

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
INSTITUTO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA POLÍTICA

Cláudio Júnior Damin

DEMOCRACIA E PODERES EMERGENCIAIS:
o caso da “guerra contra o terrorismo” nos Estados Unidos

Porto Alegre
2009

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
INSTITUTO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA POLÍTICA

Cláudio Júnior Damin

DEMOCRACIA E PODERES EMERGENCIAIS:
o caso da “guerra contra o terrorismo” nos Estados Unidos

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciência Política.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Schmidt Arturi

Porto Alegre
2009

Agradecimentos

Agradeço a Deus por mais essa etapa que se cumpre. À minha família pelo apoio e compreensão de que as malas recheadas de livros e artigos que levava até Lagoa não eram mero peso extra. Aos amigos que, espero, entenderam o isolamento dos últimos meses. À CAPES por ter financiado a pesquisa. Aos professores, funcionários e colegas do Programa de Pós Graduação em Ciência Política pela oportunidade de subir mais um degrau na vida acadêmica. Aos muitos colegas-amigos nas pessoas do Maurício M. Rebello e Guilherme Perin; o primeiro por nossa amizade desde a graduação e nosso companheirismo acadêmico; e o segundo pelas discussões sobre eleições, candidaturas e conjuntura política. E, por fim, mas, de forma alguma, menos importante, agradeço ao meu orientador, prof. Carlos Arturi, pelas palavras de incentivo, pelas recomendações e sugestões para a construção da dissertação.

Cláudio Júnior Damin
Novembro de 2009.

*Aqueles dispostos a abdicar da essencial
liberdade em troca de uma segurança
temporária, não merecem nem liberdade
nem segurança.*

Benjamin Franklin

RESUMO

A presente dissertação trata da relação entre democracia e poderes emergenciais tendo como análise o caso dos Estados Unidos depois dos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001. Fundamentalmente, tratamos da expansão dos poderes do presidente norte-americano, George W. Bush, propiciada pela chamada “guerra contra o terrorismo”. Nosso objetivo é o de demonstrar como se deu essa ampliação dos poderes do presidente, tratando especificamente das questões atinentes à Ordem Militar de novembro de 2001 que possibilitou a prisão de suspeitos de terrorismo por parte das forças armadas norte-americanas e seu envio à Base Naval de Guantánamo, Cuba. Além disso, analisamos o comportamento da população, do Legislativo e do Judiciário durante a primeira administração republicana, demonstrando a fragilidade do sistema de *checks and balances* durante emergências. Por fim, concluímos que ocorreu, por parte do Executivo, uma interpretação soberana da Constituição e das leis que, com o maciço apoio da população, impôs restrições ao funcionamento dos *checks and balances* e possibilitou a violação de direitos de cidadãos e estrangeiros, como mostrou o caso dos detentos em Guantánamo e em solo norte-americano.

Palavras-chave: Poderes emergenciais; Guerra contra o terrorismo; George W. Bush.

ABSTRACT

This dissertation deals with the relationship between democracy and emergency powers, analyzing the case of the United States after the terrorist attacks of September 11, 2001. Fundamentally, we study the expansion of the powers of U.S. President George W. Bush, provided by the "war on terror". Our goal is to demonstrate how did this expansion of presidential powers, dealing specifically with issues related to the Military Order of November 2001 that led to the arrest of suspected terrorists by the armed forces of U.S. and sent to the Naval Base Guantanamo, Cuba. Furthermore, we analyze the behavior of the population, the legislature and the judiciary during the first Republican administration, demonstrating the fragility of the system of checks and balances during emergencies. Finally, we conclude that occurred by the Executive, a sovereign interpretation of the Constitution and laws, with massive popular support, has imposed restrictions on the operation of checks and balances and the possible violation of rights of citizens and foreigners, as shown the case of detainees in Guantanamo and U.S. soil.

Key-words: Emergency Powers; War on Terror; George W. Bush

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico I. Aprovação presidencial durante três crises internacionais.....94

Gráfico II. Confiança no governo na Guerra do Golfo e pós Onze de Setembro.....95

LISTA DE TABELA

Tabela I. Percentual de norte-americanos apoiando ou não as medidas anti-terroristas pós Onze de Setembro.....97

Sumário

| | |
|--|-----|
| Introdução | 9 |
| CAPÍTULO I | |
| ESTADO DE EMERGÊNCIA E PODERES EMERGENCIAIS EM | |
| DEMOCRACIAS | |
| 1. O inevitável dilema da emergência | 13 |
| 2. Normatizando os poderes emergenciais | 16 |
| 3. Os governos de crise | 27 |
| CAPÍTULO II | |
| PODERES EMERGENCIAIS NOS ESTADOS UNIDOS | |
| 1. A emergência na democracia constitucional norte-americana | 34 |
| 2. Pró-Congresso ou pró-Executivo? | 43 |
| 3. Os casos de emergência nos Estados Unidos | 47 |
| CAPÍTULO III | |
| EXERCITANDO OS PODERES EMERGENCIAIS NA “GUERRA CONTRA O | |
| TERRORISMO” | |
| 1. A “guerra contra o terrorismo” | 67 |
| 2. As medidas emergenciais do presidente | 76 |
| 3. As medidas e os norte-americanos | 91 |
| 4. As medidas e o Legislativo | 99 |
| 5. As medidas e o Judiciário | 104 |
| 6. A fragilidade dos <i>checks and balances</i> nas crises | 114 |
| Considerações finais | 117 |
| Referências bibliográficas | 122 |

INTRODUÇÃO

Uma democracia pode ser uma democracia durante *todo* o tempo? Constituição, eleições e Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário separados significam *sempre* a garantia de proteção do indivíduo contra o Estado? Uma visão mais idealizada da democracia diria que “sim”. Contudo, quando analisamos o percurso das democracias modernas, notamos que uma resposta mais apropriada seria “não”. Uma democracia nem sempre respeita seus próprios princípios, mesmo que as instituições que a sustenta estejam presentes.

O grande desafio que se apresenta às democracias é a convivência e sobrevivência às emergências inelutáveis pelas quais o Estado irá passar. Guerras parecem ser as situações emergenciais mais usuais dos países, mas muitas outras como rebeliões, crises econômicas, desastres naturais e ataques terroristas existem e persistem.

Momentos de declarada emergência nacional devem apresentar ameaças existenciais aos Estados, sendo que medidas de exceção (e, por definição, temporárias) são adotadas. Historicamente, tais medidas partem de uma interpretação muito particular da situação de crise por parte do governo e tendem a diminuir as liberdades e os direitos dos cidadãos e estrangeiros, incidindo numa expansão dos poderes do Executivo, além de relativizações de princípios constitucionais que pareciam consolidados. Nesse sentido, as próprias bases da democracia representativa tendem a ser flexibilizadas em nome da segurança do Estado.

Dentro dessa temática, a presente dissertação analisa a situação de emergência nacional criada pelos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos e a utilização de poderes emergenciais pelo presidente George W. Bush, ancorado na denominada “guerra contra o terrorismo”. Nosso objetivo principal é analisar de que forma o exercício destes poderes emergenciais fomentou a fragilidade dos *checks and balances* e o crescimento dos poderes do Executivo durante a “guerra” no primeiro mandato do presidente (2001-2005).

Dois dias após os atentados, o presidente George W. Bush formalizou a situação de emergência nacional e o Congresso, logo a seguir, ratificou tal proclamação e o autorizou a utilizar de “todos os meios necessários” para que os culpados fossem pegos e punidos a fim de que novos atentados não ocorressem em solo norte-americano. O

Executivo, no entanto, interpretou tal autorização como uma delegação ilimitada de poderes, agindo desde então de forma discricionária e sempre alegando que estava autorizado a fazê-lo deste modo.

Um dos atos do presidente mais controversos foi a chamada Ordem Militar, de novembro de 2001, que declarou o terrorismo como uma ameaça existencial à continuidade das operações de governo e iniciou uma caçada doméstica e internacional aos membros da organização terrorista Al Qaeda, além de criar comissões militares sob responsabilidade última do presidente e negar aos futuros detentos que tivessem ligação com o terrorismo internacional a possibilidade de contestação de suas prisões em tribunais ordinários norte-americanos.

Como consequência, cidadãos americanos e não americanos receberam o *status* de *enemy combatants* prejudicando suas garantias constitucionais. Acrescente-se a isso o fato de que surgiu uma doutrina de prisões ilimitadas e a justificção do uso de práticas de tortura em interrogatórios para coletar informações sobre possíveis novos atentados. Estrangeiros foram enviados à baía de Guantánamo e cidadãos americanos presos em cenários de batalha, como o Afeganistão, não tiveram acesso a advogado ou ao *writ* do *habeas corpus* de 2001 até junho de 2004.

A importância fundamental das medidas tomadas pelo governo norte-americano reside em sua característica *excepcional*. Foram geridas e implementadas em período de emergência nacional, momento permeado por comoção nacional, pressão popular e retórica política.

Nos Estados Unidos sob influência da “guerra contra o terrorismo”, talvez nada seja mais verdadeiro que a afirmação de que tempos excepcionais requerem medidas excepcionais, e medidas excepcionais podem acabar produzindo prejuízos aos *checks and balances* propostos pelos Pais Fundadores, sistema em que os três poderes do Estado se controlariam mutuamente. A relevância dessa questão é ainda maior quando pensamos que medidas de exceção foram tomadas dentro de um regime democrático constitucional, cujo princípio básico é a existência de regras a serem obedecidas com o propósito de garantir a integridade da nação e a liberdade dos cidadãos.

A hipótese principal que orienta a dissertação é que a situação de emergência criada pelos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 produziu medidas de exceção e demonstrou a fragilidade do sistema de *checks and balances* em tempos de crise nacional. Trabalharemos, ainda, com outras três hipóteses auxiliares, que indicam que, a) a expressão “guerra contra o terrorismo” reflete a estratégia do Executivo para

adquirir poderes emergenciais e diminuir os *checks and balances* a fim de gerir a emergência nacional, b) o apoio da população às políticas do Executivo contra a emergência influenciou no silêncio do Legislativo e Judiciário em relação aos *checks and balances*, de 2001 a 2004, prejudicando-os, e, c) o Judiciário, e não o Legislativo, foi quem exercitou os *checks and balances* e tentou frear a discricionariedade do Executivo. Todas elas objetivam um melhor entendimento das razões pelas quais o presidente dos Estados Unidos exerceu soberanamente tantos poderes durante tanto tempo sem que o sistema de freios e contrapesos fosse efetivamente exercido pelos outros ramos do governo, ou que tivesse uma reprimenda por parte da população.

Nossa dissertação está dividida em quatro partes. O primeiro capítulo trata dos aspectos teóricos mais gerais sobre a relação entre democracias constitucionais e poderes emergenciais. Nele identificamos as raízes históricas dos poderes de exceção, o modo de utilização desses poderes pelos Estados constitucionais democráticos, as diversas tipologias, as conseqüências para as liberdades individuais e os perigos inerentes ao seu uso.

No segundo capítulo tratamos especificamente dos poderes emergenciais nos Estados Unidos. Analisamos o sistema institucional do país, sua teoria sobre a separação de poderes com os *checks and balances*, e de como houve a previsão dos elaboradores da Constituição de que momentos de emergência seriam ultrapassados pela nação. A seguir desenvolvemos, a partir dessas considerações, as visões pró-Congresso e pró-Executivo sobre o gerenciamento de emergências nacionais nos Estados Unidos. E, ao final desta parte, tratamos dos cinco maiores casos de emergência do país e as lições que deles podemos tirar.

No terceiro capítulo procedemos à análise do nosso material empírico e também à verificação das nossas hipóteses. Tratamos dos principais fatos atinentes à “guerra contra o terrorismo”, conceitualizando-a e identificando as medidas excepcionais relacionadas à Ordem Militar de novembro de 2001. Revelaremos o comportamento da população, do Legislativo e da Suprema Corte durante a crise. Parte do material empírico é composto por memorandos oficiais e documentos legais da administração Bush e que, avaliados neste capítulo, auxiliarão na identificação o argumento do governo em relação às medidas adotadas. Já as decisões da Suprema Corte, datadas de junho de 2004, vão expor os abusos cometidos pelo Executivo e sinalizarão no sentido da existência de fragilidade dos *checks and balances* em tempos de emergência.

Por fim, em nossas considerações finais expomos o resultado da investigação e a confirmação ou não de nossas hipóteses, além de comentários que envolvem a questão dos poderes emergenciais em democracias, assunto que deve despertar interesse àqueles que admitem que nem só de normalidade vive um Estado, mas de momentos de crise que colocam em dúvida nossas crenças e valores ocidentais de governo limitado.

CAPÍTULO I

ESTADO DE EMERGÊNCIA E PODERES EMERGENCIAIS EM DEMOCRACIAS

1. O inevitável dilema da emergência

No final do século XIX, S. G. Fisher (1888), escrevendo sobre as conseqüências da Guerra Civil norte-americana (1861-1865), vaticinou:

Todo homem pensa que possui um direito de viver e todo governo pensa que ele tem o direito de viver. Todo homem que é encurralado numa parede por um assaltante homicida irá passar por cima de todas as leis que o protege, e isso é chamado como o direito à legítima defesa. Então todo governo, quando ameaçado pelas paredes de uma rebelião, irá passar por cima da constituição antes que ele próprio autorize a sua destruição. Isso talvez não seja constitucional, mas é uma realidade. (FISCHER, 1888, p. 485, tradução nossa)

As palavras do autor referem-se, no específico, à medida tomada pelo presidente Abraham Lincoln de suspender o *writ* do *habeas corpus* durante algumas semanas, sem a participação do Congresso. Contudo, as afirmações de Fischer (1888) estabelecem, de forma geral, uma questão relevante para o estudo da democracia representativa liberal, sintetizada na realidade histórica de que, em momentos de emergência, o governo precisa agir para salvar o Estado, mesmo que para tanto a lei acabe suspensa e/ou violada. Como sentenciou Barthelemy (1915, p. 121, tradução nossa), “a lei é feita para o Estado, não o Estado para a lei” e, em caso da necessidade de escolher entre a lei ou o Estado, não haverá dúvidas de que a primeira será sacrificada em nome do segundo.

Guerras, rebeliões, revoltas populares, desastres naturais, perturbação da ordem pública, depressões econômicas e ataques terroristas são algumas das muitas alegadas categorias de situações limite que podem colocar em xeque o funcionamento do governo, seu monopólio coercitivo e sua integridade territorial. Governos democráticos, nestes casos, tendem a gerenciar a situação de emergência com “métodos não usuais e freqüentemente ditatoriais” (ROSSITER, 1948, p. 6, tradução nossa).

Nas palavras de Hayek (1985):

Quando um inimigo externo ameaça, quando irrompe rebelião ou violência, ou quando uma catástrofe natural exige ação rápida por todos os meios possíveis, torna-se necessário conferir a alguém poderes de organização compulsória que normalmente ninguém possui. Como um animal em fuga

de um perigo mortal, a sociedade pode, nessas situações, ter de sustar por algum tempo até funções vitais de que depende sua existência a longo prazo, se a finalidade disso for escapar à destruição. (HAYEK, 1985, p. 129)

A necessidade de restaurar a normalidade, em momentos de guerra, por exemplo, conduz a medidas que usualmente suspendem ou violam temporariamente as liberdades e os direitos dos cidadãos. A mais usual justificativa é a de que a população precisar sacrificar, temporariamente, parte de suas liberdades em nome da segurança nacional (TUSHNET, 2003). Leis erigidas para garantir a proteção do indivíduo contra a força do Estado, sejam elas estatutos ordinários ou dispositivos constitucionais, são prejudicados em sua efetividade nos momentos de emergência nacional. E, por contraditório que possa parecer, a suspensão e violação de leis e Constituições são feitas no seio do próprio sistema democrático.

Diante disso, podemos desenvolver o seguinte raciocínio: se até mesmo os regimes democráticos desrespeitam direitos durante períodos emergenciais, então pouca ou nenhuma diferença há entre uma democracia e uma ditadura para vencer uma crise. Clinton Rossiter (1948) é um dos que admitem que, numa guerra, a democracia luta de igual para igual com as ditaduras, mas, a despeito disso, não se torna uma ditadura.

Rossiter (1948) desenvolve o conceito de “ditadura constitucional” (*constitutional dictatorship*) para explicar o comportamento dos Estados – especialmente dos democráticos – em momentos de emergência nacional. A grande questão que o autor esforça-se em responder é se uma democracia pode lutar contra uma emergência nacional e continuar sendo uma democracia. Em sua acepção, a racionalidade da ditadura constitucional baseia-se em três fundamentos. Em primeiro lugar, que o sistema democrático foi criado para funcionar nos tempos de normalidade e não em momentos de crise e emergência, sendo, portanto, ele próprio ineficiente para gerir momentos de anormalidade. Por segundo há o pressuposto de que, em tempos de emergência, o governo constitucional será alterado para superar o perigo e restabelecer a normalidade. E, por fim, o objetivo único de um governo de uma ditadura constitucional é estritamente o de preservar a independência e a integridade territorial, a existência da Constituição e a liberdade dos cidadãos. Por mais contraditório que possa parecer.

A base do conceito de Rossiter (1948) para a utilização de poderes emergenciais remonta à figura da ditadura em Roma. Ela destinava poderes autocráticos a um homem

confiável em tempo de grave emergência para que restaurasse a normalidade e a paz e, em seguida, devolvesse o poder às autoridades ordinárias.

Tal instituição permaneceu por cerca de três séculos no ordenamento jurídico romano e produziu noventa ditadores. O instituto da ditadura romana consistia em um instrumento de governo normal, e sempre invocado quando havia a necessidade de medidas emergenciais para contornar uma crise. Era uma ferramenta legal para salvar a República, e não para subvertê-la (ROSSITER, 1948).

Cabia ao Senado decidir se a República estava em perigo, e aos cônsules restava a indicação de um ditador, com a devida ratificação dos senadores. O cidadão escolhido para ser ditador deveria ser uma figura benquista da sociedade e comprometida com os ideais republicanos (ROSSITER, 1948). Havia, ainda, a regra de que nenhum cônsul poderia votar em si mesmo para o ofício de ditador, numa tentativa de diferenciar aqueles que decidem a emergência daquele que exercita os poderes de exceção.

Maquiavel (1979) foi um dos grandes admiradores da ditadura romana, especialmente por sua condição excepcional e transitória. O autor faz uma sucinta radiografia da ditadura:

(...) os ditadores romanos eram designados por tempo limitado; a duração do seu poder não excedia as circunstâncias que haviam obrigado a sua instituição. Sua autoridade consistia em tomar sozinho todas as medidas que considerasse oportunas para enfrentar o perigo determinado. Não tinha necessidade de realizar consultas, e podia punir sem apelo os que considerasse culpados. Mas o ditador nada podia fazer que atentasse contra o governo estabelecido – como retirar autoridade do Senado ou do povo, ou substituir antigas instituições da república. (MAQUIAVEL, 1979, pp. 113-114)

Da citação de Maquiavel (1979), que expõe o caráter temporário e não absoluto dos poderes do ditador, cabe acrescentar duas outras importantes características. Uma primeira refere-se ao fato de que o ditador não possuía poderes para promulgar novas leis, prerrogativa que permanecia exclusiva do Senado mesmo sob perigo público. A outra característica consiste no fato de que o ditador era o único cidadão romano que não poderia ser penalizado por seus atos durante o período da ditadura, uma forma de *desresponsabilização* pelos atos contrários às leis da República praticados pelo ditador (GROSS, 2005).

Na comparação da ditadura constitucional e da ditadura romana, o que deve ser realçado é a condição de serem ambas instituições limitadas. É justamente desse modo que Rossiter (1948, p. 8, tradução nossa) responde à indagação da diferença entre uma

ditadura fascista e uma ditadura constitucional, ou seja, o caráter temporário da última, já que “quando a crise acaba, a ditadura também acaba”.

Percebe-se, por fim, haver um inevitável dilema em relação à emergência, que a coloca em choque com aquilo que entendemos como um Estado constitucional normal. Ela modifica aquilo que entendíamos como normal e solidificado, sua força e as conseqüências de seus resultados para o Estado constitucional não podem ser previstas em sua totalidade, e sua presença deve merecer a maior atenção daqueles que prezam pela democracia e pelas liberdades. A emergência é uma realidade que desafia nossas próprias crenças democráticas.

2. Normatizando os poderes emergenciais

Quando pensamos no caso das democracias constitucionais contemporâneas, verificamos que tais regimes comportam a existência e o exercício de poderes emergenciais (SARTORI, 1996). A esse respeito, Oren Gross (2003b), um dos principais estudiosos norte-americanos da questão dos poderes emergenciais, em trabalho recente, analisou Constituições de 79 países e concluiu que todas elas incluem artigos que estabelecem, mesmo que superficialmente, o que fazer quando uma emergência nacional se apresenta à nação. Em todos os casos verificou-se que artigos suspendem garantias constitucionais básicas definidas na própria Constituição. Os poderes emergenciais, portanto, no mundo constitucional moderno, tendem a ser inseridos dentro do próprio texto fundamental do país, na tentativa de normatizar a emergência que é, por definição, de difícil caracterização; ou, na interpretação de Carl Schmitt (2006), impossível de prever ou saber de antemão o que fazer quando ela se manifesta.

O artigo de Gross (2003b) descreve como as Constituições definem emergência, quem detém o poder de declarar a excepcionalidade, os controles institucionais existentes e as conseqüências das prescrições para as liberdades dos cidadãos. As descrições feitas pelo autor conduzem a um verdadeiro guia em relação aos aspectos envolvidos na realidade inexorável dos poderes emergenciais.

A constatação inicial é a de que as Constituições não predizem um único tipo de emergência. Isso, por si só, expõe o dissenso dos legisladores em relação à caracterização daquilo que exatamente chamamos de emergência. As crises pelas quais um Estado pode atravessar são as mais diversas, e apenas algumas foram nomeadas e normatizadas por quem cabe a tarefa de legislar. Outrossim, cada texto legal pressupõe

um contexto nacional único e diferenciado, uma das causas para a existência de um legítimo gradiente de situações de crise.

Mais apropriadamente, trata-se de uma escala onde o que está em jogo é a suspensão de determinados direitos dos cidadãos. Cabe aqui exemplificarmos algumas das classificações existentes nas Constituições analisadas por Gross (2003b). Na Constituição dos Estados Unidos, há a possibilidade de suspensão do *writ* do *habeas corpus*. Nas Constituições de Estados do Leste Europeu encontram-se as possibilidades de “estado de emergência” e “estado de sítio”. Já nos países da América Latina as Constituições definem, além das categorias já mencionadas, outras mais como o “estado de alarme”, “estado de prevenção” e “estado de defesa”. Na Alemanha destacam-se a chamada “emergência interna” e o “estado de tensão”. Na Constituição canadense consta a declaração de um estado de “emergência para o bem estar público” em razão de desastres naturais, “emergência da ordem pública” decorrente de sérias ameaças para a segurança do país, e a “emergência de guerra” para conflitos armados iminentes. Poderíamos prosseguir com os exemplos de países importantes não mencionados como França, Austrália, Itália, Japão, Rússia e Espanha, ou ainda com os casos de Estados menos desenvolvidos em relação aos países de primeiro mundo como Etiópia, Fiji, Ruanda, Zâmbia, Camboja, entre tantos outros. Deve ficar claro que reinos como o Nepal ou democracias como o Brasil¹, indistintamente, possuem regulações em relação à possibilidade de emergências nacionais e as armas “normais” oferecidas aos seus governos para enfrentá-las.

Existem, portanto, nomenclaturas múltiplas para afirmar a mesma coisa: a criação de um estado de exceção, aos moldes schmittianos (mas com ressalvas), com a suspensão de determinados direitos e a conseqüente expansão dos poderes discricionários do governante no poder. É bem verdade, no entanto, que as normatizações constantes nas Constituições admitem que diferentes emergências requerem diferentes poderes (GROSS, 2003b). O pressuposto, nesse caso, é de que o comportamento do Estado em relação a uma guerra não pode ser igualado, por exemplo, à resposta que se dá há um desastre natural restringido territorialmente a uma província. Os direitos e garantias não serão restringidos na mesma intensidade, mas, mesmo assim,

¹ No caso brasileiro, os artigos 136 a 141 da Constituição prevêm o Estado de Defesa e o Estado de Sítio. O primeiro é decretado pelo presidente da República e enviado para posterior apreciação do Congresso, que pode ratificá-lo ou rejeitá-lo. No caso do Estado de Sítio, o texto constitucional dispõe que o presidente deve solicitar autorização ao Legislativo para a sua decretação (CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, 2000)

serão diminuídos. Por isso que, ao que parece, a utilização de poderes emergenciais tende ser inevitável aos Estados. Os constitucionais, democráticos ou não, portanto, estabelecem na lei fundamental as questões relativas às emergências, mas não apenas nelas. Comumente muitas prescrições para momentos de emergência estão inseridas em legislações infra-constitucionais que estabelecem regras para a utilização de poderes emergenciais, sendo a Lei de Emergências Nacionais e a Lei dos Poderes de Guerra norte-americana um caso paradigmático de legislação ordinária tratando de poderes emergenciais.

Rossiter (1948, p. 5, tradução nossa) escreveu com toda razão que nos momentos de crise o governo de uma democracia constitucional será alterado e disso resultará “invariavelmente, um governo forte, ou seja, o governo terá mais poder e os cidadãos menos direitos”. Um “governo forte” e cidadãos mais desprotegidos, eis o resultado dos momentos que abalam a normalidade de um país. As Constituições, ou leis decorrentes delas, definem o ator ou os atores que ganharão mais poderes.

A autoridade sobre quem pode declarar legalmente uma emergência é das questões mais importantes em relação aos poderes emergenciais numa democracia. Francisco Segado (1979) estabelece quatro possibilidades para as declarações de emergência, que suspendem as garantias constitucionais: a) o sistema onde a declaração de emergência é prerrogativa exclusiva do Legislativo; b) o sistema onde a declaração é feita pelo Executivo sem qualquer controle por parte do Legislativo; c) um sistema de tipo misto onde a declaração ou é feita pelo Executivo ou Legislativo, segundo as circunstâncias; e, d) o sistema onde o Executivo declara a existência de uma emergência, com a ratificação e controle posterior por parte do Legislativo.

