
GUANTÁNAMO E A SEPARAÇÃO DE PODERES

GUANTÁNAMO AND THE SEPARATION OF POWERS

João Carlos Souto

Procurador da Fazenda Nacional

Mestre em Direito Público

Professor de Direito Constitucional.

autor, entre outras obras, do livro a “Suprema Corte dos Estados Unidos - Principais Decisões” (Lumen Juris, 2008).

SUMÁRIO: Introdução; 1 Barack Obama e a tentativa de fechamento de Guantánamo; 1.1 A Executive Order 13492; 1.1.1 A pressão interna e a erosão da credibilidade externa; 1.1.2 Direito a Habeas Corpus e prazo para fechamento; 12.2 O discurso no National Archives; 2 A oposição de Dick Cheney à política de segurança de Obama; 2.1 O mais influente Vice-Presidente da história americana; 2.2 Cheney no American Enterprise Institute: “Keeping America Safe”; 3 Oposição no Senado e da cidade de Nova Iorque; 4 Nova Ordem Executiva mantém aberta a prisão; 5 “Renegando a Justiça em Guantánamo”; 6 Aguda e complexa realidade; Referências.

RESUMO: O presente artigo versa sobre a tentativa do Presidente Barack Obama em fechar a prisão de Guantánamo, com a remoção dos detidos para o sistema prisional dos Estados Unidos situado no “continente”. Pretende-se demonstrar que para além de uma promessa de campanha o Executivo Federal, sob a administração de um Presidente democrata, a Casa Branca adotou medidas céleres e que se pretendiam efetivas, e que restaram abortadas pela pressão de parte da sociedade e, ainda, do Poder Legislativo. O insucesso da tentativa capitaneada pelo Poder Executivo demonstra em última análise o pleno funcionamento do sistema de freios e contrapesos, que tem na Constituição dos Estados Unidos da América o primeiro documento constitucional a efetivamente adotá-lo.

PALAVRAS-CHAVE: Guantánamo. Poderes. Barack Obama. Dick Cheney. Fechamento. Trauma. Pressão. Sociedade.

ABSTRACT: This article is about the attempt of President Barack Obama to close the Guantanamo prison, with the removal of detainees to the prison system of the United States located in the “continent”. I intend to demonstrate that in addition to a campaign promise, the Federal Executive, under the administration of a Democratic president, took swift action that intended to be effective, and remaining aborted by the pressure of the society and also of the Legislature. The failure of the attempt led by the Executive ultimately demonstrates a fully functioning system of checks and balances, which has in the Constitution of the United States of America the first constitutional document to effectively adopt it.

KEYWORDS: Guantanamo. Powers. Barack Obama. Dick Cheney. Closing. Trauma. Pressure. Society.

INTRODUÇÃO

Brasil e Estados Unidos da América têm muito em comum. Situados no continente Americano, ambos foram “descobertos” e colonizados por europeus. A América em 1492, pelo genovês Cristovão Colombo. O Brasil, oito anos mais tarde, em 1500, pelo Português Pedro Álvares Cabral.

Ambos têm vasta extensão territorial, embora tenham sido colonizados com uma marcante diferença de método. O território que hoje abriga os Estados Unidos foi dividido, ao longo do tempo, em Treze Colônias.¹ A Colônia portuguesa, diferentemente, foi organizada em uma única Colônia, ainda que no início a metrópole lisboeta tenha tentado administrá-la em Capitânias.

Os Estados Unidos da América foi o primeiro país a formalmente reconhecer a Independência do Brasil, em 1822. Pouco mais de um século mais tarde, proclamada a República e patente a necessidade de uma nova Constituição, os constituintes de 1891 se valeram de alguns institutos jurídicos adotados pela Constituição dos Estados Unidos, elaborada em 1787 e ratificada pelos Estados-membros em 1789.

Com efeito, a primeira Constituição republicana brasileira, para além de adotar o nome “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”, se inspirou na Constituição norte-americana e adotou a forma de governo republicana, a forma de Estado federativa, o Congresso bicameral, o formato e a competência da Suprema Corte, bem como o sistema de freios e contra pesos.

A esses institutos o Constituinte de 1891 incorporou o controle de constitucionalidade das leis, que embora para alguns não esteja expressamente previsto na Constituição dos Estados Unidos, restou inaugurado pela sua Suprema Corte, no caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803 e que é considerado como a pedra fundamental do controle difuso de constitucionalidade.

De modo que não há dúvida acerca de pontos de convergência entre os sistemas norte-americano e brasileiro.

O presente trabalho se ocupa da análise da postura do Presidente Barack Obama na tentativa de fechamento do presídio de Guantánamo, situado na ilha de Cuba. Guantánamo é uma base naval norte-americana e que depois dos atentados de 11 de setembro tem sido utilizada para aprisionar os acusados de terrorismo contra os Estados Unidos.

1 Sobre a História dos Estados Unidos consultar, entre outros, JOHNSON, Paul. *A History of the American People*. New York: Harper Collins Publishers, 1997.

O grande problema jurídico e moral que se apresenta é que a esmagadora maioria dos presos não tem tido acesso ao Judiciário e as decisões dos tribunais têm sido objeto de protelações e objeções do Poder Legislativo, do Executivo (na época do Presidente George w. Bush) e mesmo de alguns setores do Judiciário, vale dizer, de Tribunais inferiores que de um modo ou de outro criaram dificuldades na implementação de decisões da Suprema Corte.

As dificuldades enfrentadas pelo Presidente Obama demonstram muito menos eventual fraqueza do chefe do Executivo e muito mais a pressão de parte da sociedade, e, ainda, o pleno funcionamento do princípio constitucional do *check and balances*, normatizado pela primeira vez na Constituição Federal de 1787 e objeto de inúmeras decisões da Suprema Corte ao longo de mais de dois séculos de existência.²

1 BARACK OBAMA E A TENTATIVA DE FECHAMENTO DE GUANTÁNAMO

Guantánamo ocupou razoável espaço da campanha presidencial de 2008, que fez de Barack Obama o primeiro afrodescendente a se eleger Presidente dos Estados Unidos.

