

A PRISÃO DE GUANTÁNAMO COMO UMA PRÁTICA DESCONFIRMADORA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Recebimento do artigo: 11/05/2009

Aprovado em: 23/06/2009

Mara Regina de Oliveira

São Paulo, SP, Brasil

mararegi@terra.com.br

Sumário

1 Introdução. 2 A pragmática jurídica e as noções de validade e imperatividade normativa. 3 A prisão de Guantánamo como uma nova norma-origem desconfirmadora dos direitos fundamentais. 4 Conclusão 5 Referências Bibliográficas.

Mestre e Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora de Filosofia do Direito e Lógica Jurídica da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora Doutora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Resumo

A inserção dogmática dos direitos fundamentais nos sistemas jurídicos positivos não garante a sua concretização prática e efetiva. Eles sempre correm o risco de serem pervertidos, no seu sentido de verdade, quando são confrontados com a permanente instabilidade das decisões político-jurídicas contingentes, que podem ser conflitivas com a sua natureza estabilizante, humanitária e universal. A prisão de Guantánamo mostra esta perversão, desde que analisada sob o prisma da pragmática jurídica, na medida em que desafia a autoridade das normas protetoras dos direitos fundamentais, no plano internacional.

Palavras-chave

Direitos fundamentais, linguagem, poder, interação, desconfirmação da autoridade, legitimidade, violência, senso comum.

Abstract

The dogmatic insertion of fundamental rights in the positive legal system does not guarantee its effectiveness. They always have the risk of being perverted in their sense of truthfulness, when confronted with the ongoing instability of the political decisions, which may be conflicting with its stabilizing nature, humanitarian and universal character. The prison at Guantánamo Bay shows this perversion, when examined in the light of pragmatic legal theory of international law, since it challenges the authority of fundamental rights in an international perspective.

Key words

Fundamental rights. Language. Power. Interaction. Authority undermining. Legitimacy. Violence. Common sense.

132 **1 Introdução**

Na verdade, entre a universalidade do direito e as liberdades singulares, a relação permanece abstrata e, no espaço dessa abstração, desencadeiam-se formas muito reais de violência que acabam por consumir a cisão entre ética e direito no mundo contemporâneo: aquela degradada em moral do interesse e do prazer, esse exilado na abstração da lei ou confiscado pela violência ideológica.¹

Neste trabalho, pretendemos retomar algumas instigantes reflexões filosóficas desenvolvidas por Tercio Sampaio Ferraz Jr, em um brilhante artigo intitulado *Dos Direitos humanos: reconhecidos, mas positivados*, analisando aspectos gerais da controversa prisão norte-americana de Guantánamo, tendo em vista o problema dos direitos fundamentais, no contexto do direito internacional, sob o prisma da comunicação normativa, que envolve um tratamento pragmático de temas complexos e atuais².

Logo no início deste texto, o autor faz um alerta zetético-filosófico sobre os riscos de banalização do tema dos direitos fundamentais, se tomarmos dois parâmetros típicos do século XIX, que abordam o problema de forma unilateral, quer seja recorrendo a expressões vazias e moralizantes do século XIX, que ignoram a complexidade e a diversidade sócio-cultural do século XXI, quer seja negando os direitos humanos e fundamentais, em nome de um positivismo cientificista radical, de forma incompatível com a contemporânea importância que o tema ganha no campo do Direito Constitucional e no diálogo internacional entre as nações, ou seja, nas suas convenções, tratados e declarações. Neste sentido, apesar da sua relevância política e jurídica, o crescente individualismo fragmentado das sociedades complexas globais, que espelha a desagregação de valores universais dificulta, em termos reais e não apenas teóricos, a efetivação de concreta de seus ideais humanitários nas instituições e práticas sociais³.

Esclarece o autor que, a partir do século XX, com o aumento da complexidade social, estimulado pelo capitalismo, este esvaziamento dos padrões éticos é, por assim dizer, ocultado pelo fenômeno da positivação do direito. O direito passa a ter validade, passa a “existir”, através de um complexo ato decisório (legislativo, judicial e administrativo), que também pode definir a sua eventual revogação, numa perspectiva extremamente dinâmica e contingente em termos funcionais e pragmáticos.

¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito Constitucional, liberdade de fumar, privacidade, Estado, Direitos Humanos e outros temas**. 1. ed. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 537.

² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito Constitucional, liberdade de fumar, privacidade, Estado, Direitos Humanos e outros temas**. 1. ed. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 517-537.

³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito Constitucional, liberdade de fumar, privacidade, Estado, Direitos Humanos e outros temas**. 1. ed. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 527.

Neste sentido, afirma que “todas as valorações, normas e expectativas de comportamento têm de ser filtradas através de processos decisórios antes de poder adquirir a validade jurídica”.⁴ Como a positivação exige a interferência decisória do poder sobre a objetivação de certos valores em detrimento de outros, torna-se claro que o risco da arbitrariedade da decisão é grande, já que o direito positivado, embora continue a garantir expectativas, alberga, na sua estrutura, uma instabilidade resultante do conflito permanente dos valores sociais entre si e destes com a própria realidade social em permanente e veloz transformação.

Neste contexto de positivação, em que se legaliza a mudança no direito, a renúncia a uma ordem jurídica invariável, extrapositiva, como a do direito natural, torna-se inevitável. Todavia, ela é compensada no interior do próprio sistema positivado, pela inserção de normas constitucionais de valor superior, que se diferenciam das demais, e que reconhecem um cerne fixo que lhes garanta certa estabilidade. Assim, diz o autor:

Muitos constitucionalistas afirmam, por exemplo, que há um certo número de direitos, os do homem enquanto pessoa, que não são constituídos, isto é, não são outorgados pela constituição, mas por ela reconhecidos e garantidos. Eles seriam pilares básicos do mundo jurídico, mesmo os positivistas mais radicais, não deixam de postular a existência de direitos fundamentais.⁵

Apesar desta inserção dos direitos fundamentais nos sistemas positivos, o elemento de natural instabilidade da decisão político-jurídica está em potencial conflito com sua natureza estabilizante. Valores fundamentais como a proteção à vida, a liberdade, à democracia podem ser permanentes, na medida em que forem símbolos de preferências abstratas de ações, mas não como critérios genéricos de decisão política entre conflitos de valores, nas situações fáticas concretas, que envolvem escolhas políticas complexas.

Ainda que os chamados “direitos do homem”, em princípio, expressem valores fundamentais e inalienáveis da vida política, estabelecendo o seu fim último, eles têm de ser concebidos de forma abstrata, para deixar em aberto diversas possibilidades de decisão concreta. Estas se consolidam graças à valoração ideológica, que, em termos funcionais, hierarquiza os valores tornando-os rígidos na forma, mas discutíveis no plano técnico-instrumental que envolve aspectos linguísticos semânticos e pragmáticos de alta relevância.⁶ A ideologia é metavalorativa, pois não objetiva

⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito Constitucional, liberdade de fumar, privacidade, Estado, Direitos Humanos e outros temas**. 1. ed. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 527.

⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito Constitucional, liberdade de fumar, privacidade, Estado, Direitos Humanos e outros temas**. 1. ed. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 530.

⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito Constitucional, liberdade de fumar, privacidade,**

134 orientar as ações, mas “avaliar os próprios critérios valorativos das ações”. Assim, não pensamos na ideia de “justiça em si”, mas no sentido liberal, comunista, socialista da mesma. Ela neutraliza a valoração, já que ela perverte o caráter reflexivo do valor, retirando-lhe o sentido de símbolo aberto, que poderia provocar conflitos significativos.

Na visão realista do autor, isto significa, de fato, a possibilidade de perversão e a castração do seu sentido de verdade, na medida em que eles deixam de ter um valor ético e verdadeiro, em si mesmos e passam a ser “verdadeiros porque funcionam” num determinado contexto sócio-político, podendo ser alterados também por decisão e desconfirmados, desde que haja interesses político-financeiros. Nas palavras de Tercio:

Nos sistemas políticos atuais, muitas vezes, se desenvolve uma espécie de perversão dos valores dominantes, pela inversão de fins e meios na política. Assim, o poder é dado aos políticos para que realizem aqueles valores, mas o objetivo da sua atividade passa a ser o fim real de sua ação. Com isso, pervertem-se os valores que são neutralizados e instrumentalizados, o perigo da manipulação ideológica está na perda de contato com a própria complexidade do sistema, que pode, no limite tornar-se totalmente indeterminável.

Nesta perspectiva, nosso intento é mostrar, como exemplo concreto deste risco de perversão dos direitos fundamentais, no mundo globalizado contemporâneo, aspectos gerais da prisão norte-americana de Guantánamo, em que as relações de meio/fim se tornam discutíveis e obscuras, em que a violência passa a ser um fim em si mesmo. A nosso ver, ela põe em dúvida as hierarquias do direito, a participação do governo norte-americano no reconhecimento da comunidade internacional, baseada no respeito aos princípios fundamentais da organização democrática, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada pela Organização das Nações Unidas. Para tanto, vamos ampliar esta visão funcionalista com ferramentas teóricas que envolvem discussões filosóficas no campo da pragmática jurídica, que tornam possível reavaliar concepções sistêmicas tradicionais e ampliar a idéia de sistema jurídico unitário piramidal, nos moldes kelsenianos, para uma concepção sistêmica mais complexa, circular, interativa e plural, que bem se adapta à complexidade normativa do mundo globalizado atual.

de, Estado, Direitos Humanos e outros temas. 1. ed. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 530.

2 A pragmática jurídica e as noções de validade e imperatividade normativa

Ao contrário da visão kelseniana, que destaca o aspecto sintático da linguagem normativa, a pragmática jurídica apreende o discurso como uma interação comunicativa reflexiva em que ambos os comunicadores figuram, ao mesmo tempo, como emissores e receptores. Neste sentido, podemos afirmar que a situação comunicativa normativa, em seu modelo ideal, é composta por pelo menos três elementos: o editor normativo que comunica a mensagem (norma jurídica), e dois receptores sociais em conflito que a receberão.

As mensagens normativas comunicadas expressam um aspecto-cometimento monológico, que estabelece uma relação complementar entre os comunicadores, ou seja, os coloca como autoridade (editor normativo) e sujeito (receptores sociais). Na maioria das vezes, o cometimento é expresso de forma digital, aparecendo nas expressões “é obrigatório”, “é proibido”, “é permitido”. Todavia, ele pode estar implícito no uso da linguagem e também pode aparecer de modo não verbal, isto é, de forma analógica, tendo em vista os vários aspectos ritualísticos presentes no mundo jurídico. Temos inúmeros exemplos destas metacomunicações, como a toga do juiz e sua posição de destaque numa audiência, as solenidades processuais e as governamentais. Já o relato possui uma estrutura dialógica e diz respeito ao conteúdo da mensagem comunicada que basicamente comporta uma descrição da ação e de suas condições bem como das sanções.⁷

O caráter prescritivo do discurso jurídico instaura uma relação complementar, que manifesta uma espécie de controle do emissor sobre o receptor. Através das normas jurídicas, ele se coloca como autoridade perante os receptores e espera que estes assumam as suas posições de sujeitos. Por isso diz-se que a situação comunicativa normativa guarda algumas peculiaridades com relação a outras formas de discurso. Ao contrário das outras formas de discurso, em que a chamada regra do dever de prova diz que o emissor sempre pode ser questionado em relação aos fundamentos da mensagem que comunica, o editor normativo entra fortalecido na situação comunicativa, pois, ainda que sua posição seja a de emissor, ele está isento deste dever de prova. As expectativas que os receptores sociais possam ter com relação a ele são irrelevantes, sendo que a eles cabe a justificação da eventual recusa de uma mensagem. O chamado “ônus da prova” é invertido. Suas decisões, que visam não eliminar, mas apenas encerrar os conflitos do ponto de vista jurídico, também têm força contrafática, pois prevalecem ainda que de fato os receptores

⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 53-55.

136 sociais não as acatem enquanto tal. Uma vez que a situação comunicativa é instaurada, os conflitos da comunicação passam a serem institucionalizados, sendo que os receptores sociais não mais podem mais sair da situação sem que o próprio emissor se manifeste.

Todavia, não podemos deixar de mencionar que esta supremacia do editor normativo, que comunica “normas jurídicas”, que devem prevalecer sobre as demais normas sociais, é garantida graças à institucionalização desta relação de autoridade, que se torna metacomplementar. Atualmente, a institucionalização de normas, ou seja, a configuração jurídica da sua relação de autoridade vem dependendo de sua inserção na própria instituição do Estado, que garante o consenso suposto e anônimo de terceiros. As normas são reconhecidas como jurídicas devido a seu grau de institucionalização, de sua inserção em sistemas normativos que representam por pressuposição, o consenso anônimo e global de terceiros.⁸

Neste sentido, observamos que tanto o relato como o cometimento das mensagens normativas, do ponto de vista da pragmática, implicam em relações de poder entendidas, como controles de seletividade do editor normativo em relação aos endereçados sociais. Neste sentido, a supremacia do editor normativo é garantida pela institucionalização do controle da seletividade das reações dos endereçados sociais, que identificam a norma estatal como sendo juridicamente válida em detrimento das demais. Com relação ao conteúdo, este controle de seletividade é garantido por meio dos chamados núcleos significativos, que podem ser generalizados socialmente, através da ideologia.

Dada a imensa flexibilidade do discurso normativo, sabemos que esta predefinição da relação metacomplementar, estabelecida pelo editor normativo, de forma contrafática, não é estática e nem imutável, devendo ser “conquistada” ao longo de todo o processo comunicativo. Assim, analisaremos como a relação de mando/obediência é, por assim dizer, construída, através de um curioso jogo que envolve relações de poder. Neste sentido, a pragmática tem de preocupar-se com as possíveis reações que os chamados emissores possam ter com relação à comunicação de uma mensagem normativa. A autoridade necessita da cooperação do sujeito ao longo da interação, para que a relação se constitua enquanto tal. Os receptores podem confirmar a mensagem normativa (obedecer ao relato e o cometimento da norma), podem rejeitar a mensagem (desobedecer ao relato da norma) ou podem desconfirmar a mensagem (ignorar o relato e o cometimento da norma).

