

A TRANSFERÊNCIA DOS DETIDOS EM GUANTÁNAMO À LUZ DO ARTIGO 3º DA CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA¹

Vladmir de Campos Pacheco Pires Ferreira²

Resumo: Nos últimos anos, inúmeros dos detidos em Guantánamo recorreram aos tribunais federais dos EUA, em uma tentativa de impugnar decisões administrativas que os transferiam para a custódia de outros Estados. Alegando que tais transferências os expunham a um risco de tortura no país receptor, os detentos invocaram o princípio do *non-refoulement*, previsto no artigo 3º da Convenção Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes. A partir da análise desta norma internacional, e da recente jurisprudência produzida pelos tribunais americanos, o presente artigo visa contribuir para a elucidação acerca da existência de um direito em favor dos detidos de, com base naquele mesmo preceito, contestar judicialmente a legalidade daquelas transferências. Esta questão constitui, ainda hoje, o maior empecilho para que os campos de detenção situados em Guantánamo sejam desativados.

Palavras-chave: Guantánamo; tortura; convenção; transferência; detidos; custódia.

Abstract: In the last few years, many of the detainees held at Guantanamo appealed their cases in US federal courts in an attempt to challenge executive orders which would transfer their custody to other states. Asserting that those transfers ex-

¹ Artigo originalmente selecionado para publicação na Revista *Jus Scriptum*, em Abril de 2011. O mencionado periódico ainda não foi, todavia, publicado.

² Bacharel em Direito pela Universidade de Coimbra e Doutorando em Ciências Jurídico-Internacionais pela Universidade de Lisboa.

pose to them a risk of torture in the receiving country, they justified their claims under article 3 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. Starting from the analysis of this international norm and recent case law produced by American courts, this essay aims to discuss the existence of the right - on behalf of the detainees - to challenge, on the grounds of article 3 of the Convention Against Torture, the legality of those transfers. In fact, this issue is still today one of the main obstructions for the US Government to close the Guantanamo detention camps.

Keywords: Guantanamo; torture; convention; transfer; detainees; custody.

Sumário: 1. Introdução. 2. O artigo 3º da Convenção Contra a Tortura. 3. A transferência da custódia dos detidos em Guantánamo perante os tribunais federais norte-americanos. 4. Considerações Finais. 5. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO



Em resposta aos atentados perpetrados nas cidades de Nova York e Washington, em 11 de Setembro de 2001, os EUA deram início a uma política de combate ao terrorismo global, que ganhou notoriedade por ter sido deliberadamente conduzida em desrespeito a alguns dos mais altos valores da Comunidade Internacional.

De todas as ações praticadas na efetivação dessa política, as que se verificaram na base naval americana situada em Guantánamo, são, sem dúvida, as mais exponenciais. Desde que o primeiro grupo de prisioneiros chegou ao *Camp X-Ray*, em 11 de Janeiro de 2002, inúmeras questões jurídico-internacionais começaram a emergir.

Diversas destas questões foram por nós analisadas em trabalho anterior, dentre as quais, tivemos a oportunidade de verificar a adequação das Convenções de Genebra para regular os conflitos armados atuais e, em especial, contestar a designação dos detidos em Guantánamo por “combatentes ilegais” (PIRES FERREIRA, 2009). Além disso, demonstramos como as detenções realizadas no âmbito da chamada “*Guerra ao Terror*”³, a privação de direitos humanos fundamentais - entre eles, a suspensão do direito de *habeas corpus* - e a negação de um estatuto jurídico aos detidos, violaram diversas normas basilares do Direito Internacional Público.

Na verdade, ao longo dos últimos anos, estes e outros temas foram objeto de exaustiva discussão no seio da doutrina internacional⁴.

