

O terror e o ataque às liberdades cívís*

Terror and the Attack on Civil Liberties

RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin é Frank Henry Sommer Professor of Law na New York University School of Law. Autor de diversos livros, dentre eles “Uma questão de princípio”, “O império do Direito” e “Levando os direitos a sério”.

RESUMO

A partir de uma crítica das restrições das liberdades cívís, a desde 11 de setembro de 2001, o jurista propõe um modelo de combate ao terrorismo que seja compatível com o exercício das liberdades cívís.

Palavras-chave: Terrorismo, restrição de direitos fundamentais, direitos cívís.

ABSTRACT

From a critical review of civil liberties restrictions since September eleven, the jurist proposes a terrorism combat model compatible with the exercise of civil liberties.

Key words: Terrorism, restriction of fundamental rights, civil rights

Dois anos se passaram desde a catástrofe de 11 de setembro, e os norte-americanos permanecem em grande perigo. O perigo é de dois tipos, e

* Publicado originalmente em *The New York Review*, Volume 50, Número 17, 6 de novembro de 2003, aqui reproduzido com autorização do autor e da revista, o que agradecemos. Trad. Roberto Cataldo Costa.

o primeiro – mais ataques terroristas – é evidente. Terroristas bem financiados, que moram em diversos países estrangeiros e neles recebem treinamento, estão determinados a matar norte-americanos e, para tanto, dispostos a morrer. Se obtivessem acesso a armas nucleares, seriam capazes de causar danos ainda mais terríveis. O segundo perigo, menos evidente, é auto-imposto. Em sua resposta a essa grande ameaça, o governo Bush ignorou ou violou muitos direitos e liberdades individuais fundamentais, e agora é preciso que nos preocupemos com uma transformação, para pior, do caráter de nossa sociedade. O governo ampliou em muito a vigilância sobre os cidadãos e a coleta de informações a seu respeito. Muitas centenas de prisioneiros, alguns dos quais são cidadãos dos Estados Unidos, foram detidas indefinida e secretamente, sem acusação ou acesso a um advogado. O governo ameaça executar alguns após serem julgados por um tribunal militar especial, onde não haverá as tradicionais salvaguardas destinadas a impedir a condenação de inocentes.

Tem havido um grande número de críticas intensas a essas políticas por parte de grupos que trabalham em prol das liberdades civis, jornalistas, conservadores que se preocupam com a liberdade, e outros. Muitos desses críticos argumentam que as políticas do governo são inconstitucionais ou ilegais à luz do direito internacional. Concordo com eles, mas o governo tem tido um êxito surpreendente em persuadir juízes federais a manter suas políticas diante de questionamentos jurídicos,¹ e os juristas

¹ Tribunais federais sustentaram, por exemplo, que o país não têm controle suficiente sobre Guantánamo para que se force o governo a permitir o requerimento de *habeas corpus* em nome dos prisioneiros (*vide Al Odah v. United States*, 321 F.3d 1134, D.C. Cir. 2003, e *Ctr. for Nat'l Sec. Studies v. DOJ*, 331 F.3d 918, D.C. Cir. 2003), e também sustentaram as posições do governo, segundo as quais os tribunais não têm poder para revisar a designação, por parte do presidente, de indivíduos capturados em uma zona militar, como combatentes inimigos (*vide Hamdi v. Rumsfeld*, 337 F.3d 335, 357, 4th Cir. 2003). Em minha opinião, essas decisões são equivocadas. A decisão sobre se um território está suficientemente sujeito à soberania dos Estados Unidos para que a autoridade norte-americana deste país deva respeitar a concessão de *habeas corpus* depende de a soberania ser efetiva, e não de ser permanente. Sendo assim, o fato de que o controle norte-americano da base de Guantánamo só é garantido por um aluguel de longo prazo é irrelevante. O tribunal, em sua decisão sobre o caso Hamdi, citou a designação do presidente como comandante-em-chefe pela Constituição, mas essa designação não significa que os tribunais sejam privados de seu poder normal de proteger indivíduos da autoridade governamental arbitrária, mesmo em tempos de guerra. O governo também se baseia na decisão da Suprema Corte, de 1942, sobre o caso *Quirin*, segundo a qual os espões nazistas que haviam chegado aos Estados Unidos com planos de sabotagem, incluindo um cidadão do próprio país, poderiam ser julgados por um tribunal militar e executados sem exame judicial substantivo (*vide Ex Parte Quirin et al.*; *US ex rel. Quirin et al. v. Cox*, Provost Marshal 317 US 1). Aquela decisão foi lamentável, até mesmo sórdida. *Vide* meu artigo "The Threat to Patriotism," *The New York Review*, 28 de fevereiro de 2002. De qualquer forma, a decisão é um precedente inadequado para a recusa do governo Bush de permitir que detentos questionem sua situação de combatentes inimigos e lhes dar acesso a advogado. Os sabotadores nazistas admitiram agir como espões para uma potência estrangeira inimiga, e foram representados por advogados muito qualificados, incluindo

internacionais estão divididos com relação a se nossas práticas violam ou não qualquer de nossas obrigações previstas em tratados.² De qualquer forma, muitos dos que defendem tais políticas do governo afirmam que questões de legalidade são quase irrelevantes em tempos de emergência nacional. Eles dizem, como expressou o presidente da Suprema Corte, William Rehnquist, que nas guerras, as leis “falam com voz silenciosa”³ Devemos, assim, tratar de uma questão distinta e mais básica: se as políticas do governo são indefensáveis, mesmo que sejam legais, porque violam os direitos humanos fundamentais das pessoas – os quais fazem parte dos alicerces da ordem moral internacional que as nações devem respeitar, mesmo estando sob ameaça. Caso o sejam, essas políticas não são apenas equivocadas, mas também vergonhosas.