A rejeição, que em termos jurídicos equivale à conduta ilícita (realização da con-

⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito, técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, p. 106.

duta proibida), assim como a confirmação, que equivale a conduta lícita (realização da conduta devida), não afeta a complementaridade da relação, tendo em vista o fato de que se desobedece à autoridade que primeiro se reconhece. De fato, o problema da manutenção da metacomplementaridade, nos termos da pragmática, não se reduz à imputação da sanção sobre determinados comportamentos, que está presente no relato das normas jurídicas, pois se relaciona com a terceira possibilidade de reação dos endereçados sociais, que não aparece na análise de Kelsen. Trata-se da chamada “desconfirmação da autoridade da lei”, que não se enquadra na dicotomia lícito/ilícito. Ela ocorre quando o endereçado deixa de assumir a relação complementar estabelecida no cometimento. Ela é perigosa porque destrói a ficção do consenso geral presumido, mostrando que nem todos reconhecem a “autoridade” e que nem todos, de fato, assumem a posição de “sujeitos”.

A reação de desconfirmção não se confunde com a de rejeição, pois implica numa desobediência às normas jurídicas que não diz respeito ao simples descumprimento do aspecto-relato das normas jurídicas, pois ignora o aspecto-cometimento da mensagem normativa. O endereçado passa a assumir um comportamento de questionamento da autoridade da lei, em que claramente não existe, por parte dele, nenhuma convicção de estar praticando qualquer ilicitude. Por isso, é muito comum que as atitudes desconfirmadoras, ao contrário das atitudes de rejeição que buscam a total discrição, não tenham a visibilidade, ou até tirem vantagem dela. Elas aparecem como fenômenos mundiais, violentos ou não, ou seja, nos chamados atos de desobediência civil, no crime organizado, nas organizações terroristas e também nas chamadas rupturas revolucionárias.

A noção de “validade da norma”, na teoria pragmática, também está diretamente relacionada à possibilidade de neutralização das possíveis reações desconfirmadoras. A validade não tem, nesta perspectiva, qualquer conotação ontológica. Como o discurso normativo é interação, a validade constitui uma propriedade desta interação. Ela está ligada ao controle da interação normativa, que constrói o discurso normativo, tendo em vista a sua capacidade de terminar conflitos.⁹

Ela é expressa através da ideia de imunização, e se dirige para as reações dos endereçados que possam questionar a autoridade do editor normativo. A imunização faz com que a autoridade sustente a sua mensagem normativa e a sua posição superior, sem ter que dar explicações, sendo adquirida por meio de outro discurso normativo. Nestes termos, “a validade é uma relação pragmática entre normas, em que uma imuniza a outra contra reações do endereçado, garantindo-lhe o aspecto cometimento meta-complementar.” A própria imunização se define como

⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 104.

um processo racional (fundamentante) que capacita o editor a controlar as possíveis reações do endereçado, eximindo-se de crítica, portanto, capacidade de garantir a sustentabilidade (no sentido pragmático de prontidão para apresentar razões e fundamentos do agir) da sua ação lingüística.

Como exemplo, poderíamos mencionar a hipótese de termos uma norma X cujo conteúdo estabelecesse: “Compete à autoridade H instituir o imposto M”. Esta norma imunizaria uma outra norma J que prescrevesse: “É obrigatório o pagamento do imposto M”. Através do relato da norma X (imunizante), o cometimento da norma J (imunizada) fica fortalecido e se torna juridicamente válido. Trata-se de uma imunização “condicional”, que é mais elástica, na medida em que o decididor será responsável pelo correto emprego dos meios em está ligado, mas não à própria finalidade a ser atingida. Assim, a norma imunizante determina o “antecedente” (ser o legislador de tributos), a partir do qual o “consequente é possível”, através do esquema: quem pode o “se...então...”. Mesmo que consequências, na realidade fática, sejam negativas para os endereçados (recessão, inflação, má distribuição de renda etc.) o editor não será responsável por elas, e a metacomplementaridade da relação não será atingida.

A imunização finalista concretiza-se com a delimitação do relato, pois a norma imunizante fixa um determinado conteúdo para a norma imunizada. Como exemplo, poderíamos citar uma norma imunizante B que prescrevesse: “Todo trabalhador tem direito a um salário mínimo que garanta a ele e a sua família condições de sobrevivência”; a norma imunizada C estabelece: “o salário mínimo desta região será Y”. Neste caso, o importante são os efeitos a atingir, sendo que as condições necessárias são deixadas em aberto. Por isso, ela é menos adequada para a constituição de sistemas hierárquicos, na medida em que o simples estabelecimento de fins não justifica os meios utilizados.¹⁰

Assim, observa-se que os sistemas jurídicos apresentam relações entrecruzadas de coordenação vertical e horizontal. Por isso, ao contrário do modelo kelseniano, não se pode falar que o “fundamento de validade” de uma norma “inferior” esteja numa “superior”, na medida em que a norma pode ser imunizada por outras normas de mesma hierarquia. Ambas são utilizadas de forma concomitante, embora possam ocorrer hipóteses em que uma norma se submeta às técnicas de validade condicional, mas não as de validade finalista. Isto ocorreria se uma norma fosse editada por um órgão competente, do ponto de vista formal, mas incompetente “*rationale materiare*”. Neste sentido, para que ela seja válida, é preciso que seja imuni-

¹⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 111.

zada, nos dois aspectos.

De fato, a relação de validade é muito mais complexa do que a simples relação sintática trabalhada por Kelsen. Ela se estabelece através das duas técnicas de validação, que constituem procedimentos imunizantes, que especificam como o editor normativo irá executar aquilo que lhe compete, a fim de que o seu discurso possa ser imunizado contra eventuais críticas, para que, ao mesmo tempo, determinadas reações possam ser exigidas por parte dos destinatários. A imunização constitui uma relação entre o aspecto-relato de uma norma e o aspecto-cometimento da outra, de modo que o relato da norma imunizante sustente o cometimento da norma imunizada contra as reações do endereçado, garantindo-lhe o aspecto cometimento metacomplementaridade da relação não será atingida.¹¹

A validade torna o comportamento exigível, na medida em que a mensagem do editor normativo passa ser caracterizada como “juridicamente válida” em oposição às mensagens desconfirmadoras que, assim como as mensagens de rejeição, passam a serem qualificadas como “juridicamente inválidas”. Neste sentido, a imunização propicia a aplicação do esquematismo binário lícito/ilícito, reafirmando a relação de autoridade imposta, às reações desconfirmadoras dos endereçados sociais. Já a efetividade, está relacionada não com o tornar o comportamento “exigível,” mas com o tornar o comportamento “obedecível”.

Vimos que a validade, do ponto de vista pragmático, refere-se a uma relação interacional de imunização entre normas e os próprios comportamentos comunicantes. Assim, a validade não tem uma forma “linear” entre a norma C e norma D, mas circular, na medida em que também implica no movimento oposto, ou seja, a influência da norma D sobre a norma C.

Assim, a invalidade não constituiria uma “anormalidade” no sistema, ou seja, como se houvesse uma quebra de um elo numa cadeia linear. Ela também constitui uma configuração relacional específica, ao lado da própria validade e que, portanto, vai ser “trabalhada” por esta cadeia circular.

As relações de validade estabelecem uma série normativa que, se for examinada regressivamente, encontra uma norma primeira chamada de “norma origem”. As demais normas que compõem a série são denominadas “normas derivadas”. A norma-origem é imunizante com relação às normas derivadas, mas ela própria não sofre imunização de nenhuma outra. Por isso, ela não é válida nem inválida, mas apenas efetiva na medida em que se firmar por meio de uma obediência tranquila. Uma norma-origem bastante conhecida é a própria Constituição Federal, presente

¹¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 111.