O presídio se tornou praticamente um símbolo daquilo que o Partido Democrata enxergava como um atentado praticado pela Casa Branca aos valores democráticos da sociedade americana, a que se somava a invasão do Iraque, as técnicas de investigação praticadas pela CIA e a larga utilização de escutas telefônicas e acessos a e-mails de pessoas meramente suspeitas de ser ou colaborar com grupos terroristas, entre outras ações implementadas após o 11 de setembro sob o selo do combate ao terror, inaugurado pelo governo de George W. Bush.

A propósito, durante a campanha, Obama se valeu de uma derrota parcial do Executivo perante a Suprema Corte, no caso *Boumediene v. Bush*, para assinalar que a administração federal estava tentando

2 Nem mesmo a longevidade da Constituição e da *praxis* constitucional norte-americana conseguiram afastar a agudeza do tema separação dos poderes, especialmente quando considerado os limites de cada um, de modo a evitar a interferência indevida, não agasalhada pelo Estatuto Supremo. É o que nos relata, em termos, Richard Fallon Jr., Professor da *Harvard Law School*, em sua conhecida obra escrita em conjunto com outros autores: *A related concern is the extent to which a power expressly granted to one branch must be exercised with a view to avoiding interference the powers of another branch*. LOCKHART, William B. & KAMISAR, Yale & CHOPER, Jesse H. & SHIFFRIN, Steven H. & FALLON Jr, Richard H. *Constitutional Law*. Cases-Comments-Questions. Eighth Edition. St. Paul:West Publishing Co, 1996, p. 172.

criar um buraco negro legislativo com as medidas implementadas em Guantánamo.³

Era natural que assim que chegasse ao poder ele adotasse medidas que revertisse ou ao menos desse novo rumo às medidas adotadas pelo seu antecessor.

1.1 A EXECUTIVE ORDER 13492

O compromisso do Presidente Obama⁴ em ofertar solução definitiva para aquilo que se apresentava como enorme constrangimento para toda a longa história norte-americana de defesa das liberdades públicas, especialmente dentro do seu território, pode ser mensurado com a edição, dois dias depois da posse, da *Executive Order* n 13492,⁵ de 22 de janeiro de 2009, que em sua epígrafe estabelece a revisão, disposição, transferência de indivíduos detidos em Guantanamo e o fechamento da prisão (*review and disposition⁶ of individuals detained at the Guantanamo Bay Naval Base and closure of detention facilities*).

As *Executives Orders* equivalem à Medida Provisória do Direito brasileiro, embora acolha características também de decreto presidencial. Com ela Obama pretendeu imprimir celeridade ao seu compromisso de campanha e simultaneamente resgatar a respeitabilidade do sistema legal norte-americano, arranhado por alguns dos instrumentos de combate ao terror.

3 ZENIKE, Kate. *McCain and Obama Split on Justices' Guantanamo Ruling*. New York: The New York Times, June13, 2008. A autoria da expressão, a propósito, é atribuída a Lord Steyn, legislador britânico, membro da Câmara dos Lordes. Em 25 de novembro de 2003 ele proferiu uma palestra (*Twentt-Seventh F. A. Mann Lecture*) à qual intitulou *Guantánamo Bay: The legal black hole*. Worthington, Andy. Cf. *The Guantánamo Files*. London: Pluto Press, 2007, p. xii.

4 Afaste-se, desde logo, qualquer possível ingenuidade nesta assertiva. Não se pode negar que fatores exógenos contribuíram decisivamente para o insucesso do compromisso da nova administração. Conforme se verá ao longo do texto eles podem ser resumidos na resistência do Partido Republicano no Congresso Nacional e inclusive de setores do Partido Democrata, na resistência do Prefeito republicano de Nova Iorque, na posição relativamente contrária da sociedade estadunidense em aceitar o julgamento de “terroristas” por cortes civis.

5 Executive Order 13492, Federal Register/Vol. 74, Nº 16/Tuesday, January 27, 2009/Presidential Documents, p. 4897/4900. Como se vê o registro foi feito cinco dias depois de sua edição. Curiosamente essa Ordem Executiva encontra-se sem número no site da Casa Branca, somente com o título “Closure of Guantanamo Detention Facilities” (Fechamento de Prisão de Guantanamo). Nesse mesmo dia, 22.01.2009, foram editadas duas outras Ordens Executivas, que trataram de questões relativas ao combate ao terror, procurando amenizar e aprimorar medidas adotadas pelo governo Bush. As citações seguintes, referentes a Executive Order 13492 foram colhidas na publicação Federal Register, mencionada nesta nota.

6 A palavra *disposition* tem, entre outros, o significado de transferência para a responsabilidade de outrem: *Disposition. Act od disposing; transferring to the care or possession of another*. Ou, ainda, decisão final sobre determinado assunto. Cf. *Black's Law Dictionary*, Abridged Sixt Edition, St. Paul, Minn, Est Publishing Co, 1991, p. 326.

1.1.1A PRESSÃO INTERNA E A EROSÃO DA CREDIBILIDADE EXTERNA

A preocupação com a opinião pública interna e externa — embora não se constitua no ponto nevralgico da medida executiva — aparece estampada já nos primeiros parágrafos⁷ que registram que alguns indivíduos encontravam-se detidos em Guantánamo por mais de seis anos e a maioria por mais de quatro anos.

Essas detenções — continua o texto da Executive Order 13492 — eram fonte de significativa preocupação dentro e fora dos Estados Unidos (*in view of the significant concerns raised by these detentions, both within the United States and internationally*), de modo que se impunha uma imediata e apropriada transferência e solução para os detentos, bem como o fechamento da prisão (*prompt and appropriate disposition of the individuals currently detained at Guantánamo and closure of the facilities in which they are detained*). Tais medidas conduziriam a uma melhora da segurança interna, da política externa dos Estados Unidos e dos interesses da Justiça (*would further the national security and foreign policy interests of the United States and the interests of justice*).

Ainda no mesmo parágrafo o texto normativo menciona que o mero fechamento da prisão sem uma imediata determinação acerca do destino dos presos não serviria adequadamente aos propósitos que a *Executive Order* se propunha, ou seja, resolver o problema, ampliar a segurança interna e evitar o contínuo desgaste externo para os Estados Unidos (*Merely closing the facilities without promptly determining the appropriate disposition of the individuals detained would not adequately serve those interests*). Desse modo, a transferência dos presos deveria preceder o fechamento da prisão de Guantánamo (*the prompt and appropriate disposition of the individuals detained at Guantánamo should precede the closure of the detention facilities at Guantánamo*).