1. A lei chamada de USA Patriot Act, apresentada pelo governo e

² A questão sobre se o tratamento dado pelos Estados Unidos aos prisioneiros em Guantánamo, no Iraque e em outros lugares viola o direito internacional depende em muito da interpretação da Convenção de Genebra, que é um conjunto complexo de tratados e protocolos, cada um ratificado por, pelo menos, 156 países (os Estados Unidos assinam algumas partes da Convenção, mas não outras; uma questão sobre a qual os juristas internacionais se dividem é se, dado que tantos outros países assinam todas as partes da Convenção, o país deve respeitar até mesmo aquelas disposições que não ratificou, pois todas representam, atualmente, o direito internacional consuetudinário). A Convenção distingue dois principais casos de pessoas que uma nação captura em uma ação militar: as que estão atuando como agentes de outro país com o qual ela esteja em guerra e as que estão agindo, na condição de civis, por conta própria. Estas podem ser processadas como criminosas; as primeiras devem ser tratadas como prisioneiros de guerra, desde que cumpram outras condições: devem lutar sob um comando responsável, portar abertamente suas armas, usar um sinal fixo e reconhecível, como um uniforme, e obedecer, elas próprias, às leis da guerra. Segundo as interpretações do governo Bush, essas disposições possibilitam uma terceira categoria, a que chama de “combatentes ilegais” (termo inexistente na Convenção de Genebra), com o qual denomina aqueles que não têm direito ao status de prisioneiro de guerra porque não usam uniformes ou não obedecem às leis da guerra, por exemplo, mas que, mesmo assim, podem ser detidos sem acusações penais porque pegaram em armas como parte de um grupo organizado. A interpretação tem sido amplamente questionada (*vide*, por exemplo, Knut Dörmann, “The Legal Situation of Unlawful/Unprivileged Combatants”, *The International Review of the Red Cross*, Vol. 84, No 849, Março de 2003). De qualquer forma, o Artigo 5 da Terceira Convenção de Genebra, ratificada pelos Estados Unidos, exige que os signatários formem tribunais para determinar se prisioneiros específicos têm direito ao status de prisioneiro de guerra, quando houver dúvida. O Primeiro Protocolo Adicional, que os Estados Unidos assinaram, mas não ratificam, especifica essa exigência muito mais detalhadamente: cada prisioneiro deve ser tido como apto a receber status de prisioneiro de guerra e pode questionar qualquer reclassificação diante de um tribunal “competente”. O governo se recusa a reconhecer essas outras exigências do protocolo, e insiste em que não há dúvidas de que os que foram detidos não têm direito àquele status.

³ Discurso do Presidente da Suprema Corte, William H. Rehnquist, no centenário da Norfolk and Portsmouth Bar Association, 3 de maio de 2000 (transcrição disponível em www.supremecourt.us/publicinfo/speeches/sp_05-03-00.html). Contudo, Rehnquist também alertou que “é muito fácil escorregar de um caso de verdadeira necessidade militar...para um em que a ameaça não seja crítica e o poder [que se busca exercer é] seja dúbio ou inexistente”, e que é “desejável e provável que os tribunais prestem uma atenção mais cuidadosa às afirmações que o governo faz sobre a necessidade como base para restringir a liberdade civil”. *Vide* sua obra *All the Laws But One* (Vintage, 2000), p. 224–225.

aprovada às pressas pelo Congresso quase que imediatamente após o 11 de setembro, legalizou uma definição incrivelmente ampla de terrorismo, incluindo, por exemplo, atos violentos “destinados a influenciar a política de um governo por meio de intimidação ou coerção”, donde uma pessoa é culpada de contribuir com o terrorismo se doar dinheiro a qualquer grupo que tenha essa finalidade. A lei ampliou em muito o poder do governo para levar a cabo buscas secretas em domicílios privados, permitiu que o procurador-geral detenha estrangeiros quando quiser, na condição de ameaças à segurança, estipulou novas regras autorizando o governo a requisitar informações sobre as compras de livros ou empréstimos em livrarias e bibliotecas feitos por qualquer pessoa, e aumentou de várias outras formas a autoridade do governo para vigilância. Um relatório recente de um inspetor interno do Departamento de Justiça apontou inúmeras violações de direitos civis na aplicação da lei.⁴

Mais de 650 prisioneiros estão atualmente no campo de detenção do governo na Baía de Guantánamo, de forma anônima e em condições severas.⁵ Detentos de outros campos nos Estados Unidos, no Iraque, em Bahrein e no Afeganistão, e na ilha Diego Garcia, de propriedade britânica, no Oceano Índico, entre outros locais, estão sujeitos a interrogatórios violentos e coercitivos, que incluem surras, negativa de medicação contra a dor, privação do sono e ruído alto com intenção de causar desorientação. Há boas razões para preocupação com que esses prisioneiros sejam torturados, e que os recalcitrantes sejam entregues a países onde esse tipo de tortura é rotina.⁶

Os tribunais militares que o governo ameaça usar para julgar alguns desses detentos são designados pelo Departamento de Defesa e têm poder de impor sentenças, incluindo a pena de morte, sem as salvaguardas normais do processo penal (por exemplo, provas baseadas em testemunhos indiretos e confissões involuntárias são admissíveis se tiverem “valor probatório para uma pessoa razoável”). Não existe recurso, exceto ao

⁴Vide Philip Shenon, “Report on US Antiterrorism Law Alleges Violations of Civil Rights”, *The New York Times*, 21 de julho de 2003.

⁵Vide Joseph Lelyveld, “In Guantánamo,” *The New York Review*, 7 de novembro de 2002.

⁶Vide Dana Priest e Barton Gellman, “US Decries Abuse but Defends Interrogations; ‘Stress and Duress’ Tactics Used on Terrorism Suspects Held in Secret Overseas Facilities”, *The Washington Post*, 26 de dezembro de 2002; Rajiv Chandrasekaran e Peter Finn, “US Behind Secret Transfer of Terror Suspects,” *The Washington Post*, 11 de março de 2003; Peter Finn, “Al Qaeda Recruiter Reportedly Tortured; Ex-Inmate in Syria Cites Others’ Accounts,” *The Washington Post*, 31 de janeiro de 2003.

secretário de defesa e ao presidente.⁷ Os réus têm advogados militares designados e podem contratar, por sua própria conta, advogados civis que tenham liberação das agências de segurança, mas estes não poderão comparecer a audiências que o oficial que presidir o julgamento declarar fechadas. Associações jurídicas têm questionado a participação de advogados norte-americanos em julgamentos que limitem de forma tão profunda sua capacidade de defender adequadamente seus clientes.⁸