140 em cada Estado.

Neste contexto de análise, o grande mérito da pragmática jurídica está no fato de ela ter demonstrado que, ao contrário do que pensa a tradição jurídica, é ilusório pensarmos que as Constituições seriam as únicas normas-origem presentes no sistema, o qual possuiria um único fundamento de validade. Na verdade, ao contrário da visão de Kelsen, a pragmática mostra que os sistemas normativos possuem várias normas-origem, que constituiriam cada qual a sua série normativa própria. Assim, na maioria das vezes, se forem comparadas, veríamos que elas são conflitantes. Assim, uma norma derivada, de uma determinada série, seria inválida se fosse comparada com a norma-origem que imuniza a outra série normativa. Por isso, a invalidade não é uma figura anormal, mas uma resposta coerente e previsível dentro de uma determinada situação. Embora se possa pressupor que a validade de uma norma não depende da sua efetividade e vice-versa, não se pode deixar de reconhecer que a inefetividade da norma derivada compromete a efetividade da norma-origem, de modo que o sistema globalmente modifique a sua regulação, podendo, inclusive, chegar ao limite de uma nova situação. Esta modificação na regulação pode ocorrer através de uma reinterpretação da norma-origem, por uma edição de uma nova norma-origem que revogue a anterior, ou mesmo por uma reação externa que implante um novo ciclo de validades, num novo sistema.¹²

Embora o sistema não apresente uma unidade lógica, ou seja, uma única norma fundamental, nos moldes propostos por Kelsen, isto não significa que ele constitua um caos desordenado. Ele não é unitário, mas pode ser coeso. Sua coesão será garantida por mudanças de padrão de funcionamento, fornecidas pela dogmática jurídica, que serão responsáveis pela manutenção da imperatividade do sistema como um todo. Por isso, nem todas as normas-origem serão mantidas dentro de um mesmo corpo normativo, mas somente aquelas que puderem ser calibradas. Neste sentido, a imperatividade calibra a relação entre validade e efetividade.¹³

A imperatividade é uma qualidade pragmática da norma que exprime uma relação de estabilização entre o aspecto-cometimento de uma norma e o aspecto-cometimento de outra. Por tocar diretamente no jogo de poder, esta relação permanece camuflada nas valorações ideológicas do discurso normativo. A imperatividade também não é uma qualidade da norma em si mesma, mas uma propriedade designada através da própria interação. Nestes termos, uma norma será imperativa quando “ela puder impor um comportamento independentemente do concurso ou da

¹² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 143.

¹³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 142.

colaboração do endereçado, portanto, a possibilidade de produzir efeitos imediatos, inclusive sem que a verificação da sua validade o impeça”.

Neste sentido, a valoração ideológica possibilita uma estabilização da relação autoridade/sujeito, como uma “espécie de confirmação última da meta-complementaridade, que desconfirma outras possibilidades”. Ela confere rigidez ao *status quo*, fixando os limites de variação, e, ao mesmo tempo, protegendo-a de eventuais desqualificações, mesmo que isto implique num comprometimento de sua coerência lógica.

A ideologia, que identifica a qualidade “imperatividade” do sistema normativo, é metacomunicativa, na medida que constitui um discurso que incide sobre os já existentes discursos normativos. Ela calibra o sistema normativo na medida em que determina, particularmente, que tipo de autoridade deve ser aceita como legítima, e quais são as normas que constituem cadeias válidas. Isto torna o sistema jurídico um sistema de controle de expectativas comuns e mútuas, o qual é fortalecido por meio de uma decisão ideológica, que constitui uma relação metacomplementar entre editor e endereçado.¹⁴

Do ponto de vista do editor normativo oficial, a norma-origem emitida pelo endereçado desconfirmador é inválida, pois a imunização de suas mensagens normativas, vistas como juridicamente válidas, lhe possibilita ignorar a própria reação desconfirmadora a ele dirigida, e, ao mesmo tempo, enquadrar o comportamento de seu adversário como ilícito. Neste caso, reafirma-se o padrão legalidade, através da possibilidade de se imputar sanções a estes comportamentos.

A seguir, vamos apontar vários elementos desta teoria que ajudam a equacionar o problema da prisão de Guantánamo, em face do Direito Internacional, como sendo um conflito de imperatividades normativas.

3 A prisão de Guantánamo como uma nova norma-origem desconfirmadora dos direitos fundamentais

A proibição de ameaçar a integridade física é considerada como um dos primeiros direitos fundamentais de proteção ao abuso do Estado, reconhecido pelo direito positivo. Basta lembrarmos que a famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, qualifica a vida como um “direito natural a ser preservado”, considerado o fim de toda a associação política. Neste sentido, diz Tercio Sampaio Ferraz Jr, o problema dos direitos humanos surge com a modernidade, com a rup-

¹⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978 p. 157.

142 tura das antigas hierarquias das ordens sociais da Antiguidade, que viam o homem como parte de uma totalidade cósmica ordenada, em que não havia lugar para a mudança ou desenvolvimento. A partir do cristianismo, a liberdade, como livre-arbítrio, passa a coordenar a vida entre os indivíduos em oposição à própria sociedade, o mundo passa a ser um lugar de perigo, de desordem, que deve ser protegido pelo Estado, que atua de forma ambígua, como guardião e, ao mesmo tempo, como uma ameaça à própria vida.¹⁵

A criação da Organização das Nações Unidas, conhecida pela sigla ONU, em 1945, como sucessora da ineficaz Liga das Nações, após o término da Segunda Guerra Mundial, em pleno apogeu no fenômeno da positividade do direito, visou fortalecer a imperatividade do Direito Internacional, enquanto dever ser normativo, na proteção do desenvolvimento social, proteção aos direitos humanos, paz mundial entre os países, evitando a guerra e promovendo o diálogo pacífico entre os países. A importante Corte Internacional de Justiça (CIJ) tem jurisdição global, com sede na cidade holandesa de Haia, e visa institucionalizar disputas entre os países e possíveis violações das convenções pelas nações que as ratificaram. Existem, também, como órgãos judicantes internacionais, o Tribunal Internacional de Justiça (TJI) e o Tribunal Penal Internacional (TPI). Com relação ao relevante tema da tortura, entendida, historicamente, a partir da modernidade, como a forma mais básica de abuso de poder estatal e violação dos direitos fundamentais temos as conhecidas Convenções de Genebra (1863, 1929, 1949 e 1977), que estabelecem, de forma minuciosa, a obrigação de tratar os prisioneiros de guerra, humanamente, proibindo a tortura ou quaisquer atos de pressão psicológica.

A ONU foi também responsável pela expedição da Convenção contra a tortura ou outras cruéis de degradantes tratamentos e punições. Tido como um dos principais documentos legais que visam à proteção dos Direitos Humanos, data de 10 de dezembro de 1984, quando foi adotada pela Resolução n. 39/46 da Assembleia Geral das Nações Unidas.

