

GUANTANAMO, “O INIMIGO” E AS OFENSAS AO *IUS COGENS*- RETROCESSO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

GUANTANAMO, "THE ENEMY" AND THE OFFENSES TO *IUS COGENS* – RETROCESSION OF THE INTERNATIONAL LAW OF THE HUMAN RIGHTS

Marina Armond Ferreira¹

RESUMO

A questão do inimigo no ordenamento jurídico é de grande valia e preocupação, principalmente no que tange a proteção dos direitos humanos no âmbito interno e internacional, isto porque, quando há uma legislação que permite que estes ditos inimigos tenham sua “humanidade” retirada, ao ponto de serem extirpados seus direitos mais básicos, não é somente em ofensa a direitos humanos que se fala, é uma violação do *ius cogens* e um retrocesso da humanidade, que volta a segregar seres humanos, como foi feito no regime nazista, é a injustiça legislada. Tudo isso se encaixa com perfeição a situação dos presos em Guantánamo, posto que pela legislação americana o terrorista é o inimigo e a ele não são concedidos direitos, mesmo os inerentes a sua condição de ser humano.

PALAVRAS- CHAVE: Guantánamo; Direitos Humanos; *Ius Cogens*; Inimigo.

ABSTRACT

The question of the enemy in the legal system is of great value and concern, especially regarding the protection of human rights in the internal and international order, because when there is a legislation that allows this so-called enemies to have their "humanity" withdrawal, to the point of been extirpated their most basic rights, is not only an offense against human rights, is a violation of the *ius cogens* and a regression of humanity, that returns to segregate humans, as was done in the Nazi regime's, injustice legislated. All this fits perfectly the situation of prisoners at Guantanamo, since under U.S. law the terrorist is the enemy and to then is not granted any rights, including those that are inherent of the human condition.

¹ Pós Graduada em Direito Penal e ouvinte no programa de mestrado em direito da Universidade Nove de Julho email: marina.armond@gmail.com

KEY-WORDS: Guantánamo; Human Rights; *Ius Cogens*; Enemy.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objeto a demonstração de como a utilização do direito penal do inimigo é prejudicial para a ordem internacional como um todo, especialmente ao que tange a proteção dos direitos humanos, já que tal doutrina retira do “inimigo” todos os seus direitos, desumanizando os indivíduos e assim retrocedendo no tempo, para um período de injustiças legisladas e violações a direitos básicos, a prova disso é a prisão de Guantánamo.

O método para esta pesquisa é o dedutivo e o aporte bibliográfico escolhido, tem por objetivo demonstrar quem é o inimigo, como ele é tratado, as formas que esta “doutrina” americana influencia e viola os direitos humanos e o risco de se retroceder no tempo, sendo válido trazer a lembrança do regime nazista que tinha vários indivíduos que eram tratados como “inimigos”.

Necessário será abordar em primeiro momento, quem é o inimigo e como nos tempos atuais o terrorista se adequa perfeitamente ao conceito. Demonstra-se ainda a forma de tratamento destes indivíduos que acabam por ser extirpados de seus direitos humanos básicos, para tanto, traz-se alguns nomes como Leandro Ayres França, Eugenio Raul Zaffaroni e José Cretella Neto.

Em um segundo momento, se apresenta a doutrina do “inimigo” de Günther Jakobs, adotada pelos americanos que se inspiraram nesta para fazer suas leis antiterrorismo. Observa-se como esta guerra ao terror acaba por gerar maiores problemas, violações serias aos direitos humanos e conseqüentemente as normas cogentes de direito internacional. Trazendo à baila para tanto, autores como Flávia Piovesan, Andre de Carvalho Ramos, Vladimir Oliveira da Silveira, Claudio Finkelstein e Zygmunt Bauman.

Partindo do ponto acima, ingressamos no terceiro capítulo, onde se juntam aos já citados, nomes como Hannah Arendt, Luigi Ferrajoli, Norberto Bobbio, Joannis Brito e outros, demonstrando que Guantánamo é um prova não somente de retrocesso e de injustiças legisladas, mas comparáveis com os terrores nazistas, de forma que os erros do passado parecem não serem vistos ou são puramente ignorados.

Isto porque se tem direitos humanos sendo violados de forma recorrente e o órgão que deveria controlar a situação e punir os ofensores se cala. Pergunta-se o porque desta “impotência” de uma grande organização quando o Estado acusado de perpetrar crimes de lesa humanidade é um de seus membros permanentes.

A problemática gira em torno de uma comparação com o mundo nazista e o pós guerra e os tempos atuais, no que tange a guerra ao terror, que ao invés de proteger o mundo e trazer a paz e a segurança só está retrocedendo no tempo e violando cada vez mais direitos.

1. O “INIMIGO” NA HISTORIA E NO DIREITO

A figura do inimigo não é exatamente nova, pode-se remontar seu aparecimento na antiguidade e assim é possível tentar explicar quem é o chamado inimigo. Neste sentido é plausível citar o ano de 1326 em que o papa João XXII declarou que os hereges eram pecadores e feitiçaria crime (FRANÇA,2012), ou seja, podem ser vistos como inimigos da igreja.

Leandro Ayres França, ao citar Carl Schmitt, explica que o raciocínio deste, de que se leva a:

Reconhecer que os Estados, como unidades políticas, puderam também determinar seus inimigos internos: os *polemios*, das repúblicas gregas, e, em especial os *hostes* do direito romano, revelaram ser tipos de inimigos intra-estatais, aos quais impunhas-se o ostracismo, o desterro, o banimento *hors la loi*. (FRANÇA, 2012, p.23).

Já que o assunto é direito romano, é importante citar que para eles haviam dois tipos de inimigos, o *inimicus* e o *hostis*, havendo entre eles distinção, evidentemente. O primeiro era o que se pode entender como inimigo pessoal, enquanto o segundo é o inimigo público, que hoje seria a definição que se vislumbra quando da utilização do termo, como veremos.