O governo mantém incomunicáveis pelos menos três prisioneiros – Yasser Esam Hamdi, José Padilla e Ali Saleh Kahlah al-Marri – em prisões militares nos Estados Unidos, sem acusação e sem lhes permitir acesso a um advogado. Hamdi é cidadão do país. O governo diz que ele foi preso pela Aliança do Norte enquanto lutava pelo Taleban no Afeganistão, mas faz essa afirmação em um memorando superficial, escrito por um oficial de baixa patente sem conhecimento direto dos fatos, e se recusa a embasar a afirmação com mais provas. Padilla, também cidadão norte-americano, foi preso em Chicago na condição de “testemunha importante” da investigação do governo acerca dos ataques de 11 de setembro, mas quando um advogado indicado pelo tribunal questionou sua detenção e um juiz determinou uma audiência, o Presidente o designou como combatente inimigo ilegal, e a audiência lhe foi negada. Marri é um estudante do Qatar, preso sob acusação de mentir a investigadores sobre suas viagens, que enfrentaria um julgamento penal normal, até o Presidente anunciar, em junho último, sem provas ou argumentos que sustentassem, que ele também era um combatente inimigo que podia ser mantido inco-municável, sem acusações.⁹

Zacarias Moussaoui é um cidadão francês preso nos Estados Unidos antes de 11 de setembro. O governo afirma que ele era o “vigésimo seqüestrador”, que teria participado dos ataques caso não tivesse sido preso antes, e o processou em um tribunal federal, pedindo a pena de morte. A

⁷ As normas dos tribunais militares foram esclarecidas no documento Military Commission Order No. 1, de 21 de março de 2002, do Departamento de Defesa. A ordem inicial do presidente era, em alguns aspectos, mais severa: por exemplo, dispunha que os juízes não precisavam estar convencidos, para além de dúvida razoável, para votar por “culpado”, e que uma votação de dois terços já seria suficiente para impor a pena de morte. A ordem de 21 de março exige prova para além de dúvida razoável e uma votação unânime para a condenação à morte, embora dois terços fossem suficientes para condenação.

⁸ Vide Neil Lewis, “Rules Set Up for Terror Tribunals May Deter Some Defense Lawyers,” *The New York Times*, 13 de julho de 2003.

⁹ Vide Eric Lichtblau, “Bush Declares Student an Enemy Combatant,” *The New York Times*, 24 de junho de 2003.

principal prova, aparentemente, é que ele recebeu dinheiro de membros da al-Qaeda agora sob custódia dos Estados Unidos fora do país, que também enviaram dinheiro aos seqüestradores. Todavia, o governo recusou ordens do tribunal para que os advogados de Moussaoui entrevistassem esses membros da al-Qaeda, e ameaçou que, se essas ordens não fossem suspensas pelo tribunal, processaria Moussaoui em um tribunal militar, onde não estaria em questão a permissão para seus advogados terem tal acesso.¹⁰

Seria um erro crasso supor tais poderes e ações justificáveis porque todos aqueles a quem ameaçam são culpados, como sugeriu Donald Rumsfeld em sua declaração impressionante, segundo a qual os prisioneiros em Guantánamo são todos assassinos. Pressupor a culpa antes que ela seja demonstrada por meios justos, já representa, em si, um grave comprometimento dos direitos humanos. É claro que nós, norte-americanos, já utilizamos táticas jurídicas não-convencionais e aparentemente injustas, assim como muitos outros países, quando fomos atemorizados pela guerra ou por ameaças de subversão, reais ou imaginadas. Na Segunda Guerra Mundial, por exemplo, o governo dos Estados Unidos confinou nipo-americanos que não representavam qualquer risco à segurança em campos de detenção. As políticas do governo Bush, contudo, ameaçam corromper nossas tradições de forma mais duradoura, pois os riscos citados como justificativa não durarão alguns anos, como aconteceu com as outras crises reais ou supostas, e sim uma geração, talvez mais.

Durante muitos anos, os conservadores quiseram que o governo tivesse o poder que os membros da atual administração dizem ser legítimo, e o 11 de setembro pode lhes ter servido apenas de desculpa. O Departamento de Justiça de John Ashcroft tem usado seus novos poderes, conferidos pelo Patriot Act, que foram defendidos como disposições de emergência contra terroristas, para investigar e processar uma ampla variedade de crimes mais comuns, como furto e estelionato.¹¹ As políticas antiterroristas do governo

¹⁰ O governo disse que concordaria com uma ordem retirando a acusação, de forma que pudesse recorrer da ordem de acesso a líderes capturados. Vide Philip Shenon, "In Maneuver, US Will Let Terror Charges Drop", *The New York Times*, 26 de setembro de 2003. Mas o juiz, Leonie M. Brinkema, em lugar disso, ordenou a continuação do julgamento, sem que o governo tivesse permissão para acusar Moussaoui de envolvimento no 11 de setembro ou pedir a pena de morte. O governo deve decidir agora se recorre dessas ordens ou transfere o caso a um tribunal militar imediatamente. Vide Kirk Semple, "In Setback to US, Judge Refuses to Drop Moussaoui Case", *The New York Times*, 2 de outubro de 2003.

¹¹ Vide Eric Lichtblau, "US Uses Terror Law to Pursue Crimes from Drugs to Swindling", *The New York Times*, 28 de setembro de 2003.

podem representar um passo irreversível rumo a um novo estado, muito menos liberal, o que torna a pergunta que apresentei – se essas políticas violam direitos humanos fundamentais – ainda mais urgente.

2. Muitos norte-americanos consideram as políticas do governo Bush como uma resposta justificada a uma ameaça terrorista,¹² acreditando que os ataques de 11 de setembro exigem (como muitas vezes se diz) “um novo equilíbrio entre liberdade e segurança.” A expressão, tão utilizada, sugere que podemos avaliar adequadamente as novas políticas questionando se elas servem a nossos interesses gerais, da mesma forma com que poderíamos decidir, por exemplo, sobre um novo equilíbrio entre segurança nas estradas e a conveniência de dirigir em alta velocidade reduzindo os limites de velocidade. Contudo, praticamente sem exceções, nenhum norte-americano que não seja muçulmano e não tenha vínculos desse tipo corre qualquer risco real de ser rotulado de combatente inimigo e trancafiado em uma cela militar. O único equilíbrio em questão é aquele entre a segurança da maioria e os direitos de *outras* pessoas, e devemos refletir sobre isso como uma questão de princípio moral, e não de nosso interesse próprio.

