forças armadas que tenham deposto as armas e as pessoas que tenham sido postas fora de combate por doença, ferimento, detenção ou por qualquer outra causa, serão, em todas as circunstâncias, tratadas com humanidade, sem nenhuma distinção de caráter desfavorável baseada na raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer critério análogo.

Para este efeito, são e manter-se-ão proibidas, em qualquer ocasião e lugar, relativamente às pessoas acima mencionadas:

a) As ofensas contra a vida e integridade física, especialmente o homicídio sob todas as formas, as mutilações, os tratamentos cruéis, torturas e suplícios;

b) A tomada de reféns;

c) As ofensas à dignidade das pessoas, especialmente os tratamentos humilhantes e degradantes;

d) As condenações proferidas e as execuções efetuadas sem prévio julgamento, realizado por um tribunal regularmente constituído, que ofereça todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados.

2) Os feridos e doentes serão recolhidos e tratados.

Um organismo humanitário imparcial, como a Comissão Internacional da Cruz Vermelha, poderá oferecer os seus serviços às Partes no conflito. As Partes no conflito esforçar-se-ão também por pôr em vigor por meio de acordos especiais todas ou parte das restantes disposições da presente Convenção. A aplicação das disposições precedentes não afetará o estatuto jurídico das Partes no conflito.

Ocorre que, como restou claro nas considerações feitas retro, o modo de aprisionamento e manutenção dos detentos de Guantánamo realizado pelos EUA acabou por colocar em xeque a Convenção de Genebra, supracitada, da qual os EUA são signatários, deixando tais detentos em situação de extrema ilegalidade.

Para justificar tal situação, o Governo dos EUA se valeu de um fraco argumento de que os detidos em Guantánamo não fariam jus às disposições da Convenção de Genebra supra, vez que não seriam prisioneiros de guerra, condição imprescindível para tanto, mas sim combatentes inimigos, tal como já foi pontuado.

Ao mesmo passo, o Governo dos EUA argumentou que não seria a eles aplicável a legislação dos EUA, vez que os detentos estariam em território cubano.

Entretanto, afastáveis são os argumentos levantados pelos EUA para justificar a situação dos presos de Guantánamo, vez que, seriam sim aplicáveis as Convenções de Genebra em relação aos mesmos, já que os detentos foram capturados em meio à guerra do Afeganistão, ao mesmo passo que, de forma subsidiária, poder-se-ia aplicar as formas de julgamento previstos na própria Constituição dos EUA, haja vista que a Baía de Guantánamo se encontra sob jurisdição dos EUA.

Tal como defende o ativista dos direitos humanos Michael Ratner, entendimento também partilhado pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha, “os Estados Unidos possui o direito de manter detidos os combatentes do conflito, mas eles devem ser tratados como prisioneiros de guerra, de acordo com a III Convenção de Genebra”²⁴.

²⁴ CONVENÇÃO de Genebra de 12/08/1949, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Suíça, 1992, art. 4 e art. 99.

Não foi, entretanto, como já exposto, o que ocorreu *in casu*, muito embora sejam os EUA signatários das Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos Adicionais de 1977, o que configuraria um caráter obrigatório no cumprimento legal de tais convenções, fato ignorado por tal país.

O fato fundamental é que, desde janeiro de 2002, 779 pessoas, de várias nacionalidades, permaneceram detidas na base militar estadunidense da Baía de Guantánamo, sem acusações formais, sem julgamento justo e sob condições cruéis e desumanas de confinamento.

De acordo ainda com José María Gómez, a postura adotada no Governo Bush e a realidade das violações que foram sendo conhecidas desencadearam uma multiplicidade de denúncias, reprovações e campanhas internacionais em diversas partes do mundo a favor do fechamento de Guantánamo e do fim das detenções indefinidas, torturas e maus-tratos das pessoas ali detidas.

Ora, ante toda essa polêmica em relação à prisão de Guantánamo, o atual presidente dos EUA Barack Obama assumiu a presidência num momento crítico em relação a tal prisão e com uma missão ímpar: fechar Guantánamo, com fundamento no todo já anteriormente exposto no que tange a situação de ilegalidade que cerca tal prisão.

Vale pontuar que até 2009, cerca de 245 detentos ainda continuavam presos, há mais de sete anos, sem acusação formal, nem parecer jurídico sobre sua detenção, e sem previsão de julgamento²⁵.

Ante tal fato, em 22.01.2009, após alguns dias de ter assumido a presidência dos EUA, o novo presidente Barack Obama emitiu a ordem executiva de 22.01.2009, onde não apenas dispôs sobre o fechamento de Guantánamo, mas também em relação ao destino dos seus detentos.

Ora, tal ato foi de grande significância histórica, não apenas no contexto norte-americano, mas mundial, vez que se teve o intuito de colocar fim a uma das maiores afrontas aos Direitos Humanos e às Convenções de Genebra vista neste século XXI.

Neste diapasão, vejamos, pois, parte do referido dispositivo legal:

²⁵ KHAN, Mahvish Rukhsana. Diário de Guantánamo: os detentos e as histórias que eles me contaram. São Paulo: Larousse do Brasil, 2008.

Closure Of Guantanamo Detention Facilities

EXECUTIVE ORDER -- REVIEW AND DISPOSITION OF INDIVIDUALS DETAINED AT THE GUANTÁNAMO BAY NAVAL BASE AND CLOSURE OF DETENTION FACILITIES

(...)

(d) It is in the interests of the United States that the executive branch undertake a prompt and thorough review of the factual and legal bases for the continued detention of all individuals currently held at Guantánamo, and of whether their continued detention is in the national security and foreign policy interests of the United States and in the interests of justice. The unusual circumstances associated with detentions at Guantánamo require a comprehensive interagency review.

(...)

Sec. 3. Closure of Detention Facilities at Guantánamo. The detention facilities at Guantánamo for individuals covered by this order shall be closed as soon as practicable, and no later than 1 year from the date of this order. If any individuals covered by this order remain in detention at Guantánamo at the time of closure of those detention facilities, they shall be returned to their home country, released, transferred to a third country, or transferred to another United States detention facility in a manner consistent with law and the national security and foreign policy interests of the United States.

Sec. 4. Immediate Review of All Guantánamo Detentions.²⁶

²⁶ Tradução (pela autora):

“Fechamento da prisão de Guantánamo

Ordem Executiva – Revisão e destinação dos indivíduos detidos na Base Naval de Guantánamo e fechamento da prisão.

(...)

(d) É do interesse dos EUA que o executivo realize ações a fim de revisar a situação fática e legal no que concerne a detenção de todos os indivíduos mantidos na prisão de Guantánamo, e se a manutenção de tal detenção é de interesse da segurança nacional e política externa dos EUA, bem como do interesse da justiça. As circunstâncias peculiares associadas às detenções mantidas em Guantánamo requerem uma revisão abrangente e minuciosa.

(...)

BARACK OBAMA
THE WHITE HOUSE,
January 22, 2009.²⁷

Ora, conforme se depreende do dispositivo legal anteriormente citado, o novo Governo americano pretendeu legalizar a situação dos detentos, a luz do direito pertinente, e em respeito às Convenções de Genebra.

Entretanto, apesar da proposta do presidente Barack Obama de fechamento de Guantánamo, não se pôde deixar de pensar no destino dos seus detentos, e, deste modo, se a proposta da Ordem Executiva de 22.01.2009 se coaduna efetivamente com as Convenções de Genebra.

Não obstante, em 7 de março deste ano de 2011, o presidente Obama, diante da pressão do Congresso, editou nova ordem executiva, dois anos após a edição da anterior, mediante a qual, na contramão da mesma, previu que o fechamento de Guantánamo não se daria mais no período que havia sido estipulado, sem ter estabelecido, em contrapartida, um novo prazo, assim como também estabeleceu a volta das Comissões Militares para julgamento dos prisioneiros remanescentes, as quais, por seu papel duvidoso, haviam sido extintas pela ordem anterior de 2009.

Tal fato foi visto como um grande retrocesso no que concerne o destino da prisão de Guantánamo.

Portanto, nos capítulos seguintes faremos uma análise da situação da prisão de Guantánamo na era Bush, e, posteriormente, na era de Obama, e, a partir daí, quais as perspectivas de fechamento ou manutenção de tal prisão.

(...)

Sec. 3. Fechamento da prisão de Guantánamo. A prisão de Guantánamo, para indivíduos acobertados por esta ordem, deve ser fechada o mais rápido possível, não mais do que um ano a partir da data de publicação desta ordem. Se algum indivíduo acobertado por esta ordem permanecer em detenção em Guantánamo à época do fechamento desta prisão, deverá ser devolvido ao seu país de origem, solto, transferido para um terceiro país ou transferido para outra prisão nos EUA, consoante a lei e a segurança nacional e interesses de política externa dos EUA.

(...)"

²⁷Disponível: <http://www.whitehouse.gov/the_press_office/Closure_Of_Guantanamo_Detention_Facilities/>.

2. CRIAÇÃO DE GUANTÁNAMO E A SITUAÇÃO LEGAL DOS DETENTOS NA ERA BUSH

2.1. Subsídios legais da “guerra contra o terror”

Não muito tempo depois dos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, o presidente George W. Bush alertou que a “guerra contra o terror” seria diferente das outras guerras que o mundo já vira.

Conforme disse Bush em discurso público: *“nossa guerra contra o terror começa com o Al-qaeda, mas não termina aí; não irá acabar até que todo grupo terrorista do mundo seja encontrado e derrotado; (...) os americanos não devem esperar uma batalha, mas uma longa campanha, diferente de qualquer outra já vista”*²⁸.

Ora, neste inflamado discurso feito para os americanos na noite de 11 de setembro de 2001, o presidente Bush prometeu ainda não fazer qualquer distinção entre os terroristas, membros do Al-qaeda, que cometeram os atos que resultaram nas atrocidades de 11 de setembro de 2001, e aqueles filiados a grupos terroristas; a caça se seguiria, pois, em face de qualquer um que estivesse envolvido em grupos terroristas, indistintamente.

Neste contexto, se faz mister frisar o *USA Patriot Act*, estatuto elaborado pelo Governo americano e transformado em lei pelo presidente Bush em 26 de outubro de 2001, com a aprovação do Congresso Americano.

Tal ato que quer dizer “unindo e fortalecendo os EUA a partir de mecanismos apropriados a serem utilizados para interceptar e obstruir o ato terrorista de 2001”, regulamentou as posturas legais e militares a serem adotadas pelo Governo

²⁸ MARGULIES, Joseph. *Guantánamo and the Abuse of Presidential Power*. New York, NY: Simon & Schuster Paperbacks, 2007. Pg. 3

Bush a fim de implementar os mecanismos de impulsionamento da guerra contra o terrorismo.

O *USA Patriot Act*, deste modo, forneceu substrato legal para o Governo americano agir de todas as formas possíveis contra o terrorismo. Permitiu a captação de informações, sejam telefônicas, correio eletrônico, médicas, financeiras e outras fontes; bem como criou limitações para a ação de inteligência de países estrangeiros; expandiu a autoridade do secretário de tesouro americano para regulamentar transações financeiras, particularmente as que envolviam estrangeiros, tanto pessoas, como entidades; controlar a política imigratória e deter e deportar imigrantes suspeitos de envolvimento com terroristas.

Ou seja, forneceu o ato em questão todos os subsídios legais para que o Governo Bush pudesse capturar quaisquer informações relacionadas a supostos envolvidos com o terrorismo, bem como coibir seu livre trânsito pelo território americano e dispor dos seus bens. Assim não apenas se coibiria uma suposta ação terrorista, como também se poderia apreender pessoas e informações que levassem o Governo às redes terroristas.

O *USA Patriot Act* expandiu também o conceito de terrorismo²⁹, bem como aumentou o número de atividades as quais poderiam ser empregadas pelo executivo dos EUA na luta contra o terrorismo, algumas já descritas anteriormente, aumentando assim seu poder e discricionariedade no que tange as medidas a serem tomadas a fim de coibir o terrorismo.

Deste modo, com fulcro no *USA Patriot Act*, por meio do qual o Congresso norte-americano conferiu ao executivo amplos poderes para agir na intitulada guerra contra terror, iniciou-se em outubro de 2001 a incursão militar contra o Afeganistão, e em janeiro de 2002, o envio de centenas de homens acusados de envolvimento com o grupo terrorista afegão Al-qaeda e com o Talebã à baía de Guantánamo.

²⁹ No rol de crimes de cunho terrorista se incluiu crime de destruição em massa, assassinato, sequestro; igualmente atividades perigosas para a vida humana e a violação das leis criminais dos EUA ou qualquer Estado, as quais teriam caráter de intimidar ou coagir uma população civil. Também se incluiu o cyber-terrorismo, entre outros.

Por seu turno, o Conselho de Segurança³⁰ da ONU adotou no contexto em questão a resolução 1373 de Combate ao Terrorismo, datada de 28.09.2001, mediante a qual se requereu que todos os Estados adotassem medidas legislativas, administrativas, econômicas, bem como quaisquer outras medidas a fim de prevenir, proibir e criminalizar atos terroristas.

O preâmbulo da resolução da ONU em questão reafirma “a necessidade do combate de todas as formas, de acordo com a Carta da ONU, as ameaças à segurança e à paz internacional causadas por atos terroristas”³¹.

Deste modo, o Conselho de Segurança reconheceu a importância da luta contra o terrorismo, tendo, entretanto atentado para que os Estados assegurassem que qualquer medida tomada para combater o terrorismo deveria estar de acordo com o Direito Internacional, em particular com os Direitos Humanos Internacionais, e as leis humanitárias³².

Assim é que muito embora o Conselho de Segurança da ONU tenha exortado todos os Estados a implementar medidas a fim de coibir e punir qualquer ato terrorista, por seu turno, não afastou a importância da aplicabilidade das normas de direitos humanos e direito humanitário no contexto da guerra contra o terror.

Por oportuno, cito excerto da resolução nº 1373 do Conselho de Segurança da ONU, senão vejamos:

“O Conselho de Segurança, reafirmando igualmente a sua condenação sem equívoco dos ataques terroristas cometidos a 11 de setembro de 2001 em Nova York, Washington, D.C, e Pensilvânia, e

³⁰ Conselho de Segurança é um órgão da Organização das Nações Unidas, o qual tem como função precípua a responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacionais, conforme prevê o artigo 24 da Carta da Organização das Nações Unidas. Tal Conselho possui 15 membros das Nações Unidas na sua gerência, sendo que a China, a França, a Rússia, o Reino Unido e os Estados Unidos da América são seus membros permanentes.

³¹ SEITENFUS, Ricardo (org). Legislação Internacional. Resolução nº 1373 do Conselho de Segurança de 28.09.2001. Barueri, SP: Manole, 2009. Pg. 529

³² No que tange os direitos humanos podemos atentar para a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, para a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 e a Convenção sobre tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes, de 1984. No que tange as leis humanitárias, as mesmas se referem às Convenções de Genebra de 1949 e seus protocolos adicionais de 1977.

expressando sua determinação para prevenir todos atos deste tipo; reafirmando também que tais atos, como todo ato de terrorismo internacional constituem uma ameaça à paz e à segurança internacionais; reafirmando o direito natural de legítima defesa, consagrado na Carta das Nações Unidas e reafirmado em sua resolução nº 1368; reafirmando a necessidade de lutar através de todos os meios em conformidade com a Carta das Nações Unidas, contra as ameaças à paz e à segurança internacionais; (...) solicitando aos Estados que colaborem urgentemente para prevenir e reprimir os atos de terrorismo, notadamente através de um aumento da cooperação e a aplicação integral das convenções internacionais relativas ao terrorismo (...)"

3.f – tomar as medidas apropriadas em conformidade com as disposições pertinentes de sua legislação nacional e do direito internacional, inclusive as normas internacionais relativas aos direitos do homem (...)³³

Ainda, em termos análogos, a Organização dos Estados Americanos³⁴ emitiu a resolução RES1/01, qual seja a *"resolução da OEA para fortalecimento da Cooperação hemisférica para prevenir, combater e eliminar o terrorismo"*, datada de 21.09.2001, tendo, desta feita, igualmente à ONU, condenado os ataques terroristas de 11.09.2001, ao mesmo passo em que convocou os Estados membros a *"adotar medidas eficazes para impedir que grupos terroristas tenham capacidade de operar em seus territórios"*³⁵.

³³ SEITENFUS, Ricardo (org). Legislação Internacional. Resolução nº 1373 do Conselho de Segurança de 28.09.2001. Barueri, SP: Manole, 2009. Pg. 529

³⁴ Organização dos Estados Americanos, criada pela Carta Atualizada da Organização dos Estados Americanos em 1948, é uma organização internacional composta pelos Estados Americanos, sendo organismo regional dentro das Nações Unidas.

³⁵ CRETELLA NETO, José. Terrorismo internacional: inimigo sem rosto-combatente sem pátria. Campinas, SP: Millennium Editora, 2008.

Deste modo as medidas que embasaram a intitulada guerra contra o terrorismo não foram oriundas apenas de ato unilateral da potência diretamente interessada, qual seja, os EUA, vítima dos ataques de 11 de setembro. Mas tiveram de certa forma subsídio pela ONU e por seu Conselho de Segurança, bem como da OEA, vez que tais organismos internacionais declararam a imprescindibilidade de se combater o terrorismo.

Assim é que a investida militar dos EUA contra o Afeganistão, a primeira medida tomada na guerra contra o terror, haja vista ser o país em questão o que abrigava a rede de terroristas Al-Qaeda, a qual, por sua vez, recebia também apoio do Talebã, facção político-socio-religiosa que era o Governo de fato do Afeganistão à época dos ataques terroristas de 11 de setembro, não foi uma medida aleatória e sim embasada no todo anteriormente exposto.

Inclusive a ONU e o Conselho de Segurança reconheceram a prerrogativa dos EUA de legítima defesa. Ora o direito à legítima defesa previsto na Carta de ONU e na resolução 1.368 do Conselho de Segurança, conforme define o insigne Acciolly³⁶, abrange todos os atos necessários à defesa do Estado contra inimigos internos ou externos.

Por outro lado, estabelece o art. 51 da Carta das Nações Unidas que “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”³⁷.

Portanto, na utilização da prerrogativa de legítima defesa, deu os EUA seguimento ao conflito armado no Afeganistão.

Neste diapasão vale pontuar que conforme aduz o autor José Cretella Neto em sua obra terrorismo internacional³⁸, a OTAN³⁹, justificando e corroborando com a

³⁶ ACCIOLLY, Hidelbrando, DO NASCIMENTO E SILVA, G.E., BORBA CASELHA, Paulo. Manual de Direito Público Internacional. São Paulo: Saraiva, 2008.

³⁷ SEITENFUS, Ricardo (org). Legislação Internacional. Resolução nº 1373 do Conselho de Segurança de 28.09.2001. Barueri, SP: Manole, 2009. Pg. 529

³⁸ CRETELLA NETO, José. Terrorismo internacional: inimigo sem rosto-combatente sem pátria. Campinas, SP: Millennium Editora, 2008.

incursão militar dos EUA no Afeganistão, qualificou as ações destrutivas contra as torres gêmeas como ataque armado, o que conferiu aos EUA, Estado agredido, o direito à legítima defesa, ativando o mecanismo previsto no artigo 5 do Tratado do Atlântico Norte, o qual assim reza :

“(..) as partes concordam em que um ataque armado contra ou várias delas na Europa ou na América do Norte será considerado um ataque a todas, e, conseqüentemente, concordam em que, se um tal ataque armado se verificar cada uma, no exercício do direito de defesa, individual ou coletiva, reconhecido pelo artigo 51 da Carta das Nações Unidas, prestará assistência à parte ou partes assim atacadas, praticando, sem demora, individualmente e de acordo com as restantes partes a ação que considerar necessária, inclusive o emprego da força armada, para restaurar e garantir a segurança na região do Atlântico Norte”.

Pontua, pois o autor referido que os EUA invocando o direito natural de legítima defesa coletiva, reconhecido pela resolução 1368 do Conselho de Segurança, revidaram aos ataques sofridos e iniciaram um conflito armado internacional em resposta aos ataques de 11 de setembro de 2001.

Portanto, em 7 de outubro de 2001, os EUA informaram ao Conselho de Segurança que estavam exercendo seu direito inerente de legítima defesa individual e coletiva por meio de ações contra os campos de treinamento do Al-qaeda e contra as instalações militares do regime Talebã no Afeganistão. A seguir, iniciaram ataques armados com mísseis contra aquele Estado.

Logo depois, em 11.10.2001, o Congresso Americano declarou que: *“The president is authorized to use all necessary and appropriate force against those*

³⁹ Organização do Tratado do Atlântico Norte. A Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN ou NATO), por vezes chamada Aliança Atlântica, é uma organização internacional de colaboração militar estabelecida em 1949 em suporte do Tratado do Atlântico Norte assinado em Washington em 4 de abril de 1949.

*nations, organizations or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on sept. 11, 2001”*⁴⁰.

Portanto, com base no todo anteriormente exposto é que após os inflamados discursos proferidos pelo presidente George W. Bush em 11.09.2001, já antes citados, a primeira medida a ser tomada pelo Governo dos EUA foi realizar uma incursão militar em face do Afeganistão.

Conforme escreve o autor Joseph Margulies⁴¹: *“em outubro de 2001, enquanto as ruínas do World Trade Center ainda caíam, os EUA atacaram o Afeganistão com o intuito de tirar do poder o regime fundamentalista Talebã, e destruir a rede terrorista Al-qaeda”*.

Por fim, em outubro de 2001 o Comitê Internacional da Cruz Vermelha confirmou que estava sendo travado, no Afeganistão, um conflito armado internacional, e qual estaria sujeito a todos os instrumentos jurídicos que integram o direito humanitário aplicável a essa espécie de conflito⁴².

A campanha militar contra o Afeganistão pelos EUA, conforme o acima esposado, foi, portanto, a resposta imediata aos ataques terroristas de 11 de setembro.

2.2. Prisão de Guantánamo: situação legal dos seus detentos na era Bush

A guerra contra o terror empreendida pelos EUA na conjuntura anteriormente descrita culminou em muitas consequências, dentre outras, a mais emblemática e criticada pelo mundo: a criação da prisão de Guantánamo, na base naval da baía de Guantánamo, território cubano sob jurisdição norte-americana. Outro ponto crucial foi o tratamento deferido aos detentos em tal prisão.

⁴⁰ Tradução (pela autora): *“O presidente tem autorização para usar toda força necessária e apropriada contra as nações, organizações ou pessoas que planejaram, autorizaram, cometeram ou ajudaram os ataques terroristas que ocorreram em 11 de setembro de 2001. CRETELLA NETO, JOSE. Terrorismo Internacional: Inimigo sem rosto-combatente sem pátria. Campinas, SP: Millennium Editora, 2008.*

⁴¹ MARGULIES, Joseph. Guantanamo and the abuse of presidential power. New York, NY: Simon & Schuster Paperbacks, 2007.

⁴² CRETELLA NETO, José. Terrorismo Internacional: Inimigo sem rosto-combatente sem pátria. Campinas, SP: Millennium Editora, 2008.

Neste diapasão, pontua-se que a decisão de Bush de deter os suspeitos de envolvimento com terrorismo em Guantánamo foi baseado em duas vertentes, quais sejam uma política e outra legal.

Do ponto de vista político, a baía de Guantánamo oferecia uma localização segura longe dos campos de batalha do Afeganistão, onde os detentos poderiam ser interrogados e julgados por tribunais militares sem interferências.

Do ponto de vista legal, a administração de Bush inicialmente acreditou que Guantánamo estava longe da jurisdição das cortes federais norte-americanas, e os não cidadãos lá presos não teriam acesso às proteções legais que teriam se estivessem em solo americano.

Ora, de acordo com o autor Joseph Margulies⁴³, a administração de Bush determinou que qualquer pessoa envolvida com o Al-qaeda e Talebã deveria ser apreendida, ou mesmo sequestrada, se necessário, de qualquer lugar do mundo, mesmo se estivesse há milhares de quilômetros de distância dos campos de batalha do Afeganistão, mesmo sem o conhecimento ou participação do seu país de origem, e sem processo judicial.

Tais pessoas, supostamente envolvidas com as redes terroristas, poderiam ser mantidas em prisões, até mesmo pelo resto de suas vidas, com fulcro apenas na discricionariedade e autoridade do Governo Bush.

Na prisão, poderiam ser submetidos a qualquer condição, e durante seu tempo de prisão, eles se manteriam incomunicáveis e em confinamentos solitários, sem acesso a Tribunais, sem acusações formais, desconhecidos para o mundo, e sem os benefícios das Convenções de Genebra, as quais são tratados internacionais assinados e ratificados pelos EUA, criados com o intuito de proteger os seres humanos envolvidos em conflitos armados enquanto esses perdurassem.

Neste diapasão, vale observar a declaração feita por James Reynolds, chefe do departamento de justiça da divisão de terrorismo e crimes violentos, o qual declarou que enquanto as investigações sobre os terroristas envolvidos no 11 de setembro de 2001 continuassem, liberar informações sobre a detenção de suspeitos

⁴³ MARGULIES, Joseph. *Guantanamo and the Abuse of Presidential Power*. New York, NY: Simon & Schuster Paperbacks, 2007.

ou sobre os mesmos poderia prejudicar os interesses dos EUA. ⁴⁴Deste modo, a maioria dos detentos não tiveram sequer sua prisão divulgada de pronto, nem mesmo para as suas famílias.

Portanto, neste contexto, iniciou-se a busca pelos terroristas e seus afins, valendo observar que, tal como descreve Margulies⁴⁵, a maioria dos detentos na guerra contra o terror foram estrangeiros, dos quais 90% foram capturados fora dos campos de batalha do Afeganistão, tendo sido a maioria entregues por forças militantes paquistanesas, por *war lords* afegãos⁴⁶, dentre outros que apenas estavam interessados na recompensa oferecida pelo Governo americano de vinte mil dólares, no caso de entrega de membros do Al-qaeda, e cinco mil dólares, para entrega de membros do Talebã.

O Governo de Bush encarcerou centenas de pessoas ao redor do mundo em nome da guerra contra o terror; inclusive, muitas dessas pessoas foram mantidas pela CIA⁴⁷ em lugares secretos. De outra banda, cerca de 200 prisioneiros foram enviados para países, como Paquistão, Arábia Saudita, países esses com longa história de tortura de prisioneiros.