Embora óbvia, a conclusão do parágrafo anterior não restou implementada. E não o foi por razões várias, frustrando aqueles que acreditaram na promessa do candidato Obama e posteriormente na medida normativa adotada pelo Presidente empossado. Entretanto, muito pouco pode ser debitado a Obama nesse caso específico, isso porque os defensores da manutenção dos *enemies combatants* longe do território continental dos Estados Unidos usaram dos mais variados artifícios para não permitir a transferência dos prisioneiros, conforme veremos mais adiante.

7 A técnica de redação legislativa nos Estados Unidos é razoavelmente diferente da adotada no Brasil. Lá é comum que os textos normativos (leis, emendas, etc) acolham parágrafos longos, explicativos, quase como um texto escrito em que se pretende explicar algo com relativo detalhamento. Diferente do nosso estilo mais conciso para o caput, parágrafo ou inciso individualmente considerado.

1.1.2 DIREITO A *HABEAS CORPUS* E PRAZO PARA FECHAMENTO

Dois outros dispositivos da *Executive Order* 13492 merecem destaque. O primeiro expressamente reconhece o direito dos detentos ao Habeas Corpus, centro de uma vasta polêmica que consumiu muita discussão, conforme vimos neste capítulo.

O outro a fixação do prazo não superior a um ano, a contar da edição do ato normativo, para o fechamento de Guantánamo como prisão destinada a acolher os *enemies combatants* (*The detention facilities at Guantánamo for individuals covered by this order shall be closed as soon as practicable, and no later than 1 year from the date of this order*). O prazo relativamente curto pareceu indicar a disposição da Casa Branca em resolver o quanto antes o problema.

Ainda quanto ao fechamento a Ordem Executiva estabeleceu que se por acaso, no prazo de um ano ainda remanescesse algum preso acusado de terrorismo em Guantánamo, ele deveria ser deportado para seu país de origem, liberado, transferido para um terceiro país, ou, ainda, transferido para uma outra prisão nos Estados Unidos, de uma forma consistente com a lei, com a segurança nacional e de acordo com a política dos Estados Unidos.

O que talvez a Casa Branca não tenha mensurado é que diversos países não aceitavam receber seus nacionais que ficaram por longo tempo em Guantánamo. E, ainda, boa parte da sociedade norte-americana igualmente não admitia que estrangeiros acusados de terrorismo fossem transferidos em massa para o continente.

Por fim, importante ressaltar que a Ordem Executiva determinou a revisão do status de cada um dos presos, estabelecendo, ainda, que essa revisão deveria começar imediatamente (*A review of the status of each individual currently detained at Guantánamo (Review) shall commence immediately*). Com isso a administração Obama buscava acelerar a apreciação de cada um dos detentos que, como ela própria reconhecia, alguns estavam em Guantánamo há vários anos, sem qualquer perspectiva de julgamento.

1.2 O DISCURSO NO NATIONAL ARCHIVES

Conforme observado mais acima o 11 de setembro não encontra paralelo na História dos Estados Unidos. De longe supera o trauma causado pelos japoneses em Pearl Harbor. Essas circunstâncias explicam, em parte, a dificuldade enfrentada pelo Presidente Obama em sua tentativa de fechamento da prisão de Guantánamo. A dificuldade

em se conjugar segurança nacional, pressão conservadora favorável à manutenção dos instrumentos de combate ao terror da era Bush e respeito aos valores que nortearam a fundação dos Estados Unidos e os quais ele Obama conhecida muito bem, como legislador e professor de Direito Constitucional.

Esse trauma pode ser parcialmente mensurado no longo discurso proferido pelo Presidente Obama, em Washington, na sede do Arquivo Nacional, em 21 de maio de 2009, especificamente sobre o tema Segurança Nacional, em que estavam presentes os principais integrantes do governo federal.

Sintomaticamente o verbo proteger⁸ aparece vinte e três vezes no discurso de quase uma hora, o que demonstra que passados quase oito anos após os atentados do 11 de setembro o tema continuava prioritário para a Casa Branca. A certa altura Obama ressalta que entre tantos desafios que a chefia do Executivo lhe impunha, a sua mais importante responsabilidade como Presidente era manter a segurança do povo americano (*my single most important responsibility as President is to keep the American people safe*). E em seguida emendou: É a primeira coisa que penso quando acordo pela manhã e a última quando vou dormir.

O discurso de 21 de maio, proferido no *National Archives*, um prédio de estilo clássico, localizado em Washington, e que em sua rotunda encontra-se a reprodução - grande e ostensiva - da Declaração de Independência, da Constituição e do *Bill of Rights*, foi permeado pela demonstração de comprometimento com a segurança do povo norte-americano, da luta contra o terrorismo, e, também, pela irrestrita aderência e respeito aos princípios constitucionais consagrados no *Bill of Rights*, os quais moldaram os Estados Unidos desde o fim do século XVIII.

O Presidente Obama lembrou que a sua jornada americana foi pavimentada por gerações de cidadãos que procuraram imprimir sentido à expressão “formar uma união mais perfeita” (*My own American journey was paved by generations of citizens who gave meaning to those simple words -- “to form a more perfect union.”*). Sobre a Constituição assinalou que a estudou como aluno, ensinou como professor, obedeceu e a seguiu como advogado e legislador (*I’ve studied the Constitution as a student, I’ve taught it as a teacher, I’ve been bound by it as a lawyer and a legislator*). Ressaltou que jurou preservar, proteger e cumprir a Constituição na qualidade de Comandante em Chefe (*I took an oath to preserve, protect, and defend the Constitution as Commander-in-Chief*) e como cidadão sabia que nunca deveria virar as costas para os princípios que ela agasalha.

8 E variações como proteção, protegendo.

No dia anterior a esse discurso no *National Archives* o Senado havia negado solicitação da Casa Branca para a criação de um Fundo de 80 milhões de dólares, específico para o fechamento de Guantánamo. A derrota imposta a Obama foi por larga margem (90 a 6) e teve a participação de membros do seu Partido. Na ocasião o Senador Mitch McConnell, líder da Minoria, assinalou que os americanos não queriam que alguns dos homens mais perigosos fossem transferidos para o continente.