No entanto, uma recente controvérsia relativa a Guantánamo parece estar passando despercebida ou, pelo menos, sem a atenção merecida, por parte de internacionalistas e da opinião pública mundial: a resistência de inúmeros detentos a serem transferidos para determinados Estados, na medida em que receiam vir a sofrer tortura ou outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

De modo geral, os detidos buscam em juízo o reconhecimento do direito de impugnar toda e qualquer ordem executiva que os transfira para a custódia de outro Estado, sempre que desta transferência lhes possa advir o risco de serem submeti-

³ A “*Guerra ao Terror*” refere-se a uma recente modalidade de conflito armado, realizada em face de todas as organizações terroristas de alcance global, para a qual as normas tradicionais de Direito Humanitário Internacional se revelariam inadequadas. Este conceito – embora tenha sido utilizado pelos EUA, junto ao Conselho de Segurança das Nações Unidas, para justificar o uso da força em legítima defesa contra o ex-governo afegão – parece ser cada vez mais repudiado pela doutrina internacional. A este respeito, Antonio Cassese (2001, p. 993) ensina que ‘Guerra’ é um conflito armado entre Estados, desta forma, a designação deste termo para se referir a um conflito entre os EUA e uma entidade anómala como a Al-Qaeda é equivocado.

⁴ Entre muitos outros, confira PAGÁN, 2002; e STEYN, 2004.

dos à tortura. A batalha judicial empreendida pelos detentos constitui, ainda hoje, o maior empecilho ao fechamento dos campos de detenção instalados em Guantánamo, anunciado em 22 de Janeiro de 2009, três dias após a posse do atual presidente norte-americano, e não tendo sido, até a presente data, concretizado (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a).

O problema é mais complexo do que pode parecer a primeira vista. A decisão de fechar Guantánamo é, na verdade, uma clara tentativa do atual governo de recuperar o prestígio e a credibilidade dos EUA junto à comunidade internacional. No entanto, caso essas transferências se realizem em desconsideração ao risco de tortura, o Estado americano poderá incorrer, novamente, em violação de relevantes obrigações internacionais.

Embora, o princípio do *non-refoulement* esteja contido em diversas normas de Direitos Humanos e de Direito Humanitário Internacional, os detentos que procuraram resistir à transferência para a custódia de determinados Estados, ao buscarem impugnar ordens administrativas desta natureza, optaram por invocar o artigo 3º da *Convenção Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes*⁵.

O presente trabalho tem por escopo analisar, sucintamente, algumas questões inerentes a legalidade da transferência dos indivíduos detidos em Guantánamo, em especial, saber de que forma a obrigação contida no artigo 3º da Convenção Contra a Tortura pode regular e permitir um verdadeiro controle jurisdicional daquelas transferências, principalmente quando o indivíduo sujeito àquela medida alegue um eventual receio de vir a ser submetido à tortura no Estado receptor.

Assim, dividimos este artigo em duas partes. Na primeira, faremos alguns breves comentários sobre o artigo 3º da

⁵ Convenção Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 10 de Dezembro de 1984. Doravante designada por ‘Convenção Contra a Tortura’.

Convenção Contra a Tortura e sobre a obrigação que ele impõe aos Estados signatários. Em um segundo momento, estudaremos a recente jurisprudência que vem sendo produzida pelos órgãos jurisdicionais norte americanos em resposta a esta questão.

2. O ARTIGO 3º DA CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA

O artigo 3º da Convenção Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), depositada junto à Assembleia Geral das Nações Unidas, estabelece que:

“1. Nenhum Estado parte expulsará, entregará ou extraditará uma pessoa para um outro Estado quando existam motivos sérios para crer que possa ser submetida à tortura.

2. A fim de determinar da existência de tais motivos, as autoridades competentes terão em conta todas as considerações pertinentes, incluindo, eventualmente, a existência no referido Estado de um conjunto de violações sistemáticas, graves, flagrantes ou massivas dos direitos do homem”.

Este preceito traduz uma expressão do princípio do *non-refoulement*, ou da *não entrega*, que, de modo geral, impõe a proibição de enviar qualquer pessoa de um Estado para outro, quando exista o risco de que alguns direitos humanos fundamentais possam vir a ser violados no país receptor (DROEGE, 2008, p. 670).

Embora a letra da norma ora em análise utilize as expressões “*expulsará, entregará ou extraditará*”, a descrição formal da transferência é irrelevante, devendo-se levar em conta, para a aplicação do artigo 3º, a alteração do *controle efetivo sobre o indivíduo*. Assim, sempre que este controle passe de um Estado para outro e esteja subjacente um risco de tortura, impõe-se a observação do princípio do *non-refoulement* (LAUTERPACH; BETHLEHEM *apud* DROEGE, 2008, p. 671).