Segundo o autor supracitado, no direito romano era possível separar a figura do *hostis* em duas, o *hostis judicatus* e o *hotis alienígena*. Sendo definidos como o *judicatus*

aqueles que eram cidadãos de Roma, e ameaçavam a segurança, vindo a ser tal indivíduo declarado como inimigo público pelo senado.

Por outro lado o *hostis Alienigena*, é o estrangeiro de fato, segundo o autor “eram inimigos porque eram desconhecidos; por assim serem, inspiravam desconfiança e eram suspeitos por serem potencialmente perigosos.”(FRANÇA, 2012, p. 23). Ressalta que a palavra utilizada por Schmitt para definir o *hostis alienigena* é estranho e não estrangeiro, mas foi um mero erro de tradução, que querendo ou não, se refere aquele que não é parte daquela nação e nela tenta “ingressar”.

Platão também fazia distinção quanto a inimigo, para ele tinha-se os indivíduos corrigíveis e aqueles que não havia como “recuperar”, para estes últimos, a única alternativa seria eliminá-los.(FRANÇA, 2012)

Avançando na historia, nos deparamos com os genocídios perpetrados na segunda guerra mundial, mas a ideia de que o Judeu era inimigo, antecede ao governo de Hitler, este estigma os acompanha desde o *codex theodosianus* e o *Codex Justinuanus*, que traziam “normas” que os tratavam como um verdadeiro estranho e não detentor dos mesmo direitos que os demais. (FRANÇA, 2012.)

Esta posição perseguiu os judeus, até que se chega à 2ª grande guerra e estes passam, junto com ciganos, homossexuais e outros, a serem vistos como “perigosos ou inimigos, foram *parasitas* para os Soviéticos, *subhumanos* para os Nazistas e *inimigo* do Estado para os Fascistas” (ZAFFARONI,2007, p.54)

Com o advento da guerra, encabeçada pela Alemanha e os demais países a ela aliados, vê-se que a definição do “inimigo”, do “indesejado” vem prevista na legislação alemã, positivando e afirmando que havia diferença entre os alemães de “sangue puro” e os demais que residiam no país, fazendo que estes tivessem direitos diferentes, que mais tarde poderia claramente ser chamado de desumanização, pois é exatamente o que se constatou nos campos de concentração, neste sentido Sayeg e Balera quanto as Leis Racistas falam que:

Em 13 de setembro de 1935, Adolf Hitler promulga as chamadas leis de Nuremberg para a proteção do sangue e da honra alemã; em 14 de novembro, é publicado o primeiro decreto da Lei Nacional de Cidadania, determinando a definição do termo “judeu” e a condição Mischling, isto é, de sangue impuro: por essa norma, a origem ariana converte-se em condição indispensável para

a nomeações de oficiais e proíbe-se o matrimônio entre judeus e os mischlinge. (SAYEG e BALERA, 2011, p.91)

Com o fim da guerra, nos deparamos com novas legislações, a carta da ONU e a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, que passam a proibir a guerra, salvo em caso de proteção internacional ou de legítima defesa. Neste momento a comunidade internacional pensa estar se encaminhando para tempos de paz, tentando alcançar a liberdade, a igualdade e a fraternidade, os preceitos da Revolução Francesa.

Guerras ainda surgem após este momento, é totalmente crível se afirmar que nestas, Guerra Fria, do Golfo, guerra Civil em Ruanda, Ex-Iugoslávia, dentre outros, existiu sempre a figura do inimigo, aquele que deve ser vencido e combatido a todo custo, pois é uma ameaça ao Estado.

Ainda é possível afirmar que a configuração de uma figura de “inimigo” como a da Alemanha Nazista, não era vista até então, isto por causa da gravidade e da abrangência dos crimes ali perpetrados, que atingiram um nível mundial, tendo em vista a desumanização imposta às vítimas do regime.

Neste caso, enquanto de um lado se tinham os “inimigos” do Estado Alemão, estes últimos eram também assim considerados pelas potências aliadas, que tudo também fizeram para se “livrar” da ameaça iminente, sua justificativa? Estavam defendendo a si e as demais nações, estavam “salvando” o mundo do terrível regime Nazista e Fascista. E por consequência, cometeram iguais ofensas aos direitos humanos, a exemplo as bombas atômicas que foram lançadas em Nagasaki e Hiroxima, armas de destruição em massa contra o “inimigo”.

O ano de 2001, firma na comunidade uma nova figura a ser combatida, um novo “inimigo”, o terrorista. Com o ataque que os Estados Unidos da América sofreram, foi trazida à baila novamente a figura de inimigo do Estado, com mais força e de maneira incisiva, lembrando talvez, aquelas medidas que o regime nazista tomou.

Quando se compara o comportamento pós ataque dos EUA a Alemanha Nazista de Hitler é no sentido da edição de leis que suprimem os direitos dos “inimigos” agora chamados de terroristas, legislações estas feitas pelos Estados Unidos e Reino Unido. E neste momento surge a questão, qual a melhor definição de terrorista? Pois é necessário para que se consiga “identificá-lo”.

Inúmeras são as teses do que seria terrorismo, e por consequência o terrorista, hoje visto como o “inimigo” de todos. A ameaça que cerca os Estados Capitalistas, assim aqui é interessante adotar o conceito trazido por José Cretella Neto, qual seja:

Terrorismo Internacional é a atividade ilegal e intencional que consiste no emprego da violência física e/ou psicológica extrema e sistemática, generalizada ou não, desenvolvida por grupos ou indivíduos, apoiados ou não por Estados, ou de ameaçar constantemente usa-los, em uma sequência imprevisível de ataques, dirigidos a grupos de indivíduos aleatoriamente escolhidos, perpetrados em territórios de Estados, cujos governos foram selecionados como inimigos da causa a que se dedicam os autores, causando indizível sensação de insegurança aos habitantes da sociedade contra a qual são feitas as ameaças ou cometidos os atentados. (NETO, 2008, p.36)

Constata-se assim, após observar as brilhantes palavras de Cretella Neto, que os Direitos Humanos, são violados, pois o “inimigo” não possui os mesmos direitos que os demais, que ambos os lados usam o termo “inimigo” para definir o outro, e assim, surge aqui a pergunta, quem é o “inimigo”, porque ele é e qual seu tratamento.