Do ponto de vista da pragmática jurídica, esta convenção é validada, no aspecto condicional e finalístico, pela própria Carta das Nações Unidas, que, no relato de seu art. 55, visa estabelecer meios legais para alcançar a finalidade de liberdade, justiça e paz entre os povos, elementos estes que definem a sua fundação. É validada, também, pelo famoso artigo 5º da Declaração Universal de Direitos, que determina que ninguém pode ser submetido à tortura ou a cruel, desumano e degradante tratamento ou punição. No relato de seu artigo primeiro, esta convenção define, do

¹⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito Constitucional, liberdade de fumar, privacidade, Estado, Direitos Humanos e outros temas**. 1. ed. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 519-521.

ponto de vista semântico, o que devemos entender pelo termo “tortura”:

143

Para os fins da presente convenção, o termo “tortura” significa qualquer ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa com os fins de, nomeadamente, obter dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões, a punir por um ato que ela ou uma terceira pessoa cometeu ou se suspeita que tenha cometido, intimidar ou pressionar essa ou uma terceira pessoa, ou por qualquer outro motivo baseado numa forma de discriminação, desde que esta dor ou esses sofrimentos sejam infringidos por um agente público ou qualquer outra pessoa agindo a título oficial, a sua instigação, ou com o seu consentimento expresso ou tácito. Este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legítimas, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionados.

Seu artigo 2º acrescenta:

Os Estados partes tomarão as medidas legislativas, administrativas, judiciais ou quaisquer outras que se julguem eficazes para impedir que atos de tortura sejam cometidos em qualquer território sob a sua jurisdição.

Nenhuma circunstância excepcional, qualquer que seja, quer se trata de estado de guerra ou de ameaça de guerra, de instabilidade política interna ou de outro estado de exceção, poderá ser invocada para justificar a tortura.

A crise de legitimidade da política norte-americana de intervenção no Oriente Médio resultou nos trágicos atentados terroristas, do famoso 11 de setembro de 2001, em Nova Iorque e Washington D.C. Estes figuraram como uma grave violação aos direitos fundamentais dos 2.974 civis inocentes mortos no World Trade Center e, também, como uma forma contundente e bastante violenta de desconformação da autoridade americana, na sua intervenção política nos territórios do Oriente Médio, nem sempre generosa aos desfavorecidos locais, nem sempre respeitosa e afinada aos padrões religiosos islâmicos mais tradicionais. Eles figuram como manifestações ostensivas da crise de institucionalização da autoridade metacomplementar americana, no plano político-jurídico-religioso, em países da região. A suposta autoria de grupos ligados à rede terrorista Al Qaeda, tida como liderada por Osama Bin Laden, foi abertamente assumida e divulgada nos meios de comunicação. Como vimos, no tópico anterior, a reação desconfirmadora, por desintegrar a codificação binária lícito/ilícito, não teme a sua visibilidade social e política e nem a aplicação da sanção, na medida em que visa desafiar o aspecto-cometimento normativo, que estabelece a relação autoridade/sujeito, em termos interativos, Nestes termos, diz Tercio Sampaio Ferraz Jr.:

O terrorismo é uma forma de ação política que se alimenta de um jogo

de forças, de violência contra a ordem instituída. Contra a ordem e o respaldo que esta confere à força instituída e concentrada, o terrorismo usa a força aleatória e difusa, como forma de legitimação, conquistando a simpatia geral dos terceiros ressentidos, que se encontram numa posição de idêntica fragilidade.¹⁶

Todavia, é inegável que a contrarreação americana, que, numa interação democrática, deveria transformar esta desconfirmação numa rejeição ilícita, punível por lei, parece tirar proveito político excessivo do fato ocorrido, para reafirmar uma intervenção extralegal em países do Oriente Médio, aumentando ainda mais a crise de legitimidade em torno de suas ações.

Ao invés dos Estados Unidos desconfirmarem esta desconfirmação dos atos terroristas através de normas jurídicas, nos limites da chamada “violência razoável”, considerada jurídica, optaram por uma contrarreação normativa informal bastante violenta, que não encontra validade pragmática em normas do direito internacional, quer seja do ponto de vista condicional, quer seja do ponto finalístico. A chamada “violência legal” é aquela instituída por lei, correspondente a certos procedimentos institucionalizados que pressupõem o consenso de terceiros e o respeito a valores socialmente aceitos, como predominantes.¹⁷ A história tem nos mostrado que a internacionalização normativa dos direitos fundamentais, do ponto de vista pragmático, vem sendo enfraquecida pela política bélica norte-americana em países do Oriente Médio.¹⁸

A declaração da guerra ao Afeganistão, base do regime islâmico fundamentalista Talibã, defensor da Al-Qaeda, foi sucedida pela construção do campo de detenção de baía de Guantánamo. A operação recebeu o nome de “Liberdade Duradoura”, e tornou possível ao exército americano fazer centenas de prisioneiros, apresentados ao mundo como os “assassinos bem mais treinados e ferozes do planeta”, determinando, deste modo, que as convenções de Genebra não se aplicam aos então chamados “combatentes inimigos”.

Guantánamo Bay é um controverso campo de detenção operado pela Joint Task Force Guantánamo, desde janeiro 2002, na base naval da baía de Guantánamo, Cuba, visando supostamente investigar a participação de suspeitos nos ataques de 11 de setembro. Desde o começo da guerra no Afeganistão, mais de 775 suspeitos

¹⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 245-246.

¹⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 73.

¹⁸ Não podemos deixar de mencionar, também, a atitude norte-americana desconfirmadora da autoridade do Conselho de Segurança da ONU, que não deu aval para a tomada de medidas de força contra o Iraque.

foram mantidos presos, destes, 420 foram libertados sem qualquer incriminação. Até maio de 2008, constatou-se que mais de 270 ainda permaneciam sob custódia por tempo indeterminado. A prisão consiste em três campos distintos: O primeiro, chamado de Campo X-RAY, foi desativado em abril de 2002, o Campo Delta e o Campo Iguana, ainda estão em funcionamento. Desde então, a imprensa tem divulgado várias evidências, fruto de relatos de ex-detentos, de que os procedimentos de investigação violam vários dispositivos do direito internacional, utilizando práticas informais de tortura abusiva, no plano físico e psicológico e a aberrante “detenção por tempo indeterminado.”

O filme “Caminho para Guantánamo”, de 2006, uma mistura de documentário e drama, dirigido pelo inglês Michael Winterbottom, mescla atores e cenas reconstituídas, com depoimentos reais e contundentes cenas documentais.¹⁹ Ele tem o dom de nos inserir, sensorialmente, no infernal e violento espaço da guerra. É feito a partir do relato de três jovens prisioneiros britânicos (Ruhul Ahmed, Shafiq Rasul e Asif Iqbal), conhecidos na mídia como “Tipton Three”, capturados de forma aleatória e indevida no Afeganistão, em outubro de 2001, depois de uma infeliz e inoportuna primeira visita ao Paquistão/Afeganistão, sem a devida consciência da situação alarmante e caótica da região. O filme funciona bem, do ponto de vista didático, para mostrar a perspectiva interna daqueles jovens que ficaram presos em Guantánamo, por vinte e seis meses, desde a sua formação em 2002. O poder dramático da imagem faz uma reconstrução primorosa dos campos e exhibe toda o terrível arsenal de tortura no Campo X-Ray, em que se praticava o impedimento vexatório da liberdade de culto religioso, posições estressantes e desconfortáveis, associadas à exposição extrema ao calor e ao frio, com a possibilidade mínima de movimentação, em torno de apenas cinco minutos por semana. Qualquer ato considerado como insubordinação era reprimido com uso severo da força física.