Vale pontuar que neste contexto o presidente norte-americano teve autoridade inquestionável para deter os supostos envolvidos com o terrorismo; tal autoridade emanada do artigo II da Constituição⁴⁸ dos EUA, tendo sido a autoridade do presidente ainda majorada pelo Congresso, por meio de sua resolução de 18 de

⁴⁴ MARGULIES, Joseph. Guantanamo and the Abuse of Presidential Power. New York, NY: Simon & Schuster Paperbacks, 2007.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ War Lords Afegãos, ou Senhores de Guerra, eram chefes de milícias afegãs.

⁴⁷ Central Intelligence Agency ou Centro de Inteligência Americana, órgão administrativo dos EUA, o qual teve importante papel na implementação de táticas e estratégias na guerra contra o terror, bem como no trato com inimigos e formas de aprisionamento dos mesmos.

⁴⁸ USA CONSTITUTION: Disponível em: <<http://www.usconstitution.net/const.html>>. (..)

Artigo II – Poder Executivo

(..)

O presidente deve estar no comando do exército e da marinha dos EUA e da milícia de vários Estados

(..)

Ele deve ter poder para garantir represálias por ofensas causadas contra os EUA, exceto nos casos de impeachment.

(..)

setembro de 2001, a qual deu poderes para o presidente usar toda a força necessária e apropriada contra o Al-qaeda e contra nações, organizações e pessoas que o presidente entendesse ter cometido ou ajudado nos ataques de 11 de setembro.

Conforme se depreende do anteriormente exposto, o Congresso Americano, pois, deu carta branca para que o presidente Bush agir na “guerra contra o terror”.

Ora, a baía de Guantánamo recebeu seus primeiros prisioneiros a partir de janeiro de 2002⁴⁹.

Os detentos que primeiro chegaram na improvisada prisão de Guantánamo foram, no início, mantidos em celas em uma área da prisão denominada *Camp X-Ray*. Em abril, os prisioneiros mudaram-se para outra ala da prisão, recém construída, denominada *Camp Delta*, a qual foi modelada de acordo com as prisões de segurança máxima dos EUA e tinha capacidade para abrigar mais de mil detentos.

Vale observar que a política de detenção do *Camp Delta* criou grandes debates acerca do respeito aos Direitos Humanos por seus abusos e crueldades cometidos contra os detentos, inclusive por conta das torturas empregadas nos interrogatórios.

Neste diapasão, vale observar que o maior propósito do Governo norte-americano era desvendar as organizações terroristas e as suas possíveis novas investidas, pelo que manter supostos envolvidos com as redes terroristas na prisão de Guantánamo e submetê-los a organizados sistemas interrogatórios, seriam imprescindíveis a fim de descobrir e desmontar as grandes redes terroristas.

Ora, em Guantánamo os detentos passaram a ser conhecidos agora apenas por números, tendo perdido sua identidade, sua liberdade, sem o conhecimento do mundo, e muitas vezes de sua família, sendo ainda submetidos aos maus tratos, e desprotegidos pelas legislações internacionais.

Portanto, tais detentos eram mantidos nesta situação sob a política de carceragem sem comunicação com o mundo exterior, sem acusação formal, sem recurso de apelar para as cortes, tribunais, e sem os benefícios das Convenções de

⁴⁹ Ver cronologia dos fatos no Anexo I deste trabalho.

Genebra de 1949, e ainda sem prazo definido para serem libertos. Era essa a realidade dos detentos de Guantánamo.

Neste sentido cabe pontuar que os detentos poderiam ter sua prisão submetida a Comissões Militares criadas especificamente para revisar a situação de cada detento, bem como para acusá-los e julgá-los; porém, tais Comissões Militares não permitiam o devido pronunciamento dos detentos, nem argumentação, já tendo em sua maioria das vezes provas pré-constituídas que davam suporte probatório às detenções, muito embora fossem, em sua maioria provas não concretas e adquiridas a partir de meios ilegais, tais como confissões realizadas sob tortura.

De outra banda, vale citar o depoimento do ex-detento Shafiq Rasul, cidadão britânico de ascendência paquistanesa, que foi solto vez que não possuía qualquer ligação com terroristas, e foi capturado em viagem que fez do Paquistão para o Afeganistão, a fim de prestar ajuda humanitária neste último, durante o conflito armado com os EUA, tendo o mesmo relatado que:

“Durante todo o tempo que estávamos em Guantánamo, nós estávamos vivenciando um nível altíssimo de medo. Assim que chegamos lá, o nível era infinito. No início nós estávamos com muito medo de que eles nos matassem a qualquer momento. Os guardas diziam para nós “nós podemos matar vocês a qualquer momento”. Eles diziam, “o mundo não sabe que vocês estão aqui, ninguém sabe que vocês estão aqui, tudo que eles sabem é que vocês estão desaparecidos e nós podemos matar vocês e ninguém irá saber”. Todo o tempo nós pensávamos que nunca iríamos sair de lá. Principalmente quando estávamos em isolamento tínhamos um medo constante do que estava acontecendo e do que ia acontecer⁵⁰”.

⁵⁰ MARGULIES, Joseph. Guantanamo and the abuse of presidential power. New York, NY: Simon & Schuster Paperbacks, 2007. Pg. 28

Ora, chegados os primeiros detentos a Guantánamo, a primeira grande questão era a definição do status legal de tais prisioneiros, e, como consequência, a aplicabilidade ou não das proteções aos mesmos conferidas pelas Convenções de Genebra de 1949 e seus protocolos adicionais de 1977.

O status legal conferido pelo Governo Bush aos detidos em Guantánamo foi de *enemy combatants*, ou seja, combatentes inimigos. Neste sentido, vejamos o conceito de combatente inimigo dado pelo Governo Bush, conforme preceitua o *Council on Foreign Relations*⁵¹:

“An “enemy combatant” is an individual who, under the laws and customs of war, may be detained for the duration of an armed conflict. In the current conflict with al Qaida and the Taliban, the term includes a member, agent, or associate of al Qaida or the Taliban. In applying this definition, the United States government has acted consistently with the observation of the Supreme Court of the United States in *Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1, 37-38 (1942): “Citizens who associate themselves with the military arm of the enemy government, and with its aid, guidance and direction enter this country bent on hostile acts are enemy belligerents within the meaning of the Hague Convention and the law of war.” “Enemy combatant” is a general category that subsumes two sub-categories: lawful and unlawful combatants. See *Quirin*, 317 U.S. at 37-38. Lawful combatants receive prisoner of war (POW) status and the protections of the Third Geneva Convention. Unlawful combatants do not receive POW status and do not receive the full protections of the Third Geneva Convention⁵²”.

⁵¹ Council on Foreign Relations ou Conselho de Relações Estrangeiras, é uma organização norte-americana voltada para estudos e discussão de política estrangeira, principalmente dos EUA. Texto: HAYNES, William. *Enemy Combatant*. Disponível em :<http://www.cfr.org/publication/5312/enemy_combatants.html>.

⁵² Tradução (pela autora): “Um inimigo combatente é um indivíduo que de acordo com as leis e costumes de guerra podem ficar detidos durante um conflito armado. No presente conflito com o Al-qaeda e o Talebã, o termo inclui membro, agente ou associado com o Al-qaeda ou Talebã. O Governo

Deste modo, é que o presidente Bush determinou que os supostos membros ou envolvidos com o Al-qaeda e o Talebã capturados eram combatentes inimigos, haja vista, dentre outras razões, serem membros de um grupo terrorista não estatal, o qual não receberia as proteções previstas na 3ª Convenção de Genebra.

Bush ainda adicionou que igualmente aqueles envolvidos com o Al-qaeda e o Talebã eram combatentes ilegais, vez que eles não satisfaziam o critério do status de prisioneiro de guerra, previsto no artigo 4º⁵³ da 3ª Convenção de Genebra.

Portanto, de acordo com o Executivo americano, todos os detentos de Guantánamo seriam combatentes ilegais, pelo que, por conseguinte, não fariam jus às proteções previstas na 3ª Convenção de Genebra, vez que não se enquadrariam no conceito dado pelo art. 4º do dispositivo legal citado.

Neste sentido, vale observar que tal como preceitua o indigitado dispositivo legal, prisioneiro de guerra é todo aquele que pertencente a forças armadas de uma parte no conflito, membros de outras milícias ou corpos voluntários, os quais possuam as seguintes condições: tenham líder, sinal distinto fixo, usem armas a vista, respeitarem nas suas operações as leis de guerra.

Enquadram-se ainda no conceito de prisioneiro de guerra a luz do dispositivo legal em questão as pessoas civis que acompanham as forças armadas, bem como membros de tripulações e população que pegue em armas a fim de combater tropas de invasão, dentre outros.

Não obstante, de acordo com a administração de Bush, os supostos envolvidos com o Al-qaeda e com o Talebã não se enquadrariam em quaisquer das categorias supra, não podendo ser considerados, pois, prisioneiros de guerra.

Ainda neste diapasão vale observar que a administração de Bush ao conferir este status legal de combatentes inimigos ignorou a disposição legal contida

dos EUA tem acompanhado a observação da Suprema Corte que prevê que “cidadãos associados com forças militares do Governo inimigo, e com sua ajuda, orientação e direção participam de atos hostis são inimigos de guerra de acordo com a lei de guerra”. Inimigo combatente é uma categoria geral que se subdivide em duas categorias: legais e ilegais. Os combatentes legais recebem o status de prisioneiro de guerra e estão sob a proteção da 3ª Convenção de Genebra. Os ilegais não recebem o status de prisioneiro de guerra e não recebem a completa proteção de tal convenção”.

⁵³ Vide anexo II para inteiro teor do artigo 4º da 3ª Convenção de Genebra de 1949.

no artigo 5º desta 3ª Convenção de Genebra, o qual prevê que *"se existirem dúvidas na inclusão em qualquer das categorias do artigo 4º de pessoas que tenham cometido ato beligerante e que caírem nas mãos do inimigo, estas pessoas beneficiar-se-ão da proteção da presente Convenção, aguardando que o seu estatuto seja fixado por um Tribunal competente"*⁵⁴.

Entretanto, conforme alegou o primeiro ministro de estado norte-americano da época, Colin Powell, e o secretário de defesa, Donald Rumsfeld, apesar do status de combatentes ilegais dados aos detentos de Guantánamo, esses, por sua vez, supostos membros e/ou envolvidos com o Al-qaeda e Talebã, os mesmos, apesar de não fazer jus à Convenção de Genebra de direito humanitário, deveriam ser tratados de forma humana em acordo com tal convenção de 1949.

Acerca deste fato, o *Council of Foreign Relations*⁵⁵ pontuou, acerca do tratamento deferido aos detentos que, entre outras coisas, os detentos recebiam três refeições ao dia, de acordo com a dieta muçumana, roupas e sapatos, banhos, sabonete e artigos de banho. Ainda tinham a oportunidade de praticar sua religião, mandar e receber e-mails, esses submetidos ao crivo militar, bem como receber encomendas de roupas e comida, desde que igualmente passadas pelo escrutínio dos militares. Além do mais, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha continuou a visitar os detentos de modo privado.

Porém, não foi bem isso que foi relatado pelos detentos. Ora, Neste diapasão, vale citar exemplo de que efetivamente as Convenções de Genebra não apenas foram afastadas, bem como as regras de Direitos Humanos fundamentais da Carta de 1948 e da Convenção sobre Tortura de 1984, vez que os detentos sofreram em sua grande maioria grandes torturas e maus tratamentos; sequer eram tratados pelo nome, visto que eles passaram a ser nominados por números. Tal fato veremos conforme no relato a seguir do detento Al Qahtani, ou "detento nº 63", citado no livro de Margulies, senão vejamos:

"He was taken outside to see a family of banana rats. The banana rats were moving freely, playing, eating, showing concern for one

⁵⁴ SEITENFUS, Ricardo (org). Legislação Internacional. Barueri, SP: Manole, 2009. Pg. 387/388

⁵⁵HAYNES, William. Enemy Combatant. Disponível em: <http://www.cfr.org/publication/5312/enemy_combatants.html>.

another. Detainee was compared to the family of banana rats and reinforced that they had more love, freedom, and concern than he had. Detainee began to cry during this comparison.

Five days later, detainee was instructed to clean the room. Interrogator told detainee that he will not be allowed to leave trash all around and live like the pig he is. He picked up all the trash from the floor while hands were still cuffed in front of him.....after another four days, al Qahtani refuses to take water from an interrogator. this was interpreted as a sign of disrespect. the unnamed interrogator then decided to teach al Qahtani some "lessons in respect" ; told the detainee that a dog know right from wrong and know to protect innocent people from bad people. Began teaching the detainee lessons such as stay, come, and bark to elevate his social status up to that of a dog"⁵⁶.

Por oportuno, ainda neste sentido, citemos outro relato descrito na obra de Mahvish Rukhsana Khan⁵⁷, na qual conta a situação do detento Ali Shah Mousovi ou detento nº1154 nas mãos dos militares americanos por ocasião de sua detenção, senão vejamos:

"(...) Mais dolorosos que as esquimoses e ferimentos que cobriam seu corpo eram os dias e noites seguidos sem sono. Gravações, em fita, de sirenes estridentes ecoavam por alto-falantes colocados pelos

⁵⁶ MARGULIES, Joseph. Guantanamo and the abuse of presidential power. New York, NY: Simon & Schuster Paperbacks, 2007. Tradução (pela autora): "Ele foi levado para o lado de fora para ver uma família de ratos de banana. Os ratos estavam se movendo livremente, brincando, comendo, mostrando preocupação uns com os outros. O detento foi comparado com a família de ratos e foi apontado que os ratos tinham mais amor, liberdade, e preocupação uns com os outros do que tinha o detento, que começou a chorar com tal comparação. Cinco dias depois, o detento foi instruído para limpar o quarto. O interrogador disse ao detento que ele não tinha permissão para deixar o lixo por toda parte e viver como o porco que era. Ele pegou o lixo do chão enquanto estava algemado em frente do interrogador... Depois de quatro dias, al Qahtani recusou a aceitar água do interrogador. Isso foi interpretado como um sinal de desrespeito, e o interrogador decidiu ensinar "lições de respeito" a al Qahtani; disse ao detento que um cachorro sabe distinguir certo do errado e sabe proteger pessoas inocentes de maus elementos. O interrogador começou a ensinar o detento lições como parar, andar e latir a fim de que ele elevasse seus status social ao de cachorro, que era melhor do que ele".

⁵⁷ KHAN, MAHVISH RUKHSANA. Diário de Guantánamo: os detentos e as histórias que eles me contaram. São Paulo: Larousse do Brasil, 2008. Pg. 33

soldados junto a seus ouvidos. Sua cabeça latejava. Sempre que, misericordiosamente, conseguia cochilar, era acordado pelo estardalhaço de sarrafos de madeira sendo batidos contra a parede. Recordou a agonia de quando era repetidamente encharcado com água gelada. (...) Por turnos, os soldados americanos chutavam-no e batiam nele periodicamente. Assim era com os outros prisioneiros. Alguns berravam coisas sobre o 11 de setembro. Outros cuspiam sobre ele. Muitos insultavam sua mãe, as irmãs e outros membros da família. Amaldiçoavam sua nacionalidade e sua religião”.

Conforme se pode extrair dos relatos antes citados, as leis concernentes ao direito humanitário e as direitos humanos estavam sendo violados dia a dia no contexto da prisão de Guantánamo.

Não obstante, cabe observar que, de acordo com o Margulies, houve época em que sob o comando do General Tommy Fraceles, comandante da força de coalisão no Afeganistão, havia ordem expressas para serem respeitados os artigos 5º e 6º da IV Convenção de Genebra de 1949.

Porém, em janeiro de 2002, justamente à época em que os primeiros detentos chegaram em Guantánamo, o secretário de Defesa Donald Rumsfeld rescindiu a ordem do general Tommy, anunciando publicamente que as Convenções de Genebra não seriam aplicáveis aos membros do Al-Qaeda e do Talebã, dispensando assim os dispositivos legais já citados, baseado-se no julgamento unilateral sobre o status de inimigo combatente conferido a todos os detidos e posteriormente enviados à baía de Guantánamo.

Neste diapasão, vale lembrar que quando a ONU e o Conselho de Segurança através de suas resoluções autorizaram a utilização pelos Estados de todas as medidas possíveis para coibir e punir atos terroristas, não afastou a aplicabilidade dos direitos humanos e do direito humanitário em relação às pessoas envolvidas com terrorismo. Entretanto, tal fato, conforme visto nos relatos retrocitados, não foi respeitado pelos EUA.

A questão, pois, que urge é, qual é o real status dos prisioneiros de Guantánamo e se haveria os EUA a discricionariedade de, denominando os detidos em Guantánamo de combatentes inimigos, efetivamente afastar a aplicação das Convenções de Direito Humanitário.

A priori se faz necessário pontuar que o direito humanitário é o conjunto de regras aplicáveis em situações de conflito armado, nacional ou internacional. Os tratados do Direito Internacional Humanitário mais comumente referidos são as quatro Convenções de Genebra de 1949 e seus dois Protocolos Adicionais de 1977, entretanto o DIH⁵⁸ engloba uma gama de outros tratados internacionais.

Além disso, muitas regras do DIH vinculam as partes dos conflitos armados, mesmo onde os tratados não são diretamente aplicáveis. Essas regras do Direito Internacional Consuetudinário derivam primariamente da prática e da opinião dos Estados ao longo do tempo. Valendo observar que cabe ao Comitê Internacional da Cruz Vermelha a vigilância e observância do cumprimento do corpo de leis que regem o Direito Internacional Humanitário.

Ultrapassado o parêntese aberto anteriormente acerca do que é o DIH, de outra banda, se faz mister definir o conceito de combatente de guerra e de prisioneiro de guerra.

É preciso observar também que para se chegar ao status jurídico dos detidos em Guantánamo é imprescindível definir o contexto jurídico em que eles foram apreendidos e detidos. Ou seja, se houve efetivamente um conflito armado entre os EUA e o Afeganistão, a fim de que ensejasse a aplicabilidade do direito humanitário no contexto da guerra contra o terror. Tal ponto será abordado logo após a definição de combatente de guerra e prisioneiro de guerra.

Ora, conforme dispõe o Comitê Internacional da Cruz Vermelha⁵⁹, o DIH permite que os membros das forças armadas de um Estado parte de um conflito armado internacional e as milícias associadas que preenchem os critérios adotados como requisito possam se engajar diretamente em hostilidades.

⁵⁸ DIH - Direito Internacional Humanitário, conjunto das quatro Convenções de Genebra de 1949 e seus dois Protocolos Adicionais de 1977 dentre outros tratados.

⁵⁹ Comitê Internacional da Cruz Vermelha, disponível em: <<http://www.icrc.org/web/por/sitepor0.nsf/htmlall/ihl?OpenDocument>>.

Geralmente os membros das forças armadas são considerados legais ou privilegiados, combatentes, que podem não ser processados por participar das hostilidades, enquanto respeitarem o Direito Internacional Humanitário. Se forem capturados, têm direito ao status de prisioneiros de guerra.

Outrossim, se os civis se engajarem diretamente nas hostilidades, são considerados combatentes ou beligerantes “ilegais” ou “sem privilégios” (os tratados de direito humanitário não contêm expressamente esses termos). Podem ser processados de acordo com o direito doméstico do Estado que os deteve em virtude desta ação.

Ora, tanto os combatentes legais quanto os ilegais podem ser internados em período de guerra, podem ser interrogados e processados por crimes de guerra. Ambos têm direito a um tratamento humano nas mãos do inimigo.

Mister frisar que um “combatente inimigo”, em sentido genérico, é uma pessoa que, seja de forma legal ou ilegal, se engaja em hostilidades do lado oposto em um conflito armado internacional.

Ora, como já foi dito, foi tal termo usado pelos EUA no sentido legal do termo, para designar pessoas que se acredita pertencer a, ou que supostamente estão associadas a grupos terroristas, não importa quais as circunstâncias da sua captura.

Tal como mencionado antes, um membro das forças armadas de um Estado engajado em um conflito armado internacional ou que pertença a uma milícia associada que preencha os critérios adotados como requisito é um combatente, e, como tal, têm o direito ao status de prisioneiro de guerra caso seja capturado pelo inimigo.

Por outro lado, no conflito armado não internacional, o status de combatente ou de prisioneiro de guerra não é fornecido porque os Estados não desejem que os membros dos grupos armados de oposição estejam imunes de serem processados de acordo com o direito doméstico, e sim pelo fato de que se sublevaram armados.

Ora, desde uma perspectiva do DIH, o termo “combatente” ou “combatente inimigo” não tem sentido legal fora de um conflito armado.

Na medida que as pessoas designadas “combatentes inimigos” tenham sido capturadas em conflitos armados internacionais ou não internacionais, as disposições e as proteções do Direito Internacional Humanitário continuam aplicáveis a despeito de como essas pessoas sejam chamadas. Da mesma forma, quando indivíduos são capturados fora de um conflito armado suas ações e sua proteção são dispensadas pelo direito doméstico e pelos direitos humanos, a despeito de como elas sejam chamadas.

As quatro Convenções de Genebra se aplicam a situações de conflito armado internacional. A Terceira Convenção de Genebra é a que determina as normas para a proteção dos combatentes ilegais quando eles são capturados pelo inimigo. Seus procedimentos para a determinação do status de prisioneiro de guerra por parte de um tribunal competente, em caso de dúvida, são obrigatórios, hipótese essa que sequer foi aventada pelos EUA.

Ora, eis que os combatentes ilegais não se qualificam para o status de prisioneiros de guerra. A situação deles, em caso de captura pelo inimigo, está prevista pela Quarta Convenção de Genebra, se eles preenchem o critério de nacionalidade e pelas disposições referentes do Protocolo Adicional I, caso ele seja ratificado pela potência detentora desta pessoa hipotética.

Esta proteção não é a mesma que aquela dispensada aos combatentes legais. Ao contrário, as pessoas sob a proteção da Quarta Convenção e pelas disposições do Protocolo I podem ser processadas de acordo com o direito doméstico por participarem diretamente das hostilidades.

Elas podem ficar detidas enquanto representarem uma séria ameaça à segurança, e, enquanto estiverem detidas, podem, sob condições específicas, terem certos privilégios negados, de acordo com a Quarta Convenção de Genebra. Elas também podem ser processadas por crimes de guerra e outros crimes e condenadas a penas que excedem a duração do conflito, incluindo a série de penalidades previstas de acordo com o direito doméstico.

As pessoas que não estão sob a proteção nem da Terceira e nem da Quarta Convenção de Genebra no caso de conflito armado internacional têm direito às garantias básicas previstas pelo Direito Internacional Consuetudinário, tal como

refletido no Artigo 75 do Protocolo Adicional I, como também pelo direito doméstico aplicável nesses casos e pelos direitos humanos. Todas essas fontes legais prevêm os direitos dos detidos em relação ao tratamento, às condições e ao devido processo legal.

Ora, portanto, o status de combatente não existe em um conflito armado não internacional. O status de prisioneiro de guerra ou de civil sob a proteção da Terceira e da Quarta Convenção de Genebra, respectivamente, não se aplica. Os membros de grupos armados organizados não têm direito a nenhum status especial de acordo com as leis de conflito armado não internacional e podem ser processados de acordo com o direito criminal doméstico caso tenham tomado parte das hostilidades.

No entanto, as disposições do Direito Internacional Humanitário que regem o conflito armado não internacional, tal como refletido no Artigo 3º, comum às Convenções de Genebra, no Protocolo Adicional II das Convenções de Genebra nos casos em que é aplicável, e o Direito Internacional Humanitário Consuetudinário, como também as normas aplicáveis do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do direito doméstico provêm os direitos dos detidos no que diz respeito ao tratamento, às condições e ao devido processo legal.

De outra banda, é mister pontuar que independentemente do status legal dos detidos de Guantánamo, não se pode olvidar que sua captura se deu mediante conflito armado, e como tal, farão jus os mesmos ao menos das disposições previstas no artigo 3º comum a todas as Convenções de Genebra, bem como às normas de direitos humanos.

Neste diapasão, faz-se mister citar o artigo 3º comum a todas as Convenções de Genebra de 1949, senão vejamos:

(...)

Artigo 3.º

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

1) As pessoas que tomem parte diretamente nas hostilidades, incluídos os membros das forças armadas que tenham deposto as armas e as pessoas que tenham sido postas fora de combate por doença, ferimento, detenção ou por qualquer outra causa, serão, em todas as circunstâncias, tratadas com humanidade, sem nenhuma distinção de caráter desfavorável baseada na raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer critério análogo.

Para este efeito, são e manter-se-ão proibidas, em qualquer ocasião e lugar, relativamente às pessoas acima mencionadas:

a) As ofensas contra a vida e integridade física, especialmente o homicídio sob todas as formas, as mutilações, os tratamentos cruéis, torturas e suplícios;

b) A tomada de reféns;

c) As ofensas à dignidade das pessoas, especialmente os tratamentos humilhantes e degradantes;

d) As condenações proferidas e as execuções efetuadas sem prévio julgamento, realizado por um tribunal regularmente constituído, que ofereça todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados.

2) Os feridos e doentes serão recolhidos e tratados.

Um organismo humanitário imparcial, como a Comissão Internacional da Cruz Vermelha, poderá oferecer os seus serviços às Partes no conflito. As Partes no conflito esforçar-se-ão também por pôr em vigor por meio de acordos especiais todas ou parte das restantes disposições da presente Convenção. A aplicação das disposições precedentes não afetará o estatuto jurídico das Partes no conflito.

Portanto, o padrão mínimo de tratamento a ser deferido aos detentos de Guantánamo seria respeitar os preceitos legais supracitados, no que tange a proibição de tratamentos cruéis e humilhantes, tortura, bem como a asseguramento de acusação e julgamento justos oferecendo todas as garantias judiciais indispensáveis,

tais como ampla defesa e contraditório e acesso ao devido processo legal. Não foi, porém, o que aconteceu.

Tal como já dito, mister se faz observar para se chegar ao status jurídico dos detidos em Guantánamo é imprescindível também se definir o contexto jurídico em que eles foram apreendidos e detidos. Ou seja, se houve efetivamente um conflito armado entre os EUA e o Afeganistão, a fim de que ensejasse a aplicabilidade do Direito Humanitário no contexto da guerra contra o terror.