Com o intuito de definir quem é o inimigo e seu tratamento, pois tal será de fundamental relevância nos capítulos que seguem, será adotado o entendimento do grande pensador argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, que acredita que a “reação que suscita a presença descarnada do *inimigo* da sociedade no direito penal é de caráter político, porque a questão que se coloca é – e sempre foi- dessa natureza.” (ZAFFARONI, 2011, p.16).

Para o autor supracitado, quando se fala do tratamento destes indivíduos que são definidos como “inimigos”, ressaltando que os terroristas nada mais são que inimigos, da seguinte maneira:

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao *inimigo* consiste em que o direito *lhe nega sua condição de pessoa*. Ele só é considerado sob o aspecto do *ente perigoso ou daninho*. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre *cidadãos*(pessoas) e *inimigos* (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas. (ZAFFARONI, 2011, P.18)

Neste viés, o que se verifica, de forma bem clara é a incrível e lamentável possibilidade de se comparar o tratamento dispensado aos terroristas para aquele que era dado aos indesejáveis do regime Nazista. Pois a ideia de inimigo, gira justamente em torno da desumanização daquele individuo que é visto como inimigo e assim, no próximo capítulo se analisará justamente a questão da “guerra ao terrorismo” como algo válido ou não e como isso influi na proteção dos direitos humanos.

2. OFENSAS AO *IUS COGENS*, DIREITOS HUMANOS E A DESUMANIZAÇÃO DO “INIMIGO”.

O sentido de inimigo, aplicado a este trabalho, prende-se ao viés moderno, tomando como exemplo a guerra ao terror encabeçada pelos EUA e Reino Unido, isto porque, mais para frente será discutida a prisão de Guantánamo, então, deve-se caminhar neste sentido, com estes atores principais.

Ademais, ressalta-se que a teoria do direito penal do inimigo, demonstrada no capítulo anterior, que entende que o “inimigo” será tratado de forma diferente dos demais cidadãos, sendo desprovido de seus direitos básicos, e obviamente utilizada pelos Estados Unidos da América é inspirada na doutrina de Günter Jakobs. Segundo o autor aquele que viola a legislação ou tem propensão para tanto é o inimigo, visando evitar delitos futuros, e proteger a norma, para tanto se excluem os direitos humanos destes indivíduos. (JAKOBS e MELIÀ, 2003).

A questão trazida à baila neste momento é até que ponto a chamada guerra ao terrorismo, e fala-se de uma visão geral, internacional, é prejudicial aos direitos humanos, não é o condão do presente trabalho ir a fundo na ideia de que hoje o inimigo é o terrorista, mas amanhã pode ser qualquer um que seja considerado “indesejável” na visão das grandes potências, igualmente não é cabível a discussão a fundo dos ataques aos EUA e destes ao Afeganistão e Iraque, apesar de girar em torno destes eventos, os detalhes não serão em seu todo abordados.

Como já dito, o princípio básico do tratamento do inimigo é sua desumanização, ou seja, tira-se daquele individuo a característica de pessoa e quanto a isso entende Zaffaroni que o Estado não pode efetuar esse tipo de privação, tendo em vista vivermos em um Estado Constitucional de Direito.

Certamente o Estado pode priva-lo de sua cidadania, porém isso não implica que esteja autorizado a privá-lo da sua condição de pessoa, ou seja, de sua qualidade de portador de todos os direitos que assistem a um ser humano pelo simples fato de sê-lo.

(...)

No Estado constitucional de direito não é possível admitir que um ser humano seja tratado como não pessoa, fora das hipóteses de coerção administrativa, inevitável e muito transitória.

(...)

Observando mais detidamente esta questão, convém advertir que a priorização do valor segurança como certeza acerca da conduta futura de alguém, e mais ainda sua absolutização, acabaria com a despersonalização de toda a sociedade. (ZAFFARONI, 2011, p. 19/20)

Vê-se assim, que talvez haja de fato uma incompatibilidade entre o direito como conhecemos e a tese de Jakobs, aplicada explicitamente pelos EUA, e controverso em especial no que tange aos direitos humanos, nas palavras de Zaffaroni “da solução violenta que arrasa com os direitos humanos, e mais cedo ou mais tarde, acaba no genocídio” (ZAFFARONI, 2011, p. 17).

As decisões estruturais atuais assumem, na prática, a forma pré-moderna definida por Carl Schmitt, ou seja, limitam-se ao mero exercício do poder de designar o inimigo para destruí-lo ou reduzi-lo à impotência total. Qualquer pessoa que lê um jornal enquanto toma seu café da manhã – se não limitar a leitura às notícias de esporte – vai se inteirando dos passos que o poder mundial toma rumo aos genocídios, ou seja, rumo ao aniquilamento total daqueles a quem considera seus inimigos. (ZAFFARONI, 2011, p.17)

Esta mais que evidente que a rotulação de inimigo é contrária aos direitos humanos, e cabe iniciar tal demonstração através do artigo 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, que prega que todos são iguais em dignidade e em direitos. Tendo isto em mente, como pode ser meramente plausível a aplicação de um “direito” que despersonaliza um ser humano? Que dele “extraí” seus direitos básicos protegidos internacionalmente.