Nos exemplos dessa tipificação comparada de provisões constitucionais, o primeiro modelo é encontrado na Constituição dos Estados Unidos (1787), finlandesa de 1919 e sueca de 1974. No segundo sistema constam a Constituição dos Países Baixos de 1848, a Lei Maior marroquina de 1970, a egípcia de 1971 e síria de 1973. Caso do modelo misto é encontrado, não em constituições, mas em legislação como a *Emergency Power Act* britânica em suas edições de 1920, 1939 e 1940. Já o último modelo com supervisão legislativa é encontrado na Constituição alemã de Weimar de 1919, cujo artigo 48 será analisado posteriormente, além de México (1917), França (1958), Turquia (1961), Grécia (1975), Portugal (1976) (SEGADO, 1979) e Brasil (1988).

Mesmo que a declaração possa ser prerrogativa de diferentes ramos políticos do Estado – note-se que o Poder Judiciário é excluído –, o exercício propriamente dito dos poderes emergenciais é feito pelo chefe de governo, seja o presidente em sistemas presidencialistas, seja o primeiro-ministro e seu gabinete no parlamentarismo (ROSSITER, 1948).

Se a suspensão da Constituição é, ela própria, autorizada pela Constituição, a *violação* dos dispositivos constitucionais não é permitida, muito embora seja praticada. As leis não destinam “plenos poderes” (à exceção do caso da Irlanda) ao governante para que ele vença uma guerra ou contorne a emergência em razão de distúrbios internos. A definição moderna de estado de emergência não comporta a ilimitação de poderes por parte de um ramo do Estado, já que a doutrina montesqueana da separação dos poderes influencia todos os países democráticos. Nesse sentido, a própria limitação do uso de poderes emergenciais deve garantir (mesmo que não garanta totalmente) que o Estado legal não seja pervertido nos momentos de necessidade pública.

Se voltarmos ao caso da ditadura romana, verificaremos que, com o passar do tempo, ela começou a ser invocada não mais unicamente por motivos militares, transformando-se numa ferramenta nas mãos dos patrícios para impedir a ascensão social dos plebeus e manter intacto o *status quo* (ROSSITER, 1948), sendo o caso de Lucius Quinctius Cincinnatus, descrito por Gross (2005), paradigmático.

Cincinnatus, um fazendeiro miserável e com enorme força física, foi um célebre ditador romano eleito para o cargo pela primeira vez em 458 a.C. com o objetivo de repelir forças hostis que pretendiam invadir a República. O mandato dos ditadores era de seis meses, ou até que a emergência fosse solucionada. Cincinnatus cumpriu seu objetivo em apenas 16 dias e retornou às suas atividades laborais normais.

Mas Cincinnatus foi chamado novamente em 439 a.C.. Desta vez seu objetivo não era militar, mas sim a ameaça da plebe contra os patrícios. Havia surgido uma liderança plebéia muito forte e de robusto apelo popular chamado Spurius Maelius. Gross (2005) narra que sua popularidade alarmou os patrícios, que não hesitaram em acusá-lo de desejar a destruição da República. Em realidade, o objetivo de Cincinnatus como ditador era o de conter Maelius, e ele o fez assassinando-o em situação não bem esclarecida.

O caso de Cincinnatus feito ditador pela segunda vez, e as sucessivas invocações de novos ditadores para conter rebeliões plebéias seriam o prenúncio para a deturpação do sentido primeiro da ditadura em Roma. Conforme destaca Gross (2005), a ditadura

romana esqueceu os objetivos estritamente militares e começou a ser usada para manter a superioridade social dos patrícios.

Em trezentos anos a ditadura romana não fora usada para destruir a ordem constitucional, o que revelaria, segundo Rossiter (1948), o caráter sagrado desta instituição. Cada vez mais, no entanto, ela era invocada sem motivos de crise emergencial, fator que auxiliaria para sua ruína (GROSS, 2005; ROSSITER, 1948). A ditadura indefinida e perpétua de Júlio Cesar acabou por perverter instituição tão valorizada pelos pensadores políticos clássicos como um modelo de organização política.

No mesmo sentido, a experiência da Constituição de Weimar e seu conhecido artigo 48, que propiciou em parte a subida de Adolf Hitler ao poder, é um caso mais moderno onde, em que pese os poderes emergenciais estivessem estabelecidos pelo Direito, não se impediu que ocorresse a violação da ordem legal, degradando a Constituição e fazendo surgir um dos piores ditadores modernos com poderes ilimitados e eternos.

A Constituição de Weimar, de 11 de agosto de 1919, definiu uma série de direitos individuais e garantias sociais ao povo alemão, caracterizando a Alemanha como um Estado democrático de direito (TRINDADE, 2002). Mas sua marca histórica não reside exatamente nos direitos descritos em seu texto, e sim em dois artigos de sumo interesse para nosso estudo dos poderes emergenciais. Trata-se do artigo 25 e do artigo 48, que estabelecem prerrogativas emergenciais ao presidente do *Reich*.

O artigo 25 dispunha que “o presidente do Império pode dissolver a Assembléia, mas apenas uma vez pelo mesmo motivo” (MIRANDA (org.), 1980, p. 274). Já o artigo 48 definiu que:

No caso de um estado não cumprir os deveres que lhe são prescritos pela Constituição e pelas leis do Império, compete ao Presidente decretar a intervenção, ainda que com o auxílio da força armada.

No caso de perturbação ou ameaça graves à segurança e ordem pública no Império compete ao Presidente decretar as medidas necessárias ao restabelecimento da ordem e da segurança, mesmo com o recurso à força armada. Para este fim, pode suspender, total ou parcialmente, os direitos fundamentais dos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153.

Estas medidas devem ser levadas pelo Presidente imediatamente ao conhecimento do Parlamento, o qual pode exigir um relatório circunstanciado acerca delas.

Verificando-se urgência, o governo de qualquer estado pode, dentro do território deste, adotar medidas provisórias da mesma natureza das que estão indicadas no parágrafo 2º deste artigo. (MIRANDA (org.), 1980, p. 277)

Este é um exemplo clássico da ditadura constitucional descrita por Rossiter (1948). O artigo 48 estabelecia que, em momentos de necessidade pública, o “direitos fundamentais” poderiam ser *suspensos* no todo ou em parte. Eram eles: o exercício da liberdade individual (art. 114), a inviolabilidade do domicílio (art. 115), o direito ao sigilo postal, telegráfico e telefônico (art. 117), a liberdade de opinião e pensamento (art. 118), liberdade de reunião (art. 123), o direito de associação (art. 124) e direito à propriedade privada (art. 153).

O problema era que os eventos típicos que poderiam levar à adoção do artigo 48 nunca foram especificados pelo Parlamento alemão, fazendo, assim, com que qualquer acontecimento de maior gravidade pudesse ser motivo para a adoção do artigo 48 (SCHEPPELE, 2004). Por isso Rossiter (1948, p. 32, tradução nossa) afirma que tal artigo consistia em “um inesgotável reservatório de poder emergencial”. Aliás, os números demonstram a degradação desse dispositivo constitucional, já que em 13 anos de vigência da Constituição de Weimar, o artigo 48 foi invocado mais de 250 vezes, demonstrando a banalização do uso dos poderes emergenciais pelo presidente alemão (SCHEPPELE, 2004).

A invocação do artigo 48 criava um estado de emergência ou, seu sinônimo, um estado de exceção. Um dos críticos mais ferozes da Constituição de Weimar foi Carl Schmitt² (2007). Não cabe descrevermos todas as críticas de Schmitt ao texto, mas sim aquelas referentes ao artigo 48.

Carl Schmitt ficou conhecido como um dos maiores teórico do chamado “estado de exceção”. Para ele, a ordem liberal fora articulada para os momentos de normalidade, e sua tentativa é a de demonstrar a incapacidade do corolário liberal quando um Estado entra em situação de emergência.

Uma de suas principais teses é de que o “soberano é quem decide a exceção” (SCHMITT, 2006, p. 7). O soberano é a figura central do pensamento schmittiano. Em linhas gerais, ele é, “simultaneamente, supremo legislador, supremo juiz e supremo mandatário, última fonte de legalidade e última base de legitimidade” (SCHMITT, 2007, p. 4). Essa definição de soberano repousa numa perspectiva crítica às teorias normativistas do Direito, que defendiam, como se encontra em Krabber, o poder limitado dos governantes, a existência de leis impessoais com a soberania destas sobre a vontade dos homens. Seria este o pressuposto do Estado moderno e que, segundo os

² Seu livro “Legalidade e legitimidade” (2007) constitui-se em crítica avassaladora do texto da Constituição de Weimar.

normativistas, impossibilitaria um estado de exceção (SÁ, 2003). Na acepção de Schmitt, “o direito não pode ser considerado autonomamente, mas deve sempre remeter para um poder político juridicamente ilimitado” (SÁ, 2003, p. 4).

Ainda em relação ao soberano, Schmitt o desenha como uma figura livre de controle ou constrangimentos institucionais ou legais. Nada nem nenhum poder poderia limitar os poderes do soberano que, portanto, são absolutos. Nesse sentido, o soberano teria o poder de decidir se e quando a Constituição deveria ser suspensa. O soberano, ao decidir a existência de uma emergência, assemelha-se com a figura do chefe supremo hobbesiano, já que a exceção por ele imposta representa fundamentalmente “autoridade ilimitada, o que significa a completa suspensão da ordem existente” (SCHMITT, 2005, p. 12, tradução nossa).

Um poder essencialmente ilimitado não significa, para ele, a simples arbitrariedade e a mais pura irracionalidade. Pelo contrário, como destaca Sá (2003), a visão ilimitada do poder em Schmitt assenta-se sob pressupostos racionais e, portanto, de alguma forma justificáveis. Schmitt acredita que o direito à auto-preservação do Estado é um direito acima do direito normativo ordinário, ou seja, que a necessidade e a urgência de manter o Estado integrado é suficientemente justificável para que as leis e, portanto, também a Constituição, sejam violadas durante a exceção. Segundo Sá (2003, p. 17), para Schmitt “é então a possibilidade de exceção que constitui a possibilidade de existência da lei, ou seja, que constitui essa mesma lei enquanto lei efetiva e existente”, isto é, a arbitrariedade seria intrínseca à lei e sua própria efetivação ao caso concreto.

Vê-se, conforme já dito, uma aproximação do soberano schmittiano com o chefe supremo hobbesiano, ambos com poderes ilimitados sobre porções de terras. Schmitt (2006, p. 31), aliás, chama Hobbes de “representante clássico” do pensamento decisionista, mas não chega a afirmar que seguia a fundamentação teórica do pensador inglês. De fato, as fundamentações do poder ilimitado possuem diferenças significativas, mesmo que o caminho percorrido leve ao mesmo resultado prático.

Conforme Sá (2003, p. 24), para Hobbes é “na preservação da vida dos indivíduos integrados no seu seio que o Estado encontra a justificação racional do seu poder ilimitado”. Schmitt, por outro lado, “recusa a determinação do Estado como meio ao serviço de fins que residem na esfera dos interesses individuais, assim como na necessidade de proteção e segurança” (SÁ, 2003, p. 28).

À época da redação de sua obra famosa, “Teologia Política”, Schmitt (2006) identificava a tendência daquilo que ele denominou de “constitucionalismo moderno”

de eliminar a figura do soberano do ordenamento jurídico. A extinção dessa figura, no entanto, não apagaria da realidade o fenômeno da exceção. Cabe realçar que Schmitt (2005) acreditava que a exceção não poderia ser codificada na ordem legal vigente justamente para garantir o poder de decisão do soberano. A ordem legal, nesse sentido, seria sustentada a partir da *decisão* e não de uma norma. Por isso ele defende que “para uma ordem legal ter sentido, uma situação normal precisa existir”, sendo que “é o soberano quem definitivamente decide se essa situação normal atualmente existe” (SCHMITT, 2005, p. 13, tradução nossa). Resta claro que a essência do Estado soberano não seria o monopólio da coerção, mas “o monopólio da decisão” (SCHMITT, 2005, p. 13, tradução nossa).

Agora se entende melhor o porquê das críticas de Schmitt ao artigo 48 da Constituição de Weimar. Segundo o autor:

Não é possível colocar o casamento, a religião, a propriedade privada solenemente sob a proteção da Constituição, para se oferecer, nessa mesma Constituição, a metodologia legal de como as abolir. (SCHMITT, 2007, p. 48)

Schmitt critica, fundamentalmente, a existência de legisladores extraordinários definidos pela Constituição e a normatização dos poderes emergenciais, o que acabava engessando o poder do presidente para gerir emergências. A violação do texto legal, para Schmitt (2007), seria uma *decisão* do soberano e, portanto, “ferir os interesses que a própria Constituição declara invioláveis jamais poderá ser uma competência normal atribuída constitucionalmente” (SCHMITT, 2007, p. 54). A exceção, por fim, não significa que exista uma situação de caos ou anarquia; pelo contrário, Schmitt (2005) observa que a ordem jurídica permanece, mas é uma ordem jurídica extraordinária, baseada na *decisão soberana do soberano*. Nesse sentido, o Estado suspende as leis para manter intacta a sua soberania no caso de uma emergência.

É preciso lembrar que a Constituição de Weimar foi pensada, entre tantos outros estudiosos, por Hans Kelsen e o artigo 48, ele próprio, talvez reflita parte do pensamento kelsiano da rigidez legal. Kelsen (2000) preconiza que o Estado possui uma norma fundamental, superior a quaisquer outras normas. Pensando a ordem jurídica como um sistema de normas hierarquizadas, é muito caro a ele a idéia de que a Constituição de um país deve ser reconhecida como a “norma cuja validade não pode

ser derivada de uma outra norma superior” (KELSEN, 2000, p. 163), ou seja, a norma suprema com força auto-evidente.

A partir desta norma fundamental, que é a Constituição, seriam derivadas outras para, então, erigir um sistema jurídico onde o “fundamento para a validade de uma norma é sempre uma norma, não um fato” (KELSEN, 2000, p. 162). Isso significa dizer, de forma mais clara, que “uma norma é uma norma jurídica válida em virtude de ter sido criada segundo uma regra definida, e apenas em virtude disso” (KELSEN, 2000, p. 166).

A Constituição é vista, sob esse ângulo, como a primeira ordem jurídica de um país, pressuposta como válida e dotada de um sentido material, já que ela irá regular a criação de novas leis; ou seja, caberia ao Direito regular a sua própria criação. Por tudo isso é que Kelsen (2000) concebe a ordem jurídica como uma dimensão onde inexistem as chamadas lacunas do direito. Segundo ele, “trata-se de ficção de que a ordem jurídica tem uma lacuna – significando que o Direito vigente não pode ser aplicado ao caso concreto porque não existe nenhuma norma geral que se refira a esse caso” (KELSEN, 2000, p. 212). Caberia propriamente ao juiz o preenchimento de possíveis lacunas do sistema jurídico, devendo, sempre que necessário, magistrados assumirem o papel de legislador a fim de impossibilitar que espaços vazios se fizessem presentes no Direito.

O rigor legalista de Kelsen (2000) atinge seu ponto alto, contraditando todo o pensamento de Schmitt, ao dizer que ninguém detém a autorização necessária para violar a ordem jurídica. Em suas palavras:

(...) um indivíduo que funciona como órgão do Estado, só pode fazer o que a ordem jurídica o autoriza a fazer. É, portanto, supérfluo, do ponto de vista da técnica jurídica, proibir alguma coisa a um órgão de Estado. Basta não autorizá-lo. (KELSEN, 2000, p. 376)

Para Kelsen, portanto, a exceção é um ato essencialmente fora da lei, porque rompe com a soberania do Direito. Tudo o que não seja autorizado por lei é algo ilegal e que compromete a permanência do Estado constitucional. Schmitt (2006, p. 21) critica Kelsen afirmando que ele “resolve o problema do conceito de soberania negando-o”. Mesmo que tenha influência kelseana, a Constituição estabeleceu, genericamente, situações onde os direitos podem ser *suspensos*. A questão fundamental não apenas para a Constituição de Weimar, mas para todos os Estados constitucionais que prevêm

poderes de exceção para os governantes é que não há garantias absolutas de que aquele que utiliza destes poderes irá respeitar a ordem legal ordinária.

O artigo 48 possibilitou o nascimento do Estado nazi-alemão, já que a combinação explosiva do artigo 25 estabelecendo a dissolução do Parlamento, e do artigo 48 que colocava o país sob estado de exceção abriu caminho para a subida de Adolf Hitler ao poder depois da Primeira Guerra Mundial (SCHEPPELE, 2004).

Giorgio Agamben (2004) assevera, em relação ao regime nazista, que Hitler foi devidamente nomeado chanceler do *Reich* pelo presidente alemão, sendo que o que caracterizaria o regime nazista, inclusive o fascista de Mussolini era:

(...) o fato de terem deixado subsistir as constituições vigentes, fazendo acompanhar – segundo um paradigma que foi sutilmente definido como “Estado dual” – a constituição legal de uma segunda estrutura, amiúde não formalizada juridicamente, que podia existir ao lado da outra graças ao estado de exceção. (AGAMBEN, 2004, pp. 75-76)

Rossiter (1948) presta-se, em seu livro, em definir as formas, os perigos e os critérios para o exercício da ditadura constitucional nas democracias contemporâneas. O trabalho do autor é a base para qualquer estudo sobre poderes emergenciais e sua preocupação constante é a de diminuir os riscos de que uma situação emergencial, que suscite a invocação da ditadura constitucional, acabe, por fim, destruindo a ordem legal ordinária, transformando-se, nesse sentido, em tirania ou totalitarismo, como demonstra o caso dos exageros do artigo 48 de Weimar.

Na tentativa, diríamos, de criar um tipo ideal weberiano para a utilização de poderes de exceção pelas democracias, Rossiter (1948) desenvolveu 11 critérios para a ditadura constitucional, descritos a seguir.

I. Apenas a preservação do Estado e da Constituição justificam a instituição da ditadura constitucional;

II. O início de uma ditadura constitucional não pode ser feita por quem será o ditador, ou seja, não pode haver auto-investidura;

III. É preciso determinar o seu tempo de duração, já que ela precisa ser temporária;

IV. As ações durante a ditadura devem ser feitas buscando a constitucionalidade e o embasamento legal das medidas, sendo que, para buscar a legitimidade, a Constituição pode prever os poderes emergenciais à disposição dos governantes;

V. As medidas arbitrárias, que violam direitos e garantias, só devem ser efetivadas na absoluta necessidade de contornar a crise;

VI. As medidas adotadas não devem ser permanentes, mas temporárias e com objetivo estritamente definido;

VII. A ditadura deve ser gerida por pessoas comprometidas com a ordem constitucional;

VIII. A responsabilidade por atos cometidos durante a ditadura não é caducada quando do retorno à normalidade;

IX. A decisão de terminar a ditadura constitucional não pode estar nas mãos de quem é o ditador, ou seja, deve haver um poder com algum tipo de controle sobre a ditadura;

X. Nenhum ditador constitucional pode estender seus poderes depois de finda a crise;

XI. O fim da crise significa o retorno às condições normais anteriores à emergência.

Tais critérios resumem, em boa parte, as questões já tratadas neste trabalho. Elas revelam o embasamento da ditadura romana como um modelo a ser seguido, com aperfeiçoamentos para as democracias representativas modernas, especialmente a limitação do poder e a responsabilização do ditador por seus atos. Contudo, conforme admite Rossiter (1948), os casos empíricos de ditadura constitucional não respeitam todos os critérios explanados.

Mesmo que os critérios do autor nos passem a impressão de que, em ditaduras constitucionais, há um controle sobre os governantes que enfrentam as emergências, em muitas passagens de seu livro encontramos considerações de presunção de poder ilimitado do soberano durante as emergências, fazendo lembrar Carl Schmitt. Em certo sentido, parece que há relativa conformação, por parte do autor, de que crises geram, inexoravelmente, prejuízos para a ordem democrática. O autor fala de concentração de poderes em uma única mão, do prejuízo que o federalismo causa para o gerenciamento da crise, mas, ao que parece, o maior remédio contra a degradação da ditadura constitucional seria a elevação à condição de ditador de cidadãos comprometidos com a República e o caso dos Estados Unidos seria paradigmático ao ter enfrentado momentos de necessidade pública com governantes tendo que tomar medidas arbitrárias sem, no entanto, o sistema democrático ter cedido à tirania.

Aliás, Rossiter (1948) em nenhum momento afirma que a ditadura constitucional se fez presente em realidade nos Estados Unidos e argumenta que fatores como o federalismo e o sistema de *checks and balances*, além da já citada composição virtuosa dos homens públicos, impediu tal instituição.

3. Os governos de crise

Rossiter (1948) caracteriza governos de crise por três atributos: concentração de poderes, expansão de poderes e liberalização do poder do Estado, sem o conhecimento de limitações do sistema legal. Ora, certamente que a mistura desses fatores produz um caldo extremamente perigoso para o governo constitucional.

Conforme destaca o autor, “há momentos na vida de qualquer regime em que todos os poderes devem trabalhar juntos em unanimidade de propósitos e ação”, e isso pode significar “a união temporária dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário nas mãos de um homem” (ROSSITER, 1948, p. 289, tradução nossa). É clara, portanto, a noção de que a separação dos poderes torna-se uma barreira para que o governo consiga tomar medidas emergenciais com rapidez e eficiência. Ora, suspender a separação dos poderes em um Estado constitucional significa descaracterizá-lo em essência e admitir a premissa schmittiana de que idéias políticas liberais de governo limitado são úteis específica e unicamente para momentos de normalidade.

Quando, por exemplo, Locke (2001) e mais profundamente Montesquieu (1996) defenderam que o Estado não deveria ser governado por um único homem com poderes concentrados, eles desejavam proteger o indivíduo e suas propriedades das arbitrariedades do soberano, e defender o próprio Estado para que ele não se tornasse uma tirania, um governo de homens e não de leis. Nas palavras de Montesquieu (1996):

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. (MONTESQUIEU, 1996, p. 168)

Não iremos tratar, ainda, da doutrina da separação dos poderes, o que faremos no próximo capítulo quando abordaremos o sistema de *checks and balances* norte-americano. O interessante aqui é notar que até mesmo em Locke (2001) e Montesquieu (1996) encontramos noções da utilização de poderes emergenciais, mas não da autorização ilimitada para exercê-los.

Montesquieu (1996) defende que um Poder deve limitar o outro, mas define situações limite em que é preciso que um Poder autorize o outro a agir de forma arbitrária.

Se o poder legislativo se acreditasse em perigo devido a alguma conjuração secreta contra o Estado, ou a algum entendimento com os inimigos de fora, ele poderia, por um tempo curto e limitado, permitir ao poder executivo mandar prender os cidadãos suspeitos, que só perderiam sua liberdade por um tempo para conservá-la para sempre. (MONTESQUIEU, 1996, p. 170)

Em sentido parecido, Locke (2001) teoriza sobre a *prerrogativa*.

Como os legisladores são incapazes de prever e prover leis para tudo o que pode ser útil à comunidade, o executor das leis, possuindo o poder em suas mãos, tem pela lei comum da natureza o direito de utilizá-lo para o bem da sociedade em casos em que a lei civil nada prescreve, até que o legislativo possa convenientemente se reunir para preencher esta lacuna. (LOCKE, 2001, p. 181)

O autor complementa o raciocínio definindo como *prerrogativa* “este poder de agir discricionariamente em vista do bem público na ausência de um dispositivo legal, e às vezes mesmo contra ele” (LOCKE, 2001, p. 182). Para Gross (2003a), a teoria da prerrogativa de Locke demonstra um substantivo grau de confiança no governo, em especial no ramo Executivo em tempos de emergência nacional. O povo, nesse sentido, implicitamente e *ax ante*, concorda com o exercício deste poder arbitrário temporário, sendo apenas questionado, conforme destaca o próprio Locke (2001), quando seu exercício não age no estrito interesse da comunidade. A prerrogativa, portanto, é um poder emergencial em sentido moderno do termo.

A *prerrogativa* e as colocações de Montesquieu (1996) demonstram como mesmo os clássicos do governo limitado com repartição de poderes previam momentos de exceção à regra, por exemplo, das atribuições legislativas do Parlamento. E tais considerações exemplificam o caráter de governos de crise, já que a concentração de poderes leva à sua expansão que, por sua vez, livra o Estado de constrangimentos ao seu poder definidos na estrutura jurídica ordinária de um país.

E então nos deparamos com o velho dilema da tensão segurança estatal *versus* liberdades individuais, já que a resposta universal às emergências é a restrição das liberdades dos cidadãos dentro dos limites do Estado (EPSTEIN, HO, KING E SEGAL, 2005)

Na acepção dada por Cepik (2003, p. 142), o Estado seria uma ‘faca de dois gumes’, constituindo-se no responsável pela garantia da segurança nacional, ao mesmo tempo que “freqüentemente torna-se ele próprio uma fonte de ameaça mais ou menos direta para a segurança dos indivíduos, de grupos e da própria nação”. O Estado que protege contra perigos externos, por exemplo, é o mesmo que ameaça os direitos dos cidadãos ao nível doméstico. Nesse sentido, concordamos com Cepik (2003, p. 143) ao afirmar que a “tensão entre segurança individual e segurança estatal é um traço imane da ordem política moderna”.

O caráter anárquico do sistema internacional, aliado à conseqüente falta de uma autoridade a reger o sistema internacional, é outra explicação acertada do autor para a existência da referida tensão. Acrescente-se, ainda, que ela comporta diferentes graus de manifestação que dependem “da natureza dos regimes políticos, das formas de governo e de outras características institucionais e escolhas políticas dos sujeitos relevantes em cada país” (CEPIK, 2003, pp. 158-159).