Entre os princípios morais mais fundamentais está o da humanidade compartilhada: cada vida humana tem um valor inerente distinto e igual. Tal princípio é a premissa da idéia de direitos humanos, ou seja, os direitos que as pessoas têm apenas pelo fato de serem humanas, sendo, assim, premissa indispensável de uma ordem moral internacional. Vários tratados internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU ou a Convenção de Genebra, são tentativas legais de codificar o princípio moral básico em normas específicas que possam ser tornadas obrigatórias em termos de direito nacional e internacional. Pode ser discutível, como insiste o governo Bush, se suas medidas de segurança violam os termos específicos de qualquer dos tratados dos quais os Estados Unidos são uma das partes,¹³ mas essas medidas violam, sim, o princípio

¹² Uma pesquisa recente encomendada ao Instituto Gallup pela CNN e pelo Jornal USA Today concluiu que 22% dos norte-americanos consideravam que o governo havia ido longe demais na restrição às liberdades civis, ao mesmo tempo em que dois terços disseram que o governo não deveria dar qualquer outro passo antiterrorismo caso isso as comprometesse mais. Vide Dana Milbank, “President Asks for Expanded Patriot Act”, *The Washington Post*, 11 de Setembro de 2003.

¹³ Para um estudo abrangente da aplicação do direito internacional, no campo dos direitos humanos, à proclamada guerra norte-americana aos terroristas, vide Anthony Dworkin, “Military Necessity and Due Process: The Place of Human Rights in the War on Terror”, forthcoming in *New Wars, New Laws?*, organizado por Matthew Evangelista e David Wippman (Transnational Publishers).

básico de humanidade compartilhada que lhes é subjacente. E elas o fazem porque seguem a estratégia de colocar a segurança dos Estados Unidos *absolutamente* em primeiro lugar – uma estratégia que recomenda qualquer medida que aprimore a segurança do país contra o terrorismo, mesmo de forma secundária ou especulativa, ou que melhore a eficiência em termos de custo ou a conveniência de sua campanha antiterrorismo, sem levar em conta o dano ou o caráter injusto que acarreta a suas vítimas.¹⁴ Os Estados Unidos seguiram essa estratégia ao confinar os nipo-americanos – o benefício de segurança da detenção como um todo foi mínimo, e o dano que impôs às vítimas, enorme – e vemos agora esse episódio com grande constrangimento nacional.¹⁵ É claro que todo governo tem uma responsabilidade especial de cuidar da segurança de seus cidadãos, e um país pode, quando necessário, utilizar a violência em defesa própria, mas o dano que deliberadamente inflige a outros deve ser comparável ao que previne para seu próprio povo, e quando nosso governo se mostra pronto a impor danos graves a estrangeiros ou a norte-americanos suspeitos, em nome de benefícios apenas especulativos, marginais ou remotos para o resto de nós, suas ações partem do pressuposto de que aquelas vidas não têm qualquer valor, comparadas às nossas.

Esse pressuposto desdenhoso fica evidente nas políticas que descrevi e nas justificativas que o governo Bush oferece para elas. O governo se recusa a permitir questionamentos de suas decisões, ainda que mínimos, sejam eles judiciais, congressuais ou independentes; instala campos de detenção fora do país, de forma a evitar o requerimento de *habeas corpus*; reivindica o direito exclusivo de decidir quem é combatente inimigo, sem necessidade de apresentar provas consistentes a qualquer tribunal; recusa-se a permitir que juízes examinem suas afirmações opacas de que a segurança exige a negação de proteções básicas a pessoas que acusa de crimes; mantém suas detenções e seu tratamento dos detentos o mais secretos possível, para evitar qualquer crítica por parte de outros órgãos

¹⁴ O governo não aplica um princípio comparável a seu orçamento: deixa de tratar até mesmo medidas de segurança claramente importantes como prioridade financeira máxima. Em meio à sua guerra declarada ao terror, negociou cortes imensos de impostos, principalmente em benefício dos contribuintes muito ricos, e reduziu as despesas de segurança. O financiamento federal para organizações locais que enfrentariam as consequências de outras ações terroristas tem sido extremamente reduzido, por exemplo. *Vide Emergency Responders: Drastically Underfunded, Dangerously Unprepared*, Report of an Independent Task Force Sponsored by the Council on Foreign Relations, Warren B. Rudman, Chair (2003). Esse relatório está disponível em www.cfr.org.

¹⁵ *Vide* Peter Irons, *Justice Delayed: The Record of the Japanese American Internment Cases* (Wesleyan University Press, 1989).

de governo, da imprensa, de cidadãos ou de organizações internacionais de direitos humanos; afirma que a segurança em tempos de guerra demanda esse sigilo e essa imunidade da supervisão judicial e de outros tipos. Esse é o argumento apresentado por todos os estados policiais, e talvez seja a afirmação mais oportunista e indefensável do governo Bush até agora. Isso porque, embora seja lhe certamente mais conveniente executar suas políticas de forma sigilosa, sem supervisão alguma de qualquer outro departamento do próprio governo, a sugestão de que esse sigilo beneficia a segurança não tem base concreta. De qualquer forma, os supostos benefícios de segurança parecem ser mínimos. Juízes, senadores e deputados também são autoridades norte-americanas, são dignos de confiança, e desenvolveram procedimentos especiais para proteger a informação confidencial, os quais já foram utilizados com êxito em audiências legislativas e em julgamentos por terrorismo, em tribunais comuns.¹⁶ O governo poderia argumentar que, em tempos de guerra, não deve correr qualquer risco, mesmo que pequeno, mas quando as vidas e a liberdade dos que o governo prende estão em jogo, não correr riscos, embora pequenos, significa não dar valor algum a essas vidas e a essa liberdade. Essa estratégia confere caráter absoluto à idéia de colocar a segurança dos Estados Unidos em primeiro lugar, e é moralmente inaceitável.