No Campo Delta, melhor estruturado em termos materiais, a tortura adquire um caráter ainda mais sofisticado. Havia o confinamento solitário, por mais de três meses, a privação do sono, a exposição à música excessiva, a temperaturas extremas e também a cheiros desagradáveis, posições desconfortáveis, com defecação *in loco*. Todavia, o mais importante é que a película nos ajuda a constatar que o principal abuso linguístico-jurídico, desconfirmador dos direitos fundamentais, protegidos pelo direito norte-americano e internacional, era o de deturpar o princípio básico da democracia, arraigado na chamada “presunção da inocência” de todo e qualquer

¹⁹ O diretor Michael Winterbottom ganhou o prêmio de melhor diretor, no Festival de Berlim de 2006. O título original do filme é *The Road to Guantánamo*, usamos a versão em DVD da Sony Pictures, para a escrita deste artigo. Sua primeira exibição no Reino Unido foi no Channel 4 em 9 de março de 2006, onde foi visto por 1,6 milhões de pessoas.

146 suspeito: apesar de se caracterizar como um espaço de detenção de “suspeitos” de colaboração nos atentados de 11 de setembro, de fato, ela parecia ser o espaço de “confirmação” e punição de combatidos já previamente assumidos como combatentes “ilegais”, antes mesmo de uma investigação precisa e sem a existência de provas lícitas e concretas. A forma abusiva e perversa com que os interrogatórios eram conduzidos, baseados em técnicas de tortura chinesa, presumia a culpa prévia dos detidos, sem critério legal preciso, usando a tortura extralegal como método para obter apenas a confirmação de uma culpa já afirmada como certa. Lembrando, mais uma vez, de Tercio Sampaio Ferraz Jr., ao falar sobre a fábula “O lobo e o cordeiro”, em que o cordeiro, frágil animal tenta impedir, de forma inútil, a sua condenação de ser devorado, pela suposta responsabilidade de ter sujado a água que o lobo, animal mais forte, iria beber, vemos que:

por mais razões que ofereça (o cordeiro), prevalece, ao final, à vontade deste (o lobo), que, contrariado com a força dos argumentos do cordeiro (estar jusante da posição do lobo, não ter idade para ter sujado a água no ano anterior), acaba por generalizar a imputação, diz que se não foi ele, foi o seu irmão, o seu pai, ou mesmo o seu avô!²⁰

É este o espírito de “lobo” que anima os interrogatórios em Guantánamo, que, a todo custo, tentam forçar uma confissão dos “cordeiros” presos, que, por serem islâmicos e estarem no Afeganistão, em áreas próximas ao conflito, poderiam ser responsabilizados, de forma genérica, pelo ocorrido.

Numa das cenas mais representativas do filme, sobre o abuso de poder, no Campo Delta, num interrogatório promovido pela inteligência americana, mostra-se a um dos três prisioneiros um vídeo de 2000, no Afeganistão, em que aparece Osama Bin Laden e seus seguidores. A imagem está muito embaçada, não dá para distinguir os rostos com precisão, mas a interrogante insiste em afirmar que está vendo, “claramente”, o interrogado no meio da massa “nebulosa” de seguidores. É como se a imputação da pena pudesse ser “generalizada” a qualquer islâmico que estivesse no Afeganistão, na época, devido, inclusive a uma certa semelhança física existente entre eles. Por coincidência, ele estava respondendo a um processo, na Inglaterra, por fraude e desordem, tendo prestado serviços comunitários ao longo de todo ano de 2000, a própria polícia era o seu álibi. Vivia em Tipton, neste período, e tinha como provar que não estava no Afeganistão, devido ao seu problema criminal. Após vinte e seis meses, em março de 2004, todos foram libertados, sem qualquer justificativa, pedido de desculpa ou incriminação. Todos vivem no Reino Unido, até hoje.²¹

²⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 245.

²¹ Para detalhes jornalísticos ver o site <http://www.guardian.co.uk/world/2004/aug/04/afghanis>

É notório que, nos termos da pragmática jurídica, a prisão de Guantánamo representa a tentativa de controlar o terrorismo desconfirmador, de forma atípica e desfuncional, pois, ao invés de fazer uso da chamada “violência razoável”, contida nos limites do Direito Internacional, também usa táticas violentas de desconfirmção do Direito Internacional, introduzidas pelo secretário de defesa americano Donald Rumsfeld, com a aprovação do Congresso norte-americano. A imprensa divulgou a ocorrência de greves de fome entre os detentos, em 2006, que é um direito garantido aos presos, pela Declaração de Tóquio, mas, em Guantánamo, praticou-se a alimentação forçada destes grevistas, de forma arbitrária e violenta, através de tubos plásticos, que inseriam o alimento e impediam o vômito posterior.²²

Sob a ótica da pragmática jurídica, verificamos a impossibilidade destas regras, que regulam a criação e o funcionamento destes campos, terem o seu cometimento imunizados pelo relato de regras internacionais, quer seja num sentido condicional ou quer seja num sentido finalístico, já que estas proibem, do ponto de vista teleológico e finalístico, a violação dos direitos fundamentais de integridade física em interrogatórios, mesmo numa situação excepcional de estado de guerra. Se confrontadas com a ordem jurídica internacional, vemos que não há subordinação, caracterizando um caso típico de “invalidade pragmática”. Tal apreciação vem sendo amplamente divulgada pelos órgãos de proteção aos direitos humanos, através pela imprensa ao longo de seus quase seis anos de existência. Mais de 750 prisioneiros foram trazidos para Guantánamo, desde janeiro de 2002, a maioria deles estava no Afeganistão, em áreas de conflito, logo depois do 11 de setembro, porém muitos foram capturados nos seus lares ou outros lugares bem longe dos campos de batalha afegãos.

Como estes campos continuam em pleno funcionamento, ao longo de quase seis anos, suas regras, apesar de inválidas, tornaram-se imperativas, pois têm obrigatoriedade fática, isto é, continuam impondo técnicas de tortura, e produzindo efeitos, independente da falta de colaboração de seus destinatários. Esta imperatividade criou, de fato, uma nova norma-origem, que foi institucionalizada e calibrada, ideologicamente, em nome da justificativa emergente de controlar o terrorismo mundial e identificar os colaboradores nos ataques de 11 de setembro, “guerra contra o terrorismo”. Ela não é, em si, válida ou inválida, mas apenas efetiva. As regras de calibração permitem um ajustamento do sistema, entre o ser da realidade e o dever ser normativo, neste caso, criando uma série normativa de exceção, que hierarquiza certos valores antidemocráticos. Permitem uma mudança de padrão, sem que o fun-

tan.usa. Sobre a tortura chinesa ver o site <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u418486.shtml>.

²² Para maiores detalhes ver o site <http://www.countercurrents.org/us-randall170206.htm>.

148 cionamento seja interrompido. Em princípio, estas normas de exceção evocariam, de forma polêmica e perversa, o princípio da efetividade do controle da segurança em detrimento da legalidade dos princípios fundamentais da vida na sociedade internacional. Apesar de logicamente incoerente, nos moldes da visão sistêmica tradicional de Kelsen, o sistema mantém-se em funcionamento, mas troca de padrão. O valor segurança claramente se colocou acima dos direitos fundamentais. A que preço?