Nesse mesmo dia que o Senado lhe impôs essa derrota, Obama havia completado quatro meses como Presidente. Não obstante o pouco tempo ocupando a Casa Branca, já se encontrava sob intensa crítica da oposição que lhe atribuía certa fraqueza na condução da guerra ao terror e de adotar medidas que colocavam o país sob risco de um novo ataque; algo que, no dizer da oposição, a mão forte do seu antecessor havia afastado. Aquela altura Obama havia não só editado a Ordem Executiva 13492, determinando o fechamento de Guantánamo, como banira as técnicas de interrogatório adotadas desde o 11 de setembro e afirmara que estudava liberar documentos sobre debates do governo Bush em que se discutiam as vantagens e desvantagens das técnicas pouco ortodoxas de interrogatório.

Esses acontecimentos causaram irritação e severas críticas do Partido Republicano, de alguns democratas e de parte da sociedade e imprensa conservadoras dos Estados Unidos, essa última representada principalmente pela rede de TV Fox News. Da reação conservadora às propostas de Obama concernentes ao destino da prisão de *Guantánamo Bay* se ocupam os parágrafos seguintes.

2 A OPOSIÇÃO DE DICK CHENEY À POLÍTICA DE SEGURANÇA DE OBAMA

Richard Bruce “Dick” Cheney iniciou sua carreira política em Washington em 1969, exercendo alguns cargos públicos de relativa importância. Na década de 70, no governo do Presidente Gerald Ford, com a nomeação de Donald Rumsfeld para a Secretaria de Defesa, Cheney se tornou Chefe de Gabinete da Casa Branca. Após exercer mandatos de Deputado Federal durante a década de 80 do século XX, assumiu o importante cargo de Secretário de Defesa do Presidente George H.W. Bush (1989-1993).

Entrou definitivamente para a história como Vice-Presidente da República durante os dois mandatos de George W. Bush. (2001-2009). E essa entrada não necessariamente triunfal deve-se a quatro situações: primeiro pela longa experiência na política nacional e no Partido Republicano; segundo pelo seu próprio temperamento, por sua

facilidade em liderar; terceiro pelos acontecimentos do 11 de setembro que reclamaram resposta rápida e radical e quarto pela generosa delegação de atribuições que o Presidente Bush lhe conferiu, fundada numa confiança absoluta, conforme se demonstrará mais adiante.

Seja pelas credenciais, seja pelo temperamento, tornou-se, no início do governo Obama, a voz da oposição, o crítico mais agudo e mais ouvido na América, como se verá nos parágrafos seguintes.

2.1 O MAIS INFLUENTE VICE-PRESIDENTE DA HISTÓRIA AMERICANA

A liderança política exercida durante os dois mandatos do Presidente George W. Bush; a onipresença, especialmente nos assuntos de política externa, a defesa de temas agudos concernentes ao combate ao terror, o enfrentamento público e o debate acerca da estratégia política após o 11 de setembro, ajudaram a edificar a fama de político competente, operoso, e, assim, alguns passaram a considerá-lo como o mais importante Vice-Presidente de toda a História dos Estados Unidos.

Robert Kuttner, em artigo publicado no Boston Globe, em que faz graves acusações a Cheney e suas ligações com o mundo dos negócios, talvez tenha sido um dos primeiros a construir - ou constatar - esse raciocínio. Cheney, disse ele, é o mais poderoso vice-presidente na história dos Estados Unidos (*Cheney is the most powerful vice president in US history*).⁹ E completou: há um razoável conjunto de evidências circunstanciais que Cheney, e não Bush, é o poder real na Casa Branca, onde Bush é mera figura decorativa (*Indeed, there is a fair amount of circumstantial evidence that Cheney, not Bush, is the real power at the White House and Bush figurehead*).¹⁰

Numa série premiada com o Pulitzer de 2008, o jornal *The Washington Post*, traçou o perfil de Cheney e sua enorme influência na agenda política dos Estados Unidos durante sua passagem pela Vice-Presidência. Os dois jornalistas que produziram a série e receberam o prêmio, Jo Becker e Barton Gellman, entrevistaram mais de duas centenas de pessoas, incluindo desafetos políticos, e chegaram a conclusão de que nos últimos seis anos Cheney havia moldado a sua passagem na Vice-Presidência como nenhum outro antes (*over the past six years, Cheney has shaped his times as no vice president has before*).¹¹

9 KUTTNER, Robert. *Cheney's unprecedented power*. Boston: Boston Globe, 2004.

10 *Cheney's unprecedented power*, idem.

11 GELLMAN, Barton. BECKER, Jo. *A Different Understanding With the President*. Washington: The Washington Post, 2007. p. A01.

Os autores relatam detalhes de decisões importantes em que vários colaboradores diretos do Presidente (como Colin Powell, então Secretário de Estado, John Ashcroft, então *Attorney General*, entre outros) sequer tomaram conhecimento prévio. Cheney utilizava seu próprio staff para elaborar documentos que eram levados diretamente para assinatura do Presidente, sem que outros assessores pudessem fazer uma leitura prévia e discutir com Bush a repercussão e legalidade do que estava para ser implementado, a exemplo de várias das decisões da denominada guerra ao terror.¹²

No outro lado do Atlântico, a revista *The Economist* segue igualmente essa linha. Ao proceder um balanço do governo republicano, afirmou que Bush confiava totalmente em um pequeno grupo de assessores, entre eles o mais importante era Dick Cheney, que rapidamente se tornou o mais importante vice-presidente da história americana (*Mr. Bush relied heavily on a small inner core of advisers. The most important of these was Dick Cheney, who quickly became the most powerful vice-president in American history*).¹³

Outros textos atribuem a Cheney essa condição de proeminência entre os Vice-Presidentes dos Estados Unidos; listo dois livros: Stephen F. Hayes, *Cheney: The Untold Story of America's Most Powerful and Controversial Vice President*, e John Nichols em *The Rise and Rise of Richard B. Cheney: Unlocking the Mysteries of the Most Powerful Vice President in American History*.

De todas as suposições, teses e teorias conspiratórias acerca do poder de Dick Cheney como Vice-Presidente de George W. Bush, a que me parece mais razoável e factível é de autoria da escritora Shirley Anne Warshaw, que desde longa data tem se ocupado em escrever sobre política norte-americana, com especial ênfase para a Casa Branca.