Quando o governo tenta explicar por que a segurança exige as medidas que foram tomadas, a explicação confirma aquela estratégia inaceitável. Diz, por exemplo, que deve ter a permissão para monitorar conversas entre suspeitos de terrorismo e seus advogados, pois estes podem transmitir ordens a outros terroristas que ainda estejam em liberdade. Todavia, tal risco é remoto, pois os suspeitos de terrorismo que estejam na prisão há um tempo considerável provavelmente não terão informações úteis ou autoridade, e o risco poderia, de qualquer forma, ser minimizado submetendo os advogados dos suspeitos de terrorismo a uma verificação de segurança. O governo diz que não pode divulgar os nomes de prisioneiros porque as organizações terroristas podem não saber quais de seus membros foram presos e quais ainda estão disponíveis para cumprir tarefas. Mas parece bastante improvável que organizações terroristas eficazes não saibam, ou não possam determinar, quais de seus membros importantes o suficiente para fazer diferença desapareceram durante meses ou anos. O governo afirma que os

¹⁶ Vide *United States v. Bin Laden*, 92 F. Supp. 2d 225, SDNY 2000 (1998 US Embassy Bombings in Nairobi, Kenya and Dar-Es-Salaam, Tanzania) e *Estados Unidos v. Salameh*, 261 F.3d 271, 2d 2001 (1993 World Trade Center bombing).

tribunais militares secretos constituem fóruns melhores para julgar suspeitos de terrorismo do que aqueles independentes dos militares, pois segredos de segurança podem ser expostos em julgamentos comuns. Entretanto, como já mencionei, os tribunais desenvolveram métodos, tais como procedimentos fechados, para lidar com questões de segurança delicadas no passado, e não há razão para que não possam proteger segredos oficiais dessa natureza em futuros julgamentos.

O governo diz que não pode permitir que Padilla fale com seus advogados porque essa pausa breve em seu interrogatório – que agora se estende por meses e se supõe que seja interrompido para fazer refeições, dormir e descansar – poderia afetar seu sucesso, que pode depender de um processo de coerção e desorientação do prisioneiro. É melhor, segundo o governo, deixá-lo incomunicável indefinidamente. Os promotores se recusam a deixar que os advogados de Moussaoui interroguem os líderes da al-Qaeda capturados, pois isso também poderia interromper seus próprios interrogatórios, que também se arrastam há meses.¹⁷ Melhor seria executá-lo sem o benefício de qualquer informação que pudesse isentá-lo, e que talvez viesse a ser fornecida por aqueles líderes. O governo diz que não pode fornecer provas concretas de que Hamdi foi realmente capturado lutando pelo Taleban no campo de batalha, pois a preparação dos documentos desviaria tempo e dinheiro de outras atividades antiterroristas. Melhor seria que ele definhasse por anos em uma prisão militar.

É significativo que a invasão liderada pelos norte-americanos no início deste ano também tenha sido defendida colocando-se a segurança dos Estados Unidos em primeiro lugar. O governo afirmou que o desenvolvimento clandestino de armas de destruição em massa por parte do Iraque ameaçava nossa segurança e que descobrira ligações entre o governo de Saddam Hussein e al-Qaeda. Está claro, agora, que as provas para a primeira afirmação eram inconsistentes e, para a segunda, inexistentes.¹⁸ No entan-

¹⁷ Vide Neil Lewis, “Bush Officials Lose Round In Prosecuting Terror Suspect”, *The New York Times*, 27 de junho de 2003.

¹⁸ Esta última afirmação foi particularmente importante para convencer o país de que a guerra era necessária: em fevereiro de 2003, a CNN informou que 76% dos norte-americanos consideravam que o Iraque estava envolvido nos ataques de 11 de setembro. Vide Bruce Morton, “Selling an Iraq-al-Qaeda Connection” (11 de março de 2003), disponível em www.cnn.com/2003/WORLD/meast/03/11/Iraq.Qaeda.link. Até a data deste artigo, segundo relatórios preliminares de uma equipe de inspeção, nenhuma arma proibida havia sido encontrada no Iraque, apesar das buscas intensas. O governo aparentemente abandonou sua alegação de uma ligação entre o Iraque e os ataques de 11 de setembro. Vide “Bush Reports No Evidence of Hussein Tie to 9/11”, *The New York Times*, 18 de setembro de 2003.

to, o governo diz, como expressou o subsecretário de defesa Paul Wolfowitz, que tinha direito de agir a partir de evidências “obscuras” ou especulativas, para proteger a segurança dos Estados Unidos, mesmo ao custo de milhares de vidas norte-americanas, britânicas e iraquianas.¹⁹

Ademais, o Departamento de Justiça reconheceu, quase que explicitamente, que coloca a segurança do país absolutamente em primeiro lugar. Em resposta a acusações de excesso de zelo ao proteger a segurança à custa da liberdade, o procurador-geral disse que o governo “não pede desculpas por buscar qualquer maneira jurídica possível para proteger a população norte-americana de outros ataques”.²⁰ Essa declaração é particularmente reveladora, dado que o governo afirma que a lei permite quase tudo em tempos de guerra, e que, de qualquer maneira, os juízes têm pouca autoridade para rever decisões governamentais.

3. Minha sugestão de que a estratégia do governo Bush é imoral pode se prestar a uma objeção importante. É totalmente legítimo, em determinadas circunstâncias, que um governo imponha danos graves a algumas pessoas para reduzir o risco de danos a outras, mesmo quando esse risco é apenas estatístico ou especulativo. É exatamente isso o que fazemos, afinal de contas, quando utilizamos o direito penal para punir criminosos condenados, privando-os de liberdade com vistas a impedi-los, e a outros, de cometer crimes. Causamo-lhes danos, sim, para tornar o resto de nós mais seguros em termos estatísticos e secundários. Fazemos basicamente a mesma coisa na guerra convencional: tentamos matar soldados inimigos para proteger nossos próprios soldados e cidadãos de riscos que são, para cada um deles, apenas especulativos. Sendo assim, não se pode afirmar, em síntese, que um governo não possa jamais prejudicar algumas pessoas para proteger outras de um dano menor ou mais especulativo. Se podemos fazê-lo no combate ao crime comum e na guerra convencional, por que não no combate ao terrorismo?

Essa idéia parte do pressuposto, todavia, de que o princípio de humanidade compartilhada é simplesmente ignorado ou derogado no processo penal ou na guerra convencional, mas isso não é verdadeiro. Pelo contrário, todas as nações civilizadas elaboraram normas para regulamentar tanto

¹⁹ Vide **Despacho** da Agência Reuters, “Wolfowitz Says US Must Act Even on ‘Murky’ Data”, *The New York Times*, 27 de julho 2003.