Em 2006, foi positivada, pelo Congresso, a famosa Lei de Comissões Militares, como forma de desenvolver, em termos hierárquicos, a nova cadeia normativa de exceção de Guantánamo. A comissão militar, ou tribunal militar, é composta por entre cinco e doze oficiais das Forças Armadas americanas, responsável pelo julgamento dos réus. No entanto, nos casos em que se busca a pena de morte, a comissão deve ter pelo menos doze oficiais. Um juiz militar preside as audiências. Para obter a condenação, é necessário o voto favorável de pelo menos dois terços dos membros da comissão. Para a pena de morte, que pode ser buscada nos casos em que as ações do réu resultaram em mortes, todos os doze membros da comissão precisam concordar com a sentença. A decisão final de aplicar a pena de morte será tomada pelo presidente dos Estados Unidos. A lei diz que qualquer “combatente inimigo” está sujeito a ser julgado pelas comissões militares. Isso exclui cidadãos americanos, que estão sujeitos à lei doméstica dos Estados Unidos. No entanto, residentes nos Estados Unidos, que não são cidadãos americanos, estão sujeitos aos tribunais militares.²³

Existem dificuldades de calibração deste novo regramento de exceção desconfirmador de vários direitos fundamentais. A ordem jurídica internacional, de forma ostensiva e bem divulgada pela imprensa, tenta reafirmar o padrão legalidade, a ONU, organizações não governamentais e a Anistia Internacional pedem o fechamento de Guantánamo, tentando neutralizá-la, transformando em rejeição ilícita das convenções internacionais. Em fevereiro de 2006, um detalhado relatório da ONU qualificou, abertamente, como “ilegais” as suas práticas, justificadas como necessárias para conter a guerra ao terrorismo e claramente autorizadas. Ele afirma: “O regime legal aplicado a estes detentos fere a autoridade da lei e um grande número de direitos fundamentais, que são a essência das sociedades democráticas.”

Eles devem ter o direito a um julgamento justo, por um competente, independente e imparcial tribunal, assim como presunção de inocência contra prisão arbitrária e punição injusta, com direito ao *habeas corpus*.²⁴

Neste jogo de poder interativo, contam não apenas elementos pragmáticos, mas

²³ Para maiores detalhes ver o site <http://www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult272u430856.shtml>

²⁴ Para maiores detalhes ver o site <http://www.countercurrents.org/us-randall170206.htm>

também semânticos. Os Estados Unidos tentam escapar da qualificação de ilicitude através de artifícios hermenêuticos abusivos, na medida em que caracterizam os meros detentos como “combatentes inimigos”, que, de fato, são apenas “suspeitos” sujeitos à investigação em Guantánamo. Reafirmam, também, de forma curiosa, a informalização do território de Guantánamo, como um espaço da “exceção violenta”, que é indiferente à democracia. Alegam que todos eles são terroristas perigosos e que o campo não estaria sujeito às leis americanas, nem às internacionais, por estar fora do território e da jurisdição americana, Guantánamo estaria sob o acordo internacional feito entre os EUA e Cuba apenas. O governo americano também alega que não usa métodos de “tortura”, mas apenas de “coação e stress”, no suposto combate ao terrorismo, permitidos pela Lei de Comissões Militares.

Dando continuidade ao jogo interativo complexo, em 12 de junho de 2008, a Suprema Corte americana tenta, mais uma vez, recalibrar o sistema normativo mundial no padrão legalidade, a partir do questionamento jurídico feito por um ex-detento. Reafirmando uma decisão já tomada em 2006, mas que foi “invalidada”, por modificações legais posteriores feitas pelo Congresso americano, ela decide que, apesar de ficar, fisicamente, em território cubano, de fato, ela funciona, juridicamente, como um território americano, devendo estar submetida à Constituição americana, adquirindo, os seus detentos, o direito constitucional do *habeas corpus*, podendo requerer sua liberdade a cortes federais civis americanas e exigindo que o governo apresente o conjunto de elementos que justifique a sua detenção.²⁵

Em contrapartida, em agosto de 2008, o chofer de Osama Bin Laden foi condenado a cinco anos de prisão pelos tribunais militares. Apesar de estar preso há quase cinco anos, não existe estimativa de sua libertação, nos moldes legais. O governo americano alega que deve reter todo “combatente inimigo”, por tempo indefinido, enquanto durar a guerra ao terrorismo. As normas de exceção continuam imperativas.²⁶

Numa leitura jurídica mais radical, no sentido de reafirmar o padrão-legalidade, no âmbito das relações internacionais, o juiz espanhol Baltasar Garzón, responsável pela prisão de ex-ditador chileno Augusto Pinochet, em 1998, defende que o presidente George W. Bush seja julgado pelo tribunal internacional, por praticar crimes de tortura contra a humanidade. Ele afirma:

Em 1978, o grupo terrorista italiano Brigadas Vermelhas seqüestrou o ex-primeiro ministro Aldo Moro. Quando um dos seqüestradores foi preso, foi sugerido ao General Alberto Della Chiesa, chefe das for-

²⁵ Para maiores detalhes ver o site <http://noticias.uol.com.br/ultnot/afp/2008/06/12/ult34u206893.jhtm>

²⁶ Para maiores detalhes ver o site <http://noticias.uol.com.br/ultnot/reuters/2008/08/07/ult729u75517.jhtm>

ças anti-terror, que se torturasse o preso para extrair informações que poderiam salvar Moro. Chiesa respondeu: a democracia italiana pode sobreviver à perda de Aldo Moro, mas não sobreviverá à introdução da tortura. Esse é o limite, a resposta que as instituições devem dar.²⁷

4 Conclusões

Pela nossa análise, ficou demonstrado que a simples inserção dogmática dos direitos fundamentais nos sistemas jurídicos positivos não garante a sua concretização prática e efetiva. Eles correm o risco permanente de serem pervertidos e castrados no seu sentido de verdade, quando são confrontados com a permanente instabilidade das decisões político-jurídicas contingentes, que podem ser conflitivas com a sua natureza estabilizante, humanitária e universal. O exemplo da prisão de Guantánamo mostrou o quanto esta interferência decisória do poder, sobre determinados valores políticos, pode ser arbitrária, na posituação das normas e estar a serviço da manutenção de relações de dominação e não a finalidades democráticas do bem de toda a humanidade. Por ela estar envolvida com o problema do poder, achamos adequado fazer uma aproximação com as ferramentas teóricas da pragmática jurídica, que, a nosso ver, foram bastante esclarecedoras.

A pragmática jurídica possibilitou analisar que todo o problema da prisão de Guantánamo, como uma nova cadeia normativa de exceção, desconfirmadora do direito internacional, expõe uma situação atípica e disfuncional, em termos interativos, que mostra que existe uma disputa pelo poder, por detrás da aparente controvérsia jurídica-hermenêutica mundial. O que está em jogo é uma “guerra de metacomplementaridades normativas”, que se desconfirmam entre si, em que se busca definir o sentido da autoridade jurídica em termos globais, ou seja, quem deve, em última instância, controlar a seletividade das ações dos sujeitos.