Já em relação às conseqüências da tensão, Lustgarten e Leigh (*apud* CEPIK, 2003) argumentam que a ameaça aos direitos em nome da segurança nacional não acaba atingindo somente indivíduos ou grupos sociais determinados, mas é prejudicial também para as bases de legitimidade que sustentam o Estado constitucional e suas instituições democráticas e representativas.

Além dessas questões, é importante que no exercício de promoção da segurança nacional, o princípio da proporcionalidade seja atendido, para que o próprio “objeto da proteção” não seja comprometido. Para Cepik (2003):

As medidas de proteção devem guardar certa proporcionalidade em relação às ameaças percebidas contra a existência, a efetividade e a autonomia de quem – ou do que – está sendo protegido. Na ausência de proporcionalidade, a busca de segurança torna-se ela própria uma ameaça à efetividade, à autonomia e, no limite, à própria existência do “objeto” de proteção. (CEPIK, 2003, pp. 138-139)

Parece ser consensual o fato de que, em momentos de emergência e de tensão entre a segurança estatal e individual, a garantia das liberdades individuais e civis é preterida em nome do alegado “direito de viver do Estado” já mencionado por Fischer (1888). Mas, se os governantes, incluindo os de Repúblicas democráticas, agem de modo arbitrário durante crises, e muitos agem discricionariamente por muito tempo,

eles não o fazem senão com a participação, seja ela passiva ou ativa, de outros personagens estatais, entre os quais a população, o Poder Legislativo e o Judiciário.

Emergências são, eminentemente, momentos de comoção e união nacional. Em geral, a população apóia seu governo quase que ilimitadamente. Para Sunstein (2004), as pessoas projetam mentalmente situações limite, pensando apenas em cenários trágicos e este pensamento de que o pior pode acontecer influencia na intrusão injustificada do governo nas liberdades civis. Por haver uma restrição seletiva da liberdade por parte do governo, isso faz com que nem todas as pessoas sejam prejudicadas, produzindo uma ilusória impressão de normalidade.

Um caso de medo público injustificado acontecido nos Estados Unidos foi o episódio do macartismo na década de 1950, onde o exagero do medo, transformado em histeria anti-comunista, produziu medidas igualmente exageradas contra a alegada ameaça, vitimando funcionários públicos, artistas e civis que foram acusados (e alguns condenados) por “associação” com organizações comunistas (COLE, 2003; SUNSTEIN, 2004).

Por vezes, durante as emergências as pessoas materializam a ameaça a partir da definição de estereótipo de grupos que parecem ameaçadores, gerando a clássica díade “nós” *versus* “eles” (SUNSTEIN, 2004). A questão é que a diminuição das liberdades de grupos definidos e minoritários da sociedade não recebe tanta desaprovação da população como quando tais tolhimentos têm como alvo os grupos majoritários (SUNSTEIN, 2004). Podemos citar, aqui, o caso dos muçulmanos imediatamente após os atentados de 11 de setembro, definidos como a personificação da ameaça contra os Estados Unidos.

Gross (2003a) elenca alguns motivos pelos quais os momentos de crise geral produzem relativo consenso em relação ao governo. Em primeiro lugar, porque os indivíduos comuns sentem medo de ser a próxima vítima, por exemplo, de um atentado terrorista. A seguir, está presente a percepção de que as medidas, mesmo ilegais, são de caráter temporário. E, por terceiro, as pessoas crêem que as medidas repressivas são contra “os outros” (ou, “eles”), não contra o povo que, na realidade, seria a vítima. Contudo, o problema identificado por Gross (2003a) é o de que, a longo prazo, as conseqüências deste pensamento reducionista e maniqueísta são perigosas, já que as medidas para “eles” podem, ali na frente, ser aplicadas a “nós”, redefinindo o grupo alvo. Além disso, as medidas iniciais podem ser limitadas a estrangeiros, mas com o

tempo as limitações podem ser retiradas e resultar em prejuízo direto a grandes grupos da sociedade (ou, “nós”).

Não é surpreendente, portanto, que tantas ditaduras do século XX tenham sido baseadas no apoio popular, já que muitas emergiram durante um período de crise. Na democracia norte-americana, por exemplo, emergências nacionais historicamente elevam a popularidade do presidente (MUELLER, 1970; HETHERINGTON E NELSON, 2003; EPSTEIN, HO, KING E SEGAL, 2005), assunto que ainda trataremos na dissertação. O caso mais recente foram os atentados de 11 de setembro de 2001, que elevou a popularidade de George W. Bush.

O Legislativo, por seu turno, deveria ser um Poder de controle do Executivo, especialmente em tempos de emergência nacional. Por ser o legítimo representante da população, teria a obrigação da ponderação e não permitir que o Executivo violasse a Constituição e os direitos consagrados dos cidadãos. Esta, no entanto, é uma idealização que parece ser apenas aplicada às situações de normalidade e muito precariamente aos momentos de perigo.

Para Gross (2003a), é relativamente fácil que nos momentos de emergência novas leis sejam aprovadas pelo Legislativo, mesmo que elas aumentem o poder do presidente e das agências estatais. Isso restou claro no caso dos Estados Unidos pós 11 de setembro com a aprovação da chamada Lei Patriótica, em outubro do mesmo ano, de forma apressada e quase unânime. De fato, neste país o Legislativo foi usualmente conivente com as ações levadas a cabo pelo presidente, mesmo que Treanor (2006) aponte que, à exceção da Guerra contra a Espanha, o Legislativo tem sido menos pró-guerra que o Executivo. Mas, de todo modo, não se negou a contribuir com o Executivo aprovando medidas emergenciais para gerir as emergências.

E o Judiciário, como se comporta em momentos de crise? Referindo-se à Primeira Guerra Mundial na França, Rossiter (1948, p. 97, tradução nossa) assevera que o país viveu os anos do conflito sob estado de sítio com as Cortes promovendo “pouco controle judicial sobre as autoridades militares e civis”. Segundo o autor, os tribunais endossaram os tolhimentos de liberdade perpetrados pelo Executivo e que se referiam, entre outros objetos, à censura prévia a jornais, invasões de domicílio sem mandado judicial, toque de recolher, limitação do horário comercial e do direito de ir e vir. Segundo as Cortes, tais medidas eram necessárias para o “interesse geral da república em guerra” (ROSSITER, 1948, p. 101, tradução nossa).

Difícilmente o Judiciário, e até mesmo o Legislativo irão contra as medidas de um governo altamente popular, por mais arbitrárias que possam ser. Arbitrárias, contra a Constituição, mas apoiadas pelos eleitores. Diante desse cenário, Tushnet (2003) sugere que as políticas governamentais em momentos de guerra seguem um caminho ruidoso:

O governo age, as cortes ratificam ou submetem-se, e – cedo ou tarde – a sociedade conclui que a ação era injustificada e que as cortes cometeram um erro. (TUSHNET, 2003, p. 13, tradução nossa)

Um episódio paradigmático que confirma a afirmação do autor foi o caso da evacuação de mais de cem mil japoneses e descendentes de japoneses da Costa do Pacífico norte-americana durante a Segunda Guerra Mundial, caso que veremos detalhadamente mais à frente. Basta dizer, desde já, que a Suprema Corte norte-americana julgou e confirmou a evacuação baseada em questões raciais sob justificativas amplas de segurança nacional. Apenas nos anos 1980, na administração de Ronald Reagan, é que os prejudicados recebem uma indenização pela evacuação de suas casas.

Decisões de julgamentos feitos pelo Poder Judiciário, como o caso dos japoneses nos Estados Unidos, criam uma “jurisprudência de crise” (EPSTEIN, HO, KING E SEGAL, 2005). Tal jurisprudência fermenta precedentes que podem ser ativados nos momentos em que o país voltar a se deparar com uma emergência. Porque, se determinada ação foi tomada pelo Executivo e confirmada pelo Judiciário uma vez, isso quer dizer que pode ser validada novamente.

As considerações tecidas até aqui revelam a relativa fraqueza do sistema constitucional diante de emergências nacionais. Sem dúvidas, ele é prejudicado quando surgem emergências. E se o arcabouço institucional da democracia é ferido, prejudicados são também os cidadãos e seus direitos. Parece haver, no entanto, uma tolerância por parte da população e dos outros poderes do Estado em relação às medidas a serem tomadas. Assim, mesmo que existam provisões constitucionais normatizando os poderes emergenciais, isso não significa segurança de que o governante de plantão não irá além da autorização constitucional. O que parece mais preocupante é o fato de que, se ele precisar de mais poder, o Legislativo lhe dará; e se precisar violar a Constituição por um motivo de segurança nacional, o Judiciário garantirá que ele nada sofrerá em termos de sanção por seu ato que, no futuro, poderá ser visto como absolutamente equivocado.

Até aqui nosso objetivo foi o de esboçar as principais questões que permeiam o debate teórico sobre poderes emergenciais e a democracia. Na próxima parte analisaremos os poderes emergenciais especificamente nos Estados Unidos, identificando os pontos da tradição política emergencial daquele país, seus principais precedentes e o desenho institucional das crises para compreendermos melhor como foram possíveis as respostas emergenciais ao 11 de setembro de 2001.

CAPÍTULO II

PODERES EMERGENCIAIS NOS ESTADOS UNIDOS

1. A emergência na democracia constitucional norte-americana

Porque não há uma estrutura uniforme para a utilização dos poderes emergenciais, e como nosso objeto é o contexto pós 11 de setembro, é preciso que mergulhemos nas questões mais específicas relacionadas aos poderes emergenciais aplicadas ao caso dos Estados Unidos. Devemos, portanto, tratar do desenho institucional do país, definindo seu núcleo fundamental e observar como ele, historicamente, tem respondido às exigências de momentos de crises violentas ou não.

Duas idéias foram especialmente caras aos elaboradores da Constituição americana: o federalismo e os *checks and balances*. O primeiro iria substituir a confederação, e o segundo erodir o modelo de governo misto da Inglaterra de então. São, por assim dizer, os traços distintivos do sistema republicano norte-americano.

Irving Kristol (1988, p. 5) destaca que não há “fé democrática” visível na Constituição dos Estados Unidos. O alicerce para tal afirmação está no fato de que seus formuladores possuíam uma visão realista da natureza humana. “Se os homens fossem anjos não se tornaria necessário governo algum”, disse James Madison (HAMILTON, MADISON, JAY, 1964, p. 61), concluindo que “se os anjos governassem os homens, não seriam necessários controles nem externos nem internos”. Essa noção pessimista do homem assumida pelos federalistas americanos - aqueles que ratificaram a Constituição -, é a premissa básica para todo o edifício institucional e constitucional do país.

Homens, na acepção de Madison, são, por natureza, criaturas egoístas que estarão eternamente descontentes com o poder que já possuem. Se já há poder em suas mãos, não hesitarão em adquirir mais dele. Esta imagem do homem como um ser ambicioso e insatisfeito dele não poderia ser retirada, pois intrínseca à sua constituição. Todavia, seria possível manter sob rédeas a ambição e o egoísmo desmedido com a adoção de mecanismos de *controle*, muito especialmente controle das instituições públicas capitaneadas pelos homens.

Por tais razões que o grande temor dos elaboradores da Constituição era a facção. Madison (HAMILTON, MADISON, JAY, 1964, p. 10) descrevia a facção como “certo número de cidadãos, seja em maioria ou minoria do todo, unidos e atuados por algum impulso comum de paixão ou de interesse, contrário aos interesses de outros

cidadãos ou aos interesses permanentes e agregados da comunidade”. O medo era de que as facções tomassem o governo e impusessem suas vontades, sem levar em conta a opinião das minorias, ou até mesmo das maiorias. A Constituição, nesse sentido, foi formatada para evitar a influência perversa de facções no governo.

O receio pela facção era, em boa medida, consequência das experiências das Assembléias Legislativas e Comuns imediatamente após a Revolução de 1776. Uma delas, conforme destaca Carvalho (2007), foi a pressão da classe dos proprietários devedores de Rhode Island contra a Assembléia regional para ganhar compensações em razão da crise econômica pós-Revolução. Os devedores, numa manobra política, “tomam o poder” no Estado e obstaculizam as decisões judiciais contra os devedores. Tal experiência acabou fornecendo mais argumentos para que os Estados Unidos fossem uma federação com concentração de poderes no nível federal, longe da população.

Conforme Bentes (2006, p. 32), a Revolução americana “simbolizou uma abertura da política à participação popular”, mas isso trouxe a desconfiança e o temor no seio das elites da nova nação. A Constituição, por seu turno, “seria um meio de assegurar que o poder fosse transferido da esfera estadual, mais aberta à participação e controle populares, para um poder central distante das massas” (BENTES, 2006, p. 34). A estratégia por trás desta manobra institucional era de que a formação de facções majoritárias seria estancada com o aumento da esfera política nacional, “uma vez que a pluralidade de interesses nesta sociedade seria grande demais para a consolidação de uma maioria homogênea” (BENTES, 2006, p. 39).

Na defesa que fizeram da Constituição, os federalistas argumentavam que a lei fundamental da nação, “longe de implicar em a abolição dos governos estaduais, torna-os partes constitutivas da soberania nacional, permitindo-lhes direta representação no Senado, deixando-os na posse de certas porções do poder exclusivas e de grande relevo” (HAMILTON, MADISON, JAY, 1964, p. 9). Nas precisas palavras de Mansfield (1988):

O remédio dos Fundadores contra um povo superatuaante era, para descrevê-lo de modo genérico, uma Constituição que colocasse o governo a uma certa distância do povo. Em contraste com antigas repúblicas fora das Américas, esta era uma república inteiramente representativa; o povo não podia agir por si mesmo, mas podia eleger pessoas para agirem em seu lugar. (MANSFIELD, 1988, p. 84)

James Wilson (1988, p. 67), por sua vez, destaca que os elaboradores da Constituição tentavam criar “um governo limitado que só se preocupasse em cumprir aqueles objetivos que pudessem subsistir a um processo de consulta e de barganha destinados a evitar o atropelo de facções e a tirania de maiorias apaixonadas ou de políticos ambiciosos”.

De outra parte, o grupo de anti-federalistas – entre os quais Patrick Henry, George Mason e Edmund Randolph (YOO, 2003a) – defendia maior participação popular na República. E, por isso, se posicionavam contra a centralização do poder no governo federal, que, reputavam eles, afastaria o governo dos cidadãos, traindo os princípios da Revolução. Todavia, mesmo com os protestos dos anti-federalistas, a confederação passou a ser uma federação, dotada de um poder central superior aos governos estaduais.

Junto com o federalismo, o tipo de separação de poderes adotado pelos Estados Unidos reflete as premissas fundamentais em relação à natureza do homem como ser ambicioso, perigoso e sedento por mais poder. “Por que afinal de contas se instituiu o governo?”, pergunta Alexander Hamilton para responder logo em seguida que “porque as paixões dos homens não se conformam aos ditames da razão e da justiça sem coerção” (HAMILTON, MADISON, JAY, 1964, p. 29).

Coerção e controle são como palavras salvadoras para os federalistas protagonistas da Constituição. Controlar as facções. Controlar os homens no exercício de seus poderes. Influenciada por Montesquieu (1996), a nova República adotaria a sua teoria da separação de poderes, mas não em sua qualificação *pura*. Aliás, eis aqui a grande crítica dos anti-federalistas ao texto, revelada pelo próprio Madison:

Uma das principais objeções levantadas pelos adversários mais respeitáveis da Constituição consiste na suposta violação da máxima política – que os departamentos legislativo, executivo e judiciário devem ser separados e distintos. Na estrutura do governo federal, dizem, não parece ter-se prestado qualquer atenção a esta precaução essencial a favor da liberdade. Os vários departamentos do poder estão distribuídos e misturados de tal maneira que imediatamente se destrói qualquer simetria e beleza de forma, expondo-se certas partes essenciais do edifício ao perigo de esmagamento pelo peso despropositado das outras partes. (HAMILTON, MADISON, JAY, 1964, pp. 56-57)

Era fato que o projeto da Constituição criava um sistema interdependente entre os ramos do governo. Legislativo, Executivo e Judiciário não cumpririam funções exclusivas, mas compartilhariam de algumas mesmas funções. Isso se faria necessário,

na visão de Hamilton (HAMILTON, MADISON, JAY, 1964, pp. 133-134), porque havia a necessidade de “prover cada um [dos departamentos do governo] de armas constitucionais para defesa própria”. O poder de veto do Executivo, por exemplo, era justificado como uma forma de “capacitá-lo a defender-se” para “aumentar as probabilidades a favor da comunidade contra a aprovação de leis más em virtude de pressa, inadvertência ou intenção”.

O desenho institucional acabaria resultando em um sistema onde o planejamento da estrutura do governo seria de “maneira tal que as diversas partes constitutivas se tornem, em virtude de relações mútuas, o meio de se conservarem mutuamente em suas posições respectivas” (HAMILTON, MADISON, JAY, 1964, pp. 59-60). O protesto anti-federalista era de que tal sistema renegava os princípios de Montesquieu (1996) sobre a separação dos poderes.

Montesquieu (1996), no entanto, não afirmou que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário seriam categorias estanques e totalmente apartadas umas das outras. Seus escritos registram noções claras de que um Poder deve controlar o outro. Em relação ao Executivo, afirma ele que, caso não possua o direito de frear as iniciativas do Legislativo, este último tornar-se-á despótico, já que “poderá outorgar-se todo o poder que puder imaginar” (MONTESQUIEU, 1996, pp. 173-174) anulando os demais poderes. E, mesmo que para o autor o Legislativo não deva ter o direito de limitar o Executivo, “tem o direito e deve ter a faculdade de examinar de que maneira as leis que criou foram executadas” (MONTESQUIEU, 1996, p. 174). Por fim, cria-se um sistema onde o Legislativo - formado por duas instâncias - e o Executivo controlam-se mutuamente.

Sendo o corpo legislativo composto de duas partes, uma prende a outra com sua mútua faculdade de impedir. Ambas estarão presas ao poder executivo, que estará ele mesmo preso ao legislativo. (MONTESQUIEU, 1996, p. 176)

No entender de Kelsen (2000), não haveria precisamente uma separação de poderes nos Estados constitucionais liberais, mas uma “distribuição de poderes”. Para ele, haveria três poderes, mas duas funções no Estado, “a criação e a aplicação do Direito” (KELSEN, 2000, p. 386). “Mesmo quando a constituição sustenta expressamente o princípio da separação de poderes”, sustenta ele que “a função legislativa é distribuída entre vários órgãos, mas apenas a um deles é dado o nome de órgão legislativo” (KELSEN, 2000, p. 390). Tal perspectiva leva à conclusão de que o

princípio da “separação de poderes” é mais contra a concentração de poderes do que a favor de uma separação dos mesmos.

As considerações dos federalistas iam, portanto, contra a distribuição de mesmos poderes em mesmas mãos. Madison, no entanto, possuía a clara noção de que o compartilhamento de poderes não poderia ser estabelecido ao extremo, visto que “onde *todo* o poder de um departamento é exercido pelas mesmas mãos que possuem *todo* o poder de outro departamento, subvertem-se os princípios fundamentais da constituição livre” (HAMILTON, MADISON, JAY, 1964, p. 58). A ressalva feita por ele, de qualquer forma, não eliminava as duras críticas dos anti-federalistas que acreditavam que os *checks and balances* complexificavam o sistema constitucional, obstruindo a *accountability*, “pois o povo teria dificuldade para identificar a fonte de má administração ou do abuso” (MOTTA, 2006, p. 73).

O’Donnell (1998) identifica o sistema de *checks and balances* como diretamente relacionado ao seu conceito de *accountability horizontal*, que consiste na:

(...) existência de agências estatais que possuem a autoridade legal e estão francamente dispostas e capacitadas para tomar medidas, que vão desde o controle rotineiro até sanções legais inclusive o *impeachment*, em relação a atos ou omissões de outros agentes do estado que podem, em princípio, ser qualificados como ilícitos. (O’DONNELL, 1998, s/p, tradução nossa)

A condição para a *accountability horizontal* é a existência de agências estatais com as devidas condições e poderes para controlar outras, sendo, portanto, indispensável a divisão de poderes e os pesos e contrapesos. Um das possíveis violações a esse tipo de *accountability* acontece “quando uma agência estatal invade ilegalmente a autoridade da outra” (O’DONNELL, 1998, s/p, tradução nossa), e a isso se chama *transgressão*. A outra violação é a *corrupção*, com a aquisição de vantagens ilícitas por parte de um funcionário público. Para o autor, a longo prazo a transgressão seria mais perigosa para a sobrevivência da poliarquia, já que minaria a separação dos poderes e o princípio de que os departamentos devem controlar-se mutuamente.

Uma das críticas a essa aproximação que O’Donnell (1998) faz entre *accountability horizontal* e *checks and balances* é proposta por Motta (2006). Segundo ela, ambos os conceitos não coincidem e um não é mecanismo do outro, destacando que a característica que os iguala é o fato de serem mecanismos de controle, mesmo que diferenciados.

O mecanismo dos *checks and balances* refere-se mais à contenção social, ou seja, reduzir o radicalismo e o extremismo que poderia advir dos *commons* ou do Executivo, do que à divisão institucional de forças dentro da estrutura do governo. (MOTTA, 2006, p. 85)

O argumento de Motta (2006) é transformado em hipótese pela pesquisa de Bentes (2008). Concordamos com o argumento e encontramos lógica para acolher a hipótese de que o sistema de separação de poderes norte-americano surgiu para controlar a tendência popular da política interna. Todavia, tanto o conceito de *accountability* horizontal, quanto o de *checks and balances* resultam em uma consequência similar: a não permissão de desmandos no governo e o desrespeito ao Estado de Direito, que fatalmente transformariam o governo em tirania. Nesse sentido, assumimos, a exemplo de O'Donnell (1998) e Cepik (2003), que a *accountability* horizontal é um conceito diretamente relacionado aos *checks and balances* norte-americanos.

Gargarella (2006) nota, em tempo, que a diferença dos federalistas para os anti-federalistas se dava em relação ao tipo de controle a ser exercido. Enquanto os primeiros buscavam a instituição de controles mais endógenos, ao nível das agências estatais, e, portanto, a *accountability* horizontal, os anti-federalistas propunham controles marcadamente exógenos entre representantes e representados como ao estilo *accountability* vertical dos pleitos eleitorais, em coerência aos seus argumentos de maior participação do povo no governo do país. A esse respeito, Madison (HAMILTON, MADISON, JAY, 1964, p. 61) admite que a dependência dos governantes em relação ao povo seria certamente o controle primeiro sobre o governo, contudo, “a experiência ensinou aos homens a necessidade de precauções acessórias”, sendo uma delas o controle institucional dos *checks and balances*.

Segundo Madison, sintetizando o espírito dos freios e contrapesos institucionais:

Na república composta americana, o poder cedido pelo povo reparte-se primeiramente entre dois governos distintos, e, em seguida, a porção concedida a cada um subdivide-se entre departamentos distintos e separados. Daí resulta dupla segurança para os direitos do povo. Os governos diferentes se controlarão mutuamente ao mesmo tempo que cada um se controla a si próprio. (HAMILTON, MADISON, JAY, 1964, p. 62)

Entre as virtudes dos *checks and balances* destacam-se a garantia de que as leis propostas deveriam ser “pensadas duas vezes” antes de serem aprovadas; o caráter

pluralista das leis, já que não poderiam ser o produto exclusivo de um só setor da sociedade, pois os *checks and balances* pressupõem a diminuição do papel da facção no processo de governo; e, eles promoveriam uma espécie de “estabilidade social” na medida em que instariam “os setores majoritários e minoritários da sociedade a se porem de acordo antes de poder aprovar qualquer projeto de lei” (GARGARELLA, 2006, p. 179), prevenindo uma possível ditadura da maioria.

Fischer (*apud* GROHMANN, 2001) enumera algumas medidas contidas na Constituição para salvaguardar a separação de poderes nos Estados Unidos, entre elas a proibição de que membros do Legislativo possuam cargos no Executivo, o impedimento do congresso em aprovar leis que permitam a perda dos direitos civis, a garantia da imunidade parlamentar, a proibição expressa do Congresso não poder reduzir o salário dos membros dos outros Poderes, além da impossibilidade formal do presidente legislar tendo que fazê-lo através de seus líderes partidários.

Enfim, os *checks and balances*, mesmo que tivessem um propósito de alijar o povo da participação política, acabaram tendo uma função das mais relevantes, qual seja a de ser uma ferramenta contra a usurpação do poder de um departamento de governo sobre o outro, evitando, assim, a tirania.

Os “construtores” do Estado constitucional norte-americano, contudo, não se esqueceram de tratar daqueles momentos em que o Estado parece estar sob o riste das baionetas de exércitos hostis ou milícias inimigas. Os Pais Fundadores reconhecem que é preciso conviver com a emergência, e que há momentos na vida de um país livre em que ele precisa sacrificar-se para manter sua integridade e Constituição.

O modelo federalista proposto pelos Elaboradores exibiu uma maior presença da atuação do governo federal durante “tempos de guerra e perigo” e a dos governos estaduais em “tempo de paz e segurança” (HAMILTON, MADISON, JAY, 1964, p. 55). Para os líderes anti-federalistas havia enorme perigo em destinar ao presidente poderes de guerra, devido à possibilidade de tornar-se um déspota. Antes da Convenção da Virgínia, Patrick Henry disparou:

Se o seu presidente americano for um homem de ambição e habilidades, como será fácil para ele tornar-se absoluto! O exército está em suas mãos. (*apud* YOO, 2003a, p. 17, tradução nossa)

Para defensores da Constituição, como Madison (HAMILTON, MADISON, JAY, 1964, p. 44), o “Exército permanente é medida perigosa que, ao mesmo tempo,

pode ser necessária”. O texto constitucional, por fim, destinou poderes ao presidente para ser o comandante-em-chefe do Exército e da Marinha.