Ora, tal como visto neste capítulo, considerou-se, tanto pela ONU, pelo Conselho de Segurança e mesmo pela OTAN, que os ataques terroristas realizados contra os EUA em 11 de setembro de 2001 foram um ataque de cunho militar, o que, em contrapartida gerou o direito aos EUA de defesa.

Tal direito culminou em uma contra investida militar pelos EUA em face do Afeganistão, tendo tal fato caráter explícito de conflito armado.

Ora, conforme pontua Cretella Neto (2008) em sua obra “Direito Penal Internacional”⁶⁰, os ataques de 11 de setembro colocaram os EUA em um estado de conflito armado, ao qual se aplicam as leis de guerra, ou seja, as Convenções de Genebra.

Ora, os EUA determinaram que os membros do Al-qaeda e da milícia Talebã eram combatentes ilegais, de modo que não estariam aptos a se beneficiar da proteção jurídica e dos benefícios concedidos à categoria de beligerantes, tal como as pessoas que se enquadram no conceito de prisioneiros de guerra, de acordo com a Convenção III de Genebra de 1949.

Entretanto, conforme defende Cretella Neto, aos combatentes capturados da Al-qaeda e do Talebã, deveriam ser conferidos os direitos e privilégios constantes das Convenções de Genebra e as normas relativas à guerra nela contidas.

Isto porque a noção de guerra inclui-se num conceito mais ampliado de “conflito armado internacional” ao qual se consagra de modo significativo o Protocolo I adicional às quatro convenções de Genebra de 1949, que tratam do Direito Humanitário da Guerra. Tendo em vista, pois, que entre os EUA e as forças terroristas

⁶⁰ CRETELLA NETO, José. Terrorismo Internacional: Inimigo sem rosto-combatente sem pátria. Campinas, SP: Millennium Editora, 2008.

já citadas houve um conflito armado, logo, seriam, deste modo, aplicáveis os dispositivos legais contidos nas convenções citadas.

Argumenta ainda o insigne Cretella Neto que muito embora a doutrina clássica entenda que somente se pode falar de guerra quando ocorre um conflito armado entre Estados, não se pode olvidar que o artigo 3º comum às quatro Convenções de Genebra cria padrões mínimos para o tratamento de prisioneiros de guerra, bem como de civis, aplicáveis a conflitos armados que não possuem caráter internacional.

Outrossim, não se podem afastar as normas de guerra quando existam conflitos de grandes proporções quando entidades não estatais estejam envolvidas, vez que se entidades não estatais se envolverem em violentas hostilidades essas serão simplesmente conflitos armados ilegais.

Deste modo, isto implica que os terroristas pertencentes à organização Al-Qaeda e Talebã não podem escapar às normas de guerra pelo fato de serem combatentes não pertencentes às forças armadas regulares de um dado Estado.

De acordo ainda com Cretella Neto,⁶¹ os ataques ao World Trade Center e demais alvos podem ser tidos como início de um conflito armado, conquanto não convencional; em contrapartida, os EUA em 07.10.2001 revidaram o ataque com outro conflito armado.

Deste modo, entende o indigitado autor que tanto os membros do Al-Qaeda como os do Talebã deveriam ser tratados como prisioneiros de guerra, uma vez capturados durante as campanhas no Afeganistão. Ressalta ainda o autor que o artigo 4º da Convenção III de Genebra de 1949, o qual define quem pode ser enquadrado no conceito de prisioneiro de guerra, corrobora com os indivíduos capturados no Afeganistão.

Ademais, Cretella Neto ainda observa que a Convenção III estabelece que é aplicável aos prisioneiros “desde o momento em que tenham caído em poder inimigo até o momento da sua libertação e repatriamento definitivos”; ressalta ainda que, conforme dispõe o art. 5 do referido dispositivo legal, se existirem dúvidas na inclusão

⁶¹CRETELLA NETO, José. Terrorismo Internacional: Inimigo sem rosto-combatente sem pátria. Campinas, SP: Millennium Editora, 2008.

em qualquer das categorias do art. 4º de pessoas que tenham cometido atos de beligerância e que caírem nas mãos do inimigo, estas pessoas se beneficiarão da proteção da presente Convenção, aguardando que o seu estatuto seja fixado por um tribunal competente”.

Portanto, para Cretella Neto,⁶² embora um dos lados no conflito entre as organizações terroristas e a maioria dos Estados da comunidade internacional não seja um Estado, forçoso é reconhecer, dada habilidade de mobilização de combatentes e armamentos, técnicas logísticas e operacionais de combate e sua considerável capacidade para angariar recursos financeiros dos terroristas, que se está diante de um estado de conflito armado internacional, ao qual se aplica, sob certas condições, o “direito de guerra”, ou seja, o DIH.

Portanto, para os terroristas capturados em solo afegão durante os combates, o tratamento jurídico adequado deve ser o das Convenções de Genebra e os respectivos protocolos; enquanto a terroristas capturados em outras circunstâncias, deve ser aplicada a lei do Estado onde foram presos, ou, se isso não ocorrer, deverá ser efetuada a extradição dos acusados para países aptos a julgá-los segundo as leis penais internas.

Mister se faz ressaltar o relatório da ONU de 15.02.2006⁶³, apresentado por uma equipe de 5 especialistas em Direitos Humanos da ONU, o qual concluiu que os EUA falharam no cumprimento de normas de direitos humanos e de suas obrigações relativas ao direito de guerra, ao deter indefinidamente e sem acusações formais centenas de homens; o relatório ainda refuta a falta de base jurídica para as detenções, a criação de comissões militares que não atuam conforme os padrões internacionais adequados para julgamentos justos e o emprego de interrogatórios abusivos e de alimentação forçada. Tal relatório foi concluído com as seguintes recomendações aos EUA de fechamento de Guantánamo, soltura ou devolução dos detidos ao Afeganistão.

⁶² CRETELLA NETO, José. Terrorismo Internacional: Inimigo sem rosto-combatente sem pátria. Campinas, SP: Millennium Editora, 2008.

⁶³ Idem.

Ainda neste sentido, de acordo com o insigne Accioly (2008)⁶⁴, a repressão ao terrorismo internacional por ser questão intrinsecamente internacional, que, por definição não respeita fronteiras de Estados, não pode ser tratada como questão interna, exigindo, desta forma, tratamento internacional. Ou seja, não cabe discricionariedade de um determinado, tal como os EUA, dar o tratamento a prisioneiros acusados de praticar o terrorismo de acordo com o que eles entendem como legal, e sim se deve dar o tratamento internacional aplicado-se assim, as Convenções de Genebra.

De outra banda, tal como dispõe o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, “guardião” do DIH⁶⁵:

“Se cometidos em tempos de conflitos armados - internacionais ou não-internacionais - os atos que em geral são considerados terroristas, como ataque a civis ou ações com reféns, são expressamente proibidos pelo Direito Internacional Humanitário. **Da mesma maneira, se o combate ao terrorismo assumir a forma de um conflito armado, este é regulamentado pelo Direito Internacional Humanitário: tanto em termos da conduta de hostilidades como em termos da proteção a ser garantida aos capturados.** (grifos acrescidos)

A aplicação do Direito Internacional Humanitário não constitui um obstáculo para o combate ao terrorismo. De fato, os suspeitos de terrorismo podem ser processados por atos de terrorismo. No entanto, mesmo os membros das forças armadas ou "combatentes ilegítimos" suspeitos de cometer atos de terrorismo são protegidos pelas Convenções de Genebra e têm direito a garantias judiciais se levados ao tribunal. Deste modo é que se houve um conflito armado entre os EUA e o Afeganistão é que se torna mister a aplicação das

⁶⁴ ACCIOLY, Hidelbrando, DO NASCIMENTO E SILVA, G. E., BORBA CASELHA, Paulo. Manual de Direito Público Internacional. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁶⁵ Comitê Internacional da Cruz Vermelha, disponível em: <
<http://www.icrc.org/web/por/sitepor0.nsf/htmlall/ihl?OpenDocument>>.

normas de direito humanitário, o qual foi criado a fim de proteger as pessoas dentro do contexto de conflito armado”.

Deste modo, o Direito Internacional Humanitário, como já estudado, o conjunto de leis que regem os conflitos armados, reconhece duas categorias de conflitos armados: internacionais e não internacionais. O conflito armado internacional envolve o uso das forças armadas de um Estado contra o outro. O conflito armado não internacional diz respeito às hostilidades entre as forças armadas do Governo e grupos armados organizados ou entre esses grupos dentro de um Estado.

Quando e onde a “guerra mundial contra o terrorismo” se manifesta sob qualquer dessas formas de conflito armado, o Direito Internacional Humanitário é aplicado, da mesma forma que tópicos do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do direito doméstico. A título de exemplo, as hostilidades armadas que tiveram início no Afeganistão em outubro de 2001, ou no Iraque, em março de 2003, são conflitos armados.

Deste modo é que deve ser respeitado o Direito Internacional Humanitário o qual é o corpo de regras aplicáveis em situações de conflito armado, em quaisquer de suas características, como, portanto, no caso da guerra contra o terror empreendida pelos EUA em solo afegão em face do Al-qaeda e do Talebã.

Neste sentido cabe pontuar ainda que as normas de DIH são normas, pertencentes ao conjunto de leis que foram o direito positivo internacional, tendo portanto caráter *jus cogens*, sendo, pois, normas aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional, não podendo deste modo serem derogadas. Deste modo é que essas normas, assinadas e ratificadas pelos EUA, não poderiam ser por tal Estado afastadas.

Outrossim, mesmo que se alegue que a maioria dos detentos de Guantánamo foi capturada fora do contexto da ação militar no Afeganistão, não se poderia afastar a aplicabilidade do art. 3º comum a todas as Convenções de Genebra.

Ora, conforme dispõe o Comitê Internacional da Cruz Vermelha⁶⁶, o artigo 3 comum às Convenções de Genebra, chamado "comum" vez que seu texto está incluído em todos os quatro tratados de proteção das vítimas da guerra adotados em 1949, estipula as proteções que foram pouco a pouco consideradas tão fundamentais para a proteção da humanidade na guerra que essas regras, chamadas de "considerações elementares de humanidade", passaram a ser regras obrigatórias em qualquer tipo de conflito armado.

O Artigo 3º comum tornou-se então uma regra básica que não pode ser violada sob nenhuma circunstância. Esse é, portanto, o tratamento que deve ser dispensado a todas as pessoas que se encontrem em mãos inimigas, independentemente de como elas possam ser legalmente ou politicamente classificadas, e de quem sejam seus captores.

Desta forma é que o artigo 3º comum se aplica ao tratamento de todas as pessoas em mãos inimigas, independentemente de como elas possam ser classificadas.

Observa-se que o artigo em questão estabelece que todas as pessoas em poder do inimigo, sem qualquer discriminação, devem receber tratamento humano. Proíbe especificamente o homicídio sob todas as formas, as mutilação, as torturas, os tratamentos cruéis, humilhantes ou degradantes, as tomadas de reféns e os julgamentos injustos.

Portanto, tal artigo jamais poderia ser afastado pelos EUA, visto que sua aplicação independe do status legal dos detentos de Guantánamo.

Ademais, não se pode afastar ainda, no contexto da guerra contra o terror, da aplicabilidade das regras de Direitos Humanos, sejam as previstas na Carta de 1948, na Convenção sobre Tortura de 1984, bem como na Convenção Americana sobre os direitos humanos de 1969.

Neste sentido, cabe trazer o artigo 2º da Convenção Contra Tortura de 1984 que assim reza: *"(...) em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais, como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer emergência pública, como justificativa para tortura (...)"*⁶⁷.

⁶⁶ Comitê Internacional da Cruz Vermelha, disponível em: <
<http://www.icrc.org/web/por/sitepor0.nsf/htmlall/ihl?OpenDocument>>.

⁶⁷ SEITENFUS, RICARDO (org). Legislação Internacional. Barueri, SP: Manole, 2009. Pg. 327

Ora ao torturar os presos nos métodos de interrogatório, ao privá-los de acusação formal, do acesso ao devido processo legal, o Governo norte-americano infringiu as normas de direitos humanos previstas nas legislações retrocitadas.

Ainda pode-se dizer que ainda houve a violação aos direitos humanos no que tange a própria estigmatização e preconceito contra os mulçumanos, os quais, pela simples condições de assim serem, ficaram temidos pela sociedade norte-americana, e até mesmo mundialmente, como se terroristas fossem. Vale observar neste sentido a mudança das leis de imigração e de entrada turística nos EUA, que restringiram bastante a possibilidade de pessoas de origem mulçumana entrarem e permanecerem em tal país.

Portanto, o que se depreende do todo exposto é que o status dado pelo Governo americano de combatentes inimigos ou ilegais aos detentos de Guantánamo serviu de brecha para impedir aos mesmos a proteção pelas normas de direito humanitário vigentes no âmbito do Direito Internacional Público, na contramão do mesmo.

Imprescindível ainda se faz frisar que a questão ainda do desrespeito dos Direitos Humanos em relação aos detentos de Guantánamo no que tange a ausência de acusação formal e conjunto probatório lícito capaz de efetivamente incriminá-los de qualquer ato delituoso, ou mesmo a definição de ato delituoso que pudesse ensejar a sua prisão.

Neste sentido vale mais uma vez destacar a questão da tipificação dos crimes terroristas, vez que não pode existir crime sem a devida previsão legal; deste modo a fim de ser aprisionados sob a suspeita de terem cometido crimes terroristas, os detentos de Guantánamo primeiro teriam que ter a prova de que cometeram crime tipificado na legislação internacional e na legislação nacional dos EUA, passível de julgamento e condenação.

Ademais, não se pode também esquecer do acesso à ampla defesa e ao contraditório pelos detentos de Guantánamo, que lhes foi negado, os quais são consequência do devido processo legal, o qual, princípio consagrado na Constituição norte-americana⁶⁸, igualmente foi totalmente desprezado. Isto porque prevê a

⁶⁸ Constituição Norte Americana. Disponível em: <<http://www.usconstitution.net/const.html>>.

emenda 5 da Constituição dos USA que nenhuma pessoa pode ser submetida a julgamento, a privação de sua liberdade, de seus bens, dentre outras disposições, sem o devido processo legal.

Ora, os detentos foram aprisionados de modo cruel, sem o conhecimento de seus familiares ou seus países de origem, a não ser depois de um grande lapso temporal de detidos; não foram informados que crimes teriam cometido, não tendo qualquer conjunto probatório legal contra si, comprovando que crimes porventura teriam cometido, ignorando-se ainda o princípio da presunção de inocência previsto na Carta de Direitos Humanos de 1948.

Ademais disso, muitas das provas obtidas contra eles foram oriundas de interrogatórios regados de tortura, não sendo, pois, provas legais.

Neste sentido foi que os EUA não apenas agiram na contramão do artigo 3º comum as Convenções de Genebra de 1948 no que tange ao tratamento dos detentos de Guantánamo, mas também agiram na contramão da Carta de Direitos Humanos de 1948.

Neste sentido mister frisar que muito embora os EUA não sejam signatários de tal dispositivo legal internacional, as regras nela previstas possuem caráter *jus cogens*, inderrogáveis por qualquer Estado.

Senão, vejamos os artigos da Carta de Direitos Humanos de 1948 violados pelos EUA no que tange ao modo e manutenção de aprisionamento dos detentos de Guantánamo⁶⁹:

(...)

Artigo 8.º

Toda a pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

Artigo 9.º

Ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado.

⁶⁹ Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Disponível em: < <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh.html>>.

Artigo 10.º

Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.

Artigo 11.º

1. Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.

2. Ninguém será condenado por ações ou omissões que, no momento da sua prática, não constituíam ato delituoso à face do direito interno ou internacional. Do mesmo modo, não será infligida pena mais grave do que a que era aplicável no momento em que o ato delituoso foi cometido.

(...)

Artigo 30.º

Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada de maneira a envolver para qualquer Estado, agrupamento ou indivíduo o direito de se entregar a alguma atividade ou de praticar algum ato destinado a destruir os direitos e liberdades aqui enunciados.

(...)

Por outro lado, vale observar que em 17 de outubro de 2006 o Congresso norte-americano, com a assinatura do presidente Bush, publicou o *Military Comissions Act of 2006* ou Ato das Comissões Militares de 2006, dispositivo legal onde se autorizou a acusação e julgamento dos detentos de Guantánamo por comissões militares por crimes de guerra e outros interesses. Essas Comissões tinha intuito de limitar o acesso, pelos detentos, às cortes civis norte-americanas.

De outra banda, mister se faz observar, porém, que apesar de todas as violações aos Direitos Humanitário e Direitos Humanos, os detentos de Guantánamo tiveram acesso a advogados, porém esse acesso era muito limitado, vez que muitas vezes os detentos sequer possuíam contato com seus causídicos, ou quando o tinham era de modo muito precário, com tempo pré-determinado pelos militares norte-americanos, bem como todo o contato entre o detento e seu advogado passava pelo escrutínio militar.

Os causídicos ajudavam seus clientes perante as Comissões Militares de revisão de detenção e de status de combatente inimigo. Porém, foi com as petições de *habeas corpus* que os causídicos dos detentos de Guantánamo tiveram um importante papel.

Neste sentido é imprescindível destacar o papel da Suprema Corte norte-americana, a qual causou grande furo na perspectiva legal da administração Bush em relação aos detentos no sentido de que deu várias decisões permitindo que os detentos de Guantánamo buscassem a revisão de suas detenções, com a devida interposição de *habeas corpus*.

Ora, a Suprema Corte, portanto, na contramão da política de Bush, permitiu o acesso aos detentos de Guantánamo ao recurso do *habeas corpus* perante as cortes federais a fim de questionar a ilegalidade de suas prisões, bem como a revisão das mesmas.

Portanto, apesar de o Congresso norte-americano ter tentado limitar a jurisdição federal sobre os detentos, através, por exemplo, do citado Ato de Comissões Militares de 2006, esses esforços foram submetidos ao escrutínio do judiciário.

Ora, em 2008, a Suprema Corte, no caso Boumediene versus Bush, decidiu que o *habeas corpus* era direito dos não cidadãos norte-americanos também. Portanto, os detentos poderiam se valer do *habeas corpus* a fim de questionar a legalidade de suas prisões.

O argelino Lakhdar Boumediene foi capturado na Bosnia-Herzegovina em outubro de 2001, tendo em 2008, pois, por meio de seu causídico, entrado com um pedido de *habeas corpus* e, apreciado por Corte Federal norte-americana, foi liberto

por ser considerada sua prisão ilegal, e em 15 de maio deste ano de 2009 foi transferido para a França.

Assim é que baseada na decisão da Suprema Corte, uma corte federal determinou, em novembro de 2008, que Boumediene e quatro dos outros argelinos deveriam ser libertados de Guantánamo, onde passaram quase sete anos. O juiz Richard Leon afirmou que a alegação contra eles foi baseada apenas em uma fonte não identificada, cuja credibilidade não podia ser determinada.

Desde então, juízes federais determinaram a libertação de 25 prisioneiros, incluindo Boumediene e 17 uigures, um grupo étnico de muçulmanos chineses. Outros cinco pedidos foram negados.

Tais atos por parte da Corte Suprema norte-americana foram importantes no sentido de conferir aos detentos de Guantánamo o mínimo de acesso a ampla defesa e contraditório, bem como ao devido processo legal.

Ora, não se pode negar que foi um grande avanço contra a administração de Bush no que tange a manutenção da detenção em Guantánamo, muito embora seja apenas referente a casos escassos, estando ainda a maioria dos detentos em situação legal não definida.

Resta agora analisar a situação legal dos detentos proposta por Barack Obama mediante as Ordens Executivas tanto de 22.01.2009, como a de março de 2011, bem como quais as perspectivas em relação à manutenção ou fechamento da prisão ora sob prisma.

3. GUANTÁNAMO NA ERA DE BARACK OBAMA

3.1.A ordem executiva de 22.01.2009

Conforme vimos nos capítulos anteriores, após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 em face dos EUA, o Congresso norte-americano autorizou o presidente da época dos acontecimentos, George W. Bush, a usar todas as medidas necessárias e apropriadas contra aqueles que planejaram, cometeram ou ajudaram nos referidos ataques.

Igualmente, tal como já abordado, como consequência de tal fato, além da incursão militar contra o Afeganistão, houve a criação da prisão na baía de Guantánamo, em janeiro de 2002.

Este foi o local onde muitas pessoas envolvidas ou supostamente envolvidas com terrorismo, bem como com o grupo extremista islâmico Al-qaeda e com o grupo político afegão Talebã, foram transferidas para seus aprisionamentos, bem como, se comprovado envolvimento com crimes terroristas, possível acusação formal e julgamento por tribunais militares americanos.

Diz-se ainda que essas medidas foram determinadas com o fim de tirá-las dos campos de batalha, e coibir possíveis ações terroristas que comprometessem a segurança dos EUA, mas também para submetê-las a interrogatórios, sob tortura, com o intuito de captar possíveis informações sobre redes terroristas e suas próximas ações.

Ora, cerca de 800 detentos, de cerca de 30 nacionalidades diferentes, dentre as quais, afegã, paquistanesa, chinesa, síria, canadense, australiana, dentre outras, passaram pela prisão de Guantánamo desde sua criação em 2002.

Vimos também que a administração de Bush conferiu aos detentos o status ilegal de combatentes inimigos, os quais, por estarem enquadrados em regime jurídico *sui generis* por tal Governo, não fariam jus às proteções previstas nas Convenções de Genebra de 1949 e seus protocolos adicionais de 1977, ou seja, às normas de Direito Humanitário Internacional. Além disso, foi visto que vários preceitos de Direitos Humanos também foram brutalmente violados, principalmente aqueles concernentes a tratamento desumano e à tortura.

Tal como foi já pontuado neste trabalho, a prisão de Guantánamo foi sem sombra de dúvida um dos símbolos mais emblemáticos de violações e desprezo ao regime internacional de Direitos Humanos e de Direito Humanitário construído nos últimos sessenta anos, com o fim da II Guerra Mundial.

O fato foi notório e tornou-se uma problemática de âmbito internacional, tendo sido o tratamento deferido aos detentos algo bastante discutido pela comunidade internacional e visto com bastante preocupação.

Organizações não-governamentais de direitos humanos se uniram contra a administração de Bush, a manutenção de Guantánamo e as condições sub-humanas de seus detentos.

Portanto, a prisão de Guantánamo tornou-se um símbolo mundial de violação ao Direito Humanitário e aos Direitos Humanos, tendo sido bastante criticada por toda a comunidade internacional, sejam Estados, sejam Organizações não-governamentais, sejam indivíduos com o mínimo de consciência política.

Ante tal problemática de caráter internacional, não poderia Guantánamo deixar de ser ponto forte a ser discutido nas campanhas presidenciais de 2008 nos EUA.

Ao assumir a presidência de tal país em janeiro de 2009, Barack Obama possuía agora uma grande missão: dar destino aos prisioneiros de Guantánamo, a maioria encarcerada há cerca de seis anos, sem qualquer previsão de libertação ou julgamento.

Ora, o novo presidente Barack Obama reafirmou sua promessa de campanha de fechar a prisão situada na baía de Guantánamo, a qual, no início do ano de 2009 ainda contava com aproximadamente 250 detentos.

Mister se faz pontuar que Obama pretendeu não apenas fechar a prisão de Guantánamo em um ano, mas também acabar com todas as prisões secretas sob o comando da CIA, as quais possuem técnicas de interrogatório abusivas, contrárias não apenas às leis de DIH, mas também de Direitos Humanos, principalmente na contramão da Convenção contra Tortura de 1984.

Portanto, em janeiro de 2009, mais precisamente em 22 de janeiro de 2009, o presidente eleito dos EUA, Barack Obama, honrando o intuito de fechar um dos mais emblemáticos símbolos da era Bush e um dos principais instrumentos na guerra contra o terror, assinou a ordem executiva onde regulamentou e instituiu de vez por todas o fechamento da prisão de Guantánamo dentro de um exíguo prazo de um ano, bem como de todas as prisões secretas sob o comando da CIA.

Não se pode negar, ante todo o exposto, que tal fato foi uma tentativa da Casa Branca de reparar a imagem que ficou dos EUA na era Bush, visando, pois, quebrar a imagem de tal país como violador dos Direitos Humanos e Direito

Humanitário; “*nós faremos valer os direitos daqueles que aprisionamos*”, disse o atual vice-presidente dos EUA, Joe Biden, para os líderes europeus na Alemanha em 2009⁷⁰.

A ordem executiva em questão foi recepcionada com louvor por grande parte dos legisladores e advogados que trabalham com direitos humanos, apesar da falta de credibilidade de políticos norte-americanos. Por exemplo, o ex-vice-presidente norte-americano, da era Bush, Dick Cheney, afirmou que a prisão de Guantánamo era necessária e que, se fechada, iria colocar os americanos em perigo e aumentar a quantidade de atos terroristas.

No entanto, vários estudiosos e críticos da prisão de Guantánamo viram com louvor o advento de tal ordem, porém alertaram para as dificuldades que Obama encontraria para cumpri-la, principalmente em relação ao local e modo de julgamento de detentos enquadrados para serem julgados.

A grande questão que se formou foi acerca da efetividade da aludida ordem executiva, ou seja, se a mesma será cumprida a ponto de se conseguir fechar a prisão de Guantánamo em um ano da data de emissão da referida ordem, dando a devida destinação a todos seus detentos.

Ora, ao assumir a presidência e emitir a ordem executiva de fechamento de Guantánamo, como uma das primeiras medidas, o presidente Obama decretou a suspensão de todos os julgamentos dos detidos em Guantánamo por um prazo de 120, julgamentos esses que estavam prosseguindo de acordo com o *Military Comissions Act of 2006*, esse mencionado no capítulo anterior, o qual foi norma sancionada na era Bush que prevê o julgamento dos detentos de Guantánamo por Comissões Militares.

Obama criou também uma força tarefa que teria um prazo de trinta dias para determinar centros de detenção para onde os prisioneiros remanescentes poderiam ser transferidos, bem como se estabelecer um código de conduta para tratamento dos detidos.