Ainda que a Convenção Contra a Tortura repudie, também, a prática de outras penas ou tratamentos cruéis, desuma-

nos ou degradantes, somente o risco de *tortura* justifica a invocação da garantia prevista em seu artigo 3º, não sendo aquelas outras violações dos Direitos Humanos suficientemente graves para impedir a transferência de um indivíduo para outro país (NAÇÕES UNIDAS, 1997).

Por último, sobre a recepção deste preceito na ordem jurídica dos EUA, é importante ressaltar que este Estado é signatário da presente Convenção. Ademais, em razão da letra precisa e incondicional do artigo 3º, parece se consolidar o entendimento que reconhece sua aplicabilidade direta e a consequente aptidão para ser invocado em juízo⁶.

3. A TRANSFERÊNCIA DA CUSTÓDIA DOS DETIDOS EM GUANTÁNAMO PERANTE OS TRIBUNAIS FEDERAIS NORTE-AMERICANOS

As tentativas de impugnar judicialmente ordens de transferência não é um fenômeno recente. De Março a Julho de 2005, alguns meses após a Suprema Corte americana ter reconhecido que o direito de *habeas corpus* se estendia aos detidos em Guantánamo⁷, foram apresentados junto ao *District Court for the District of Columbia*⁸ 36 pedidos cautelares em benefício de 93 internos (CHESNEY, 2006, p. 666). Tais pedidos requeriam a comunicação prévia, em um prazo não inferior a 30 dias, em relação a qualquer determinação executiva que

⁶ Para um estudo aprofundado sobre a recepção do artigo 3º da Convenção Contra a Tortura no ordenamento jurídico dos EUA, confira FISHER, 2009, pp. 960-964; e, ainda, CHESNEY, 2006, pp.675-682.

⁷ Confira *Rasul v. Bush*, acórdão proferido pela Suprema Corte dos EUA em Junho de 2004. Este acórdão pode ser apontado como o primeiro passo no sentido de reconhecer que os internos em Guantánamo tinham direito a contestar a legalidade de suas detenções, junto aos tribunais federais dos EUA, por meio de *habeas corpus*. No entanto, seria somente no dia 12 de Junho de 2008, com o acórdão *Boumediene v. Bush*, que este direito seria, definitivamente, consagrado.

⁸ Tribunal federal de primeira instância, cuja competência territorial compreende o espaço físico do Distrito Federal dos EUA -Washington, D.C..

versasse sobre a transferência de um detido para o exterior.

Em todos estes casos, os postulantes alegaram o receio de virem a ser vítimas de tortura no país para o qual fossem transferidos, sem que, no entanto, fosse apresentada, além de reportagens e matérias de jornais, nenhuma evidência concreta acerca da probabilidade de tal fato se verificar.

Destes 36 pedidos cautelares, pelo menos 27 foram deferidos. De modo geral, reconheceu-se, em primeira instância, um direito subjetivo à impugnação judicial, mesmo que a probabilidade de tortura não houvesse sido demonstrada em sede cautelar. Além disso, estes órgãos jurisdicionais afirmaram que a revisão judicial das ordens de transferência era perfeitamente válida, na medida em que repousa sobre a legalidade do ato administrativo (FISHER, 2009, p. 964).

No entanto, os juízes que indeferiram os restantes pedidos cautelares, chegaram, embora diante de fatos extremamente semelhantes, a conclusões antagônicas. Entenderam estes magistrados que o Poder Judiciário não deve intervir em questões de política externa e que, ainda, interferir em uma ordem executiva de transferência implicaria uma violação ao princípio da separação de poderes (CHESNEY, 2006, p. 668).

A Suprema Corte dos EUA viria a se manifestar sobre essas questões em Junho de 2008, em acórdão proferido no âmbito do caso *Munaf v. Geren*, cujos peticionários, embora não estivessem detidos em Guantánamo - mas em uma base militar americana no Iraque - buscavam impugnar judicialmente uma ordem de transferência.

Munaf v. Geren trata de dois nacionais estadunidenses que, em 2005, viajaram voluntariamente para o Iraque, onde acabaram capturados por forças dos EUA. Em seguida, foram acusados por autoridades iraquianas pela prática de crimes realizados em seu território.