Warshaw compartilha a ideia de que Cheney foi o mais importante Vice-Presidente da história dos Estados Unidos. Acrescenta - talvez com um pouco de exagero - que jamais outro Vice-Presidente terá igual poder. Entretanto, ao analisar como Cheney conseguiu toda essa proeminência, sua linha de raciocínio apresenta-se bastante verossímil. Ela parte da constatação de que a ascendência de Cheney sobre porção considerável do governo não envolveu nenhum tipo de assalto ou seqüestro do poder presidencial, como alguns haviam sugerido (*Cheney's ascendancy did not involve the stealing or hijacking of power, as some have*

12 Há evidências de que a partir do segundo mandato a influência de Cheney sobre Bush foi diminuindo aos poucos, embora não se possa afirmar que ela desaparecera por completo.

13 *The frat boy ships out. The Economist*, Londres, 15 de janeiro de 2009.

suggested) mas antes decorreu de uma decisão do próprio Bush em atribuir ao seu Vice-Presidente significativo papel na administração (*Rather, Bush handed his vice president a significant role in the administration*).¹⁴

O que talvez Bush não tenha desejado é que sua Presidência se tornasse dual, compartilhada com um Vice-Presidente experiente, hábil e dedicado ao trabalho. De novo parece acertada a tese esposada por Anne Warshaw quando afirma que Bush tinha todas as razões para confiar em Cheney: O Presidente tinha pouca experiência política administrativa. Antes de assumir a Casa Branca a única experiência política relevante de Bush havia sido a de governador do Texas por cinco anos, um Estado em que o Legislativo tem relevante papel, de modo que o Executivo não é tão demandado.

Segundo porque Bush levou para a Casa Branca alguns de seus auxiliares do Texas, com pouca ou quase nenhuma experiência no âmbito nacional. Assim, Cheney era o único próximo ao Presidente com larga expertise no trato de questões nacionais. E, mais importante, não tinha absolutamente nenhuma intenção de se candidatar a Presidente da República, seja pela idade, seja porque já havia tentado, seja, principalmente, por graves problemas cardíacos, de modo que Bush jamais enxergou nele uma ameaça na disputa eleitoral de 2004. Essas circunstâncias contribuía para imprimir ainda mais peso às opiniões de Cheney.

Essa figura polêmica que representou na Casa Branca a ala mais conservadora do conservador Partido Republicano, ao deixar o poder não se ausentou dos grandes debates nacionais, especialmente aqueles que mais lhe interessavam e que conhecia muito de perto, até porque foi um dos principais senão o principal formulador no governo Bush: a política externa, segurança nacional e combate ao terror.

Sua longa trajetória política em Washington, a ampla experiência no Legislativo e principalmente no Executivo, a coragem e disposição demonstradas na defesa da agenda política do governo Bush e do Partido Republicano, conduziram-no a uma espécie de liderança natural entre os Republicanos naqueles primeiros meses do governo Obama.

Logo se posicionou como a voz da oposição ao governo Obama, seja acusando o Presidente de expandir o governo, mediante incursões desnecessárias na economia, seja com relação às medidas que a nova administração adotou, sob inspiração do Presidente, e que na análise de Cheney colocava em risco a segurança nacional, tornando os Estados Unidos de novo vulneráveis a ataques externos, a exemplo da decisão de fechar Guantanamo e de julgar os acusados de terrorismo em cortes civis.

14 WARSHAW, Shirley Anne. *The Co-Presidency of Bush and Cheney*. Palo Alto: Stanford Politics and Policy, 2009. p. 2.

2.2 CHENEY NO AMERICAN ENTERPRISE INSTITUTE: "KEEPING AMERICA SAFE"

Na mesma quinta-feira 21 de maio de 2009, em que o Presidente Obama discursou no Arquivo Nacional, Cheney proferiu um contundente discurso, em linha diametralmente oposta, defendendo as medidas adotadas durante a gestão Bush, bem como acusando a nova administração de colocar em risco todo o trabalho em prol da segurança do povo norte-americano.

Para o jornal *The Washington Post* o discurso de Cheney, proferido logo após o de Obama, foi como um eclipse sobre a fala presidencial. Cheney discursou igualmente na capital Washington, no *American Enterprise Institute*, uma instituição ultraconservadora, fundada em 1943, destinada à defesa da liberdade, do capitalismo democrático, do governo limitado, da iniciativa privada e da liberdade individual.

Segundo Cheney ele havia agendado seu discurso no *American Institute* para o dia 21 de maio com certa antecedência, e somente na segunda-feira da semana do seu pronunciamento a Casa Branca anunciou o discurso de Obama para o mesmo dia. Ele preferiu que Obama discursasse primeiro. O resultado dessa coincidência de datas é que, consoante registrou o próprio Cheney, a mídia denominou o episódio de *dueling speeches* ("duelos de discursos"),¹⁵ outros como o replay da então recente campanha presidencial de 2008.

O título do discurso de Cheney (mantendo a América segura)¹⁶ já demonstrava o tom que seria imprimido. O ex-Vice-Presidente renovou as críticas a Obama e qualificou de equívoco sua política de defesa nacional. Afirmou que as opções do Presidente concernentes a defesa nacional não deveriam se basear em slogans ou retórica de campanha.

Fez questão de registrar que não falava em nome do governo Bush, mas como um cidadão comum que não almejava mais nenhum cargo político. Assinalou que sendo o primeiro Vice-Presidente que antes havia sido Secretário de Defesa suas responsabilidades tenderam para a área de segurança nacional (*Being the first vice president who had also served as secretary of defense, naturally my duties tended toward national security*) e que permaneceu diariamente focado naqueles desafios, livre de

15 CHENEY, Dick; CHENEY, Liz. *In My Time: A Personal and Political Memoir*. New York: Threshold Editions. 2011, p. 521.

16 Em outubro de 2009, Liz Cheney, filha de Dick Cheney, com o apoio de outros republicanos, fundou a instituição *Keep America Safe*, que tem como missão fornecer informações para os americanos que se preocupam com assuntos importantes relativos a segurança nacional.

outros temas políticos¹⁷ (*I focused on those challenges day to day, mostly free from the usual political distractions*).