Dando seguimento a análise, ainda no que tange aos direitos humanos, não há qualquer dúvida quanto a importância do direito a igualdade, tendo em vista que a luta por ela vem desde a revolução francesa (COMPARATO, 2013), e até hoje tem-se dificuldade de fazê-la extensiva a todos, o que fica claro é que esta atitude que se toma em relação ao inimigo, que deixa de possuir tal direito básico, é a violação dos direitos de 2ª dimensão (SILVEIRA, 2010.)

A implementação do direito à igualdade é tarefa essencial a qualquer projeto democrático, já que em última análise a democracia significa igualdade – a igualdade no exercício dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. A busca democrática requer fundamentalmente o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos elementares. (PIOVESAN, 2013, p. 298)

Observa-se assim que não se pode simplesmente retirar um direito humano fundamental de um ser humano, independente do que tenha cometido por ser preceito do Estado de direito, aí aponta-se a primeira incongruência do tratamento do “inimigo”, por configurar grave lesão a direitos básicos inerentes a todos os indivíduos.

Há de se atentar aqui para a real problemática, pois a doutrina defendida pelos americanos, baseada no estudo feito em 1985 por Jakobs, demonstra um claro desrespeito pelos direitos humanos, e a preocupação é que quando se começa a relativizar direitos essenciais a todas as pessoas, chega-se ao ponto de insegurança jurídica, pois qual será o próximo direito relativizado? Quem será o próximo “inimigo” se tal definição parte do Estado que o declara desta forma.

Neste sentido, Flávia Piovesan traz com clareza e brilhantismo que após o ataque de 11 de setembro de 2001 houve no cenário internacional legislações tendenciosas a ofender e restringir direitos e liberdades.

Citem-se pesquisas acerca da legislação aprovada, nos mais diversos países, ampliando a aplicação da pena de morte e demais penas, tecendo discriminações insustentáveis, afronta ao devido processo legal e o direito a um julgamento público e justo, admitindo a extradição sem a garantia de

direitos, restringindo direitos, como a liberdade de reunião e de expressão, entre outras medidas.(PIOVESAN, 2012, p.65)

A autora acima citada complementa ainda afirmando, com razão, que a melhor forma de combater o terrorismo é a proteção e promoção dos direitos humanos, neste sentido vale trazer o ensinamento de Norberto Bobbio, que diz que “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais fundamenta-los, e sim o protegê-los.” (BOBBIO, 2004, p.25).

Partindo da premissa de que a guerra ao terror, como esta sendo efetuada desde 2001, nada faz além de ferir direitos humanos e criar uma insegurança mundial, afinal, se aceita a ideia de “ataque preventivo” se instaurará uma verdadeira incerteza, principalmente em face das grandes potências, que parecem possuir certa imunidade perante aquele órgão que teria por função a proteção dos direitos humanos, como veremos mais adiante. Vale assim trazer uma breve passagem do Sociólogo Zygmunt Bauman.

Na estranha “guerra contra o terrorismo” não há linhas de frente – apenas campos de batalha isolados, dispersos e eminentemente moveis; nada de tropa regula, apenas civis convertidos em soldados por um dia, e soldados em licença de sua condição civil por tempo indefinido. (...) Na visão deles, o direito internacional apenas ratifica o que o poder já forjou, e eles definem poder em termos de poderio militar. E, logo depois: “um gigante medroso que ataca de forma descontrolada é uma boa definição de valentão.” (BAUMAN, 2011, p. 239 e 242)

A questão em torno dos atos cometidos por grandes potências nesta guerra ao terror, em que se faz do inimigo, o terrorista e dele extrai direitos, não somente os tratados de direitos humanos são ofendidos, mas as normas denominadas de *jus cogens*, pois são aquelas que são definidas como “norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de direito internacional geral da mesma natureza.” (FINKELSTEIN, 2013, p.189)

Ressalta-se que a previsão destas normas estão dispostas na convenção de Viena sobre os direitos dos tratados de 1969, em seu artigo 53. No entanto é importante descrever

quais seriam as normas que se classificam como *jus cogens*, Claudio Finkelstein traz alguns exemplos, quais sejam:

A comunidade internacional reconhece certos princípios cujo conteúdo compreende valores “de importância vital para a humanidade e correspondem a princípios morais”. Esses princípios dizem respeito a todos os Estados e “protegem interesses que não limitam a um ou outro determinado Estado, mas pertencem à comunidade de Estados como um todo”. Essas normas incluem a proibição do uso da força e ameaça do uso da força e agressão; prevenção e repressão do genocídio, pirataria, tráfico de escravos, discriminação racial, terrorismo, tomada de reféns. São Princípios profundamente enraizados na consciência, na convicção jurídica da comunidade de Estados, cuja observância é exigida por todos os membros da comunidade dos Estado, e a violação por um deles é ressentida e condenada por todos. (FINKELSTEIN, 2013, p.215/216)

Andre de Carvalho Ramos, ainda no que tange as normas definidas *jus cogens*, traz que os direitos humanos são assim reconhecidos, devendo ser respeitados por todos os Estados acima de qualquer norma, prevalecendo sobre seus ordenamentos, por ser hierarquicamente superior, principalmente, para a parte da doutrina que adota o monismo com primado do direito internacional de Hans Kelsen.

Conclui-se que os direitos humanos constituem o núcleo essencial de normas que compõe o ordenamento jurídico internacional contemporâneo e, então, a norma de direitos humanos é norma hierarquicamente superior no ordenamento, quer seja pelo critério material (conteúdo) ou pelo critério formal (norma de *jus cogens*). (RAMOS, 2013, p. 154)

O supracitado autor continua e traz o que entendimento de que as normas de direitos humanos serem consideradas *jus cogens* não é meramente teórica, sua aplicabilidade pode ser vislumbrada quando confrontadas, a exemplo dos eventuais tratados de extradição, ou por atos unilaterais ou coletivos de Estados. (RAMOS, 2013)

Adotando o entendimento de Andre de Carvalho Ramos, ou seja, de que as normas de direitos humanos, são normas cogentes de direito internacional, se vê que as violações a

elas são recorrentes no mundo, apesar dos esforços para contê-las, a política e o poderio de certas potências, acabam por minar a proteção dos direitos humanos e conseqüentemente enfraquecê-los, já que quando são ofendidos por estes, não há qualquer tipo de represália, como será visto no próximo capítulo.