Neste sentido, por oportuno, cabe citar outra ordem executiva emitida na mesma data de 22.01.2009, a qual estabeleceu modos de interrogatórios legais, os

⁷⁰ BRUNO, Greg e outros. Judging Guantanamo: The Court, Congress and the White House. Disponível em: <http://www.cfor.org/publication/11025/judging_guantanamo.html>.

quais deveriam estar em consonância com manuais do exército norte-americano⁷¹, manuais esses que proíbem o uso de ameaças, coerção física, dentre outras formas de tortura, bem como em consonância com as Convenções de Genebra de 1949 e a Convenção contra a Tortura de 1984.

De acordo com a ordem executiva de fechamento de Guantánamo, qualquer pessoa ainda presa em GTMO deveria ser ou transferida para um terceiro país a fim de ser mantida presa ou ser libertada, ou transferida para uma prisão nos EUA para serem julgados pelos crimes porventura cometidos.

Neste diapasão, no que tange a transferência de detentos para o solo dos EUA, observa-se que é pontuado na ordem executiva em questão que o executivo trabalhará com o Congresso para realizar qualquer lei que seja apropriada no que tange a transferência dos detentos para os EUA. Ora, tal disposição sem sombra de dúvidas é a que incita mais problemática. Veremos, mais para frente, os empecilhos que o Congresso tem colocado para realização de tal ordem executiva.

Outrossim, tal ordem requer pessoal qualificado para revisar todas as prisões de Guantánamo e definir em qual das possibilidades acima se enquadram os aprisionados remanescentes.

Por oportuno, vale observar que apesar de cerca de 779 pessoas terem sido transferidas para GTMO desde janeiro de 2002, grande parte dos detentos no período de 2002 a 2008 já foram transferidos para um terceiro país para continuar a sua detenção ou serem libertados⁷².

Vale abrir um parêntese neste sentido, observando que, de acordo dados coletados junto ao Departamento de Defesa norte-americano pelo jornal *The New York Times*, das exatas 779 pessoas que foram detidas pelas forças militares norte-americanas na prisão de Guantánamo, desde a sua criação em 2002 até o ano de 2009, 558 foram transferidas, seis morreram sob custódia do Governo norte-americano, permanecendo o saldo restante ainda em Guantánamo.

⁷¹ Manual do Exército 2-22.3 - Operações de coleta de inteligência humana, emitido pelo Departamento do Estado em 6 de setembro de 2006 e Manual do Exército 34-52- Inteligência e Interrogatórios, emitido pelo Departamento do Exército em 8 de maio de 1987.

⁷² JOHN GARCIA, Michael e outros. Closing the Guantánamo detention Center :legal issues. Disponível em: <[HTTP://openocrs.com/document/R40139/](http://openocrs.com/document/R40139/)> .

Ora, em início de 2009, havia um saldo de cerca de 250 detentos remanescentes em Guantánamo⁷³.

Portanto, a ordem executiva de fechamento de Guantánamo de 22 de janeiro de 2009 previu que as pessoas detidas em Guantánamo no processo de seu fechamento *“devem ser devolvidas para seu país de origem, ou liberadas, ou transferidas para um terceiro país, ou transferidas para outra prisão em solo americano, conforme legislação competente e de acordo com a lei e segurança nacional e interesses políticos internacionais dos EUA”*⁷⁴.

A ordem também previu a revisão dos casos individuais a fim de definir se as acusações e julgamentos aconteceriam logo e qual seria o procedimento a ser utilizado.

Ora, dentre os detentos remanescentes de Guantánamo, à época, havia, pois, aqueles detentos que, designados inimigos combatentes, foram colocados em prisão a fim de tirá-los dos campos de batalha, cuja detenção não tinha natureza penal e devia terminar assim que cessassem as hostilidades. Ou seja, não havia intenção de julgá-los. Ora, isso era o que tinha sido dito. Veremos a seguir que muitos continuam detidos sem previsão de saída.

Deste modo é que, nos casos em que determinados detentos não fossem acusados e não fossem considerados mais ameaça aos EUA, a soltura deveria ser a opção. Isso significava devolver detentos para seus países de origem. Porém ainda havia a possibilidade desses ex-detentos sofrerem tortura em seus países, pelo que poderia abrir a opção de libertá-los nos EUA.

Neste sentido, vale trazer a categoria de detentos que foi classificada pelo Governo norte-americano para ser transferida para um terceiro país.

De acordo com o professor de Harvard Noah Feldman (2011)⁷⁵, os principais candidatos a esta opção incluíam Yusef Abbas e 16 mulçumanos chineses da

⁷³ Informação colhida em: JOHN GARCIA, Michael e outros. Closing the Guantánamo detention Center : legal issues. Disponível em: <[HTTP://opencrs.com/document/R40139/](http://opencrs.com/document/R40139/)>.

⁷⁴OBAMA, Barack. Executive Order of 01.22.2009. Disponível em:<http://www.whitehouse.gov/the_press_office/Closure_Of_Guantanamo_Detention_Facilities>.

⁷⁵ JOHN GARCIA, Michael e outros. Closing the Guantánamo detention Center : legal issues. Disponível em: <[HTTP://opencrs.com/document/R40139/](http://opencrs.com/document/R40139/)>.

etnia uighur, já considerados aptos a serem soltos desde outubro de 2008, mas que continuavam, à época, sob a custódia dos EUA. Eles foram julgados não perigosos, mas nenhum país disse que os abrigaria, a não ser a China, onde se teme que fossem torturados.

Neste caso, entretanto, conforme recente notícia divulgada no *New York Times*⁷⁶, seis desses detentos chineses foram enviados para Palau, país que se situa numa ilha no Oceano Pacífico, conforme informou o departamento de justiça norte-americano. Portanto neste caso, se optou pela transferência.

Ora, neste sentido, no que tange a possibilidade de transferir os detentos para outro país, serão tecidas as seguintes observações: a maioria dos detentos que já passaram por GTMO foram transferidos para terceiros países para continuar sua detenção ou serem libertos. A maioria deles foi enviada para a Arábia Saudita ou para o Afeganistão. Parece que esta é uma das opções favoritas para os detentos que permanecem presos em GTMO.

Apenas a legislação internacional poderia impedir os EUA de fazer assim. Isto porque de acordo com o artigo 3º da Convenção contra Tortura de 1984⁷⁷ em relação a qual os EUA são signatários, é ilegal "*expulsar, devolver ou extraditar uma pessoa para outro Estado onde se acredita por meios substanciais que a pessoa vai estar submetida à tortura*".

Neste sentido, vale destacar que os EUA estavam em negociações com Yêmen para que tal país aceitasse alguns dos detentos que eram originários dele, porém as negociações foram interrompidas, haja vista a possibilidade de tais detentos serem submetidos à tortura. Por outro lado, observou-se que em dezembro de 2008, Portugal se ofereceu para abrigar alguns dos detentos, e, depois disso, França, Espanha e Suécia também expressaram tal possibilidade.

Há ainda aquela categoria de detentos que foram designados inimigos combatentes, para os quais a prisão tinha um fim, ou seja, havia a expectativa de

⁷⁶JOHNSTON, David. Uighurs Leave Guantánamo for Palau. Disponível em: <www.nytimes.com/2009/11/01/world/asia/01uighurs.html?_r=1&sq=quantanamo>.

⁷⁷ SEITENFUS, Ricardo (org). Legislação Internacional: Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Barueri, SP: Manole, 2009. Pg. 327

serem julgados por crimes de terrorismo cometidos, julgamento que seria realizado por tribunais militares ou outra Corte designada para tanto. Uma vez julgada essa categoria de detentos, podiam eles, pois, sofrer penalidade criminal, de acordo com o direito norte-americano.

Portanto, conforme retro visto, os detentos remanescentes de Guantánamo foram subdivididos em três categorias legais distintas, na realidade relacionadas com a razão pelas quais foram detidos.

As categorias, já discutidas, são, pois: aquela em que constam os combatentes inimigos que foram aprisionados para prevenir que os mesmos voltassem a campo de batalha, mas que não conferem mais perigo a segurança nacional dos EUA, devendo ser libertos; a segunda composta daqueles que cometeram crimes de terrorismo e que serão julgados por tais crimes; e, por fim, os prisioneiros a serem transferidos para um terceiro país, mas que permanecem sob a custódia dos EUA a fim de protegê-los de maus tratos.

Cada uma das categorias anteriormente especificadas carregara consigo uma decisão diferente acerca do destino a ser dado a cada um deles.

Portanto, o primeiro passo a ter sido tomado pela administração de Obama deveria ser a determinação de quantos detentos seriam realmente formalmente acusados e julgados por terem cometido atos terroristas⁷⁸.

Primeiro, pois, teria que se identificar quais os detentos que podiam ser acusados de crimes identificáveis; depois de tais detentos serem definidos, quais os casos que podiam ser levados adiante, a julgamento; depois, se as evidências, ou seja, se o conjunto probatório seria idôneo para levar o caso adiante. Ultrapassadas as retro referidas questões, viria a próxima, qual seja, que órgão, que tribunal seria competente para julgar os detentos, bem como onde seria o julgamento.

⁷⁸ Mister se faz observar que a tipificação de atos terroristas, do ponto de vista dos EUA, deverá se dar de acordo com o direito interno norte-americano, até porque não existe uma definição uníssona do que seriam atos terroristas no âmbito do direito internacional público, mas apenas tratados esparsos sobre terrorismo, mas que não definem de vez por todas o que seria o terrorismo e quais seriam os atos terroristas, tipificando-os, de modo universal, cabendo, pois, às legislações internas de cada país disporem acerca da definição e tipificação de terrorismo e atos terroristas. Isto até com o intuito de não se classificar pelo direito atos tidos como terrorismo de Estado, posto que, tornando-se isso crime do ponto de vista do direito público internacional, estar-se-ia condenando automaticamente muitos Estados por esse crime o que seria desinteressante do ponto de vista da política e relações internacionais.

As opções mais mencionadas pelos estudiosos e críticos de tal ordem executiva são as seguintes: Comissões Militares, Corte Marcial Militar, Corte Civil Federal e, por fim, Corte de Segurança Nacional.

No que concerne as Comissões Militares, observa-se que as mesmas foram criadas para julgar os combatentes inimigos desde a criação da prisão de Guantánamo de 2002, tendo sido legalizadas em 2006⁷⁹. Esse sistema em particular limitou a habilidade dos detentos de questionar suas detenções via *habeas corpus*, permitiu depoimentos como prova no julgamento, e, por fim, manteve a pena de morte como opção. Aproximadamente 20 detentos estavam sendo acusados através deste tipo de tribunal. Entretanto, Obama decretou a sua suspensão, a fim de se revisar tal modalidade de julgamento.

No que diz respeito às Cortes Marciais Militares, *a priori* é importante dizer que nenhum dos detentos de Guantánamo foi submetido a este tipo de Corte. Experts legais dizem que a administração de Obama teria a autoridade para acusar e julgar os detentos nesta modalidade.

Por outro lado em relação às Cortes Civis Federais, seriam feitas as seguintes considerações: Obama trouxe à tona a questão da possibilidade dos detentos de Guantánamo serem acusados/julgados por este tipo de Corte, em solo dos EUA, opção esta já havia sido há tempos aventada por vários advogados dos detentos de Guantánamo.

Entretanto tal Corte Civil Federal traz vários problemas de adequação aos detentos de Guantánamo, os quais, para serem submetidos à mesma, teriam que ser transferidos para solo dos EUA. Isto porque as provas colhidas contra o detento submetido à mesma, que na sua maioria foram obtidas de modo coercitivo, trariam vários problemas para os procedimentos processuais. Um oficial não identificado do Governo Bush afirmou em janeiro de 2009 no *Washington Post* que havia se recusado a recomendar o julgamento de um saudita vez que as provas colhidas contra ele haviam sido colhidas sob tortura. Mas era mais uma opção este tipo de Corte.

⁷⁹ *Military Comissions Act of 2006* ou Ato das Comissões Militares de 2006, dispositivo legal onde se autorizou julgamentos dos detentos de Guantánamo por comissões militares por crimes de guerra e outros interesses.

Por fim tem-se a opção de Corte Nacional de Segurança, onde experts legais recomendaram um sistema híbrido de Corte combinando elementos dos sistemas militares e civis.

Entretanto, o ponto tido como crucial foi a questão da transferência de detentos para solo norte-americano, a qual era uma possibilidade latente, haja visto os problemas legais decorrentes de se enviar os detentos para outros países, vez que não necessariamente o país escolhido para recepcionar o detento iria aceitar tal fato ou estaria apto, do ponto de vista dos Direitos Humanos, a receber o detento, pelo que, impossibilitado o envio para um terceiro país, o detento remanescente deveria ser enviado para os EUA.

Ora, no que tange tal possibilidade sempre houve uma grande polêmica, vez que muitos temem pela segurança da população norte-americana ao trazer tais detentos, considerados “os piores dos piores” para solo norte-americano.

Outro desafio concernente a tal opção é a oposição política, provável acontecimento nos distritos onde seriam enviados os detentos. Há também problemática no que tange o direito de imigração; experts afirmam que cidadãos que não fossem norte-americanos, ao serem transferidos para os EUA, talvez tivessem direitos diferentes de acordo com o direito imigratório, do que eles tiveram enquanto estavam em Guantánamo.

Ademais, acadêmicos dizem que as leis de imigração proíbem tais transferências, vez que a lei barra a entrada no solo dos EUA de suspeitos de envolvimento com o terrorismo. Além disso, alguns alegam, em contrapartida, há uma brecha legal para os detentos nesta situação pedirem asilo quando estiverem no solo norte-americano.

Observa-se, entretanto, que prisões federais norte-americanas em outro contexto já abrigaram alguns terroristas internacionais como Ramzi Ahmed Yousef e Mohamed Salameh, acusados de bombardearem o World Trade Center em 1993.

Ora, com fulcro no todo retro exposto, não se pode olvidar que o fechamento da prisão de Guantánamo implica em vários problemas políticos, diplomáticos e principalmente legais.

Isto porque, primeiramente, os departamentos competentes dos EUA, tais como de Estado e de Defesa, dentre outros, teriam que necessariamente revisar caso a caso dos 245 homens, à época, sob a custódia do Governo norte-americano.

Ainda, teria que determinar quem poderia ser enviado de volta ao seu país de origem, quem deveria ser enviado para um terceiro país, haja vista seu país de origem poder ter um histórico de violação aos Direitos Humanos, e, por fim, quem deveria ir para próprio solo norte-americano e lá ser julgado.

A partir de tal ordem executiva houve uma expectativa de que pelo menos cerca de 50 detentos deveriam encarar um tribunal, muito embora apenas 21 deles tivessem sido efetivamente acusados.

Outrossim, existia também um número daqueles que estariam no “limbo”, ou seja, nem possuíam contra si acusações firmes, tampouco evidências concretas contra eles, mas também não havia confiança de que eles não se envolveriam com atos terroristas após sua liberação, pelo que foram mantidos em detenção.

Há ainda cerca de 60 detentos que já foram “libertados” da prisão de Guantánamo, entretanto, ainda à época lá se encontravam, visto que a maioria seria de países que possuem histórico de violação aos Direitos Humanos, pelo que Obama teria o desafio de encontrar um terceiro país que oferecesse disponibilidade para acolher tais detentos.

Tal como já dito, alguns países europeus, incluindo Portugal, França, Irlanda, Suécia e Alemanha, reconheceram a necessidade de “receber” alguns desses detentos que não poderiam ser enviados aos seus países de origem sob o risco de sofrerem maus tratos.

Em relação aos detentos cujas transferências poderiam ser para as prisões em solo norte-americano, havia três prisões militares que estariam cotadas para recepcioná-los; uma no estado de Kansas, outra na Califórnia e outra na Carolina do Sul.

Neste sentido, cabe pontuar que, em outubro de 2009, o Senado norte-americano aprovou medida que forneceu ao presidente Obama autoridade para transferir os detentos de Guantánamo para os EUA, sendo o caso, para julgamento.

Veremos, porém, nos tópicos seguintes a mudança de tal posicionamento pelo Congresso.

Outrossim, existe uma outra grande polêmica em relação ao julgamento dos detentos remanescentes de Guantánamo.

Isto porque a maioria das evidências contra tais detentos, supostamente os mais perigosos membros do Al-qaeda não possuíam substrato legal para serem consideradas elementos probatórios idôneos.

Ora, não se pode olvidar que a maioria delas foram obtidas sob coerção, ou mesmo tortura, ou a partir de informações de agências estrangeiras que são conhecidas por usarem métodos de tortura, ou baseadas em material de agências de inteligência que não seriam admissíveis em Corte.

Surgiu ainda outro ponto crucial a ser definido por Obama, qual seja, se os detentos deveriam ser julgados por tribunais federais, cortes marciais, um tribunal militar revisado ou um sistema híbrido dentre todos os já citados, ou mesmo um novo sistema a ser criado pelo próprio Governo norte-americano.

Vale observar que até 2008 os julgamentos eram feitos por comissões militares, os quais foram suspensos por Obama desde 21 de janeiro de 2001 por um período de 120 dias a fim de serem revisados.

De outra banda, ultrapassadas as considerações anteriormente esposadas em relação a ordem executiva de fechamento de Guantánamo de 22.01.2009⁸⁰, pontuaremos tal dispositivo legal, item por item, a qual foi subdividida em 8 Seções, onde cada seção igualmente foi subdividida em alíneas.

De acordo com a “Seção 1” da ordem executiva de 22.01.2009, a despeito da era Bush, o presidente Barack Obama teve a preocupação de adequar, pelo menos em tese, a situação dos detentos à legislação internacional de Direito Humanitário, mais precisamente ao artigo 3º comum a todas as Convenções de Genebra de 1949.

Isto porque dispõe tal Seção a aplicação do Artigo 3º comum a todas as Convenções de Genebra de 1949, quais sejam, a Convenção de Genebra para a melhoria das condições dos feridos, doentes e náufragos das forças armadas em campanha; a Convenção de Genebra para a melhoria das condições dos feridos,

⁸⁰ Ver a Ordem Executiva de Fechamento de Guantánamo de 22.01.2009 no Anexo III.

doentes e náufragos das forças armadas no Mar; a Convenção de Genebra relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra; por fim, a Convenção de Genebra relativa à proteção dos civis em tempo de guerra.

Vimos que tal preocupação na aplicação das Convenções de Genebra no que tange o trato dos detentos de Guantánamo ensejou outra ordem executiva, na mesma data, estabelecendo a aplicação das proteções previstas nas Convenções de Genebra e na Convenção sobre Tortura de 1984 em relação a tais detentos no que concerne ao tratamento a eles deferido por ocasião de interrogatórios.

Ora, o artigo 3º comum a todas as Convenções de Genebra de 1949, na era Bush, foi ignorado no que tange ao tratamento deferido aos detentos de Guantánamo, sob a alegação de que os combatentes inimigos não faziam jus às proteções conferidas por tal dispositivo legal.

Entretanto não se pode olvidar que, tal como já estudado no capítulo anterior, ultrapassada a denominação do status legal dos detentos de combatentes ilegais/inimigos, ou seja, independentemente de tal status conferido aos detentos de Guantánamo no Governo Bush, aos mesmos seriam aplicáveis as indigitadas legislações.

Isto porque a aplicação de tal artigo, como já visto, é de caráter obrigatório quando há conflito armado.

Neste diapasão, vale observar que todas as questões trazidas no capítulo anterior concernente ao status legal dos detentos de Guantánamo, se seriam eles afinal combatentes ilegais ou prisioneiros de guerra, a fim de se designar qual o dispositivo legal de direito humanitário aplicável, nada disso foi trazido na ordem executiva em comento, pelo que, deste modo, manteve-se o status de combatentes ilegais aos prisioneiros de GTMO.

Ou seja, o status legal de combatente inimigo não foi questionado ou modificado na ordem ora sob estudo, tanto é que se menciona a aplicação do artigo 3º comum a todas as Convenções de Genebra, vez que a aplicação de tal artigo não traz à tona a questão do status legal dos detentos. Isto porque tal dispositivo legal tem que ser aplicado em qualquer conflito armado, quando houver pessoas envolvidas,

independentemente do status legal conferido àqueles aprisionados pelas forças inimigas.

Ademais, tal norma possui caráter *jus cogens*, não derogável pelos Estados, devendo, pois, ser observada e respeitada independentemente do interesse particular de cada Estado.

Isto demonstra que a preocupação não é definir tal status legal dos detentos e sim tão somente adequar a situação dos detentos ao que a comunidade internacional reputa como correto, através das inúmeras críticas em relação ao tratamento deferido aos detentos na era Bush, que tornou tal fato um problema de âmbito internacional.

De outra banda, de acordo com a “Seção 2” da Ordem Executiva em estudo, cerca de 500 detentos de GTMO ou foram enviados para seus países de origem, ou libertados ou enviados para um terceiro país.

Ora, conforme reza tal dispositivo legal, de acordo com a alínea A da Seção 2, o Departamento de Defesa dos EUA determinou que havia um quantitativo de detentos que estariam aptos ou para tal transferência ou a liberdade.

Mas a maior disposição da Seção 2 é justamente a preocupação em rever a situação dos detentos remanescentes, os quais ficaram aprisionados por cerca de seis anos ou pelo menos quatro anos; conforme se dispõe na alínea b de tal Seção, a preocupação do Governo norte-americano não foi simplesmente fechar Guantánamo, mas sim dar destinação aos seus detentos remanescentes.

Portanto, o ponto alto de tal artigo foi justamente a preocupação com a situação legal dos detentos, a revisão de tal situação a fim de enquadrá-los nas hipóteses já citadas de libertação, transferência para outro país, ou julgamento.

Vale pontuar que na alínea C se previu o privilégio constitucional dos detentos de fazerem uso do *habeas corpus*. Impende destacar que o *habeas corpus* foi um instrumento já deveras usado pelos detentos a fim de questionar a legalidade de suas detenções, devidamente respaldado pela Suprema Corte americana, que decidiu que as Cortes Federais norte-americanas teriam competência para julgar os pedidos de *habeas corpus*.

A alínea F da Seção 2, por seu turno, estabelece que haveria indivíduos em Guantánamo que efetivamente cometeram crimes e que por isso deveriam ser julgados; entretanto se frisa na ordem que é interesse para os EUA que sejam revisadas tais situações a fim de assegurar se tais indivíduos deveriam ser processados.

Outrossim, a alínea G da Seção 2, dispôs que seria do interesse dos EUA que se revissem as circunstâncias dos indivíduos que estavam em Guantánamo e foram acusados sob comissões militares de acordo com o *Military Comissions Act of 2006*⁸¹. Mais uma vez vale pontuar a suspensão por Obama do processamento de tais comissões militares.

De outra banda, de acordo com a Seção 3 da ordem executiva de fechamento de Guantánamo, tal prisão seria fechada o mais rápido possível, não mais do que um ano a partir da ordem, ou seja, seu prazo de fechamento foi 22.01.2010. Veremos, entretanto, *a posteriori*, que tal prazo foi descumprido.

Vale observar que interessante, pois, foi o lapso temporal previsto para fechamento de uma prisão tão controversa que perdura desde 2002, repleta de falhas legais. Ou seja se esperava em um ano conseguir revisar a situação de cada um dos 250 detentos remanescentes à época de sua edição e estabelecer se deveriam ou não continuar a ser acusados e a partir daí decidir qual o meio competente de julgá-los.

A rapidez com que a ordem executiva em questão previa o fechamento de Guantánamo só mostra o interesse dos EUA de adequar à guerra contra o terrorismo dentro dos parâmetros internacionais de aceitabilidade, que inclui o respeito aos Direitos Humanitários e Humanos. A rapidez nada mais foi do que a vontade de se colocar para trás a mácula que ficou na era Bush no que tange a situação de ilegalidade dos detentos. Entretanto tal item ficou apenas na intenção e não teve viabilidade real, não se conseguiu tal feito, conforme ver-se-á nos próximos capítulos deste trabalho.

Já a Seção 4 da ordem executiva em questão, continuou a dispor sobre a questão da imediata revisão da situação legal dos detentos remanescentes de Guantánamo, exortando vários setores do Estado competentes para realizar tais

⁸¹ Ato do Congresso norte-americano, assinado em outubro de 2006, onde se autorizou o julgamento dos detentos por comissões militares.

revisões, bem como mais uma vez reforçou a questão do destino que seria dado aos detentos remanescentes.

Então conforme se depreende da Seção 4, primeiro se dispôs acerca da revisão que deveria ser dada em relação à situação individual de cada detento remanescente de Guantánamo, definindo, para tanto, um órgão Revisor.

O órgão de Revisão conforme dispôs a Seção em questão, deveria ser composto pelo Procurador Geral do Estado, pelo Secretário de Defesa, Secretário do Estado, Secretário de Segurança Doméstica, Diretor Nacional de Inteligência, bem como Chefes de demais divisões administrativas dos EUA, e outros envolvidos com a divisão antiterrorista, militares, experts legais, dentre outros.

A revisão, portanto, de acordo com a alínea C da Seção 4 deveria se dar da seguinte forma: o primeiro passo seria consolidar informações sobre o detento, a fim de saber se pendiam sobre o mesmo acusações e um conjunto probatório hábil para levá-lo a julgamento, ou se ele deveria ser libertado, ou enviado para o país de origem, ou para um terceiro país, ou mesmo para o solo norte-americano. Portanto o órgão de Revisão deveria determinar a situação de cada detento e em qual de tais opções ele se enquadraria.

De acordo ainda com tal dispositivo legal, os indivíduos que não se enquadrariam em nenhuma das possibilidades já citadas teriam seu destino estudado e dado pelo órgão revisor.

Do mesmo modo o órgão de revisão deveria determinar se de acordo com a lei norte-americana os indivíduos não aprovados para serem libertados ou transferidos deveriam ser julgados pelo Governo Federal pelos crimes que tenham porventura cometido, e se a Corte a julgá-los seria aquela estabelecida no artigo III da Constituição Americana, ou seja, se deveriam ser julgados por cortes americanas.

Em relação à destinação dos detentos vale tecer os seguintes comentários.

Ora, a grande maioria dos detentos inicialmente enviada a GTMO foi transferida para terceiros países, ou para continuar sua prisão ou para ser libertada.

As decisões de transferir um detento são baseadas na determinação de oficiais norte-americanos de que ou o detento não é um inimigo combatente, mesmo tendo sido assim taxado, ou se o detento é realmente um inimigo combatente, mas

sua detenção não seria mais apropriada, por tal pessoa não mais ser uma ameaça aos EUA e seus aliados.