Listou os ataques da Al Qaeda a alvos norte-americanos, fora da América, desde a década de 90 e registrou que essa organização terrorista estava a procura de artefatos nucleares no mercado negro. Disse ter ouvido especulações ocasionais de que ele tornara-se um homem diferente depois do 11 de setembro (*I've heard occasional speculation that I'm a different man after 9/11*), completou que não faria tal afirmação, porém, ele livremente admitia que ao assistir um ataque coordenado e devastador contra seu país, sitiado em um *bunker* sob a Casa Branca, evidentemente que isso pode ter afetado a forma como ele encarava suas responsabilidades.

Cheney rechaçou a afirmação de Obama de que os valores americanos (de respeito aos direitos fundamentais) foram abandonados na luta contra o terror. Segundo ele os americanos que padeceram no conflito jamais abandonaram um padrão moral de conduta e que eles fizeram a coisa certa, tornaram o país mais seguro e que esses homens eram responsáveis pela vida de muitos americanos (*they did the right thing, they made our country safe, and a lot of Americans are alive today because of them*).¹⁸

Em outro momento Cheney afirmou que a decisão de Obama em fechar Guantánamo tinha igualmente o escopo de obter o aplauso fácil da Europa, não obstante colocasse em risco a segurança do país.

Por fim, em seu livro de memórias, que contou com a colaboração de sua filha, Liz Cheney, publicado em agosto de 2011, Cheney observa, com um certo sarcasmo, que dois anos depois desse “duelo” ele constata, feliz, que para o Presidente Obama o imperativo do fechamento de Guantánamo evoluiu para a necessidade de mantê-la aberta (*...I am happy to note that for President Obama the “imperative” of closing Guantánamo has evolved into the necessity of keeping it open*).¹⁹

3 OPOSIÇÃO NO SENADO E DA CIDADE DE NOVA IORQUE

A administração Obama não enfrentou tão somente a oposição contra o fechamento de Guantánamo. Outra questão sensível e

17 Há um certo consenso que o Presidente Obama se dedicou mais à Reforma do Sistema de Saúde do que as questões de segurança nacional, ou que pelo menos esse tema ocupou mais sua agenda durante o ano de 2009 e início de 2010.

18 CHENEY, Dick; CHENEY, Liz. op. cit., p. 523.

19 op. cit., p. 524.

umbilicalmente ligada ao presídio foi a decisão de submeter os terroristas a julgamento em cortes não militares na cidade de Nova Iorque.

Considerável parcela dos nova-iorquinos, alguns Senadores Democratas e a totalidade dos Republicanos marcaram posição contra o julgamento dos acusados de participação no ataque de 11 de setembro, bem como de outros atos terroristas, em cortes civis.²⁰

Em janeiro de 2010 seis senadores, de diferentes Estados, sendo dois deles do Partido Democrata, escreveram ao *Attorney General* Eric Holder protestando contra a decisão e ameaçando bloquear o repasse de recursos federais para a transferência dos presos.

Argumentaram que se mantida a decisão de julgamento em corte criminal, em Nova Iorque, o governo federal estaria proporcionando aos terroristas uma plataforma de visibilidade mundial, a exaltar os atos que eles cometeram e a incentivar outros atos terroristas.

Simultaneamente, o Prefeito de Nova Iorque, Michael Bloomberg, manifestou contrariedade ao julgamento em Nova Iorque, argumentando que a cidade teria um prejuízo gigantesco com o sistema de segurança, com a interrupção de vias e com a paralisação do comércio nas áreas próximas ao local do julgamento.²¹ Bloomberg que antes havia apoiado o julgamento em Nova Iorque, mudou de posição após enorme pressão dos nova iorquinos de todos os cantos da capital.

É importante esclarecer que nos julgamentos anteriores, a exemplo de *Hamdi v. Rumsfeld*, *Rasul v. Bush* e *Boumediene v. Bush*, entre outros, não se fez necessário a transferência de presos para Nova Iorque ou Washington. O que se discutia naqueles casos era o direito ao Habeas Corpus, à presença de advogado, à formalização de culpa, de agendamento de julgamento, enfim, questões mínimas que estavam sendo negadas ante a “construção” de uma nova categoria de prisioneiros, a dos “*enemy combatants*”, a quem se pretendeu negar direitos constitucionais ou de tratados internacionais como a Convenção de Genebra, conforme exaustivamente demonstrado em algumas passagens deste capítulo.

A polêmica Obama, Cheney, Bloomberg, Senadores de alguns Estados, moradores e comerciantes de Nova Iorque tinha uma outra dimensão, discutia-se, protestava-se contra os termos da *Executive Order* 13492 que, entre outras providências, determinava o fechamento de Guantánamo e transferia os detentos para prisões no continente, vale dizer, em cidades norte-americanas. Coincidentemente a primeira

20 A expressão corte civil é usada em oposição à corte militar. Não confundir com o ramo do Direito Civil, até porque o julgamento, nesse caso, ocorreria em uma corte de natureza criminal.

21 *Bloombergn Balks at 9/11 Trial, Dealing Blow to White House*. The New York Times, 2010. p. A-1.

transferência e o primeiro julgamento, ambos para e em Nova Iorque, era justamente do detento Khalid Shaikh Mohammed, considerado por todos como o principal autor dos atentados do 11 de setembro, *the mastermind*, o homem por trás de todo o planejamento.

4 NOVA ORDEM EXECUTIVA MANTÉM ABERTA A PRISÃO

Diante de todos esses acontecimentos, da pressão de parte da sociedade na manutenção de Guantánamo, da oposição dos nova-iorquinos e da população de outras cidades e Estados, do cerco promovido pelo Legislativo federal em não liberar recursos para a transferência dos detentos, da recusa de alguns países em receber seus nacionais que estiveram detidos na ilha, o Presidente Obama recuou em sua decisão inicial de fechar Guantánamo no prazo que ele próprio havia estabelecido.

A todas as luzes não se trata de um recuo deliberado, fundado exclusivamente na vontade do Presidente, mas decorrente, ente outras razões, no sistema de freios e contrapesos inaugurado pela própria Constituição de 1787, que atribuiu ao Legislativo relevante papel, conforme se constata nas manobras regimentais que impuseram essa derrota a Obama, impedindo-o de cumprir promessa de campanha, bem como de revogar instrumento normativo que ele havia editado nos primeiros dias de sua Presidência.

