

Instituto Brasiliense de Direito Público



MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

CONSTITUIÇÃO E SOCIEDADE

**O DIREITO CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANO EM TEMPOS
DE GUERRA E TERRORISMO: INSUMO CONCEITUAL PARA O
ESTUDO DO ESTADO DE EXCEÇÃO**

DANIEL IVO ODON

Brasília, Janeiro de 2009

DANIEL IVO ODON

**O DIREITO CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANO EM TEMPOS
DE GUERRA E TERRORISMO: INSUMO CONCEITUAL PARA O
ESTUDO DO ESTADO DE EXCEÇÃO**

Dissertação de Mestrado em Direito

Para a obtenção do título de Mestre em Direito

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Direito Constitucional

Constituição e Sociedade

Orientadora: Heloísa Estellita

Co-orientador: Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

Brasília-DF

2009

DANIEL IVO ODON

O DIREITO CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANO EM TEMPOS DE
GUERRA E TERRORISMO: INSUMO CONCEITUAL PARA O ESTUDO
DO ESTADO DE EXCEÇÃO

Dissertação defendida e aprovada em 29/01/2009

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

Prof. Paulo Gustavo Gonet Branco

Profa. Heolisa Estellita

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP

2009

“Se os homens fossem anjos, não seria necessário existir governos. Se os homens fossem governados por anjos, não seria necessário existir sistemas internos e externos de controle do governo. Para formatar um governo no qual caberá a homens administrar outros homens, as grandes dificuldades serão: em primeiro lugar, capacitar o governo para controlar os governados; e em seguida o desafio será obrigá-lo a se autocontrolar”
MADISON, James. “The Federalist 51”. The Federalist Papers (New York: Random House, 1937), p. 337.

RESUMO

O presente trabalho propõe uma análise conceitual das teorias de estado de exceção tomando como norte o comportamento político-jurídico adotado pelos Estados Unidos em situações diversas de crises pelas quais passou no decorrer da sua história. Parte-se dos fundamentos estruturantes do *common law* e segue em direção à trajetória evolutiva daquela sociedade representada no cotejo entre as medidas governamentais para o restabelecimento da normalidade e os precedentes judiciais da Suprema Corte, até chegarmos aos dias atuais, onde impera o constante temor de novos ataques terroristas.

ABSTRACT

This work suggests a conceptual analysis about time of emergency's theories, starting with the political and law spectrums adopted by the United States in some crises situations that came out through the American history. It initiates on the common law structures and moves through the path of society evolution reproduced on the balance of executive measures to reestablish the order and the Supreme Court precedents, until nowadays, when the fear of new attacks empires.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	01
2. O DIREITO CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANO	03
2.1 O <i>Common Law</i>	03
2.2 A Constituição dos Estados Unidos	07
2.3 A Suprema Corte	11
2.4 Interpretação Constitucional	15
3. A JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA NO ESTADO DE EXCEÇÃO	17
3.1 Considerações Iniciais	17
3.2 Caso <i>Ex Parte Milligan</i>	18
3.3 A Situação da Segunda Guerra Mundial	20
3.4 A Situação a partir de 11 de Setembro de 2001	24
3.4.1 <i>Hamdi et al v. Rumsfeld, Secretary of Defense</i>	28
3.4.2 <i>Hamdan v. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al</i>	31
3.4.3 <i>Boumediene et al v. Bush, President of USA</i>	40
3.4.4 <i>District of Columbia et al v. Heller</i>	50
3.5 Observações Finais	61
4. CARACTERÍSTICAS E NATUREZA DO ESTADO DE EXCEÇÃO	62
4.1 Considerações Iniciais	62
4.2 Conceito de Carl Schmitt	64
4.3 Conceito de Giorgio Agamben	70

5. CONCLUSÃO 76

BIBLIOGRAFIA 82

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca mostrar a relação paradoxal existente nos Estados Unidos, uma das sociedades mais liberais do mundo, em época de crise. Nestas situações, o Estado e o Direito entram em franca oposição, entoando um processo histórico-civilizatório marcado pela guerra e pelo temor.

O ponto de partida do trabalho consistirá num apanhado breve acerca do sistema jurídico norte-americano, comentando-se da tradição do *common law* e do seu desenvolvimento no transcurso do tempo, ensejando-lhe as duas acepções que modelaram de forma bastante peculiar a normatização dos Estados Unidos: a *equity law* e o *statute law*. Estas tendências permitiram, então, um ordenamento regido pela primeira Constituição escrita do planeta, que vige até hoje.

Em que pese o retrato de uma organização constitucional piramidal, tradicional aos sistemas romano-germânicos (*civil law*), a jurisprudência continua sendo a principal fonte de direito, operando por meio da regra do *stare decisis*. Para tanto, como forma de conciliação entre um texto velho e as novas situações, incumbe à corte constitucional daquele país, a Suprema Corte, desenvolver um trabalho hermenêutico de interpretação constitucional que mantenha a elasticidade e ductilidade da norma, traduzindo suas realidades jurídicas sucessivas ao longo do tempo e a marcha da civilização.

Destarte, a Suprema Corte diz o direito nos Estados Unidos (*judge made law*), funciona como intérprete esclarecido entre as situações da vida e a norma posta. Neste contexto, tem elaborado vasto conteúdo decisório em casos emergentes de crises, reproduzindo precedentes judiciais relevantes no curso da história norte-americana, precipuamente quanto a valoração dos direitos individuais a serem preservados durante a situação de emergência – o estado de exceção.

Neste diapasão, o caso *Ex Parte Milligan*, ocorrido no bojo da Guerra Civil, por volta de 1865, constitui o ponto de partida jurisprudencial deste trabalho. Este *case* foi emblemático porque traça os primeiros apontamentos acerca dos direitos fundamentais do indivíduo (assegurados no *Bill of Rights*) em situações de guerra, considerando como mínimo irreduzível o direito de se confrontar a própria privação da liberdade – por meio do *habeas corpus* – e seu exame permeado por um devido processo legal (*due process of law*) perante uma corte imparcial, prévia e naturalmente constituída.

Apesar da regência da regra dos precedentes, este norte jurisprudencial foi atropelado quando da Segunda Guerra Mundial. Após o ataque japonês à Pearl Harbor, o governo dos Estados Unidos começou uma política de segurança que, dentre outras coisas, compreendia a perseguição de japoneses e descendentes de japoneses dentro do território americano, realocando-os em campos de concentração.

A história dos Estados Unidos confere, quase um século depois, a oportunidade de se reproduzir o precedente estabelecido no caso *Ex Parte Milligan*. No entanto, o caminho trilhado foi bem diferente, denotando um estado de emergência supressor de qualquer direito individual atribuível ao grupo social ora perseguido (japoneses e seus descendentes) que, meio século depois, repete-se novamente diante dos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001.

Este trágico evento tem desencadeado, de maneira reacionária e atemorizada, um Estado mirado numa política de segurança – mais uma vez – supressor de qualquer direito conferível ao grupo social tido como inimigo, árabes e muçulmanos. Desta vez, contudo, a Suprema Corte tem buscado preservar o equilíbrio na separação dos poderes e uma pauta mínima de direitos individuais que, agora, são focados como direitos humanos tutelados pela comunidade internacional, inserindo ponderações até então inéditas no palco da jurisprudência da corte constitucional.

Ocorre que a atual guerra que os Estados Unidos invocaram não possui tempo nem espaço definido e se mostra, a cada dia, mais descentralizada e globalizada. Então, este cenário de anormalidade vem se consolidando num estado de exceção permanente. Diante da ameaça de dissolução das estruturas públicas, o Poder Executivo, capitaneado pelo Presidente Bush – *commander in chief* –, tem readaptado a teoria de Carl Schmitt sobre estado

de exceção, em que o soberano decide sobre os meios necessários ao restabelecimento da normalidade.

Diferentemente, a Suprema Corte, em contraposição, vem sopesando valores jurídicos que enaltecem, um mínimo que seja, o Estado de Direito em momentos de crise. À luz da conceituação de estado de exceção trazida por Giorgio Agamben, busca firmar uma anormalidade que, embora mitigadora de direitos individuais, preserva um mínimo irreduzível que mantém o compromisso constitucional realizado no processo civilizatório da sociedade estadunidense, não permitindo seu desdobramento para o caos ou anarquia.

O norte metodológico eleito, portanto, compreende uma análise histórico-científica da trajetória social dos Estados Unidos na construção do Direito. Com espeque na regra dos precedentes (*stare decisis*), far-se-á um retrospecto jurisprudencial acompanhado de comentários e apreciações jurídicas colhidas, em grande parte, da doutrina norte-americana. Já nos recentes julgados proferidos depois do evento de 11 de setembro de 2001, o exame apresentar-se-á de forma mais detida, buscando mostrar o empenho da Suprema Corte em definir os direitos fundamentais a ser protegido e preservado em situações de emergência.

Esta constante tensão entre Estado e Direito, balizada pelo apreço doutrinário-científico de Carl Schmitt e Giorgio Agamben, constitui a temática do presente trabalho. Sem pretensão de se trazer uma solução à instabilidade político-jurídica que se apresenta nos Estados Unidos, primou-se por buscar elementos fáticos atuais que servem de insumo conceitual para o estudo do estado de exceção na era moderna.

2. O DIREITO CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANO

2.1 O *Common law*

O direito norte-americano advém do sistema *common law* inglês, pois, até a proclamação de sua independência, era o modelo que vigorava em seu território. Este sistema jurídico possui raízes profundamente pragmáticas e despregadas de qualquer compromisso com modelos abstratos, além de sofrer forte influência do método indutivo. No direito norte-americano, este sistema segue duas acepções: *equity law* e *statute law*¹.

A *equity* compreende uma versão mais branda do *common law* no tocante às suas exigências técnicas e formais, concentrando-se mais precisamente no valor justiça. Procura, portanto, legitimar as decisões dos julgadores baseadas na equidade, como forma de flexibilização da rigidez do sistema².

O alicerce valorativo do *equity* constituía a moral e a justiça que, na época, buscava substância principiológica nos direitos romano e canônico. Embora tenha firmado nova pauta valorativa, o sistema de *common law* permaneceu com o compromisso de se ater aos precedentes judiciais já estabelecidos (*stare decisis*), tendo em vista que, diante da inexistência de um corpo de direito substancial, a jurisprudência foi a principal fonte irradiadora de normas e os juízes obrigavam-se a respeitar as normas firmadas nos precedentes das cortes superiores³.

¹ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: Introdução ao Direito dos EUA**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 31/37.

² JUENGER, Friedrich K. **Dos Culturas Jurídicas**. In SMITH, James Frank (coord.). **Derecho Constitucional Comparado México-Estados Unidos – Tomo I**. 1ª edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1990, p. 19.

³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 18/20.

A acepção do *statute law*, por seu turno, compreende o direito resultante dos atos normativos editados, tais como os tratados internacionais, constituição e leis. Neste sentido, representa forte influência do sistema *civil law*, pois passa a conceber no *common law* norte-americano a primazia de uma constituição escrita e que se encaixa numa organização jurídica piramidal⁴.

Não obstante, a lei permanece exercendo papel secundário, o que o coloca em posição diametralmente oposta ao sistema romano-germânico. Continua prevalecendo, por conseguinte, a teoria de que o juiz verdadeiramente cria o direito, evidenciando o ponto fulcral do sistema: a regra do precedente, também chamada de *stare decisis*.

O funcionamento do *stare decisis* ocorre da seguinte maneira: quando um ponto de direito é fixado pelo tribunal em um caso concreto, ele se converte, de imediato, em uma norma que deve ser acatada obrigatoriamente em demandas semelhantes, tanto pelas cortes inferiores como pelo próprio órgão proclamador, ressalvados os casos de revogação. Quando há uma nova lide, o juiz deve, prefacialmente, identificar os fatos relevantes e a questão legal a ser enfrentada para, após, buscar um precedente que cuide do mesmo problema jurídico e no qual se constate, ainda, que o debate se fundou em situação fática análoga, para somente então reproduzir a conclusão do julgado antecedente.

A operação com precedentes configura mecanismo culturalmente enraizado na sociedade estadunidense, afinal, cada povo revela, em sua disciplina social e jurídica, o reflexo de seu modo peculiar de vida, isto é, revela os atributos característicos que lhe pertencem. Este modo peculiar de vida, estes atributos, formam, em sentido sociológico, os costumes, dos quais a jurisprudência, nos Estados Unidos, extrai as normas aplicáveis à solução dos conflitos⁵, pois emerge de um processo civilizatório balizado por um senso comum de justiça como igualdade, como repetição, sendo, por isso, compreendida a partir de casos retirados do dia-a-dia, de onde se apura um critério-regra passível de generalização e de aplicação a novas situações.

⁴ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: Introdução ao Direito dos EUA**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 37/39.

⁵ RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 133. No mesmo sentido, CAMAZANO, Joaquín Brage. **Algunos Aspectos de Teoría General Constitucional sobre los Derechos Fundamentales en los EEUU**. Revista de Estudios Políticos, núm. 123, enero-marzo 2004, Madrid, Espanha: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 272.

Logo, há uma compatibilização sistêmica entre a criação do direito pelos tribunais e os valores da segurança jurídica, isonomia, eficiência e legitimidade (que mais tarde, com o surgimento da Constituição, tornam-se valores constitucionais). Esta política exige das cortes superiores o estabelecimento de precedentes a serem seguidos pelos tribunais que lhes são hierarquicamente inferiores, além da força vinculatória dos órgãos do Estado e do legislador⁶.

A regra do *stare decisis*, ao obrigar a observação das decisões anteriores, garante a previsibilidade do direito, sua estabilidade e continuidade, tendo em vista que a solução aplicada a uma causa determinará o desfecho das demandas congêneres. Outrossim, preserva o tratamento isonômico entre os jurisdicionados, pois exige dos juízes que, a cada litígio analisado, reflitam não apenas quanto a resposta a ser dada ao caso *sub examen*, mas sim a todos os demais conflitos que guardarem semelhança. O fundamento jurídico a ser adotado, por consequência, surge com pretensão de universalidade.

Por esta razão, é correto afirmar que o *stare decisis* é a concreção do princípio da objetividade, por meio do qual os tribunais se obrigam a motivar suas decisões a partir de argumentos universais passíveis de aplicação a todos aqueles que se encontram em situação de similitude com o caso concreto. Os tribunais conscientizam-se da responsabilidade que é escolher determinada solução para determinado caso, pois aquele entendimento terá que ser reproduzido nas subseqüentes situações análogas.

Pode-se concluir, assim, que os precedentes normativos limitam o poder e a discricção dos magistrados, jungindo-os às decisões proferidas. Acrescenta-se, também, que o respeito aos julgados emanados incrementa a eficiência do sistema nos seguintes aspectos: (i) provoca economia de tempo e de recursos na medida em que evita novas considerações sobre as matérias já pacificadas; (ii) diminui os riscos de erro judicial; (iii) impede a produção de

⁶ MIGUEL, Alfonso Ruiz. **Modelo Americano y Modelo Europeo de Justicia Constitucional**. Revista Doxa – Cuadernos de Filosofía Del Derecho, nº 23, 2000, Alicante, Espanha: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de La Universidad de Alicante, 2000, pp. 149/150.

decisões conflitantes; (iv) torna mais claro e acessível o direito; (v) desestimula o ingresso de demandas aventureiras; e (vi) promove a redução de litígios⁷.

2.2 A Constituição dos Estados Unidos

A idéia de codificação do direito é bastante antiga e surgiu dos países pertencentes ao sistema da *civil law*. Pretendiam reduzir todo seu corpo jurídico a uma compilação de textos autorizada, reproduzindo uma unidade jurídica símbolo de identidade política, confirmando o monopólio legislativo do Estado. Ao mesmo tempo, a codificação representaria a ilustração do racionalismo e a capacidade do legislador de projetar soluções a futuras controvérsias⁸.

Este movimento teve grande êxito nos países de tradição romanística. Nos países do *common law*, diferentemente, o êxito foi parcial, pois suas raízes históricas eram tão profundas que a idéia da codificação implicaria, inevitavelmente, na ruptura desta relação. O êxito parcial decorre, portanto, do direito norte-americano, mormente quanto sua acepção do *statute law* que foi sistematizado e contextualizado nos Estados Unidos, embora não tenha ocorrido no mesmo nível dos países da *civil law* (a jurisprudência permaneceu sendo a principal fonte do direito).

Inicialmente, os Estados Unidos não passavam de colônias da Inglaterra e, por esta razão, seguiam seu direito e suas normas. Todavia, com o passar do tempo e com a produção de jurisprudência própria, os Estados Unidos livremente modificaram as normas do *common law* e adotaram sua sistemática própria, tornando-as mais fluidas, maleáveis e

⁷ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 69/71.

⁸ JUENGER, Friedrich K. **Dos Culturas Jurídicas**. In SMITH, James Frank (coord.). **Derecho Constitucional Comparado México-Estados Unidos – Tomo I**. 1ª edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1990, pp. 20/21.

abertas. Destarte, o papel da codificação foi desempenhado de forma muito mais importante nos Estados Unidos do que na Inglaterra⁹.

Quando da concepção da Declaração da Independência, em 1776, o povo norte-americano se inseria num processo de libertação do governo da Grã Bretanha e, como reflexo disso, criou sua própria regulamentação, os Artigos Confederados de 1777, que, doravante, funcionaram como instrumento normativo de regulação das relações entre os treze Estados confederados.

No entanto, a história demonstra que os Artigos da Confederação falharam no seu papel de harmonizar as relações entre os Estados. Ao surgir como reação açodada ao regramento arbitrário de um governo, acabou por dividir demais os poderes entre os treze Estados, enfraquecendo sua regência diante dos diversos conflitos locais e regionais. Desta forma, os líderes dos Estados confederados acharam por bem reunirem-se para rediscutir aquele estatuto.

Foi, então, em 14 de maio de 1787, num encontro sediado na Filadélfia, inicialmente concebido para revisar os Artigos da Confederação, que surgiu a idéia de se criar uma Carta Magna, promulgada pelo próprio povo norte-americano. Naquela ocasião, portanto, foi formatada por proeminentes estadistas¹⁰ uma proposta de texto normativo que, se aprovada em convenções eleitorais de pelo menos nove dos Estados confederados, viria a ser a Constituição dos Estados Unidos. A partir daí, um movimento eleitoral ganhou corpo nos treze Estados e, somente em 21 de junho de 1788, o *quorum* mínimo estabelecido (ratificação de nove Estados) foi alcançado, fazendo nascer a tão almejada Constituição dos Estados Unidos¹¹.

Esta delonga de pouco mais de um ano de tramitação do processo eleitoral de ratificação do texto magno se deveu, precipuamente, à ausência de uma pauta normativa de

⁹ JUENGER, Friedrich K. **Dos Culturas Jurídicas**. In SMITH, James Frank (coord.). **Derecho Constitucional Comparado México-Estados Unidos – Tomo I**. 1ª edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1990, pp. 25/26.

¹⁰ Dentre eles, destacamos James Madison (o mesmo do memorável caso *Marbury vs. Madison*), George Washington, William Jackson, Benjamin Franklin, James Wilson e Alexander Hamilton.

¹¹ AMAR, Akhil Reed. **America's Constitution: a biography**. New York: Random House Trade Paperbacks, 2005, pp. 05/06 e 285/286.

direitos individuais na pretensa Constituição. Seu texto trazia somente, segundo categorização engendrada por José Afonso da Silva¹², normas orgânicas (regulam a estrutura do Estado e do Poder), de aplicabilidade (estatuem regras formais de aplicação da Constituição) e de estabilização constitucional (asseguram soluções aos conflitos constitucionais e à defesa da Constituição); e nada de consubstanciar normas limitativas, isto é, de elencar qualquer direito democrático e individual aos cidadãos, direitos e garantias estas limitativas dos poderes estatais. Isto fomentou, na época, grande receio, pois temiam os norte-americanos uma possível subjugação ao poder central.

Esta consternação, *per si*, quase fulminou o nascedouro da Federação nos Estados de Massachusetts, South Carolina, Virginia e New York que, ao final, só ratificaram a Carta Magna porque os federalistas se comprometeram a elaborar uma pasta de direitos individuais a ser acrescida brevemente ao texto constitucional¹³. Ato contínuo, isso só veio a se materializar em 15 de dezembro de 1791, ocasião em que a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) é ratificada, compondo-se de dez emendas que, nesse momento, passavam a aderir o texto constitucional.

O período de transição dos diplomas normativos é bem definido por Laurence Tribe e Michael Dorf¹⁴ ao asseverarem que a Declaração de Independência representou a proclamação de treze Estados soberanos em momento de crise; foi um grito de esperança e otimismo justificadores da revolução. A Constituição, por sua vez, não se trata de uma justificativa em tempos de distúrbio social, mas, conforme anunciado no seu preâmbulo, um instrumento de proclamação:

“Nós, o povo dos Estados Unidos (...) a fim de formar uma União mais perfeita, estabelecer a justiça, assegurar a tranqüilidade interna, prover a defesa comum, promover o bem-estar geral, e garantir para nós e para os nossos descendentes os benefícios da liberdade”.

¹² SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 179/184.

¹³ WILENTZ, Sean. **The Rise of American Democracy**. New York: W.W. Norton & Company, 2005, pp. 34/35. No mesmo sentido, IRONS, Peter. **A People's History of the Supreme Court: the men and women whose cases and decisions have shaped our Constitution**. New York: Penguin Group, 2006, pp. 49/58 e 62/68.

¹⁴ TRIBE, Laurence; e DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional**. Trad. Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 04.

Desta feita, o valor normativo supremo da Constituição não surge, de pronto, como uma verdade auto-evidente, mas é resultado de reflexões propiciadas pelo desenvolvimento da história e pela busca de meios mais eficientes de controle do poder, em prol dos valores básicos da convivência social e política que inspiram os textos constitucionais¹⁵. Assim, para se perscrutar a vocação ideológica criada por uma Constituição, torna-se impreterível o resgate de suas fases históricas¹⁶, afinal, segundo corrobora Mary Sarah Bilder, a busca da *ratio* do texto constitucional não se perfaz sem a compreensão histórica da sua redação, contextualização e estrutura¹⁷.

Para os norte-americanos, então, a Constituição é o que permite que cada um aja por sua conta e que possa usufruir sua liberdade¹⁸. Desde o início do século XIX é reconhecido o valor normativo da Constituição como documento máximo da ordem jurídica, tornando-a um instrumento de supremacia sobre as leis e de submissão dos poderes a limites. Esta ideologia construiu condições necessárias para que se admitisse aos juízes a função de controlar a legitimidade constitucional das leis que, por meio da doutrina do *judicial review*, soluciona lides ao tempo em que declara inaplicáveis normas contraditórias com a Lei Maior¹⁹.