Desta forma, o Iraque requereu a entrega daqueles indivíduos para que fossem julgados por seus tribunais e sob suas

leis, não tendo existido nenhuma oposição dos EUA neste sentido.

Assim que notificados acerca da transferência de sua custódia, os acusados apresentaram pedido liminar, em sede de *habeas corpus* liberatório anteriormente impetrado junto dos tribunais norte-americanos, impugnando sua entrega ao governo iraquiano.

Os requerentes fundamentaram seu pedido alegando que possuíam o direito, susceptível de ser invocado em juízo, a não serem transferidos para a custódia do Iraque, uma vez que poderiam vir a ser torturados ou privados de sua liberdade, sem garantias processuais básicas e em condições extremamente precárias.

A Suprema Corte não aceitou os argumentos dos requerentes. De fato, este tribunal afirmou que uma decisão favorável aos mesmos implicaria uma violação à soberania do Iraque, na medida em que constituiria um empecilho ao exercício legítimo de seu *jus puniendi* em relação a indivíduos que, supostamente, praticaram crimes em seu território.

No que toca à afirmação dos postulantes de que existia dúvida razoável para supor que seriam vítimas de tortura caso recaíssem sob o poder das autoridades iraquianas, a Suprema Corte afirmou que, apesar de tais receios serem sérios e deversem ser respeitados, por força do princípio da separação de poderes, não poderia ela se manifestar. A decisão executiva de transferência de um detido para a custódia de outro Estado é um ato discricionário, que possui uma natureza muito mais política do que jurídica, e que, por isso, deveria ser contestado junto aos órgãos administrativos e não judiciários⁹.

A Suprema Corte afirmou ainda que o Judiciário não deve intervir em matéria de política externa, uma vez que isto

⁹ Sobre este aspecto, o governo explicou que é política dos EUA não entregar ou extraditar um prisioneiro quando for provável que venha a sofrer tortura (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2008, pp. 23-26).

prejudicaria a habilidade do governo em fazer com que o Estado americano se manifeste sob “*uma única voz*” em suas relações internacionais, mas reconheceu que a impugnação de ordens de transferência seria possível em certos “*casos extremos*”, isto é, *quando o governo reconhecesse o risco de tortura no Estado receptor e, ainda assim, mantivesse a ordem de transferência* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2008, pp. 24-25).

Indagada a respeito de uma eventual aplicação do artigo 3º da Convenção Contra a Tortura¹⁰ ao litígio, a Suprema Corte afirmou que, em razão dos requerentes não terem invocado o mencionado preceito em momento oportuno, isto é, nas petições que dirigiram às instâncias inferiores, não estava ela obrigada a se manifestar (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2008, pp. 25-26).

Desta forma, em *Munaf v. Geren*, a Suprema Corte perdeu a oportunidade de estabelecer os requisitos necessários para que um detido, com base no artigo 3º da Convenção Contra a Tortura, conteste judicialmente uma decisão executiva de transferência. Além disso, aquele tribunal estabeleceu um perigoso parâmetro segundo o qual o Poder Judiciário deve prestar deferência ao Poder Executivo em matérias relacionadas à política externa, especialmente em relação à transferência de prisioneiros para o exterior.

Esta lógica veio a ter repercussões negativas sobre os detidos em Guantánamo.

Em 07 de Abril de 2009, a *Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*¹¹, no âmbito do processo nº 05-5489, *Kiyemba v. Obama*, veio reformar duas decisões proferidas em

¹⁰ Na verdade, os requerentes não se referiram diretamente ao artigo 3º da Convenção Contra a Tortura, mas sim a norma de direito interno americano - o § 2242 (d) do FARR Act - que transpõe as obrigações decorrentes daquela norma internacional.

¹¹ Tribunal Federal de 2ª Instância, cuja competência territorial compreende o espaço físico do Distrito Federal dos EUA – *District of Columbia*. Adiante designado por “Corte de Apelação”.

primeira instância, em Setembro de 2005, que reconheciam o direito dos detidos a serem notificados, em um prazo mínimo de 30 dias, sobre qualquer decisão executiva que os transferisse para outro Estado.