Não há dúvidas, que no exemplo, terroristas *versus* potências (EUA e Reino Unido), as violações foram de ambas as partes, evidentemente que isso se aplica ao ataque no Afeganistão, que apesar de aceito pela comunidade internacional como legítima defesa, argumento aceito pela carta da ONU, a humanidade foi lesada.

A grande ofensa, inicialmente unilateral, pode-se ser atribuída aos Estados Unidos e Reino Unido, quando do ataque ao Iraque, visto que feito para “prevenção”, tal argumento tanto não é aceito pela carta da Organização da Nações Unidas, como não é admitida na comunidade internacional, sendo classificada como ilegal quando não há nenhum dos requisitos da Carta ou autorização do conselho de segurança, que também não autorizou tal ação.

Se não bastasse a “invasão” ilegal destes “valentões internacionais”, nas palavras de Bauman, se tem mais ofensas às normas de direitos humanos e conseqüentemente as cláusulas cogentes, pois os “prisioneiros” da guerra ao terror são extirpados de seus direitos humanos básicos, como veremos com detalhes a seguir.

Não restam dúvidas de que o recurso à força armada na forma de represália, nem como justificativa para reprimir uma violação de direito internacional. A não ser peãs exceções expressas pelo capítulo VII da Carta da ONU, o uso da força armada é uma violação flagrante de direito internacional. (FINKELSTEIN, 2013, p.259)

Neste sentido, só se pode concluir que as violações foram tremendas e a mais grave de todas esta no fator do tratamento do terrorista pela doutrina do inimigo no direito, pois se constata clara violação aos direitos humanos daqueles indivíduos, pois é isto que são, indivíduos, seres humanos, que por pior que sejam, independente do crime que tenham cometido, tem o direito aos seus direitos mais básicos, não é crível a punição de violência com violência

Nas palavras de Bauman, está violência desenfreada, este desrespeito pelos direitos humanos e pela ideia de que aquele tipo de criminoso específico não tem direito a ter a característica de pessoa, acabam por produzir:

“vítimas involuntárias”, maiores “danos colaterais”, e, com isso, mais terror, ruptura e desestabilização que os próprios terroristas poderiam provocar; e assim, também produzem um salto adicional no volume de magoa, ódio e fúria acumulados, aumentando ainda mais as fileiras de recrutas em potencial para a causa do terrorismo. (BAUMAN, 2011, p.237.)

É possível assim, constatar que por mais que o pano de fundo do problema seja a recorrente ofensa aos direitos humanos, este caráter de “circulo vicioso” somente irá gerar mais conflitos armados e ofensas a direitos básicos.

3. GUANTÁNAMO EXEMPLO DE ILEGALIDADES E DE RETROCESSO

Agora que já se analisou a ideia de inimigo e como esta caracteriza a extirpação de direitos de um determinado indivíduo e que com isto se está ofendendo direitos humanos e por consequência normas cogentes de direito internacional, passa-se a averiguar a questão específica em relação à prisão de Guantánamo, perante a sociedade internacional e as eventuais consequências.

Antes de mais nada, vale ressaltar que a prisão de Guantánamo, esta localizada em Cuba e é base do Exército dos Estados Unidos, no acordo feito, as partes somente em mutuo acordo podiam desfazê-lo, assim, o local continua a pertencer aos EUA.

Após a invasão ao Afeganistão, o governo americano admitiu ter efetuado 364 prisões e estes seriam transferidos para a base naval de Guantánamo, estes prisioneiros de guerra, como são chamados, taxados de terroristas, eram pertencentes do grupo Al Qaeda e do Talibã. No fim das contas, depois de pressionados, acabaram por aplicar a convenção III de Genebra de 1949, para os Talibãs, transferindo os membros da Al Qaeda para Guantánamo. (NETO, 2008)

Evidente que tal comportamento não passou despercebido, como bem esclarece José Cretella Neto, quando diz em sua obra que em 18 de fevereiro do ano de 2002, a ONU clarificou que a convenção acima citada era aplicável a todos os acusados. (NETO, 2008)

Ocorre que, mais uma vez, a grande potência mundial ignora a “recomendação” da Organização das Nações Unidas e permanece com Guantánamo não só em funcionamento, mas continua a enviar prisioneiros. Existe ainda, mais um, porém, como bem salienta José Cretella Neto, que é a contradição americana, no que diz respeito ao motivo para o “ataque” aquela nação e modificando o discurso quando da captura dos “terroristas”.

O posicionamento americano mostra-se contraditório: para justificar o uso letal da força, o Taleban e a Al Qaeda foram considerados *combatentes*; uma vez capturados, tornaram-se *criminosos*, detidos para possibilitar a aplicação da justiça penal e militar americana, embora nenhum criminoso comum possa ser processado e julgado, nos EUA, à margem do sistema de justiça penal do país, como, por exemplo, por comissões militares, o que impediria que gozassem das garantias do *due process*.(NETO, 2008, p.527)

Antes de fazer um parênteses e trazer um fato passado, que demonstra um claro retrocesso, vale citar a serie trazida pelo jornal Folha de São Paulo, chamada de “Por Dentro de Guantánamo”, nesta a repórter enviada noticia algumas ilegalidades, como por exemplo, a acusação que sofreu o governo americano de obter confissões, se é que podem ser assim chamadas, por meio de tortura e que estão os advogados tentando ao máximo excluí-las, vez que como se sabe, não são validas em eventual julgamento.