Alguns escritos de Hamilton sobre os momentos de contingência revelam uma concepção pessoal de que a defesa nacional deve ser conseguida a partir de poderes ilimitados. Diz ele:

São infinitas as circunstâncias que põem em perigo a segurança das nações, e por esse motivo é impossível a imposição de peias constitucionais ao poder, ao qual incumbe zelar por ela. Esse poder deve ser coextensivo com todas as combinações possíveis de tais circunstâncias, ficando sob a direção dos mesmos conselhos designados para presidir à defesa comum. (HAMILTON, MADISON, JAY, 1964, p. 17)

Outra passagem do mesmo autor revela a vagueza de suas afirmações:

Como os deveres de superintendência da defesa nacional e de garantia da paz pública contra violência estrangeira ou interna compreendem medidas contra acidentes e perigos cujos limites não é possível assinalar precisamente, a faculdade de executar essas medidas não deve conhecer outros limites senão as exigências da nação e os recursos da comunidade. (HAMILTON, MADISON, JAY, 1964, p. 67)

O que Hamilton entendia por “exigências da nação”? Quem decide quais são elas? E se as exigências da nação requeiram medidas como a violação de direitos e a quebra dos princípios republicanos, inclusive os *checks and balances*, elas deverão ser tomadas? Cabe destacar que, ao mesmo tempo em que Hamilton defende grandes poderes para os responsáveis pelo gerenciamento de emergências nacionais, ele acolhe a idéia de que o povo poderá protestar contra o governo federal caso ele ultrapasse suas atribuições.

Se o governo federal ultrapassar os justos limites da própria autoridade e fizer uso tirânico dos seus poderes, o povo, que o instituiu, terá de apelar para o padrão que estabeleceu e tomar as medidas que se impuserem para corrigir o dano à Constituição conforme a situação o exigir e a prudência aconselhar. (HAMILTON, MADISON, JAY, 1964, p. 75)

Aqui o autor parece citar implicitamente Locke (2001) em relação ao uso abusivo e ilegítimo da *prerrogativa*, ou seja, quando ela não fosse utilizada para o bem da comunidade.

Cabe salientar, ainda, que é constante no pensamento de Hamilton a necessidade de preparar institucionalmente a nação não apenas para a paz, mas especialmente para a

guerra, já que ela seria inevitável em função da ambição dos outros. Segundo ele, “as paixões ferozes e destrutivas da guerra reinam no peito dos homens com império muito mais poderoso do que os sentimentos suaves e benéficos da paz”, e, por isso mesmo, formar o sistema político norte-americano baseado em “especulações de tranqüilidade duradoura é contar com os móveis mais fracos do caráter humano” (HAMILTON, MADISON, JAY, 1964, p. 79).

Em carta enviada a James Brown em 1808, Thomas Jefferson admitia que existiriam “casos extremos em que as leis tornam-se inadequadas para sua própria preservação, e onde o recurso universal é uma ditadura, ou lei marcial” (JEFFERSON, 1808, s/p, tradução nossa). E Madison (HAMILTON, MADISON, JAY, 1964, p. 104) acreditava que haveria momentos do governo em que o povo seria “estimulado por alguma paixão irregular ou alguma vantagem ilícita então transviado por deturpações astuciosas de homens interessados” a exigir “medidas que mais tarde será o primeiro a lastimar e condenar”. Seriam nestes momentos que, para ele, o Senado agiria como um freio para medidas arbitrárias, já que seria composto por cidadãos respeitados, sábios e de grande experiência nos negócios públicos.

Quando examinamos o resultado das discussões sobre a formatação da Constituição, verificamos que há no texto final apenas um dispositivo que remete diretamente a algum tipo de poder especial quando de uma crise. Consta nele³ que:

O privilégio de *habeas corpus* não poderá ser suspenso, salvo em caso de rebelião, quando tal for exigido pela salvação pública. (MIRANDA (org.), 1980, p. 43)

Indiretamente, duas outras cláusulas⁴ são encontradas na parte que trata das competências do Congresso:

Declarar a guerra, conceder cartas de corso e de represália e regulamentar as presas tanto em terra como no mar.
Convocar milícias para execução das leis da União, reprimir insurreições e pedir invasões. (MIRANDA (org.), 1980, p. 42)

³ Seção IX do artigo 1º da Constituição.

⁴ Seção VIII do artigo 1º da Constituição.

Além disso, a seção II do artigo 2º estabelece que o presidente será o comandante-em-chefe do Exército e da Marinha dos Estados Unidos e também das Milícias estaduais quando convocadas.

Ao nível estadual, no entanto, as provisões constitucionais em relação a situações de emergência são encontradas mais fartamente em pelo menos 39 Estados, incluindo Porto Rico (GROSS, 2003b). A economia em relação aos poderes emergenciais normatizados dentro da Constituição federal não impediu que medidas de exceção fossem adotadas durante o processo histórico do país, também não eliminando o próprio dissenso teórico sobre a interpretação da cláusula de suspensão do *habeas corpus* e da declaração de guerra, discordâncias que irão se fazer presentes até mesmo no caso da “guerra contra o terrorismo” iniciada em 2001.

2. Pró-Congresso ou pró-Executivo?

O texto da Constituição, especialmente na citação direta e nas referências indiretas sobre poderes emergenciais, produziu batalhas interpretativas em que duas “leituras” se digladiam. Uma enfatiza o papel do Congresso e a outra a figura central e predominante do Executivo em tempos de crise.

A interpretação pró-Executivo – Conforme identificou Wilson (1988), os Estados Unidos convivem com duas correntes contra a separação dos poderes. De um lado, uma corrente *liberal* pregando que “os poderes do presidente deveriam ser ampliados e os do Congresso deveriam ser reduzidos” (WILSON, 1988, p. 61), para que ele possa ter maior liberdade para oferecer mais serviços, diminuir a desigualdade, intervir na economia, enfim, administrar com menos restrições congressuais que atrapancariam o processo de governança. Já a corrente *racionalista* enfatiza que é necessário a um país certa “visão unitária” (WILSON, 1988, p. 62) sobre aquilo que seja bom para todos, sendo que a autoridade com condições de propor políticas coerentes às necessidades da sociedade seria a do presidente da República, fato que justificaria a adoção de maiores poderes ao chefe do Executivo.

Mesmo válidas, as afirmações de Wilson (1988) não tratam especificamente da visão pró-Executivo em tempos de crise. Quem melhor expôs tal visão foi John Yoo, um dos mentores das políticas levadas a cabo pela administração George W. Bush após os atentados de 11 de setembro de 2001. Para ele, em tempos de emergência é necessária a centralização do poder no presidente (YOO, 2003a).

Yoo (2003a) argumenta que a Constituição criou um sistema flexível para os poderes de guerra, onde não haveria a obrigação de uma autorização do Congresso para iniciar hostilidades armadas. Ele tenta fazer com que acreditemos que suas afirmações não são produto de uma interpretação pessoal, mas do próprio espírito dos elaboradores do texto. “Minha leitura dos poderes de guerra do presidente é consistente com a longa história da evolução constitucional” (YOO, 2003a, p. 8, tradução nossa).

Para ele, os principais pensadores que influenciaram na formatação da Constituição, como Locke, Montesquieu e Blackstone, “inegavelmente acreditavam que o executivo deveria exercer poderes completos para o início e operação da guerra” (YOO, 2003a, p. 11, tradução). Em caminho idêntico, os Pais Fundadores entenderiam que o presidente era o comandante-em-chefe, possuindo autoridade para iniciar e conduzir hostilidades. Além da base teórica dos pensadores já citados, os Fundadores teriam se baseado nas primeiras constituições estaduais americanas como a de Massachussets que garantia poderes ao chefe do Executivo, e na própria prática britânica com o rei assumindo as funções militares supremas. Diante disso, Yoo (2003a) defende a visão pró-Executivo apostando na superioridade da figura do presidente em relação ao Congresso quando os assuntos são relações exteriores e guerra.

Mesmo que a Constituição preceitue que cabe ao Congresso declarar guerra, o autor assevera que os federalistas nunca desprezaram tal competência como um *check* sobre o Executivo. O controle do Legislativo sobre o Executivo se dava em outra dimensão, a dos fundos para a guerra.

A esse respeito, o federalista George Nicholas teria escrito:

Sob o novo Governo nenhuma dotação de verbas para aumentar ou apoiar um exército deve ser para um prazo superior a dois anos. O presidente é para comandar. Mas a regulação do exército e da marinha é feita pelo Congresso. Nossos representantes serão um poderoso controle nesse ponto. (NICHOLAS, *apud* YOO, 2003a, p. 18, tradução nossa)

Ainda cabe destacar as considerações de Madison sobre o controle de fundos como meio para controlar o presidente:

O dinheiro está nas mãos dos representantes do povo. Eles têm a posse de todas as verbas. Eles têm a direção e a regulamentação das forças terrestres e navais. Eles provêem o chamado público da milícia – e o presidente é para ter o seu comando; e, junto com o Senado, nomear os oficiais. (MADISON, *apud* YOO, 2003a, p. 19, tradução nossa)

Yoo (2003a), portanto, não acredita que a chamada Cláusula de Declaração de Guerra pelo Congresso seja algo relevante no sentido de constituir-se em algum tipo de constrangimento sobre o Executivo. Ele defende que “declarar” é diferente de “iniciar” um conflito e que a prática histórica demonstrou que o Executivo age e o Legislativo se submete. Assim, o presidente tem o principal papel de decidir “quando e como iniciar uma hostilidade” (YOO, 2003a, p. 24, tradução nossa), cabendo ao Legislativo controlar, posteriormente, os fundos. Esta seria a manifestação dos poderes do presidente como comandante-em-chefe.

Os números ratificariam a visão pró-Executivo de Yoo (2003a), já que o Congresso americano teria declarado formalmente guerra apenas 5⁵ vezes na história, mas os presidentes usaram as Forças para combate 125 vezes em mais de duzentos anos de história constitucional. Por esse fato, “declarações fazem simplesmente o que elas dizem fazer: elas declaram” (YOO, 2003a, p. 31, tradução nossa), elas não iniciam exclusivamente a guerra.

Em resumo:

O poder do Congresso de declarar guerra *não* pode ser considerado como o único poder para iniciar hostilidades, porque o comandante-em-chefe e as cláusulas do Poder Executivo sustentam que apenas o presidente possui o poder de conduzir operações militares, e, portanto, um veto funcional sobre qualquer esforço congressional para iniciar uma guerra. (YOO, 2003a, p. 32, tradução nossa)

O esforço desta interpretação pró-Executivo é o de diminuir o papel desempenhado pelo Congresso durante emergências onde a força militar precisa ser utilizada. Mesmo que a Constituição seja clara quando diz que conflitos devem começar a partir de uma declaração de guerra, ou de represália do Congresso, os ativistas do poder monárquico do presidente preferem restringir a função de *check* do Legislativo ao nível do controle das verbas. Ora, conforme veremos mais adiante, nos momentos de maior emergência do país, o Legislativo não reduziu verbas para as crises, sempre aprovando os pedidos do presidente (OWENS, 2006), exceção feita à guerra contra o Vietnã onde o Congresso negou-se a dar prosseguimento aos gastos para o conflito (HENDRICKSON, 2008). Menos crível ainda parece ser o fato de que haveria condições políticas, em um Estado enfrentando uma emergência nacional, para o

⁵ Guerra de 1812, Guerra contra o México de 1848, Guerra Espanhola de 1898, I Guerra Mundial e II Guerra Mundial (YOO, 2003a). Adler (2000) complementa a informação ao dizer que, durante a Segunda Guerra, ocorreram seis declarações de guerra separadas, a saber: em 8 de dezembro de 1941 contra o Japão, Alemanha e Itália; em 5 de janeiro de 1942 contra a Bulgária, Hungria e Romênia.

Legislativo negar recursos ao gerenciamento da emergência. Neste sentido, parece que controlar os fundos da guerra pode ser, em tese, importante, mas efetivamente torna-se um controle ilusório e não operacional.

A interpretação pró-Congresso – Todas as guerras precisam do poder do Congresso para poder serem travadas (EINSPANIER, 2008). Este é o núcleo fundamental da visão que valoriza o Congresso no gerenciamento de emergências. Scheppele (2004), por exemplo, destaca que uma emergência nacional provocada por guerra não tem o gerenciamento exclusivo do Poder Executivo, visto que, entre outras coisas, a Terceira Emenda da Constituição é clara quando diz que “nenhum soldado poderá, em tempo de paz, instalar-se em um imóvel sem autorização do proprietário, nem em tempo de guerra, senão na forma a ser prescrita em lei”. Na defesa do papel de liderança do Congresso mesmo em tempos de emergência, o autor argumenta que “enquanto emergências possam resultar na suspensão temporária dos poderes judiciais através da suspensão do *writ* do *habeas corpus*”, “os meios emergenciais da Constituição dos Estados Unidos não autorizam a suspensão do poder congressional” (SCHEPPELE, 2004, p. 6, tradução nossa).

Em certa medida, a visão pró-Congresso é o produto de uma leitura menos flexível da Constituição. Bastaria, assim, a simples leitura do texto para verificar-se que o Congresso é peça *sine qua non* para momentos de emergência. Nesse sentido, um presidente não pode começar uma guerra, porque, para “ser *constitucional* ela precisa ser declarada” e o “Congresso possui o *dever* de declarar guerra” (EINSPANIER, 2008, p. 1008, tradução nossa).

Na visão de Treanor (2006), não era desejo dos Pais Fundadores que o presidente liderasse a nação em guerra de forma unilateral. Por isso a preocupação em estabelecer, na Constituição, um dispositivo de declaração de guerra, que não poderia ser iniciada sem autorização congressional. “Declarar”, portanto, significaria o mesmo que “começar”. A única ação militar unilateral admitida por eles era aquela provocada por *sudden attacks* e, mesmo assim, circunscrita ao território norte-americano, já que o poder do presidente, nestes casos, seria puramente defensivo (ADLER, 1988).

Ao contrário do que expôs Yoo (2003a), os princípios políticos partilhados pelos elaboradores da Constituição não destinariam poderes maiúsculos ao Executivo e minúsculos ao Legislativo em tempo de crise. Isto seria, estrito senso, perverter todo o sistema de *checks and balances*, estabelecido ele mesmo em um momento de instabilidade, onde o país não estava sequer consolidado territorialmente.

A visão pró-Congresso defende, portanto, que os *checks and balances* não devem ser diminuídos durante emergências nacionais. Admite-se que a Constituição delega ao presidente o *status* de comandante-em-chefe, mas isto não significa que possa começar uma guerra unilateralmente.

Cabe resgatar que os estados Unidos foram formados em contraposição à “teoria monárquica do poder executivo” inglês (HUQ, 2008, p. 7, tradução nossa), e em consonância com o princípio da separação de poderes com compartilhamento de funções. Hamilton, ao distinguir a figura do presidente dos Estados Unidos da do rei da Inglaterra em relação à guerra, deixou mais que claro que não poderia haver o alijamento do Congresso das decisões. Em importante passagem, o federalista observou:

O presidente deve ser o comandante-em-chefe do exército e da marinha. Neste particular a autoridade dele seria nominalmente a mesma que a do rei da Inglaterra, mas em substância muito inferior a esta. Importaria em nada mais do que o comando e a direção supremos das forças terrestres e navais, como primeiro general e almirante da Confederação, enquanto a do rei britânico se estende à *declaração* de guerra e à *convocação* e *regulação* de exércitos e frotas – assuntos que, segundo a Constituição que estamos examinando, pertenceriam ao legislativo. (HAMILTON, MADISON, JAY, 1964, pp.121-122)

Já em carta remetida para Thomas Jefferson em 1798, Madison deixava claro o papel fundamental do Legislativo nas crises:

A constituição supõe, e a história de todos os governos demonstra, que o Executivo é o poder mais interessado na guerra, e mais propenso a promovê-la. Foi nesse sentido que tomou-se o cuidado de investir no Legislativo a questão da guerra. (*apud* ADLER, 2000, p. 158, tradução nossa)

Parece restar claro que o intento originário dos elaboradores era não concentrar nas mãos do presidente todos os poderes sobre a guerra e as emergências, mas reparti-los com o Legislativo. É razoável concordar com Yoo (2003a) quando diz que o controle dos fundos da guerra era um *check* nas mãos do Congresso. Mas só até aí, pois, como observamos, a declaração de guerra, sendo prevista para ser efetivada pelo Congresso, ao contrário do que preceitua Yoo (2003a), constitui-se noutra importante ferramenta para os controles mútuos durante emergências nos Estados Unidos.

3. Os casos de emergência nos Estados Unidos

Mesmo que os presidentes americanos tenham agido de forma discricionária e contra o que preconiza as leis da República em momentos de emergência nacional, o país nunca deixou de ser uma democracia, com instituições representativas funcionando e eleições livres periódicas. Contudo, a partir dos episódios que trataremos a seguir, seria muita ingenuidade pensar que a democracia norte-americana desenvolveu-se a partir do rigoroso respeito à legalidade e proteção dos direitos dos cidadãos.

Certamente que é inegável constituir-se os Estados Unidos de hoje em uma das nações mais democráticas do mundo, mas negligencia-se o fato de que presidentes eleitos utilizaram de expedientes autoritários e ilegais, sem que o sistema de *checks and balances* tivesse condições de controlar os poderes dos ramos políticos do Estado, especialmente o Executivo na pessoa do chefe de governo.

Nesta parte identificaremos os cinco principais momentos onde o presidente norte-americano lançou mão de poderes emergenciais para conter crises: Guerra Civil (1861-1865), Primeira Guerra Mundial (1914-1918), Depressão Econômica de 1930, Segunda Guerra Mundial (1941-1945) e Guerra Fria (1945-1989).

A Guerra Civil (1861-1865)

A guerra de secessão foi a maior emergência nacional já vivida pelos Estados Unidos (ROSSITER, 1948). O conflito, que opôs nortistas e sulistas, é considerado como o mais sangrento da história norte-americana. Ele é importante para nosso trabalho na medida em que exploramos o comportamento do presidente de então, Abraham Lincoln, e de como ele gerenciou a crise generalizada. Por vezes, momentos de emergência consagram os governantes, que adquirem alta popularidade e credibilidade pública, agindo com maior liberdade e *autoritarismo* com o objetivo manifesto de devolver a normalidade à vida nacional. E o caso da Guerra Civil ilustra perfeitamente tal cenário.

Quando a Guerra de Secessão é estudada, uma figura central se levanta e ganha relevo: Abraham Lincoln. “A história do governo de crise na Guerra Civil é a história de Abraham Lincoln”, salienta Rossiter (1948, p. 223, tradução nossa). Considerado como o grande presidente da história americana, responsável pelo fim da escravidão e pela união do país, e um amante da democracia, Lincoln curvou-se diante da emergência que assolava a República lançando expedientes mais pertinentes a uma ditadura. Diz-se que “se Lincoln foi um grande ditador, ele foi um grande democrata” (ROSSITER, 1948, p.

224, tradução nossa), já que manteve, finda a guerra, os Estados Unidos como um Estado democrático constitucional.

Tecnicamente, Lincoln foi um ditador no sentido romano do termo, já que tomou medidas temporárias absolutamente contrárias ao que previa a Constituição para salvar a República. A “ditadura de Lincoln” passou a ser caracterizada como “onze semanas de extraordinária atividade presidencial sem paralelo na história dos Estados Unidos” (ROSSITER, 1948, p. 228, tradução nossa), e que tinha o objetivo de conter a rebelião doméstica.

A história da Guerra Civil revela que o presidente iniciou a organização para conter a rebelião dos Estados do Sul já em abril de 1861. Em 19 de abril o presidente já bloqueara os portos dos Estados sediciosos, numa tentativa de barrar possíveis auxílios externos para os sulistas. Oito dias depois, o presidente decretava a suspensão do *writ* do *habeas corpus* entre Filadélfia e Washington. Em maio do mesmo ano, Lincoln aumenta o contingente das forças armadas por conta própria, elevando o Exército para 23 mil homens e a Marinha para 18 mil (ROSSITER, 1948), um acréscimo de 22.714 homens no total (RELYEA, 2007). Já no início de julho, o presidente expande a suspensão do *habeas corpus* para a área entre Washington e Nova York, censurando e controlando o telégrafo (ROSSITER, 1948).

Todas essas primeiras medidas foram tomadas unilateralmente pelo presidente e, no caso do aumento do efetivo militar e da suspensão do *habeas*, acabaram violando a Constituição, já que essas duas medidas só poderiam ser feitas com a participação do Congresso. Em 4 de julho, no entanto, Lincoln remete ao Congresso mensagem que pedia a ratificação, *pos facto*, das medidas tomadas durante os meses anteriores. E o Congresso acaba ratificando as medidas ditatoriais emergenciais do comandante-em-chefe da nação (ROSSITER, 1948).

Novamente em setembro de 1862, Lincoln suspende, sem autorização legislativa, o *habeas corpus* no país, impondo a lei marcial. A partir daí a nação começa a conviver com prisões arbitrárias e de caráter preventivo, controle dos jornais e do telégrafo e a detenção de editores. Ao cabo, a lei marcial decretada pelo presidente teve como saldo a prisão de 25 mil cidadãos que não tinham a possibilidade de contestar suas detenções. No entanto, mesmo que a arbitrariedade tenha sido feita, em 3 de março de 1863 o Congresso, mais uma vez, autorizava o presidente, retrospectivamente, a suspender o *habeas*. Além disso, a Suprema Corte, no caso *Prize Cases*, relacionado ao bloqueio dos portos do Sul, havia decidido que o presidente havia agido corretamente e

que aos revoltosos não estavam garantidas as proteções constitucionais, já que seriam agentes inimigos (ROSSITER, 1948).

A justificativa do presidente para tantos atos eminentemente ilegais reside, em suas próprias palavras, no *clamor popular* e na *necessidade pública*.

Estas medidas, se estritamente legais ou não, foram arriscadas sob o que pareceu um clamor popular e uma necessidade pública, confiando que, como agora, o Congresso iria ratificá-las. Acreditamos que nada foi feito além da competência constitucional do Congresso. (ROSSITER, 1948, p. 229, tradução nossa)

Percebe-se nitidamente a confiança do chefe da nação de que as medidas tomadas por ele, legais ou não, seriam acompanhadas pelo apoio do Congresso, já que se tratava de momento de perigo público. O problema, no entanto, é que Lincoln violara a Constituição de forma clara; mas, como vimos na primeira parte, o desrespeito às leis em momentos de emergência tende a ser tolerado pelos outros ramos do Estado e pela população.

É bem verdade que o Congresso criou uma comissão investigativa para acompanhar a guerra, mas isso era muito pouco diante de tanta emergência. De fato, Rossiter (1948) defende que Lincoln simplesmente ignorou a barreira que separa o Legislativo do Executivo. Se crises, em democracias, tendem a gerar inflação dos poderes do Executivo e deflação dos do Legislativo, também devem ser acompanhadas por um processo de delegação de poderes legislativos ao presidente. Tal delegação, no entanto, não ocorreu com Lincoln, já que o presidente usou de iniciativa própria, ignorando solenemente o Congresso e tratando-o como um mero ratificador de medidas já tomadas, principalmente as de suas 11 semanas de ditadura. “Como comandante-em-chefe do Exército e da Marinha em tempo de guerra, creio que tenho o direito de tomar qualquer medida que melhor submeta o inimigo” (LINCOLN *apud* ROSSITER, 1948, p. 233, tradução nossa), resumiu o presidente. “Qualquer medida” é algo extremamente perigoso para um governo constitucional baseado no governo com poderes limitados. O perigo, conforme destacou William Anderson (2007), a partir do contexto da Guerra Civil, é o de que se o presidente violar a lei, há pouco o que fazer para pará-lo.

Schmitt (1986) classifica o período emergencial do governo de Lincoln como uma “ditadura comissária”. Conforme sustenta:

A ditadura comissária suspende a Constituição *in concreto* para proteger a própria Constituição na sua existência concreta. Desde sempre se repetiu o

argumento (sobretudo e com maior frequência desde Lincoln), de que, se a existência da Constituição está ameaçada, deve ser assegurada através de uma suspensão temporária da mesma. A ditadura protege uma determinada Constituição contra algum ataque que ameace destruí-la. (SCHMITT, 1986, pp. 170-171)

No mesmo vocabulário schmittiano, podemos dizer que Lincoln decidiu que um estado de exceção existia e que era preciso agir *soberanamente* para conter a crise, utilizando-se de “qualquer medida” para salvar a República e vencer o inimigo, valendo até mesmo atropelar, em alta velocidade, os preceitos constitucionais de governo limitado.

A Guerra Civil, em que pese as arbitrariedades cometidas pelo presidente, serviu para criar uma jurisprudência da crise, que parece ser positiva, mesmo que não tenha sido aplicada aos casos futuros. O *caso Milligan*, julgado pela Suprema Corte, destaca-se como o formulador de uma tese, chamada por alguns como “tese de Milligan” (EPSTEIN, HO, KING E SEGAL, 2005), que propõe que, se há crise, as garantias constitucionais não mudam.

Segundo Weida (2004), o caso Milligan foi o primeiro olhar concreto da Suprema Corte sobre a lei marcial. Segundo consta no processo, Lamdin Milligan era um cidadão norte-americano que foi preso em 1864 em sua casa. Uma comissão militar, típica de momentos onde o *habeas corpus* é suspenso, o acusou de conspirar contra a União, violar as leis da guerra e de traição. Julgado pela comissão militar, foi declarado culpado em todas as acusações e condenado ao enforcamento. Diante do veredicto, Milligan recorreu ao *Circuit Court* de Indiana, tendo sido ele submetido a um júri público e declarado inocente das acusações. No processo julgado, Milligan alegava a falta de legitimidade de ser julgado por uma comissão militar do governo de Lincoln.

Seu processo foi julgado em 1866, depois do final da Guerra Civil, pela Suprema Corte e coube ao juiz Davis oferecer a opinião da Corte. A decisão da Corte foi no sentido de que as comissões militares durante o período da Guerra Civil não detinham o poder de condenar qualquer pessoa, que a garantia de julgamento por júri definido pela Constituição é inviolável e que as liberdades civis não podem ser tolhidas, à exceção do caso prescrito pela Constituição em relação ao *writ* do *habeas*.