A Constituição dos Estados Unidos, pilar de sustentação da ordem jurídica daquele país, incumbiu à Suprema Corte o papel de corte constitucional, a quem compete estabelecer o modelo de regras e princípios reitores das relações sociais²⁰. Neste contexto, a jurisprudência desempenha um papel central (próprio da *common law*), tendo em vista que, ao

¹⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Vale Quanto Pode: A Força Jurídica da Constituição como Pressuposto Elementar do Constitucionalismo Atual**. Revista Direito Público – Vol. 04, nº 14, Out-Nov-Dez de 2006. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2006, p. 35.

¹⁶ BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional, Vol. I: Fundamentos Teóricos**. 1ª edição. São Paulo: Manole, 2005, p. 10.

¹⁷ BILDER, Mary Sarah. **The Corporate Origins of Judicial Review**. The Yale Law Journal 116:502, 2006, p. 565.

¹⁸ GARAPON, Antoine e PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada**. Trad. Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 13.

¹⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Vale Quanto Pode: A Força Jurídica da Constituição como Pressuposto Elementar do Constitucionalismo Atual**. Revista Direito Público – Vol. 04, nº 14, Out-Nov-Dez de 2006. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2006, pp. 30/31.

²⁰ REGLA, Josep Aguiló. **Sobre La Constitución Del Estado Constitucional**. Revista Doxa – Cuadernos de Filosofía Del Derecho, nº 24, 2001, Alicante, Espanha: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de La Universidad de Alicante, 2001, pp. 429/430.

se julgar um caso concreto, estará o juiz declarando o direito comum, e este entendimento gera uma força obrigatória de reprodução nos sucessivos casos análogos (regra de precedentes – *stare decisis*). Diferentemente do sistema brasileiro (*civil law*), a jurisprudência norte-americana se revela em direito normativo, sendo, portanto, o principal elemento irradiador de normas, cujos efeitos são vinculantes e gerais.

Desta forma, os Estados Unidos mantiveram expressamente a sistemática do *common law* em vigor, enquanto não contrariasse a Constituição (que é para o povo americano o supremo direito da terra – *the Law of the Land*²¹) ou as leis norte-americanas, conferindo a cada Estado membro a competência de declará-lo por via judicial ou legislativa.

2.3 A Suprema Corte

A Suprema Corte norte-americana é composta de nove ministros (*Justices* John Paul Stevens, David H. Souter, Ruth Bader Ginsburg, Stephen G. Breyer, Anthony M. Kennedy, Antonin Scalia, Samuel A. Alito Junior, Thomas Clarence e, na presidência – *Chief Justice*, John G. Roberts Junior) e possui, atualmente, uma composição predominantemente conservadora, na linha dos republicanos. Esta informação assume relevo porque as decisões emanadas pela alta Corte trazem consigo, muitas das vezes, um cunho político, em sintonia com as tendências do *american way of life*²².

Segundo Carl Schwarz, essas variações da *ratio decidendi* das decisões judiciais balizadas pelos fatores pessoais e políticos compreendem um comportamento natural no tocante às perspectivas da ciência social²³. Na mesma trilha, Laurence Tribe e Michael

²¹ AMAR, Akhil Reed. **America's Constitution: a biography**. New York: Random House Trade Paperbacks, 2005, pp. 285/286; BILDER, Mary Sarah. **The Corporate Origins of Judicial Review**. The Yale Law Journal 116:502, 2006, pp. 556/557; IRONS, Peter. **A People's History of the Supreme Court: the men and women whose cases and decisions have shaped our Constitution**. New York: Penguin Group, 2006, pp. 36/47; e WILENTZ, Sean. **The Rise of American Democracy**. New York: W.W. Norton & Company, 2005, pp. 31/35

²² GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. Barueri: Manole, 2004, pp. 07 e 12.

²³ SCHWARZ, Carl E. **El Papel Del Precedente como Factor Institucional en La Toma de Decisión Judicial: Los Estados Unidos y México**. In SMITH, James Frank (coord.). **Derecho Constitucional**

Dorf, ao avaliarem a jurisprudência estadunidense contemporânea, concluem que não há diferença entre o direito e a política²⁴. Neste sentir, é da índole ideológica dos republicanos o apoio na luta contra o terrorismo internacional e a otimização da chamada segurança doméstica²⁵.

O controle judicial (*judicial review*) exercido nos casos apreciados pela corte constitucional é exercido de forma difusa e, como tal, seu efeito decisório – pelos menos em princípio – alcança tão-somente as partes. Ademais, uma lei julgada inconstitucional pela Suprema Corte não é *ipso facto* anulada, mas somente declarada inaplicável.

Por outro lado, o Judiciário norte-americano vincula-se pelas decisões precedentes, ou seja, os casos similares deverão ser julgados da mesma maneira. Existe um poder de injunção que permite a Corte emitir ordens a funcionários que cumpram determinado ato acerca de uma lei considerada inconstitucional. Logo, em que pese a lei inconstitucional permanecer vigente, tudo se passa como se anulada fosse²⁶.

Na cultura jurídica estadunidense, a Suprema Corte se traduz num órgão do governo responsável pelas questões de Direito, onde se manuseia o poder público de dispor acerca de controvérsias de casos concretos²⁷. Assim, é costumeiro que as decisões da Corte em casos particulares sejam imediatamente generalizadas. Com isso, pode intervir e formular as regras que regerão a vida do país nos domínios mais importantes, transparecendo seu papel ativista, isto é, de arquitetura social.

Interessante que este fenômeno do ativismo judicial, semelhante ao que vem se desvendando no Supremo Tribunal Federal do Brasil, é denominado, pelos juristas franceses de direito comparado, de “*governo de juízes*”. Isto porque verificam uma gama de

Comparado México-Estados Unidos – Tomo I. 1ª edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1990, pp. 539/540.

²⁴ TRIBE, Laurence; e DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional.** Trad. Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 87.

²⁵ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Globalização, Neoliberalismo e Direito no Brasil.** Londrina: Humanidades, 2004, pp.21/22.

²⁶ HAMON, Francis, TROPER, Michel e BURDEAU, Georges. **Direito Constitucional.** Trad. Carlos Souza. 27ª edição. Barueri: Manole, 2005, p. 267.

²⁷ BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics.** 2ª edição. New Haven: Yale University, 1986, p. 247.

poderes conferidos aos juízes (poderes de governo e de participação no cenário político) que, sob a ótica europeia, transbordam do simples exercício de uma competência jurisdicional²⁸.

Não obstante, a regra do precedente judiciário (*stare decisis*), segundo a Suprema Corte²⁹, promove o desenvolvimento equânime, previsível e consistente dos princípios jurídicos, favorece a confiança legítima na justiça e contribui para a integridade, real e aparente, do processo judiciário. Isto, contudo, não torna absoluta a perpetuidade das decisões, ainda mais em se tratando de matéria constitucional. Daí a importância das opiniões dissidentes.

No modelo jurídico norte-americano (*common law*), aliás, a opinião dissidente faz parte da própria função jurisdicional daquele país. A partir do momento em que surge uma dissidência bem fundamentada contestando a *ratio* de certa decisão judicial, “o edifício clássico do julgamento fica abalado”, pois esta opinião dissidente é como “*um animal selvagem que marca seu território à espera de uma fraqueza de seu adversário*”³⁰.

O Direito, enquanto ciência do espírito, naturalmente traz esse dinamismo interpretativo. Toda norma deve acompanhar as realidades jurídicas sucessivas; os fatos externos à vida dos enunciados devem funcionar como fatores de atualização, regenerando constantemente sua força normativa. O processo dialético da compreensão, portanto, é infinito. Uma interpretação que até então parecia adequada, mais adiante pode vir a mostrar-se incorreta. Por esta razão, que não se excluem as interpretações momentaneamente dissidentes, pois, futuramente, podem vir a ser compreendidas como mais adequadas, sem que com isso se repute erradas as produzidas anteriormente. Trata-se, tão-somente, de uma mudança de valoração na consciência jurídica.

²⁸ GARAPON, Antoine e PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgado nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e *common law* em uma perspectiva comparada**. Trad. Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 180; HAMON, Francis, TROPER, Michel e BURDEAU, Georges. **Direito Constitucional**. Trad. Carlos Souza. 27ª edição. Barueri: Manole, 2005, pp. 269/270.

²⁹ Decisão *Payne v. Tennessee* de 1991.

³⁰ GARAPON, Antoine e PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgado nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e *common law* em uma perspectiva comparada**. Trad. Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 179.

Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco, na mesma senda, perlustram que este fenômeno de viragem de jurisprudência jamais pode ser considerado como correção de um erro teórico precedente. Faz parte da sociologia jurídica as transformações fático-axiológicas das quais decorrem sempre renovadas adaptações normativas. As exigências sociais são imediatamente absorvidas e racionalizadas pelo aplicador do direito, sob a forma de mutações normativas (ou novas leituras) dos mesmos enunciados normativos, leituras tão inovadoras que criam novos modelos jurídicos, embora mantenham inalterada sua roupagem verbal³¹.

Há de se ter em mente, também, que a valoração da Suprema Corte dos Estados Unidos sofre forte influência dos perfis de seus membros, conforme salientado por Barbara Perry³² e Christopher Smith³³. Assim, torna-se plausível uma opinião dissidente atual transformar-se, num segundo momento, em maioria, ainda mais num caso extremamente conflitante como alguns apresentados a seguir, onde o consenso predominante se caracterizou pela votação apertada de 5 contra 4.

Cass Sunstein, oportunamente, preconiza que organizações e nações prosperam quando recebem positivamente as questões dissidentes e promovem sua abertura³⁴. Isto, portanto, é uma prática social bem enraizada na cultura judiciária estadunidense, o que ajuda a compreender a mensagem consignada pelo juiz Harry Blackmun, no caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, de 1992, em que a decisão majoritária também se deu por uma margem acirrada de 5 a 4: “*a distância entre as duas abordagens é breve, de apenas um voto. Tenho 83 anos. Não posso continuar eternamente nesta Corte e, quando eu partir, o processo de nomeação e de confirmação de meu sucessor poderá se concentrar na questão que está hoje diante de nós. Lamento dizer que isso poderia ser a escolha entre dois mundos*”.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 50/51; e COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 19/21.

³² PERRY, Barbara A. **The Supremes: Essays on the Current Justices of the Supreme Court of the United States**. New York: Peter Lang, 2001, pp. 01/08.

³³ SMITH, Christopher E. **Justice Antonin Scalia and the Supreme Court's Conservative Moment**. Westport: Praeger, 1993, pp. 01/24.

³⁴ SUNSTEIN, Cass R. **Why Societies Need Dissent**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2005, pp. 210/211.

2.4 Interpretação Constitucional

Os Estados Unidos possuem um sistema constitucional que data de 1788 e que sobrevive até os dias atuais. Como disse Oscar Martí, que uma Constituição dure muito tempo é surpreendente, mas, no caso norte-americano, causa estarrecimento que a primeira constituição escrita do planeta sustente, até hoje, uma grande nação, com uma admirável política interna e externa³⁵.

Para se manter essa harmonia entre o velho e o novo, imperioso confluir o passado e sua tradição à situação concreta presente e sua prossecução, afinal, sua significação não é dada de antemão, mas depende do contexto social e político no qual é aplicada. Por essa razão, a Suprema Corte exerce uma notoriedade social relevante, pois funciona como órgão de aperfeiçoamento, como mediador esclarecido entre a letra da norma e a vida real, valendo-se do manejo diuturno da interpretação constitucional por meio das ferramentas hermenêuticas disponíveis. A força do precedente jurisprudencial é que formata o entendimento constitucional norte-americano, balizados pelas influências mútuas do direito e da política.

A interpretação, a propósito, é o instrumento hermenêutico que atualiza o texto constitucional, libertando-o do seu anacronismo e possibilitando ao juiz a criação do direito, notadamente no sistema da *common law*³⁶. Consoante enfatiza Inocêncio Coelho, a aplicação de toda norma jurídica tem em mira resolver problemas atuais, segundo critérios de valor que vigoram no presente e por decisão de quem dispõe de legitimidade para criar modelos jurídicos³⁷, no caso, a Suprema Corte.

Toda a interpretação é produto de uma época, assim como toda norma é produto de um dado momento histórico³⁸. Neste ponto, acrescenta Konrad Hesse que a

³⁵ MARTÍ, Oscar R. **Fuentes de La Constitución de los Estados Unidos**. In SMITH, James Frank (coord.). **Derecho Constitucional Comparado México-Estados Unidos – Tomo I**. 1ª edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1990, p. 87.

³⁶ PERPÉTUO, José de Aquino. **O Juiz, Criador do Direito**. Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal – nº 5, 1999. Brasília: AMAGIS, 1999, p. 129.

³⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 31.

³⁸ BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional, Vol. I: Fundamentos Teóricos**. 1ª edição. São Paulo: Manole, 2005, p. 154.

mudança na realidade fática pode, ou deve, mudar a interpretação da Constituição³⁹, viabilizando sua interminável evolução, revelada na marcha do processo civilizatório, na qual a concretização dos modelos normativos acabam por ampliá-los e enriquecê-los, sempre deixando espaço para novas possibilidades de utilização.

Ademais, vale destacar que a interpretação constitucional é ferramenta peculiar ao Direito como um todo. Como dizia Miguel Reale, não há direito sem interpretação; não há norma sem que haja interpretação. Ao pretender determinar o alcance da prescritividade valorativa da norma, o intérprete realiza um procedimento retrospectivo, isto é, percorre o caminho do legislador, cotejando os fatos e valores que condicionaram o aparecimento do enunciado normativo com os fatos e valores supervenientes⁴⁰.

Na mesma trilha, Karl Larenz professa que as palavras da lei devem revelar o direito àqueles a quem se dirigem no presente. Impõe-se concluir que, embora o legislador histórico as tenha usado a partir do contexto lingüístico do tempo em que as editou, o seu sentido literal só poderá ser determinado segundo a compreensão lingüística das pessoas a quem elas falam agora e não daquelas a quem falaram no passado⁴¹. Por conseguinte, a interpretação constitucional é em parte retrospectiva e em parte prospectiva; retrospectivo de fontes e prospectivo de modelos.

Dito tudo isso, temos que o plano interpretativo do direito constitucional norte-americano, por sua vez, desdobra-se nos debates entre juízes da Suprema Corte e que o sentido histórico representa, indubitavelmente, forte ferramenta de interpretação. O texto constitucional – repita-se – passa de dois séculos e os termos ali constantes passam por um mecanismo de **atualização da linguagem constitucional** que revela conotações sociológicas e denotações políticas alteradas no curso do tempo e na mudança da realidade fática do país⁴².

³⁹ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 23.

⁴⁰ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 113.

⁴¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamago. Lisboa: Gulbenkian, 1989, p. 389.

⁴² GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. Barueri: Manole, 2004, p. 68.

3. A JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA NO ESTADO DE EXCEÇÃO

3.1 Considerações Iniciais

Para o desenvolvimento do presente trabalho, foram selecionados os precedentes judiciais que traçam uma linha histórico-científica que demonstram os diversos passos dados pela sociedade estadunidense para a construção do Direito. Por meio da interpretação constitucional empreendida pela Suprema Corte dos Estados Unidos, fontes normativas foram criadas de forma a interferir incisivamente na vida de muitos e, em alguns momentos, na história da própria humanidade.

Assim sendo, partir-se-á do caso *Ex Parte Milligan*, ocorrido na Guerra Civil dos Estados Unidos, no século XIX, passando em seguida às experiências vividas na Segunda Guerra Mundial, onde o ataque dos japoneses a Pearl Harbor serve sobremaneira de parâmetro jurídico aos novos delineamentos extraídos do recente ataque terrorista de 11 de setembro de 2001. Os precedentes normativos daquela época esboçam um estado de exceção seletivo (onde a suspensão do direito alcança apenas determinado grupo de indivíduos, conforme será explicado mais a frente) surgido da reação de uma sociedade afligida pelo medo.

No tocante aos casos que servem de retrospecto jurisprudencial, tecer-se-ão os comentários e análises jurídicas apuradas principalmente da doutrina norte-americana. Já nos recentes julgados proferidos depois do evento de 11 de setembro de 2001, o exame apresentar-se-á de forma mais detida, buscando mostrar o trabalho que a Suprema Corte dos Estados Unidos vem desenvolvendo para definir um mínimo irreduzível de direitos fundamentais a ser protegido e preservado em situações de emergência.

3.2 Caso *Ex Parte Milligan*

O caso ocorreu durante a Guerra Civil, por volta de 1864, onde haviam restrições às liberdades civis. Lambdin Milligan, juntamente com outros democratas que eram contrários à guerra, foi preso pelo exército dos Estados Unidos sob a acusação de conspiração.

Havia naquela época uma ordem presidencial de repressão e punição dos indivíduos que ajudavam e davam suporte à causa da Confederação (movimento político insurgente que se opunha à política do governo). Milligan era um advogado e fervoroso democrata que passou a chamar a atenção dos oficiais da União pelo seu entusiasmo com os ideais confederados: organizou grupos que fomentavam a Confederação, como a Ordem dos Cavaleiros Americanos (*Order of American Knights*) e Filhos da Liberdade (*Sons of Liberty*) e persuadia os jovens a recusarem o serviço militar no exército do governo.

Homens como Milligan representavam verdadeira ameaça às forças da União no centro-oeste do país. Diante disto, o Presidente Lincoln autorizou suas capturas e punições, devendo os comandantes militares estabelecer cortes militares para o imediato julgamento. Do mesmo modo, o presidente ordenou a suspensão do direito ao habeas corpus, para que nenhum dos sujeitos capturados contestasse a legalidade de sua detenção perante o Judiciário.

Então, ao invés de Milligan ser julgado perante o júri da Justiça Federal do Estado de Indiana, os militares, com autorização do Executivo, instituíram uma comissão militar para fazê-lo. Este tribunal de exceção, obviamente, decidiu pela condenação do réu pelo crime de traição e determinou a pena de morte na forca.

A medida adotada pelo Presidente Lincoln suscitou um problema de índole constitucional. A Constituição dos Estados Unidos, no Artigo I, Seção 9, §2, vaticina que o “*direito ao Habeas Corpus não será suspenso, salvo quando, em casos de rebelião ou invasão, a segurança pública assim exigir*”⁴³ e, quanto a este aspecto, é indubitável que a Guerra Civil compreendia uma rebelião. No entanto, competia ao Poder Legislativo decretar a

⁴³ “*The privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it*”

suspensão do habeas corpus, não ao Executivo. Ademais, a justiça civil estava operando normalmente, o que indicava que a “*segurança pública*” não estava ameaçada ao ponto de suprimir a competência do Judiciário.

Não obstante, Milligan contou com a sorte, pois foi preso em Indianápolis na data de 05 de outubro de 1864 e sua execução ficou agendada para maio de 1865. Nestes sete meses, o exército da União que o custodiava se rendeu, ocasião em que Milligan peticionou um pedido de habeas corpus perante a Justiça Federal. Em seguida, Lincoln é assassinado e o remédio constitucional chega à Suprema Corte.

No final do ano de 1866, a Suprema Corte proferiu sua decisão, onde os nove ministros concordaram que a comissão militar não possuía competência para tratar da matéria, além de declarar ilícita a prisão, julgamento e condenação de Milligan. A decisão contou com a relatoria do Ministro David Davis que enfaticamente asseverou que a Constituição não tem sua eficácia suspensa em momentos de emergência; a suspensão dos direitos constitucionais nos momentos que requerem grandes exigências do governo gera o despotismo sob o falso manto da necessidade, uma vez que a Constituição traz consigo as provisões normativas adequadas às situações imprescindíveis a sua preservação e existência⁴⁴.

Eloqüentemente, completou que a Constituição era lei para os legisladores e para o povo, igualmente no tempo de guerra e de paz. O julgamento militar de civis, concluiu, viola as garantias constitucionais do juízo natural, onde o indiciado é julgado pelo grande júri, em ato público e com imparcialidade, ademais, não tem o Presidente, nem o Congresso, autorização legal para julgar civis por meio de comissões militares enquanto a Justiça Federal estiver operante⁴⁵.

Em que pese o entendimento esposado no caso Milligan, a história nos mostra que a própria Suprema Corte nem sempre seguiu seu posicionamento. Um desses momentos, por exemplo, ocorreu quando da aquiescência das internações, promovidas pelo governo, dos americanos-japoneses em campos de concentração durante a Segunda Guerra

⁴⁴ IRONS, Peter. **A People’s History of the Supreme Court: the men and women whose cases and decisions have shaped our Constitution**. New York: Penguin Group, 2006, p. 188/189.

⁴⁵ HALL, Kermit L; ELY JR., James W. and GROSSMAN, Joel B. **The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States**. 2ª edition. New York: Oxford University Press, 2005, p. 638.

Mundial. Neste caso, restou clarividente que a Suprema Corte ignorou os limites dos poderes emergenciais do governo, consoante fora sugerido no caso Milligan.

3.3 A Situação da Segunda Guerra Mundial

A trajetória histórica da jurisprudência estadunidense, enquanto fonte normativa, traz a lume questionamentos: a Constituição efetivamente protege, ou não, tanto na guerra como em tempo de paz, todas as classes de homens à toda hora e sob todas as circunstâncias? Durante o período de guerra, pode, ou não, o clamor de um povo exaltado e as pretensões do governo de necessidades militares cancelarem a suspensão de direitos constitucionais?

Na linha histórica dos Estados Unidos, há momentos em que essas indagações foram tratadas pela Suprema Corte, ao decidir o destino de três jovens americanos de descendência japonesa em meados da II Guerra Mundial. Foram eles Gordon Hirabayashi, Minoru Yasui e Fred Korematsu.

Logo após o ataque do Império Japonês à Pearl Harbor, o Presidente Franklin Roosevelt editou, em 19 de fevereiro de 1942, a *Executive Order* 9066, ato normativo da seara do Executivo⁴⁶, que autorizava a Secretaria de Guerra designar zonas militares que sofreriam exclusões de quaisquer ou todas as pessoas. Inicialmente, executou-se ordens de exclusão que se traduziam em toque de recolher noturno para as pessoas descendentes de japoneses e, meses depois, boa parte de americanos-japoneses que viviam na costa oeste do país estavam agrupados em “centros de realocação”, que, na opinião de Peter Irons, consistia no eufemismo do governo para os campos de concentração criados pelos Estados Unidos durante a guerra⁴⁷. Inclusive, foram igualmente considerados como campos

⁴⁶ Consoante anota João Carlos Souto, a *Executive Order* é privativa do Presidente da República e nasce com força de lei ou a ela equiparada, sendo utilizada em casos urgentes. Assemelha-se, portanto, à Medida Provisória, do art. 62 da Constituição Federal do Brasil. In SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 93.

⁴⁷ IRONS, Peter. **A People's History of the Supreme Court: the men and women whose cases and decisions have shaped our Constitution**. New York: Penguin Group, 2006, p. 349; e **The Courage of Their**

de concentração pelos governadores, procuradores estaduais e oficiais do Exército dos Estados da costa oeste do país quando se reuniram para planejar e operacionalizar o internamento⁴⁸.