Pontos importantes, que irão igualmente entrar no fato passado a ser discutido, é que os prisioneiros não reconhecem aquela jurisdição como competente para julga-los, chegando a afirmar que foi criado com intuito de julgar os acusados ali detidos. Além disso, os acusados estão sendo submetidos a uma corte militar, com regras únicas e sigilosas, o que evidentemente impedem a defesa do réu.

E somente para finalizar, algumas das ilegalidades trazidas por esta serie da Folha de São Paulo, se tem a questão de que parte dos aprisionados nem ao menos foram formalmente acusados, estando presos há anos, sem acusação, sem julgamento.

Antes de prosseguir, cabe o parênteses, impressionantemente algumas nações não aprendem com o passado, e aqui cita-se o polêmico Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, porque polêmico? Por motivos que se assemelham e acordam a memória, quando se vê o que esta acontecendo em Guantánamo.

Nuremberg, tribunal criado pelos Estados Unidos e seus aliados da segunda guerra com o intuito de julgar os criminosos nazistas, é visto como o primeiro passo para uma justiça internacional penal, mas também como grande ofensor de direitos humanos. Alvo de discussão até os dias atuais, era de se esperar que minimamente tivessem, aqueles envolvidos em sua criação, aprendido com seus equívocos.

Analisando, a primeira crítica, cerceamento de defesa, os advogados dos réus de Guantánamo alegam isto, tendo em vista o sigilo das normas e seu caráter único. Nuremberg foi arduamente criticado por ter cerceado a defesa dos Nazistas ali julgados, por ter usado normas que estes desconheciam e pela junção do sistema anglo-saxão e do romano-germânico.

Daí a crítica: Não é um dos princípios mais basilares do Direito o do pleno contraditório e, principalmente no Direito Penal, diante de dois procedimentos válidos e conflitantes, a adoção da alternativa de conduta mais benéfica ao réu? Não foi a defesa cerceada e obrigada a trabalhar dentro de um sistema que além de lhe ser pouco conhecido, ainda surgia com novas regras para atender o interesse dos vencedores? Diante disso, melhor talvez tivesse sido a adoção da proposta soviética, de execução sumaria e sem julgamento de todos que ali se encontravam, uma vez que tem costumeiramente o vencedor o direito de dispor como melhor lhe convier quanto ao destino dos vencidos em uma guerra. Mas, já que se optou pela encenação de um julgamento dentro das regras convencionais, que assim fosse feito, dando-se plena defesa aos acusados e efetivas condições de trabalho a seus advogados. (BRITO, 2004, p.149)

O que se constata é um direito humano fundamental, sendo indiscriminadamente ofendido, pela segunda vez na história, por um mesmo país, novamente há cerceamento da defesa, como não alegar que depois de anos de luta pelos direitos humanos, se dá alguns passos para trás com atos assim?

Um ponto não abordado acima, mas que parece relevante é a questão da imparcialidade do magistrado, bom, presumindo que eventualmente haja um julgamento e que seja de fato efetuado por tal corte militar, este juiz será por óbvio americano, o que parece ofender tal princípio, exatamente como ocorreu no Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (TMIN). Em casos como estes, para que não haja controvérsias e não se discuta a

validade do julgamento, o ideal seria um magistrado de outra nação, que fosse imparcial. É o que afirma Joanisval Gonçalves Brito, quando se refere ao julgamento de Nuremberg.

Composto exclusivamente, por juízes oriundos das nações que até aquele momento haviam estado em luta ferrenha contra o país que pertenciam os réus. Como não questionar a imparcialidade desses homens? (...) O bom senso leva a crer incontestavelmente que um tribunal composto por juízes neutros – Suíços, Suecos, Espanhóis, por exemplo -, ou ao menos um tribunal misto, teria oferecido maiores garantias de imparcialidade” (BRITO, 2004, p.153)

Fica assim mais que demonstrada a ofensa as normas, isto porque, no caso de Guantánamo, entende o Estado Americano, principalmente no início da “guerra ao terror”, em que se via claramente o terrorista como o inimigo, e desta forma, não era considerado que tinham direitos, sejam eles quais fossem, justificando assim a utilização da tortura como meio de obtenção de “confissões” e da negatória da vigência da convenção de Genebra III.

A ONU como se sabe, foi criada após a segunda guerra, diga-se que em substituição a “falida” Liga das Nações, com o intuito de proteção dos direitos humanos e ai neste momento, em que se vê com tanta clareza violações a direitos humanos legisladas internamente em um Estado, que por sinal é membro permanente com direito a voto e veto no conselho de segurança, se pergunta, onde exatamente ela esta, pois deveria estar protegendo direitos e não esta.

Abre-se aqui, mais um aparte, pequeno mais significativo, acima foi dito que a legislação de combate de terrorismo, baseada na doutrina de Günter Jakobs, do direito penal do inimigo, não é nada além de uma norma ofensiva de direitos humanos, e ai o ponto assustador, por assim dizer, é que no regime nazista tinha-se injustiças igualmente legisladas, e quando se fala nesta repetição é justamente porque havia esta “exclusão” e desumanização de certos indivíduos da sociedade, os ditos, indesejáveis, em outras palavras, o inimigo.

Pergunta-se aqui, é um retrocesso ou simplesmente o mundo não avançou apesar dos horrores que foram demonstrados no regime nazista? Volta-se a segregar, a retirar direitos e desumanizar determinados indivíduos, em uma época eram os judeus, ciganos etc, e agora os terroristas que são os indesejáveis e tratados como seres sem direitos.

Voltando a discussão, a questão era, quando das violações de tais direitos humanos onde está a ONU que se cala? Que não age de forma eficiente para impedir que haja esse retorno histórico no tempo e conseqüentemente a volta do cometimento dos terrores da segunda guerra.