Passado o fim da guerra, seria possível julgar o caso sem paixão e com cautela, alegava Davis. O voto do magistrado inicia definindo que “a suspensão do *writ* do *habeas corpus* não autoriza a prisão de qualquer um, mas unicamente proíbe a um detido o privilégio deste *writ* para obter sua liberdade” (EX PARTE MILLIGAN, 1866,

s/p, tradução nossa). Desde já ele assevera que o cidadão Milligan não se enquadrava no ato do presidente Lincoln. E que caberia um questionamento básico: era legal a comissão militar que sentenciou Milligan à pena capital? Para ele, se houver lei justificando os julgamentos militares, a resposta é sim.

A Constituição dos Estados Unidos, no entanto, define que o julgamento de *todos* os crimes será feito por um júri. Até mesmo os condenados a penas capitais precisam de um júri, salvo se a pessoa for militar ou membro de milícia em tempo de paz. Todavia, Milligan, conforme constavam nos autos, não era militar ou miliciano, tendo, portanto, o direito assegurado de ser julgado por um júri. Mas não um júri qualquer: ele precisava ser imparcial. Davis conclui que a Comissão Militar que condenara Milligan não fora estabelecida pelo Congresso americano, gerando a primeira infração em relação ao cidadão, já que ele foi processado por uma corte (comissão militar) não estabelecida por lei. E, em decorrência disso, a segunda infração foi a negação da possibilidade de Milligan ser julgado por um júri.

Segundo o juiz, a lei marcial é a falência do governo republicano baseado na lei, “destruindo toda garantia da Constituição” e elevando o poder militar a uma posição independente e superior ao poder civil. Para ele, “liberdade civil e este tipo de lei marcial não podem permanecer juntas; o antagonismo é irreconciliável, e, em conflito, uma ou outra precisa perecer” (EX PARTE MILLIGAN, 1866, s/p, tradução nossa). Na opinião da Corte, a “lei marcial nunca pode existir onde as cortes estão abertas e no exercício adequado e livre do seu poder” (EX PARTE MILLIGAN, 1866, s/p, tradução nossa). Cinco outros juízes, incluindo o juiz presidente, no entanto, discordaram em parte do voto da maioria, afirmando que o fato de as Cortes estarem abertas não impede que o Congresso crie comissões militares, já que as Cortes podem ser aliadas dos rebeldes. Nesse sentido, a criação de comissões militares vem da autoridade do Congresso em suportar as forças e declarar guerra, mas que, no caso de Milligan, os tribunais militares não foram aprovados pelo Legislativo. Milligan ficara preso de 5 de outubro de 1864 a 2 de janeiro do ano seguinte, quando um júri disse que ele nada devia à justiça de seu país.

A partir de todo o episódio, o juiz Davis explana a premissa fundamental da “tese Milligan”, ao escrever que:

A Constituição dos Estados Unidos é uma lei para governantes e povo, igual na guerra e na paz, e que protege todas as classes de homens, em todos os tempos. (EX PARTE MILLIGAN, 1866, s/p, tradução nossa)

James Speed, advogado-geral da União na ocasião do julgamento, e o ex-general da Guerra Civil Benjamin Butler, por outro lado, defenderam o poder supremo do presidente americano durante a lei marcial.

O oficial executando lei marcial é ao mesmo tempo supremo legislador, supremo juiz, e supremo executor. Como a necessidade define a lei, apenas ele pode definir e declarar se a lei será ou não infringida, e a extensão dessa infração, cabendo a ele julgar; e suas decisões ordenam punições ou absolvem o suspeito de praticar crime. (*apud* WEIDA, 2004, p. 1408, tradução nossa)

Os dois posicionamentos parecem um *dejá vu* do debate já mencionado entre Schmitt (2006; 2007) e Kelsen (2000). Enquanto o juiz Davis defende uma visão unitária da Constituição, os representantes do governo conferem ao presidente poderes “supremos” e, portanto, ilimitados. Prevaleceu, em todo caso, no julgamento de Milligan, a consideração de que a Constituição é a mesma na crise e na paz, sob todas as circunstâncias e para todos os homens, indistintamente.

Mesmo que o Judiciário tenha julgado o caso Milligan, “a Suprema Corte nunca decidiu sobre a constitucionalidade das ações de Lincoln” (TUSHNET, 2003, p. 10, tradução nossa). Note-se que o caso Milligan teve sua resolução depois do final da Guerra, quando o acusado já havia sido preso injustamente. Isso confirma, mais uma vez, o fato de que as Cortes e a população apóiam as medidas de exceção em momentos de alegada necessidade pública. Nem Legislativo, nem Judiciário exerceram os *checks and balances* durante a ditadura constitucional de Lincoln. O Legislativo ratificou todas as medidas do presidente, e o Judiciário calou-se no momento em que poderia – e, para alguns, deveria – ser o bastião da defesa das garantias constitucionais. E a população aplaudiu de camarote todas as medidas irregulares adotadas por seu presidente.

O precedente aberto durante a Guerra Civil é ambíguo, já que de um lado o presidente declarou lei marcial e aumentou o número de combatentes sem a autorização do Congresso, e de outro a Suprema Corte disse que não há exceções à lei. Esses mesmos precedentes serão encontrados em outros momentos de emergência nacional nos Estados Unidos, com uma tendência histórica a que a visão unilateral e de plenos poderes do Executivo diante da crise acabe por solapar qualquer unitarismo kelsiano da lei. Nesse sentido, as lacunas do direito serão preenchidas por mais e mais poder concentrado nas mãos de um homem.

Primeira Guerra Mundial (1914-1918)

Na Primeira Guerra Mundial, os poderes emergenciais concentraram-se ao nível do controle da economia por parte do governo, sem grandes violações de direitos como suspensão do *habeas corpus*. Demonstrou, ainda, outro padrão de relação entre Executivo e Legislativo em tempos de crise. Ainda assim, Rossiter (1948) dimensiona o presidente Woodrow Wilson como o líder mais poderoso dos Estados Unidos, até mais que Lincoln durante a Guerra Civil.

O diferencial de Wilson é que ele cooperou com o Congresso, ao contrário de Lincoln. Em agosto de 1917, por exemplo, o Congresso aprovou o *Lever Act* e delegou poderes emergenciais ao presidente. Tal legislação autorizava o comandante-em-chefe a controlar o comércio de produtos, adquirir matéria prima, fixar preços de mercadorias, controlar águas, rodovias e exportações, além de operar telefones e telégrafo, controlando, ainda, a imprensa estrangeira com a censura de comunicações para outros países. Como visto, a expansão do Poder Executivo se deu no campo da economia, onde o Legislativo norte-americano não possui tanta ingerência (ROSSITER, 1948).

No entanto, o Congresso nem sempre deu o *amém* ao presidente, por vezes negando-lhe mais poderes. Mais uma vez, como Lincoln, Woodrow Wilson reafirmou a noção de que *o presidente* deve preparar a nação para enfrentar a guerra. E o controle do governo sobre a economia, com a proliferação de agências para controlar diversos setores econômicos fazia parte deste esforço para o conflito iminente (ROSSITER, 1948).

Cabe salientar que liberdades civis foram pouco afetadas no período, mesmo que tenham sido. O direito de reunião, a inviolabilidade do domicílio e o direito de greve foram respeitados. Mas, ocorreram limitações da liberdade de discurso e expressão, mesmo não havendo censura formal à imprensa interna.

Na Primeira Guerra utilizou-se, novamente, o expediente do *Alien and Sedition Act*. Ele foi usado durante o segundo governo de George Washington, em 1798, quando teve início a discórdia que opôs federalistas de republicanos. Ele concedia ao presidente “o poder de expulsar qualquer estrangeiro que ele considerasse perigoso à paz pública ou de quem ele suspeitasse, com fundadas razões, de conspirar contra o governo” (LIPSET 1963, p. 57), negando às pessoas o recurso de contestação aos tribunais. O *Sedition Act* tinha aplicação autorizada aos cidadãos americanos e aos estrangeiros que criticassem com “extrema severidade o governo”. Lipset (1963, p. 58) chega a afirmar

que era uma obviedade “que a lei foi concebida com fins partidários”. “Basicamente, as autoridades e os júris federalistas aplicavam a lei contra os seus adversários políticos” (LIPSET, 1963, p. 58). A mesma conclusão é exalada por Hofstadter, Miller e Aaron (*apud* LIPSET, 1963 p. 58) quando dizem que os juizes federalistas “prenderam e multaram” 70 pessoas, a maioria republicanos.

Mais claramente, o *Sedition Act* proibia que as pessoas falassem mal da guerra. Durante o governo de Wilson, 200 pessoas foram processadas por essa causa (COLE, 2003). Conforme destaca Cole (2003), ele consistia numa espécie de controle administrativo das ameaças, apenas podendo ser usado com uma declaração formal de guerra, o que ocorrera no primeiro e segundo conflitos mundiais.

Podemos tomar como lições da Primeira Guerra Mundial o fato de que houve uma expansão da atividade administrativa de controle da vida econômica, atividade esta controlada pelo presidente com o Congresso delegando poderes extraordinários ao comandante-em-chefe (ROSSITER, 1948).

Crise econômica dos anos 1930

À exemplo da Primeira Guerra Mundial, a crise econômica dos anos 1930 motivou a expansão emergencial dos poderes do presidente para o controle da economia. Em 6 de março de 1933, quarenta e oito horas depois de assumir o governo, o presidente Franklin D. Roosevelt proclamou a existência de uma “emergência nacional” nos Estados Unidos em razão da crise econômica (RELYEA, 2007). Feriado bancário foi decretado e proibiu-se remeter divisas para o estrangeiro. Espelhado em Lincoln, o presidente enviou a medida para posterior aprovação do Congresso.

Como revela Rossiter (1948, p. 259), o presidente tornou-se uma espécie de “Primeiro ministro”, trabalhando intimamente com os líderes partidários das duas Casas legislativas. Dócil aos desejos do presidente, em que pese os protestos da minoria, o Congresso chegou a reunir-se, chamado pelo presidente, no que ficou conhecido como “Os Cem dias” de 1933 no qual se votou e aprovou leis emergenciais para o *front* econômico (NEUSTADT, 2001).

A sinergia entre o presidente e o Congresso garantiu-lhe processos legislativos abreviados, liderança executiva da legislação e expansão da administração no controle da economia, possibilitando a realização do *New Deal* e a reestruturação do país assolado por uma crise econômica, de caráter não violenta (ROSSITER, 1948).

Segunda Guerra Mundial (1941-1945)

A Segunda Guerra Mundial representa, em termos de poderes emergenciais, a criação de um precedente explosivo para o Estado constitucional, que se traduz no processo de exclusão de mais de centena de milhar de descendentes de japoneses e na lei marcial no Havaí. Além disso, mais uma vez se observou a expansão dos poderes do presidente e o desrespeito aos direitos civis de grandes grupos de indivíduos.

O presidente Franklin D. Roosevelt decreta, em 1939, que os Estados Unidos estavam em emergência nacional “limitada”. Já em 1941, a emergência nacional foi recategorizada para “ilimitada”, muito em função da entrada do país na guerra e depois do ataque nipônico à base de *Pearl Harbor*.

Segundo afirma Rossiter (1948), Roosevelt agiu emergencialmente inúmeras vezes a partir de poderes delegados pelo Legislativo. Destacam-se, sobretudo, o *Lend Lease Act*, que possibilitava a doação de dinheiro a países aliados como Inglaterra e França; o *War Powers Act*, que ampliava os poderes do presidente para gerir a guerra; e o *Price Control Act*, para controlar partes estratégicas da economia. Tais estatutos acabaram por destinar maior autoridade discricionária ao presidente, sendo prorrogados várias vezes. E, mesmo que o autor diga que a invasão às liberdades políticas e civis fora menor que a Guerra Civil e a Primeira Guerra, dois casos que não foram meras exceções revelam o quão prejudicial para as garantias constitucionais significaram algumas medidas tomadas ou apoiadas pelo presidente.

O primeiro caso que merece citação é o estabelecimento, em 7 de outubro de 1941, da suspensão do *habeas corpus* no Havaí imediatamente após os ataques a *Pearl Harbor*. Em relação à instituição da lei marcial, Weida (2004) verifica que não haveria uma definição precisa sobre ela, e até mesmo a Constituição americana não refere diretamente a ela. Usualmente, porém, a lei marcial significa a suspensão do *writ* do *habeas corpus* e a criação de comissões militares desatreladas ao poder judicial ordinário, criando conflitos com a Décima Quarta Emenda constitucional que garante o devido processo legal (*due process*) aos indivíduos.

Nos Estados Unidos, cinco casos de lei marcial foram julgados pela Suprema Corte que criou jurisprudência no sentido de que até mesmo os governadores têm o poder de decretar a suspensão do *writ* do *habeas* (WEIDA, 2004). Um exemplo é o caso das disputas trabalhistas entre mineiros do Colorado de 1903 a 1904, que acabou fazendo com que o governador decretasse lei marcial naquele Estado. A Corte, através do juiz Holmes, decidiu que o governador tinha poder para impô-la, sendo o governante

quem decide se há necessidade de lei marcial. Já em 1931, a lei marcial foi declarada no Texas em função do descumprimento de normas por parte de petroleiros. Neste caso, todavia, a Suprema Corte julgou que o governador não poderia impor lei marcial diante daquela circunstância, pois não se tratava de emergência (WEIDA, 2004).

Em relação ao Havaí, já em 1900 o Congresso autorizou a possibilidade de invocação de lei marcial neste território. Segundo a lei orgânica das ilhas (revogada em 1959):

Em casos de rebelião ou invasão, ou iminente perigo, quando a segurança pública requer, [o governador pode] suspender o privilégio do *writ* do *habeas corpus*, no Território ou parte em dele, devendo ser feita comunicação ao presidente e sua decisão deve se fazer conhecida. (WEIDA, 2004, p. 1417, tradução nossa)

Diante disso, os acontecimentos do ataque japonês propiciariam, na visão do governador havaiano, a decretação da lei marcial no mesmo dia do ataque. Dois dias depois, em 7 de dezembro de 1941, o presidente Roosevelt aprovou a declaração de lei marcial, que apenas acabou em outubro de 1944 (ROSSITER, 1948).

O governador tratou de criar comissões militares para prender, julgar e sentenciar supostos sabotadores e espões. A questão é que, consoante a Milligan, as medidas do governador receberam atenção da Suprema Corte apenas depois de terminada a guerra. E a Corte, no *caso Duncan* decidiu que as comissões militares instaladas pelo governador do Havaí eram ilegais. Mas, mesmo ilegais, nada mais se poderia fazer, visto que a arbitrariedade já havia acontecido.

O outro caso ocorrido na Segunda Guerra e que é extremamente relevante para nosso trabalho refere-se a um dos episódios mais vergonhosos dos Estados Unidos, sobre o qual restam poucas discordâncias de que fora um tremendo equívoco.

Em fevereiro de 1942 Roosevelt autoriza a criação de áreas militares nos Estados Unidos. O objetivo de tais áreas era evacuá-las, mas nem todas as pessoas deveriam sair. Os militares criaram as Áreas 1 e 2 e, em 108 ordens separadas, ordenaram que qualquer pessoa com ancestrais japoneses deveria ser removida. Rossiter (1948) sustenta que 110 mil pessoas foram evacuadas da Costa do Pacífico, sendo 70 mil cidadãos norte-americanos.

A justificativa assentava-se em um problema de *necessidade militar*, já que supostamente havia o perigo de que os japoneses invadissem a Costa do Pacífico com o auxílio, ou, no mínimo, a condescendência dos nipo-americanos. Segundo Rossiter

(1948, p. 281, tradução nossa), “o critério para exclusão não era a deslealdade ou traição, mas o critério não democrático da raça”. Isso mesmo: o critério era a raça.

Fato tão importante, que abala a imagem dos Estados Unidos até hoje, foi analisado pela Suprema Corte. A maioria dos juízes não julgou ser inconstitucional a evacuação dos descendentes de japoneses. Nesse sentido, “a punição destes leais cidadãos americanos foi confirmada pela mais alta Corte do país: seu crime: estar em sua própria casa” (ROSSITER, 1948, p. 282, tradução nossa).

O caso julgado pela Suprema Corte é o de *Korematsu*. Korematsu era um cidadão americano que foi preso dentro de uma Área Militar em San Leandro, Califórnia, localização de sua residência. Segundo a ordem de exclusão civil, depois de 9 de maio de 1942, “todas as pessoas com ancestrais japoneses deveriam ser evacuadas daquela área” (KOREMATSU v. UNITED STATES, 1944, s/p, tradução nossa). Já a ordem executiva nº 9066 defendia que “o sucesso para o prosseguimento da guerra requer toda proteção possível contra espionagem e sabotagem” (KOREMATSU v. UNITED STATES, 1944, s/p, tradução nossa).

Na Corte, coube ao juiz Black comunicar a opinião da maioria dos magistrados. Black introduz seu voto com uma visão realista sobre as *privações* durante emergências. No seu ponto de vista, elas “fazem parte da guerra, e guerra é uma agregação de privações. Todos os cidadãos, vistam ou não uniforme, sentem o impacto da guerra em maior ou menor medida” (KOREMATSU v. UNITED STATES, 1944, s/p, tradução nossa). E, mesmo admitindo que a “exclusão compulsória de grandes grupos de cidadãos de suas casas” seja “inconsistente com nossas instituições de governo”, ela seria perfeitamente possível “sob circunstâncias de emergência e perigo” (KOREMATSU v. UNITED STATES, 1944, s/p, tradução nossa). Diante disso, portanto, “o poder de excluir incluir o poder de fazê-lo à força se necessário” (KOREMATSU v. UNITED STATES, 1944, s/p, tradução nossa).

Para a Suprema Corte dos Estados Unidos, portanto, eis a causa da evacuação de Korematsu de sua propriedade:

Korematsu não foi excluído da Área Militar por hostilidade a ele ou a sua raça. Ele foi removido porque nós estamos em guerra com o Império do Japão, porque as autoridades militares desconfiavam de uma invasão à nossa Costa Oeste e se sentiram forçadas a tomar medidas de segurança, porque elas decidiram que a situação militar de urgência exigiu que todos os cidadãos com ancestrais japoneses fossem segregados da Costa Oeste temporariamente, e, finalmente, porque o Congresso, confiando em nossos líderes militares neste tempo de guerra, determinou que eles deveriam ter o

poder de fazer isso. (KOREMATSU v. UNITED STATES, 1944, s/p, tradução nossa)

Na visão do Juiz Frankfurter, que concorda com a opinião da maioria, a ação de guerra precisa ser julgada dentro do contexto da guerra. “A ação não é para ser estigmatizada como ilegal porque ação semelhante em tempos de paz seria considerada ilegal” (KOREMATSU v. UNITED STATES, 1944, s/p, tradução nossa). Vê-se que a visão majoritária é oposta à percepção unitária da lei e da Constituição oferecida pelo juiz Davis no caso Milligan.

No entanto, o caso Korematsu não recebeu apoio de todos os membros da Suprema Corte. Mesmo minoritários, alguns juízes discordaram da opinião de que a evacuação dos nipo-americanos fora algo legal e necessário diante do perigo público que eles poderiam representar.

Para o juiz Roberts, “direitos constitucionais foram violados” (KOREMATSU v. UNITED STATES, 1944, s/p, tradução nossa). Ele nos revela que não apenas os indivíduos de descendência japonesa deveriam ser retirados das zonas militares, mas também os de italiana ou alemã. As pessoas foram enviadas a Centros Comunitários que, segundo o magistrado, “era um eufemismo para uma prisão”, já que “a nenhuma pessoa dentro de cada centro era permitida deixá-lo exceto por Ordem Militar”. Criaram-se, ainda, os Centros de Realocação, onde pessoas ficaram sob custódia, “um eufemismo para campos de concentração” (KOREMATSU v. UNITED STATES, 1944, s/p, tradução nossa).

É memorável, ainda, o voto do juiz Murphy, discordando da opinião da Corte. Para ele, a evacuação não deveria ter sido aprovada. Sua efetivação teria provocado evidente violação de direitos. O magistrado encarna o espírito do juiz do caso Milligan quando afirma que a necessidade militar não se sobrepõe aos direitos constitucionais, devendo o arbítrio militar ser limitado especialmente quando a lei marcial não é declarada, como foi o caso envolvendo os japoneses. Além disso, Murphy classificou a ordem de exclusão como uma “óbvia discriminação racial”, qualificando-a como “uma das mais abrangentes e completas privações dos direitos constitucionais na história dessa nação na ausência de lei marcial” (KOREMATSU v. UNITED STATES, 1944, s/p, tradução nossa).

Mas, quem foi o mentor da evacuação? O juiz Roberts registra que, em 2 de fevereiro de 1942, o general De Witt, comandante do Oeste⁶, informou que havia risco de invasão estrangeira na Costa do Pacífico e que, pela “necessidade militar”, zonas militares de exclusão deveriam ser criadas.

No voto de Murphy, o magistrado cita o relatório de De Witt, onde o general classifica os japoneses, incluindo cidadãos norte-americanos, de “112.000 potenciais inimigos” (KOREMATSU v. UNITED STATES, 1944, s/p, tradução nossa). Inegavelmente, o comandante não possuía simpatia alguma pelos japoneses, como atestam suas próprias afirmações:

Eu não quero nenhum deles [pessoas com ancestrais japoneses] aqui. Eles são elementos perigosos. Não há forma de determinar sua lealdade. A costa oeste contém muitas instalações vitais para a defesa do país para autorizar qualquer japonês a ficar por lá. O perigo representado pelo japonês era, e é agora o da espionagem e sabotagem. Não importa se ele é um cidadão americano, ele ainda é um japonês. (KOREMATSU v. UNITED STATES, 1944, s/p, tradução nossa)

Para Tushnet (2003, p. 14, tradução nossa), De Witt “era um racista que simplesmente assumiu sem qualquer evidência que os nipo-americanos representavam um perigo de sabotagem e espionagem”. Aliás, ele próprio já dissera que “a raça japonesa é uma raça inimiga” (DE WITT, *apud* TUSHNET, 2003, p. 14, tradução nossa). Por tudo isso que o juiz Murphy disse que discordava “da legalização do racismo” (KOREMATSU v. UNITED STATES, 1944, s/p, tradução nossa), opinião acompanhada pelo juiz Jackson, para quem a decisão da Corte validava a discriminação baseada na ancestralidade. Vale lembrar que a desastrosa decisão da Suprema Corte apenas foi reparada no final dos anos 1980, quando os prejudicados pela evacuação receberam indenização do governo Ronald Reagan.

O caso de Korematsu parece confirmar a assertiva de Rossiter (1948, 1948, p. 283, tradução nossa) de que “o governo dos Estados Unidos, em caso de necessidade militar, pode ser uma ditadura tanto quanto qualquer governo da terra”. Mais emblemático que isso, o caso da Segunda Guerra definiu a “tese de Korematsu”, em contraposição à já detalhada “tese de Milligan”.

A “tese da crise” (EPSTEIN, HO, KING, SEGAL, 2005), ou também “tese de Korematsu”, diz que, em tempo de guerras e outras emergências, as Cortes tenderiam a endoçar o corte de direitos em função da necessidade pública. Nesse sentido, o

⁶ Representava um quarto da área da nação.

tolhimento das liberdades se daria com a união entre o Executivo e Judiciário. Ora, isso se revelou claramente no caso que estamos analisando. A própria decisão da Suprema Corte revelou má vontade em interferir nos poderes de guerra do presidente, com os direitos de toda uma classe de cidadãos sendo desprezados.

Identificamos, outrossim, que o maior problema durante o governo de Roosevelt, foi a criação de mais um precedente sobre poderes emergenciais. Era fato que já havia jurisprudência do unitarismo da lei do caso Milligan, mas a Corte de então, personificada no voto do juiz Black, preferiu criar outra jurisprudência, pouco íntima do Estado constitucional baseado no governo limitado pela lei. Vemos, desde já, que a mera existência de jurisprudência não significa que a Suprema Corte irá alinhar-se a ela; Korematsu criou uma nova interpretação baseada na “necessidade militar”. Por fim e sob essa lógica, não seria impensável que, nos anos pós 1945, os presidentes americanos pudessem colocar em Centros de Realocação grupos de cidadãos com características raciais ou religiosas estigmatizadas pela sociedade como responsáveis por, por exemplo, atentados terroristas.

Guerra Fria

O período da Guerra Fria representou um avanço na institucionalização dos poderes emergenciais nos Estados Unidos. Em que pese alguns episódios autoritários, como o macartismo, nenhum grande e grave evento emergencial de maiores proporções assolou a nação domesticamente.

Mesmo assim, conforme Scheppele (2004), a Guerra Fria pode ser caracterizada como um período de “emergência permanente”, sem que houvesse a previsão de sua duração. Para ele:

A guerra fria não foi a primeira vez que os Estados Unidos enfrentaram algo como um governo de crise. Mas as crises anteriores – a Guerra Civil, Primeira Guerra Mundial, Grande Depressão e Segunda Guerra Mundial – foram imaginadas para terem duração limitada. Enquanto elas vieram acompanhadas por uma série de violações constitucionais, cada violação era eventualmente condenada como resultado de uma particularidade contextual, não afetando o funcionamento constitucional normal da América ou as aspirações constitucionais do país. A guerra fria foi diferente: ela prometeu um futuro indefinido de crises e uma perpétua mudança da separação dos poderes e dos direitos individuais. (SCHEPPELE, 2004, p. 14, tradução nossa)

Mesmo com um “futuro indefinido de crises”, os Estados Unidos permaneceram uma democracia constitucional, a despeito de que nesse período tenha se desenvolvido a

chamada “presidencial imperial” descrita por Arthur Schlesinger Jr., ou seja, o crescimento da influência e do poder presidencial na política interna e externa norte-americana. Uma medida da época foi a aprovação da Lei de Segurança Nacional, em 1947, e que destinava mais poderes de política externa ao presidente. Além disso, data dessa época também a criação da CIA.