²⁰ Vide “Report on US Antiterrorism Law Alleges Violations of Civil Rights”, *The New York Times*, 21 de julho de 2003.

o processo penal em seus países quanto suas condutas em guerras, e essas normas são dirigidas especificamente a reconhecer que um país não tem direito de levar em conta apenas os interesses dos cidadãos que tenta proteger, devendo demonstrar, também, preocupação e respeito pelas vidas daqueles que prejudica ao tentar proteger esses cidadãos, mesmo quando isso implica uma proteção um pouco menos efetiva ou completa.

Nosso processo penal impõe danos apenas quando podem ser descritos precisamente como punição. Não escolhemos algumas pessoas para colocar na cadeia por acharmos que elas têm mais probabilidades do que o cidadão médio de cometer crimes graves, embora pudéssemos ter mais segurança se o fizéssemos. As pessoas que punimos escolheram a si próprias ao violar concretamente as leis que têm responsabilidade legal de respeitar. Além disso, nossos procedimentos insistem em salvaguardas para garantir que aqueles a quem punimos sejam de fato culpados, isto é, que tenham se sujeitado a essa punição, pois qualquer risco de que um réu penal possa ser punido, mesmo sendo inocente, apenas para melhorar a eficiência do processo de contenção, significaria tratar sua vida como descartável. Essas são as salvaguardas que o governo está ignorando.

Na guerra, também costumamos causar danos terríveis a algumas pessoas – particularmente os soldados do país inimigo – com vistas a proteger cada um de nossos soldados ou cidadãos de danos menores ou mais especulativos. Não podemos invocar o modelo penal para justificar essa prática porque, em guerras comuns, devemos matar soldados que não estão sujeitos à nossa autoridade legal, e que não violaram qualquer princípio do direito internacional. Sendo assim, devemos lançar mão de um conjunto distinto de argumentos para demonstrar por que nossas operações militares não violam o princípio da humanidade compartilhada. Na guerra, enfrentamos exércitos concentrados que nos atacam ou se defendem de nós na forma de uma única força unificada. Se seguirmos o princípio comum da legítima defesa – matando soldados específicos quando essa é a única forma de evitar a morte certa ou dano grave para nossos próprios soldados – perderemos a guerra. Devemos ter como objetivo incapacitar quaisquer forças que possamos atingir.

Entretanto, mais uma vez, as leis da guerra nos proíbem de colocar nossa segurança absolutamente em primeiro lugar. Podemos não atacar civis, mesmo que isso pudesse muito bem salvar as vidas de alguns de nossos soldados e acabar com a guerra mais cedo. Os bombardeios de Hiroshima e Nagasaki, olhando agora, parecem monstruosos e, além disso, estariam fora de cogitação atualmente, em função de nossos compro-

missos internacionais. Mais ainda, a Convenção de Genebra proíbe que se tratem prisioneiros de guerra com base no princípio da segurança em primeiro lugar. Eles não devem ser coagidos, mesmo por meios aquém da tortura, a responder a quaisquer perguntas para além daquelas necessárias à sua identificação, ainda que o interrogatório coercitivo pudesse proporcionar informações militares valiosas. Seu status igual de seres humanos deve ser reconhecido, ao se lhes fornecerem acomodação e atendimento médico do mesmo nível que for dado aos soldados que os guardam, muito embora isso também seja oneroso.

Essas limitações do procedimento penal justo e essas normas humanas para a guerra são importantes não apenas quando a constituição de um país ou suas obrigações assumidas em tratados as tornam obrigatórias, e sim porque uma comunidade bastante grande de nações considera que elas, ou outras muito semelhantes, são necessárias para impedir que o processo penal ou a guerra se transformem em um sacrifício bruto de algumas pessoas em nome de outras, o qual devastaria, em lugar de respeitar, a idéia de humanidade compartilhada.

No entanto, a campanha dos Estados Unidos contra o terror organizado internacional não pode ser levada a cabo totalmente dentro das limitações do modelo penal ou do modelo de guerra que descrevi. Na verdade, devemos perseguir terroristas por meio de qualquer ação policial que seja praticável, não apenas em nosso próprio país, mas também através de polícias internacionais e redes de informação em colaboração com governos estrangeiros dispostos. Devemos persuadir qualquer nação onde se encontrem terroristas a prendê-los e a julgá-los, ou a extraditá-los para nosso país²¹ ou para ser julgados por um tribunal internacional. Se fosse viável perseguir e processar terroristas apenas dessa maneira, o modelo penal seria totalmente adequado.

Entretanto, isso não é viável. Sociedades terroristas estão espalhadas pelo mundo e contam com lealdades e recursos que vão muito além, até mesmo, dos de organizações criminosas legendárias, como a máfia. Elas não conspiram para cometer atos de violência visando lucro pessoal, como fazem os cartéis de drogas, mas a serviço de uma ideologia compartilhada por muitas pessoas, muitas vezes incluindo membros do governo dos países onde operam. É extremamente difícil distinguir terroristas individu-

²¹ O fato de os sistemas jurídicos de muitas nações e o da União Européia proibirem a extradição para países que imponham a pena de morte constitui uma dificuldade.

ais de um substrato de pessoas e forças de apoio. Assim sendo, é tentador considerar grupos terroristas poderosos como a al-Qaeda como quase-nações ou poderes políticos, e tratar nossas ações contra eles mais como uma guerra do que como uma ação policial.

Todavia, o modelo da guerra também não é totalmente apropriado.²² A guerra é, historicamente, uma questão de status, e não de meios: entra-se em um estado de guerra convencional em uma data, como 8 de dezembro de 1941, e se sai dele em outra, como 14 de agosto de 1945. Travam-se guerras convencionais contra países que têm fronteiras e líderes com os quais se podem negociar armistícios e rendições, e não contra organizações vagas com hierarquias secretas e indistintas, cujos soldados e oficiais não usam uniformes. Podemos conquistar Cabul ou Bagdá, mas não existe um lugar chamado Terror, onde morem os terroristas.