Sabe-se que a função da Organização das Nações, uma delas pelo menos, é preservar a segurança e a paz mundial, e na carta da ONU existe a previsão de proibição do uso da força, tendo sempre a preferência da resolução do conflito por meios pacíficos. Tendo isto como base, se baseia tal organização pelo princípio da não intervenção, como regra, evidentemente, que quando preciso será aplicado o capítulo VII(JUBILUT, 2010).

O documento que rege a ONU, é proveniente de um acordo feito no pós segunda guerra, mas é relevante demonstrar os vetores principais de ter sido colocado o princípio da não intervenção, sendo eles, a limitação do poder da organização, a tentativa de se impedir o imperialismo e colonialismo e o respeito aos direitos humanos. (JUBILUT, 2010)

Desta forma, essencialmente não se deve intervir em assuntos internos dos Estados, será? Evidente que este é princípio firmado no direito internacional, cabendo a ONU, ressaltando que a responsabilidade e função é da Organização no que tange a eventuais intervenções pacíficas quando para proteger direitos humanos e cabendo ao conselho de segurança a autorização do uso do força, já que como dito acima, tal princípio não impede a aplicação dos capítulos que se referem a tais atos.

A questão passa a residir que com os horrores que vem sendo cometidos na ordem mundial, guerras e ofensas aos direitos humanos, a função da ONU de intervir parece inerente, uma discussão já solucionada, mas que vale a lembrança, era de que se falava que tal ideia de intervir ia em total encontro com a soberania Estatal.

Luigi Ferrajoli, já possuía entendimento que o direito é incompatível com a ideia de soberania, acreditando que havia uma antinomia entre as duas, por uma ser a negação da outra.(FERRAJOLI, 2007)

Ultrapassa-se assim a soberania absoluta, instaura-se a soberania relativizada, especialmente quando houver necessidade de proteção de direitos humanos (TAIAR, 2010), nasce assim o conceito de responsabilidade de proteger, que é relativamente nova e ainda é circundada de dúvidas, vez que quando aplicada pelo conselho de segurança foi de forma ampla, ou seja, “somente o principio mais amplo de proteger populações em face de graves e generalizadas violações de direitos humanos foi aceita; mas a doutrina de “responsabilidade

de proteger” como um todo (com todos seus principio e elementos) não foi ainda debatida e aceita” (JUBILUT, 2010, P. 172).

A relevância de se apresentar tanto o principio da não intervenção como o da responsabilidade de proteger se mostra tendo em vista, que a ONU como órgão que tem como uma de suas funções a proteção e manutenção da paz mundial, deve se basear neles, pois cabe a ela, não intervir, ou intervir quando houver ofensas a direitos humanos ou ameaças, visando sempre uma solução pacifica se valendo da força em ultima hipótese após aprovação do conselho de segurança.

Constata-se aqui que no que tange ao caso especifico, a prisão de Guantánamo, que abriga supostos terroristas, os “inimigos potencias” como diria Hannah Arendt quando se refere que na segunda guerra, os judeus o eram (ARENDR,1999). Neste espaço americano em território cubano mais de uma vez houveram acusações de violações de direitos humanos, isto sem citar a ilegal invasão no Iraque, que como dito acima, necessitaria de autorização do conselho de segurança, a ONU se silenciou.

A pergunta que surge é porque se escolhe ignorar a violações cometidas pela grande potência mundial, são questões de cunho político? Tendo em vista que o ofensor é membro permanente do Conselho de Segurança, ou aceitam que o “inimigo” não tem realmente direitos? Parece no mínimo estranho que diante tais acusações nada foi feito e os presos de Guantánamo, não só continuam lá trancafiados, mas não parece haver previsão para sua soltura ou tão pouco para um julgamento justo, com provas licitas em órgão competente.

Tais atos justificam as palavras tecidas por Luigi Ferrajoli de que “o ordenamento internacional hodierno é ineficaz pelo fato de que os seus órgãos não mais equivalem a um terceiro ausente, mas sim a um terceiro impotente” (FERRAJOLI, 2007, p.43).

A tal problema, Ferrajoli traz a solução, não é nada extraordinário, mas simples e que traria, quem sabe a paz mundial e uma provável ideia de que os Estados são iguais e os indivíduos são, não somente sujeito de direitos internacional, mas que seus direitos mais básicos, são foco de proteção da Organização das Nações Unidas. Afinal, é isto que precisam aqueles presos em Guantánamo, que seus direitos humanos sejam respeitados e se os Estados envolvidos, não podem ou não querem fazê-lo, cabe a ONU intervir para se façam cumprir aqueles preceitos da Declaração Universal de Direitos Humanos.

Se quisermos que tais cartas sejam levadas a sério, como normas e não como declarações retóricas, faz-se necessário que essa falta de garantias seja reconhecida, pela cultura jurídica e política, como uma *lacuna*, cujo preenchimento é obrigação da ONU, e portanto, dos Estados que a aderem.(FERRAJOLI, 2007, p.54)

Falar que se protege direitos humanos é fácil, afirmar para a comunidade internacional que aqueles presos em Guantánamo, são “inimigos”, ameaças ao mundo e que a justificativa tanto de manter tal estabelecimento violador em funcionamento, como dos crimes cometidos quando do uso ilegal da força no Iraque, e desta atual “ameaça” que é a Síria, é justamente a proteção de direitos humanos, um tanto controverso não? Neste sentido, é imprescindível citar Norberto Bobbio quando diz que:

“A amplitude que assumiu atualmente o debate sobre os direitos do homem como um sinal do progresso moral da humanidade, não será inoportuno repetir que esse crescimento moral não se mensura pelas palavras, mas pelos fatos. De boas intenções o inferno está cheio.” (BOBBIO, 2004, P. 60).

As palavras de Bobbio se fazem esclarecedoras, e se adéquam a situação com perfeição, não é de hoje que grandes potências ofendem direitos humanos e saem impunes, volta-se aqui ao comparativo a segunda grande guerra, sim a Alemanha e seus aliados cometeram crueldades inenarráveis, mas em um conflito bélico, há dois lados, e o outro lado igualmente cometeu crimes horripilantes, usando a título de exemplos as bombas atômicas, as mortes perpetradas pela União Soviética quando aliada da Alemanha e depois.