Kiyemba v. Obama, ou *Kiyemba II*, versa sobre um grupo de nove muçulmanos *uighurs*, naturais da região nordeste da China, que deixaram de ser considerados, ainda em 2003, como “combatentes ilegais” pelos EUA. Por não representarem uma ameaça à segurança norte-americana e por não terem qualquer relação com os atentados de 11 de Setembro, estes indivíduos deveriam ser repatriados para a República Popular da China.

Em razão de uma série de declarações do governo chinês, temendo virem a ser processados, condenados e, provavelmente, torturados pelas autoridades daquele país, impetraram *habeas corpus* junto aos tribunais norte-americanos e, liminarmente, requereram a mencionada notificação prévia de modo a impugnar ordens executivas de transferência. Tais pedidos foram deferidos em primeira instância.

Mas esta decisão seria revogada pela Corte de Apelação. O tribunal, em resposta a um recurso interposto pelo governo americano, viria a afirmar que o precedente estabelecido em *Munaf v. Geren* impede que os órgãos jurisdicionais exerçam um controle efetivo sobre a transferência dos detidos em Guantánamo, desde que o Poder Executivo *declare* ter por política não transferir um prisioneiro quando houver risco de que ele venha a sofrer tortura. Para este tribunal, uma declaração neste sentido é suficiente para descaracterizar o litígio como um “*caso extremo*” e, desta forma, afastar qualquer controle judicial.

Os requerentes em *Kiyemba v. Obama*, ao contrário de *Munaf v. Geren*, invocaram a aplicação do artigo 3º da Convenção Contra a Tortura atempadamente. No entanto, a Corte de Apelação, em um breve comentário, se limitou a afirmar que a norma de direito interno que transpõe a obrigação contida no artigo 3º da Convenção Contra a Tortura para a ordem jurídica

dos EUA, versa, apenas, sobre questões relativas à imigração, estando restringida àquelas situações em que o postulante esteja lidando com uma ordem final de expulsão, não se aplicando, por este motivo, aos prisioneiros de Guantánamo¹².

Em 10 de Novembro de 2009, os postulantes interpuseram um *writ of certiorari*, uma espécie de requerimento para interpor recurso, junto à Suprema Corte dos EUA. Em 22 de Março de 2010, este tribunal, contrariando a jurisprudência de excelência que vinha desenvolvendo em relação a outras questões relacionadas aos detidos em Guantánamo, se negou a conhecer do mencionado recurso.

De acordo com o direito interno dos EUA, a decisão da Suprema Corte de não apreciar um determinado recurso, não implica uma concordância com a decisão proferida em instância inferior. Mas, ao se negar a conhecer do caso *Kiyemba v. Obama*, a Suprema Corte acabou por consentir com a noção de que os tribunais federais devem condescender com toda e qualquer ordem executiva de transferência, ainda que claramente contrária a uma norma internacional.

Tal fato trouxe consequências nefastas à muitos dos indivíduos detidos em Guantánamo, algumas, inclusive, irreparáveis¹³.

¹² Em suas próprias palavras, a Corte de Apelação afirmou: “*The Congress limited judicial review under the Convention to claims raised in a challenge to a final order of removal. 8 U.S.C. § 1252(a)(4). Here the detainees are not challenging a final order of removal. As a consequence, they cannot succeed on their claims under the FARR Act, and Munaf controls*”. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009b, pp. 9-10).

¹³ A mais grave destas consequências verificou-se, talvez, no âmbito do processo *Mohammed v. Obama*, no qual, a Corte de Apelação, com base nos acórdãos proferidos em *Kiyemba v. Obama* e *Munaf v. Geren*, reverteu uma sentença proferida em primeira instância que impedia o governo americano de transferir Mohammed para a Argélia. Embora ainda tivesse pendente um *writ of certiorari* na Suprema Corte dos EUA, que ainda, sequer, havia sido apreciado, Mohammed foi enviado, no dia 06 de Janeiro de 2011, para a Argélia, país que o considera um desertor e no qual uma organização terrorista chegou a declarar a intenção de assassiná-lo (DENNISTON, 2011).