Estes campos de isolamento aprisionaram, por três anos, em barracas de papelão, estábulos, arrodoados por arame farpado e vigiados por soldados armados, mais de 120 mil pessoas, sendo sua maioria cidadãos americanos de descendência japonesa que, por sinal, nunca foram acusados de crime algum. As afinidades raciais dos americanos-japoneses bastavam para uma presunção de deslealdade para com a nação estadunidense, ao subterfúgio da “necessidade militar”.

Neste cenário, três jovens cidadãos americanos, de descendência japonesa, resolveram desafiar as ordens militares e levar o debate da constitucionalidade do confinamento à Suprema Corte dos Estados Unidos. Todos perderam suas pretensões de liberdade na primeira e segunda instâncias. Ao chegar à Corte Constitucional, verificou-se que não constavam nos autos quaisquer evidências acerca da pretensão do governo, ou seja, não havia nada que indicasse o perigo de sabotagem e espionagem dos americanos-japoneses, tampouco indícios de atos de traição.

Nos casos de Hirabayashi e Yasui, apreciado pela Corte em 1943, cristalizou-se o entendimento de que o perigo de espionagem e sabotagem pelos americanos-japoneses mitigou o compromisso constitucional de proteção igualitária a todos os cidadãos. Assim, os fatos e circunstâncias relevantes à defesa nacional justificam a segregação dos americanos de determinada descendência.

Digno de registro o apontamento dissidente do Ministro Frank Murphy no julgamento de Hirabayashi ao ponderar que as restrições impostas aos americanos-japoneses guardavam triste semelhança com o tratamento atribuído aos judeus na Alemanha. Contudo, convencido pelos seus pares a manter uma unidade de pronunciamento devido ao período de guerra e com o receio de ser o único voto vencido no debate constitucional, alterou sua

Convictions: Sixteen Americans Who Fought Their Way to the Supreme Court. New York: Penguin Group, 1990, p.39.

⁴⁸ IRONS, Peter. **Justice at War: The Story of the Japanese-American Internment Cases**. California: University of California Press, 1993, pp. 71/72.

dissidência para concordância, em que pese ter preservado em suas razões a comparação dos americanos-japoneses com os judeus alemães⁴⁹.

No final do ano de 1944, o caso Korematsu foi definitivamente julgado pela Suprema Corte. O Ministro Hugo Black, naquela ocasião, sustentando a licitude e manutenção do confinamento, argumentou que Fred Korematsu foi aprisionado por causa da guerra com o Japão e a urgência militar exigia que todos os cidadãos de descendência japonesa fossem segregados em campos de isolamento até passar a situação de perigo. Privações, acrescentou, fazem parte da guerra, que nada mais é do que uma aglutinação de privações.

Neste julgamento, no entanto, o Ministro Frank Murphy decidiu não mais apoiar a exclusão dos japoneses, como tinha feito no caso Hirabayashi. No seu posicionamento dissidente, então, registrou que a retirada dos americanos-japoneses de seus lares ultrapassou a fronteira da constitucionalidade e atingiu o abismo do racismo. Asseverou que as justificativas governamentais para o confinamento baseiam-se em informações insubsistentes, meias-verdades e insinuações que, durante anos, têm sido fomentadas em desfavor dos americanos-japoneses por pessoas preconceituosas, razão pela qual discordou do que estava se tornando uma legalização do racismo.

No caso Korematsu, a dissidência do ministro Murphy foi acompanhada por outros dois colegas, Owen Roberts e Robert Jackson que, na sua fundamentação, acentuaram que a maioria validava naquela oportunidade o princípio da discriminação racial ao subterfúgio da necessidade militar. A Corte, em dezembro de 1944, todavia, emitiu a decisão final que validava o confinamento e atos de exclusão por emergirem de um estado de guerra contra o Japão e por basearem-se no legítimo temor militar de invasão da costa oeste do país por forças hostis⁵⁰.

Somente em 1983 que uma comissão designada pelo Congresso reconhece que os americanos-japoneses sofreram uma “grave injustiça”, produzida por “preconceito

⁴⁹ IRONS, Peter. **A People's History of the Supreme Court: the men and women whose cases and decisions have shaped our Constitution**. New York: Penguin Group, 2006, p. 357; e **The Courage of Their Convictions: Sixteen Americans Who Fought Their Way to the Supreme Court**. New York: Penguin Group, 1990, p.46.

⁵⁰ HALL, Kermit L; ELY JR., James W. and GROSSMAN, Joel B. **The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States**. 2ª edition. New York: Oxford University Press, 2005, pp. 1063/1064.

racial, histeria provocada pela guerra e falta de liderança política”. Buscando uma reparação, o Congresso concedeu a cada sobrevivente dos campos de internação uma quantia de vinte mil dólares, além da reversão das condenações judicialmente imputadas. Em 1988, o Presidente Ronald Reagan proferiu um pedido nacional de desculpas pelos três anos que ficaram aprisionados em campos de isolamento, sem qualquer direito e dignidade⁵¹.

Em 1981, durante o processo judicial de desfazimento dos registros criminais de Hirabayashi, Yasui e Korematsu, veio à tona provas atinentes a documentos oficiais do serviço militar de inteligência que registrava a inexistência de evidências acerca da deslealdade dos americanos-japoneses e memorandos do Departamento de Justiça da Unidade de Controle de Inimigos Estrangeiros recomendando a notificação destes relatórios à Suprema Corte, como auxílio às suas decisões. Ocorreu que estas informações jamais chegaram ao conhecimento da Corte, muito pelo contrário, havia sim evidências sustentadas pelos representantes do Governo sobre a irrefutabilidade da existência de americanos-japoneses desleais que constituíam verdadeira ameaça à defesa e segurança nacional.

Diante deste novo contexto probatório, as anotações criminais dos americanos-japoneses foram apagadas em virtude dos abusos cometidos pelo Governo por ter omitido e desvirtuado informações relevantes à Suprema Corte. Conforme apontado pela Juíza Marilyn Patel, este episódio permanecerá nas páginas da história jurídica e política do país como uma precaução constante de que em tempos de guerra ou de necessidade militar declarada, as instituições devem manter-se vigilantes na proteção das garantias constitucionais.

Estava correta a magistrada no seu pronunciamento, pois, com a nova guerra contra o terror assumida pelos Estados Unidos, a normatização do *USA Patriot Act* expressamente assegura a proteção e o livre exercício dos direitos individuais dos cidadãos americanos de origem árabe e/ou praticante do islamismo.

⁵¹ SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 110/112; e IRONS, Peter. **A People's History of the Supreme Court: the men and women whose cases and decisions have shaped our Constitution**. New York: Penguin Group, 2006, pp. 361/364; **The Courage of Their Convictions: Sixteen Americans Who Fought Their Way to the Supreme Court**. New York: Penguin Group, 1990, pp. 47/49.

3.4 A Situação a partir de 11 de Setembro de 2001

Após os ataques de 11 de setembro de 2001, quando extremistas muçulmanos colidiram aviões no World Trade Center e no Pentágono, causando a morte de aproximadamente três mil pessoas, os Estados Unidos deram início a uma caçada desenfreada contra os terroristas, o que desencadeou uma guerra contra o terrorismo sem precedentes (a guerra contra o terrorismo foi oficializada em 20 de setembro, numa declaração do Presidente George W. Bush dirigida ao Congresso). Passadas sete semanas, havia 1.182 “suspeitos terroristas” detidos pelo governo e, no primeiro ano de investigação, mais de 700 estrangeiros foram capturados e colocados em detenção preventiva, sem qualquer acusação criminal⁵².

Esta nova etapa histórica, então, fez nascer na América uma complexa relação entre o terrorismo internacional e a produção jurisprudencial da Suprema Corte. Questões legais até então sem precedentes começaram a surgir, como a detenção e aprisionamento pelo Governo, por tempo indeterminado, sem qualquer acusação criminal e sem contraditório no Judiciário, de indivíduos (cidadãos americanos ou não) taxados pelo Presidente como “inimigos combatentes”.

No plano de fundo das ações implementadas pelo Governo encontramos o AUMF (*Authorization for Use of Military Force* – traduzido, Autorização para Uso de Força Militar), lei edita pelo Congresso duas semanas após o fatídico 11 de setembro, e, em 24 de outubro de 2001, foi decretado o *USA Patriot Act*, de sigla USA PATRIOT⁵³, do qual se extraem diversas providências, tal como o fortalecimento da segurança doméstica contra o terrorismo. Posteriormente, em complementação, foram criados outros diplomas com as mesmas finalidades e com forte cunho repressivo (como o *The Patriot Act II* e o *Military Comissions Act*). Portanto, criou-se nos EUA um estado de exceção como meio de salvaguardar a liberdade de seus cidadãos, a qual foi posta em risco.

⁵² COLE, David. **Justice at War: the men and ideas that shaped America’s war on terror**. New York: New York Review of Books, 2008, pp. 01/02.

⁵³ *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism* – cuja tradução literal é: Unindo e Fortalecendo a América pelo Provimento de Ferramentas Apropriadas Exigidas para a Interceptação e Obstrução do Terrorismo.

Interessante que o *USA Patriot Act* traz em seu texto, nomeadamente na sua Seção 102, a seguinte redação:

“Americanos árabes, muçulmanos e provenientes do Sul da Ásia representam papel vital em nossa Nação e são titulares de nada menos que toda carta de direitos concedidos a qualquer Americano.

(...)

Os direitos e liberdades civis de todos Americanos, inclusive dos Americanos árabes, muçulmanos e provenientes do Sul da Ásia, deverão ser protegidos e todo esforço deve ser tomado para preservar sua proteção”⁵⁴.

Contudo, o mesmo *USA Patriot Act* aumenta consideravelmente os poderes de vigilância do governo federal ao mesmo tempo em que enfraquece o controle judicial sobre estes poderes, causando uma fricção na harmonia do *checks and balances*. Franqueia ao FBI, ainda, acesso pleno aos registros bibliotecários de quaisquer indivíduos sem necessidade de mínima indicação de seu envolvimento em atividades terroristas. No período de 2003 a 2005, houve mais de 140 mil medidas de segurança nacional que correspondiam à quebra de sigilos telefônicos, bancários, religioso, de correspondência, dentre outros. Todas essas medidas foram adotadas sem qualquer necessidade de suporte probatório mínimo acerca da materialidade do fato ou indícios de autoria, tampouco com autorização judicial⁵⁵.

As provisões deste diploma legal permitem, também, que o governo congele todos os recursos e ativos de qualquer pessoa de sua escolha, física ou jurídica, bastando apenas a notificação de que está “sob investigação”. Isto tem permitido a administração Bush fechar diversas entidades mulçumanas de caridade no território norte-americano, sem precisar sequer provar que, ao final das contas, tiveram de fato qualquer envolvimento financeiro com o terrorismo, muito menos lhes dando oportunidade de se defenderem.

Além do fato de permitir diversas modalidades de abusos e arbitrariedades, o *USA Patriot Act*, nas suas disposições, estabelece que todas as condutas de cunho

⁵⁴ *“Arab Americans, Muslim Americans, and Americans from South Asia play a vital role in our Nation and are entitled to nothing less than the full rights of every American. (...) the civil rights and civil liberties of all Americans, including Arab Americans, Muslim Americans, and Americans from South Asia, must be protected, and that every effort must be taken to preserve their safety”*

⁵⁵ COLE, David. **Justice at War: the men and ideas that shaped America’s war on terror**. New York: New York Review of Books, 2008, p. 10 e 65/68.

investigativo praticadas sob sua égide são secretas. Assim, é literal e praticamente impossível um abuso cometido vir à tona. Um dado interessante trazido por David Cole é que o *USA Patriot Act* passou no Senado seis semanas após o atentado de 11 de setembro e o *quorum* de aprovação de suas disposições normativas foi de 98-1 (somente o senador de Wisconsin, Russell Feingold, votou contra)⁵⁶.

Ademais, em 2002, o governo emitiu um memorando concedendo carta branca à CIA no uso de severas táticas coercitivas nos interrogatórios, sob o argumento de que o Presidente não pode ser constitucionalmente impedido de permitir torturas em tempos de guerra. Enquanto Chefe das Forças Armadas (*Comander-in-Chief*), nenhuma lei poderia restringir-lhes as ações de guerra. As evidências extraídas dos interrogados eram obtidas por privação do sono, exposição a calor e frio extremo, humilhação sexual, indução de afogamento e outros métodos⁵⁷. Esta certamente consiste numa das principais razões pela qual nenhum julgamento por crimes de guerra foi exitoso em Guantánamo, muito embora este fator tenha fomentado o governo a manter aprisionados seus suspeitos por tempo indeterminado.

Outra manobra adotada pelo Governo foi sua intencional recusa de qualificação de seus detidos como “prisioneiros de guerra”, pois assim gozariam de diversas proteções vertidas na Convenção de Genebra, inclusive o direito de regresso à terra natal quando cessadas as hostilidades⁵⁸. Também não os qualificou como réus criminais ordinários, pois assim estender-lhes-ia todo um aparato normativo de proteções processuais previsto no *Bill of Rights* e na legislação infraconstitucional. Ao invés disso, identificou-os como “inimigos combatentes”, uma classificação inédita no ordenamento jurídico estadunidense cuja pecha atinge àqueles que fazem parte ou apóiam forças hostis aos Estados Unidos ou a seus aliados.

⁵⁶ COLE, David. **Justice at War: the men and ideas that shaped America's war on terror**. New York: New York Review of Books, 2008, p. 79.

⁵⁷ GOLDSMITH, Jack L. **The Terror Presidency: law and judgment inside the Bush administration**. New York: W.W. Norton & Company, Inc., 2007, pp. 141/176.

⁵⁸ HALL, Kermit L; ELY JR., James W. and GROSSMAN, Joel B. **The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States**. 2ª edition. New York: Oxford University Press, 2005, p. 260.

Foi neste cenário que, em 2002, dois cidadãos americanos, Yaser Esam Hamdi e José Padilla, foram considerados “inimigos combatentes” e detidos em prisões militares sem qualquer acusação formal. Hamdi, de família árabe, nasceu em Louisiana e foi capturado no Afeganistão como suspeito de ser integrante do Talibã. Padilla nasceu em Chicago e, por professar o islamismo, foi considerado membro da Al Qaeda e preso no território americano por supostamente planejar um ataque-bomba aos Estados Unidos. Ambos impetraram habeas corpus questionando seus encarceramentos.

Hamdi foi o primeiro “inimigo combatente” a arrastar o Governo para a Justiça Federal por meio de habeas corpus, desafiando os atos praticados pelo Secretário de Defesa Donald Rumsfeld. Ao paciente foi designado um defensor dativo para sua defesa que, por sinal, foi proibido de se contatar com seu cliente, o que igualmente aconteceu com o defensor de Padilla.

Nos julgamentos diante da Justiça Federal, o curso da história reproduz, com outro enredo, a mesma fraqueza argumentativa e comprobatória que o governo estadunidense outrora se valeu para atacar aqueles que julgam seus inimigos. Para justificar a ausência de acusação formal e a incomunicabilidade de Hamdi, o Governo alegou que o suspeito foi capturado por tropas americanas no Afeganistão enquanto lutava junto ao Talibã. Contudo, as informações eram insubsistentes e sem respaldo probatório e o governo sustentou que a revelação e o acesso pelo defensor dativo dos registros que confirmavam a suspeita poderiam pôr em perigo ou comprometer agentes e fontes do serviço de inteligência.

No tocante à prestação jurisdicional, o exercício dos poderes de guerra conferido ao Executivo, bastava para legitimar a detenção de suspeitos de terrorismo, ainda que sem acusação formal de crime e direito à defesa. Diante disso, em 2003, Hamdi postulou pelo reexame da lide pela Suprema Corte, época em que subia também outro idêntico apelo relativo a Padilla e uma petição de habeas corpus em favor de quatorze presidiários de Guantánamo, não-cidadãos americanos, em que os advogados do Governo levantaram a tese de que o Judiciário estadunidense não possuía competência territorial para conhecer da matéria, uma vez que aquela base militar se localiza em Cuba, onde os Estados Unidos não possui jurisdição.

A seguir, então, abordar-se-ão os seguintes casos temáticos que chegaram à Suprema Corte: *Hamdi v Rumsfeld*, *Hamdan v. Rumsfeld*, *Boumediene v. Bush* e *District of Columbia v. Heller*. Neles verifica-se a concepção jurídica que adorna a nova realidade política e sua luta para manutenção e preservação do Estado de Direito fincado na separação dos poderes, por meio da doutrina do *checks and balances*.

3.4.1 *Hamdi et al v. Rumsfeld, Secretary of Defense*

Julgado pela Suprema Corte em 28 de abril de 2004, o caso *Hamdi v Rumsfeld* trazia ao debate a autoridade do Presidente em deter suspeitos “inimigos combatentes” e mantê-los presos para posterior julgamento perante comissões militares (o que não possuía, até então, norma regente⁵⁹), ao invés de submetê-los aos júris da Justiça Federal. Ora, a diferença de procedimentos que envolvia estas duas realidades é substancial, uma vez que a ortodoxia processual das comissões militares – diferentemente da processualística dos júris federais – não franqueia ao acusado o acesso às provas que o incriminam, não permite contestação dos depoimentos prestados pelas testemunhas do governo e, por fim, o veredicto alcançado não precisa ser unânime.

Hamdi era um jovem de vinte e dois anos de idade, nascido no Estado de Indiana, que foi acusado de ter se voluntariado para lutar pelo Talibã. Seu caso seguiu a relatoria da Ministra Sandra O'Connor que, com propriedade, registrou não ser o estado de guerra uma “cártula de cheque em branco” dada ao Presidente, sobretudo quando em pauta direitos fundamentais dos cidadãos. Acrescentou, ainda, que a Constituição concedeu a Hamdi o direito de se defender das acusações que lhe privaram da liberdade diante de um júízo imparcial, porém pecou, segundo Peter Irons⁶⁰, por não ter indicado na decisão quem seria o julgador imparcial e sob qual rito deveria prosseguir a relação processual.

⁵⁹ Esta regulamentação acabou por vir em 2006, com o *Military Comissions Act* – MCA, como reação ao julgamento proferido no caso *Hamdan v Rumsfeld* (2005).

⁶⁰ IRONS, Peter. **A People's History of the Supreme Court: the men and women whose cases and decisions have shaped our Constitution**. New York: Penguin Group, 2006, p. 522.

A decisão da relatora, portanto, manteve a custódia do governo sobre Hamdi, bem como considerou legítima a detenção de outros indivíduos que igualmente são taxados combatentes do Talibã. Contudo, esclarece, o direito ao pedido de habeas corpus permanece disponível a qualquer pessoa cuja liberdade de ir e vir fora tolhida dentro dos Estados Unidos; afinal, este remédio constitucional continua sendo uma ferramenta de controle dos atos do Executivo, na concepção do *checks and balance*.

O Ministro Antonin Scalia, um dos membros mais conservadores na história da Suprema Corte⁶¹, noutro giro, sopesou que a *ratio* do direito ao devido processo legal (previsto na Quinta e Décima Quarta Emenda à Constituição) foi forçar o governo a seguir os procedimentos legais taxados necessários à privação da vida, liberdade ou propriedade de alguém. Hamdi pode sim manejar um pedido de habeas corpus requerendo sua soltura, a menos que (i) procedimentos criminais tenham sido escorreitamente seguidos – o que não se verificou, uma vez que sequer fora formalmente acusado de cometer qualquer tipo de crime – e (ii) que o Congresso tenha suspenso o direito a habeas corpus. Como nenhuma das condicionantes ocorreu no caso em testilha, determinou o retorno dos autos à instância inferior para a correta instrução processual e sua imediata soltura.

A autoridade do Executivo, no caso Hamdi, foi mantida quanto a um aspecto. A maioria dos ministros da Suprema Corte entendeu que o Congresso, por meio do AUMF, de fato outorgou ao Presidente o poder de deter suspeitos “inimigos combatentes”. Mas, como bem salientou a Ministra Sandra O’Connor, não serve de condão à prisão por tempo indeterminado, sobretudo, sem acompanhamento judicial.

Por fim, a maioria dos ministros, apesar da cizânia acerca da autoridade presidencial na detenção de Hamdi, consentiu na falibilidade da pretensão governamental de suprimir dos “inimigos combatentes” o direito à contestação judicial de suas prisões. No caso *Hamdi v. Rumsfeld*, portanto, ficou bastante característico que a Suprema Corte, em sua análise, ponderou os meandros da separação dos poderes e a importância de sua preservação inclusive em tempo de guerra; e, outrossim, a salvaguarda e mitigação de direitos individuais fundamentais constitucionalmente assegurados.

⁶¹ HALL, Kermit L; ELY JR., James W. and GROSSMAN, Joel B. **The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States**. 2ª edition. New York: Oxford University Press, 2005, p. 883.

Em setembro de 2004 o governo libertou Hamdi. No entanto, para ganhar a liberdade, acordou em deixar os Estados Unidos e renunciar a sua cidadania estadunidense. No tocante ao debate jurídico sobre o tema, entretanto, persistiu a incerteza atinente a qual jurisdição e rito processual se submetem os “inimigos combatentes”, se militar ou civil, muito embora tenha restado cristalina a aderência da maioria dos ministros da Suprema Corte ao comando constitucional de que, seja de uma forma ou de outra, ninguém – cidadão ou não-cidadão⁶² – pode ser privado de sua liberdade sem o devido processo legal.

Ato contínuo, a Suprema Corte, em novembro de 2005, recebeu no pedido de revisão judicial proveniente de um “inimigo combatente” preso na Baía de Guantánamo. Salim Ahmed Hamdan foi capturado no Afeganistão em 2001, sendo acusado de cometer crimes de guerra. Assim, palpitam os seguintes questionamentos: Hamdan é um “prisioneiro de guerra” e, com isso, sujeito a julgamento pela corte-marcial? Ou seria um “inimigo combatente” que, conseqüentemente, pode ser julgado por tribunal militar com escassez de proteções legais? A Constituição franqueia ao Presidente poder irrestrito para deter seus suspeitos ou seu conteúdo normativo valora o tratamento igualitário em tempos de guerra e paz a todos os homens, a qualquer tempo e sob todas as circunstâncias (como já decidido uma vez no caso *Ex parte Milligan* de 1866)?

3.4.2 *Hamdan v. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al.*

De acordo com a autorização concedida pelo Congresso (AUMF – *Authorization for Use of Military Force*), o Presidente pode se valer das Forças Armadas para reprimir as ações vinculadas ao terrorismo. Neste contexto, Salim Ahmed Hamdan, que não é cidadão americano, encontrava-se preso na Baía de Guantánamo, em Cuba.