Neste choque pragmático de imperatividades normativas, presentes em cadeias normativas diversas, de “ideologias humanitárias” que priorizam os valores liberdade/legalidade/democracia em contraposição às “ideologias da violência”, que dão prevalência à segurança/exceção efetividade, justificadas na guerra ao terror global, é evidente a presença de uma luta pelo poder, que se apresenta como jurídica. Uma disputa que perverte o sentido ético dos direitos fundamentais, em termos práticos, pondo em jogo, de certa forma, também a sobrevivência do direito internacional de terceira dimensão, notadamente, o direito à paz e à autodeterminação dos povos.

Não há dúvida de que o terrorismo global e violento dever ser combatido. Ele poderia ter sido minimizado com um trabalho prévio de ordem valorativa, em termos

²⁷ Conferir o site <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u435257.shtml>

de legitimidade político-jurídica da política ocidental no Oriente Médio. Como vimos, o que garante o sentido da autoridade metacomplementar é o controle da seletividade das ações dos sujeitos, que evita o surgimento de reações desconfirmadoras subversivas, no plano político-ideológico, e não o puro emprego da força física.

Porém, como justificar, racionalmente, o sentido da violência, como retaliação a um ato violento, que reproduz, paradoxalmente, aquilo que visa combater? Questiona-se, também, de forma enfática, a real eficácia deste campo prisional de exceção, para combater um terrorismo global e difuso que não está contido apenas em países do Oriente Médio, que se multiplica de forma descentralizada, mesmo depois da destruição de sua base militar afegã e opera pela Internet. Recentemente, o jornal *Der Spiegel Online* publicou uma interessante reportagem em que, ao especular sobre o futuro da Al Qaeda, mostra que ela ainda não foi derrotada e deixou de ser uma organização de milícias para transformar-se em algo que ninguém reconhece e que se expande de forma cada mais difusa no mundo. Alguns especialistas entendem que existem riscos cada vez maiores da ocorrência de novos atentados terroristas sangrentos. O analista israelense Reuven Paz faz uma afirmação contundente:²⁸

A organização está mais forte do que era sete anos atrás? Sim, porque ela continua altamente motivada, é capaz de disseminar livremente as suas doutrinas e mensagens através da Internet e ainda consegue angariar apoio. O resto do mundo ainda não encontrou respostas eficientes para fazer frente a essa alta motivação. A Al Qaeda, atuando diretamente ou através de representantes, poderia ainda repetir os terríveis ataques do 11 de setembro, com efeitos e danos ainda maiores. No entanto, é improvável que isso ocorra no território dos Estados Unidos. O mais provável é que os alvos sejam interesse globais norte-americanos e ocidentais - provavelmente campos de petróleo e a aviação internacional. Por meio de uma “guerra de mentes”, que continuará por muito tempo, a Al Qaeda é capaz de inflamar o ódio e exagerar vitórias imaginárias, e até mesmo de matar e ferir pessoas, em sua maioria muçulmanas, mas ela não pode consolidar um poder real, nem mesmo no mundo muçulmano. Este último ainda não está pronto para uma revolução ou uma grande mudança.

Afinal, será que as torres gêmeas não caíram sozinhas, será que levaram com elas as esperanças democráticas de respeito aos direitos fundamentais, de encontro do senso comum, do uso da violência razoável na solução dos conflitos internacionais? Haveria um risco deles se transformarem em preceitos que apenas visariam uma “eficácia simbólica”, ao prescreverem, no campo normativo, valores aceitos universalmente, mas pouco efetivos e cumpridos pelos governos?²⁹ Terminamos este tra-

²⁸ Para maiores detalhes, ver o site <http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/derspiegel/2008/09/12/ult2682u936.jhtm>

²⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito, técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 199-200. Corroborando as reflexões críticas deste

152 balho com mais uma citação de Tercio Sampaio Ferraz Jr., que, a nosso ver, resume bem a problemática assumida neste trabalho, como hipótese geral:

Neste jogo de força, o sucesso da violência não está em dobrar o adversário, mas provocar-lhe a violência. Nada mais gratificante para o terror do que a retaliação como medida da ordem. Contra a violência difusa do terror, a retaliação ordenada confere um “sentido” à violência. Na verdade, um pseudo-sentido, pois confunde sentido com finalidade”. (...) A violência do terror destrói o senso comum. Põe-nos sob o regime do medo, da validade de não importa o que seja, desde que produza efeitos. Mas a retaliação traz um risco ainda maior. Subjuga o mundo a uma relação de meios e fins, em que tudo não passa de uma forma de violência: do assassino contra a vítima, da vítima contra este, da quadrilha contra a polícia e desta contra aquela, do rico contra o pobre e deste contra aquele. A chamada “guerra contra o terror” tem explicações plausíveis. Mas não deve ser obscurecida nem pela “simpatia” pelos (aparentemente) mais fracos, nem pelos “sucessos” da violência contra a violência. Sob pena de aceitarmos, como faz o fabulista de O lobo e o cordeiro, que no mundo humano, o dado da natureza (relação forte/fraco: a superioridade) e a regra de “preferência” dos mais fortes sobre os mais fracos, sejam assumidas como uma espécie de inexorabilidade, em que as posições apenas mudam, mas a relação é sempre a mesma.³⁰

Bibliografia

- ARENDDT, **Hannah. Crises da República.** 1ª edição, São Paulo: Perspectiva, 1973.
- ARENDDT, **Hannah. Entre o passado e o futuro.** 1ª edição, São Paulo: Perspectiva, 1972.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico,** 1ª edição, São Paulo: Saraiva, 1973.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica,** 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1978
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica,** 1ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, **Introdução ao Estudo do Direito, técnica,**

artigo, não podemos deixar de mencionar que o novo presidente dos EUA, Barack Obama, em 22 de janeiro de 2009, cumpriu sua promessa de campanha e ordenou o fechamento de Guantánamo, em um ano, e a imediata revisão judicial dos duzentos e quarenta e oito presos ainda mantidos na prisão. Prescreveu, também, o fechamento de todas as prisões secretas mantidas pela CIA. Trata-se da reafirmação do padrão legalidade, em oposição às políticas abusivas do governo Bush, exigindo que os Estados Unidos se submetam à legislação internacional. O documento em inglês pode ser acessado na página virtual: <http://conjur-s2.simplecdn.net/dl/guantanamo-obama.pdf>.

³⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito.** 1. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 246-247.

decisão, dominação, 4ª edição, São Paulo: Atlas, 2003

153

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**, 1ª edição, São Paulo: Atlas, 2002

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito Constitucional, liberdade de fumar, privacidade, Estado, Direitos Humanos e outros temas**, 1ª edição, Barueri, SP: Manole, 2007

OLIVEIRA, Mara Regina de. **O Desafio à autoridade da Lei: a relação existente entre poder, obediência e subversão**, 1ª edição, Rio de Janeiro: Corifeu, 2006

Websites Consultados

<http://www.guardian.co.uk/world/2004/aug/04/afghanistan.usa>

<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u418486.shtml>

<http://www.countercurrents.org/us-randall170206.htm>

<http://noticias.uol.com.br/ultnot/afp/2008/06/12/ult34u206893.jhtm>

<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u435257.shtml>

<http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/derspiegel/2008/09/12/ult2682u936.jhtm>

<http://noticias.uol.com.br/ultnot/reuters/2008/08/07/ult729u75517.jhtm>

<http://conjur-s2.simplecdn.net/dl/guantanamo-obama.pdf>