Em 1950, o presidente Harry Truman decreta emergência nacional em razão das hostilidades com a Coreia (RELYEA, 2007). Para Scheppele (2004), a proclamação de emergência ensejou seu uso para justificar ações no exterior contra o comunismo. Disto resultou que, sob o manto do segredo e do argumento da segurança nacional, “o governo americano engajou-se por décadas na prática de abusos contra os direitos para conseguir informações no esforço contra a União Soviética e para preparar o necessário para a guerra iminente” (SCHEPPELE, 2004, p. 16, tradução nossa).

Foi no governo Truman que a Suprema Corte estabeleceu doutrina em relação aos poderes emergenciais no caso *Youngstown*. Durante a Guerra da Coreia surgiram problemas internos na área de produção de aço, sendo que a fabricação deste bem parou. Diante da declarada emergência nacional, e por tratar-se de um bem fundamental ao esforço de guerra, o presidente confiscou algumas minas de aço, apossando-se de sua infra-estrutura e produção. O caso foi levado à Suprema Corte que decidiu majoritariamente que o presidente não possuía autorização para confiscar qualquer propriedade privada para fins de defesa nacional; e que, além disso, o Congresso havia, anos antes, proibido expressamente o Executivo de utilizar tal expediente (WEIDA, 2004).

O que nos importa é que o voto do juiz Jackson, comunicando a opinião da Corte, estabeleceu os critérios para que, no futuro, a Suprema Corte examinasse a validade dos poderes emergenciais do presidente. O magistrado definiu três cenários para o uso dos poderes emergenciais: a) quando a medida tomada pelo presidente possui autorização implícita ou explícita do Congresso; b) medida tomada pelo presidente, mas tanto ele quanto o Congresso possuindo autoridade concorrente e com o Congresso permanecendo em silêncio diante do problema; e, c) medida tomada pelo presidente em contravenção com a autorização do Congresso (WEIDA, 2004).

Jackson entendia que os dois primeiros cenários são legais e legitimados pelo papel de controle que o Legislativo exerce sobre o poder do Executivo. O último cenário, todavia, quando acontecesse, deveria ser levado aos tribunais para a revisão judicial, por tratar-se de ato irregular. Por isso que, no caso *Youngstown*, a decisão foi a

de declarar ilegal a tomada de propriedade por parte do presidente já que havia decisão legislativa contrária a esse tipo de medida.

Outro momento da Guerra Fria é destacado por Cole (2003), para quem ela foi prejudicial aos cidadãos americanos em razão de danos causados em função da chamada “culpa por associação”. Ele lembra que os Estados Unidos viviam, na década de 1950, tempos de “medo em massa”. Medo da ameaça comunista e do incerto rumo de uma possível revolução mundial. Nos Estados Unidos ficou conhecido como *macartismo* a campanha anti-comunista e de captura da opinião pública nacional levada a cabo pelo então senador republicano Joseph MacCarthy.

A cruzada macartista baseava-se na enumeração de pessoas e organizações simpáticas à ideologia comunista. Segundo Ferraz (2009, s/p), referindo-se ao período, “numa sociedade dominada pelo medo, bastava acusar para condenar”. A histeria coletiva embasada no medo do comunismo fez com que o governo acabasse “se engajando na prevenção sem observar os rigores do processo criminal” (COLE, 2003, p. 3, tradução nossa).

Em 1950 havia lista onde constavam 200 organizações ditas subversivas operando em solo norte-americano. O trabalho de “investigação” se deu, em boa parte, no âmbito da “Comissão das atividades anti-americanas” criada no Senado e presidida por MacCarthy. Mesmo antes, em 1948, Cole (2003) revela ter existido o chamado *The Portfolio Program*, feito secretamente pelo Departamento de Justiça. Segundo o autor, ele serviria para deter pessoas perigosas sempre que o presidente declarasse emergência nacional, preconizando a suspensão do *habeas corpus*, a autorização para prisões em massa com apenas um mandado judicial, além da negação da possibilidade de revisão judicial das detenções preventivas. No ano de 1952, o Congresso liberou 775 mil dólares para a criação de seis campos de detenção para os indivíduos associados ao comunismo, mas tais lugares nunca foram utilizados (SCHEPPELE, 2004). E, em 1954, o FBI possuía lista com nomes de 26.174 cidadãos considerados subversivos (COLE, 2003).

Conforme visto, em parte da Guerra Fria, os “radicais” não eram punidos por seu discurso, como foi em 1789 ou na I e II Guerras Mundiais com o *Sedition Act*, mas sim por sua simpatia e associação com o partido comunista e organizações congêneres. Mais tarde, a Suprema Corte desenvolveu doutrina estabelecendo que não haveria culpa por associação nos Estados Unidos (COLE, 2003).

Outros presidentes, durante a Guerra Fria, declararam estado de emergência diversas vezes. Richard Nixon, por exemplo, o fez por duas vezes. Em 1971 em razão de questões pertinentes a preços e importação de produtos, e outra em 1979, em função de greve no serviço postal americano (RELYEA, 2007).

Existia, nesse contexto, um sério problema. Em razão da história de emergências vividas pelos Estados Unidos, muitas legislações emergenciais foram adotadas e, mesmo que fossem temporárias até o fim da crise, em realidade muitas delas ainda estavam em vigor. O problema era que a cada emergência declarada, as legislações emergenciais anteriores eram ativadas (RELYEA, 2007). Para se ter uma idéia, em 1974 os Estados Unidos possuíam 470 leis de poderes emergenciais acumuladas, sem prazo de validade, apenas esperando que uma emergência nacional fosse decretada para que voltasse a ser passível de aplicação (GROSS, 2003a).

Por isso, na década de 1970, o Congresso formou comissão especial para estudar a questão dos poderes emergenciais, e descobriu que não havia qualquer processo que, de forma automática, acabasse com a validade das declarações de emergência nacional.

Deste diagnóstico surgiu a Lei de Emergências Nacional (1974), que “estabelecia um procedimento para a declaração presidencial e regulação congressual de uma emergência nacional” (RELYEA, 2007, p. 10, tradução nossa). Em linhas gerais, as declarações de emergência passariam a ter duração de 12 meses, podendo ser renovadas ou revogadas antes do final do prazo. Contudo, caso não fossem renovadas, perderiam sua eficácia depois de um ano de vigência.

A partir da promulgação da lei até 2007, os presidentes americanos declararam emergência nacional 42 vezes (RELYEA, 2007). As declarações tornaram-se mais abrangentes e passaram a possuir variados escopos como: bloqueio de propriedades, nos Estados Unidos, cujos donos são países hostis a Washington; proibição do comércio com determinados países; controle de exportações; proibição de investimentos em determinados países; proibição de importação de mercadorias; e, em 2001, talvez a mais relevante, decretação de emergência em razão de atentados terroristas. Muitas destas declarações, como a de novembro de 1979 que bloqueava as propriedades do governo iraniano, ainda estão em vigor.

Cabe destacar, ainda, a aprovação, pelo Congresso, da *War Powers Resolution* em 1973. Tal legislação foi uma tentativa de frear o ímpeto do presidente da República na utilização das forças armadas, muito embora ela garanta o poder de o chefe do Executivo poder agir unilateralmente com as forças armadas por 90 dias. Para Fischer e

Adler (1998), o vício nocivo da *War Powers Resolution* reside no fato de que ela dá mais poderes ao presidente do que a própria Constituição, já que ela obriga o presidente a ter autorização legislativa para mobilizar as forças armadas. Mesmo assim, o texto de 1973 obriga o presidente a comunicar periodicamente ao Congresso as atividades dos militares norte-americanos em missões ao redor do mundo.

Como se viu, a Guerra Fria foi um momento importante para a criação de uma maior legalização dos poderes emergenciais, sendo que isso não significa que abusos contra os direitos dos indivíduos americanos não tenham sido cometidos. O macartismo, fruto do medo popular e do apoio da opinião pública é, pois, um exemplo de autoritarismo estatal contra os cidadãos em situação de emergência e que, conforme veremos mais à frente, parece ter se repetido, sob outras feições, na chamada “guerra contra o terrorismo”.

Ao finalizar a descrição e análise dos principais momentos de crise atravessados pelos Estados Unidos, nossa investigação possibilita a identificação de padrões históricos destes episódios. Em especial, o comportamento do Executivo, Legislativo, Judiciário, população e as conseqüências para os *checks and balances*. Nesse sentido, esboçamos alguns padrões, a saber:

1. Os presidentes assumem a liderança para o gerenciamento da crise;
2. O Congresso, quando não alijado do processo decisório pelo Executivo, serve-se ao papel de ratificador das medidas tomadas retrospectivamente, ou como delegador de poderes emergenciais ao presidente;
3. O Judiciário pouco interfere nos poderes de guerra do presidente, julgando casos mais polêmicos após o fim da crise e não tendo a iniciativa de responsabilizar aqueles que perpetraram arbitrariedades;
4. A jurisprudência da crise nem sempre é respeitada, e novas decisões judiciais em momentos de urgência não seguem necessariamente as decisões similares pretéritas;
5. Os argumentos da “necessidade militar/pública” e do “clamor popular” são poderosas justificativas usadas para violar a Constituição;
6. A população, em função do momento de união nacional propiciado pelas emergências, apóia as medidas adotadas pelo Executivo; ou, pelo menos, não se opõe organizadamente a elas;

7. Os *checks and balances* são prejudicados em função da hipertrofia dos poderes do Executivo, da inação do Legislativo, da aquiescência do Judiciário e do apoio da população ao governo.

Padrões históricos não significam, necessariamente, certeza de que eventos futuros respeitarão o que se passou no passado. Acreditamos que está inserido neles uma salutar dose de incerteza. Em vista dessa realidade formulamos nossas hipóteses para o caso da “guerra contra o terrorismo” levando em conta estes padrões históricos dos momentos de emergência nos Estados Unidos. E, no próximo capítulo, analisaremos detalhadamente este sexto caso mais relevante de emergência enfrentado pelos Estados Unidos.

CAPÍTULO III

EXERCITANDO OS PODERES EMERGENCIAIS NA “GUERRA CONTRA O TERRORISMO”

1. A “guerra contra o terrorismo”

Os atentados terroristas do dia 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos transformaram aquela data em verdadeiro marco histórico para a comunidade internacional. Em função de seu ineditismo, da ousadia de seus criadores, do seu caráter até então inimaginável, da proporção do evento e em função do tremendo abalo simbólico para o mundo ocidental, o Onze de Setembro constituiu-se em mais um caso de emergência nacional para os Estados Unidos.

Três mil duzentos e trinta e quatro pessoas, de 90 países diferentes, morreram em decorrência dos atentados terroristas naquela trágica terça-feira. Duas torres, com 110 andares cada, ruíram ante a colisão de dois aviões, fazendo sumir, da paisagem de Nova York, o *World Trade Center*. Em decorrência da destruição das torres gêmeas, 25 outros edifícios do entorno foram total ou parcialmente destruídos, contabilizando-se, ainda, 4 estações de metrô e trem soterradas e arrasadas pela potência dos atentados. Na mesma manhã, outro avião foi atirado contra o Pentágono, sede do Departamento de Defesa, destruindo parcialmente as instalações e matando mais de uma centena de pessoas. Recorde-se, ainda, o avião que caiu na Pensilvânia, tudo indica que por uma briga entre seqüestradores e passageiros e que se deduz que teria como alvo a Casa Branca, na capital do país (REZENDE, 2009).

Na era da ampliação e relativa universalização dos meios de comunicação, “o Onze de Setembro foi experimentado pessoal, virtual, digital, global e simultaneamente como nenhum outro evento da história”, destaca Rezende (2009). O mundo assistiu aos atentados e solidarizou-se com os Estados Unidos, então governado pelo republicano George W. Bush. Como lembra Pecequillo (2005, p. 372), todos assistiram “à queda de um mito, o da inviolabilidade do território continental norte-americano”. E nesse quadro de consternação mundial, todos se perguntavam qual seria a resposta norte-americana aos atos cometidos naquele dia.

No mesmo dia dos atentados, o neoconservador Robert Kagan (2001, s/p, tradução nossa) já insinuava normativamente o tom da resposta do governo. “Nós estamos em guerra agora”, escreveu no *Washington Post*, argumentando, ainda, que “o

Congresso deve imediatamente declarar guerra” e, mesmo que não se tivesse o nome de um país em específico, a guerra poderia ser declarada contra aqueles que promoveram e apoiaram, fossem organizações ou nações, a matança do Onze de Setembro.

Uma guerra. Eis provavelmente a resposta mais cômoda para responder ao questionamento sobre a reação norte-americana ao ataque terrorista. “Foram atos de guerra” (BUSH, 2001a, tradução nossa), declarou em cadeia nacional de televisão, o presidente George W. Bush no dia 12 de setembro. “Como disse ontem, indivíduos declararam guerra contra a América, e eles cometeram um grande erro, porque este é um país fabuloso” (BUSH, 2001b, tradução nossa), sentenciou Bush no dia 16 de setembro. Mais tarde, discursando no Capitólio, o líder da nação – agora em “guerra” – tratava de sustentar que os Estados Unidos iriam usar a lei, a influência financeira “e toda arma de guerra necessária” para “desmontar e derrotar a rede mundial de terror” que realizou o 11 de setembro (BUSH, 2001c, tradução nossa). Restava claro que o argumento da guerra iria tornar-se central na resposta norte-americana aos atentados.

Um dos importantes passos dados pela administração republicana em relação ao Onze de Setembro foi declarar formalmente uma emergência nacional no país, o que aconteceu três dias após os atentados. Utilizando-se do que diz o texto da Lei de Emergências Nacional de 1973, o presidente decretou, retrospectivamente ao dia 11 de setembro, que “uma emergência nacional existe em função dos atentados terroristas ao *World Trade Center* e ao Pentágono e à ameaça contínua e imediata de mais ataques contra os Estados Unidos” (PROCLAMATION 7463, 2001, tradução nossa).

Como já abordado, a declaração de emergência nacional por um presidente carrega consigo um claro significado: há uma ameaça existencial que coloca em perigo o funcionamento das atividades do governo, sendo que medidas emergenciais precisam ser tomadas para contornar a crise e minar a ameaça. Ou seja, a decretação de emergência nacional não se presta unicamente a publicizar a situação crítica do Estado, mas essencialmente garantir uma maior liberdade de ação do chefe do Executivo em relação à batalha contra o inimigo. Note-se bem que, para o esforço de construção de uma guerra, um decreto de estado de emergência nacional é peça fundamental para fornecer a aura de crise e necessidade de represálias contra um inimigo qualquer.

O Congresso norte-americano acabou ratificando a situação de emergência nacional decretada pelo Executivo e, em 18 de setembro, aprovou a chamada Autorização para o Uso da Força Militar (AUMF, em inglês) com grandes repercussões para a criação de uma nova guerra por parte de Bush. Tal resolução legislativa possuía

uma missão nobre, qual seja a de “autorizar o uso das Forças Armadas dos Estados Unidos contra os responsáveis pelos recentes ataques perpetrados contra os Estados Unidos” (AUMF, 2001, tradução nossa). A questão fundamental, no entanto, é que ela pecou por seu grau de generalidade e flexibilidade em relação ao uso da força militar contra os autores do Onze de Setembro, como se observa em seu parágrafo principal:

O presidente está autorizado a usar toda necessária e apropriada força contra aquelas nações, organizações ou pessoas que tenham planejado, autorizado, cometido ou auxiliado os ataques terroristas que ocorreram em 11 de setembro de 2001, ou que abrigaram tais organizações ou pessoas, com o objetivo de prevenir qualquer futuro ato do terrorismo internacional contra os Estados Unidos por parte dessas nações, organizações ou pessoas. (AUMF, 2001, tradução nossa)

A decretação de emergência nacional e a AUMF dada pela Câmara dos Representantes e pelo Senado foram componentes essenciais, e argumentos vigorosos, para o Executivo defender que os Estados Unidos viviam uma típica situação de guerra. Com efeito, o discurso do dia 20 de setembro proferido pelo presidente no Capitólio, e direcionado também ao povo norte-americano, marca uma espécie de “declaração de guerra”.

Em um discurso de quarenta e um minutos, George W. Bush lança as linhas mestras para a guerra que estava declarando. Repetindo o que já dissera em dias anteriores, afirmava que “em 11 de setembro os inimigos da liberdade cometeram um ato de guerra contra nosso país” (BUSH, 2001c, tradução nossa). Respondendo à questão mais freqüente da nação – Quem nos atacou? –, Bush aponta a organização terrorista Al-Qaida, cujo líder Osama bin Laden teria ligações com muitas outras organizações terroristas em vários países. Membros da Al-Qaida, dominados pelo fundamentalismo islâmico, receberiam treinamento em campos específicos no Afeganistão. O líder da organização, por seu turno, gozaria de grande influência no país cujo regime talibã, opressor, antiamericano e tirânico, seria ele próprio “a visão de mundo representada pela Al-Qaida” (BUSH, 2001c, tradução nossa).

“Nossa guerra ao terror começa com a Al-Qaida, mas não termina nela. Não terminará até que todos os grupos terroristas de alcance global sejam encontrados, detidos e derrotados”, disse George W. Bush, um presidente ovacionado por uma nação amedrontada e que colocava em suas mãos a esperança de se fazer ‘justiça’ pela América, vingando os milhares de mortos nos atentados. De certa forma – e violando a Constituição, já que não cabe ao presidente declarar guerra – a “guerra contra o

terrorismo” fora declarada, com o presidente até mesmo afirmando que havia chamado as Forças Armadas para permanecerem em alerta, já que estaria “chegando a hora em que a América irá agir”, expressando, assim, toda a vontade e o denodo de usar a força militar para guerrear contra um inimigo amplo e difuso, sem rosto e sem pátria.

Como vimos com Rossiter (1948), guerras representam momentos de expansão dos poderes do presidente tornado comandante-em-chefe, e de tolhimentos de liberdades dos cidadãos, onde poderes emergenciais são exercidos para salvar a integridade e a Constituição da República. O ponto fulcral para os propósitos desta dissertação é notar que a “guerra contra o terrorismo” foi classificada e caracterizada como uma *guerra* pelo governo norte-americano, a despeito de sólidas manifestações em contrário que negavam o caráter formal e legal da guerra.

Torna-se, então, imperioso abordar mais profundamente os argumentos oficiais para a existência da “guerra contra o terrorismo”. Afora os discursos do presidente, que tratam do esforço contra bin Laden e a Al-Qaida como uma guerra, um memorando enviado em 31 de outubro de 2001 ao conselheiro do presidente, e escrito por John Yoo e Robert Delahunty, assessores do Departamento de Justiça, deixava claro o argumento da guerra a partir de 2001.

Yoo e Delahunty (2001) argumentam que há em marcha uma campanha da Al-Qaida contra os Estados Unidos, e que os ataques de Onze de Setembro fariam parte desta campanha, tornando-se eles próprios atos dignos de uma guerra. Eles categorizam o ataque da Al Qaeda, por sua “escala, duração, extensão, e intensidade direcionados primariamente contra o governo dos Estados Unidos, seu corpo militar e diplomático e seus cidadãos” como podendo “facilmente ser descrito como uma “guerra” (YOO E DELAHUNTY, 2001, p. 3, tradução nossa). Na qualificação feita pela dupla:

Isso, então, é um conflito armado entre um Estado nacional e um ardiloso, clandestino grupo ou rede de grupos atacando imprevisivelmente alvos civis e militares tanto dentro quanto fora dos Estados Unidos. (YOO E DELAHUNTY, 2001, pp. 3-4, tradução nossa)

Sob esse ponto de vista, em face da “escala de violência” do conflito armado, as leis criminais não seriam apropriadas ou aplicáveis à situação, sendo preciso agir militarmente no exterior e no próprio território norte-americano. Como consequência do caráter de “conflito armado” da “guerra contra o terrorismo”, o presidente, na visão dos autores, possuiria ampla autoridade constitucional para lutar militarmente contra o

terrorismo especialmente em solo nacional. Mais que isso, advogavam eles que “como comandante-em-chefe, o presidente possui necessariamente amplo arbítrio para decidir como utilizar as forças sob sua responsabilidade” (YOO E DELAHUNTY, 2001, p. 10, tradução nossa), reforçando, assim, a visão de que o país estava verdadeiramente em guerra e que o argumento pró-Executivo deveria ser utilizado para o gerenciamento da emergência.

Essa visão de que o Onze de Setembro ensejou uma *guerra* deve ser analisada com um olhar crítico. Não resta dúvida de que a declaração unilateral do presidente de uma “guerra contra o terrorismo” trouxe dividendos políticos e eleitorais ao comandante-em-chefe, o que acabou promovendo o fortalecimento do Executivo e o enfraquecimento das outras agências governamentais. De todo modo, a crítica que se deve fazer é sobre a incoerência discursiva e fática do conceito de “guerra contra o terrorismo”, que não é resolvida com alegações, por exemplo feitas por Gonzales (2002), de que não tratava-se de uma guerra comum, mas de “um novo tipo de guerra”.

Posta a questão desta forma, neste trabalho procedemos a uma crítica da expressão “guerra contra o terrorismo” tornada pública após os atentados de 2001, especialmente em seu flanco doméstico de formação da opinião pública. Temos consciência de que a “guerra contra o terrorismo” pode ser considerada como uma guerra irregular, mas não é objetivo deste trabalho adentrar em tal debate. O que mais nos importa é tratá-la ao nível doméstico, como “expressão” capaz de promover a união da nação em prol de um objetivo comum.

Em primeiro lugar, a “guerra contra o terrorismo” não é uma guerra em seu sentido habitual entendida como um estado de beligerância entre Estados soberanos. É impossível determinar qual Estado representa o terrorismo, fato que faz com que Ackerman (2004) destaque que a campanha contra o terrorista Osama bin Laden e a Al-Qaida não pode ser uma guerra. Por outro lado, as guerras com o Afeganistão e Iraque teriam um caráter mais claro de conflito bélico. Este é o mesmo argumento de Paust (2002, p.1, tradução nossa), para quem os Estados Unidos não poderiam estar em guerra contra a Al-Qaida visto que “bin Laden nunca foi o líder ou membro de um Estado, nação, beligerante ou grupo insurgente que estava em guerra com os Estados Unidos”.

Ainda sobre este primeiro ponto, cabe analisarmos o argumento da administração Bush de que a “guerra contra o terrorismo” se configuraria como um *conflito armado*. Nesse ponto, Jinks (2005) diferencia conflitos armados internacionais de conflitos armados não internacionais. Para o autor, os primeiros seriam aqueles que

envolveriam dois ou mais Estados em hostilidades mútuas, ao passo que os últimos seriam caracterizados quando um ou mais Estados estão engajados em hostilidades contra um ou muitos grupos armados não estatais. A partir desses conceitos, o autor defende que a “guerra contra o terrorismo” trata-se de um conflito armado não internacional, já que envolve uma soberania contra uma organização de cunho não estatal. Complementarmente, Byers (2007, p. 87) lembra que a OTAN e a Organização dos Estados Americanos “formalmente consideraram os acontecimentos de 11 de setembro de 2001 como um “ataque armado””.

Neto (2008), por outro lado, lembra que tanto as Convenções de Genebra quanto os Protocolos internacionais não definem o que se entenderia por *conflito armado*. Em seu livro sobre o terrorismo internacional, o autor cita uma definição constante em um processo da Câmara de Julgamento do Tribunal Penal Internacional da ex-Iugoslávia, cujos redatores asseveravam que:

Entendemos que existe um conflito armado sempre que se emprega força armada entre Estados ou violência prolongada entre autoridades governamentais e grupos armados organizados ou entre esses grupos no interior de um Estado. (*apud* NETO, 2008, p. 239)

Neto (2005), ao contrário de Jinks (2005), propugna que a “guerra contra o terrorismo” é um conflito armado internacional, sendo que para chegar a tal conclusão o autor forçosamente tenta, em certa medida, equiparar organizações com Estados.

Embora um dos lados no conflito entre as organizações terroristas e a maioria dos Estados da comunidade internacional não seja um Estado (i.e., as organizações), forçoso é reconhecer, dada a habilidade de mobilização de combatentes e armamentos, técnicas logísticas e operacionais de combate e sua considerável capacidade para angariar recursos financeiros dos terroristas, que se está diante de um estado de conflito armado internacional, ao qual se aplica, sob certas condições, o “Direito da Guerra”, ou seja, o Direito Internacional Humanitário. (NETO, 2008, p. 273)

Possivelmente as palavras do autor refiram-se mais ao conflito com o Afeganistão, do que exatamente à “guerra contra o terrorismo”, já que o próprio autor admite que “a luta contra o terrorismo”, em seu sentido mais amplo, não constitui, efetivamente, um conflito armado internacional” (NETO, 2008, p. 274). A questão é complexa, porque historicamente os conflitos armados têm sido pensados em termos de Estados lutando contra si, ou grupos dentro de um Estado contestando determinado regime doméstico. Parece-nos, aqui, que a alegação da existência formal de uma “guerra

contra o terrorismo”, caracterizada como um conflito armado, internacional ou não, não é convincente sobre o seu significado mais adaptável às condições da conjuntura pós Onze de Setembro.

Nogueira (2003, p. 98) escreve, com razão, que os atentados de setembro de 2001 representaram “a mais significativa expressão de emprego da violência contra um Estado soberano por um agente não-estatal na história do sistema internacional moderno”. Um ato de violência, contudo, não significa que sua interpretação leve automaticamente a uma conclusão de que a violência constituiu-se em um ato de guerra. Como assinala Neto (2008), fatores como o de que os ataques aos Estados Unidos foram levados a cabo por civis de diferentes países, de serem eles membros de uma organização terrorista internacional sem sede fixa, de terem se utilizado de aviões comerciais (transformados em máquinas mortíferas) e terem em mente, à exceção do Pentágono, alvos civis, endossaria o argumento de que tais atos dificilmente seriam definidos como “atos de guerra”.