O recuo, ou o adiamento, restou implementado igualmente por uma Ordem Executiva, de nº 13567, de 07 de março de 2011.²² Essa Ordem Executiva se ocupa de outras questões, vale dizer, muito embora tenha sido um recuo, ela se preocupa em garantir aos detentos o mínimo de dignidade. Reitera a aplicação da Convenção de Genebra, tal como havia sido previsto na Ordem 13492, determina a revisão do status de cada detento a cada ano, de modo a evitar que eles permanecessem por longo tempo no esquecimento. A Ordem 13567 determinava ainda a continuidade do processo de transferência, sem, contudo, fixar data limite como havia feito sua antecessora.

Um mês depois de assinar a Ordem Executiva que manteve aberto o presídio, Obama concedeu uma entrevista à Associated Press em que ele reconheceu não ter sido capaz de resolver a questão no tempo que imaginava, ressaltando que sem a cooperação do Congresso essa decisão não seria implementada (*Obviously I haven't been able to make the case right now, and without Congress's cooperation, we can't do it*), contudo,

²² Executive Order 13567, Federal Register/vol. 76, nº 47/Thursday, March 10, 2011/Presidential Documents, p. 13277/13281.

observou que não havia desistido do seu intento inicial (*That doesn't mean I stop making the case*).²³

Com o simples gesto de reconhecer a indispensabilidade do Legislativo na condução desse tema sensível à segurança nacional, o Presidente homenageia a Democracia, comporta-se como um verdadeiro “democrata” e imprime efetividade ao princípio constitucional do *check and balances*, conforme, aliás, ele havia lembrado no seu discurso no *National Archives* quase dois anos antes: *Because in our system of checks and balances, someone must always watch over the watchers -- especially when it comes to sensitive administration -- information*.²⁴ Em suma, não obstante a relevância do tema e a prioridade que Obama lhe emprestou, baixando uma Ordem

Executiva no primeiro dia útil de governo, ele reconhecia como necessária a cooperação de outro Poder, muito embora houvessem opiniões no sentido de que o tema, por suas características não estava sujeito à revisão direta do Legislativo.

Consoante observei acima as cicatrizes causadas pelo 11 de setembro ainda vão permanecer por muito tempo no imaginário da sociedade norte-americana. Uma série de atos terroristas, numa única manhã, contra dois Estados e a Capital, com mais de três mil mortes e quatro aviões derrubados, causou em muitos a sensação de uma guerra, embora o inimigo não tivesse ligação direta com um Estado, não usasse uniforme e não empunhasse uma bandeira, tradicional, palpável.

Essas circunstâncias, sintetizadas acima e objeto deste já longo capítulo, foram e continuarão decisivas na construção de argumentos e teses favoráveis à relativização dos direitos fundamentais, sob o argumento, equivocado ou não, que em uma guerra o Estado assume prerrogativas excepcionais que em última análise têm por escopo proteger sua própria existência.

5 “RENEGANDO A JUSTIÇA EM GUANTÁNAMO”

Em novembro de 2011 o jornal *The New York Times* publicou um editorial com o título acima, que sintetiza um problema não resolvido,

23 FINN, Peter; KORNBLUT, Anne E. *Guantanamo Bay: Why Obama hasn't fulfilled his promise to close the facility*. 2011.

24 Nessa parte do discurso Obama salientou que determinara a revisão administrativa referente à classificação de documentos para estabelecer quais poderiam ser objeto de liberação para acesso de outros Poderes, de modo que eles pudessem exercer de forma ampla a revisão de medidas adotadas pelo Executivo. É uma mudança e tanto considerando que a administração Bush em nenhum momento escondeu a intenção de ampliar e fortalecer a posição do Executivo na condução de políticas públicas que, segundo o Partido Republicano, havia se enfraquecido desde o escândalo *Watergate*.

ou resolvido parcialmente, decorridos mais de dez anos após o 11 de setembro e três anos e cinco meses após a decisão prolatada pela Corte Suprema no caso *Boumediene v. Bush*.

Antes de mais nada o “parcialmente resolvido” do parágrafo anterior funda-se na simples constatação que o caso *Boumediene* constituiu-se em um avanço, — ainda que se possa dizer “relativamente efetivo” -- na longa jornada judicial do assunto prisão de *Guantánamo Bay*. Portanto, as dificuldades presentes em 2011 — que inclusive desafiaram solene, pública e real determinação do Presidente Obama — atinentes ao caso *Guantánamo* não pode olvidar que houve um avanço institucional, ainda que pequeno, tímido ou qualquer outro adjetivo que se queira imprimir. O fato objetivo é que em um momento em que o tema segurança nacional estava constantemente presente, em que a Casa Branca encontrava-se sob a direção de um Presidente e de um Vice-Presidente conservadores e que contavam com o apoio do Capitólio, a Suprema Corte pôs um freio nas pretensões quase absolutas do Executivo em matéria de segurança nacional.

A irresignação do “Times” residia na postura da Corte Federal de Apelação do Distrito de Columbia, que insistia em criar dificuldades nos pedidos de Habeas Corpus sob sua jurisdição em casos envolvendo detentos de *Guantánamo Bay*. O editorial tomou como exemplo o caso do iemenita Adnan Farhan Abd Al Latif que sofreu um acidente de carro no seu país e posteriormente se dirigiu ao Paquistão para tratamento de saúde. Nesse interim cruzou a fronteira com o Afeganistão para visitar amigos que lá residiam. Em uma dessas viagens a Kabul foi preso na fronteira com o Paquistão e em seguida transferido para *Guantánamo*.

Sua transferência para *Guantánamo* resultou da acusação de ter sido recrutado pela Al Qaeda e de ter lutado com o Taleban. Fora enviado para a prisão em 2002 e somente julgado em 2011 por um juiz federal que acolheu Habeas Corpus em seu favor. O juiz de primeiro grau entendeu que as provas apresentadas pelo governo não eram suficientes para sustentar a acusação e que a argumentação de Latif se apresentava razoável a demonstrar que sua viagem a Kabul tinha razões de ordem pessoal, particular, não se vinculando a atividades terroristas, determinando, assim, sua imediata soltura.

Ocorre que em grau de apelação a Corte Federal de Columbia reverteu a ordem de soltura, de modo que Latif, ao tempo da publicação do editorial, ainda se encontrava preso, vale dizer, nove anos depois de detido na fronteira com o Afeganistão. O Tribunal, em decisão não unânime, assentou que o relatório apresentado pelo governo, concernente ao apelado, tinha presunção de regularidade (*a presumption of regularity*)

a menos que ele demonstrasse clara evidência contrária (*clear evidence contrary*) o juiz de primeiro grau deveria emprestar maior relevância ao argumento apresentado pelo governo. Assim, tornou ineficaz a decisão do juiz federal.