Porém, poderia ainda haver a transferência do detento para um terceiro país onde o mesmo iria continuar sua detenção, investigação ou acusação e julgamento quando os Estados aceitassem a responsabilidade de que essa pessoa transferida não colocasse os EUA ou os aliados em risco.

Entretanto havia uma limitação para tal transferência nos casos em que os países para os quais os detentos fossem porventura transferidos possuísem prática de tortura; se for o caso, os detentos não poderiam ser transferidos para tal país.

Cerca de 60 das 250 pessoas que continuavam em Guantánamo na época da edição de tal ordem executiva, estavam enquadradas nesta possibilidade, ou seja, se enquadravam nos critérios de transferência ou de libertação, mas continuaram em Guantánamo ou porque nenhum país queria aceitar o detento ou porque se teria medo que os direitos humanos fossem violados nos países de transferência.

De outra banda, o ponto 5 da alínea C da Seção 4 trouxe mais uma vez a questão desta problemática de se trazer detentos para solo norte-americano, dispondo que o Executivo iria trabalhar junto com o Congresso a fim de elaborar legislação apropriada para o caso em comento, a fim de proteger a segurança nacional dos EUA.

Ora, no que tange a tal modalidade de transferência, esta implicou em que alguns dos detentos iriam para os EUA para continuar sua prisão ou serem julgados por uma corte ou militar ou civil, porém, como já visto, tal transferência ensejou problemáticas.

Isto porque as leis de imigração geralmente barram a entrada de estrangeiros envolvidos em atividades terroristas, bem como de pessoas que poderiam colocar em risco a segurança dos EUA.

Entretanto poderia ser argumentado que o ato de imigração e nacionalidade não cobre as pessoas transferidas para o solo norte-americano por motivos militares, ante a excepcionalidade da questão; ademais, poderia se argumentar que da mesma forma que o Congresso em 2001 garantiu ao presidente autoridade para usar toda força necessária contra os responsáveis pelo 11 de

setembro, também implicitamente dá autorização, poder, para que o presidente detenha os capturados nos EUA⁸².

Ora, essa modalidade de transferência de detentos para solo norte-americano foi resistida pelos republicanos, os quais defendem o risco que tal medida traria para os norte-americanos.

Aliás, neste sentido, vale pontuar que os republicanos não estão apenas se opondo à transferência de detentos para solo norte-americano, mas ao próprio fechamento de Guantánamo.

Outrossim, para possibilitar tal modalidade de transferência, o presidente Obama previu um pacote de US\$ 42.8 bilhões para o Departamento de Segurança Doméstica a fim de dar continuidade a essa política. A medida havia sido aprovada pelo Senado norte-americano, tendo sido, deste modo, aprovada, em tal época, a transferência de detentos para o solo norte-americano. Entretanto, ver-se-á que não foi o que ocorreu na prática, diante da resistência política da oposição, e da posterior proibição de tal pacote pelo próprio Congresso.

Nesse diapasão vale trazer a tona o caso de Khalid Shaikh Mohammed, o qual se diz ser um dos cabeças dos ataques terroristas de 11 de setembro de 2009, em relação ao qual a administração de Obama disse que ele seria julgado em solo dos EUA por uma Corte Federal em Manhattan. Tal decisão foi anunciada pelo Procurador Geral Eric Holder⁸³. Não foi o que aconteceu entretanto, conforme se verá no próximo tópico.

Dando continuidade ao estudo da ordem executiva em questão, comentemos mais a Seção 5 e a 6.

A Seção 5 traz a questão da diplomacia a ser implementada pelo Secretário de Estado, principalmente no que tange a negociação a ser realizada pelos EUA com os países de origem dos detentos ou terceiros países, a fim de receber detentos de Guantánamo que se enquadrem na hipótese de serem transferidos.

⁸² JOHN GARCIA, Michael e outros. Closing the Guantánamo detention Center : legal issues. Disponível em: <[HTTP://opencrs.com/document/R40139/](http://opencrs.com/document/R40139/)>.

⁸³ SAVAGE, Charlie. Accused 9/11 Mastermind to Face Civilian Trial in NY. Disponível em: <www.nytimes.com/2009/11/14/us/14terror.html?_r=1&sq=GUANTANAMO&s>.

A Seção 6, por seu turno, mais uma vez ratifica a aplicabilidade do artigo 3º comum às Convenções de Genebra no que tange ao tratamento a ser deferido aos detentos durante seu tempo de confinamento. Fala ainda da revisão a ser feita no que tange a situação de detenção dos prisioneiros de Guantánamo, a fim de assegurar que sua situação se coadune com a norma de Direito Humanitário já citada.

De outra banda, a Seção 7 prevê que a suspensão das Comissões Militares, essas fulcradas no *Military Comissions Act of 2006*. Tal medida foi decisiva no que tange a revisão da questão da definição de que Corte seria competente para julgar os detentos que não se enquadrassem nas hipóteses de liberdade e envio para outros Estados. Entretanto, ver-se-á que em 2011 tais Comissões foram restauradas.

Portanto, o papel da revisão neste caso seria imprescindível não apenas para definir em qual hipótese se enquadraria o detento, mas também para propiciar que o mesmo fosse, pelo menos em tese, julgado pela Corte competente.

Por fim, a Seção 8 finaliza com previsões gerais, onde estabelece que a autoridade do Secretário de Defesa não deveria ser prejudicada; que tal ordem deveria ser implementada de acordo com os dispositivos legais aplicáveis; e, por fim, que tal ordem não criaria nenhum benefício às partes contrárias aos interesses dos EUA.

3.2. A ordem executiva de março de 2011: retrocesso?

Neste corrente ano de 2011, a prisão de Guantánamo, de acordo com dados fornecidos pelo jornal norte-americano *The New York Times*⁸⁴, conta ainda com cerca de 172 presos, os quais ainda não foram totalmente beneficiados pela ordem executiva discutida no ponto anterior, no sentido de que ainda não tiveram o seu destino de soltura, extradição ou julgamento em definição.

De acordo ainda com a mesma fonte, das 779 pessoas que foram aprisionadas em Guantánamo, a partir de 2002, em torno de 600 foram transferidas, principalmente para outros países, e oito presos morreram em tal prisão⁸⁵.

⁸⁴Informação disponível em:
<<http://topics.nytimes.com/top/reference/timestopics/subjects/d/detainees/index.html?scp=1-spot&sq=quantanamo%20detainees&st=cse>>.

Ora, a criação de Guantánamo trouxe consigo muitos desafios legais e muita controvérsia. Os criadores e defensores de tal prisão mantêm sua postura de que a mesma foi um importante instrumento na “guerra contra o terror”, a qual ainda provia elementos de prevenção contra futuros ataques terroristas.

Outrossim, com base em dados apresentados pelo jornal britânico *BBC News*⁸⁶, quando o Presidente Barack Obama assumiu a presidência dos EUA em janeiro de 2009, havia cerca de 250 presos em Guantánamo, tendo o número caído para os já referidos 172 presos, com dados de abril deste ano de 2011.

Ora, pode-se dizer que o número ainda relevante de presos em Guantánamo, por conseguinte, o pleno funcionamento de tal prisão, é reflexo da ação do Congresso norte-americano, principalmente dos republicanos, que tem amarrado as mãos do Governo do presidente Barack Obama na aplicação da citada ordem executiva de 2009, proibindo julgamentos em solo norte-americano, e tornando extremamente difícil a transferência dos aprisionados, com argumentos de que tais transferências seriam perigosas à segurança nacional.

Mason Clutter, político norte-americano, pontuou que mesmo que a comissão de revisão, ao analisar e revisar situação de um determinado prisioneiro, determinar sua soltura, tal ordem será difícil de ser cumprida.

No final de 2010, o Congresso aprovou lei com restrições para o julgamento de presos de Guantánamo por Cortes norte-americanas, bem como, posteriormente, negou fundos para serem utilizados na transferência de prisioneiros para solo dos EUA.

Diante ainda do aniversário dos 10 anos do 11 de setembro, bem como após a morte de Osama Bin Laden, a necessidade dos norte-americanos, por eles alegada, de reforçar a segurança nacional são outros empecilhos para o fechamento de Guantánamo.

⁸⁶Informação disponível em:< www.bbc.co.uk/news/world-us-canada-12966676?>.

Em janeiro de 2011, o jornal *The Guardian*⁸⁷ publicou matéria cujo título foi *Barack Obama abandona plano de fechamento de Guantánamo após veto do Congresso*.

De acordo com tal matéria, portanto, o Governo de Obama estaria abandonando a tentativa de fechamento de Guantánamo, após o veto do Congresso em trazer prisioneiros de Guantánamo para serem julgados em solo norte-americano, assim como o veto orçamentário para destinação de recursos para tal prisão.

Isto porque, em 7 de março de 2011, o presidente Obama publicou nova ordem executiva⁸⁸ mediante a qual determinou mudanças no que concerne ao tratamento a ser deferido aos prisioneiros remanescentes de Guantánamo.

Tal ordem de 2011 veio a contradizer a política que havia sido estabelecida na ordem executiva anterior, de 2009, vez que prevê o reinício das revisões e julgamentos dos prisioneiros por comissões militares, assim como também ignora o prazo estabelecido para fechamento da prisão de Guantánamo, emitido na ordem anterior, ao passo que não estipula novo prazo, o que denota a indeterminação no fechamento da aludida prisão.

Essa indeterminação, já como dito, é oriunda do receio que os prisioneiros de Guantánamo causam ao Congresso sob alegação de segurança nacional.

De acordo com artigo do *New York Times*⁸⁹, ao mudar o que havia sido estabelecido na ordem de 2009 trazendo de volta a instituição das comissões e tribunais militares, tão criticada por ativistas de direitos humanos e advogados que atuam em defesa de prisioneiros de Guantánamo, dentre outros, Obama acabou por admitir sua falha em fechar tal prisão.

Ainda, conforme cita a indigitada fonte, Obama, mesmo diante da edição da ordem executiva de 2011, se manteve comprometido com o fechamento de Guantánamo, porém, sem citar prazos para tanto, ao mesmo passo em que ainda

⁸⁷ Informação disponível em: <www.guardian.co.uk/world/2011/jan/20/barack-obama-guantanamo-congress-veto>.

⁸⁸ Ver ordem executiva na íntegra no anexo IV.

⁸⁹ Informação disponível em: <http://topics.nytimes.com/top/reference/timestopics/subjects/d/detainees/index.html?scp=1-spot&sq=quantanamo%20detainees&st=cse>.

pretende julgar alguns suspeitos de terrorismo pelas Cortes norte-americanas. Porém, uma coisa é comprometimento, outra coisa é a efetividade.

Ora, a falha em trazer o acusado de ser o cabeça do 11 de setembro, Khalid Shaikh Mohammed, para ser julgado em Corte Civil norte-americana, demonstra que tal intenção de Obama ainda não tem muita efetividade.

Em abril de 2011 o procurador-geral Eric Holder informou que o prisioneiro retro citado seria julgado por uma comissão militar quando, primeiramente, o mesmo estava cotado para ser julgado em Corte Federal de Nova York. Inobstante tal fato, Eric Holder afirmou que as Cortes Federais norte-americanas ainda seriam as melhores alternativas para Guantánamo. Porém quando isso ocorrerá, não se sabe.

A edição de tal ordem executiva de 2011, pois, mostrou, a princípio, que muito embora o fechamento de Guantánamo tenha sido uma das importantes promessas de campanha de Obama, em exíguo prazo, a mesma não poderá ser mantida.

De acordo com matéria do jornal norte-americano Washington Post, o Governo de Obama iria criar um sistema formal de prisão indefinida para aqueles prisioneiros em Guantánamo que ainda representam ameaça à segurança nacional. Ora, essa ordem executiva apenas reafirma a manutenção de tal prisão no cenário político antiterror.

Na mesma esteira, o *ABC News* afirmou que tal ordem executiva trouxe sinais confusos acerca não apenas do seu futuro como em relação à própria maneira do presidente encarar a problemática da continuidade de Guantánamo.

Entretanto, muito embora a edição de tal ordem executiva tenha trazido tantas controvérsias acerca do futuro de Guantánamo, o que foi dito pela Casa Branca é que ainda há o compromisso em fechar tal prisão e que tal ordem apenas seria parte da estratégia do Governo no caminho para fechar Guantánamo. Entretanto, os grupos de ativistas civis viram tal ordem como um modo do Governo Obama de voltar atrás à promessa de fechamento de Guantánamo.

De acordo com Anthony D. Romero, Diretor Executivo da União das Liberdades Civas Americanas, enquanto que parecia ter-se dado um passo na direção

certa, provendo mais procedimentos para os detentos de Guantánamo, em 2009, agora, em 2011, se institucionalizou a detenção indefinitiva, o que é ilegal. Disse mais, que a manutenção da prisão de Guantánamo por esses nove anos é uma mancha na reputação norte-americana, e que a mesma deveria ser fechada imediatamente.

Opiniões como a de Anthony são importantes de serem destacadas, posto que mostram que há norte-americanos preocupados sim com a segurança nacional, porém que reconhecem a ilegalidade, a brutalidade de Guantánamo, que não necessariamente é um instrumento imprescindível nessa guerra contra o terror. Ele defende ainda o julgamento dos acusados em Cortes Federais americanas.

Da análise da discutida ordem executiva de 7 de março de 2011⁹⁰, faremos as seguintes observações.

Tal como já discutido, um dos pontos primordiais da mesma é a volta das comissões e cortes militares, para aqueles prisioneiros determinados pela Comissão de Revisão para serem julgados. Advogados que atuam no âmbito das liberdades civis a longo tempo vem criticando Guantánamo e expressaram desapontamento com a manutenção por Obama do sistema das comissões militares.

Grupos de direitos humanos também têm condenado a ordem de 2011 no que tange a restauração de comissões militares, alegando injustiça das mesmas, vez que as acusações e julgamentos muitas vezes se baseiam em provas obtidas por meio de tortura, portanto, sendo provas inválidas.

Ora, para prisioneiros que não irão ser julgados, a ordem estabelece novas regras, tais como a revisão do seu status em um ano, e depois a cada quatro anos, para determinar se eles ainda permanecem sendo ameaça à segurança dos EUA ou se devem ser encaminhados para julgamento militar, ou se devem ser liberados.

Mister pontuar que essa previsão de “a cada quatro anos” de fato estabelece que Obama não tem mais qualquer previsão de prazo para fechar Guantánamo.

A ordem determina ainda que o tratamento deferido aos prisioneiros de Guantánamo deve estar em consonância com as Convenções de Genebra e o tratado internacional sobre tortura e tratamento desumano.

⁹⁰ Ver a ordem executiva de 7 de março de 2011 no anexo IV.

Observa-se que este ponto apenas reforçou o que já havia sido estabelecido na ordem anterior de 2009, entretanto, tal reforço vem como maneira do Governo justificar, sim, mantém-se Guantánamo, mas os prisioneiros estão sendo tratados com dignidade e com fulcro no direito internacional. É um modo de querer tornar menos pesado o fato da continuidade de Guantánamo.

Não obstante os arquivos recém divulgados pela organização Wikileaks, acerca do tratamento deferido as prisioneiros de Guantánamo, bem como diante da morte de Osama, se coloca em dúvida se tal regra está sendo de fato respeitada.

Ora, em abril de 2011, a organização Wikileaks publicou centenas de páginas de documentos militares que mais uma vez colocaram Guantánamo sob holofotes, e mostraram quão caótico foi o processo de recebimento dos detentos. O material que data desde 2002 até início de 2009, revela fatos onde a liberdade de homens inocentes levou muitos meses, bem como episódios onde aqueles libertados foram considerados como riscos futuros para a segurança nacional dos EUA.

Alguns críticos alegam que arquivos confirmaram grandes falhas nas políticas usadas em Guantánamo, as quais persistem apesar as mudanças implementadas na administração de Obama.

De outra banda, vale pontuar que na ordem executiva de março de 2011, a administração de Obama não se referiu, após a emissão de tal ordem, a casos individuais, mas foi dito que em breve alguns casos estariam sendo passíveis de julgamento.

Sabe-se que um dos casos que se acredita estar perto de algum julgamento em face das comissões militares é o de Abd al-Rahim al-Nashiri, um saudita acusado de planejar bombardeio contra um comboio norte-americano no Yêmem em 2000.

Vale citar esse caso porque vemos que Guantánamo não está relacionado apenas com o aprisionamento de pessoas envolvidas no 11 de setembro, mas sim de qualquer suspeito de atos terroristas contra os EUA. Diz-se que tal saudita, assim como grande parte ou mesmo totalidade dos detentos, sofreu tortura, o que coloca em dúvida a credibilidade das provas contra o mesmo.

Outro ponto é o fato de ter sido previsto que o Governo iria pedir para que o Senado aprovasse ser signatário dos protocolos adicionais das Convenções de Genebra que regulamentam tratamento humano e julgamentos justos para prisioneiros de guerra.

Ora, neste sentido observa-se uma grande contradição desde a ordem executiva de 2009, qual seja: enquanto que Obama informa da legalidade da prisão dos prisioneiros de Guantánamo, com base na AUMF, o mesmo alega a aplicabilidade da Convenção de Genebra. Ao se admitir tal aplicabilidade, se admite que os prisioneiros não seriam mais combatentes inimigos e sim prisioneiros de guerra, pelo que deveriam ser tratados como tal, porém, não é o que vem ocorrendo ao deixá-los presos indeterminadamente.

Outrossim, é interessante observar que a questão das revisões periódicas da situação dos detentos é muito mais em verificar se a manutenção da prisão ou não vai interferir na segurança nacional dos EUA, vez que essa é uma das grandes preocupações do Congresso e do Governo.

Os prisioneiros remanescentes que forem a julgamento iriam de duas formas, ou comissões militares ou Cortes Federais americanas, a ser decidido pelo força tarefa revisional.

Ora, tanto a ordem executiva de janeiro de 2009 como a de março de 2011 emitidas pelo Presidente Barack Obama, afirmam o comprometimento de julgar detentos, quando as evidências permitirem tal competência, critério um tanto incerto e subjetivo, em cortes federais em solo dos USA, com fulcro no artigo III da Constituição norte-americana.

As comissões militares seriam para casos não enquadrados em tal competência. Entretanto, desde que Obama assumiu a presidência, apenas um detento, Ahmed Ghailani foi transferido de Guantánamo para ser julgado em solo dos USA. Não obstante, não se pode esquecer que ato do Congresso Norte Americano proibiu a transferência de detentos de Guantánamo para solo dos USA.

Tal como já dito, a decisão de Obama de levar detentos de Guantánamo a Cortes Federais norte-americanas trouxe polêmicas discussões, bem como a contrariedade dos membros da ala conservadora do Congresso.

Como resultado disso o Congresso aprovou a *Ike Skelton Defense Authorization Act for FY2011* (DAA 2011), a qual proibiu o uso de fundos militares para a transferência ou a soltura de prisioneiros de Guantánamo para solo dos EUA. Essa lei efetivamente previne a administração de Obama em aplicar o artigo III da Constituição Federal norte-americana para os detentos de Guantánamo, o que, deste modo, para este ano de 2011, não resta outra alternativa para tais detentos a não ser os tribunais militares.

Conforme se depreende da ordem executiva de 2011, fica claro que muito embora Obama tenha tido a intenção, afirmada em 2009, de fechar Guantánamo e levar os detentos a julgamentos ou em Cortes Federais americanas ou em outros países, tal intenção foi engessada pelo Congresso norte-americano que impôs restrições que desafiam o Governo de Obama.

Diz –se que o Governo de Obama ainda mantém a sua intenção de trazer alguns detentos a julgamento em Cortes Federais, apesar da oposição do Congresso. Mas fica difícil de visualizar tal possibilidade.

Entretanto, de acordo com o professor de direito da Duke University, Scott Silliman, seria prematuro afirmar que a promessa de fechamento de Guantánamo teria sido rompida por Obama, apenas, tal ordem, significaria que diante da realidade política, o fechamento seria postergado, enfatizando ainda que Obama teria realizado ações que buscam a redução do número de prisioneiros.

Ainda, inobstante o fato de ser vista tal ordem como um retrocesso, alguns advogados de detentos de Guantánamo dizem que a mesma poderá conferir mais rapidez para a soltura de homens presos há anos sem julgamento.

Ora, acrescenta-se que os novos procedimentos para as comissões militares garantem aos detentos acesso a representantes legais e acesso a mais documentos, dossiês contra os mesmos, informações que poderão ser utilizadas por seus advogados antes mesmo da revisão da situação de seu cliente.

Na realidade, diante do todo acima exposto, o que se pode depreender é que Obama pode até querer manter sua promessa de campanha e fechar Guantánamo, mas, do outro lado tem-se o Congresso que realmente não compartilha desse desejo.

Em uma democracia onde há os três poderes independentes e harmônicos entre si, ou seja, independentes e dependentes entre si, vez que, pode-se tomar a decisão independentemente do outro poder, entretanto sua aplicabilidade, sua realização já se esbarra nos outros poderes, e, no caso concreto, sem o aval do Congresso, a situação de Guantánamo não avançará como desejado. Em época de popularidade baixa e em meio à crise econômica, Obama se vê num emaranhado de promessas e muitas dívidas.

Agora, vale pontuar que é melhor realizar revisões militares, desde que todas as regras previstas na ordem de 2011, em seu artigo 3º, sejam de fato respeitadas, tais como: direito a habeas corpus, a representante legal, a acesso, na sua língua de origem de todo o dossiê contra eles, para que possam se defender, dentre outros. Isto porque é melhor isso do que deixar os prisioneiros à míngua de qualquer revisão, e, conseqüentemente, de qualquer previsão de soltura ou julgamento.

Outrossim, em julho de 2011, a Casa Branca anunciou a intenção de julgar o militante somali Ahmed Warsame em uma Corte Federal norte-americana. Warsame, que é acusado de prover suporte material para a Al-qaeda na Península Arábica. Tal intenção, para uns, indica que de fato Obama tem intenção em fechar Guantánamo. O futuro, porém, permanece incerto.

Ora, a ordem executiva de 2009 estabeleceu que quando do fechamento da prisão de Guantánamo, o destino dos detentos seria ou a transferência para outro país, ou para seu país de origem, ou para outra prisão nos EUA ou libertados, de acordo com a legislação interna e internacional e as normas de segurança nacional, bem como de acordo com os interesses da política externa norte-americana.

Por conseguinte no relatório final de janeiro de 2011, a força tarefa revisional de Guantánamo identificou 48 detentos, os quais haviam sido detidos preventivamente, 36 para julgamento e 121 para serem transferidos para outro país. Em adição, 30 detentos do Yêmen postos em detenção condicional para prevenir a segurança, potencialmente seriam inclinados para serem libertos.

Originalmente, a Casa Branca havia planejado reformar uma prisão no Estado de Illinois para transferir os detentos que após revisão deveriam continuar

detidos, porém a ação já citada do Congresso coibiu tal ato pela administração de Obama.

Se o Pentágono fornece parecer favorável de que determinado prisioneiro não mais é uma ameaça significativa para a segurança nacional dos EUA, há chances de tal prisioneiro ser transferido para outro local, fora, porém, do solo norte-americano.

Vale pontuar que a maioria dos presos que passaram por Guantánamo foi transferida para terceiros países para continuar suas prisões ou para serem libertos. De acordo com dados do *New York Times*, 600 detentos foram efetivamente transferidos para cerca de 50 países desde que a prisão foi aberta em 2002. Metade desde número foi enviada ao Afeganistão, Arábia Saudita, Paquistão ou Yêmen.

Porém, enquanto que tais transferências foram a opção preferida dos EUA, o Direito Internacional tem prevenido tal ato em alguns casos. Isto porque de acordo com o artigo 3 da Convenção das Nações Unidas contra tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas e degradantes, da qual os EUA é signatário, seria ilegal extraditar uma pessoa para outro país quando existe evidência de que a mesma corre risco de sofrer perigo de ser submetido a tortura.

Ora, várias dúzias de detentos liberados, por assim dizer, pelo Departamento de Defesa para transferência ou liberdade para outros países, permanecem em Guantánamo porque ou nenhum país quer aceitá-los ou porque há grandes indícios de que os mesmos iriam estar em perigo de sofrer tortura, de acordo com o Council of Foreign Affairs⁹¹.

Em adição a tal fato, o Congresso aprovou resolução instituindo requerimentos específicos que restringem a transferência dos detentos para outros países ou seus países de origem, tais como solicitar documentação extra do Pentágono.

De outra banda, após assinar ao Ato de Autorização de Defesa Nacional, em 2011, Obama condenou as medidas do Congresso, o qual, com suas medidas, estaria interferindo na autoridade do poder executivo em realizar importantes determinações no que tange a segurança nacional e política externa, impedindo o

⁹¹ Informação disponível em: <<http://www.cfr.org/terrorism-and-the-law/closing-quantanamo/p18525>>.

Governo de ter a habilidade e a flexibilidade de conduzir negociações com outros países. De fato o Congresso é um empecilho nas políticas em geral de Obama e principalmente no que tange a qualquer assunto relacionado a Guantánamo.

Por seu turno, Karen Greenberg, diretora executiva do Centro de Segurança e Direito na Universidade de Nova York, atenta para o fato de que o Governo necessita de um melhor sistema de revisão para Guantánamo. Ela observa ainda que não há planos de parte do Governo de reabilitação dos detentos, bem como o fato de que colocaram esses detentos em uma posição onde os mesmos podem nunca sair, com ou sem evidência de envolvimento em atos de terrorismo relacionados ao 11 de setembro, ou seja, independentemente disso.

A morte de Osama Bin Laden, por outro lado, e as revelações de que a Inteligência obteve informações importantes por meio de interrogatórios sob tortura em Guantánamo para rastrear Bin Laden, técnica empregada durante o Governo Bush, porém banida pelo Governo Obama, reacendeu o debate sobre Guantánamo e sobre a tortura.

Informações reunidas em interrogatórios em Guantánamo, algumas das quais obtidas sob tortura, convenceram oficiais da CIA em seguir o rastro dado por um informante do Al-Qaeda, conhecido como Abu Ahmed al-Kwaiti. Tais informações teriam levado a CIA ao esconderijo de Bin Laden.

De acordo com o secretário do comitê de segurança doméstica, Peter King, Bin Laden jamais teria sido capturado sem as informações obtidas do Khalid Sheikh Mohammed, sob tortura. Porém, o senador John McCain, que foi vítima de tortura no Vietnã, afirmou que a captura de Bin Laden não teria correlações com a tortura e que era uma questão de moral, já que os USA deveria, por seu papel na conjuntura mundial, ter valores, padrões mais altos.