O governo Bush parte do pressuposto de que, se nenhum dos sistemas tradicionais para enfrentar o crime ou a guerra serve completamente à campanha dos Estados Unidos contra o terrorismo, vale tudo: podemos buscar a segurança do país em primeiro lugar, sem limitações. Mas esse pressuposto é injustificado e inescrupuloso. O fato de que o terrorismo apresenta novos desafios e riscos não significa que os princípios morais e os direitos humanos básicos que o direito penal e o direito de guerra tentam proteger tenham sido revogados ou se tornaram irrelevantes. Em lugar disso, devemos questionar qual esquema – qual terceiro modelo – é adequado para respeitar aqueles princípios ao mesmo tempo em que nos defende de forma eficaz. Tal projeto, de importância imensa, deveria agora envolver atores internacionais, especialistas da polícia, analistas militares, historiadores, políticos e filósofos de diferentes tradições e culturas. Talvez a reflexão, o debate e a experiência gerem algum consenso sobre um novo sistema jurídico para o terror, que possa ser codificado em um novo conjunto de convenções internacionais. Enquanto isso, devemos fazer o melhor que pudermos, não abandonando todas as limitações dos dois modelos tradicionais, tentando captar os princípios a que essas limitações servem em um novo modelo que incorpore aspectos de cada um dos outros.

Esse novo modelo pode exigir que um país persiga as organizações terroristas que causaram dano a seu povo primeiramente por meio de ação policial,

²² Para uma argumentação que defende ser contraproducente designar nossa campanha contra o terrorismo como Guerra, vide Philip B. Heymann, *Terrorism, Freedom, and Security: Winning Without War* (MIT Press, 2003).

por conta própria ou em conjunto com unidades policiais internacionais ou estrangeiras, a menos que essa ação policial seja, ou se torne, inadequada. Uma organização terrorista pode controlar seu próprio território, de maneira que nenhuma ação policial possa alcançá-lo, por exemplo, ou um governo local pode não estar disposto ou não ter condições de atacar a organização de forma eficaz. Nesse caso, o país poderia organizar uma campanha militar contra a organização, mesmo que tivesse que invadir um outro país, como o Afeganistão, cujo regime a esteja protegendo. Contudo, uma vez que faça prisioneiros nessa campanha, capturados em um campo de batalha estrangeiro ou em seu próprio território, ou em qualquer outro lugar, o país deverá seguir um procedimento diferente, escolhendo, caso a caso, qual dos dois modelos descritos deseja adotar. Em um prazo razoável após a captura – digamos, dois meses – deverá decidir se o detento será tratado como prisioneiro de guerra ou como suspeito de crime (a decisão poderá ser revisada posteriormente, caso novas provas assim o exijam). Essa decisão deve ser tomada segundo uma leitura defensiva das normas da Convenção de Genebra, que foram escritas tendo em mente guerras mais convencionais, mas no espírito dos princípios que embasam essas normas. Como as organizações terroristas não têm documentos de identidade ou uniformes, por exemplo, não pode ser um fator decisivo na atribuição da condição de criminoso a um detento, em vez de prisioneiro de guerra, o fato de que ele não use uniforme. Se o governo decidir tratar dessa forma qualquer prisioneiro capturado em batalha, sua decisão deve ser avaliada por um tribunal “de justiça”, como exigem as disposições da Convenção de Genebra, as quais foram aceitas por quase todos os países. Se decidir tratar a qualquer um que capture, não apenas em um campo de batalha, mas em ações policiais comuns, como prisioneiro de guerra em lugar de criminoso, deverá permitir que essa pessoa questione a classificação, sempre que for viável, por meio de um requerimento de *habeas corpus* em um tribunal federal.²³

Os detidos que o governo designar como prisioneiros de guerra devem ser tratados de acordo com as normas humanitárias da Convenção citada. Por exemplo, devem receber acomodação e atendimento médico igual ao dado aos soldados que os guardam, e não ser sujeitados a qualquer forma de interrogatório para além do permitido pela Convenção. Ela permite que um país julgue um prisioneiro de guerra por crimes de guerra, tais como o assassinato voluntário de civis, o que, presume-se, incluiria os ataques terroristas nos

²³ Vide *Schlesinger v. Councilman*, 420 U.S. 738 (1975).

Estados Unidos. Todavia, se qualquer prisioneiro de guerra for acusado desse tipo de crime, a Convenção exige que ele seja julgado por um tribunal militar cujas normas lhe dêem todas as proteções procedimentais que os militares norte-americanos têm quando vão à Corte Marcial (as normas das cortes marciais norte-americanas oferecem muito mais proteção aos acusados do que os tribunais militares nos quais o governo Bush propõe que se julguem os estrangeiros. As primeiras restringem em muito a admissibilidade como prova de testemunhos indiretos e confissões involuntárias, por exemplo, e permitem apelar a um tribunal de recursos que inclui juízes civis, e depois à Corte Suprema). No entanto, a norma da Convenção segundo a qual prisioneiros de guerra podem ser detidos até o final do estado de guerra não pode ser aplicada de forma plausível a essas circunstâncias, pois parte do princípio de que as guerras começam e terminam com atos formais. A “guerra” dos Estados Unidos contra o terror não pode ter um final formal, podendo durar uma geração. Sendo assim, o Congresso deve estipular um período máximo – digamos, três anos – no qual qualquer pessoa designada prisioneiro de guerra na campanha contra o terrorismo poderá ficar presa, ainda que o Congresso tenha poder, desde que o terrorismo internacional organizado permaneça sendo uma ameaça grave, para ampliar o período, seja em casos particulares, seja em ampliações abrangentes de um período máximo estipulado, a partir de uma necessidade demonstrada e após o devido debate.

As pessoas a quem o governo designar como suspeitos de crime não devem ser tratadas como prisioneiros de guerra, mas seu tratamento deve ser orientado pelos procedimentos e proteções comuns de nossa prática penal, mais uma vez, modificados segundo as necessidades, para se adequar a circunstâncias especiais. Os suspeitos devem ser informados das acusações contra si e ter acesso a advogados e aos benefícios de um processo judicial. Os tribunais federais comuns, os quais, já mencionei, têm poder de proteger informações confidenciais, deveriam bastar, mas o Congresso poderia, caso considerasse necessário, instalar tribunais especializados para esses julgamentos, exercendo seu poder constitucional de criar tribunais e definir sua jurisdição. Quaisquer tribunais especializados devem, contudo, respeitar a separação fundamental entre o poder judiciário e o executivo; suas decisões devem estar sujeitas a revisão por tribunais superiores, independentes dos militares e do executivo. Se o governo afirmar que a segurança monitorar as conversas entre um determinado suspeito e seu advogado, essa afirmação deverá ser analisada e aprovada por um juiz.