Em novembro de 2001, num confronto tido entre os Estados Unidos e o Talibã, em solo afegão, Hamdan foi capturado e conduzido para a base militar norte-americana, sendo, depois, em junho de 2002, transportado para Guantánamo. Passado um ano,

⁶² Em que pese no caso *Hamdi v. Rumsfeld* a pauta de discussão ter cingido-se ao direito do devido processo legal aos cidadãos americanos, em caso posterior, *Rasul et al. v. Bush*, a Suprema Corte, por maioria, entendeu que o direito fundamental também se estende aos não-cidadãos.

o Presidente considerou-o passível de julgamento perante a comissão militar por crimes até então inespecíficos. Transcorrido outro ano, Hamdan foi indiciado pela prática de crime de conspiração.

Foi elaborado um relatório do governo o qual continha a seguinte narrativa: entre fevereiro de 1996 a novembro de 2001, Hamdan sabia e intencionalmente se associou a uma quadrilha de pessoas que compartilhavam o propósito comum de terrorismo. Neste período, atuou como guarda-costas e motorista pessoal de Osama Bin Laden. Logo, por estes atos de conspiração, Hamdan foi considerado “inimigo combatente”, passível de julgamento por comissão militar.

A Ordem de Comissão nº 01, emitida pelo Presidente em 21 de março de 2002 e emendada em 31 de agosto de 2005, regulava o procedimento da comissão militar de Hamdan. A condenação seria examinada por um colegiado de três oficiais militares designados pelo Secretário de Defesa, sendo a decisão recorrível ao próprio Secretário de Defesa e, após, ao Presidente.

Destarte, Hamdan ingressou coetaneamente com um habeas corpus e um mandado de segurança contra o Poder Executivo. Alegou que a corte-marcial constituída em consonância ao UCMJ (*Uniform Code of Military Justice* – traduzido, Código Uniforme da Justiça Militar) teria competência para julgá-lo. Considerou incompetente, portanto, a comissão militar designada pelo Presidente. Primeiro porque o julgamento de crime de conspiração, pela legislação ordinária de guerra, não pode ser julgado por comissões e, segundo, o procedimento adotado para julgá-lo viola postulados básicos da legislação militar e internacional, inclusive o princípio da ampla defesa.

A Suprema Corte, neste julgado, concluiu que a comissão militar criada para julgar Hamdan carecia de competência, pois sua estrutura e procedimentos transgridem o UCMJ e a Convenção de Genebra. Ademais, a comissão militar é um órgão de julgamento que não possui previsão na Constituição nem na legislação infraconstitucional, ao revés, nasceu da necessidade militar.

A Constituição realmente confere ao Presidente o comando das forças armadas, mas foi ao Congresso que a Lei Maior concedeu o poder de declarar e regulamentar

a guerra. Assim, o ponto intrigante do julgamento foi saber se a Constituição, em situações de necessidade, permite ao Presidente o poder de convocar comissões militares sem sanção do Congresso.

Ora, a comissão militar, a rigor, não está expressamente autorizada por nenhum ato do Congresso. O Artigo de Guerra 15 sancionou o uso de comissões militares para apreciar casos específicos de ofensores e ofensas contra a lei de guerra. O art. 21 da UCMJ (*Uniform Code of Military Justice*), que é substancialmente idêntico ao mencionado art. 15, prevê o seguinte:

“A jurisdição das cortes-marcial não será construída de forma a suprimir as comissões militares, cortes superiores, ou outros tribunais militares de jurisdição concorrente em respeito aos ofensores e ofensas que, pela lei de guerra ou outra lei, poderão ser julgados por tais comissões militares, cortes superiores, ou outros tribunais militares”⁶³.

É do consenso da Suprema Corte, no entanto, que essa autorização não serve de subterfúgio ao Presidente para constituição de comissões militares sempre que considerar necessário. O Congresso, ao reproduzir o comando do vetusto Artigo de Guerra 15 no art. 21 da UCMJ (convocação presidencial de comissões militares), contextualizou-o na Constituição e na legislação ordinária de guerra. Isto quer dizer que seu exercício condiciona-se à submissão normativa da lei de guerra, não tendo a AUMF (*Authorization for Use of Military Force*) o condão de expandir ou alterar a autorização vicejada no Artigo 21 do UCMJ, conforme já esboçado no julgamento do caso *Hamdi v. Rumsfeld*, e a mesma regra interpretativa se aplica ao DTA (*Detainee Treatment Act of 2005* – traduzido, Ato de Tratamento de Detentos).

Assim, nem a AUMF (*Authorization for Use of Military Force*), nem o DTA (*Detainee Treatment Act of 2005*) podem ser lidos de maneira a especificamente conceder autorização extraordinária para a comissão convocada para julgar Hamdan, que sequer membro do serviço militar é. Ainda que se assumisse ter a AUMF enaltecido os

⁶³ “ART. 21. JURISDICTION OF COURTS-MARTIAL NOT EXCLUSIVE: *The provisions of this chapter conferring jurisdiction upon courts-martial do not deprive military commissions, provost courts, or other military tribunals of concurrent jurisdiction with respect to offenders or offenses that by statute or by the law of war may be tried by military commissions, provost courts, or other military tribunals.*”

poderes de guerra do Presidente e que dentre esses estivesse incluída a autorização de convocar comissões em circunstâncias apropriadas, não há nada no texto da AUMF ou no histórico legislativo que demonstre ter sido a intenção do Congresso expandir ou modificar a autorização já preconizada no art. 21 do UCMJ. Do mesmo modo, o DTA também não pode ser lido no sentido de se ver autorizado esta comissão.

Embora o DTA, diferentemente do art. 21 do UCMJ e da AUMF, tenha sido decretado depois da convocação presidencial da comissão de Hamdan, não há no seu bojo qualquer linguagem autorizadora daquele tribunal ou qualquer outro que se instale na Baía de Guantánamo. Balizou a Suprema Corte, então, que a coexistência do UCMJ, da AUMF e do DTA no ordenamento jurídico estadunidense permite a conclusão de uma autorização genérica conferida ao Presidente de convocar comissões militares em circunstâncias que justifiquem suas instalações, norteadas pela Constituição e legislação ordinária, notadamente as relativas à guerra.

Na trilha da história estadunidense, comissões militares têm sido utilizadas em três hipóteses. Primeiro, como substituta de tribunais civis em tempos e locais onde a lei marcial tenha sido declarada⁶⁴. Segundo, para julgar civis que integraram governos militares provisórios sobre território inimigo ocupado ou em território recuperado do inimigo quando o governo civil não consegue ou não pode governar. Terceiro, como incidente de guerra, ou seja, quando há a necessidade de se capturar e submeter a medidas disciplinares àqueles inimigos que, na sua tentativa de opor-se ou impedir a conquista militar estadunidense, viola a lei de guerra. Quanto a esta, urge ressaltar, não só sua jurisdição é limitada às ofensas atinentes ao momento da guerra, como sua função é essencialmente de perquirição, isto é, busca-se determinar, especificamente no campo de batalha, se o acusado violou ou não a lei da guerra.

Na guerra contra o terror, o modelo frequentemente invocado pelo governo para respaldar suas comissões militares é o terceiro acima apresentado. A Baía de Guantánamo não se encaixa na modalidade de território inimigo ocupado, tampouco a de lei marcial. A comissão da lei de guerra é a única adaptável ao caso concreto.

⁶⁴ A decretação de Lei Marcial assemelhar-se-ia, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, ao estado de defesa previsto no art. 136 da Constituição Federal do Brasil.

Entretanto, as acusações que pesavam sobre Hamdan descreviam condutas de conspiração que vão de 1996 a novembro de 2001, ou seja, durante um período de pouco mais de longos cinco anos que antecederam o ataque de 11 de setembro de 2001 e a própria AUMF (*Authorization for Use of Military Force*). Ora, não há qualquer conduta criminosa que tenha acontecido no palco da guerra ou em outra data específica após o 11 de setembro, o que leva a Suprema Corte a crer que nenhum dos alegados atos cometidos por Hamdan viola a lei de guerra.

Ademais, não existe no ordenamento jurídico positivo dos Estados Unidos qualquer identificação de “conspiração” como crime de guerra, nem nas Convenções de Genebra. Hamdan foi preso em novembro de 2001 e foi indiciado em meados de 2004. Essas, certamente, não são as circunstâncias em que uma comissão militar estabelecida por *Executive Order*, cônsono ao Artigo 21 do UCMJ, pode licitamente julgar e condenar qualquer pessoa.

Noutro giro, o Ministro relator John Paul Stevens também rechaçou a processualística adotada para a comissão de Hamdan. No campo probatório, a comissão permitia a admissão de qualquer prova que, na opinião do oficial que a presidia, “tivesse valor probante a uma pessoa razoável”. Diante desta amplitude até a prova obtida por coerção teria validade.

Além desse arbítrio na colheita de provas, a comissão proibia ao acusado e ao seu defensor qualquer acesso as provas produzidas, pois eram “informações sigilosas”. Logo, toda evidência submetida ao oficial-presidente, se acatada como prova, imediatamente tinha seu acesso negado ao acusado e a seu advogado. E mais, no dia do julgamento do acusado perante a comissão militar, era vedada a sua presença.

Conforme registrou o Ministro Stevens, os Artigos de Guerra, após a Segunda Guerra Mundial, foram expandidos na codificação do UCMJ (*Uniform Code of Military Justice*), de forma a alargar a categoria de pessoas sujeitas às suas disposições, de maneira que, hoje, a posição que Hamdan ocupa se ajusta precisamente aos ditames deste normativo. Do mesmo modo, em 1949 foi celebrada a Terceira Convenção de Genebra que, em seus termos, estendeu ao prisioneiro de guerra as garantias processuais para o julgamento dos atos cometidos previamente a sua captura.

Quanto ao primeiro aspecto, insta apontar que o UCMJ, no seu artigo 2º, claramente preconiza que se submetem aos seus dispositivos as pessoas abaixo:

“(...) prisioneiros de guerra em custódia das forças armadas; (...) as sujeitas a qualquer tratado ou acordo pelo qual os Estados Unidos são ou possam ser parte-integrante ou a qualquer regra reconhecida de direito internacional, pessoas dentro de uma área administrada⁶⁵ ou de qualquer outra forma reservada ou adquirida para o uso dos Estados Unidos sob o controle do Secretário competente e que está fora dos Estados Unidos e fora da comunidade de Porto Rico, Guatemala e das Ilhas Virgens”⁶⁶.

Seguidamente, o artigo 36 prevê o seguinte:

“o processo, incluindo os métodos de prova, em casos perante cortes-marciais, cortes de inquérito, comissões militares e outro tribunal militar devem ser prescritas pelo Presidente por regulamentação que, enquanto considerar viável, aplicará os princípios de direito e as regras geral de provas adotada nos julgamentos criminais dos Tribunais dos Estados Unidos, mas não poderá ser contrário ou inconsistente com este capítulo” (...) e “todas as regras e regulamentos realizados sob o comando deste artigo deverão ser uniformes enquanto viáveis e deverão ser comunicados ao Congresso”⁶⁷.

O artigo 36 do UCMJ, por conseguinte, traz duas restrições ao poder do Presidente de promulgar regras processuais para cortes-marciais e para as comissões militares semelhantes. Primeiro, nenhuma disposição processual adotada deve ser contrária ou inconsistente com o UCMJ, por mais factível que possa parecer. Segundo, as regras firmadas devem ser uniformes, na medida em que viáveis. Daí, as regras aplicadas às comissões

⁶⁵ Baseado neste trecho da lei que a Suprema Corte, no julgado *Rasul v. Bush*, inseriu a Baía de Guantánamo.

⁶⁶ *“(a) The following persons are subject to:*

(9) Prisoners of war in custody of the armed forces.

(12) Subject to any treaty or agreement to which the United States is or may be a party or to any accepted rule of international law, persons within an area leased by or otherwise reserved or acquired for the use of the United States which is under the control of the Secretary concerned and which is outside the United States and outside the Commonwealth of Puerto Rico, Guam, and the Virgin Islands”.

⁶⁷ *“(a) The procedure, including modes of proof, in cases before courts-martial, courts of inquiry, military commissions, and other military tribunals may be prescribed by the President by regulations which shall, so far as he considers practicable, apply the principles of law and the rules of evidence generally recognized in the trial of criminal cases in the United States district courts, but which may not be contrary or inconsistent with this chapter.*

(b) All rules and regulations made under this article shall be uniform insofar as practicable and shall be reported to Congress”.

militares devem ser as mesmas aplicadas às cortes-marciais, a menos que esta uniformidade se prove inviável.

O princípio da uniformidade de regras não é inflexível – alerta a corte constitucional –, ele permite a adoção de procedimento diverso ao previsto para as cortes-marciais, desde que devidamente fundamentado e ajustado à necessidade do caso concreto. Acontece que a Suprema Corte não encontrou nos autos absolutamente nada que demonstrasse a inviabilidade das regras atinentes às cortes-marciais para a comissão de Hamdan.

Igualmente, há incontestável falha da comissão quando desatende a mais fundamental (preconizada tanto no Manual para Corte-Marcial quanto no UCMJ) garantia processual assegurada ao acusado: o direito de estar presente ao seu julgamento. O UCMJ é claro ao inferir em todos os seus procedimentos, a instrução e julgamento das cortes-marciais deve ocorrer na presença do acusado.

Em face destas circunstâncias, entendeu a Suprema Corte que o regramento das cortes-marciais eram aplicáveis ao caso em comento. É inquestionável o desrespeito normativo que a Ordem de Comissão nº 01 carrega consigo, nomeadamente quanto a sua flagrante violação ao artigo 36 do UCMJ, cuja *ratio essendi* foi desvirtuada pelo governo.

A comissão militar não surgiu do desejo de se ter um procedimento de justiça mais célere do que o conferido à corte-marcial. Pelo contrário, a idéia da comissão militar se desenvolveu a partir da necessidade de se empregar um tribunal nas ocasiões em que a corte-marcial carece de competência funcional ou material.

O artigo 21 do UCMJ, que faz menção às comissões militares, atrela seu surgimento a uma real exigência desta acepção de tribunal e jamais como um ferramenta concorrente a ser usada sempre que conveniente. Na mesma senda, o artigo 36 estampa um cuidadoso juízo de ponderação entre uniformidade de procedimento e necessidade de relevar situações que, eventualmente, emergem do cenário de guerra. O artigo 36, portanto, impõe um comando legal que deve ser observado.

Segundo o Ministro Anthony M. Kennedy, a pretensão do governo é irregular porque o sistema normativo estadunidense aponta como regra de corte militar as cortes-marciais, pois são estabelecidas por lei. Em casos excepcionais, uma comissão militar pode ser regularmente constituída, conforme os padrões da Justiça Militar dos Estados Unidos, e ainda assim deverá estar atrelada a imperiosa necessidade que justifique a não-adoção das cortes-marciais. Nesta esteira, o procedimento escolhido para o julgamento de Hamdan não encontra respaldo em nenhuma necessidade extraordinária que valide o afastamento do procedimento ínsito à corte-marcial, onde se verifica garantias processuais ao acusado.

A Suprema Corte entende, ainda, que o processo de julgamento de Hamdan também transgredir as Convenções de Genebra. Ora, no século antecedente, o legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos à pertinência de determinada raça (ariana) e, segundo consignado na Estratégia de Segurança Nacional dos Estados Unidos (*The National Security Strategy of the United States of America* – de Setembro de 2002), o mundo se empenhou na batalha das visões totalitárias destrutivas *versus* liberdade e igualdade. Logo, após a Segunda Guerra Mundial a doutrina da soberania estatal foi dramaticamente alterada, deixando de ser absoluta e encontrando, doravante, limitações atinentes aos direitos humanos.

Neste diapasão, o maior direito passa a ser o direito a ter direitos, ou seja, o direito a ser sujeito de direitos e a violação de direitos humanos não mais se afigura como questão doméstica do Estado, porém tema de legítimo interesse e preocupação internacional. A Convenção de Genebra, portanto, representa uma sistemática normativa de proteção internacional desses direitos, eliminando a doutrina do *the king can do no wrong*⁶⁸. O devido processo legal, neste aspecto, tem assumido a função de direito fundamental integralizado em qualquer sociedade civilizada, cuja acepção veda o uso de tortura, tratamento cruel, desumano ou degradante – um princípio refletido na Convenção de Genebra⁶⁹.

A propósito, a Constituição dos Estados Unidos, no parágrafo 2º do seu artigo 6º, equipara os tratados à lei (*“todos os tratados realizados, ou a serem realizados, sob*

⁶⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 118/119.

⁶⁹ COLE, David. **Justice at War: the men and ideas that shaped America's war on terror**. New York: New York Review of Books, 2008, pp. 106/107.

a autoridade dos Estados Unidos, deverá ser a suprema lei da terra; e os juízes em todos os estados-membros deverão doravante cumpri-lo”⁷⁰). Assim sendo, a Convenção de Genebra alcança sim os detentos de Guantánamo.

Diferentemente, o Presidente Bush, em sua defesa, alegou que a Convenção de Genebra não se aplica aos detentos que foram capturados no Afeganistão, além de ser prerrogativa do chefe do Executivo a faculdade de unilateralmente suspender o Tratado e que a al-Qaeda e o Talibã não são partes signatárias. O governo de fato decidiu por inobservar todas as limitações e restrições criadas pelas leis de guerra.

A esse respeito, a Suprema Corte anotou que embora o artigo 2º da Convenção amarre seus termos somente aos países integrantes, o seu artigo 3º se aplica a todo conflito internacionalmente relevante, ainda que entre partes não-integrantes. Este artigo 3º dispõe que a toda pessoa capturada em conflito deve ser franqueado julgamento prévio à sua condenação, pronunciado por tribunal regular e devidamente constituído no qual sejam asseguradas todas as garantias judiciais reconhecidas e indispensáveis a um povo civilizado.

Destarte, firmou-se o posicionamento de que o artigo 3º da Convenção de Genebra se aplica ao caso de Hamdan. A Quarta Convenção, por sinal, define “tribunal regular e devidamente constituído” no sentido de abranger as cortes militares ordinárias, excluindo-se, portanto, todo tipo de tribunal extraordinário ou de exceção.

Diante de tudo isso, a Suprema Corte aduziu com veemência que a comissão de Hamdan é indubiosamente ilegal. Não há como prosperar a comissão montada, tendo em vista que sua estrutura e seus procedimentos violam, ao mesmo tempo, a Constituição, o UCMJ e a Convenção de Genebra assinada em 1949.

Esclareceu, entretanto, que não está a Suprema Corte preocupada com a culpa ou inocência dos postulantes e sim com a licitude do julgamento perante a comissão militar, muito embora as alegações que o governo possui acerca de Hamdan sejam de fato verossímeis. Anotou, por fim, acreditar que sua liberdade potencialmente traz perigo à vida de civis inocentes; todavia, não pode a Alta Corte, que se guia pelos regramentos de direito,

⁷⁰ “Article VI. (...) all Treaties made, or wich shall be made, under the Authority of the United States, shall be the Supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby (...)”

chancelar o julgamento criminal imposto a Hamdan nos moldes apresentados. Por esta razão, devolveu os autos à instância ordinária para nova instrução e adequação processual.

O caso de Hamdan serviu para consagrar que a ordem jurídica, incluindo as normas internacionais, não se subverte à vontade do Executivo, ainda que em tempos de guerra. O julgamento e condenação com base em provas inacessíveis ao acusado e seu advogado; a aceitabilidade de depoimentos obtidos por meios coercitivos (inclusive torturas); a proibição do acusado de estar presente em todas as fases de seu julgamento; e o poder concedido ao Secretário de Defesa, ou seus subordinados, de interferir no julgamento e de decidir questões centrais em detrimento do juiz-presidente são regras taxadas pela Suprema Corte como draconianas.

O posicionamento prevalente se deu na apertada margem de 5 a 3, não contando com a participação do ministro John G. Roberts Junior, por ter sido o juiz da causa na instância ordinária. Seguiram com a relatoria do ministro John Paul Stevens os ministros David H. Souter, Ruth Bader Ginsburg, Stephen G. Breyer e Anthony M. Kennedy. Os dissidentes foram os ministros Antonin Scalia, Samuel A. Alito Junior e Thomas Clarence.

Passado o julgamento, o Congresso, com o intuito de suavizar o impacto da decisão de Hamdan nas práticas de interrogatórios que vinham sendo adotadas, editou, em 28 de setembro de 2006, o MCA (*Military Comissions Act of 2006* – traduzido, Ato das Comissões Militares) que estendia imunidade retroativa aos agentes da CIA que haviam usado de tática coercitivas (torturas). Ao ensejo, definiu crimes de guerra como graves infrações ao Artigo Comum 3 (da Convenção de Genebra), excluindo as perseguições domésticas daqueles que tratam detentos de forma desumana.

Não obstante, a violação do Artigo 3º da Convenção de Genebra, por si só, configura uma transgressão à lei internacional de guerra. Ademais, conforme anota David Cole⁷¹, a decisão da Suprema Corte, deste modo, já sugere que o Presidente Bush tenha cometido um crime de guerra ao estipular e sujeitar os detentos “inimigos combatentes” aos tribunais militares (tribunais de exceção).

⁷¹ COLE, David. **Justice at War: the men and ideas that shaped America’s war on terror**. New York: New York Review of Books, 2008, p. 58.

Por sinal, restou bem caracterizado no julgamento de Hamdan a pretensão da Suprema Corte de manter o equilíbrio na separação dos poderes. Estabeleceu que não importa o poder que a Constituição conferiu ao Executivo para lidar com outras nações ou com seus inimigos em tempos de conflito, o que realmente importa é que a Constituição atribui relevante papel aos três Poderes quando liberdades individuais estão em perigo, da mesma forma como assegura a participação essencial da legislação internacional, nomeadamente as atinentes à guerra .

3.4.3 *Boumediene et al v. Bush, President of USA.*

Na AUMF (*Authorization for Use of Military Force* – traduzido, Autorização para Uso de Força Militar), o Congresso conferiu poderes ao Presidente “*para usar todas as forças necessárias e apropriadas contra aqueles (...) ele considera engajado, autorizado, comprometido ou unido aos ataques terroristas (...) de 11 de Setembro de 2001*”. Neste contexto, o Departamento de Defesa criou os Tribunais de Revisão do Estado de Combatente – *CSRTs* (*Combatant Status Review Tribunals* – traduzido, Tribunais de Revisão do *Status* de Combatente), cujo mister precípua é determinar quais indivíduos detidos na Estação Naval da Baía de Guantánamo, Cuba, são “inimigos combatentes”.

Lakhdar Boumediene e outros (todos estrangeiros) estão detidos na Baía de Guantánamo depois de terem sido capturados no Afeganistão ou nas redondezas, e foram considerados “inimigos combatentes” pelo CSRT. Negando fazer parte da rede terrorista de Al Qaeda, que resultou nos ataques de 11 de Setembro, e do regime Talibã, que sustenta a Al Qaeda, cada postulante ingressou com pedido de habeas corpus em cortes de primeira instância, onde não se conheceram dos pedidos pela alegação de que Guantánamo está fora de sua jurisdição, portanto, fora dos limites de soberania do território estadunidense. Em seguida, ingressaram com novo pedido na Corte Distrital de Washington D.C., que manteve a decisão de primeiro grau.