Em 02 de Dezembro de 2010, no âmbito do processo 10-751, *Khadr v. Obama*, seria dada a Suprema Corte americana uma nova oportunidade para se manifestar sobre estas questões. De fato, foi interposto, perante esse tribunal, um novo *writ of certiorari*, no qual figuravam como litisconsortes e terceiros interessados inúmeros de indivíduos que se encontram ou que estiveram detidos em Guantánamo. Estes indivíduos buscavam atacar a interpretação dada a *Munaf v. Geren*, pela Corte de Apelação, em *Kiyemba v. Obama*.

Especificamente, os postulantes pretendiam obter a manifestação da Suprema Corte sobre duas questões: a primeira consistia em saber se *Munaf v. Geren* deve ser interpretado no sentido de impor um efeito conclusivo à mera *declaração*, por parte dos órgãos executivos, de que um detento não será enviado para um Estado quando houver risco de vir a ser torturado; a segunda, relaciona-se diretamente com a afirmação feita pela Corte de Apelação em *Kiyemba v. Obama*, segundo a qual o direito interno dos EUA, ao transpor as obrigações decorrentes da Convenção Contra a Tortura, restringiu-as a matéria de imigração e que, por este motivo, as pessoas detidas em Guantánamo não podem invocar, perante os tribunais, o princípio do *non-refoulement* contido no artigo 3º daquele instrumento jurídico-internacional¹⁴.

O *writ of certiorari* apresentado à Suprema Corte americana em *Khadr v. Obama* foi negado no dia 23 de Maio de 2011¹⁵.

¹⁴ A petição contendo o *writ of certiorari* pode ser integralmente consultada em <<http://sblog.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2010/12/Khadr-petition-12-6-10.pdf>>. Acesso em 13 de Abril de 2011.

¹⁵ Uma última tentativa de fazer a Suprema Corte americana se manifestar, ao menos, sobre um eventual direito dos advogados a serem informados com antecedência das ordens executivas de transferência da custódia dos detidos para outros Estados, foi tentada no âmbito do processo 11-421, *Abdah v. Obama*, em 22 de Setembro de 2011. No entanto, em 16 de Abril de 2012, aquele tribunal optou por, mais uma vez, não se manifestar sobre a questão. É possível verificar o andamento processual de *Abdah v. Obama*, 11-421, em

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há exatos nove anos atrás, a base naval de Guantánamo vivia o momento mais sombrio de sua história. Os indivíduos que lá se encontravam, classificados, propositadamente, como ‘prisioneiros ilegais’, encontravam-se no mais profundo anonimato, alheios à qualquer preceito legal que lhes assegurassem garantias fundamentais mínimas - como a integridade física ou o direito a um advogado -, e sem acesso a qualquer tribunal, nacional ou internacional, que pudesse, ao menos, rever a legalidade de suas detenções (PIRES FERREIRA, 2009).

Esta espécie de limbo jurídico, somente pôde ser revertido através de dois acórdãos proferidos pela Suprema Corte americana, nos anos de 2004 e 2008 – *Rasul v. Bush* e *Boumediene v. Bush* -, que, em resumo, reconheceram a competência dos tribunais federais americanos para apreciar pedidos de *habeas corpus* impetrados pelos detidos.

Os recentes pleitos dirigidos aos tribunais federais dos EUA, buscando contestar judicialmente ordens executivas que transfiram a custódia dos detidos em Guantánamo para outros Estados, é consequência direta daqueles dois acórdãos proferidos anteriormente pela Suprema Corte.

Ao negar provimento aos mencionados recursos, a Suprema Corte acaba por limitar consideravelmente a relevância jurídica dos precedentes estabelecidos em *Rasul v. Bush* e *Boumediene v. Bush*, para além de silenciar sobre uma das mais importantes questões jurídicas suscitadas nos últimos anos. Mas o que é, afinal, necessário para que um indivíduo, sob custódia dos EUA, possa, com base no artigo 3º da Convenção Contra a Tortura, impugnar uma ordem executiva de transferência?

Em 2009, o jurista Jeffrey Fisher (pp. 979 - 989), defendendo o direito à impugnação, propôs um sistema simétrico, segundo o qual um pedido desta natureza deveria ser deferido sempre que o detento demonstrasse, em sede probatória, o risco de tortura. Conforme esta doutrina, quanto mais inequívoca a probabilidade de tortura, maior deverá ser o controle jurisdicional exercido sobre o ato de transferência, isto é, não basta o receio de vir a ser torturado, mas é necessário que o indivíduo demonstre quase inequivocamente que tal prática se verificará.