Os casos específicos que mencionei anteriormente podem ser utilizados para ilustrar esse modelo. O governo pode declarar Moussaoui como prisi-

oneiro de guerra, citando sua admissão de que pertence à al-Qaeda. A seguir, pode detê-lo, sob as condições da Convenção de Genebra, embora ele tivesse que ser libertado no devido tempo, ou julgado por crimes de guerra sob normas semelhantes às usadas nas cortes marciais norte-americanas, que supostamente permitiriam a seus advogados interrogar qualquer testemunha que seja essencial à sua defesa. Ou o governo poderia continuar a declará-lo como criminoso e o sujeitar ao processo e à proteção do direito penal conhecido, o que também implicaria que lhe fosse permitido interrogar testemunhas essenciais. O governo poderia continuar se recusando a permitir que seus advogados tivessem acesso aos líderes da al-Qaeda capturados, isto é, tão-somente se o tratasse como prisioneiro de guerra comum e não tentasse julgá-lo por qualquer delito que tornasse o acesso a esses líderes necessário à sua defesa. É razoável pedir que nosso governo faça essa escolha. Os promotores criminais muitas vezes têm que decidir se desistem de processar um determinado suspeito quando isso pode comprometer investigações em andamento, e Moussaoui poderia ser detido como prisioneiro de guerra, de qualquer forma.

O governo seria forçado a fazer escolhas semelhantes com relação aos outros detentos que mencionei. Talvez receie não ter provas suficientes para condenar Padilla de qualquer crime em um tribunal penal comum. Nesse caso, deverá libertá-lo, a menos que possa demonstrar que ele tem contatos com a al-Qaeda suficientes para ser classificado como prisioneiro de guerra, apesar de ele ter sido preso em Chicago, e não em um campo de batalha estrangeiro. Se puder, deve detê-lo, não incomunicável em confinamento solitário em uma prisão militar, mas em circunstâncias condzentes com a condição de prisioneiro de guerra.

O governo também deverá fazer escolhas com relação a Hamdi. É verdade que não se pode pedir a oficiais militares que provem no tribunal que todos aqueles que capturarem no campo de batalha são realmente soldados inimigos (não seria fora da realidade, contudo, abrir uma exceção para aqueles cuja presença no campo de batalha pode ser considerada surpreendente, como cidadãos norte-americanos). Todavia, mesmo que aceitemos o princípio de que os tribunais não podem inspecionar a captura de prisioneiros em campos de batalha, não se pode concluir que o governo pode prender indefinidamente qualquer pessoa capturada, sem acusações, e mantê-la incomunicável. Se o governo processar Hamdi como criminoso, deve lhe dar acesso a advogado e às proteções normais do processo penal, e apresentar provas consistentes contra ele. Caso contrário, só poderá detê-lo na condição diferenciada, de prisioneiro de guerra.

Os prisioneiros de Guantánamo também estão sendo mantidos presos indefinida e sigilosamente, sem acesso a advogados, em circunstâncias que seriam intoleráveis mesmo se fossem criminosos condenados. Mas não foram acusados de crimes nem tiveram o benefício da orientação ou do processo jurídicos. Se forem prisioneiros de guerra, devem ser tratados como tais; se forem suspeitos de crime, assim devem ser tratados. O governo deve escolher, mais uma vez, não porque dele se exige que o faça, segundo os tratados, mas porque não fazê-lo significa tratar as vidas dos detentos com um desdém inaceitável.²⁴

Os direitos não teriam valor algum – a idéia de direito seria incompreensível – a menos que os respeitar signifique correr algum risco. Podemos e devemos tentar limitar esses riscos, mas alguns deles permanecerão. Talvez estivéssemos marginalmente mais seguros se decidíssemos ignorar os direitos humanos de quaisquer outras pessoas. Isso também se aplica à política nacional. Corremos um risco um pouco maior de morte violenta nas mãos de assassinos todos os dias ao insistir em direitos para acusados de crimes, para nos mantermos fiéis a nossa própria humanidade. Pela mesma razão, também devemos correr um risco um pouco maior de terrorismo. É claro que nossa vigilância deve ser aprimorada, mas também devemos disciplinar nosso medo. O governo diz que apenas nossa própria segurança importa, uma visão lastimável, pois somos mais bravos do que isso, e temos mais respeito próprio.²⁵ ii

²⁴ Esse novo regime de princípios pode estar aberto a exceções em situações verdadeiramente extraordinárias, por exemplo, em casos nos quais os militares norte-americanos tenham alguma razão especial e urgente para realizar uma investigação coercitiva de um prisioneiro a quem não possam, de boa fé, acusar de um crime e tratar como criminoso. Contudo, nesses casos, a ameaça que exige esse tratamento – o exemplo proverbial da bomba prestes a explodir e do prisioneiro que sabe onde ela está – deverá ser grave e iminente o suficiente para que a coerção possa ser justificada sem apelar para qualquer princípio que justificasse impor danos sérios para obter benefícios secundários. Nesse caso, devemos aceitar que estamos violando os princípios da justiça em função da necessidade, e tentar limitar a injustiça de todas as formas possíveis. Vide Dworkin, “The Threat to Patriotism”.

²⁵ Meus agradecimentos a James Cockayne, Anthony Dworkin, Philip B. Heymann, Gayle M. Horn e Stephen Schulhofer pelos comentários redigidos sobre uma primeira versão deste artigo e outros auxílios.

ⁱⁱ NE: Em 28 de junho de 2004, a Suprema Corte dos Estados Unidos, apreciando a situação jurídica de Yasser Esam Hamdi e José Padilla, bem como os direitos das centenas de detidos na base naval dos EUA em Guantánamo (Cuba), entendeu, por seis votos a três que: a) Yasser Hamdi tinha direito de acesso a advogado, mesmo na condição de “combatente inimigo”; b) José Padilla, apresentado em jurisdição errada, deveria ser apresentado na Carolina do Sul; c) os mais de 600 detidos na base de Guantánamo poderão recorrer aos tribunais americanos para questionar sua situação legal.