Ora, a questão é que, diante de todo o exposto, mais uma vez voltamos para o mesmo ponto de partida, ou seja, Guantánamo, fim ou continuidade?

Diante da posição do Senado em engessar o executivo no que tange a políticas que poderiam propiciar o fim de Guantánamo, bem como diante da crise vivenciada hoje pela administração de Obama, assim como as comemorações do

décimo aniversário do 11 de setembro e ainda a morte de Osama Bin Laden, apontam que o fechamento de Guantánamo ainda é incerto.

É interessante observarmos como a Organização das Nações Unidas não teve nenhum papel relevante no que tange as discussões acerca da criação e manutenção de Guantánamo, ao mesmo passo em que não se posiciona de uma maneira significativa para propor maneiras em que seu possível fechamento pudesse respeitar a segurança nacional dos EUA, porém, dando destino aos detentos remanescentes de Guantánamo, com fulcro nas legislação de Direito Internacional Público pertinente, dentre elas as Convenções de Genebra e as regras de Direitos Humanos, tal como já foi intensamente discutido anteriormente.

Isso apenas confirma como a geopolítica do poder e o neoimperialismo permite que organismos internacionais quedem silentes diante de aberrações jurídicas e humanitárias e permitam que tais políticas perdurem sem serem questionadas em âmbito de instituições internacionais, não digo as ONGs e ORGs internacionais, das quais muitas têm, desde a criação de Guantánamo, veementemente manifestado a rejeição a tal sistema prisional e tendo estabelecido bandeiras e ações de auxílio aos detentos.

Mas falo das instituições oficiais, representadas por diversos Estados que, muito embora até emitam notas de rejeição a Guantánamo, em nada tem contribuído para exigir ou ajudar no seu fechamento.

Deste modo fica difícil prever que o fechamento de Guantánamo se realize em futuro próximo, sendo ainda, pois, futuro incerto e árduo para aqueles que lá permanecem.

3.3. A morte de Osama Bin Laden e as novas perspectivas em relação a Guantánamo

Após cerca de 10 anos de busca por Osama bin Laden, a mesma acabou em 2 de maio de 2011, em uma propriedade de segurança máxima construída pelo mesmo na cidade de Abbottabad no Paquistão. Em tal data, Bin Laden foi morto pelas forças

especiais dos USA, na operação denominada Geronimo, tendo sido, logo depois, tal fato anunciado publicamente e oficialmente pelo presidente Barack Obama.

Depois de morto, Bin Laden teve seu corpo jogado no mar, isto para evitar que seu túmulo se tornasse local de peregrinação. Assim argumentaram as autoridades norte-americanas.

Festas em comemoração à morte de Bin Laden se deram em Nova York e outras cidades norte-americanas. Chefes de Estado de todo o mundo manifestaram seus elogios à operação que matou o chefe do Al-qaeda.

De acordo com a mídia em geral (*BBC News, The New York Times, The Guardian*), Bin Laden foi encontrado por meio de informações obtidas de mensageiros pessoais do Al-qaeda, após investigações da CIA e Agências de Inteligência dos USA. Diz-se, tal como já foi pontuado no capítulo anterior, que muitas das pistas que levaram a Bin Laden foram obtidas por torturas em prisioneiros de Guantánamo.

Ora, a operação Geronimo trouxe à tona mais controvérsias acerca da intenção de tal operação, posto que, de acordo com informações oficiais, a morte de Bin Laden apenas teria ocorrido vez que o mesmo apresentou resistência.

Entretanto, informações posteriores divulgaram que Bin Laden não estava armado no momento da invasão de sua propriedade, logo, não tinha como apresentar resistência, o que, por conseguinte, derrubaria a tese de que o assassinato do mesmo ocorreu por conta de alegada resistência, demonstrando assim que a intenção, desde o início, era de matar o líder do Al-qaeda.

Há ainda teses de que Bin Laden não estaria morto, já que não houve prova inequívoca da sua morte, vez que o seu corpo não foi mostrado. Porém, de acordo com as autoridades norte-americanas, exames de DNA coletando-se amostras de parentes de Bin Laden comprovariam que o corpo por eles enterrado no mar era de fato do líder do Al-qaeda, e que, não houve divulgação das fotos do corpo, vez que as mesmas conteriam imagens muito fortes para serem divulgadas, assim como para também não incitar mais violência.

Outrossim, o Governo dos USA informou que o Paquistão não havia sido cientificado da operação Geronimo, o que gerou outras controvérsias, quais sejam: primeiro, a penetração em solo paquistanês para a realização de tal operação, sem o

conhecimento e consentimento das autoridades locais; segundo, a questão acerca do possível conhecimento do Paquistão da propriedade construída por Bin Laden e, por conseguinte, de que o mesmo se encontrava instalado em tal país.

Quanto à primeira questão, as autoridades norte-americanas, de acordo com fonte do *BBC News*, afirmaram que as autoridades paquistanesas apenas foram informadas da operação após sua ocorrência, a fim de evitar vazamento da mesma, o que demonstra desrespeito à soberania e jurisdição paquistanesa de parte do Governo dos USA. Porém, fontes não oficiais afirmaram que o Governo Paquistanês havia sido cientificado de uma operação, porém sem ter havido a especificação de que teria Bin Laden como alvo.

No que tange a questão acerca do possível conhecimento pelo Governo paquistanês da propriedade de Bin Laden, a qual teve sua construção finalizada em 2005, especialistas argumentam de que como uma propriedade daquela magnitude, uma verdadeira fortaleza, não foi notada pelas autoridades paquistanesas. Uma das esposas de Bin Laden afirmou viver com ele lá há cerca de cinco anos.

Ora, isto trouxe à tona grandes suspeitas de que alguns membros da inteligência paquistanesa estariam protegendo militantes do Al-qaeda, acusação essa negada pelo Governo paquistanês.

Afirmou tal Governo de que quando da construção de tal propriedade, as autoridades paquistanesas acreditaram que a mesma pertenceria a outro membro do Al-qaeda, Abu Faraj al-Libbi, porém, a propriedade não mais foi monitorada pela Inteligência, assumindo, assim, o Governo paquistanês falha neste sentido.

Outro ponto crítico acerca da operação Geronimo é a questão da legalidade da morte de Osama Bin Laden. Para muitos a questão não estaria na contramão do direito, vez que os EUA estariam em conflito declarado em face do Al-qaeda, bem como em situações de risco para a população norte-americana, o direito de guerra permitiria, em casos excepcionais, tal tipo de morte.

Ora, Navi Pillay, membro do Alto Comissariado de Direitos Humanos da ONU, afirmou da necessidade de se respeitar o Direito Internacional, mas aceitou que manter Bin Laden vivo após tal operação seria difícil. Portanto, dificilmente a

ilegalidade será aventada por organismos internacionais oficiais, já que Bin Laden seria um assassino em massa.

De outra banda, Joshua Holland, jornalista norte-americano enfatiza que a questão da legalidade em relação à morte de Osama Bin Laden pouco importa, vez que o mesmo era um criminoso em grande escala e que a felicidade e a comemoração do povo norte-americano no que tange a sua morte é mais do que coerente. Entretanto destacou que sua morte não matou sua ideologia que continua disseminada dentro dos grupos extremistas, o que mantém vivos seus ideais.

Agora, não se pode deixar de se aventar a competência do Tribunal Penal Internacional para prender e julgar Bin Laden. Porém isso apenas será abordado no próximo tópico.

Por outro lado, de um modo bastante cru, o linguista norte-americano Noam Chomsky propôs a seguinte comparação, ao discursar acerca da morte de Osama bin Laden: “nós devemos nos perguntar como nós reagiríamos se enviados de autoridades iraquianas invadissem propriedade de George W. Bush, o matassem e jogassem seu corpo no Atlântico?”

De acordo com Chomsky, a operação Geronimo tratou-se de um plano de assassinato planejado pelo Governo dos EUA, que violou princípios elementares do Direito Internacional. Por isso a comparação acima por ele proposta.

Como bem pontua o controverso linguista, em sociedades tais como os EUA, que pregam a respeito do direito, suspeitos de crimes são presos e levados a julgamento dentro dos parâmetros legais. Sim, porque, de acordo com tal autor, Osama Bin Laden nunca deixou de ser apenas um suspeito dos atos do 11 de setembro, nunca foi efetivamente comprovada materialmente a sua autoria.

Tal autor tem ainda uma visão interessante acerca da autoria do 11 de setembro, vez que afirma que para Bin Laden admitir a autoria de tal acontecimento trágico, mais do que necessariamente verdade, seria uma maneira dele tomar para si os créditos de um ato considerado como grandioso golpe contra os EUA.

Pontua ainda a grande revolta dos EUA em face do Governo paquistanês que abrigava em seu território Osama Bin Laden, porém, sem nunca ter revelado isso

aos EUA, quando, na realidade, não se atenta para o fato de que os EUA invadiram o território paquistanês para realizar um assassinato político.

De acordo ainda com Chomsky, a operação Geronimo seria uma profunda manifestação da mentalidade imperialista do ocidente, onde as pessoas não percebem que estão glorificando Bin Laden como uma resistência corajosa em face dos invasores ocidentais genocidas.

De outra banda, a questão acerca da morte de Osama Bin Laden traz outra grande problemática à tona, qual seja, o uso das técnicas de tortura em Guantánamo. Isto porque, se tem dito que muitas das fontes que levaram ao rastreamento de Osama Bin Laden vieram de detentos de Guantánamo que foram torturados para liberar informações.

De acordo com o escritor britânico Andy Worthington⁹² a morte de Osama Bin Laden trouxe à tona questão da defesa injustificável para o uso da tortura em Guantánamo.

Ora, a tortura foi um dos grandes elementos utilizados para encontrar Bin Laden principalmente na era Bush, mas que, conforme concluiu o próprio autor, sem o uso da tortura, Osama Bin Laden poderia ter sido encontrado anos antes, permanecendo a tortura como ilegal e contra-produtiva.

Outrossim, atenta-se para o fato de que a morte de Osama Bin Laden tem sido usada como justificativa para a manutenção de Guantánamo e das ilegais técnicas de tortura em interrogatórios de prisioneiros.

O jornal britânico *The Guardian*⁹³ publicou matéria de Jason Burke e Paul Harris atentando para o mesmo fato.

Em tal matéria se aponta a posição de conservadores e membros da administração de Bush da época do 11 de setembro, os quais haviam afirmado que as práticas de interrogatórios duros foram imprescindíveis para a captura e morte de Bin Laden. Porém críticos têm rebatido tais afirmações, afirmando que há poucas evidências que interrogatórios regados à tortura tenham realmente levado a Bin Laden.

⁹²Informação disponível em: <www.andyworthington.co.uk>.

⁹³Informação disponível em: <www.guardian.co.uk/law/2011/may/03/osama-bin-laden-death-us-bush-torture-debate>.

Ora, políticos conservadores norte-americanos, tais como Liz Cheney, afirmaram que as técnicas de tortura não apenas ajudaram a chegar a Bin Laden, como também defende o uso de tais técnicas, já que seriam meios imprescindíveis na guerra contra o terror, ainda está em vigência nos EUA .

Críticos e defensores de direitos civis e humanos logo rebateram tais afirmações, alegando que os maus tratos guiados pela CIA no seu sistema de prisões negras tiveram fim de 2006. Ora, apontam que se demorou mais cinco anos para se encontrar Bin Laden, ou seja, se os interrogatórios com tortura efetivamente tivessem eficácia, teria se encontrado Bin Laden muito antes.

De acordo com os mesmos, foram técnicas de inteligência e espionagem modernas, e interrogatórios normais que levaram ao rastro de Bin Laden, portanto, justificando que a tortura é totalmente ilegal e injustificada.

Em tal texto menciona-se ainda relato do deputado nacional e conselheiro de segurança John Brennan o qual foi questionado diretamente em canal televisivo acerca do uso da tortura para rastreamento de Bin Laden e o mesmo afirmou que tal fato não seria de seu conhecimento.

A democrata Dianne Feinstein chefe do Comitê de Inteligência do Senado afirmou que não existiam evidências do uso de tortura no caso, mas que ainda se estava investigando. Talvez seja um modo de sair pela tangente pelas autoridades dos EUA, a fim de não confirmar a violação dos direitos humanos na era de Obama.

Diz-se que em 2005, com a captura pela CIA de Abu Farraj al-Libbi, libanês que seria diretor de operações externas do Al-qaeda e que ficou algum tempo em uma das prisões negras da CIA, e, posteriormente, foi encaminhado para Guantánamo, foi que houve a revelação de toda sistemática do Al-qaeda, o que teria levado, mais tarde, ao rastro de Bin Laden.

Isto serve de base para os conservadores para justificarem a tortura em interrogatórios. Abu Ahmad al-kuwaiti, informante do Al-qaeda, foi apontado, porém, como o principal sujeito para o rastreamento de Bin Laden.

Na realidade talvez, por ora, seja difícil saber se de fato houve ou não o uso de tortura para a captura de Bin Laden, mas que a mesma não necessariamente surtiu os efeitos desejados, pois, até o momento, não se confirmara todos os atuantes para a

consequência do 11 de setembro, bem como ainda se mantém Guantánamo, enfim, o 11 de setembro ainda não tornou-se questão resolvida, e a morte de Osama Bin Laden apenas confirmou tal fato.

A questão agora é, continua-se a guerra contra o terror e, conseqüentemente, mantém-se Guantánamo?

De acordo com Andy Worthington, a morte de Bin Laden delineia o seguinte quadro, qual seja, não há fim para a guerra contra o terror, assim como não há fim para Guantánamo.

Ora, com a morte de Osama Bin Laden, o presidente Barack Obama teria uma ótima oportunidade para colocar fim a longa década de guerra contra o terror, conseqüentemente, com a retirada das tropas do Afeganistão e fechamento da prisão de Guantánamo.

A justificativa tanto para a invasão do Afeganistão em outubro de 2001, como para a criação de Guantánamo em janeiro de 2002, teve como base a autorização para o uso de força militar sancionada pelo Congresso norte-americano em 14 de setembro de 2001.

Com a morte de Bin Laden, a rota deveria agora estar aberta para o presidente Obama seguir a autorização retro descrita, e, já que a finalidade teria sido cumprida, com a referida morte, retirar os EUA do Afeganistão.

Igualmente, defende Andy Worthington, que a saída do Afeganistão justificaria o fechamento de Guantánamo, e o Governo deveria ter a oportunidade de voltar-se para as políticas que serviam perfeitamente a todos antes do 11 de setembro, ou seja, julgar aqueles envolvidos em cortes civis federais, manter soldados como prisioneiros de guerra sob a proteção das Convenções de Genebra, ou seja, as regras de direito humanitário, e libertá-los no final das hostilidades.

Isto, entretanto, é uma sugestão um tanto sensível para aqueles que, ao invés de aceitar a morte de Bin Laden como um fim lógico para uma década de guerra contra o terror, guerra essa que foi igualmente prejudicial, cara, legal e moralmente desastrosa, querem exatamente o contrário, qual seja, ampliar ainda mais a guerra contra o terror e usar a morte de Bin Laden como uma desculpa para manter aberta a prisão de Guantánamo.

É interessante observar que políticos do Congresso norte-americano, como o republicano Buck McKeon, defendem que a ordem que em 2001 autorizou o presidente Bush a usar todos os meios possíveis na então intitulada guerra contra o terror fosse atualizada, vez que o Al-qaeda e o Talebã, ao seu ver, ainda apresentam ameaça contra os EUA.

Ora, com o decenário do 11 de setembro, mais uma vez se reafirma a inclinação da manutenção de Guantánamo como um dos instrumentos nessa ainda guerra contra o terror.

Diante da proposta de McKeon, Andy Worthington pontua a falta de embasamento da mesma, a qual ainda envolve a abertura de outros campos de batalha em países como Paquistão e Yêmen, por exemplo.

Ao mesmo passo em que traz novo olhar sobre um problema básico, qual seja, a instituição da guerra contra o terror desde seu início, e que agora já deveria estar aspirando seu final, ao invés de se manter-se indefinidamente

Pontua ainda a persistente confusão pela ala conservadora do Congresso norte-americano, entre o Talebã, os quais lutam em guerra civil no Afeganistão entre etnias, e o Al-qaeda, uma organização terrorista.

A falha cometida pela administração Bush em não distinguir Talebã e o Al-qaeda refletiu naqueles apreendidos e aprisionados em Guantánamo, os quais foram denominados combatentes inimigos e taxados como terroristas, quando, na realidade, de acordo com documentos e arquivos publicados pela organização Wikileaks, na realidade, apenas pouquíssimos prisioneiros foram genuinamente acusados em envolvimento com terrorismo.

Como resultado, a prisão foi responsável por demonizar e prender soldados ao invés de suspeitos de terrorismo e isso ainda é uma realidade até hoje, com 172 homens ainda detidos, assim como foi na época em que Guantánamo abriu.

Ora, de acordo com Worthington, apesar da proposta de McKeon, isso não implica que necessariamente o Governo de Obama aprovaria tal reforma.

Por seu turno, Jonh Brennan, o conselheiro do Governo de Segurança Nacional e Contraterrorismo, sugeriu que a morte de Bin Laden e as revoltas pró-democracia no oriente eram o prelúdio para o fim do Al-qaeda, o que poderia dar um

prelúdio, talvez, do início do declínio da política antiterror, muito embora, diante da posição conservadora do Congresso, isso ainda esteja longe de ser visualizado.

De outra banda, a questão da proposta da reforma por McKeon, traz maiores preocupações, tal como já dito, em relação à manutenção de Guantánamo, e tal proposta, se aprovada, manteria Guantánamo indefinidamente.

Ora, a reintrodução das comissões militares tendo em vista a possível ameaça trazida pelos detentos de Guantánamo evita a transferência dos mesmos para solo dos EUA e torna praticamente impossível a transferência dos mesmos para outros países e previne a administração de comprar ou adaptar prisão em solo dos EUA.

Em 11 de maio deste ano, seis senadores norte-americanos apresentaram o ato detendo terroristas para a segurança da América, baseado em uma resposta de direita em relação à morte de Bin Laden que defendeu a importância de detenções como Guantánamo e tortura para a localização de Bin Laden. Tal ato ainda propõe a proibição expressa de transferência de prisioneiros de Guantánamo prevenindo o presidente de fechar tal prisão.

Ora, como toda essa oposição esta difícil de ver a paz ser restabelecida com a morte de Osama Bin Laden.

A guerra contra o terror e a manutenção de Guantánamo reflete uma longa luta em relação aos atos terroristas e a manutenção da segurança nacional a longo prazo.

A realidade é que não se tem como manter o que os EUA querem que é determinar que permanentemente o seu Estado não mais irá sofrer qualquer tipo de investida terrorista. Porém, enquanto existir miséria, exclusão, intolerância e luta pela hegemonia e pelo poder, existirá o que se denomina de terrorismo e os atos a ele relacionados.

E o terrorismo que não vem, apenas de grupos extremistas como o Al-Qaeda. Terrorismo praticado também por potências tais como o próprio EUA. E se for depender da visão de defesa nacional da ala conservadora dos EUA, Guantánamo estará muito longe de fechar.

Tal como bem pontuou Karen Greenberg, diretora executiva do Centro de Segurança e Direito da Universidade de Nova York, os EUA precisam antes de qualquer

coisa absorver o significado da morte de Bin Laden e parar para pensar e repensar, pois a ideia de continuar reagindo e não ter um tempo de análise de tudo e simplesmente inaceitável.

Já se passaram dez anos do incidente que gerou um marco na história norte-americana e na história do mundo, ao mesmo passo em que se completam nove anos da criação da prisão em Guantánamo. Por isso a análise, Guantánamo, fim ou continuidade? A morte de Osama Bin Laden, tido como o mentor dos ataques de 11 de setembro de 2001, não deveria ser um marco para sinalizar o fim de era de guerra contra o terror, e, conseqüentemente, o fim de Guantánamo?

Entretanto, tal como reflete a ala conservadora do Congresso norte-americano, a manutenção de Guantánamo é um sinal de que ainda a figura de Osama Bin Laden esta mais do que viva, amedrontando o imaginário norte-americano no que tange as questões de segurança nacional e política antiterrorista, o que coloca em xeque o fechamento da prisão de Guantánamo em futuro próximo.

4. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: BREVES CONSIDERAÇÕES EM RELAÇÃO AOS PRISIONEIRO DE GUANTÁNAMO E OSAMA BIN LADEN

Outra questão que se faz presente é se com o advento do Tribunal Penal Internacional - TPI, como Corte competente para julgar pessoas que cometeram os crimes previstos pelo Estatuto de Roma, quais sejam: genocídio, crimes de guerra, crimes contra humanidade e crimes de agressão, esses últimos ainda pendentes de tipificação, se o mesmo teria competência para julgar os detentos de Guantánamo.

Ora, primeiramente, algumas considerações serão tecidas acerca da aludida corte internacional.

De acordo com José Cretella Neto⁹⁴, o TPI é competente para julgar acusados de crimes cujos efeitos não se circunscrevem à esfera pessoal dos indivíduos, mas que por seu caráter sistemático e pela gravidade das violações atingem toda a humanidade.

Conforme preceitua o preâmbulo do estatuto de criação do TPI, este foi idealizado para se pronunciar sobre os crimes mais graves que preocupam a comunidade internacional em seu conjunto.

No entanto, vale observar que tal como bem pontuou José Cretella Neto, o sistema do TPI é um regime de jurisdição limitado, vez que o seu próprio Estatuto de criação apenas prevê a sua competência nos casos para os quais o Estado, no qual foi cometido o crime ou o da nacionalidade do acusado, não tenha aceito a jurisdição.

O TPI não se destina a substituir os tribunais dos Estados em matéria de repressão aos crimes internacionais, nem tem preferência para julgá-los. O juiz criminal internacional somente poderá intervir quando se tratar de situações de sua

⁹⁴ CRETELLA NETO, José. Curso de Direito Internacional Penal. Ijuí: Ed. Unijui.2008.

competência quando não forem objeto de um inquérito ou de um procedimento judiciário, conforme as regras do devido processo legal em nível nacional.

Ora, o Tribunal Penal Internacional⁹⁵ foi criado pelo Estatuto de Roma, em 1998. Por seu caráter permanente, distingue-se dos dois tribunais *ad hoc* instalados por Resolução do Conselho de Segurança da ONU, exclusivamente para julgar crimes cometidos durante um determinado período nos territórios da extinta Jugoslávia e em Ruanda. Distingue-se também desses tribunais por ser um Tribunal independente do sistema das Nações Unidas.

O Estatuto de Roma é um tratado, que entrou em vigor em 2 de julho de 2002, valendo observar que os Estados Unidos até o presente não assinaram ou ratificaram tal Estatuto, não reconhecendo, pois, a competência do TPI. Por outro lado, o Afeganistão é signatário de tal Estatuto.

Mister frisar que, tal como já retro dito, o TPI exerce jurisdição sobre pessoas, e em relação aos crimes mais graves de transcendência internacional, sempre tendo um caráter complementar às jurisdições internas. Desta forma é que o TPI não possui competência direta e sim indireta, vez que apenas vai atuar quando o Estado com jurisdição competente ou não tiver condições de julgar, inclusive sob o temor de parcialidade, ou porque não tomou as medidas legais cabíveis em tempo hábil, a fim de não deixar perecer, prescrever, precluir o crime de competência subsidiária do TPI.

Ora, deste modo é que o TPI poderá exercer sua jurisdição sempre que esgotadas, ou falhas, as instâncias internas dos Estados.

A competência do TPI vem descrita no Artigo 5 do Estatuto de Roma, a qual define que tal Corte tem competência para julgar os seguintes crimes: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão.

Os artigos 6 a 8 do Estatuto de Roma prevê a tipificação básica dos delitos de genocídio, de crimes contra a humanidade e de crimes de guerra. Entretanto, é importante pontuar que o crime de agressão, segundo previsão do Artigo 5, será submetido à competência da Corte apenas após a aprovação de emenda ao Estatuto,

⁹⁵ STEINER, Sylvia. Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Tribunal+penal+internacional>>.

na forma prevista nos seus Artigos 121 e 123. Ou seja, não há tipificação ainda desta modalidade de crime.

Ora, como elementos básicos, apresenta o Estatuto, no seu Artigo 6, que o crime de genocídio é qualquer ato praticado com intenção de destruir, total ou parcialmente, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso.

Em seu Artigo 7, define os crimes contra a humanidade como aqueles cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil. Dentre as diversas condutas arroladas, destacam-se as condutas de homicídio, escravidão, deportação forçada da população, tortura, violações sexuais, desaparecimentos forçados e o *apartheid*.

Os crimes de guerra, apresentados no Artigo 8, por sua vez, são aqueles cometidos como parte de um plano ou política de cometimento de tais atos em grande escala, e os que estejam previstos nas Convenções de Genebra de 1949, cometidos em situações de conflitos armados internacionais ou internos.

Dentre outros, estão previstos os crimes de homicídio, tortura, a tomada de reféns, os ataques intencionais contra a população civil que não participa das hostilidades, o ataque a pessoal e material de órgãos humanitários ou hospitais, as violações sexuais, o uso de armas de guerra que tragam sofrimento desnecessário.

Imprescindível observar, entretanto, que o TPI exerce sua competência em relação a crimes cometidos após a entrada em vigor do Estatuto, o que se deu no início de julho de 2002. Para os Estados que aderiram posteriormente, a competência só poderá ser exercida sobre os fatos cometidos após a entrada em vigor para esse Estado, conforme reza o artigo 11 do Estatuto de Roma, salvo manifesto interesse do Estado em aceitar a competência do TPI retroativa à entrada em vigor do Estatuto.

Os Estados, ao ratificarem o Estatuto, aceitam sua competência, e somente sobre estes o TPI poderá exercer sua jurisdição. Em outras palavras, a Corte só tem jurisdição sobre os crimes cometidos no território desses Estados, ou se cometidos por um de seus nacionais, tal como dispõe o artigo 12 do Estatuto de Roma.

Como exceção à regra, o Tribunal poderá exercer sua jurisdição sobre qualquer situação a ele remetida pelo Conselho de Segurança da ONU, não

importando, nesse caso, se o crime tiver sido cometido em território de Estado-Parte, ou por nacional de Estado-Parte.