Desta feita, peticionaram à Suprema Corte pretendendo reanálise do caso e, em 12 de junho de 2008, a Corte constitucional apreciou a postulação destes “inimigos

combatentes” detidos na Base Naval da Baía de Guantánamo. O caso de Lakhdar Boumediene e outros, desta vez, seguiu a relatoria do Ministro Anthony M. Kennedy.

O tema trazido a lume se traduz em questão até então inconclusa pelos precedentes anteriores referente aos estrangeiros detidos na Baía de Guantánamo. Trata-se do direito constitucional ao habeas corpus que, além de se traduzir no mais importante dos direitos do homem presente na Constituição⁷², somente pode ser suprimido nas situações previstas na Cláusula de Suspensão da Constituição dos Estados Unidos, Artigo I, Seção 9, §2º (“*O direito ao Habeas Corpus não será suspenso, salvo quando, em casos de rebelião ou invasão, a segurança pública assim exigir*”⁷³). No caso em apreço, então, teriam os peticionantes direito ao habeas corpus?

Antes do registro da decisão da Suprema Corte, contudo, impende elucidar que a jurisprudência tem conferido ao habeas corpus a função de verdadeiro recurso contra as resoluções judiciais dos tribunais locais em matéria penal, em particular no que tange às violações de caráter processual⁷⁴. Na mesma senda, Steven Gifis professa que o *writ* é usado para questionar a constitucionalidade de uma convicção criminal, esquadrinhando sua consonância com o princípio constitucional do devido processo legal⁷⁵ que, por sinal, compreende um direito humano – cujo requisito é pertencer a raça humana e não ser cidadão americano.

Logo, em resposta à pergunta formulada acima, a Suprema Corte entende que sim, até para manter a sintonia com a *ratio decidendi* desenvolvida nos casos *Hamdi v. Rumsfeld* e *Rasul et al v. Bush*, onde estipulou-se que ninguém – cidadão ou não-cidadão – poderia ser privado de sua liberdade sem o devido processo legal. Ora, conforme salientado, também, por Laurence Tribe e Michael Dorf, o intérprete de um conceito constitucional como

⁷² HALL, Kermit L; ELY JR., James W. and GROSSMAN, Joel B. **The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States**. 2ª edition. New York: Oxford University Press, 2005, p. 415.

⁷³ “*The privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it*”

⁷⁴ FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Algunos Aspectos de La Influencia Del Constitucionalismo de los Estados Unidos en La Protección de los Derechos Humanos em El Ordenamiento Mexicano**. In SMITH, James Frank (coord.). **Derecho Constitucional Comparado México-Estados Unidos – Tomo I**. 1ª edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1990, p. 140.

⁷⁵ GIFIS, Steven H. **Law Dictionary**. 5ª edition. New York: Barron’s Educational Series, 2003, pp. 229/230.

o “devido processo legal” deve sempre procurar entender o conceito de acordo com a visão mais ampla – mormente quanto a seu valor no contexto internacional de direitos humanos – daquilo que deve ser considerado uma boa constituição⁷⁶.

Segundo consignado no julgado, o Congresso promulgou, em 2005, o DTA (*Detainee Treatment Act* – traduzido, Ato de Tratamento de Detentos) que vaticina alguns procedimentos específicos para o reexame das pretensões dos detentos. Contudo, indaga-se se esses instrumentos processuais são adequados e efetivos substitutos do habeas corpus. Ademais, o MCA (*Military Comissions Act of 2006* – traduzido, Ato das Comissões Militares) padece de inconstitucionalidade no tocante a sua previsão de suspensão do direito ao habeas corpus.

No caso *Hamdan v. Rumsfeld*, a Suprema Corte registrou a inexistência de ato normativo que regulasse e estruturasse as comissões militares, uma vez que o artigo 21 do UCMJ apenas faz menção residual a esse respeito. Subseqüentemente, o Congresso edita, em 2006, o MCA (*Military Comissions Act*), que vem justamente preencher o vazio legislativo anunciado outrora. No entanto, esta iniciativa legiferante não autoriza a supressão de remédios constitucionalmente garantidos.

O que se postula no caso, então, é a inaplicabilidade da cláusula de suspensão do habeas corpus aos “inimigos combatentes” e a competência territorial dos Estados Unidos sobre seu julgamento, uma vez que a Corte Distrital de Washington D.C. isentou-se da análise por crer na incompetência territorial sobre a Baía de Guantánamo, em Cuba.

Há de se ter em mente, inicialmente, que o remédio do habeas corpus foi uma das poucas garantias de proteção da liberdade especificadas na Constituição dos Estados Unidos. No sistema normativo vislumbrado pelos constituintes, o habeas corpus assumia uma posição central que exige uma apropriada interpretação sobre a sua cláusula de suspensão.

Os constituintes visualizaram a liberdade contra restrições ilícitas como uma acepção essencial da própria liberdade, tendo em vista que não confiavam no poder central do

⁷⁶ TRIBE, Laurence; e DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional**. Trad. Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 16.

governo (razão a qual, inclusive, formataram a tripartição independente e harmônica do poder). Assim, consideraram o habeas corpus um instrumento vital à proteção da liberdade individual, além de mecanismo indispensável ao controle da separação de poderes, e o curso da história dos Estados Unidos se encarregou de, gradualmente, torná-lo o epicentro da promessa constitucional de liberdade.

Por conta da separação dos poderes prevista na Carta Magna dos Estados Unidos, as garantias constitucionais da Quinta⁷⁷ e Décima Quarta⁷⁸ Emendas (ambas inserem no direito positivo estadunidense o direito fundamental individual ao devido processo legal, onde “*nenhum Estado poderá (...) privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou bens sem processo legal*”) protege todos os indivíduos, cidadãos ou não. A *ratio essendi* do habeas corpus é o desafio da legalidade que permeia a restrição de liberdade de qualquer indivíduo, seja ele cidadão ou estrangeiro. Ademais, o habeas corpus não só serve de combate à

⁷⁷ “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”.

⁷⁸ **Section 1.** All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

Section 2. Representatives shall be apportioned among the several States according to their respective numbers, counting the whole number of persons in each State, excluding Indians not taxed. But when the right to vote at any election for the choice of electors for President and Vice President of the United States, Representatives in Congress, the Executive and Judicial officers of a State, or the members of the Legislature thereof, is denied to any of the male inhabitants of such State, being twenty-one years of age, and citizens of the United States, or in any way abridged, except for participation in rebellion, or other crime, the basis of representation therein shall be reduced in the proportion which the number of such male citizens shall bear to the whole number of male citizens twenty-one years of age in such State.

Section 3. No person shall be a Senator or Representative in Congress, or elector of President and Vice President, or hold any office, civil or military, under the United States, or under any State, who, having previously taken an oath, as a member of Congress, or as an officer of the United States, or as a member of any State legislature, or as an executive or judicial officer of any State, to support the Constitution of the United States, shall have engaged in insurrection or rebellion against the same, or given aid or comfort to the enemies thereof. But Congress may by a vote of two-thirds of each House, remove such disability.

Section 4. The validity of the public debt of the United States, authorized by law, including debts incurred for payment of pensions and bounties for services in suppressing insurrection or rebellion, shall not be questioned. But neither the United States nor any State shall assume or pay any debt or obligation incurred in aid of insurrection or rebellion against the United States, or any claim for the loss or emancipation of any slave; but all such debts, obligations and claims shall be held illegal and void.

Section 5. The Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article.

arbitrariedade, como assegura o direito a um inquérito judicial nas causas privativas de liberdade.

Toda restrição de liberdade deve ocorrer por meio de indiciamento licitamente resguardado pelo sistema normativo. Isto é um direito subjetivo da pessoa cuja liberdade se pretende tolher e este direito não lhe pode ser negado ou suprimido, salvo quando, diante de um perigo público, o Congresso suspenda o direito ao habeas corpus. Mas isso, como corolário da teoria da separação dos poderes, não o exime de fundamentar o alcance e o propósito da suspensão do direito, sofrendo essa decisão o controle ínsito ao *checks and balance*.

No que tange ao debate acerca da competência territorial sobre a Baía de Guantánamo, a Suprema Corte entende que a questão geográfica do remédio constitucional, para a *common law*, é meramente informativa, jamais dispositiva. Conforme anotado no caso *Rasul et al v. Bush*, as Cortes do *common law* apreciam pedidos de habeas corpus de prisioneiros detidos em áreas sem jurisdição que, embora não integrem o solo americano, estão sob o controle do governo dos Estados Unidos.

Malgrado Guantánamo pertencer a Cuba, a quem soberanamente está ligado, seu espaço geográfico está cedido para os Estados Unidos que, sobre ele, detém completa jurisdição e controle. Logo, não há qualquer razão para se acreditar que uma ordem judicial emitida pelo judiciário estadunidense seria inválida em Guantánamo. Nenhum tribunal cubano possui jurisdição sobre a pretensão dos peticionantes, do mesmo modo que nenhuma lei que não seja dos Estados Unidos terá aplicabilidade na Base Naval da Marinha americana.

A Suprema Corte já discutiu em diversas outras oportunidades a questão da extraterritorialidade da Constituição. Neste aspecto, restou infundada a argumentação de que a aplicação da Constituição não ultrapassa o limite do direito de soberania, pois até os constituintes vislumbraram esta possibilidade nas expansões e aquisições de territórios

promovidas pelos Estados Unidos, conforme prenuncia o artigo IV, Seção 3, da Constituição⁷⁹.

Os precedentes formulados pela Suprema Corte têm indicado, no tocante às opiniões acerca da extraterritorialidade, três fatores relevantes para a delimitação da Cláusula de Suspensão do Habeas Corpus: (1) a cidadania e o status do detento e a adequação do processo pelo qual o status foi alcançado; (2) a natureza do local onde ocorreu a apreensão e detenção; e (3) os óbices práticos inerentes à verificação da titularidade ou não do direito ao *writ* constitucionalmente protegido.

Quanto ao primeiro item, os peticionantes não são cidadãos americanos e carregam o status de “inimigos combatentes”, atribuído por meio de procedimentos afeto ao CSRT (*Combatent Status Review Tribunal*). Todavia, os requerentes negam ser “inimigos combatentes” e, além disso, não foram julgados por qualquer violação à legislação de guerra por intermédio de comissão militar.

Referente ao segundo aspecto, tem-se que os locais de apreensão e detenção dos requerentes são, tecnicamente, fora da soberania territorial estadunidense. Ocorre que o controle da estação naval da baía de Guantánamo pelos Estados Unidos é absoluto e definitivo. Logo, a realidade mostra que Guantánamo é uma extensão do território estadunidense, incluindo-se em sua jurisdição.

No tocante ao terceiro apontamento, o governo não apresentou argumentos robustos de que a missão militar em Guantánamo ficaria comprometida caso mantida a jurisdição para apreciação dos pedidos de habeas corpus dos detentos. Ora, o Judiciário cubano não possui jurisdição sobre o contingente militar americano em Guantánamo,

⁷⁹ “**Section 3.** *New States may be admitted by the Congress into this Union; but no new State shall be formed or erected within the Jurisdiction of any other State; nor any State be formed by the Junction of two or more States, or Parts of States, without the Consent of the Legislatures of the States concerned as well as of the Congress.*

The Congress shall have Power to dispose of and make all needful Rules and Regulations respecting the Territory or other Property belonging to the United States; and nothing in this Constitution shall be so construed as to Prejudice any Claims of the United States, or of any particular State”.

tampouco sobre seus detentos. Logo, não restam dúvidas acerca da responsabilidade dos Estados Unidos sobre os atos praticados nesta base naval.

A Suprema Corte, até o presente momento, não tinha o costume de sustentar que não-cidadãos detidos pelo governo estadunidense em território sobre o qual outro país mantém a soberania *de jure* possuem direitos sob o manto da Constituição dos Estados Unidos. Nunca na história do país houve um precedente análogo ao aqui enfrentado, pois envolve a prisão de indivíduos, por ordem do Executivo, no curso de um conflito que não tem previsão para acabar.

Embora tecnicamente o território onde estão detidos não faça parte dos Estados Unidos, Guantánamo está sob seu total controle. Portanto, diante destas circunstâncias, a ausência de precedentes também não serve de obstáculo ao exercício do habeas corpus pelos detentos. Por esta razão, a Suprema Corte manteve a aplicabilidade do Artigo I, Seção 9, §2º, da Constituição, na Baía de Guantánamo, concedendo aos postulantes, conseqüentemente, o direito de exercício do habeas corpus para desafiar a legalidade de suas prisões, pois intrinsecamente ligado ao seu direito fundamental (humano, porque correspondente aos valores universalmente comuns⁸⁰) ao devido processo legal.

Com isso, demonstra que a questão da jurisdição e sua dimensão geográfica tem natureza apenas informativa e não dispositiva. A Constituição, disse a Suprema Corte, garante ao Congresso e ao Presidente o poder para adquirir, dispor e governar territórios, e não o poder de decidir quando e onde seus termos se aplicam.

Ademais, o Legislativo vem mantendo, no decorrer da história dos Estados Unidos, cuidado em preservar o *writ* e sua funcionalidade. A maioria dos atos legislativos editados referentes ao habeas corpus tem expandido seu alcance, e não reduzido. É nesta senda que a intensificação dos problemas da separação dos poderes e o fato desses detentos terem sido alijados do acesso ao judiciário por razoável período de anos, tornam esse caso excepcional.

⁸⁰ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **A Proibição Constitucional de Discriminação e a sua Eficácia no Âmbito do Direito Aplicado.** Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – Ano 5, nº 10 – Jul/Dez de 1997. Brasília: FESMPDFT, 1997, p. 70.

O MCA, na sua Seção 7, expressamente suprime a jurisdição do Judiciário na apreciação de qualquer pedido de habeas corpus formulado pelos “inimigos combatentes” (além de admitir a coerção nos depoimentos perante o julgamento militar). O dispositivo normativo, ora atacado de inconstitucionalidade, contém a seguinte redação:

“Nenhuma corte, justiça ou juiz deverá ter jurisdição para apreciar ou considerar um pedido de habeas corpus requerido por ou em benefício de um estrangeiro detido nos Estados Unidos e que tenha sido determinado pelo Estados Unidos como devidamente detido como inimigo combatente ou esteja pendente desta determinação”⁸¹.

Ora, nos raros casos em que o Legislativo substituiu o tradicional procedimento de habeas corpus por outro congênere, dada a especificidade de cada situação, foi mantido o poder revisional do Judiciário a fim de assegurar a *ratio essendi* do writ. Como se não bastasse, enquanto os apelos estavam pendentes, o Congresso promulgou o Ato de Tratamento de Prisioneiro – DTA (*Detainee Treatment Act of 2005*), cujo texto (§1005), em consonância ao disposto no MCA, Seção 7, traz o seguinte dispositivo: “*nenhuma corte, justiça ou juiz terá jurisdição para... considerar... um pedido de habeas corpus requerido por ou em benefício de um estrangeiro detido... como inimigo combatente*”⁸². Além disso, o DTA deu ao *DC Circuit* jurisdição exclusiva sobre a revisão das decisões emanadas dos CSRTs.

A Suprema Corte entende, então, que a intenção do Congresso, ao editar tal dispositivo legal, não era de criar uma processualística diversa da tradicional, mas tão-somente de limitá-la. Seria, no caso, reduzir o espectro da revisão judicial sobre as decisões militares-administrativas.

Não obstante, fundamenta a Corte, há de se ter em mente que o direito ao habeas corpus concede ao seu paciente a ampla oportunidade de demonstrar que sua privação de liberdade é ilegal. Do mesmo modo, o Judiciário, ao apreciá-lo, deve ter o poder de libertá-

⁸¹ “**SEC. 7. HABEAS CORPUS MATTERS** - No court, justice, or judge shall have jurisdiction to hear or consider an application for a writ of habeas corpus filed by or on behalf of an alien detained by the United States who has been determined by the United States to have been properly detained as an enemy combatant or is awaiting such determination”.

⁸² “No court, justice, or judge shall have jurisdiction to hear or consider an application for a writ of habeas corpus filed by or on behalf of an alien detained by the United States and has been determined by the United States to have been properly detained as an enemy combatant or is awaiting such determination”.

lo caso entenda ilícita sua detenção. Estes são atributos essenciais e latentes de qualquer procedimento constitucionalmente adequado de habeas corpus.

Ademais, uma condenação criminal geralmente surge de um processo de cognição diante de um tribunal imparcial e comprometido com sua processualística. Neste dedilhar, a Suprema Corte não enxergou tal dinâmica nas detenções promovidas por ordem do Executivo, tampouco no rito procedimental especificamente criado. Por esta razão que a necessidade do habeas corpus se avulta cada vez mais urgente e, para sua plena efetividade, imprescindível que o Judiciário, ao apreciá-lo, tenha autoridade suficiente para conduzir o exame da causa que ensejou a restrição da liberdade, bem como do ato de detenção exercido pelo Executivo.

Na análise do pedido de habeas corpus, contudo, afigura-se ineliminável a verificação do processo do CSRT, notadamente quanto ao mérito administrativo pelo qual o Executivo tipificou os peticionantes como “inimigos combatentes”. Nesta seara, não há como desconsiderar a supressão dos direitos dos detentos em contra-argumentar os fatos que lhes são imputados e que lhes atribuem o epíteto de “inimigos combatentes”, além de lhes serem negada a assistência jurídica.

Em que pese o sistema normativo dos Estados Unidos permitirem a substituição da ortodoxia processual do habeas corpus por outro que lhe faça às vezes, resta clarividente que o CSRT regularmente constituído não satisfaz o postulado do devido processo. A condução dos fatos neste tribunal rechaça a publicidade e possui conotação acusatória, cuja consequência representa a detenção de indivíduos pelo tempo que durarem as hostilidades, seja uma geração ou mais.

As disposições normativas do DTA permitem a revisão da condenação proferida pela CSRT pela Justiça civil, mas limita o espectro do reexame às provas produzidas no processo. Contrariamente, a Suprema Corte entendeu que o Judiciário deve sim, na análise dos atos processuais dos CSRTs, considerar provas relevantes de conotação exculpatória que era acessível ou estava disponível ao governo quando da cognição do CSRT, mas não integrou a instrução processual.

Outro ponto juridicamente desfavorável ao DTA é que, segundo seus termos, os detentos “inimigos combatentes” não possuem oportunidade de apresentar em juízo novas provas descobertas após concluídos os procedimentos do CSRT. Ademais, se o detento pode razoavelmente apresentar provas que venham erodir a fundamentação de sua prisão, deve ter ele a oportunidade de fazê-lo perante uma corte de justiça por meio de habeas corpus. Afinal, é uma alternativa processual de proteção contra o exercício arbitrário dos poderes governamentais.

Portanto, o entendimento alcançado pela Suprema Corte foi de que a configuração dada pela lei – DTA – para o instrumento de revisão criminal das cortes militares não pode ser considerado como constitucionalmente adequado à substituição do habeas corpus. Desde a guerra civil dos Estados Unidos, a declaração de uma situação de suspensão do *writ* está sujeita a critérios muito estritos: existência de uma situação de emergência real que ameace a vida da nação. Por esta razão, declara a inconstitucionalidade do §7º do MCA que suspende o direito ao manejo do habeas corpus por “inimigos combatentes”, acreditando – erroneamente – que o procedimento revisional descrito no DTA basta para supri-lo.

Impende elucidar que o vício de inconstitucionalidade somente atingiu o MCA, permanecendo intacta a processualística adotada pelo DTA e CSRT. Por oportuno, a Suprema Corte não adentrou ao mérito da inocência ou culpa dos postulantes, mas apenas deixou o registro de suas titularidades para o exercício do pedido de habeas corpus que, para seu manuseio, independe do exaurimento dos procedimentos revisionais previstos na legislação comentada.

O entendimento majoritário foi obtido numa apertada margem de 5 a 4. Seguiram com a relatoria do ministro Anthony M. Kennedy os ministros David H. Souter, Ruth Bader Ginsburg, Stephen G. Breyer e John Paul Stevens. Os dissidentes foram os ministros Antonin Scalia, Samuel A. Alito Junior, John G. Roberts Junior e Thomas Clarence.

3.4.4 *District of Columbia et al v. Heller.*

Este caso, particularmente, é um dos mais controvertidos e importantes da atualidade, tendo em vista que se vale da interpretação constitucional como mecanismo de atualização de linguagem como medida antiterrorista. Os delineamentos da fundamentação jurídica realizada franqueou a todo cidadão o direito de possuir armas em casa como forma de assegurar sua legítima defesa.

O contexto fático apresentado foi que a legislação do Distrito de Columbia veda, de forma geral, a posse de armas de fogo. Considera crime possuir arma de fogo sem registro e, além disso, proíbe o registro. Essa legislação, aliás, exige dos cidadãos que de qualquer forma adquiriram e/ou possuem armas licitamente em suas residências, que as mantenham desmuniçadas, desmontadas ou com trava no gatilho (ou qualquer outro mecanismo semelhante).

Dick Anthony Heller, policial, possui autorização para portar arma de fogo durante o serviço e somente no local de serviço. Desejando adquirir um revólver para guardá-lo em sua casa, requereu um novo certificado de registro que acabou sendo recusado pelo Distrito de Columbia. Diante da recusa, ingressou no Judiciário vindicando seu direito subjetivo à posse de arma com fulcro na Segunda Emenda da Constituição dos EUA (*“Uma milícia devidamente constituída, sendo necessária à segurança de um Estado livre, o direito do povo de manter e carregar consigo armas, não será infringido”*⁸³), contrastando-a com os procedimentos para registro de armas de fogo (o requerimento de licença para porte de arma, na medida em que proíbe seu uso desautorizado no âmbito residencial; e o requerimento da trava do gatilho, na proporção em que veda o uso de armas funcionais no domínio doméstico). Sua pretensão, portanto, consistia na fundamentação de que a Segunda Emenda assegura o direito individual de possuir arma de fogo e, com isso, configura sua violação a política da cidade em banir as armas de uso doméstico, bem como a exigência de se manter em casa armas inoperantes e/ou ineficientes, ainda quando necessário à defesa pessoal.

Em primeira instância teve seu pleito recusado. Irresignado, recorreu e, em segunda instância, reverteu o mérito da decisão, obtendo, assim, o provimento do seu pedido. Então, inconformado, o Distrito de Columbia levou o tema à Suprema Corte que o julgou em

⁸³ *“A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed”*.

26 de junho de 2008, conduzido (relatoria) pelo Juiz Antonin Scalia, o mais conservador dentre todos os nove membros do Tribunal⁸⁴.

Esses contornos iniciais, portanto, contribuem para uma compreensão apriorística do consenso jurídico formado na decisão do caso *District of Columbia et al v. Heller*. No entanto, antes de debruçar-nos sobre o caso, faz-se imprescindível uma rápida retrospectiva histórico-constitucional dos Estados Unidos que, conforme se verá, representou o palco temático da decisão comentada.