Em segundo lugar, se assim como o governo, considerarmos os ataques aos Estados Unidos parte de uma guerra ou de um conflito militar declarado pela Al-Qaida contra os EUA, isso significa que ele possui um fim e que, portanto, a “guerra contra o terrorismo” deve estancar em alguma data. Um conflito armado, como assevera Neto (2008, p. 243), ativa um “estado de guerra” que seja “em determinado momento, reconhecido e também, que, em etapa posterior, seja declarado o fim das hostilidades”.

Para Ackerman (2004, p. 1033, tradução nossa), “guerras entre Estados soberanos possuem um fim; algum ato decisivo de capitulação, armistício ou acordos públicos. Mas isso não acontece com a guerra contra o terrorismo”. Disso decorre, ainda, que, se bin Laden for capturado ou morto, o terrorismo não irá acabar, e a “guerra contra o terrorismo” continuará porque novos líderes tomarão o seu lugar, e outras organizações estarão a postos para continuar o “legado” do chefe da Al-Qaida. Porque “a “guerra contra o terrorismo” nunca acabará” (ACKERMAN, 2004, p. 1070), o autor considera tal “guerra” como análoga a uma expressão como “guerra às drogas” e “guerra ao crime”, decorrendo que dever-se-iam aplicar leis criminais, e não estatutos militares no combate ao terrorismo. Ainda nesse ponto, Neto (2008, p. 283) indica que outro problema do conflito entre Estados Unidos e Al-Qaida é o seu caráter “fortemente assimétrico”, o que faz com que “a reciprocidade entre os beligerantes não seria respeitada e acordos dificilmente seriam possíveis”.

Em terceiro lugar, a “guerra contra o terrorismo não respeita fronteiras geográficas ou limites estatais, podendo, em tese, ser travada em qualquer Estado do planeta (OWENS, 2006). Encontramos tal caracterização no discurso já citado do dia 20 de setembro de 2001, quando o presidente, revelando o potencial ameaçador da organização Al-Qaida, afirmou que Osama bin Laden possuía laços de influência com outros grupos extremistas com terroristas espalhados por mais de 60 países, que seriam recrutados e enviados para treinamento no Afeganistão. Por uma simples dedução, a “guerra contra o terrorismo” poderia abarcar, logo de saída, dezenas de pontos do mapa onde o inimigo estaria estacionado e precisaria ser combatido. Tal situação é um tanto quanto pitoresca, visto que o presidente se arroga o poder de intervir em territórios – soberanos e com governos estabelecidos –, especialmente onde o inimigo estivesse sendo acobertado ou protegido pela oficialidade. Nesse ponto, entende-se melhor os motivos pelos quais alguns membros do governo republicano, especialmente o grupo de neoconservadores, chamou o conflito de “guerra global contra o terrorismo” (GWOT, em inglês).

Em quarto lugar, devemos analisar o fato de que a “guerra contra o terrorismo” não se constituiu em uma guerra declarada pelo Congresso. Conforme já demonstramos, os Elaboradores da Constituição norte-americana destinaram ao Legislativo a competência para declarar guerras. Com a “guerra contra o terrorismo” isso não aconteceu. É bem verdade, no entanto, que o presidente George W. Bush interpretou a AUMF como uma declaração de guerra, assunto que trataremos mais à frente. Owens (2006) destacou que:

A declaração de uma “guerra” contra o terrorismo por Bush – mais uma metáfora do que um estado jurídico legal – evocou politicamente o uso da imagem de um presidente em tempo de guerra. (OWENS, 2006, p. 270, tradução nossa)

Einspanier (2008), que chega a caracterizar a “guerra contra o terrorismo” como uma guerra de tipo imperfeita e associada à idéia de represália contra uma injúria sofrida pelo Estado, também acredita que o fato de o Congresso não ter declarado formalmente a “guerra contra o terrorismo”, não possibilita a criação de um *status* legal de guerra, e que, portanto, Bush não poderia ser um *wartime president*.

Em quinto lugar, há uma contradição evidente do “discurso da guerra”, já que a alegada “guerra contra o terrorismo”, em uma de suas primeiras ações militares efetivas

como a invasão ao Afeganistão, não gerou prisioneiros de guerra. Os dispositivos das Convenções de Genebra de 1949, que regulam o tratamento de combatentes e prisioneiros durante conflitos armados, foram solenemente negadas pelo governo norte-americano aos prisioneiros pertencentes à Al-Qaida e ao Talibã e que acabaram capturados quando da invasão do Afeganistão em outubro de 2001.

É curioso notar que no sofisma de uma “guerra de novo tipo” permanece a figura dos “atos de guerra”, “conflito armado”, “inimigo” e “ataques”, mas a categoria “prisioneiros de guerra” é subsumida do vocabulário do governo, que, como ainda veremos, será substituída pelos *detainees* e *enemy combatants*, ou *unlawful combatants*. Em decorrência dessa questão, a “guerra contra o terrorismo” não se submeteria ao Direito Humanitário Internacional que dá garantias aos soldados combatentes e aos civis, o que nos leva a concluir que há uma guerra, mas que as leis de guerra não são de todo aplicáveis à “guerra contra o terrorismo”.

Os comentários que nos propusemos a fazer indicam a fragilidade de se conceitualizar a “guerra contra o terrorismo” como uma *guerra* comum ou como uma *guerra de novo tipo*. As duas expressões são carregadas de contradições, sendo que a alegada “guerra de novo tipo” sequer é prevista nas regras do direito internacional, seja em sua fonte consuetudinária ou nos tratados.

Nossa hipótese defende que a “guerra contra o terrorismo” tratou-se de uma estratégica expressão⁷ criada pelo governo norte-americano para que o presidente pudesse ter a aquisição de poderes emergenciais a fim de administrar a emergência criada pelo Onze de Setembro, e que isso acabou fragilizando os *checks and balances*. Parece-nos identificável tal estratégia, e ela própria foi vitoriosa no sentido de empoderar o presidente com prerrogativas de guerra. A expressão “guerra contra o terrorismo”, mesmo que tenha incongruências não apenas teóricas mas especialmente no campo prático, foi cunhada em um momento de comoção nacional, com a população atemorizada pelos atentados terroristas e carregando uma boa dose de vingança contra seus autores e patrocinadores.

Rezende (2009), por exemplo, sustenta que a “guerra contra o terrorismo” deve ser entendida como:

⁷ Reafirmamos, novamente, que a “guerra contra o terrorismo” não significa apenas uma expressão, mas também é dotada de características de guerra irregular, conforme salientado por Visacro (2009). Para uma visão mais apropriada em relação ao flanco externo do esforço contra o terrorismo internacional pelos Estados Unidos, ver Bobbitt (2008).

Uma prática social através da qual o Estado assumiu o papel de exclusivo representante da comunidade nacional ao se engajar num incessante processo de produção de diferenças frente a um “outro” externo. Agindo em nome da preservação e defesa do corpo social interno, o Estado constrói o “outro” externo a ser combatido, impõe sua visão de mundo específica e reinscreve o sentido do senso comum da coletividade em que disciplina e pune desvios internos. A reconfiguração do sentido do senso comum permite, em última hipótese, a implementação de novas políticas, normas, valores e instituições impensáveis antes do início da crise. O que, em outro contexto histórico, seria entendido como totalmente inaceitável, torna-se, no momento atual, não somente aceitável mas a única opção possível. (REZENDE, 2009, pp. 133-134)

O que a autora está dizendo é que a “guerra contra o terrorismo” foi possível porque erigida em meio a uma emergência nacional, e já tratamos aqui de como a população de um país se comporta quando surge uma crise. E, nessa crise, a retórica de nominar os inimigos, e a promessa de aniquilá-los, como fez Bush no dia 20 de setembro, parece ter vencido e, mais importante, convencido. Venceu porque Bush tornou-se – legal ou ilegalmente – um presidente de guerra. E convenceu porque o apoio da população às respostas oferecidas pelo governo para agir em legítima defesa foram quase de forma unânime apoiadas e internalizadas pelos norte-americanos.

Pouco se discutiu sobre o conceito da “guerra contra o terrorismo”, porque isto parecia pouco relevante diante da demanda popular por retaliações militares. O problema é que tal expressão causou tremendo prejuízo à normalidade e à moralidade dos Estados Unidos como exemplo de governo limitado. O presidente converteu-se, com singular voluntarismo, na figura de comandante-em-chefe, o comandante supremo da “nação em guerra”. Uma “guerra” que demonstrou o quanto estava correto Fischer (2005, p. 605, tradução nossa) quando escreveu que “presidentes poderosos nem sempre são bons presidentes”, já que podem representar perigo aos valores da sociedade e à estrutura institucional da República.

2. As medidas emergenciais do presidente

Ackerman (2004, p. 1031, tradução nossa) declara que o “Onze de Setembro e seus sucessores não se apresentam como uma grave ameaça existencial”, mas se prestam a induzir a população ao pânico tendo em vista os ataques terroristas. Na mesma direção, Hobsbawm (2007, p. 135) sustenta que “por mais horripilante que tenha sido a carnificina de 11 de setembro de 2001 em Nova York, o poder internacional dos Estados Unidos e suas estruturas internas não foram afetadas em nada”. Ainda segundo o historiador:

O “inimigo” não tem condições de derrotar-nos nem de causar-nos danos volumosos. Recente estudo sobre o terrorismo global, feito pelo Departamento de Estado americano em 2005, enumera – sem contar o Iraque, que é uma guerra de verdade – 7.500 ataques terroristas no mundo inteiro, com 6.600 vítimas, o que sugere que a maioria dos ataques falhou. (HOBSBAWN, 2007, p. 150)

Tais argumentos, por mais fortes que sejam, foram vencidos pela tese da administração republicana de que os atentados de 2001 constituíram-se em grave ameaça à continuidade das operações do Estado norte-americano. Esse ambiente schmittiano, permeado pela manipulação do medo público e dos sentimentos patrióticos dos cidadãos, propiciou que o presidente editasse medidas emergenciais, à exemplo do que fizeram líderes como Lincoln, Wilson e Roosevelt ao enfrentarem grandes crises nacionais.

Embalado pela decretação de emergência nacional e pela AUMF dada pelo Congresso, George W. Bush tratou de exercer seus poderes como comandante supremo da nação e pôs em marcha um audacioso conjunto de medidas emergenciais que fortaleciam os poderes do Executivo, enfraqueciam o Legislativo e Judiciário, além de tolherem liberdades e negarem direitos a cidadão norte-americanos e também a estrangeiros.

Vizentini (2004, p. 128) considera que, após o Onze de Setembro, seguiram-se “medidas de segurança com custos elevadíssimos, cerceamento das liberdades civis e um reforço das atitudes belicistas que não param de surpreender a comunidade internacional”. Já Arturi (2008, p. 9) assinala que, que a partir do Onze de Setembro “verificou-se a multiplicação sem precedentes de medidas jurídico-legais, bem como policiais-operacionais, em escala mundial, que já encontravam-se em experimentação desde antes”, fazendo recrudescer o processo de “ultrasecuritização estatal, em escala mundial”. Tal situação revela que as medidas promovidas pelo governo norte-americano acabaram sendo “exportadas” ou, mais propriamente, acabaram influenciando que outros países também editassem legislações especiais, e que cooperassem⁸ com os

⁸ Segundo Arturi (2008, p. 16), tratando da cooperação securitária entre Estados Unidos e União Européia pós setembro de 2001, “cada incremento importante da cooperação nesta área ocorre logo após um grande atentado terrorista. Os atentados em Londres, em 07 e 21 de julho de 2005, o comprovam, pois uma série de medidas restritivas foram aprovadas ou sugeridas na Europa logo após estes atos terroristas, tais como o controle massivo de ligações telefônicas e mensagens trocadas pela internet, deportação de estrangeiros suspeitos de cumplicidade com o terrorismo, mesmo que corram o risco de tortura ou morte nos seus países de origem (medida que o Tratado europeu interdita), criação de uma nova polícia de fronteiras especializada contra a imigração clandestina, etc.”

Estados Unidos nos assuntos de segurança nacional e internacional, especialmente em relação à “nova ameaça” do terrorismo.

Nos Estados Unidos, podemos elencar as medidas emergenciais primárias tomadas pelo governo de George W. Bush, além da decretação de estado de emergência, em resposta ao Onze de Setembro, a saber:

- A criação do Departamento de Segurança Doméstica (*Department of Homeland Security*), ainda em setembro de 2001, com o objetivo de centralizar os órgãos encarregados da segurança nacional nos Estados Unidos (NETO, 2008; ARTURI, 2008);
- A aprovação pelo Congresso, ainda no dia 5 outubro de 2001, da chamada Lei Patriótica (*USA Patriot Act*, em inglês; ou, também conhecido como Ato Patriótico). Aprovada em 5 semanas, e com muitos congressistas admitindo que sequer leram as mais de uma centena de páginas, a Lei foi aprovada no Senado por 98 votos a favor e apenas 1 contra, e na Câmara dos Representantes por um placar favorável de 357 a 66. Segundo documento do Departamento de Justiça (U.S DEPARTMENT OF JUSTICE, s/d), o Ato Patriótico proporcionava a integração das agências de segurança, atualização das novas tecnologias em relação às “novas ameaças” como o terrorismo, além do aumento das penas para crimes relacionados ao terrorismo. Segundo o documento “o sucesso do governo em prevenir a realização de outro catastrófico ataque em solo americano desde 11 de setembro de 2001 teria sido muito difícil, senão impossível, sem a Lei Patriótica” (U.S DEPARTMENT OF JUSTICE, s/d). Compete esclarecer, a propósito, que a Lei pode ser tipicamente caracterizada como de emergência, já que possuía uma *sunset clause*, que fazia expirar a maioria dos aditamentos em 31 de dezembro de 2005⁹. É, preciso, também, realçar o caráter autoritário da Lei, que, por exemplo, autorizava a invasão a domicílios sem mandado judicial mesmo que os moradores não estivessem em casa, possibilitou a simplificação burocrática para a instalação de escutas telefônicas e o monitoramento de e-mails, a vigilância e a espionagem sobre a vida dos cidadãos foi expandida e o apoio a terroristas passou a ser punido como crime federal (GERMAN, 2002;

⁹ Posteriormente, no entanto, os dispositivos da Lei acabaram sendo renovados e ela acabou sendo aplicada mesmo depois de 2005.

NETO, 2008). Ampla e complexa, a marca da Lei Patriótica foi a criação de um verdadeiro “estado preventivo” ameaçando as liberdades fundamentais garantidas pela Constituição norte-americana (GERMAN, 2002);

- A invasão militar ao Afeganistão em 7 de outubro de 2001, sob o argumento de que o governo daquele país abrigava terroristas e campos de treinamento para os fundamentalistas islâmicos de diversas nacionalidades.

Como se nota, não é nosso objetivo a análise das medidas emergenciais citadas anteriormente. Para fins da dissertação, analisaremos outra medida de exceção primária, qual seja a chamada Ordem Militar (*Military Order*, em inglês). Editada pelo presidente em novembro de 2001, não contou com a participação do Legislativo e demonstrou de forma inequívoca que o presidente estava convencido de que o país em guerra necessitava de um comandante-em-chefe com poder de decisão, um *soberano schmittiano* que acumulasse poderes e agisse extra-legalmente a fim de salvar o Estado.

As características da Ordem Militar são as que seguem:

- a) Ela se inicia com o presidente utilizando um argumento de autoridade. Segundo ele, a Ordem Militar seria ordenada tendo por base a autoridade do presidente como comandante-em-chefe das Forças Armadas e a Autorização para o Uso da Força Militar originária do Poder Legislativo;
- b) Os ataques terroristas são caracterizados, por sua escala, como criadores de um “estado de conflito armado”, o que requeria o uso das forças militares por parte dos Estados Unidos. Além disso, são classificados como uma ameaça que pode produzir a morte indiscriminada de pessoas e a destruição de propriedades, além de representar um risco para a “continuidade do funcionamento do governo dos Estados Unidos”;
- c) Com o objetivo de preservar a integridade dos Estados Unidos e de seus cidadãos, seria preciso estabelecer operações militares para prevenir novos ataques terroristas, sendo que, para tanto, far-se-ia essencial a utilização de instrumentos como a detenção e o julgamento por tribunais militares

daquelas pessoas com ligações terroristas, sob a acusação de estarem violando as leis de guerra e outros estatutos legais;

- d) Às comissões militares criadas, e doravante responsáveis pelo julgamento dos terroristas, não se aplicariam os princípios e pressupostos aplicados aos casos relativos a questões criminais nas Cortes distritais norte-americanas. Isso significava, na prática, que a decisão do presidente era de que os suspeitos de terrorismo seriam julgados segundo critérios marciais, e, portanto, não beneficiados com os procedimentos do direito penal interno dos Estados Unidos;
- e) Os “indivíduos sujeitos a esta ordem”, como consta no texto presidencial, seriam quaisquer pessoas, desde que não fossem cidadãos norte-americanos. Mais propriamente, os abarcados pela Ordem seriam aquelas pessoas que *são* ou *foram* membros da organização conhecida como Al-Qaida, que se engajaram, auxiliaram ou conspiraram para atos terroristas que tenham como objetivo causar efeitos danosos aos cidadãos norte-americanos, à segurança nacional, economia ou ao país como um todo, ou ainda aqueles indivíduos que abrigaram um ou mais membros da Al-Qaida ou fomentadores de terrorismo;
- f) Segundo a Ordem, o Secretário de Defesa assumiria a política oficial de deter os suspeitos de terrorismo, podendo, para tanto, utilizar-se de “todas as medidas necessárias”. Além disso, a determinação era para que o Secretário de Defesa concentrasse a custódia de todos os detentos, fato de possibilitaria, por exemplo, com que qualquer indivíduo preso e sob cuidados de autoridades locais norte-americanas tivesse sua “posse” transferida para o Secretário;
- g) O texto diz que os detentos sob responsabilidade do Secretário de Defesa poderiam ser detidos em locais designados pelo oficial, dentro ou fora do território americano. Além disso, seria garantido o tratamento humano com comida, água, abrigo, roupas e tratamento médico, livrando-os de

discriminações de raça, religião ou local de nascimento e preservando o livre exercício da religião;

- h) Caberia ao Secretário de Defesa estipular os regulamentos procedimentais para as comissões militares acusar, processar e julgar os detentos. As penas de prisão perpétua e pena capital foram autorizadas pelo presidente;
- i) A característica talvez mais significativa da Ordem é o fato de ela determina textualmente que os “tribunais militares têm competência exclusiva no que diz respeito aos delitos praticados pelo indivíduo” alvo do documento presidencial. Tal disposição significava que os detidos não poderiam recorrer de suas situações e lutar por seus interesses em “nenhuma corte dos Estados Unidos, ou em qualquer Estado do país”, “nenhuma corte de qualquer nação estrangeira” ou em “qualquer tribunal internacional”. Estrito senso, os indivíduos detidos estariam submetidos unicamente às comissões militares criadas pelo presidente norte-americano.

Redigida na primeira pessoa do singular, a Ordem Militar dotou o presidente dos meios “legais” para deter os membros da Al-Qaida quando da invasão do Afeganistão. Em um processo de verdadeira codificação da exceção, George W. Bush, já em 2002, começou a transferir parte dos suspeitos de terrorismo até então estacionados em prisões em solo afegão para a Base Naval da Baía de Guantánamo em Cuba. Assim começou um dos momentos mais nebulosos da história recente norte-americana, caracterizado pela violação de direitos como política oficial de governo.

Guantánamo foi – e ainda permanece assim – o símbolo dos tempos de emergência declarados, redeclarados e estimulados pela administração republicana norte-americana. Incrustada na ilha do ditador Fidel Castro, a Base Naval de Guantánamo foi criada devido a um acordo assinado entre Estados Unidos e Cuba em 1903. Como informa Frosini (2006, s/p, tradução nossa), “o acordo foi o resultado da ajuda que os Estados Unidos haviam oferecido aos cubanos durante a guerra para sua independência da Espanha em 1889”, e se prestava, em parte, a proteger a ilha, sendo que no acordo constava cláusula de que ela deveria ser usada unicamente para abastecimento de carvão.

Na década de 1990, no entanto, a área foi transformada em campo de internação para imigrantes ilegais de Cuba e do Haiti que solicitavam asilo nos Estados Unidos. Segundo Johns (2005), entre 1991 e 1996, 36 mil haitianos e 20 mil cubanos foram mantidos detidos em Guantánamo por tentarem entrar em solo norte-americano fugindo de seus países.

A Base Naval, depois do início da invasão norte-americana ao Afeganistão, foi transformada em penitenciária de segurança máxima. Em 11 de janeiro de 2002, os céus de Guantánamo começaram a ser cortados por aviões advindos do Oriente Médio e que carregavam suspeitos de terrorismo capturados no teatro de guerra afegão. Gómez (2008, p. 271) descreveu que os prisioneiros ficaram “detidos em jaulas metálicas na zona conhecida como Campo Raios X e, em seguida, transferidos para o Campo Delta”.

Mas, com tantas bases militares ao redor do mundo, por que o governo de George W. Bush decidiu transferir os alegados terroristas para Guantánamo? Eis mais um ingrediente que engrossa o caldo do declarado estado de emergência vivido pelos Estados Unidos. A escolha da Base Naval foi estratégica e deliberadamente discutida e decidida pelos conselheiros do presidente.

A escolha se deu por um motivo muito simples: havia um entendimento de que Guantánamo não fazia parte do Estado norte-americano, não podendo ser classificada como território, possessão ou qualquer outro conceito que denotasse o exercício da soberania pelo governo. No acordo perpétuo assinado no início do século XX consta, segundo Johns (2005, p. 616, tradução nossa), que “os Estados Unidos devem exercer a jurisdição completa e controle sobre as áreas”, cabendo a Cuba a “definitiva soberania última”. Baseado em decisões de Cortes americanas, que não reconheciam Guantánamo como território norte-americano, qualificando-a como uma porção de terra em que as leis norte-americanas não teriam alcance ou validade, George W. Bush internou suspeitos de terrorismo na baía essencialmente para negar direitos básicos aos prisioneiros, podendo, então, manipulá-los sem as peias das leis.

Moreno (2005, p. 4, tradução nossa) classificou os campos de detenção de Guantánamo como “espaços de exceções”, ou seja, “zonas em que os regulamentos normais de um Estado não se aplicam e não são aplicados em sua totalidade, lugares em que a exceção aparece como a norma”. Em terminologia semelhante, Fletcher (2004, p. 122, tradução nossa) destaca que Guantánamo era até então considerada um *black hole legal*, “um lugar onde indivíduos são enviados por ordem militar ou executiva sem qualquer forma de julgamento ou audiência por um tribunal competente”.

O governo norte-americano logrou grande vantagem a partir dessa indefinição conceitual gerada por Guantánamo. Mesmo com uma população de 6.000 habitantes, e com instalações de *McDonalds*, *Pizza Hut* e *Subway* (JOHNS, 2005), os assessores do presidente defendiam vigorosamente que Guantánamo não estava sob jurisdição das leis ordinárias do Estado norte-americano. Isso pode ser comprovado pela análise do memorando datado de dezembro de 2001 e assinado por Patrick Philbin e John Yoo, adjuntos do *Attorney General*, e que tratava sobre as possibilidades de se conceder o *writ* do *habeas corpus* para estrangeiros confinados na Baía de Guantánamo. Ao abordar essa questão, dizem eles:

Concluimos que o grande peso da autoridade legal indica que uma corte federal distrital não pode adequadamente exercer jurisdição de *habeas corpus* sobre um estrangeiro detido na Baía de Guantánamo, em Cuba. (YOO E PHILBIN, 2001, p.1, tradução nossa)

A base do argumento é de que o tratado celebrado com Cuba em 1903 indica que a *soberania* do território é cubana, e que os Estados Unidos, por sua vez, possuem apenas o controle e a jurisdição, mas não a soberania, concluindo, portanto, que Guantánamo consistia em um *black hole* jurídico.

Yoo e Philbin (2001) ainda aludem, para confortar suas conclusões, ao caso *Eisentrager* (JOHNSON V. EISENTRAGER, 1950) referente à Segunda Guerra Mundial. O caso refere-se a 21 alemães presos na China sob acusação de violar as leis da guerra quando a rendição nazista já estava estabelecida. Enviados à Alemanha ocupada pelas tropas americanas, levaram o caso à Suprema Corte alegando que seus processos dirigidos por cortes militares violavam os artigos da Constituição dos Estados Unidos e as Convenções de Genebra.

O pedido do *writ* do *habeas corpus* dos prisioneiros foi negado pela Suprema Corte, que gerou uma importante jurisprudência sobre o assunto. Segundo a decisão majoritária da Corte, “um inimigo não residente não tem acesso às nossas cortes em tempo de guerra” (JOHNSON V. EISENTRAGER, 1950, s/p, tradução nossa), ou seja, inimigos estrangeiros não residentes nos Estados Unidos e capturados no exterior não possuem direito ao *habeas corpus* nas Cortes norte-americanas.

A partir do pronunciamento da Corte, Yoo e Philbin (2001) sustentam, no memorando, que o caso dos prisioneiros de Guantánamo é similar ao caso dos alemães capturados na China. Como os alemães, os detentos de Guantánamo foram capturados fora do território norte-americano (Afeganistão) e enviados para um local igualmente

fora da jurisdição do país (Guantánamo), o que, por automatismo, indicaria que o *habeas corpus* não seria aplicável aos prisioneiros da Baía. Conforme veremos mais à frente, o argumento dos autores é extremamente equivocado, e a comparação absolutamente descabida.

Por fim, os autores alertam que a possibilidade do *habeas* ser concedido, por uma Corte distrital, ao presos em Guantánamo, abriria caminho para contestar todo o sistema emergencial criado, a legalidade das prisões, a definição imediata da lei internacional a ser aplicada aos indivíduos, a contestação das comissões militares criadas e, por fim, dos atos do presidente como comandante-em-chefe durante a “guerra contra o terrorismo”.