Embora esta proposta assegure certa proteção ao detento em vias de ser transferido e esteja, inclusive, em conformidade com o *General Comment* n° 1, do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (NAÇÕES UNIDAS, 1997), acreditamos que uma solução mais favorável é desejada. Em um momento em que o indivíduo se afirma, cada vez mais, como sujeito por excelência de Direito Internacional, e o respeito aos Direitos Humanos se consolida como o novo paradigma que rege as relações entre Estados, esse critério nos parece desadequado.

Acreditamos que o modelo ideal - embora cientes da distância que existe entre o “ideal” e a prática internacional - para a resolução da questão abordada, reside no reconhecimento de uma presunção relativa em favor do detido, sobre o qual se verifica a transferência de custódia. Ou seja, não cabe ao detido, em vias de ser transferido, demonstrar que possivelmente virá a ser torturado no país que o receba, mas, sim, ao Estado que exerce a custódia e pretende transferi-la, demonstrar, através de critérios objetivos - por exemplo, o histórico do Estado receptor no que toca o respeito pelas obrigações internacionais, se é signatário da Convenção Contra a Tortura, entre outros - que o mais provável é que o transferido não será submetido à tortura.

De fato, cabe, assim, aos EUA, uma vez que é signatário da Convenção Contra a Tortura, garantir que as transferências

sejam realizadas em conformidade e em respeito às obrigações assumidas frente à Comunidade Internacional, obrigações que estão ameaçadas diante da recusa da Suprema Corte em conhecer do recurso apresentado no processo *Khadr v. Obama*.



5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASSESE, Antonio. Terrorism is also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law. *European Journal of International Law*. Vol. 12, nº 5, 2001, pp. 993-1001.

CHESNEY, Robert M. 'Leaving Guantanamo: the law of international detainee transfers. *University of Richmond Law Review*. Vol. 40, nº 657, 2005/2006, pp. 657-752.

DENNISTON, Lyle. One significant detainee case over? *SCOTUSBlog*, 06 de Janeiro de 2011. Disponível em: <<http://www.scotusblog.com/2011/01/one-detainee-case-over/>>. Acesso em: Maio de 2011.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (2008). *Supreme Court of the United States of America. Munaf v. Geren*, 07-394. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/06-1666.pdf>>. Acesso em: Maio de 2011.

_____ (2009a). *Presidential Documents*. Executive Order 13492 of January 22, 2009. Review and Disposition of Individuals Detained at the Guantánamo Bay Naval Base and Closure of Detention Facilities. Disponível em: <<http://edocket.access.gpo.gov/2009/pdf/E9-1893.pdf>>. Acesso em: Maio de 2011.

_____ (2009b). *Court of Appeals for the District*

- of Columbia Circuit. Kiyemba v. Obama*, 05-5489. Disponível em: <<http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2009/04/kiyemba-ii-4-7-09.pdf>>. Acesso em: Maio de 2011.
- FISHER, Jeffrey H. Detainee Transfers After Munaf: Executive Deference and the Convention Against Torture. *Georgia Law Review*. Vol. 43, nº 953, 2008-2009, pp. 954-991.
- NAÇÕES UNIDAS (1984). *Convenção Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes*. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dhaj-conv-contra-tortura.html>>. Acesso em: Maio de 2011.
- _____ (1997). *Office of the High Commissioner for Human Rights. General Comment nº 01: Implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22*. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/13719f169a8a4ff78025672b0050eba1?Opendocument>>. Acesso em: Maio de 2011.
- PAGÁN, Adrian S. El Status de los Detenidos en La Base de Guantánamo, Cuba. *Revista Jurídica de La Universidad Interamericana de Puerto Rico*. Vol. 37, Set-Dez, 2002, pp. 85-107.
- PIRES FERREIRA, Vladimir. O Estatuto Jurídico dos Detidos em Guantánamo. *Relatório apresentado na disciplina 'A Proteção Jurídico-Internacional às Pessoas Privadas de Liberdade'*. Disponível para consulta na biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2009.
- STEYN, Johan. Guantanamo Bay: The Legal Black Hole. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, Janeiro de 2004, pp. 1-15.