Na época dos Artigos Confederados de 1777, o Congresso apenas poderia convocar tropas por requisição a cada Estado que, por sua vez, poderia proporcionar somente uma parcela limitada de homens. Ocorre que, na Guerra Revolucionária contra o domínio britânico, que perdurou até 1783, este sistema de requisição impotencializou o exército revolucionário, que tinha que se ater às cotas estabelecidas nos Artigos da Confederação⁸⁵.

Malgrado o término da guerra, que durou sete anos, resistia nos norte-americanos um ranço de preocupação de submissão a outro regime político semelhante ao que, recentemente, livraram-se. Além disso, dividiam-se quanto ao desejo das treze colônias – que em 1777 formaram uma Confederação de treze Estados soberanos⁸⁶ – tornarem-se uma só nação (federação), enciumados que estavam de suas prerrogativas e igualmente indispostos a ceder qualquer um de seus poderes a um governo nacional. Mas, ainda assim, havia um movimento tímido em prol da federalização dos Estados, cujo poder estaria concentrado num ente central.

A história revivida pela Suprema Corte no seu julgamento demonstra que os Artigos da Confederação falharam no seu papel de harmonizar as relações entre os Estados. Ao surgir como reação açodada ao regramento arbitrário de um governo, acabou por dividir demais os poderes entre os treze Estados, enfraquecendo sua regência diante dos diversos

⁸⁴ PERRY, Barbara A. **The Supremes: Essays on the Current Justices of the Supreme Court of the United States**. New York: Peter Lang, 2001, pp. 57/58; e SMITH, Christopher E. **Justice Antonin Scalia and the Supreme Court's Conservative Moment**. Westport: Praeger, 1993, pp. 02 e 25.

⁸⁵ AMAR, Akhil Reed. **America's Constitution: a biography**. New York: Random House Trade Paperbacks, 2005, pp. 114/115.

⁸⁶ Delaware, Pennsylvania, New Jersey, Georgia, Connecticut, Massachusetts, Maryland, South Carolina, New Hampshire, Virginia, New York, North Carolina e Rhode Island.

conflitos locais e regionais. Desta forma, os líderes dos Estados confederados acharam por bem reunirem-se para rediscutir aquele estatuto.

No encontro sediado em Filadélfia, de onde surgiu a Constituição dos Estados Unidos, face às ideologias distintas na época – que persistem até os dias atuais, dois grupos políticos se formaram: federalistas e antifederalistas. Não obstante, a Constituição de 1787 esvaziou os poderes que até então se concentravam nas mãos do Executivo e os transferiu ao Legislativo. Dentre estas novas competências, reside a de declarar guerra. Logo, a partir da Magna Carta, não pertence mais ao Presidente o poder de envolver os Estados Unidos em guerra, mas tão-somente de, enquanto Chefe das Forças Armadas (*Commander in Chief*), comandar a defensiva militar quando o país estiver sob ataque e conduzir diretamente as operações de guerra autorizadas pelo Congresso⁸⁷.

Outra inovação foi a quebra do antigo sistema de requisição militar dos Artigos Confederados, desvinculando-o de cotas, mas o atribuiu exclusivamente ao governo central. Apenas ele tinha o poder de convocar seu próprio exército sem que fosse preciso qualquer intervenção estatal e, do mesmo modo, autorizar a formação de milícias estaduais que tinham o dever de executar as leis da União, reprimir insurgências e repelir invasões, nos termos da Seção 8, do Artigo I, da Constituição.

A criação de milícias representou uma verdadeira inovação, mas somente em benefício do governo federal. Não havia, em contrapartida, a mesma previsão de convocação de milícias para se opor a um possível abuso de poder investido pelo governo central. Ainda fomentados pelo espírito de 1776, o povo norte-americano queria a legalidade de formação de milícias estaduais em contraponto a qualquer traço de tirania do governo nacional⁸⁸.

No Congresso realizado em New York, no ano de 1791, para a entabulação das emendas constitucionais consagradoras dos direitos fundamentais, James Madison (considerado o pai do *Bill of Rights*) expôs que o texto atinente à Segunda Emenda (que na

⁸⁷ COLE, David. **Justice at War: the men and ideas that shaped America's war on terror**. New York: New York Review of Books, 2008, pp. 22/24.

⁸⁸ AMAR, Akhil Reed. **America's Constitution: a biography**. New York: Random House Trade Paperbacks, 2005, p. 117.

proposta original era a Quarta) compunha-se de dois períodos: o primeiro dizia “*o direito de manter e carregar consigo armas não deverá ser infringido*”; o segundo, separado do primeiro com um “ponto-e-vírgula”, dizia que esse direito – do primeiro período – originava-se da necessidade “*de uma milícia devidamente armada e constituída para a proteção da segurança de um país livre*”. Ao passar pelo crivo dos congressistas, entretanto, os dois períodos foram aglutinados, na sua ordem reversa, e o ponto-e-vírgula foi substituído pela vírgula, transmutando-se no texto que hoje representa a Segunda Emenda (“*Uma milícia devidamente constituída⁸⁹, sendo necessária à segurança de um Estado livre, o direito do povo de manter e carregar consigo armas, não será infringido*”)⁹⁰.

As emendas constitucionais do *Bill of Rights*, conforme anotado por Arnaldo Godoy, foram originalmente concebidas como instrumento de proteção do indivíduo em face do poder central. As oito primeiras emendas enaltecem claramente a intenção do Congresso e dos Estados de que fossem aprovadas medidas de proteção de direitos específicos contra a invasão do governo federal⁹¹. Representavam, sobretudo, a preexistência de princípios de liberdade e autogoverno⁹².

Por conseqüência, a Segunda Emenda, epicentro deste julgado, surgiu em 1791, época em que pulsava a luta de auto-afirmação do federalismo. Logo, havia um incentivo, naquela ocasião, para a formação de milícias armadas de cidadãos, que se insurgiam nos momentos emergenciais de ameaça à Constituição recém-nascida e em tentativas autoritárias de subjugação do povo. Então, a Segunda Emenda emergiu de um contexto histórico que justificava a inserção do vocábulo “milícia” no seu corpo normativo.

No exame jurídico sobre a pretensão de Heller, a Suprema Corte, por sua vez, destacou que a Segunda Emenda garante o direito individual de possuir arma de fogo desassociado do serviço em milícia e para fins tradicionalmente lícitos, como a defesa pessoal

⁸⁹ A tradução da locução “*well regulated*” tomou como premissa a interpretação conferida pelo próprio Juiz Antonin Scalia, ao inferir ser a expressão nada mais do que uma imposição apropriada de disciplina e treinamento.

⁹⁰ IRONS, Peter. **A People’s History of the Supreme Court: the men and women whose cases and decisions have shaped our Constitution**. New York: Penguin Group, 2006, p. 75.

⁹¹ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. Barueri: Manole, 2004, p. 81.

⁹² AMAR, Akhil Reed. **America’s Constitution: a biography**. New York: Random House Trade Paperbacks, 2005, p. 316.

na esfera residencial. Enaltece que a menção de milícia no corpo da Emenda – que naturalmente se desdobra em duas partes – anuncia apenas uma declaração de propósito (cláusula prefacial, ou minipreâmbulo, segundo Tribe e Dorf⁹³ – *Uma milícia devidamente constituída, sendo necessária à segurança de um Estado livre*”), que remonta ao momento da fundação da Constituição, mas não limita nem estende o direito à posse de armas (cláusula operacional – *“o direito do povo de manter e carregar consigo armas, não será infringido”*).

Se analisada a redação e o arcabouço histórico da cláusula operacional, enfatizou o ministro Antonin Scalia, chega-se à conclusão de que sua conotação é de assegurar um direito individual de posse de armas. A cláusula prefacial possui função nitidamente aclaradora, explicativa. Portanto, é indelével o valor histórico da cláusula prefacial, mas isso não permite que ela se sobreponha ou conduza a interpretação da cláusula operacional.

O termo “milícia” compreendia todos os homens fisicamente capazes e dispostos de agir em conjunto em prol da defesa comum, repelindo invasões e reprimindo situações de insurreição. Os antifederalistas temiam que o Governo Federal desarmasse o povo com o intuito de dismantelar as milícias formadas pelos cidadãos. O objetivo da Emenda, por conseguinte, era o de anular o poder do Congresso de abreviar o antigo direito individual de posse de armas. Somente assim preservaria o ideal das milícias formadas pelos cidadãos, que consistia na sua eventual utilidade para opor uma força militar opressiva, caso a ordem constitucional ruísse.

Destarte, a cláusula prefacial da Segunda Emenda tão-somente anuncia o propósito pelo qual o direito foi codificado na Constituição. Isso não significa dizer que a preservação de milícias seja a única razão que valoriza esse antigo direito, de modo que, hoje, a Emenda poderia ser reescrita da seguinte forma: *Porque uma milícia devidamente constituída é necessária à segurança de um Estado livre, o direito do povo de manter e carregar consigo armas não deverá ser infringido.*

⁹³ TRIBE, Laurence; e DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional**. Trad. Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 08.

Esta compreensão desenvolvida pela Suprema Corte, enfim, se coaduna com os modelos análogos das normas constitucionais preconizadas pelos Estados, alguns antecedentes (como o §13 da Declaração de Direitos da Pennsylvania de 1776) e outras posteriores à positivação da Segunda Emenda (como as Constituições dos Estados de Kentucky, Ohio, Indiana, Missouri, Mississippi, Connecticut, Alabama, Tennessee e Maine, editadas entre 1789 e 1820). Os textos, praticamente idênticos, reproduziam unissonamente que *todos têm o direito de possuir arma para defesa própria e do Estado*, demonstrando, de maneira inequívoca, que o direito plasmado na Segunda Emenda refere-se à outorga atribuída a cada americano de, a seu talante, portar arma, independentemente de sua conexão com qualquer milícia.

Consagra-se no caso *District of Columbia et al v. Heller*, então, que a Constituição protege o direito de todos terem armas. Não há dúvida que o regular exercício deste direito fundamental compreende o momento em que o cidadão guarda o revólver por legítima precaução, quando pratica seu uso em lugares seguros, bem como, no seu devido tempo, ensina seus filhos a fazer o mesmo. Do mesmo modo, a pessoa cuja residência ou trabalho envolve risco, pode possuir uma arma de fogo para sua apropriada defesa. O direito de estar armado sempre foi o privilégio mais distinto de um homem livre.

O direito de possuir armas, contudo, não é ilimitado, alertam os ministros. A Segunda Emenda não confere o direito a qualquer um de manter e carregar consigo qualquer arma, de qualquer maneira ou para qualquer propósito. Somente as armas usualmente comuns para os fins lícitos podem ser utilizadas, eliminando-se, portanto, as de uso restrito ou exclusivo, conforme definição e disposição legal. Em igual proporção, proíbe-se o manejo de armas por criminosos e doentes mentais; impõem-se certas condições e qualificações para o comércio de armas; e veda-se a posse de armas em determinados locais, tais como escolas e prédios do governo.

Neste sentido, concluiu-se que a política geral de se proibir a posse caseira de armas de fogo e o requerimento de trava de gatilho exigido pelo Distrito de Columbia, no tocante ao direito de cada um em defender a si próprio, sua família e sua propriedade, agride a Segunda Emenda. Afinal, é justamente nos lares dos americanos que potencialmente reside a necessidade da defesa atrelada ao sentimento de segurança. Igualmente inconstitucional é a exigência de que qualquer arma de uso lícito guardada em casa seja desmontada ou desativada

por uma trava de gatilho, uma vez que impede o exercício do direito fundamental conferido a todos.

Insta anotar que o presente caso, o mais recente emitido pela Suprema Corte na linha temática do terrorismo, causa um pouco de espanto aos que acompanham a evolução argumentativa que vem sendo tratada nos julgamentos. Fiando-se no seu grande e místico prestígio e no habilidoso empenho didático que possui junto aos americanos, bem como na condução das vontades dos setores políticos, no caso *District of Columbia et al v. Heller*, a corte constitucional passou a valorar uma definição de segurança existencial, isto é, uma segurança ampliada para a existência.

Com isso, a Suprema Corte atribuiu nova configuração à retórica jurídica e política da liberdade para a segurança, ajustando novel simetria de liberdade e segurança (vetores normativos de um Estado de Direito). Nesse sentido, a segurança funciona como uma condição necessária da liberdade. Justamente neste clima que, consoante anota Günter Frankenberg⁹⁴, ocorre a consecução de emendas à gramática constitucional da segurança, que se revelam verdadeiras mutações constitucionais (novas leituras).

Neste campo, sempre foi intenso o debate doutrinário acerca do controle de armas e a *mens legis* da Segunda Emenda, dividindo os juristas norte-americanos em dois grupos que, por sinal, ficaram bastante caracterizados na apertada decisão de 5 contra 4 do caso em pauta. A esse respeito, Peter Irons⁹⁵ afirma que basta pesquisar os anais do Congresso de New York, que deliberou sobre a Segunda Emenda, que se verá claramente que o objetivo era armar cidadãos que pertenciam a milícias locais, para com isso desestimular qualquer intenção do Parlamento em preparar um exército federal para oprimir ou invadir Estados. Quanto ao direito de portar armas, conferido apenas aos milicianos (o que

⁹⁴ FRANKENBERG, Günter. **Constituição como Gramática de Conflitos Sociais**. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. Revista Direito Público – Vol. 04, nº 14, Out-Nov-Dez de 2006. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2006, pp. 62 e 68/69.

⁹⁵ No mesmo sentido, TRIBE, Laurence; e DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional**. Trad. Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pp. 08/09.

atualmente equivaleria à Guarda Nacional, composta de voluntários semiprofissionais⁹⁶), acrescenta, não houve qualquer oposição entre os presentes, nem um membro sequer⁹⁷.

Noutro giro, há quem interprete de maneira diversa. Akhil Amar, em análise pormenorizada, suscita sofisticados métodos de compreensão. Primeiro, diz que a parte final da Emenda, que apregoa “*não será infringido*”, aparece no segundo período do texto, que se refere ao direito das pessoas – e não dos Estados – como forma de assegurar a democracia. Afinal este comando proibitivo dirigia-se ao Congresso, em contraposição ao poder que possuía de autoritariamente controlar as milícias (Seção 8, do Artigo I, da Constituição).

Em seguida, Amar explica o equívoco interpretativo que muitos intérpretes exercem sobre a Emenda, pois persistentemente desconstroem as palavras “milícia” e “povo” por imposição de definições dos séculos XX e XXI num texto do século XVIII. A realidade e o contexto histórico em que os constituintes se encaixavam não fazia distinção entre milícia e povo: o povo era a milícia e a milícia era o povo. Certamente que este cenário social que erigiu a Segunda Emenda não mais subsiste, mas isto não pode servir de subterfúgio a uma análise reducionista, ou seja, não se pode conceber uma interpretação que retire do cidadão o direito de possuir arma para sua própria proteção⁹⁸.

Na doutrina ocidental de hermenêutica constitucional, o posicionamento de Peter Irons se correlaciona à corrente interpretativista, para o qual é permitida a criatividade judicial na interpretação constitucional desde que não ultrapasse o âmbito de seu significado lingüisticamente possível. Já Akhil Amar adere à corrente não-interpretativista, para quem o momento interpretativo invoca outros valores substantivos, levando-se em conta a historicidade e a estrutura do texto constitucional, dando ao intérprete liberdade de concretização⁹⁹.

⁹⁶ AMAR, Akhil Reed. **America’s Constitution: a biography**. New York: Random House Trade Paperbacks, 2005, p. 322.

⁹⁷ IRONS, Peter. **A People’s History of the Supreme Court: the men and women whose cases and decisions have shaped our Constitution**. New York: Penguin Group, 2006, p. 75.

⁹⁸ AMAR, Akhil Reed. **America’s Constitution: a biography**. New York: Random House Trade Paperbacks, 2005, pp. 322/326.

⁹⁹ COELHO, Inocência Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 55/57.

Para Joaquín Camazano, se a jurisprudência norte-americana se apoiar predominantemente na análise lingüística de um conceito e nas idéias e intenções históricas dos fundadores da Constituição, estaremos diante de uma interpretação “interpretativista”, ou exegética. Ao revés, se considerar decisivo determinados valores materiais (como a liberdade e a igualdade), repousados em concepções axiológicas que conduzem a uma interpretação substancial, estaremos diante do “não-interpretativismo”¹⁰⁰.

A esse respeito, Inocêncio Coelho registra que, no caso particular dos Estados Unidos, é por força do não-interpretativismo que a sociedade e a economia mais dinâmica do planeta coexistem com a estrutura constitucional mais antiga e subdesenvolvida do ocidente, o que confere à Suprema Corte uma mediação criadora, ensejadora de soluções adaptativas, traduzidas nas mais radicais mutações constitucionais de que se tem conhecimento¹⁰¹. É a tão expressada sintonia entre a realidade histórica e a superestrutura institucional, preconizada por Konrad Hesse, que permite essa longevidade jurídico-política, aqui representada no perene entrançamento entre a força normativa da Constituição e a realidade social subjacente à Carta Política¹⁰².

No âmbito da corte constitucional, os quatro ministros que se manifestaram contrários ao entendimento prevalecente (John Paul Stevens, David H. Souter, Ruth Bader Ginsburg e Stephen G. Breyer), em suma, entenderam que: (a) na linha interpretativista, a concessão livre da posse de armas não se concilia com a intenção dos constituintes quando da consagração da Segunda Emenda; (b) o direito de portar arma, previsto na emenda constitucional, pode ser regulamentado pelos Estados que, por sua vez, podem limitá-lo em prol do interesse público (proteção à vida e segurança pública, especificamente), desde que o faça razoável e apropriadamente, como o fez o Distrito de Columbia; e (c) a liberdade no uso de armas irá aumentar estrondosamente o nível de violência no país.

¹⁰⁰ CAMAZANO, Joaquín Brage. **Algunos Aspectos de Teoría General Constitucional sobre los Derechos Fundamentales en los EEUU**. Revista de Estudios Políticos, núm. 123, enero-marzo 2004, Madrid, Espanha: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 284/285.

¹⁰¹ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 57 e 59.

¹⁰² HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 11/24.

Não obstante, a parcela majoritária dos ministros da Suprema Corte afirmam categoricamente que a simples proibição de uso de armas não se traduz numa solução. Isto porque a Constituição concede ao Distrito de Columbia uma gama de ferramentas hábeis ao combate dessa mazela, inclusive algumas medidas de controle de armas. A proeminência atribuída aos direitos de estatura constitucional impreterivelmente acarreta na supressão de algumas escolhas políticas, sob pena de inefetividade da norma fundamental.

Ademais, conscientizam-se do posicionamento de que alguns entendem prejudicada a Segunda Emenda quando, ao lado da violência fomentada pelo uso de armas, têm-se elementos sociais que enaltecem as forças armadas norte-americanas como o orgulho da nação, além da força policial bem treinada, capaz de assegurar a segurança dos cidadãos nas ruas. Em contraposição, todavia, asseguram que a concepção moderna da Constituição, indubitavelmente, atribui maior respeito ao exército federal e enaltece as milícias estaduais com bem menos ênfase do que idealizava os seus constituintes, que avistavam a curta distância o perigo do autoritarismo¹⁰³.

Desfecham, ao final, anotando que estas questões são de fato discutíveis, mas o que certamente é indiscutível é o fato de não compreender o papel da Suprema Corte qualquer pronunciamento que leve à extinção da Segunda Emenda. O simbolismo do direito ao combate, conseqüentemente, confere a seus destinatários, de maneira cândida, uma pretensão de proteção diante dos riscos de vida gerais. A interpretação constitucional conferida à Segunda Emenda, norteadas pelas influências recíprocas do direito e da política, passa a esconder um discurso antiterrorista de liberdade.

Por fim, a Suprema Corte decide que Dick Anthony Heller não é desqualificado para o exercício do direito vicejado na Segunda Emenda e, conseqüentemente, o Distrito de Columbia deve permitir o registro de seu revólver, emitindo-lhe uma licença para portá-lo em sua residência. Este foi o entendimento majoritário obtido em plenário, numa votação apertada de 5 a 4 (a relatoria foi do juiz Antonin Scalia, acompanhado dos juizes John G. Roberts Jr, Anthony M. Kennedy, Clarence Thomas e Samuel A. Alito Jr. Vencidos,

¹⁰³ AMAR, Akhil Reed. **America's Constitution: a biography**. New York: Random House Trade Paperbacks, 2005, pp. 119.

portanto, os juízes John Paul Stevens, David H. Souter, Ruth Bader Ginsburg e Stephen G. Breyer).

Neste diapasão, o controvertido julgamento do caso *District of Columbia et al v. Heller*, certamente representa uma das mais importantes decisões da Corte na atualidade e, igualmente, significativa e polêmica. Sob essa perspectiva, a decisão em comento se funda no infundável discurso de medidas antiterroristas, valendo-se da oportunidade para armar o Estado de Direito de instrumentos de autodefesa.

Na interpretação dada à Segunda Emenda da Constituição dos Estados Unidos quanto ao direito de se ter livremente armas de fogo, a Suprema Corte definiu uma nova gramática constitucional. Levou em consideração os aspectos históricos jungidos à redação da Emenda, mas a interpretou segundo a realidade presente, adaptando, portanto, sua semântica ao contexto social e político hodierno. Com isso, conferiu aos seus cidadãos o direito ao combate, legitimando, por via reflexa, um estado de exceção consolidado, tendo em vista que a situação-limite (ou de exceção) da legítima defesa é colocada de forma permanente.

3.5 Observações Finais

Esta situação de emergência identificada pelo Governo dos Estados Unidos se caracteriza pela justificativa dos meios pelos fins, de sorte que as normas excepcionais, ainda que restritivas de liberdade, ganham legitimidade enquanto instrumentos necessários para superar as crises e preservar as conquistas democráticas ameaçadas¹⁰⁴. Isto mais do que denota, consoante aponta Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a contraposição existencial entre o direito normal e o direito excepcional¹⁰⁵.

¹⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.272.

¹⁰⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 129/130.

Palpita dos julgados citados a constante tensão existente entre o direito e a política na história dos Estados Unidos, mormente quando ventilada uma situação de emergência. Em que pese o poder normativo exercido pela jurisprudência estadunidense, por força da regra dos precedentes (*stare decisis*), Alexander Bickel, oportunamente, elucida que o conteúdo decisório dos julgamentos finais da Suprema Corte geralmente tem perdurado por uma ou duas gerações. Isso, alerta o jurista, é tempo suficiente para nos causar preocupação e, o ponto verdadeiramente intrigante, conseqüentemente, é saber o que acontece no decorrer dessa geração ou gerações, enquanto se aguarda a viragem da jurisprudência¹⁰⁶.

¹⁰⁶ BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2ª edição. New Haven: Yale University, 1986, pp. 244/245.