A iniciativa da investigação fica a cargo do Procurador Geral, de ofício ou por provocação do Estado-Parte, ou do Conselho de Segurança da ONU, conforme reza o artigo 13 do Estatuto de Roma. Em razão dessa regra, e como garantia da própria independência do Tribunal, uma série de normas asseguram a independência do Procurador Geral, que tem poderes investigativos amplos, tal como preceitua o artigo 15.

Mister se faz frisar que o TPI rege-se pelo princípio da complementaridade. Não antecede, nem tem primazia sobre os sistemas judiciais internos. Ao contrário, para exercer sua jurisdição exige-se que sejam reconhecidos uma série de requisitos atinentes à admissibilidade, orientados especialmente na questão referente à capacidade ou vontade de um Estado em exercer sua jurisdição primária.

Assim é que vem expressa a previsão do exercício de sua competência sempre que um Estado não esteja disposto a levar a cabo a investigação dos fatos, ou não possa fazê-lo. Prevê-se ainda a hipótese em que esteja em curso procedimento interno, mas conduzido de forma a demonstrar que tal procedimento seja incompatível com uma real intenção de apurar responsabilidades, conforme dispõe o artigo 17 do Estatuto de Roma.

Outrossim, o Estatuto de Roma, e suas regras de procedimento, espelham um sistema procedimental no qual vêm expressos os direitos internacionalmente reconhecidos como direitos fundamentais das pessoas submetidas à persecução penal. Dentre eles, o princípio da legalidade dos delitos (Artigo 22) e das penas (Artigo 23), o da irretroatividade (Artigo 24) e a impossibilidade de julgamento à revelia (Artigo 63).

O Estatuto de Roma prevê ainda que sejam imputáveis apenas os maiores de dezoito anos. Não se reconhecem as imunidades tradicionais do Direito Internacional em razão de cargo ou função, e a exigente de estrita obediência a ordens superiores hierárquicas, exceto para os crimes de guerra, tal como dispõe o artigo 33.

De outra banda, mister se faz pontuar que o Estatuto prevê expressamente o direito à indenização por erro judiciário, conforme reza o artigo 85 do Estatuto de Roma.

Diante do todo esposado, no que tange os prisioneiros de Guantánamo, esbarramos nos seguintes empecilhos no que tange atribuir a competência do TPI para julgar os referidos prisioneiros.

Primeiro, os EUA, país que possui a custódia dos detentos de Guantánamo não aderiu ao Estatuto de Roma, o que, por si só, já poderia eliminar a possibilidade de atuação do TPI no que concerne aos detentos de Guantánamo.

Isto porque os supostos crimes que levaram a detenção dos prisioneiros de Guantánamo se deram em solo dos EUA, pelo que tem esse Estado a jurisdição sobre tais detentos, a princípio.

Isso sem contar que os crimes terroristas cometidos nos EUA se deram em 2001, antes, pois, da entrada em vigor do Estatuto do TPI, o que também eliminaria a suposta vontade do Afeganistão ou outros países que tenham ratificado o Estatuto de Roma e que seus nacionais foram detidos em Guantánamo, de clamar a competência do TPI, a priori.

Portanto, não se pode olvidar o fato de que o TPI exerce sua competência em relação a crimes cometidos após a entrada em vigor do Estatuto, o que se deu no início de julho de 2002; ora, os atentados de 11 de setembro ocorreram em 2001, pelo que, pela questão também temporal, seria afastada a competência do TPI no caso em vertente.

Outrossim, vale observar que o sistema do TPI é um regime de jurisdição limitado, vez que o seu próprio Estatuto de criação apenas prevê a sua competência nos casos para os quais o Estado, no qual foi cometido o crime ou o da nacionalidade do acusado, não tenha aceito a jurisdição.

Ora, com o advento da Ordem Executiva de 22.01.2009, que reza acerca do fechamento de Guantánamo, os EUA, através do Órgão de Revisão, pretente revisar caso a caso da situação legal dos detentos de Guantánamo, não afastando, outrossim, a sua competência no que tange o julgamento daqueles que cometeram crimes passíveis de julgamento, ficando, pois, sua jurisdição sobre os mesmos.

Porém, como já estudado, o TPI não se destina a substituir os tribunais dos Estados em matéria de repressão aos crimes internacionais, nem tem preferência para julgá-los, sempre tendo um caráter complementar às jurisdições internas. Desta forma é que o TPI não possui competência direta e sim indireta.

Outra grande problemática é acerca da tipificação dos crimes terroristas dentro do âmbito de competência do TPI.

Ora, não se pode olvidar que muito embora se analisarmos os atos terroristas, os mesmos poderiam ser enquadrados como crimes contra a humanidade, entretanto, não há a tipificação específica de atos terroristas que os enquadrem em tal denominação, não havendo, deste modo, o enquadramento do terrorismo como crime passível da jurisdição do TPI.

Neste sentido, mister pontuar que ao olhar a tipificação de crimes de genocídio e crimes contra a humanidade, como já dito, fica difícil não associar tais descrições aos atos terroristas praticados em 11 de setembro de 2001, o que, por conseguinte, se associa à competência do TPI.

Não obstante, conforme bem defende Cretella Neto (2008)⁹⁶, ao se deixar de tratar o terrorismo como crime internacional autônomo, enquadrando-o imprecisamente em outras categorias, se conduzirá ao enfraquecimento da aplicação de inúmeras convenções internacionais que impõe aos Estados a criminalização das condutas terroristas em seus ordenamentos jurídicos internos.

Portanto é que para que o TPI exerça a sua jurisdição sobre crimes, atos terroristas, a ONU e o Conselho de Segurança, bem como toda a comunidade internacional, devem dispor de medidas a fim de que tais atos sejam tipificados como crimes de terrorismo, tornando-os efetivamente crimes passíveis da jurisdição do TPI, dentro, claro, das condições de jurisdição de caráter complementar e indireto de tal Corte Internacional.

Não obstante, tal como foi dito anteriormente, o artigo 11 do Estatuto de Roma, um Estado por manifestar interesse em aceitar a competência do TPI retroativa à entrada em vigor do Estatuto.

⁹⁶ CRETELLA NETO, José. Terrorismo Internacional: inimigo sem rosto – combatente sem pátria. Campinas, SP: Ed. Millennium, 2008. Pg. 233 a 236

Igualmente, o Tribunal poderá exercer sua jurisdição sobre qualquer situação a ele remetida pelo Conselho de Segurança da ONU, não importando, nesse caso, se o crime tiver sido cometido em território de Estado-Parte, ou por nacional de Estado-Parte.

Deste modo é que poder-se-ia, nessas hipóteses, submeter-se os prisioneiros de Guantánamo à jurisdição do TPI. Entretanto como nenhum Estado envolvido se manifestou nesse sentido, até porque os EUA assumiu para si toda a jurisdição.

Igualmente, muito embora a ONU tenha condenado moralmente a criação e a manutenção de Guantánamo, nada tem feito no plano efetivo para que a mesma seja fechada ou para que o Conselho de Segurança da ONU se manifeste para tanto.

Mesmo porque não podemos esquecer que os EUA é o mais forte membro e permanente do Conselho de Segurança da ONU, e, já que os EUA assumiu a jurisdição sobre tais prisioneiros, resta, pois, afastada a atuação do TPI, não por total incompetência, mas muito mais por total falta de interesse dos EUA.

Ainda vale a pena pontuar que muito embora o terrorismo não seja crime tipificado no Estatuto de Roma, os crimes lá elencados poder-se-iam ser imputados aos atos cometidos no 11 de setembro, por exemplo, já que tratou-se de crimes contra a humanidade sem sombra de dúvida.

O mesmo pode-se dizer em relação a Osama Bin Laden. Os crimes por ele cometidos também poderiam ser enquadrados dentro das tipificações previstas no Estatuto de Roma, pelo que, ao invés de ser morto, o mesmo poderia ter sido levado a julgamento.

Inclusive, os EUA poderiam até assumir a jurisdição sobre Bin Laden já que o mesmo declaradamente assumiu os atos referentes ao 11 de setembro de 2001, na qualidade de líder do Al-qaeda.

Para tanto, porém, os EUA deveriam submetê-lo a julgamento, em consonância com as regras de direito público interno e/ou internacional. Não obstante, os EUA preferiram matar o líder do Al-qaeda, assim, mais uma vez, a discricionariedade do Governo se sobrepôs às regras do direito, tanto interno, quanto internacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme dados fornecidos pelo jornal norte-americano *The New York Times*⁹⁷, das 779 pessoas que foram aprisionadas na base militar dos EUA na baía de Guantánamo, 600 foram transferidas, seja para o país de origem ou para um terceiro país, sete morreram sob a custódia do Governo norte-americano, e 172 continuam sob prisão.

Tais prisioneiros estão à espera que os órgãos de revisão estabelecidos tanto na Ordem Executiva de janeiro de 2009, quanto na Ordem Executiva de março de 2011, ambas emitidas por Obama, revisem suas situações legais e determinem qual o seu destino.

Ou seja, se serão julgados, se serão libertados, se serão enviados para o seu país de origem ou para um terceiro país, ou para o próprio solo norte-americano.

Ora, a prisão da baía de Guantánamo é sem sombra de dúvida um dos símbolos mais emblemáticos de violações e desprezo ao regime internacional de Direitos Humanos e de Direito Humanitário, esse previsto substancialmente nas Convenções de Genebra de 1949, construído nos últimos sessenta anos.

Isto porque, ao conferir aos detentos o status de combatentes ilegais, os EUA se fizeram valer de tal denominação a fim de afastar dos mesmos as legislações acima referidas, tendo violado preceitos básicos de direitos humanos ao torturar os detentos, e negar-lhes e/ou limitar o acesso deles ao devido processo legal, e, conseqüentemente, à ampla defesa. E, para completar o quadro de tal conjuntura, os prisioneiros não possuíam perspectiva de libertação, sem contar, como já dito, a ausência de fundamentação legal no que tange o motivo para suas acusações e aprisionamento.

Por seu turno, em janeiro de 2009, o presidente eleito dos EUA, Barack Obama, honrando o intuito de fechar um dos mais emblemáticos símbolos da era Bush e um dos principais instrumentos na dita guerra contra o terror, assinou ordem executiva onde regulamentou e instituiu o fechamento da prisão de Guantánamo dentro do exíguo prazo de um ano.

⁹⁷ Fonte: *The New York Times*. Disponível em: <<http://projects.nytimes.com/guantanamo>>.

Não se pode negar que tal fato foi uma tentativa da Casa Branca de reparar a péssima imagem que a era Bush deixou, visando, pois, quebrar a imagem de tal país como grande violador dos direitos humanos e do direito humanitário.

Eis porque a Ordem Executiva de 22.01.2009 prevê a adequação do tratamento deferido aos detentos às disposições do artigo 3º comum a todas as Convenções de Genebra.

Entretanto, conforme se depreende da análise da supracitada Ordem Executiva, muito embora se tenha tido a intenção de pôr fim à controvertida prisão de Guantánamo, não se pode olvidar que a mesma possui lacunas fundamentais.

Primeiro, em momento algum em tal Ordem se discute a questão da definição do status legal dos detentos de Guantánamo, mantendo-se, pois, a definição dada na era Bush de combatentes ilegais ou inimigos.

A Ordem em questão, portanto, conferiu aos detentos proteção pelo artigo terceiro comum a todas as Convenções de Genebra, sem, porém, alterar o status legal dos detentos, conferido na administração Bush.

De outra banda não foi discutida a questão da legalidade das prisões, nem a questão do respeito ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório. Conferiu-se o acesso aos detentos ao instrumento jurídico do *habeas corpus*, mas não se questionou, por exemplo, os assuntos concernentes à falta de elementos probatórios que pudessem manter as prisões em Guantánamo.

Outro ponto crucial é a destinação efetiva dos prisioneiros remanescentes de Guantánamo. Isto porque dos 250 que ainda restavam remanescentes à época da edição de tal ordem executiva, apenas 35 tiveram seus casos solucionados.

Ora, estamos em 2011, e provavelmente diante do fato de ter expirado o prazo determinado para fechamento de Guantánamo, Obama editou a Ordem Executiva de março de 2011, instituindo a volta das comissões militares para revisão e julgamento dos prisioneiros remanescentes, não tendo estabelecido nenhum novo prazo para fechamento de Guantánamo.

De fato, tal ordem representa um retrocesso no que tange o destino da prisão de Guantánamo, posto que diante dos termos da referida Ordem Executiva, tal prisão simplesmente não tem qualquer garantia de ser efetivamente fechada em curto

prazo. E diante desse quadro pitoresco 172 prisioneiros ainda estão com seus destinos incertos.

Ora, na realidade, poucos detentos tiveram sua destinação dada pelo indigitado governo dos EUA, tais como os seis chineses de etnia uighur, quais sejam, Ahmad Tourson, Abdul Ghappar Abdul Rahman, Edham Mamet, Anwar Hassan, Dawut Abdurehim e Adel Noori, os quais foram transferidos para o país de Palau.

Ou como o caso do kwatiano Fouad al Rabiah, o qual foi acusado de emprestar dinheiro a Osama Bin Laden durante uma viagem ao Afeganistão em julho de 2001, e ficou detido em Guantánamo por quase oito anos, tendo a Corte Federal norte-americana decidido que o mesmo não tinha envolvimento com o terrorismo e decidiu pela sua libertação e envio ao seu país de origem: o Kuwait.

Há casos como o de Saber Lahmar, o qual estava preso em Guantánamo desde janeiro de 2002, acusado de estar envolvido com um plano de ataque à embaixada norte-americana de Sarajevo, porém, ano passado a Corte Federal de Washington, após apreciar seu pedido de *habeas corpus*, julgou que o Governo norte-americano não possuía nenhuma prova contra o mesmo e que sua prisão era ilegal, pelo que determinou a sua libertação. Em novembro de 2009 o mesmo foi transferido para a França.

Neste sentido, vale observar que, de acordo com fonte do jornal *The New York Times*⁹⁸, desde a decisão de 2008 da Suprema Corte que permitiu a todos os detentos de Guantánamo ter pleno direito de questionar a legalidade de suas prisões por meio de *habeas corpus* a serem apreciados por Cortes Federais, cerca de 40 petições de *habeas corpus* foram apreciadas e 30 foram julgadas a favor dos detentos. Entretanto das 30 ordens de soltura, apenas 10 foram cumpridas.

Por sua vez, crucial é a ação do Congresso norte-americano no que tange a prisão de Guantánamo, vez que se tem criado leis que impediram a consecução da Ordem Executiva de 2009, proibindo a transferência de prisioneiros para solo norte-americano, para fins de julgamento por cortes civis federais.

Outrossim, o Congresso proibiu a utilização de recursos para fechamento de tal prisão. Deste modo, tais políticas, de fato, engessam totalmente a administração

⁹⁸BERNSTEIN, Richard. A detainee freed, but not released. Disponível em: <www.nytimes.com/2009/09/24iht-letter.html?pagewanted=print>.

de Obama no sentido de envidar esforços para fechar definitivamente a prisão de Guantánamo.

Inclusive, faz com que tal administração entre em contradição, vez que, antes, com a Ordem de 2009, o presidente Obama suspendeu as Comissões Militares de julgamento, e, a partir da Ordem Executiva de 2011, já trouxe novamente tal figura como sendo a forma dos julgamentos dos remanescentes de Guantánamo.

No entanto, tal Governo já havia decidido que detentos tais como Khalid Shaikh Mohammed, pessoa que se descreveu como autor dos ataques de 11 de setembro, iria ser julgado pela Corte Federal Civil de Nova York.

Ou seja, o Governo de Obama está literalmente perdido no que tange a implementação de ações que venham conferir legalidade, humanidade, coerência com a normatividade internacional e desfecho da prisão de Guantánamo.

A comemoração dos 10 anos do 11 de setembro de 2001 e a morte de Osama Bin Laden tampouco ajudaram ao desfecho de tal sistema prisional, vez que apenas se aumentou o sentimento patriótico de que a política anti-terror deveria continuar, a fim de se tentar manter firme e segura a grande potência que são os EUA, em meio a tantas crises que vem enfrentando, colocando em xeque sua durável hegemonia mundial.

Outra questão crucial é a definição de que crimes seriam tipificados pela legislação dos EUA, a fim de se considerarem crimes passíveis de punição e julgamento os atos cometidos por aqueles que não forem considerados aptos a serem libertados ou transferidos para outros países.

De outra banda, no caso de transferência de prisioneiros para um terceiro país, mas não classificados para libertação e sim para serem julgados nesse terceiro país, não se pode esquecer da heterogeneidade no que tange à tipificação criminal e aplicação de pena para prisioneiros que podem ter cometido digamos o mesmo tipo de agressão, se um for enviado para Portugal e outro para o Kwait, por exemplo, haja vista a peculiaridade de cada regime, de cada sistema jurídico.

Portanto, dez anos se passaram desde o acontecimento do 11 de setembro de 2001, e mais de nove anos da existência da prisão de Guantánamo; não obstante, ante toda problemática anteriormente discutida, fica difícil acreditar que o presidente

Barack Obama consiga efetivamente fechar tal prisão em futuro certo, bem como que efetivamente dê destinação adequada a cada um dos seus prisioneiros remanescentes.

Além disso, não se pode olvidar ainda os grandes danos do ponto de vista físico, moral e material causado às vidas dos prisioneiros, bem como dos seus familiares, danos esses irreparáveis.

Não obstante, sem sombra de dúvida, apesar das lacunas ainda remanescentes na política Obama em relação a Guantánamo, não se pode deixar de pontuar que a mesma constituiu um grande avanço em comparação com a situação dos prisioneiros na era Bush, principalmente porque assegurou aos mesmos os mecanismos de proteção previstos no artigo 3º comum às Convenções de Genebra, com a proibição efetiva de torturas e tratamentos humilhantes.

Por fim, apesar das críticas tecidas anteriormente, conclui-se que ao menos, apesar de distante o sonho de fechamento de Guantánamo, que ainda é uma aberração para o Direito Internacional Público, e, porque não, para o Direito Interno dos EUA, a administração Obama teve papel ímpar no sentido de propiciar a possibilidade da revisão da situação legal de cada um dos prisioneiros remanescentes, conferindo aos mesmos a esperança de ter algum futuro, mesmo que ainda incerto, colocando uma pausa na situação de total obscuridade em que se encontravam todos os prisioneiros de Guantánamo durante a era Bush.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BERNSTEIN, Richard. **A detainee freed, but not released**. Disponível em: <www.nytimes.com/2009/09/24iht-letter.html?pagewanted=print>.

BRUNO, Greg. **Judging Guantanamo: The Court, Congress and the White House**. Disponível em: <http://www.cfor.org/publication/11025/judging_guantanamo.html>.

COMITÉ Internacional de La Cruz Roja. **Derecho Internacional Humanitário y Terrorismo: respuestas a preguntas claves**. Buenos Aires. 2004.

COMITÉ Internacional da Cruz Vermelha. Texto disponível em: <<http://www.icrc.org/web/por/sitepor0.nsf/htmlall/ihl?OpenDocument>>.

CONSTITUIÇÃO Norte-Americana. Disponível em: <<http://www.usconstitution.net/const.html>>.

CONVENÇÃO de Genebra de 12/08/1949. Disponível em:
<<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-conv-IV-12-08-1949.html>>.

CHOMSKY, NOAM. **11 de setembro.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

_____ **Poder e terrorismo: entrevistas e conferências pós-11 de setembro.** Rio de Janeiro: Record, 2005.

_____ **My Reaction to Osama bin Laden's Death.** Disponível em:
http://www.guernicamag.com/blog;2652/noam_chomsky_my_reaction_to_os/.

CRETELLA NETO, José. **Curso de Direito Internacional Penal.** Ijuí: Ed. Unijuí, 2008.

_____ **Terrorismo Internacional: inimigo sem rosto – Combatente sem pátria.** Campinas, SP: Ed. Millennium, 2008.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem de 1948. Disponível em:
<<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh.html>>.

GOMES, Eduardo e REIS, Tarcísio (org). **Desafios do Direito Internacional no século XXI.** Ijuí: Ed. Unijuí, 2007.

GÓMEZ, José Maria. **Soberania imperial, espaços de exceção e o campo de Guantánamo. Desterritorialização e confinamento na "guerra contra o terror".** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-292008000200002&script=sci_arttext>.

JOHN GARCIA, Michael e outros. **Closing the Guantánamo Detention Center: legal issues.** Disponível em: <[HTTP://opencrs.com/document/R40139/](http://opencrs.com/document/R40139/)>.

KHAN, Mahvish Rukhsana. **Diário de Guantánamo: Os Detentos e as histórias que eles me contaram.** São Paulo: Larousse do Brasil, 2008.

MAZZETTI, Mark and GLABERSON, William. Disponível em: <
http://www.nytimes.com/2009/01/22/us/politics/22gitmo.html?_r=>.

MARGULIES, Joseph. **Guantánamo and the abuse of presidential Power.** New York: Simon & Schuster paperback, 2006.

OBAMA, Barack. Executive Order of 2009 and 2011. Disponível em:
<http://www.whitehouse.gov/the_press_office/Closure_Of_Guantanamo_Detention_Facilities/>.

SEITENFUS, Ricardo (org). **Legislação Internacional.** Barueri, SP: Manole, 2009.

STEINER, Sylvia. **Tribunal Penal Internacional.** Disponível em:<<http://www.esmpu.gov.br>>.

WALLERSTEIN, Immanuel. **Os Estados Unidos e o mundo: as Torres Gêmeas como metáfora.**

WASHINGTON Post. **Guantánamo Bay Timeline.** Disponível em:
<http://projects.washingtonpost.com/guantanamo/timeline>.

WORTHINGTON, Andy. **The Guantánamo Files: the stories of the 774 detainees in America's illegal prison.** London: Pluto Press, 2007.

_____ **No End to the "War on Terror", No End to Guantánamo.**
Disponível em:<<http://www.andyworthington.co.uk>>.

ANEXOS

ANEXO I - CRONOLOGIA – PRISÃO DE GUANTÁNAMO. ⁹⁹

2001

- 11 de setembro: quase três mil pessoas morrem em consequência dos atentados ao World Trade Center de Nova York e em Washington.

⁹⁹ Fonte: Washington Post. Disponível em: <
<http://projects.washingtonpost.com/quantanamo/timeline>>.

- 14 de setembro: o Congresso autoriza o presidente dos Estados Unidos, George W. Bush, a empregar a força contra "nações, organizações e indivíduos" que, na sua opinião, estejam relacionados com os ataques ou com futuros atos de terrorismo.

- 7 de outubro: os EUA lideram uma ação militar contra o Governo Talebã e membros da Al-Qaeda no Afeganistão.

- 13 de novembro: Bush emite uma ordem militar sobre a "detenção, tratamento e julgamento de certas pessoas, na guerra contra o terrorismo", autorizando o Pentágono a deter, indefinidamente e sem acusações, cidadãos não-nascidos nos EUA, e proíbe que os detidos sejam submetidos a processos em tribunais americanos, estrangeiros ou internacionais.

- 28 de dezembro: o Departamento de Justiça envia ao Pentágono um memorando no qual assinala que os tribunais federais não deveriam levar em conta os pedidos de "habeas corpus" que pudessem ser feitos pelos "estrangeiros inimigos" detidos na base.

2002

- 11 de janeiro: um grupo de 20 detentos chega na baía de Guantánamo, e foram enviados para o "*Camp X-Ray*", onde eles foram aprisionados em celas sem teto e chãos de concreto; o Comitê da Cruz Vermelha fez sua primeira visita seis dias depois.

- 18 de janeiro: o presidente Bush decide que os detentos, na qualidade de terroristas seriam desqualificados como prisioneiros de Guerra, o que afastaria a sua proteção pelas Convenções de Genebra; 22 de janeiro, após a marinha divulgar uma foto em que os prisioneiros apareciam usando máscaras, o secretário de Defesa Donald Rumsfeld defendeu a carceragem dos supostos terroristas.

- 27 de janeiro de 2002: o vice-presidente chama os detentos “os piores dos piores; eles são muito perigosos; eles estão obstinados a matar milhões de americanos”.
- 7 de fevereiro: Bush assina um memorando no qual se estipula que nenhum Talebã ou membro da Al-qaeda detido será considerado prisioneiro de guerra.
- 12 de fevereiro de 2002: oficiais americanos dizem a que a prisão na baía de Guantánamo seria duradoura.
- 21 de fevereiro: juiz federal americano nega o direito dos presos de lá questionar a sua detenção.
- 27 de fevereiro: quase dois terços dos detentos faz greve de fome em protesto à proibição de uso de turbante, sendo o primeiro ato organizado na prisão. Os oficiais americanos acabam permitindo o uso do turbante.
- 21 de março: o presidente Bush anuncia as regulamentações em relação ao novo tribunal militar.
- 5 de abril: o detido Yasser Esam Hamdi é retirado de Guantánamo para ser submetido à custódia militar fora da ilha e em território dos EUA, uma vez descoberta sua nacionalidade americana.
- 25 de abril: a construção da prisão com 410 quartos, o “*Camp Delta*” termina.
- 1 de agosto: o Departamento de Justiça dos EUA considera que o presidente pode autorizar a tortura, que os detidos podem ser submetidos a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes que não equivalham a torturas, e que, por isso, os encarregados dos interrogatórios não poderão ser processados.
- 27 de outubro: quatro detentos são soltos, três afegãos e um paquistanês.

2003

- 11 de março: a Corte de Apelação Federal diz que os detentos não têm direitos legais nos EUA.

- 3 de abril: o então secretário de Defesa, Donald Rumsfeld, autoriza técnicas de interrogatórios que incluem o isolamento, a manipulação de temperaturas e o "ajuste do sono".

- 3 de julho: o Pentágono anuncia que Bush nomeou seis detidos aptos para julgamento. Dois deles foram liberados sem acusações ou julgamento ao Reino Unido.

2004

- 28 de junho: a Corte Suprema dos EUA opina no caso *Rasul versus Bush* que os tribunais dos EUA podem questionar a legalidade da detenção dos detidos em Guantánamo.

- 7 de julho: o Pentágono anuncia a formação dos *Combatant Status Review Tribunals*, tribunais encarregados de revisar o estatuto dos combatentes, constituídos por três militares que podem empregar provas secretas ou obtidas sob coação.