Em uma guerra não há lado verdadeiramente vencedor, mas só os “perdedores” respondem pelos seus crimes, os Nazistas responderam em Nuremberg e na guerra ao terror Guantánamo é a “forma de punir”, igualmente se levanta e chama de aplicação da lei e da justiça, mas os erros e falhas são as mesmas, ofende-se os direitos humanos repetidamente, com o preceito de que o “perdedor” ou o “inimigo” simplesmente carecem de tais direitos.

Os direitos humanos, como diz Bobbio, não é uma questão de classificação mas sim de efetivar sua proteção (BOBBIO,2004) mas como efetiva-los? Parece que há uma dificuldade de fazê-los concretos. É preciso que a ONU e a comunidade internacional comecem a agir de forma a tratar todos os Estados como iguais e parar de ignorar crimes

cometidos por seus principais membros, pois enquanto um membro do conselho de segurança puder livremente violar direitos, dificilmente se efetivará a proteção universal dos direitos do homem.

Guantánamo é a prova disto, de como violam-se direitos, com a desculpa de que o “inimigo” não tem direitos, enquanto não se abandonar este pensamento que remete ao regime nazista de tão segregador que é, a paz mundial não será alcançada e sempre irá pairar sobre o mundo a possibilidade de se repetir os horrores da segunda guerra. A igualdade precisa de uma vez por todas ser dada a todos sem exceção, o individuo que comete crime, seja ele qual for, tem direitos, como todos os demais, principalmente quando se fala em direitos humanos.

CONCLUSÃO

O que se conclui com o presente estudo é que inicialmente a doutrina do direito penal do inimigo não passa de uma verdadeira volta no tempo, e infelizmente para um período em que o terror imperava, retorna-se as ideias de segregação do regime nazista, em que aqueles que são pelo Estado tidos como inimigos, não possuem qualquer tipo de direitos, não são nem ao menos considerados seres humanos.

A grande problemática em torno disto tudo é que as violações aos direitos humanos e as normas cogentes de direito internacional, aquelas que em tese são inerentes a todos os Estados, que devem obrigatoriamente respeitá-las, continuam a se perpetrar e não se vislumbra nenhum tipo de mudança.

Teceu-se duras criticas a Organização das Nações Unidas, mas isto tem razão de ser, afinal é o órgão que deveria primar pela defesa destes direitos que são violados e deveria, se não impedir, mas punir os ofensores e não simplesmente se calar por questões políticas.

Chegou a hora da ONU e da comunidade internacional agirem, mas regidos pelas leis e tratados que tem por objeto a proteção dos direitos humanos, não mais se pode deixar a política e o poder das “grandes potências” controlarem, todos são iguais e as regras são para todos! Dizer que faz pela paz mundial nada significa se o faz violando direitos básicos dos seres humanos e causando guerra e destruição.

Guantánamo é uma das maiores provas de aplicação do direito penal do inimigo e consequentemente de segregação de direitos e não somente isso, é uma demonstração da impunidade das potências econômicas que passam por cima das leis internacionais.

Este retrocesso precisa ser evitado, pois somente o impedindo que poderá ser possível evitar que caíamos em mais uma grande guerra e é a única forma de se evitar ofensas e efetivamente proteger os direitos humanos no âmbito nacional e internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt. A ética é possível num mundo de consumidores? Tradução Alexandre Werneck. Rio de Janeiro. Zahar. 2011.

BOBBIO, Norberto. A era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho – Ed.13ª, Editora Elsevier, Rio de Janeiro. 2004.

COMPARATO, Fabio Koner. A afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 8ª Ed, São Paulo, Saraiva. 2013

FERRAJOLI, Luigi. A soberania no Mundo Moderno: Nascimento e Crise do Estado Nacional; Tradução Carlo Coccioli, Marcio Lauria Filho – 2ª Ed. São Paulo. Martins Fontes. 2007

FINKELSTEIN, Cláudio. Hierarquia das normas no direito internacional – *jus cogens* e metaconstitucionalismo. São Paulo. Saraiva. 2013

FRANÇA, Leandro Ayres. Inimigo ou a inconveniência de existir. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2012.

JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. Derecho Penal Del Enemigo. Madrid. Civitas. 2003.

JUBILUT, Liliana Lyra. Não intervenção e legitimidade internacional. São Paulo. Saraiva. 2010

KELSEN, Hans. Teoria Pura do direito. Tradução João Baptista Machado. 8ª Ed. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes. 2009.

MELLO, Patrícia Campo. Por Dentro de Guantánamo. Jornal Folha de São Paulo. 20 à 24 de agosto de 2013.

NETO, José Cretella. Terrorismo Internacional. Inimigo sem rosto – Combatente sem pátria. São Paulo. Millennium Editora. 2008

PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. 6ª Ed, São Paulo, Saraiva. 2013

_____. Direitos Humanos e a Justiça Internacional. 3ª Ed. São Paulo, Saraiva. 2012

RAMOS, Andre de Carvalho –Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. 3ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2013

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da – Direitos Humanos: Conceitos, significados e funções – São Paulo, Saraiva, 2010.

TAIAR, Rogério. Direito Internacional do Direitos Humanos: Uma discussão sobre a relativização da soberania em face da efetivação dos direitos humanos. São Paulo. Editora MP. 1ª Ed. 2010

ZAFFARONI, Eugenio Raul. O inimigo no direito penal. Tradução de Sergio Lamarão. Rio de Janeiro. Revan. 3ª Ed. 2011

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> acesso em 27-07-2013

<http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/553bv.pdf> acesso em 16-08-2013

<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13278&LangID=E> acesso em 16-08-2013

http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/hr_5005_enr.pdf 31-08-2013