4. CARACTERÍSTICAS E NATUREZA DO ESTADO DE EXCEÇÃO

4.1 Considerações Iniciais

No Direito Constitucional contemporâneo, as Constituições já trazem no seu bojo a normatização do estado de exceção, quais direitos serão restringidos e como deverá o Estado se comportar. Todavia, como dito anteriormente, a Constituição dos Estados Unidos data de 1787 e sobrevive por meio dos mecanismos de atualização de linguagem constitucional.

Destarte, não há no corpo daquela Constituição referências às situações de anormalidade que encontramos nas Constituições mais modernas. A única menção a emergência presente diz respeito à suspensão do direito ao habeas corpus (artigo 1º, Seção 9, §2º) nos casos de rebelião ou invasão quando a segurança pública assim exigir.

De um lado se encontram os direitos fundamentais e de outro a defesa do Estado e das instituições democráticas. Nesta balança, tem-se legitimado o exercício dos direitos dentro dos limites razoáveis e proporcionais ao passo que ao Estado é permitido tomar as medidas necessárias à retomada da normalidade. Se os indivíduos estão sujeitos ao controle judiciário, o estado sofre o mesmo controle acrescido do político, pelos abusos cometidos por seus agentes¹⁰⁷.

O Estado limita os direitos e é limitado pelos direitos. A humanidade enfrenta crises decorrentes de abusos no exercício de direitos, convulsões internas, guerras, situações que exigem uma sistemática de emergência para o restabelecimento da normalidade, para a defesa das instituições e do Estado.

¹⁰⁷ RAMOS, Dircêo Torrecillas. **Direitos Fundamentais nas Crises**. In MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, pp. 487/488.

Ataques terroristas justificam a restrição de liberdades apenas demonstrado que, com isso, fortalece-se a segurança. Portanto, defende Michael Ignatieff, é lícito deter suspeitos e mantê-los presos sem julgamento até que se descubra a natureza do risco que representam. Entretanto, ressalta, devem os detidos, ao mesmo tempo, ter direito a defensor constituído e à revisão judicial sobre sua detenção, uma vez que um Estado Democrático de Direito tolera as restrições de direitos estritamente necessárias e por um período de tempo determinado. Nenhum “buraco negro constitucional” pode se desenvolver sob o argumento da guerra contra o terror¹⁰⁸.

Nesta senda que José Afonso da Silva professa ser o estado de exceção norteado por dois princípios reitores, o da necessidade e da temporariedade. Sem que se verifique a necessidade, o estado de exceção configurará situação de arbitrariedade e sem fixação de tempo limitado para a vigência da situação de (legalidade) extraordinária, o estado de exceção transforma-se em ditadura¹⁰⁹.

Entre os mecanismos que as Constituições do mundo utilizam nas crises para a defesa da ordem constitucional temos: a suspensão da Constituição, a lei marcial, a suspensão do habeas corpus e o estado de sítio. No sistema da *common law*, particularmente, é tradicional o modelo da lei marcial (*martial law*), que consiste no direito de se repelir a força pela força em caso de invasão, de insurreição, de tumulto e de resistência violenta à lei. Esta modalidade de combate à crise não envolve a suspensão de direito comum nem afasta o controle judicial sobre os atos praticados, mas tão-somente o emprego de meios adequados ao restabelecimento da normalidade. É, portanto, um estado de fato que não altera a ordem jurídica¹¹⁰.

A suspensão do habeas corpus significa, apesar da importância do instrumento, que em determinadas circunstâncias ele pode e deve ser suspenso. De origem anglo-americana, o *writ* foi regulado pela lei inglesa de 1679 que previa sua suspensão em

¹⁰⁸ IGNATIEFF, Michael. **The Lesser Evil: political ethics in an age of terror**. New Jersey: Princeton University Press, 2004, pp. 29/30.

¹⁰⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 761/762.

¹¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 116/117.

caráter transitório para casos em que a gravidade requeria ação drástica. Depois disto, foi inserido na Constituição, art. 1º, Seção 9, §2º, a suspensão em caso de rebelião ou invasão quando a segurança pública o exigir, tendo como requisito o ato formal do poder competente. Desde a guerra civil dos Estados Unidos, entretanto, a declaração de uma situação de emergência está sujeita a critérios muito estritos: existência de uma situação de emergência real que ameace a vida da nação¹¹¹.

A suspensão da Constituição significa que, ameaçada a segurança do Estado, poderia ser suspensa a vigência da própria Constituição e, conseqüentemente, o Governo tornar-se-ia ilimitado por tempo indeterminado¹¹². Desta feita, as tradições jurídicas bipartem-se entre aqueles que procuram inserir o estado de exceção no âmbito do ordenamento jurídico e aqueles que o consideram exterior a esse ordenamento, como um fenômeno substancialmente político (e extrajurídico). Nesta segunda corrente, o jurista de maior destaque é Carl Schmitt, cuja acepção segue abaixo.

4.2 Conceito de Carl Schmitt

Carl Schmitt enxerga o estado de exceção como meio adequado à definição jurídica de soberania. Isto porque o estado de exceção se apresenta em situação de ameaça à unidade política do Estado – com risco à sua própria existência – que compele, pela sistemática lógico-jurídica, à tomada de decisão por um soberano acerca da suspensão do Direito enquanto ferramenta política à auto-conservação do Estado. Toda ordem, por conseguinte, repousa em uma decisão¹¹³.

A partir do conceito político de Carl Schmitt, entender o Estado como unidade política significa entendê-lo como unidade pacificada por meio do político. O

¹¹¹ GROSSMAN, Claudio. **Situaciones de Emergência en El Hemisferio Occidental. Propuestas para Fortalecer La Protección de Derechos Humanos.** In SMITH, James Frank (coord.). **Derecho Constitucional Comparado México-Estados Unidos – Tomo I.** 1ª edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1990, p. 176.

¹¹² RAMOS, Dircêo Torrecillas. **Direitos Fundamentais nas Crises.** In MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 494.

¹¹³ SCHMITT, Carl. **Teologia Política.** Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 07/08.

objetivo do Estado é produzir dentro do seu território uma pacificação completa, pressuposto necessário para a vigência do Direito. Logo, o Estado, como unidade política, e enquanto existir como tal, tem a capacidade para determinar por si mesmo quem é amigo e quem é inimigo – compreendido não como um oponente pessoal, mas como um adversário público, que desafia a existência da unidade política, traduzindo-se numa ameaça real à existência continuada do povo concreto¹¹⁴.

Seguindo esta concepção, o sentido concreto da controvérsia sobre soberania se dá sobre aquele que decide, em caso de conflito, em que consiste o interesse público e do Estado, a segurança e a ordem pública – para ele, a soberania não consiste no monopólio da coerção ou da dominação, mas da decisão.

Deste modo, definir soberania como decisão sobre o estado de exceção significa dizer que o ordenamento está à disposição de quem decide. O soberano, assim, está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico, pois ao utilizar o seu poder de suspender a validade do direito – cuja determinação positiva encontra-se na própria Constituição, coloca-se legalmente fora da lei¹¹⁵.

Ademais, ao conferir a competência de suspensão do Direito ao soberano, a Constituição o faz sem lhe impor qualquer controle sobre suas ações e sem partilhar o poder de decisão sobre a ocorrência do estado de necessidade extremo (*extremus necessitatis casus*) e o que se deve fazer para saná-lo. Defende, por isso, que a ordem jurídica, como toda ordem, repousa em uma decisão e não em uma norma.

Então, ao suspender o Direito para que o Estado permaneça, o soberano adquire poder ilimitado, tendo em vista que suas decisões refletem uma situação excepcional a qual a ordem jurídica não oferece resposta. Contudo, subsiste no Estado uma ordem, ainda que não uma ordem jurídica – o que distingue o estado de exceção da anarquia e do caos. A

¹¹⁴ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente**. Rio de Janeiro: Azougue, 2004, p. 70.

¹¹⁵ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente**. Rio de Janeiro: Azougue, 2004, pp. 65/67.

simples existência do Estado passa a manter uma supremacia sobre a validade da norma jurídica¹¹⁶.

O estado de exceção, para Schmitt, existe para criar a situação na qual o direito pode valer. A exceção é o caso excluído da norma geral, mas não está fora da relação com a norma¹¹⁷. A norma se aplica à exceção desaplicando-se, reiterando-se desta, afinal a situação de emergência permanece acessível ao conhecimento jurídico. Ambos os elementos – norma e decisão – mantêm-se no âmbito jurídico.

Há, portanto, uma distinção entre a norma e sua aplicação: a aplicação da norma é suspensa, mas a norma, enquanto tal, permanece¹¹⁸. É uma força de lei sem lei. No caso da exceção, o Estado suspende o direito em virtude de um direito de auto-conservação.

Schmitt sabe perfeitamente que o estado de exceção, enquanto realiza a suspensão de toda ordem jurídica, parece escapar a qualquer consideração de direito, de modo que um estado de exceção regulamentado por lei se traduziria numa ficção. No entanto, é fundamental que haja a garantia de uma relação entre o estado de exceção e a ordem jurídica, ou seja, o projeto ditatorial implica a referência a um contexto jurídico.

Neste contexto que Schmitt afirma que o soberano tem o monopólio da decisão última, no que residiria a essência da soberania do Estado, pois tal decisão sacramentaria a existência ou não da situação de normalidade. O soberano é o garantidor da situação na sua completude, o que enaltece a natureza da soberania estatal, definida juridicamente não como monopólio coercitivo ou imperialista, mas como monopólio decisório¹¹⁹ - uma vez que seus termos convergem-se ao âmago da auto-conservação do Estado.

¹¹⁶ SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 11/13.

¹¹⁷ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente**. Rio de Janeiro: Azougue, 2004, p. 66.

¹¹⁸ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente**. Rio de Janeiro: Azougue, 2004, p. 67.

¹¹⁹ SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 14/18.

A teoria schmittiana propõe, portanto, uma articulação paradoxal entre o estado de exceção e a ordem jurídica. O que deve ser inscrito no direito é algo essencialmente exterior a ele, isto é, nada menos que a suspensão da própria ordem jurídica. Esta é a leitura realizada por Agamben¹²⁰ quando se defronta com a passagem de Schmitt que diz que “*o estado de exceção é sempre algo diferente da anarquia e do caos e, no sentido jurídico, nele ainda existe uma ordem, mesmo não sendo uma ordem jurídica*”¹²¹”.

O estado de exceção separa, pois, a norma de sua aplicação para tornar possível a aplicação, no sentido de que para aplicar uma norma é preciso suspender sua aplicação. Introduz no direito um espaço anômico para tornar possível a normatização efetiva do real por meio do soberano, com força de lei, mas sem lei.

Nesta acepção, os elementos constitucionais que afetam a unidade política do Estado, limitando-o, como os direitos fundamentais, a separação de poderes e o Estado de Direito, não são políticos, pois relativizam a unidade do Estado em benefício de interesses individuais¹²². Um regime constitucional não sobrevive aos ataques se não forem retirados de seus inimigos as proteções jurídicas constitucionalmente asseguradas.

O posicionamento de Schmitt, entretanto, serviu de projeto justificador da ditadura (extra) constitucional adotada por Hitler. Em boa parte de sua carreira, sustentou que o presidente da República de Weimar era o guardião da Constituição, cabendo-lhe o manejo dos poderes ditatoriais a qualquer preço.

Não obstante, foi esta concepção de estado de exceção que a administração Bush decidiu por aplicar e defender, reproduzindo o posicionamento político (diante de crises) adotada pela administração de Roosevelt, no tocante aos descendentes de japoneses. O estado de exceção passa a ser interpretado como uma lacuna no direito público que deve ser remediada pelo Poder Executivo.

¹²⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 54.

¹²¹ SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 13.

¹²² BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente**. Rio de Janeiro: Azougue, 2004, p. 76.

Definindo um estado de emergência estadunidense seletivo, permitiu detenções preventivas ou investigativas de indivíduos identificados como integrante de certo grupo social, estrangeiros ou cidadãos, alterando seus direitos fundamentais de acesso a um defensor. Igualmente, ampliou os poderes de polícia do Estado, aumentando as formas de vigilância sobre as pessoas, tais como autorizações de escutas e gravações telefônicas, inclusive sem autorização judicial¹²³. Esta política adotada pela administração Bush muito se assemelha ao totalitarismo moderno, porque busca a eliminação de adversários políticos e daqueles que não se integram ao sistema – adequando-se ao esboço conceitual de inimigo de Schmitt.

Assim como Schmitt serviu de sustentáculo jurídico às medidas políticas de Hitler, Bush também possui juristas que defendem a constitucionalidade e licitude da linha política seguida pelo governo norte-americano. Os mais proeminentes são Richard Posner e Bruce Ackerman.

Richard Posner, o maior expoente do movimento *Law and Economics*, defende que o direito implementa opções e orientações econômicas com expectativas em relação ao futuro ao invés de se orientarem com base nos arrependimentos do passado. Enquanto juiz da *US Court of Appeals* do 7º Circuito, propugna que as decisões judiciais devem visar resultados econômicos de forma a maximizar as riquezas, patenteando um espectro instrumental do direito¹²⁴.

Para Posner, a Constituição, desde 11 de setembro de 2001, foi modificada substancialmente no tocante a sua linguagem diante da realidade atual. Desta forma, entende que as medidas antiterroristas adotadas pela administração Bush, inclusive as táticas coercitivas de interrogatório, incomunicabilidade do detento, invasão de privacidade e quebras de sigilos sem autorização judicial, detenção preventiva por tempo indeterminado e perseguição étnica, estão amparadas pela nova leitura constitucional que o momento exige. A

¹²³ IGNATIEFF, Michael. **The Lesser Evil: political ethics in an age of terror**. New Jersey: Princeton University Press, 2004, pp. 25/26.

¹²⁴ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Movimento Critical Legal Studies**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 60.

única e exclusiva medida que considerou inconstitucional, foi a recusa do *judicial review* aos cidadãos americanos em custódia militar¹²⁵.

Bruce Ackerman¹²⁶, notável jurista e doutrinador norte-americano, professor de Direito e Ciência Política na Universidade de Yale, por sua vez, argumenta que os ataques terroristas não são atos de guerra nem meros crimes, mas tão-somente ataques armados que requerem uma emergência política. Contudo, tais ataques não são uma ameaça existencial à nação, tendo em vista que não existe o risco da al-Qaeda assumir o poder governamental (golpe de Estado). São, pois, um desafio à efetiva soberania da nação que põe em questão a habilidade do governo em proteger a população.

Assim sendo, propõe seja determinado, por uma “Constituição de Emergência”, uma autoridade emergencial temporária – o soberano – com a missão de restaurar a ordem e manter o controle por meio das ações que pautar necessárias (como, por exemplo, prisão preventiva de suspeitos terroristas sem exame judicial). A idéia, então, é de cancelar os poderes emergenciais temporários do presidente até que a situação de emergência se dissipe, reassegurando o livre gozo das liberdades civis para o futuro.

Neste particular, vale o apontamento de Inocêncio Coelho de que a expansão do horizonte hermenêutico dá azo ao enriquecimento de perspectivas, aumentando, reflexamente, a capacidade de análise e persuasão do intérprete-aplicador. Porém, alerta, para ser legítimo há de ser racional, objetivo e controlável, pois nada se coaduna menos com a idéia de Estado de Direito do que a figura de um oráculo despótico pairando acima da lei¹²⁷.

Na idéia moderna de Estado, não o Estado, mas o Direito deve ter o poder e sua manifestação válida somente pode se dar por meio da promulgação de uma norma jurídica, como forma, inclusive, de proteção dos direitos humanos em situações de emergência, onde, normalmente, acontecem graves abusos. É no vazio (anomia) onde ocorre a

¹²⁵ POSNER, Richard. **Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency**. New York: Oxford University Press, 2006.

¹²⁶ ACKERMAN, Bruce. **Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism**. New Haven: Yale University Press, 2006.

¹²⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 32/33.

decisão arbitrária que repugna o próprio Estado de Direito (Estado que realiza suas atividades debaixo da ordem jurídica)¹²⁸.

Não há dúvidas de que o estado de exceção realmente constitui um ponto de desequilíbrio entre direito público e fato político. É justamente nesta zona grise em que reside o direito público e o fato político que Giorgio Agamben desenvolve sua percepção sobre o estado de exceção.

4.3 Conceito de Giorgio Agamben

A ditadura constitucional esculpida por Schmitt acabou se tornando, de fato, um paradigma de governo. A partir do momento em que o regime democrático, com seu complexo equilíbrio de poderes, é concebido para funcionar em circunstâncias normais, em tempos de crise o governo empreende medidas necessárias para neutralização do perigo e restauração da normalidade. Esta alteração implica, inevitavelmente, um governo mais forte e poderoso e um sistema de direitos individuais reduzidos e enfraquecidos.

O que se vê no governo Bush é exatamente um Judiciário alijado do seu papel participativo das decisões políticas do Estado. No entanto, como bem alerta Michael Ignatieff, o mecanismo do *checks and balances* existe justamente para prevenir a sociedade de um Executivo atemorizado¹²⁹. Os desfechos alcançados nos casos *Hamdi v. Rumsfeld*, *Hamdan v. Rumsfeld* e *Boumediene v. Bush* contribuíram para a ruptura do paradigma schmittiano que, pela regra dos precedentes (*stare decisis*), delineará um novo contexto histórico-jurídico nos Estados Unidos.

Giorgio Agamben, jusfilósofo italiano que, inclusive, era professor na Universidade de New York e renunciou ao cargo em protesto à política de segurança adotada pelo governo dos Estados Unidos, inicia sua proposição definindo que, no estado de exceção,

¹²⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 113 e SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 36.

¹²⁹ IGNATIEFF, Michael. **The Lesser Evil: political ethics in an age of terror**. New Jersey: Princeton University Press, 2004, p. 52.

o que está em jogo é a significação jurídica de uma esfera de ação essencialmente extrajurídica. Estabelece duas premissas: o direito deve coincidir com a norma; e o direito excede a norma. Mas já dita como sofisma a existência de uma esfera da ação humana que escape totalmente ao direito¹³⁰.

Schmitt afirmava que é próprio do estado de exceção a suspensão – total ou parcial – do ordenamento jurídico e, por esta razão, não poderia estar compreendido na ordem legal, afinal como poderia uma anomia ser inscrita na ordem jurídica? No entanto, Agamben entende que o estado de exceção não é nem exterior nem interior; não se trata de questão topográfica. O problema de sua definição diz respeito a uma “*zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam*”¹³¹.

A suspensão da norma não significa necessariamente na sua abolição, do mesmo modo que a zona de anomia instaurada pelo estado de exceção não é – ou não pretende ser – destituída de relação com a ordem jurídica. Longe de ser uma lacuna normativa, o estado de exceção apresenta-se como a abertura de uma lacuna fictícia no ordenamento, com o objetivo de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade à situação normal¹³².

O estado de exceção moderno é, ao contrário do que fora defendido por Schmitt, uma tentativa de incluir na ordem jurídica a própria exceção, criando uma zona de indiferenciação em que fato e direito intercomunicam-se. O problema do estado de exceção, então, gira em torno da perquirição acerca da localização (*locus*) que lhe cabe.

Agamben, no desenvolvimento de sua tese, remonta os institutos do direito romano. Nesta busca, encontra o instituto do *iustitium*, cujo significado compreende a “suspensão do direito”. Construído sobre o fenômeno físico do solstício (*solstitium*) – quando o sol para – os romanos designaram a nomenclatura de *iustitium* para as situações de cessação

¹³⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 24.

¹³¹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 39.

¹³² AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, pp. 40/49.

do direito, implicando numa suspensão não somente da administração da justiça, mas do direito enquanto tal¹³³.

O *iustitium*, portanto, neutralizava o direito quando não mais possuía condição de assumir sua tarefa suprema de garantir o bem comum. Era a concepção do direito constitucional que cancelava a decisão por adoção de medidas excepcionais, mas sem equipará-lo à ditadura – conforme modelagem schmittiana.

Nestes termos, direito e anomia mostram sua distância e, coetaneamente, sua secreta solidariedade. Seria como se o universo do direito se apresentasse como um campo de forças percorrido por duas tensões conjugadas e opostas: uma que vai da norma à anomia e outra da anomia à norma.

Decorre daí o duplo paradigma que marca o campo do Direito com uma ambigüidade essencial. De um lado, a tendência normativa em sentido estrito, cuja pretensão é de transformar-se num sistema de normas em plena conexão com a vida (seria o estado perfeito de Direito em que tudo é regulado por norma – situação problemática, senão impossível, registra Agamben). Do outro lado, a tendência anômica que deságua no estado de exceção tendo como idéia o soberano como lei viva, no qual uma força de lei, sem lei, age como pura inclusão da vida¹³⁴.

Todavia, ao perscrutar o fundamento que o governo romano utilizava para a proclamação do estado de exceção (*iustitium*), encontrou que o poder de suspender o direito era dado ao Senado que, numa prerrogativa essencial, emitia o *senatus consultum ultimum*. Este ato consistia na declaração senatorial da situação de emergência, oficializando a suspensão da ordem jurídica e, a partir daí, a constitucionalidade das medidas excepcionais adotadas em busca da retomada da normalidade.

A esse propósito, o que merece relevo é a prerrogativa especial conferida ao Senado na Constituição romana, cuja função específica não decorria de *imperium*, nem de *potestas*, mas de *auctoritas* (*auctoritas patrum*). No âmbito do direito público, a *auctoritas*

¹³³ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 68.

¹³⁴ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, pp. 110/111.

representaria uma “autorização” especialíssima que somente um figura jurídica poderia, diante do sistema normativo posto, concedê-la. É a prerrogativa por excelência do Senado.

A origem da *auctoritas* remonta o direito privado. Tratava-se de privilégio dado a certa pessoa para conferir validade jurídica ao ato de um sujeito que, sozinho, não pode realizar um ato jurídico válido (seria o caso do tutor com seu tutelado menor ou incapaz, do pai com o filho menor ou incapaz). Tudo se passa, então, como se, para uma coisa poder existir no direito (perfeição do ato), fosse imprescindível uma relação entre dois sujeitos ou elementos (no caso, *auctoritas* e *potestas*): aquele que é munido de *auctoritas* (Senado) e aquele que toma a iniciativa do ato em estrito (governante). Caso haja uma distância ou ruptura entre eles, por outro lado, será necessário introduzir a *auctoritas* para a validação do ato (ratificação)¹³⁵.

Na abordagem do estado de exceção (*iustitium*), portanto, a *auctoritas* parece agir como uma força que suspende a *potestas* onde ela agia e a reativa onde ela não estava mais em vigor. Seria como um poder que suspende ou reativa o direito, porém não tem vigência formal como direito. É, concomitantemente, uma relação de exclusão e suplementação.

Havia, ainda, duas outras acepções da *auctoritas*: o *interregnum* e o *hostis iudicatus*. O primeiro ocorria quando o Senado determinava a suspensão da Constituição durante o interregno da morte ou incapacidade de governar do soberano até o restabelecimento normal do poder. O segundo, também referente a situação excepcional de espectro individual, acontecia quando um cidadão romano ameaçasse, por meio de conspiração ou traição, a segurança pública. O Senado, daí, declarava-o inimigo público – *hostis*, sendo radicalmente privado de todo estatuto jurídico, inclusive o próprio estatuto do cidadão romano¹³⁶.