- 1º de novembro: um recurso em nome do detido iemenita Salim Ahmed Hamedan diante de um tribunal federal freia o processo empreendido contra ele por uma comissão militar.

2005

- 25 de maio: a Anistia Internacional faz uma convocação para o fechamento de Guantánamo, à qual se unem representantes das Nações Unidas, bem como os ex-presidentes dos EUA Jimmy Carter e Bill Clinton, entre outros.

- 30 de dezembro: o presidente Bush assina o *Detainee Treatment Act de 2005*, que proíbe o uso da crueldade, os tratamentos desumanos ou degradantes aos detidos, embora limite o direito dos

detidos em Guantánamo a uma revisão judicial da legitimidade ou condição de sua detenção.

2006

- 10 de junho: morrem três detidos na base, após, aparentemente, terem se suicidado.

- 29 de junho: a Suprema Corte dos EUA opina que as comissões militares constituídas por ordem militar violam a legislação americana e internacional.

- 6 de setembro: Bush anuncia a transferência para Guantánamo de 14 pessoas que permaneciam detidas em segredo em outros centros de detenção da CIA.

- 17 de Outubro: Bush assina a lei de Comissões Militares (MCA), que retira dos tribunais dos EUA a jurisdição para escutar os pedidos de "habeas corpus" de estrangeiros retidos como "combatentes inimigos" sob custódia americana em qualquer parte do mundo. Bush anuncia que a lei permitirá a continuidade do programa secreto de detenções a cargo da CIA.

- 1º de outubro: o Governo procura cumprir todos os pedidos de "*habeas corpus*" a favor dos detidos em Guantánamo, antes da passagem da MCA (Ata das Comissões Militares).

2007

- 26 de março: o prisioneiro queniano AbdulMalik Abdul-Jabbar é transferido para Guantánamo. Foi a primeira vez em que um detento foi diretamente transferido para a prisão.

- 30 de maio: um prisioneiro saudita comete suicídio.

2008

- 5 de junho: cinco prisioneiros que estariam envolvidos no planejamento dos ataques de 11 de setembro são formalmente acusados.

- 13 de dezembro: o comandante da prisão, David Thomas, disse, em entrevista, que não acreditava que o local seria fechado logo depois que o presidente Barack Obama assumisse.

2009

- 22 de janeiro: o presidente Barack Obama assina decretos para fechar a prisão de Guantánamo em até um ano, além de banir o uso pela CIA de técnicas de interrogatório com uso de tortura.

- 23 de fevereiro: Binyam Mohammed foi transferido para o Reino Unido;

- 15 de maio: Lakhdar Boumediene, algeriano, foi libertado para a França. Ele estava preso desde 2002 e seu caso ficou conhecido na Suprema Corte por ter aberto o precedente no que tange o acesso a *habeas corpus* por todos os detentos de Guantánamo, indistintamente. Ainda, Obama afirma que vai reavaliar o sistema de cortes militares criado por Bush para julgar os suspeitos de terrorismo e não rejeitar;

- 9 de junho: O primeiro detento de Guantánamo, não americano, enfrenta Corte Civil federal, qual seja, Ahmed Ghailani;

- 11 de junho: quatro uighurs foram transferidos de Guantánamo para Bermuda e um iraquiano é enviado para o Iraque;

- 12 de junho: três detentos foram transferidos para a Arábia Saudita;

- 24 de agosto: Mohammed Jawad é transferido de Guantánamo para o Afeganistão depois que uma Corte distrital dos EUA determina sua soltura;

- 28 de agosto: dois sírios foram transferidos de Guantánamo para Portugal;
- 26 de setembro: Irlanda aceita a transferência de dois uzbeks de Guantánamo. Um Yemêni foi transferido de Guantánamo para o Yêmen.
- 9 de outubro: dois detentos foram transferidos de Guantánamo para o Kwait e outro para a Bélgica. Ainda, o Juiz Ricardo Urbina determina a soltura de 17 uighurs de Guantánamo para os EUA;
- 13 de novembro: O Procurador-Geral Eric Holder anuncia que cinco detentos envolvidos com os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 vão ser julgados pela Corte Civil Federal de Nova York.

2010

- Ahmed Mohammed al Shurfa e Mahmoud Salim al Ali foram transferidos para Alemanha.
- Três prisioneiros foram transferidos para a Espanha.
- Um prisioneiro não identificado foi transferido para Latvia.
- 17 prisioneiros foram transferidos para vários países, quais sejam: Algeria, Yêmen, Bulgária, Suíça, Georgia, Albania e Slováquia.

2011

- Março de 2011 – Edição da Ordem Executiva restituindo as Comissões Militares.
- Sabar la Melma morreu no Afeganistão.
- Awal Gul and Inavatullah morreram em Guantánamo.
- Saiid Farhi foi transferido para Argélia.

**ANEXO II - 3ª CONVENÇÃO DE GENEBRA: CONVENÇÃO DE GENEBRA
RELATIVA AO TRATAMENTO DE PRISIONEIRO DE GUERRA DE 12
DE AGOSTO DE 1949¹⁰⁰**

“(…)

Artigo 4.º

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

- 1) Os membros das forças armadas de uma Parte no conflito, assim como os membros das milícias e dos corpos de voluntários que façam parte destas forças armadas;
- 2) Os membros das outras milícias e dos outros corpos de voluntários, incluindo os dos outros corpos de voluntários, incluindo os dos movimentos de resistência organizados, pertencentes a uma Parte no conflito operando fora ou no interior do seu próprio território, mesmo se este território estiver ocupado, desde que estas

¹⁰⁰ SEITENFUS, Ricardo. Legislação Internacional. São Paulo: Manole, 2009.

milícias ou corpos voluntários, incluindo os dos movimentos de resistência organizados, satisfaçam as seguintes condições:

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

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

c) Usarem as armas à vista;

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

3) Os membros das forças armadas regulares que obedeçam a um Governo ou a uma autoridade não reconhecida pela Potência detentora;

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

5) Membros das tripulações, incluindo os comandantes, pilotos e praticantes da marinha mercante e as tripulações da aviação civil das Partes no conflito que não beneficiem de um tratamento mais favorável em virtude de outras disposições do direito internacional;

6) A população de um território não ocupado que, à aproximação do inimigo, pegue espontaneamente em armas, para combater as tropas

de invasão, sem ter tido tempo de se organizar em força armada regular, desde que transporte as armas à vista e respeite as leis e costumes da guerra.

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

1) As pessoas que pertençam ou tenham pertencido às forças armadas do país ocupado se, em virtude disto, a Potência ocupante, mesmo que as tenha inicialmente libertado enquanto as hostilidades prosseguem fora do território por ela ocupado, julgar necessário proceder ao seu internamento, em especial depois de uma tentativa não coroada de êxito daquelas pessoas para se juntarem às forças armadas a que pertenciam e que continuam a combater, ou quando não obedeçam a uma imitação que lhes tenha sido feita com o fim de internamento;

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

normalmente em virtude dos usos e tratados diplomáticos e consulares.

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

(...)”

ANEXO III - ORDEM EXECUTIVA DE FECHAMENTO DE GUANTÁNAMO

“January 22nd, 2009

Closure of Guantanamo Detention Facilities

**EXECUTIVE ORDER -- REVIEW AND DISPOSITION OF INDIVIDUALS
DETAINED AT THE GUANTÁNAMO BAY NAVAL BASE AND CLOSURE
OF DETENTION FACILITIES¹⁰¹**

¹⁰¹Disponível: <http://www.whitehouse.gov/the_press_office/Closure_Of_Guantanamo_Detention_Facilities/>.

By the authority vested in me as President by the Constitution and the laws of the United States of America, in order to effect the appropriate disposition of individuals currently detained by the Department of Defense at the Guantánamo Bay Naval Base (Guantánamo) and promptly to close detention facilities at Guantánamo, consistent with the national security and foreign policy interests of the United States and the interests of justice, I hereby order as follows:

Section 1. Definitions. As used in this order:

(a) "Common Article 3" means Article 3 of each of the Geneva Conventions.

(b) "Geneva Conventions" means:

(i) the Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, August 12, 1949 (6 UST 3114);

(ii) the Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, August 12, 1949 (6 UST 3217);

(iii) the Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, August 12, 1949 (6 UST 3316); and

(iv) the Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, August 12, 1949 (6 UST 3516).

(c) "Individuals currently detained at Guantánamo" and "individuals covered by this order" mean individuals currently detained by the Department of Defense in facilities at the Guantánamo Bay Naval Base whom the Department of Defense has ever determined to be, or treated as, enemy combatants.

Sec. 2. Findings.

(a) Over the past 7 years, approximately 800 individuals whom the Department of Defense has ever determined to be, or treated as, enemy combatants have been detained at Guantánamo. The Federal Government has moved more than 500 such detainees from Guantánamo, either by returning them to their home country or by releasing or transferring them to a third country. The Department of Defense has determined that a number of the individuals currently detained at Guantánamo are eligible for such transfer or release.

(b) Some individuals currently detained at Guantánamo have been there for more than 6 years, and most have been detained for at least 4 years. In view of the significant concerns raised by these detentions, both within the United States and internationally, prompt and appropriate disposition of the individuals currently detained at Guantánamo and closure of the facilities in which they are detained would further the national security and foreign policy interests of the United States and the interests of justice. Merely closing the facilities without promptly determining the appropriate disposition of the individuals detained would not adequately serve those interests. To the extent practicable, the prompt and appropriate disposition of the individuals detained at Guantánamo should precede the closure of the detention facilities at Guantánamo.

(c) The individuals currently detained at Guantánamo have the constitutional privilege of the writ of habeas corpus. Most of those individuals have filed petitions for a writ of habeas corpus in Federal court challenging the lawfulness of their detention.

(d) It is in the interests of the United States that the executive branch undertake a prompt and thorough review of the factual and legal bases for the continued detention of all individuals currently held at Guantánamo, and of whether their continued detention is in the national security and foreign policy interests of the United States and in the interests of justice. The unusual circumstances associated with detentions at Guantánamo require a comprehensive interagency review.

(e) New diplomatic efforts may result in an appropriate disposition of a substantial number of individuals currently detained at Guantánamo.

(f) Some individuals currently detained at Guantánamo may have committed offenses for which they should be prosecuted. It is in the interests of the United States to review whether and how any such individuals can and should be prosecuted.

(g) It is in the interests of the United States that the executive branch conduct a prompt and thorough review of the circumstances of the individuals currently detained at Guantánamo who have been charged with offenses before military commissions pursuant to the Military Commissions Act of 2006, Public Law 109-366, as well as of the military commission process more generally.

Sec. 3. Closure of Detention Facilities at Guantánamo. The detention facilities at Guantánamo for individuals covered by this order shall be closed as soon as practicable, and no later than 1 year from the date of this order. If any individuals covered by this order remain in detention at Guantánamo at the time of closure of those detention facilities, they shall be returned to their home country, released, transferred to a third country, or transferred to another United States detention facility in a manner consistent with law and the national security and foreign policy interests of the United States.

Sec. 4. Immediate Review of All Guantánamo Detentions.

(a) Scope and Timing of Review. A review of the status of each individual currently detained at Guantánamo (Review) shall commence immediately.

(b) Review Participants. The Review shall be conducted with the full cooperation and participation of the following officials:

(1) the Attorney General, who shall coordinate the Review;

(2) the Secretary of Defense;

(3) the Secretary of State;

(4) the Secretary of Homeland Security;

(5) the Director of National Intelligence;

(6) the Chairman of the Joint Chiefs of Staff; and

(7) other officers or full-time or permanent part-time employees of the United States, including employees with intelligence, counterterrorism, military, and legal expertise, as determined by the Attorney General, with the concurrence of the head of the department or agency concerned.

(c) Operation of Review. The duties of the Review participants shall include the following:

(1) Consolidation of Detainee Information. The Attorney General shall, to the extent reasonably practicable, and in coordination with the other Review participants, assemble all information in the possession of the Federal Government that pertains to any individual currently detained at Guantánamo and that is relevant to determining the proper disposition of any such individual. All executive branch departments and agencies shall promptly comply with any request of the Attorney General to provide information in their possession or control pertaining to any such individual. The Attorney General may seek further information relevant to the Review from any source.

(2) Determination of Transfer. The Review shall determine, on a rolling basis and as promptly as possible with respect to the individuals currently detained at Guantánamo, whether it is possible to transfer or release the individuals consistent with the national security and foreign policy interests of the United States and, if so, whether and how the Secretary of Defense may effect their transfer or release. The Secretary of Defense, the Secretary of State, and, as appropriate, other Review participants shall work to effect promptly the release or transfer of all individuals for whom release or transfer is possible.

(3) Determination of Prosecution. In accordance with United States law, the cases of individuals detained at Guantánamo not approved for release or transfer shall be evaluated to determine whether the Federal Government should seek to prosecute the detained individuals for any offenses they may have committed, including whether it is feasible to prosecute such individuals before a court established pursuant to Article III of the United States Constitution, and the Review participants shall in turn take the necessary and appropriate steps based on such determinations.

(4) Determination of Other Disposition. With respect to any individuals currently detained at Guantánamo whose disposition is not achieved under paragraphs (2) or (3) of this subsection, the Review shall select lawful means, consistent with the national security and foreign policy interests of the United States and the interests of justice, for the disposition of such individuals. The appropriate authorities shall promptly implement such dispositions.

(5) Consideration of Issues Relating to Transfer to the United States. The Review shall identify and consider legal, logistical, and security issues relating to the potential transfer of individuals currently detained at Guantánamo to facilities within the United States, and the Review participants shall work with the Congress on any legislation that may be appropriate.

Sec. 5. Diplomatic Efforts. The Secretary of State shall expeditiously pursue and direct such negotiations and diplomatic efforts with foreign governments as are necessary and appropriate to implement this order.

Sec. 6. Humane Standards of Confinement. No individual currently detained at Guantánamo shall be held in the custody or under the effective control of any officer, employee, or other agent of the United States Government, or at a facility owned, operated, or controlled by a department or agency of the United States, except in conformity with all applicable laws governing the conditions of such confinement, including Common Article 3 of the Geneva Conventions. The Secretary of Defense shall immediately undertake a review of the conditions of detention at Guantánamo to ensure full compliance with this directive. Such review shall be completed within 30 days and any necessary corrections shall be implemented immediately thereafter.

Sec. 7. Military Commissions. The Secretary of Defense shall immediately take steps sufficient to ensure that during the pendency of the Review described in section 4 of this order, no charges are sworn, or referred to a military commission under the Military Commissions Act of 2006 and the Rules for Military Commissions, and that all proceedings of such military commissions to which charges have been referred but in which no judgment has been rendered, and all proceedings pending in the United States Court of Military Commission Review, are halted.

Sec. 8. General Provisions.

(a) Nothing in this order shall prejudice the authority of the Secretary of Defense to determine the disposition of any detainees not covered by this order.

(b) This order shall be implemented consistent with applicable law and subject to the availability of appropriations.

(c) This order is not intended to, and does not, create any right or benefit, substantive or procedural, enforceable at law or in equity by any party against the United States, its departments, agencies, or entities, its officers, employees, or agents, or any other person.

BARACK OBAMA
THE WHITE HOUSE,
January 22, 2009”

ANEXO – IV – ORDEM EXECUTIVA DE MARÇO DE 2011

“For Immediate Release
March 07, 2011

Executive Order--Periodic Review of Individuals Detained at Guantánamo Bay Naval Station Pursuant to the Authorization for Use of Military Force¹⁰²

EXECUTIVE ORDER -- PERIODIC REVIEW OF INDIVIDUALS DETAINED AT GUANTÁNAMO BAY NAVAL STATION PURSUANT TO THE AUTHORIZATION FOR USE OF MILITARY FORCE

By the authority vested in me as President by the Constitution and the laws of the United States of America, including the Authorization for Use of Military Force of September 2001 (AUMF), Public Law 107-40, and in order to ensure that military detention of individuals now held at the U.S. Naval Station, Guantánamo Bay, Cuba (Guantánamo), who were subject to the interagency review under section 4 of Executive Order 13492 of January 22, 2009, continues to be carefully evaluated and justified, consistent with the national security and

¹⁰² Disponível em: <http://www.whitehouse.gov/the_press_office/>.

foreign policy interests of the United States and the interests of justice, I hereby order as follows:

Section 1. Scope and Purpose. (a) The periodic review described in section 3 of this order applies only to those detainees held at Guantánamo on the date of this order, whom the interagency review established by Executive Order 13492 has (i) designated for continued law of war detention; or (ii) referred for prosecution, except for those detainees against whom charges are pending or a judgment of conviction has been entered.

(b) This order is intended solely to establish, as a discretionary matter, a process to review on a periodic basis the executive branch's continued, discretionary exercise of existing detention authority in individual cases. It does not create any additional or separate source of detention authority, and it does not affect the scope of detention authority under existing law. Detainees at Guantánamo have the constitutional privilege of the writ of habeas corpus, and nothing in this order is intended to affect the jurisdiction of Federal courts to determine the legality of their detention.

(c) In the event detainees covered by this order are transferred from Guantánamo to another U.S. detention facility where they remain in law of war detention, this order shall continue to apply to them.

Sec. 2. Standard for Continued Detention. Continued law of war detention is warranted for a detainee subject to the periodic review in section 3 of this order if it is necessary to protect against a significant threat to the security of the United States.

Sec. 3. Periodic Review. The Secretary of Defense shall coordinate a process of periodic review of continued law of war detention for each

detainee described in section 1(a) of this order. In consultation with the Attorney General, the Secretary of Defense shall issue implementing guidelines governing the process, consistent with the following requirements:

(a) Initial Review. For each detainee, an initial review shall commence as soon as possible but no later than 1 year from the date of this order. The initial review will consist of a hearing before a Periodic Review Board (PRB). The review and hearing shall follow a process that includes the following requirements:

(1) Each detainee shall be provided, in writing and in a language the detainee understands, with advance notice of the PRB review and an unclassified summary of the factors and information the PRB will consider in evaluating whether the detainee meets the standard set forth in section 2 of this order. The written summary shall be sufficiently comprehensive to provide adequate notice to the detainee of the reasons for continued detention.

(2) The detainee shall be assisted in proceedings before the PRB by a Government-provided personal representative (representative) who possesses the security clearances necessary for access to the information described in subsection (a)(4) of this section. The representative shall advocate on behalf of the detainee before the PRB and shall be responsible for challenging the Government's information and introducing information on behalf of the detainee. In addition to the representative, the detainee may be assisted in proceedings before the PRB by private counsel, at no expense to the Government.

(3) The detainee shall be permitted to (i) present to the PRB a written or oral statement; (ii) introduce relevant information, including written declarations; (iii) answer any questions posed by the PRB; and (iv) call witnesses who are reasonably available and willing to provide information that is relevant and material to the standard set forth in section 2 of this order.

(4) The Secretary of Defense, in coordination with other relevant Government agencies, shall compile and provide to the PRB all information in the detainee disposition recommendations produced by the Task Force established under Executive Order 13492 that is relevant to the determination whether the standard in section 2 of this order has been met and on which the Government seeks to rely for that determination. In addition, the Secretary of Defense, in coordination with other relevant Government agencies, shall compile any additional information relevant to that determination, and on which the Government seeks to rely for that determination, that has become available since the conclusion of the Executive Order 13492 review. All mitigating information relevant to that determination must be provided to the PRB.

(5) The information provided in subsection (a)(4) of this section shall be provided to the detainee's representative. In exceptional circumstances where it is necessary to protect national security, including intelligence sources and methods, the PRB may determine that the representative must receive a sufficient substitute or summary, rather than the underlying information. If the detainee is represented by private counsel, the information provided in subsection (a)(4) of this section shall be provided to such counsel unless the Government determines that the need to protect national security, including intelligence sources and methods, or law

enforcement or privilege concerns, requires the Government to provide counsel with a sufficient substitute or summary of the information. A sufficient substitute or summary must provide a meaningful opportunity to assist the detainee during the review process.

(6) The PRB shall conduct a hearing to consider the information described in subsection (a)(4) of this section, and other relevant information provided by the detainee or the detainee's representative or counsel, to determine whether the standard in section 2 of this order is met. The PRB shall consider the reliability of any information provided to it in making its determination.

(7) The PRB shall make a prompt determination, by consensus and in writing, as to whether the detainee's continued detention is warranted under the standard in section 2 of this order. If the PRB determines that the standard is not met, the PRB shall also recommend any conditions that relate to the detainee's transfer. The PRB shall provide a written summary of any final determination in unclassified form to the detainee, in a language the detainee understands, within 30 days of the determination when practicable.

(8) The Secretary of Defense shall establish a secretariat to administer the PRB review and hearing process. The Director of National Intelligence shall assist in preparing the unclassified notice and the substitutes or summaries described above. Other executive departments and agencies shall assist in the process of providing the PRB with information required for the review processes detailed in this order.

(b) Subsequent Full Review. The continued detention of each detainee shall be subject to subsequent full reviews and hearings by the PRB on a triennial basis. Each subsequent review shall employ the procedures set forth in section 3(a) of this order.

(c) File Reviews. The continued detention of each detainee shall also be subject to a file review every 6 months in the intervening years between full reviews. This file review will be conducted by the PRB and shall consist of a review of any relevant new information related to the detainee compiled by the Secretary of Defense, in coordination with other relevant agencies, since the last review and, as appropriate, information considered during any prior PRB review. The detainee shall be permitted to make a written submission in connection with each file review. If, during the file review, a significant question is raised as to whether the detainee's continued detention is warranted under the standard in section 2 of this order, the PRB will promptly convene a full review pursuant to the standards in section 3(a) of this order.

(d) Review of PRB Determinations. The Review Committee (Committee), as defined in section 9(d) of this order, shall conduct a review if (i) a member of the Committee seeks review of a PRB determination within 30 days of that determination; or (ii) consensus within the PRB cannot be reached.

Sec. 4. Effect of Determination to Transfer. (a) If a final determination is made that a detainee does not meet the standard in section 2 of this order, the Secretaries of State and Defense shall be responsible for ensuring that vigorous efforts are undertaken to identify a suitable transfer location for any such detainee, outside of the United States, consistent with the national security and foreign policy

interests of the United States and the commitment set forth in section 2242(a) of the Foreign Affairs Reform and Restructuring Act of 1998 (Public Law 105-277).

(b) The Secretary of State, in consultation with the Secretary of Defense, shall be responsible for obtaining appropriate security and humane treatment assurances regarding any detainee to be transferred to another country, and for determining, after consultation with members of the Committee, that it is appropriate to proceed with the transfer.

(c) The Secretary of State shall evaluate humane treatment assurances in all cases, consistent with the recommendations of the Special Task Force on Interrogation and Transfer Policies established by Executive Order 13491 of January 22, 2009.

Sec. 5. Annual Committee Review. (a) The Committee shall conduct an annual review of sufficiency and efficacy of transfer efforts, including:

(1) the status of transfer efforts for any detainee who has been subject to the periodic review under section 3 of this order, whose continued detention has been determined not to be warranted, and who has not been transferred more than 6 months after the date of such determination;

(2) the status of transfer efforts for any detainee whose petition for a writ of habeas corpus has been granted by a U.S. Federal court with no pending appeal and who has not been transferred;

(3) the status of transfer efforts for any detainee who has been designated for transfer or conditional detention by the Executive Order 13492 review and who has not been transferred; and

(4) the security and other conditions in the countries to which detainees might be transferred, including a review of any suspension of transfers to a particular country, in order to determine whether further steps to facilitate transfers are appropriate or to provide a recommendation to the President regarding whether continuation of any such suspension is warranted.

(b) After completion of the initial reviews under section 3(a) of this order, and at least once every 4 years thereafter, the Committee shall review whether a continued law of war detention policy remains consistent with the interests of the United States, including national security interests.

Sec. 6. Continuing Obligation of the Departments of Justice and Defense to Assess Feasibility of Prosecution. As to each detainee whom the interagency review established by Executive Order 13492 has designated for continued law of war detention, the Attorney General and the Secretary of Defense shall continue to assess whether prosecution of the detainee is feasible and in the national security interests of the United States, and shall refer detainees for prosecution, as appropriate.

Sec. 7. Obligation of Other Departments and Agencies to Assist the Secretary of Defense. All departments, agencies, entities, and officers of the United States, to the maximum extent permitted by law, shall provide the Secretary of Defense such assistance as may be requested to implement this order.

Sec. 8. Legality of Detention. The process established under this order does not address the legality of any detainee's law of war detention. If, at any time during the periodic review process established in this order, material information calls into question the legality of detention, the matter will be referred immediately to the Secretary of Defense and the Attorney General for appropriate action.

Sec. 9. Definitions. (a) "Law of War Detention" means: detention authorized by the Congress under the AUMF, as informed by the laws of war.

(b) "Periodic Review Board" means: a board composed of senior officials tasked with fulfilling the functions described in section 3 of this order, one appointed by each of the following departments and offices: the Departments of State, Defense, Justice, and Homeland Security, as well as the Offices of the Director of National Intelligence and the Chairman of the Joint Chiefs of Staff.

(c) "Conditional Detention" means: the status of those detainees designated by the Executive Order 13492 review as eligible for transfer if one of the following conditions is satisfied: (1) the security situation improves in Yemen; (2) an appropriate rehabilitation program becomes available; or (3) an appropriate third-country resettlement option becomes available.

(d) "Review Committee" means: a committee composed of the Secretary of State, the Secretary of Defense, the Attorney General, the Secretary of Homeland Security, the Director of National Intelligence, and the Chairman of the Joint Chiefs of Staff.

Sec. 10. General Provisions. (a) Nothing in this order shall prejudice the authority of the Secretary of Defense or any other official to determine the disposition of any detainee not covered by this order.

(b) This order shall be implemented subject to the availability of necessary appropriations and consistent with applicable law including: the Convention Against Torture; Common Article 3 of the Geneva Conventions; the Detainee Treatment Act of 2005; and other laws relating to the transfer, treatment, and interrogation of individuals detained in an armed conflict.

(c) This order is not intended to, and does not, create any right or benefit, substantive or procedural, enforceable at law or in equity by any party against the United States, its departments, agencies, or entities, its officers, employees, or agents, or any other person.

(d) Nothing in this order, and no determination made under this order, shall be construed as grounds for release of detainees covered by this order into the United States.

BARACK OBAMA
THE WHITE HOUSE,
March 7, 2011.”