Em voto dissidente o juiz David Tatel registrou que a decisão da Corte fora tomada com fundamento em um relatório do governo produzido em meio a uma guerra, em circunstâncias não muito claras, nebulosas (*produced in the fog of war*), valendo-se de métodos clandestinos de que se sabia muito pouco (*by a clandestine method that we know almost nothing*).²⁵

Para o Editorial a Corte Federal de Apelação do Distrito de Columbia havia construído uma jurisprudência que estava influenciando as cortes inferiores e que era flagrantemente contrária aos detentos, considerando que desde 2010 — portanto depois de a Suprema Corte julgar o caso *Boumediene* — quinze Habeas Corpus haviam sido por ela negados. A prova dessa influência é que desde julho de 2010 até a data da publicação do Editorial (novembro/2011), os juízes distritais haviam negado dez Habeas Corpus relativos a casos de Guantánamo, sem que nenhum outro tenha sido deferido. Comparativamente, nos dois anos anteriores, portanto, depois da decisão proferida no caso *Boumediene* (2008/2010) esses mesmos juízes haviam concedido vinte e dois Habeas Corpus e negado quinze.

Presentes essas circunstâncias o juiz Tatel assentou que estava difícil de identificar o que restou da decisão da Suprema Corte, referindo ao multicitado caso de 2008 que impôs um freio as pretensões da Casa Branca no sentido de afastar os detentos de Guantánamo da garantia do processo judicial.

A postura da Corte de Apelação do Distrito de Columbia somente reforça o que restou expandido ao longo de algumas passagens deste trabalho. O trauma causado pelo resultado dos atentados do 11 de setembro, aliado ao discurso da máxima preocupação com a segurança nacional, para além do Poder Executivo, influenciou parte significativa da sociedade norte-americana, como se constata de algumas medidas aprovadas pelo Poder Legislativo, da recusa dos nova-iorquinos em receber em sua cidade o julgamento de alguns detentos e desse comportamento da Corte de Columbia, entre outros exemplos.

Nessa linha, relevante registrar que nas prévias do Partido Republicano para a escolha do candidato a Presidente para o pleito de 2012, alguns dos pré-candidatos defenderam a manutenção do presídio, e, outros, sua ampliação.

25 The New York Times. *Reneging on Justice in Guantánamo*. Editorial, 2011.

6 AGUDA E COMPLEXA REALIDADE

Relevante observar que a performance da Corte de Colúmbia não reside em incentivo oriundo da Casa Branca ou mesmo do Capitólio. Vale dizer, o ambiente favorável a uma postura mais radical no que concerne aos detentos de Guantánamo havia sido, de certo modo, sepultado com a derrota do candidato republicano no pleito presidencial de 2008.

Parece fora de dúvidas que embora não tenha conseguido fechar a prisão de Guantánamo, como era sua intenção desde a campanha, o governo Obama, no que concerne ao tema segurança nacional, adotou medidas diametralmente opostas às do seu antecessor. Contudo, não obstante essa postura, nem por isso deixou de considerar a segurança nacional como tema absolutamente prioritário.²⁶

Se sinais da continuidade de um comportamento mais radical no que diz respeito aos direitos dos detentos de Guantánamo não estavam mais presentes, como e por quê a Corte de Columbia - mesmo depois do resultado da eleição presidencial, mesmo após a decisão da Suprema Corte no caso *Boumediene* - insistia nessa postura de dificultar e talvez até mesmo subverter a maioria dos recursos que lhe eram apresentados?

Uma resposta possível, plausível, resida na constatação que como o tema (Guantánamo, direito dos detentos) diminuiu sua presença nas discussões dentro e fora das academias e nas páginas dos jornais, a Corte de Columbia pode ter chamado para si a tarefa de atuar como uma espécie de guardião da segurança nacional e se sentiu mais a vontade para agir ao notar que o assunto já não conseguia galvanizar tanta atenção como anteriormente.

Trata-se de mera suposição minha, contudo, o que parece irrefutável é que parte considerável da sociedade norte-americana, mesmo a mais liberal, não quer e não pretende esquecer o que ocorreu em Nova Iorque, em Washington e na Pensilvânia numa manhã de terça-feira de setembro de 2011.

A meu ver, essas pessoas tem o temor que, como o 11 de setembro é passado, o presente não o considere como deveria, minimizando seus efeitos, suas consequências, sua aguda e complexa realidade.

26 . Ver, a propósito, o item acima intitulado: "Discurso no *National Archive*".

REFERÊNCIAS

Black's Law Dictionary, Abridged Sixt Edition, St. Paul, Minn, Est Publishing Co, 1991.

Bloombergn Balks at 9/11 Trial, Dealing Blow to White House. The New York Times, 28janeiro2010.

CHENEY, Dick; CHENEY, Liz. *In My Time: A Personal and Polítical Memoir*. New York: Threshold Editions. 2011.

FINN, Peter; KORNBLUT, Anne E. *Guantanamo Bay: Why Obama hasn't fulfilled his promise to close the facility*. 2011. Disponível em:<http://www.washingtonpost.com/world/guantanamo-bay-how-the-white-house-lost-the-fight-to-close-it/2011/04/14/AFtxR5XE_story_4.html>. Acesso em: 23 abr. 2011.

GELLMAN, Barton; BECKER, Jo. *A Different Understanding With the President*. Washington: The Washington Post, 2007.

JOHNSON, Paul. *A History of the American People*. New York: Harper Collins Publishers, 1997.

KUTTNER, Robert. *Cheney's unprecedented power*. Boston: *Boston Globe*, 2004.

LOCKHART, William B.; KAMISAR, Yale; CHOPER, Jesse H.; SHIFFRIN, Steven H.; FALLON Jr, Richard H. *Constitutional Law*. Cases-Comments-Questions. Eighth Edition. St. Paul: West Publishing Co, 1996.

WORTHINGTON, Andy. *The Guantánamo Files*. London: Pluto Press, 2007.

ZENIKE, Kate. *McCain and Obama Split on Justices' Guantanamo Ruling*. New York: The New York Times, 2008.