O sistema jurídico definido por Agamben, então, mostra-se como uma estrutura dupla, formada por dois elementos heterogêneos e, ao mesmo tempo, coordenados,

¹³⁵ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, pp. 117/120.

¹³⁶ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, pp. 122/123.

que ligam norma e anomia, lei e estado de exceção, bem como garantem também a relação entre o direito e a vida. Um elemento é normativo e jurídico em sentido estrito – *potestas* – e o outro é anômico e metajurídico – *auctoritas*. O elemento normativo necessita do elemento anômico para poder ser aplicado, mas, noutra direção, a *auctoritas* apenas pode se afirmar numa relação de validação ou de suspensão da *potestas*.

O estado de exceção é, por conseguinte, o dispositivo que deve, em última medida, articular e manter juntos os dois elementos da máquina jurídico-política, instituindo um liminar de indecidibilidade entre anomia e norma, vida e direito. Ele se funda, assim, na ficção essencial pela qual a anomia ainda está em relação com a ordem jurídica e o poder de suspender a norma está em contato direto com a vida¹³⁷.

Enquanto a *auctoritas* e a *potestas* permanecem jungidos – embora conceitual, temporal e subjetivamente distintos, sua dialética traz funcionalidade para o Estado. Ao revés, quando os elementos “*tendem a coincidir numa só pessoa, quando o estado de exceção em que eles se ligam e se indeterminam torna-se a regra, então o sistema jurídico-político transforma-se em uma máquina letal*”¹³⁸.

O centro da arca do poder, portanto, corresponde ao estado de exceção, espaço vazio onde uma ação humana sem relação com o direito está diante de uma norma sem relação com a vida. O Congresso e o Presidente dos Estados Unidos, no estado de exceção consolidado pela guerra contra o terror, formam o sistema binário *auctoritas* e *potestas* apregoado por Agamben. Esta dualidade de elementos se encontra na AUMF (*Authorization for Use of Military Force* – Autorização para Uso de Força Militar) e no poder ilimitado que o presidente tem avocado para si, sob o epíteto de *commander in chief*, considerando ser o legitimador e garantidor de toda vida política estadunidense.

Os atos praticados pela administração Bush correspondem a ações sem relação com o direito, tudo sob a égide de normas (*USA Patriot Act*, *Military Comissions Act*, *Detainee Treatment Act*, dentre outros) sem relação com a vida. Não há dúvida, aliás, que, atualmente, a urgência do estado de exceção atingiu um desdobramento mundial. O aspecto

¹³⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 130.

¹³⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 131.

normativo do direito tem sido impunemente eliminado e confrontado por uma violência governamental que ignora no âmbito externo o direito internacional e produz no âmbito interno um estado de exceção permanente.

No campo das tensões de nossa cultura, esclarece Agamben, duas forças opostas entram em ação: uma que institui e que põe e outra que desativa e depõe. O estado de exceção constitui, neste sentido, o ponto de maior tensão dessas forças e, concomitantemente, aquele que, coincidindo com a regra, ameaça hoje torná-las indiscerníveis¹³⁹. Viver sob o estado de exceção significa, portanto, buscar separar cada vez mais as duas forças; tentar incessantemente interromper o funcionamento da máquina estatal que está levando o Ocidente para a guerra civil mundial, com a certeza, entretanto, de que “*o desencanto não restitui o encantado a seu estado original: segundo o princípio de que a pureza nunca está na origem, ele lhe dá somente a possibilidade de aceder a uma nova condição*”¹⁴⁰.

¹³⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 132.

¹⁴⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 133.

5. CONCLUSÃO

Hoje em dia, nas situações de anormalidade, é objeto constante de preocupação a conciliação da eficiência do Estado com a preservação dos direitos fundamentais da pessoa humana. Os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, nesta esteira, têm levantado questionamentos acerca dos regramentos de direito em situações de emergência.

Desde o ataque terrorista, o Poder Executivo tem sustentado que o Presidente possui poderes unilaterais e insuscetíveis de controle na condução da guerra, não apenas contra aqueles que atacaram os Estados Unidos naquela data, mas contra toda organização terrorista do planeta. Argumenta-se, ainda, que o Presidente, enquanto chefe das forças armadas (*commander in chief*), possui exclusiva autoridade na escolha dos motivos e métodos utilizados contra o inimigo, ainda que isso se traduza em ações ilegais. Esta moderna acepção da doutrina do *the king can do no wrong* é chamada por David Cole de “a doutrina Bush”¹⁴¹.

A propósito, é válido trazer a lume a analogia mencionada por Oscar Vilhena¹⁴² entre o mecanismo de autovinculação adotado por Ulisses (personagem da obra de Homero, *Odisséia*) e os tradicionais mecanismos constitucionais de pré-comprometimento. Nesta passagem literária, Ulisses é alertado por Circê dos perigos que enfrentará em sua viagem de retorno para casa: a morte o aguardava, com sua tripulação, caso ouvissem as assustadoras vozes das Sereias. Ao ouvi-las, os homens se fascinam e têm suas embarcações lançadas contra as rochas. Seguindo o conselho de Circê, Ulisses ordena seus homens a taparem seus ouvidos com cera e para que o amarrem ao mastro do navio para que dali não possa sair. Com as mãos atadas, Ulisses consegue passar ao largo dos rochedos e ouvir o canto das sereias sem sucumbir à sua sedução.

¹⁴¹ COLE, David. **Justice at War: the men and ideas that shaped America's war on terror**. New York: New York Review of Books, 2008, p. 49.

¹⁴² VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua Reserva de Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 20.

A conduta de Ulisses é freqüentemente citada para auxiliar a compreensão da lei e dos direitos como estratégia de pré-comprometimento. Tal como Ulisses, que deliberadamente amarrou-se ao mastro do navio para não sucumbir ao canto das sereias, os Estados democráticos se pré-comprometem a respeitar os direitos fundamentais cientes de que nessa jornada se depararão com momentos nos quais ficarão seriamente tentados a restringi-los ou suprimi-los. O compromisso de Ulisses se deu antes da chegada da tentação, pois, quando esta chega, já é tarde demais.

Na concepção schmittiana, esta metáfora de Ulisses não faz o menor sentido. Nenhum regime poderia conceber a conduta de se amarrar no mastro e tampar os ouvidos com cera caso a embarcação do Estado estivesse sendo invadida por piratas. Deveria Ulisses se desamarrar e, juntamente com sua tripulação, combater a invasão.

Porém, os direitos de um povo são como as ceras de ouvido de Ulisses: instrumentos da razão construídos em momentos de tranqüilidade para imperar sobre as tentações nos momentos de perigo. O terrorismo aparece como um teste supremo da habilidade de uma sociedade liberal na preservação de seus pré-comprometimentos¹⁴³.

Um ponto interessante que surge é que o Ministro David Davis, quando do julgamento do caso *Ex Parte Milligan*, em meados do século XIX, já esboçava uma compreensão de estado de exceção moderna. Naquela ocasião, registrou que não o Estado, mas o Direito deve ter o poder; a anomia permite a arbitrariedade e o despotismo que, por sua vez, repugna o próprio Estado de Direito. Eis suas palavras:

*“Constituição não tem sua eficácia suspensa em momentos de emergência; a suspensão dos direitos constitucionais nos momentos que requerem grandes exigências do governo gera o despotismo sob o falso manto da necessidade, uma vez que a Constituição traz consigo as provisões normativas adequadas às situações imprescindíveis a sua preservação e existência”*¹⁴⁴.

¹⁴³ IGNATIEFF, Michael. **The Lesser Evil: political ethics in an age of terror**. New Jersey: Princeton University Press, 2004, p. 31.

¹⁴⁴ Apud IRONS, Peter. **A People’s History of the Supreme Court: the men and women whose cases and decisions have shaped our Constitution**. New York: Penguin Group, 2006, p. 188/189.

Este julgado antecede a própria doutrina de Schmitt, cuja gênese ocorreu por volta da década de 1920. Isto é, no século anterior, a Suprema Corte dos Estados Unidos já se pronunciava acerca do que hoje constitui a concepção moderna de estado de exceção, principalmente após os eventos da Segunda Guerra Mundial, que alçou os direitos humanos ao patamar de referencial e paradigma ético de aproximação do direito à moral.

Na mesma senda, James Madison, um dos notáveis constituintes originários (*founding fathers*), vislumbrou, no final do século XVIII, no interstício entre a promulgação da Constituição e o *Bill of Rights*, a premente necessidade de se ter uma carta de direitos de estatura constitucional. Embora inicialmente fosse contrário a esta idéia, em correspondências emitidas a Thomas Jefferson, mostrou seu convencimento de que o reforço judicial dos direitos era uma das **precauções auxiliares** contra a tirania¹⁴⁵ (justamente no contexto em que o soberano, na doutrina de Schmitt, se sobrepõe ao Direito e conduz o Estado).

Ora, realmente é difícil manter-se fiel a um ideário de direitos como pré-compromissos quando o Estado Democrático está sob ameaça. Todavia, os direitos expressam o reconhecimento de que se deve firmar um compromisso fulcrado nos valores da igualdade e dignidade em tempos de calma e paz para que haja a segurança, como Ulisses, de não sucumbir nos tempos de perturbação e guerra. Assim, a defesa do Estado passa a ser a defesa desses compromissos constitucionais.

Os direitos humanos independem de condutas, circunstâncias, cidadania ou índole moral. Até mesmos os terroristas possuem direitos que não podem ser negados. Uma sociedade liberal está umbilicalmente comprometida a respeitar os direitos daqueles que não mostram respeito aos direitos de ninguém do mesmo modo como deve tratar com humanidade aqueles que se comportam de maneira desumana. É este compromisso de observar suas obrigações, mesmo quando não há reciprocidade, que caracteriza uma sociedade civilizada pelo império da lei.

Na concepção de Agamben, o estado de exceção se revela um espaço vazio onde a ação humana desassocia-se da relação com o direito e surge uma norma sem relação

¹⁴⁵ Apud TRIBE, Laurence; e DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional**. Trad. Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 01.

com a vida. Nesta seara, o binarismo *auctoritas* e *potestas* se apresenta nas figuras do Congresso e do Presidente dos Estados Unidos, na AUMF (*Authorization for Use of Military Force* – Autorização para Uso de Força Militar) e no poder ilimitado pretendido pelo *commander in chief* (que goza, inclusive, de aparato normativo que ampara suas ações sem relação com o direito), respectivamente.

Neste sentido, os normativos editados pelo Congresso após o evento de 11 de setembro atribuem poderes ao presidente dos Estados Unidos para livremente quebrar do sigilo de correspondência e bancário, efetuar escutas telefônicas, entrar em domicílio de suspeitos, realizar revistas em aeroportos, dentre outras arbitrariedades. Ademais, busca anular radicalmente todo estatuto jurídico do indivíduo, produzindo seres juridicamente inomináveis e inclassificáveis. Não são prisioneiros de guerra, consoante a Convenção de Genebra, tampouco são acusados segundo as leis estadunidenses: são apenas “inimigos combatentes” que se traduzem em objetos de uma pura dominação de fato, de uma detenção indeterminada não só no sentido temporal, mas também quanto a sua própria natureza, porque totalmente ilegal e sem controle judiciário¹⁴⁶.

Sem muito brilho, a administração Bush aplicou e defendeu uma doutrina de estado de exceção (seletivo) que remonta a teoria schmittiana, lembrando a triste história dos descendentes de japoneses no período da guerra – visão política inquestionavelmente contrária aos interesses de proteção e promoção dos direitos humanos. A mesma história, por sinal, mostra nos dias atuais a erronia cometida pelo governo Roosevelt, admitida inclusive pelos Estados Unidos por meio de pedido nacional de desculpas e pagamento de indenizações compensadoras do avassalamento dos direitos humanos daquela etnia¹⁴⁷.

Dos 82 mil árabes e muçulmanos de nacionalidade estrangeira que foram registrados pelo governo estadunidense após o 11 de setembro, 8 mil foram interrogados pelo FBI e mais de 5 mil foram presos preventivamente sob os auspícios do AUMF e *USA Patriot Act*. Destes, atualmente, nenhum possui condenação criminal pela prática de terrorismo.

¹⁴⁶ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 14.

¹⁴⁷ SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 110/112; e IRONS, Peter. **A People's History of the Supreme Court: the men and women whose cases and decisions have shaped our Constitution**. New York: Penguin Group, 2006, pp. 361/364; **The Courage of Their Convictions: Sixteen Americans Who Fought Their Way to the Supreme Court**. New York: Penguin Group, 1990, pp. 47/49.

Consoante David Cole, esta foi uma das mais agressivas campanhas nacionais de perseguição étnica desde a Segunda Guerra Mundial, em que o registro do governo de condenados criminais é de **zero** entre 95 mil (estrangeiros e cidadãos americanos)¹⁴⁸.

Contudo, a administração Bush continua acreditando que os Estados Unidos podem derrotar o terrorismo simplesmente declarando guerra contra ele, despachando tropas pelo globo e tratando prisioneiro de forma severa. Por outro lado, a realidade tem demonstrado que este conflito não é combatível por métodos militares tradicionais, pois não existe território a conquistar, terras a ocupar e o alvo está em constante movimento e crescimento.

Destarte, no estado de exceção permanente que fora instaurado nos Estados Unidos (onde não há limite temporal e espacial definidos, uma vez que o terrorismo é uma ameaça descentralizada e globalizada), o que passa a estar em questão são os próprios conceitos de “Estado” e de “Direito”. Enquanto não se alcançar uma estabilidade entre esses dois pilares, o retorno ao estado de direito não se afigurará possível¹⁴⁹. Contudo, não se pode deixar de tentar deter a máquina letal; de buscar corrigir a fratura entre vida e direito, anomia e norma, *auctoritas* e *potestas*, por meio do paciente trabalho de tentar unir o que abruptamente se separou.

Diante deste panorama, a Suprema Corte dos Estados Unidos vem, a cada julgado, delineando a ponderação de direitos fundamentais em tempo de crise e buscando o equilíbrio constitucional na separação dos poderes, cuja doutrina do *checks and balances* apara, pouco a pouco, os abusos e arbitrariedade cometidas pelo Executivo. Ainda que em situações de emergência; ainda que algumas liberdades precisem ser suspensas, um Estado Democrático de Direito deve preservar sua Lei Maior, principalmente do que diz respeito ao seu repositório de *standards* protetores de direitos elementares que estão intimamente associados ao compromisso axial da dignidade humana. Logo, a organização constitucional em períodos de crise deve perpassar por seus abalos políticos com o mínimo de sacrifício aos

¹⁴⁸ COLE, David. **Justice at War: the men and ideas that shaped America's war on terror**. New York: New York Review of Books, 2008, p. 91.

¹⁴⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, pp. 131/132.

direitos e garantias fundamentais, como forma de preservação do próprio Estado e de suas instituições democráticas.

BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Bruce. **Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism.** New Haven: Yale University Press, 2006.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção.** Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AMAR, Akhil Reed. **America's Constitution: a biography.** New York: Random House Trade Paperbacks, 2005.

BATISTA, Roberto Carlos. **A Interpretação Constitucional como Concretização.** Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – Ano 5, nº 10 – Jul/Dez de 1997. Brasília: FESMPDFT, 1997.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente.** Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional, Vol. I: Fundamentos Teóricos.** 1ª edição. Barueri: Manole, 2005.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics.** 2ª edição. New Haven: Yale University Press, 1986.

BILDER, Mary Sarah. **The Corporate Origins of Judicial Review.** The Yale Law Journal 116:502, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Vale Quanto Pode: A Força Jurídica da Constituição como Pressuposto Elementar do Constitucionalismo Atual.** Revista Direito Público – Vol. 04, nº 14, Out-Nov-Dez de 2006. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2006.

CAMAZANO, Joaquín Brage. **Algunos Aspectos de Teoría General Constitucional sobre los Derechos Fundamentales en los EEUU.** Revista de Estudios Políticos, núm. 123, enero-marzo 2004, Madrid, Espanha: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **A Proibição Constitucional de Discriminação e a sua Eficácia no Âmbito do Direito Aplicado.** Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – Ano 5, nº 10 – Jul/Dez de 1997. Brasília: FESMPDFT, 1997.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional.** 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Interpretação Constitucional e Política.** Revista Direito Público – Vol. 03, nº 10, Out-Nov-Dez de 2005. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2005

_____. **Konrad Hesse: Uma Nova Crença na Constituição.** Revista Direito Público – Vol. 01, nº 03, Jan-Fev-Mar de 2004. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2004.

_____. **Konrad Hesse/Peter Häberle: Um Retorno aos Fatores Reais de Poder.** Revista Direito Público – Vol. 02, nº 07, Jan-Fev-Mar de 2005. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2005.

_____. **O Novo Constitucionalismo e a Interpretação Constitucional.** Revista Direito Público – Vol. 03, nº 12, Abr-Mai-Jun de 2006. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2006.

_____. **Temas e Problemas da Interpretação Constitucional.** Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – Ano 5, nº 9 – Jan/Jun de 1997. Brasília: FESMPDFT, 1997.

COLE, David. **Justice at War: the men and ideas that shaped America's war on terror.** New York: New York Review of Books, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

FRANKENBERG, Günter. **Constituição como Gramática de Conflitos Sociais**. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. Revista Direito Público – Vol. 04, nº 14, Out-Nov-Dez de 2006. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2006.

GARAPON, Antoine e PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e *common law* em uma perspectiva comparada**. Trad. Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIFIS, Steven H. **Law Dictionary**. 5ª edition. New York: Barron's Educational Series, 2003.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. Barueri: Manole, 2004.

_____. **Globalização, Neoliberalismo e Direito no Brasil**. Londrina: Humanidades, 2004.

_____. **Introdução ao Movimento Critical Legal Studies**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

GOLDSMITH, Jack L. **The Terror Presidency: law and judgment inside the Bush administration**. New York: W.W. Norton & Company, Inc., 2007.

GREENHOUSE, Linda. **Justices, Ruling 5-4, Endorse Personal Right to Own Gun**. The New York Times, New York, June 27, 2008.

_____. **Justices, 5-4, Back Detainee Appeals for Guantánamo**. The New York Times, New York, June 13, 2008.

HALL, Kermit L; ELY JR., James W and GROSSMAN, Joel B. **The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States**. 2ª edition. New York: Oxford University Press, 2005.

HAMON, Francis, TROPER, Michel e BURDEAU, Georges. **Direito Constitucional**. Trad. Carlos Souza. 27ª edição. Barueri: Manole, 2005.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

IGNATIEFF, Michael. **The Lesser Evil: political ethics in an age of terror**. New Jersey: Princeton University Press, 2004.

IRONS, Peter. **A People's History of the Supreme Court: the men and women whose cases and decisions have shaped our Constitution**. New York: Penguin Group, 2006.

_____. **Justice at War: The Story of the Japanese-American Internment Cases**. California: University of California Press, 1993.

_____. **The Courage of Their Convictions: Sixteen Americans Who Fought Their Way to the Supreme Court**. New York: Penguin Group, 1990.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Para Que Serve uma Teoria dos Direitos Fundamentais?** Revista Direito Público – Vol. 04, nº 13, Jul-Ago-Set de 2006. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2006.

KELSEN, Hans. **A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional)**. Trad. Jean François Cleaver. Revista Direito Público – Vol. 01, nº 01, Jul-Ago-Set de 2003. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003.

KLUWER, Wolters. **Constitutional Law: Casenote Legal Briefs**. 16ª edition. New York: Aspen Publishers, 2008.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. Lisboa: Gulbenkian, 1989.

LIPTAK, Adam. **Gun Laws and Crime: a Complex Relationship**. The New York Times, New York, June 29, 2008.

_____. **Justices Restore Suit Brought by Ex-Detainees Citing Torture.** The New York Times, New York, December 16, 2008, p. A18.

_____. **Ruling on Guns Elicits Rebuke From the Right.** The New York Times, New York, October 21, 2008, p. A15.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

MIGUEL, Alfonso Ruiz. **Modelo Americano y Modelo Europeo de Justicia Constitucional.** Revista Doxa – Cuadernos de Filosofía Del Derecho, nº 23, 2000, Alicante, Espanha: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de La Universidad de Alicante, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 17ª edição. São Paulo: Atlas, 2005.

PERPÉTUO, José de Aquino. **O Juiz, Criador do Direito.** Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal – nº 5, 1999. Brasília: AMAGIS, 1999.

PERRY, Barbara A. **The Supremes: Essays on the Current Justices of the Supreme Court of the United States.** New York: Peter Lang, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

PORTO, Noêmia. **Temas Relevantes de Direito Constitucional – Conceito e Classificação das Constituições.** Brasília: Fortium, 2005.

POSNER, Richard. **Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency**. New York: Oxford University Press, 2006.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994.

REGLA, Josep Aguiló. **Sobre La Constitución Del Estado Constitucional**. Revista Doxa – Cuadernos de Filosofía Del Derecho, nº 24, 2001, Alicante, Espanha: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de La Universidad de Alicante, 2001.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SEGADO, Francisco Fernández. **La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-Kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional**. Revista Direito Público – Vol. 01, nº 02, Out-Nov-Dez de 2003. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

SMITH, Christopher E. **Justice Antonin Scalia and the Supreme Court's Conservative Moment**. Westport: Praeger, 1993.

SMITH, James Frank (coord.). **Derecho Constitucional Comparado México-Estados Unidos – Tomo I**. 1ª edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1990.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: Introdução ao Direito dos EUA**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUNSTEIN, Cass R. **Why Societies Need Dissent**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional**. Trad. Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

UNITED STATES OF AMERICA. **Military Comissions Act of 2006**. 109th Congress, 2d Session, S. 3930. September 28, 2006.

_____. Supreme Court of the United States. Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit n° 05–184. **Hamdan v. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al**. Justice John Paul Stevens. Argued March 28, 2006—Decided June 29, 2006.

_____. Supreme Court of the United States. Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit n° 06–1195. **Boumediene et al v. Bush, President of the United States, et al**. Justice Anthony M. Kennedy. Argued December 5, 2007—Decided June 12, 2008.

_____. Supreme Court of the United States. Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit n° 07–290. **District of Columbia et al v. Heller**. Justice Antonin Scalia. Argued March 18, 2008—Decided June 26, 2008.

_____. **The National Security Strategy of the United States of America**. September 2002.

_____. **Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT) Act of 2001.** 107th Congress, 1st Session, H.R. 3162. October 24, 2001.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua Reserva de Justiça.** São Paulo: Malheiros, 1999.

WILENTZ, Sean. **The Rise of American Democracy.** New York: W.W. Norton & Company, 2005.

ZELNY, Jeff. **Democrats Hope to Expand Rights at Guantánamo.** The New York Times, New York, June 06, 2007.