Mas, então, qual o *status* dos indivíduos de Guantánamo e quais direitos seriam garantidos àquelas pessoas? Uma boa resposta poderia ser classificá-los como prisioneiros de guerra, já que estavam lutando do lado do inimigo na declarada (pelo presidente) “guerra contra o terrorismo”. Ledo engano. O governo norte-americano não reconheceu que os presos em campo de batalha no Afeganistão pudessem ser considerados como prisioneiros de guerra.

Conforme narra Gómez (2008) sobre as prisões:

Diante dos questionamentos que começavam a ser levantados sobre a legalidade nacional e internacional das medidas, o assessor da Casa Branca, Alberto Gonzáles, mais tarde promovido a fiscal geral, aconselhou o presidente a não aplicar as Convenções de Genebra no caso dos capturados no Afeganistão, de modo a impedir futuros processos das tropas e dos agentes de inteligência, em virtude da aplicação da Lei de Crimes de Guerra dos EUA, que incorpora e penaliza violações ao art. 3º comum das Convenções. (GÓMEZ, 2008, p. 272)

Negar a aplicação das Convenções de Genebra de 1949 significa, por consequência, não reconhecer a existência formal de combatentes legais do lado inimigo. E que estes não estariam protegidos por leis internacionais que garantem a integridade física e a custódia legal dos soldados capturados em campo de batalha. O artigo 3º da Convenção III de Genebra relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra é claro ao dispor que:

No caso de conflito armado que não apresente um caráter internacional e que ocorra no território de uma das Altas Partes Contratantes, cada uma das Partes no conflito será obrigada, pelo menos, a aplicar as seguintes disposições:

1) As pessoas que não tomem parte diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto as armas e as pessoas que

tenham sido postas fora de combate por doença, ferimentos, detenção ou por qualquer outra causa, serão, em todas as circunstâncias, tratadas com humanidade, sem nenhuma distinção de caráter desfavorável baseada na raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer outro critério análogo. (CONVENÇÃO III, 1949)

As *alíneas* que se seguem ao artigo 3º da Convenção III estabelecem que serão proibidas, “em qualquer ocasião e lugar”: a) “as ofensas contra a vida e a integridade física, especialmente o homicídio sob todas as formas, mutilações, tratamentos cruéis, torturas e suplícios”; b) “as ofensas à dignidade das pessoas, especialmente os tratamentos humilhantes e degradantes”; e, também, “as condenações proferidas e as execuções efetuadas sem prévio julgamento realizado por um tribunal regularmente constituído, que ofereça todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados”.

Nesse sentido, mesmo que se considerasse a invasão ao Afeganistão não como um conflito armado internacional, mas como um conflito armado não internacional dentro da estratégia da “guerra contra o terrorismo”, e mesmo que os prisioneiros membros da Al-Qaida e do Talibã não fizessem parte do exército afegão oficial, tais prisioneiros deveriam ser considerados como parte do conflito e, portanto, sujeitos às proteções das Convenções.

Em memorando do dia 19 de janeiro de 2002, poucos dias após o primeiro desembarque de prisioneiros em Guantánamo, o secretário de defesa Donald Rumsfeld informava que:

Os Estados Unidos determinaram que os indivíduos pertencentes à Al-Qaida e ao Talibã sob controle do Departamento de Defesa não têm direito ao *status* de prisioneiro de guerra para fins das Convenções de Genebra de 1949. (RUMSFELD, 2002, tradução nossa)

Em sentido idêntico ao anunciado por Rumsfeld, em fevereiro de 2002 o presidente George W. Bush distribuiu memorando às altas autoridades civis e militares de seu governo reafirmando o entendimento de que membros da Al-Qaida e Talibã não seriam prisioneiros de guerra. Segundo o presidente:

Aceitei a conclusão legal do Departamento de Justiça e decidi que nenhum dos dispositivos de Genebra se aplicam ao nosso conflito com a Al-Qaida no Afeganistão ou em qualquer outro lugar do mundo porque, entre outras razões, a Al-Qaida não é uma Alta Parte Contratante das Convenções de Genebra. (BUSH, 2002, p. 1, tradução nossa)

Bush afirma que teria a autoridade, como comandante-em-chefe, de suspender as provisões das Convenções de 1949 no conflito entre os Estados Unidos e o Afeganistão. Contudo, o presidente decidiu não exercitar tal direito, determinando, “conseqüentemente”, que “as disposições de Genebra se aplicarão ao nosso presente conflito com o Talibã” (BUSH, 2002, p. 2, tradução nossa). Aqui as palavras de Bush nos deixam a impressão de que ele considera os membros do Talibã como representantes do Estado afegão, o que faria com que eles fossem protegidos pelas Convenções.

A questão é que o documento acaba por negar esse tipo de interpretação, já que o presidente decide que o artigo 3º “não se aplica à Al-Qaida ou aos detentos talibãs” (BUSH, 2002, p. 2, tradução nossa). Mas, por quê? Porque, diz Bush, o conflito com o Afeganistão é de “âmbito internacional e o artigo 3ª comum das Convenções se aplica apenas para “conflitos armados não internacionais”” (BUSH, 2002, p. 2, tradução nossa). Ora, aqui a contradição parece evidente. Um conflito internacional, como vimos, é uma beligerância entre dois Estados, sendo que estes possuem exércitos permanentes. E as Convenções de Genebra protegem os soldados de nações quando capturados no campo de batalha por outro ator beligerante. Então, se a invasão ao Afeganistão foi um conflito internacional, o exército afegão e seus associados deveriam estar contemplados por Genebra.

Mas, qual o exército do Afeganistão? O exército de fato do Afeganistão em 2001 parecia ser as milícias talibãs, que sustentavam o governo de extremistas que controlava a maior parte do Estado. Lembremos que, em 1997, os talibãs no governo chegaram até mesmo a mudar o nome do país de Estado Islâmico do Afeganistão para Emirado Islâmico do Afeganistão. Mesmo que o regime não tivesse reconhecimento internacional significativo, por lá existia um governo e forças militares que davam guarida ao exercício da coerção por parte da classe dirigente. Nesse sentido, o talibã era, efetivamente, o Afeganistão em 2001. E, em função disso, as disposições das Convenções de Genebra poderiam ter sido aplicadas aos detentos do talibã segundo o direito humanitário internacional.

Se, entretanto, considerarmos a invasão ao Afeganistão como um conflito armado não internacional, ou seja, entre um Estado e organizações não estatais, ainda assim as Convenções seriam aplicáveis ao caso da Al-Qaida e dos Talibãs. O artigo 4º da Convenção III estabelece que os prisioneiros de guerra seriam considerados, entre outras caracterizações, como “os membros das forças armadas de uma Parte no conflito,

assim como os membros das milícias e dos corpos de voluntários que façam parte destas forças armadas”. Ora, se existia um Estado Afeganistão (como é presumível ao qualificar o conflito como armado internacional), era óbvio que forças militares existiriam e, no caso do Afeganistão, parece que as milícias talibãs assumiram o lugar ocupado por um “exército permanente”, o que as qualificam como Partes no conflito. E, já que muitos membros da Al-Qaida foram tratados como membros do Talibã pelo governo norte-americano, parece razoável supor que, então, deveriam ter assegurado o direito às Convenções.

Como se viu o debate é polêmico, mas até mesmo para essas questões de indefinição conceitual do *status* de prisioneiros em conflitos armados as Convenções estabelecem procedimentos. O artigo 5^a da Convenção III é claro ao dizer que:

Se existirem dúvidas na inclusão em qualquer das categorias do artigo 4^o das pessoas que tenham cometido atos de beligerância e que tenham caído nas mãos do inimigo, estas pessoas terão o benefício da proteção da presente Convenção, aguardando que o seu estatuto seja fixado por um tribunal competente. (CONVENÇÃO III, 1949)

Do artigo tiramos duas conclusões. A primeira, assinalada por Meister (2004, p. 5, tradução nossa) é a de que “ninguém em mãos inimigas está fora da lei”, já que “toda pessoa que comete uma ação beligerante e cai em mãos do inimigo é abarcada pelas proteções das Convenções” até que seu *status* seja determinado. A segunda, assinalada por Butler (2007, p.228) é a de que a inclusão da necessidade de um tribunal competente para dirimir dúvidas quando à condição dos indivíduos capturados como prisioneiros de guerra faz com que “antes dessa decisão”, o “*status* como prisioneiro de guerra deve ser pressuposto”, sendo que “enquanto sua condição está sendo determinada, a potência detentora é estritamente obrigada a tratar os detentos humanamente – o que inclui, pela definição do acordo, acesso a suporte jurídico”.

Diante disso, parece ter sido grave ofensa ao Direito Internacional o comportamento do presidente norte-americano (embasado em informações do Departamento de Defesa) de ter decidido, unilateralmente, o *status* dos detidos durante a “guerra contra o terrorismo” especialmente no Afeganistão, mas também no Iraque e em outros países. O fato de George W. Bush ter invocado seu poder como comandante-em-chefe e não ter consultado um “tribunal competente” de cunho nacional ou internacional para decidir a condição dos detentos representou exemplarmente a falta de compromisso

do Executivo com a lei internacional e, por certo, a leniência especialmente do Congresso em relação às iniciativas executivas.

Nas palavras soberanas do soberano George W. Bush:

Determino que os detentos Talibãs são combatentes ilegais (*unlawful combatants*) e, portanto, não qualificáveis como prisioneiros de guerra sob o artigo IV da Convenção III. Constatado que, pelo fato de Genebra não se aplicar ao nosso conflito com a Al-Qaida, os detentos da Al-Qaida não se qualificam como prisioneiros de guerra. (BUSH, 2002, p. 2, tradução nossa)

A primeira avaliação sobre o *status* dos chamados combatentes ilegais, nos Estados Unidos, data da Segunda Guerra Mundial e a Suprema Corte tratou do assunto no caso *Ex Parte Quirin* (1942). O processo tratava do episódio onde, durante a guerra, soldados alemães se infiltraram nos Estados Unidos vestidos de uniformes civis e receberam instruções para destruir indústrias bélicas norte-americanas, sendo pagos pelo governo alemão.

A questão é que um ato do presidente de 2 de julho de 1942 estabeleceu que cidadãos de nações inimigas que entrassem nos Estados Unidos para espionar ou sabotar seriam objeto da lei da guerra e estariam sujeitos à jurisdição de tribunais militares e não Cortes civis ordinárias. No caso, os alemães solicitavam o direito de gozar do *writ* do *habeas corpus*. O governo, por seu turno, alegava que os alemães pegos em território norte-americano ofenderam a lei de guerra e deveriam ser processados e julgados pela corte militar autorizada pelo Congresso e sem a necessidade de júri, já que seriam estrangeiros inimigos.

A Suprema Corte estabeleceu que, pelas leis de guerra, há os *combatentes legais* e os *combatentes ilegais*. Os primeiros são aqueles que podem gozar do *status* de prisioneiros de guerra; já os combatentes ilegais seriam submetidos a processo e punição por tribunais militares em função de seus atos contra as leis de guerra. A Suprema Corte concluiu, então, que “a comissão militar foi legalmente constituída” (EX PARTE QUIRIN, 1942, s/p, tradução nossa), negando o direito ao *habeas corpus* por parte dos alemães capturados.

Para a “guerra contra o terrorismo”, a administração republicana interpretou o caso dos alemães durante a Segunda Guerra como similar ao caso daquelas pessoas capturadas no Afeganistão e ligadas a organizações terroristas. É bem verdade, diga-se de passagem, que a milícia Talibã e membros da Al-Qaida, conforme alegava o governo norte-americano, não usavam armas à vista, não possuíam uniforme para serem

reconhecidos à distância e não respeitavam as leis de guerra e não tinha um comando hierárquico claro. Isso, segundo o governo, faria com que esses indivíduos fossem considerados combatentes ilegais, ou, ainda, inimigos combatentes.

O que o governo Bush ignorou foi o fato de que, em 1942, os Estados Unidos estavam formalmente em guerra contra a Alemanha, o que não aconteceu em 2001. Aliás, muitos dos capturados em solo afegão, e categorizados como inimigos combatentes, pertenciam a Estados que não estavam em guerra com os Estados Unidos, como Inglaterra, Austrália, Paquistão, Iêmen e vários outros países. Esse fato, por si só, anula a transposição da decisão da Suprema Corte no caso *Quirin* para o período da “guerra contra o terrorismo”.

E quais os direitos garantidos aos *unlawful combatants*? Aqueles decididos pela autoridade que os mantém detidos, o que viola inclusive o artigo 12^a da Convenção III que afirma que detidos em campo de batalha “ficam em poder da Potência inimiga, e não dos indivíduos ou corpos de tropas que os capturam” (CONVENÇÃO III, 1949), ou seja, os prisioneiros estão sob o julgo do Estado e de suas leis, não da opinião ou do julgamento particular de suas autoridades. Segundo Bush, ainda no memorando de fevereiro de 2002, certamente que os detidos seriam tratados “humanamente”, mas em concordância com a “necessidade militar”, o que destina, por certo, alto grau de discricionariedade ao comandante-em-chefe.

Sem um *status* claramente previsto pelo direito internacional, classificados como combatentes ilegais em uma “guerra contra o terrorismo” e enviados a um território até então acéfalo de leis como Guantánamo, os detidos em campo de batalha no Afeganistão gozavam de condições em flagrante discordância com os valores das democracias contemporâneas. Nas incisivas palavras de Agamben (2004):

Os talibãs capturados no Afeganistão, além de não gozarem do estatuto de POW [prisioneiro de guerra] de acordo com a Convenção de Genebra, tampouco gozam daquele de acusado segundo as leis norte-americanas. Nem prisioneiros nem acusados, mas apenas *detainees*, são objeto de uma pura dominação de fato, de uma detenção indeterminada não só no sentido temporal mas também quanto à sua própria natureza, porque totalmente fora da lei e do controle judiciário. (AGAMBEN, 2004, p. 14)

A demonstração do uso dos poderes de comandante-em-chefe durante emergência pelo presidente George W. Bush encontra seu arremate na defesa da prática de tortura que o próprio presidente, e seu vice-presidente, fizeram durante seus mandatos na Casa Branca.

Na linha de memorandos e documentos oficiais criando um sistema de medidas emergenciais e flexibilizadoras das normas até então estabelecidas pela comunidade internacional e pelo próprio Estado norte-americano, o mais escandaloso destes parece ter sido o escrito por Jay Bybee (2002), adjunto do *Attorney General*, tratando da prática de tortura nos interrogatórios dos detentos suspeitos de terrorismo.

A tese central é de que a tortura pressupõe dor. Bybee (2002) cita o o *U.S. Code*, que em seu artigo 2340A proíbe a tortura definindo-a como o “ato cometido por uma pessoa agindo sob as cores da lei especificamente intencionada para infligir dor ou sofrimento físico ou mental severo a outra pessoa sob sua custódia ou controle físico”. A partir dessa definição, ele alude ainda à convenção internacional sobre a tortura, indicando que ela “proíbe apenas os atos mais extremos” (BYBEE, 2002, p. 1, tradução nossa), ou seja, subentendendo-se que a tortura de tipo ‘leve’ seria permitida. “Concluímos”, diz o autor do memorando, “que, sob as circunstâncias atuais, a necessidade de auto-defesa pode justificar métodos de interrogatório que violem a Seção 2340A” (BYBEE, 2002, p. 2, tradução nossa).

Para culpar um torturador, esclarece Bybee (2002), é preciso que a tortura tenha sido feita para causar dor física ou mental ou dor e sofrimento a outrem, detendo o interrogador a intenção específica de causar prejuízos ao detento. Nesse sentido, poderia haver boas intenções do torturador no interrogatório, eximindo-o de qualquer crime, já que a lei rezaria que apenas a intenção deliberada de “dor ou sofrimento severo” a outra pessoa se constitui em tortura.

Contudo, o que mais chama a atenção é a tentativa de justificar os interrogatórios coercitivos em Guantánamo a partir da figura do presidente como comandante-em-chefe da nação em guerra. Conforme Bybee (2002) escreveu, os interrogatórios são imperativos para a segurança e defesa nacional, sendo que, “como comandante-em-chefe, o presidente tem a autoridade constitucional para ordenar interrogatório de inimigos combatentes a fim de adquirir informações sobre os planos do inimigo” (BYBEE, 2002, p. 31, tradução nossa). Por isso que a Seção 2340A referente à proibição de tortura nos Estados Unidos não se aplicaria aos interrogatórios feitos sob a autoridade de comandante-em-chefe do presidente, permitindo, assim, que ela fosse praticada em Guantánamo, onde prisioneiros estavam sob custódia da autoridade militar e Executiva.

“Capturar, deter e interrogar membros do inimigo” seriam, por fim, as funções essenciais de George W. Bush na “guerra contra o terrorismo”, ao que Bybee (2002)

conclui que o Congresso não deveria interferir nos interrogatórios praticados em Guantánamo. Cabe mencionar que outro memorando, desta vez datado de abril de 2003 e assinado pelo Secretário de Defesa Donald Rumsfeld (2003), estabelecia as técnicas de interrogatório permitidas para os inimigos combatentes detidos em Guantánamo. Ele enfatizava, mais uma vez, que as Convenções de Genebra não seriam aplicáveis aos interrogatórios, devendo os detentos receber tratamento humano dentro da necessidade militar.

O envio de suspeitos de terrorismo capturados no Afeganistão até a Base Naval de Guantánamo, a negação das Convenções de Genebra aos “prisioneiros” gerados pela “guerra contra o terrorismo”, a admissão de que há uma “guerra de novo tipo” sem prisioneiros de guerra, a edição de legislações restritivas às liberdades civis nos Estados Unidos, o incremento da capacidade de vigilância dos cidadãos norte-americanos por parte do governo, o uso da figura do comandante-em-chefe para legitimar atos de exceção contrários ao Direito e aos valores ocidentais como a tortura fizeram de Bush um presidente poderoso.

O líder da nação “em guerra” tornou-se um soberano que decide aquilo que seria mais “benéfico” à saúde da nação, à sua integridade e segurança. É espantoso, por certo, que tudo tenha ocorrido dentro de um país marcado pela força da opinião pública, pelo associativismo classista e por um judiciário célere. O Onze de Setembro veio a demonstrar que um povo com medo e um líder dizendo aquilo que o povo deseja ouvir para sentir-se mais seguro tem, infelizmente, o poder de suspender os mais caros princípios de um Estado Democrático e de Direito de forma impune e deliberada.

3. As medidas e os norte-americanos

Como já mencionamos no Capítulo II, o “clamor popular” é um dos mais poderosos argumentos utilizados pelos presidentes norte-americanos para a utilização de poderes emergenciais. Se o povo está, majoritariamente, a favor das medidas adotadas pelos governos em momentos de crise, então quem poderá ser contra tais medidas? Sob esse ponto de vista, o apoio popular justificaria qualquer intrusão nas liberdades constitucionais e toda medida que violentasse valores históricos que diferenciam o Ocidente do resto do mundo.

Com o Onze de setembro pode-se observar, mais uma vez então, o crescimento da popularidade do presidente e o apoio dos norte-americanos ao seu governo. A este fenômeno Mueller (1970) denominou *rally effect*:

Em geral, um *rally point* deve estar associado com um que evento que 1) é internacional e 2) envolve os Estados Unidos e particularmente o presidente do país diretamente; e que deve ser 3) específico, dramático, e focalizado. (MUELLER, 1970, p. 21, tradução nossa)

Esse “repentino e substancial crescimento na aprovação pública do presidente”, como destacam Hetherington e Nelson (2003, p. 37, tradução nossa), em função de eventos internacionais de grande repercussão, teria duas causas originárias.

Uma primeira possível estaria associada com o *patriotismo*¹⁰. Ela estabelece que durante crises internacionais relevantes os cidadãos norte-americanos tenderiam a se alinhar ao presidente e tratá-lo como o “símbolo da unidade nacional – um tipo de bandeira viva” (HETHERINGTON E NELSON, 2003, p. 37, tradução nossa). Para Lee (*apud* MUELLER, 1970, p. 37, tradução nossa), “o presidente torna-se o foco da atenção nacional em tempos de crise... simbolizando unidade nacional e poder...” e, por este motivo, “a reação média dos homens irá incluir um sentimento de patriotismo no apoio às ações presidenciais”.

A segunda causa para o *rally effect* estaria relacionada à *opinião das lideranças*. Segundo Hetherington e Nelson (2003), os momentos de crise e emergência fariam com que especialmente os jornalistas não se sentissem motivados a levar adiante críticas possíveis aos presidentes. A partir desse estado de coisas, os cidadãos são privados da leitura e do acompanhamento de questionamentos aos atos do presidente. E, conseqüentemente, passa-se a sensação de que o presidente está agindo conforme deveria agir, desempenhando, enfim, um bom e necessário trabalho para contornar a crise.

Mas, o que explicaria causas como o patriotismo e a opinião favorável dos líderes? A resposta oferecida por Hetherington e Nelson (2003) nos parece razoável, e indica que a explicação reside essencialmente na natureza constitucional do presidente norte-americano. Para os autores, o presidente é o símbolo da nação, capaz de unir o país em momentos de crise, além de ser o chefe de Estado e chefe de Governo simultaneamente. Nas crises, por seu turno, a figura do presidente se sobressai. Exemplo cabal da importância da figura presidencial se daria com a morte de algum presidente que, conforme asseveram, comove o país, seja o presidente popular ou impopular. Em suma, dizem eles, “um entendimento adequado da natureza

¹⁰ Mueller (1970), referindo-se ao *rally effect* gerado pelo patriotismo, cunhou a expressão *rally-round-the-flag*.

constitucional da presidência oferece uma explicação satisfatória para as causas dos *rally events*, bem como suas origens e duração” (HETHERINGTON E NELSON, 2003, p. 37, tradução nossa).

Sem contestar o argumento dos autores, poderíamos acrescentar o fator *medo público*. Na crise o presidente torna-se o porta-voz da nação, e a ele parece caber o monopólio da discursividade. Nesse sentido, a retórica é usualmente utilizada para maximizar as ameaças, gerando uma aura de insegurança e incerteza na sociedade. A partir daí, palavras e orações estrategicamente pensadas como “guerra ao terrorismo”, “eixo do mal”, “sacrifício pela liberdade”, “eles nos odeiam” e outras geram imediatamente o apoio de setores importantes da população ao presidente, visto então como o único capaz de oferecer proteção e segurança à continuidade das atividades cotidianas.

Em relação ao Onze de Setembro, o *rally effect* que beneficiou George W. Bush destacou-se por alguns aspectos distintivos, tais como o recorde de crescimento repentino da popularidade do presidente, o maior índice de aprovação já conhecido por um líder norte-americano desde que surgiram as pesquisas, e a longa e excepcional duração do *rally effect*, o mais duradouro já registrado (HETHERINGTON E NELSON, 2003).

Segundo a literatura, as consequências do *rally effect* se dão em três dimensões: aprovação presidencial, confiança no governo e identificação com o partido do presidente. O caso de George W. Bush pós-atentados é notável pela amplitude inigualável das primeiras consequências.

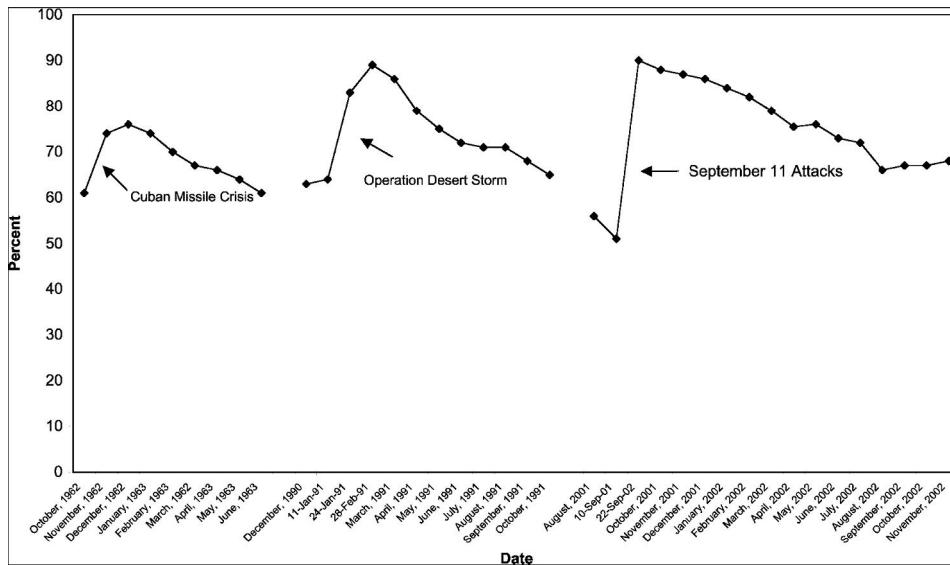
Como já afirmado, o *rally effect* produz crescimento da popularidade do presidente norte-americano. Franklin Roosevelt, por exemplo, gozou de um crescimento de 12 pontos em sua aprovação após *Pearl Harbor*; John Kennedy teve acréscimo de 13 pontos durante a Crise dos Mísseis; e, George H. Bush alterou positivamente sua avaliação em 14 pontos quando o Iraque invadiu o Kuwait (EPSTEIN, HO, KING E SEGAL, 2005).

No caso do fenômeno aplicado à primeira administração de George W. Bush, o republicano destacou-se, visto que o crescimento de sua popularidade foi na ordem de 31 pontos percentuais. Segundo pesquisas da *ABC News/Washington Post*, o presidente era aprovado por 55% dos norte-americanos dois dias antes do atentado, passando a 86% de popularidade imediatamente após o Onze de Setembro (DAMIN, 2008). O diferencial reside, complementarmente, na duração do *rally effect*, visto que em 22 de

setembro Bush possuía 90% de aprovação, seis meses depois regrediu a 80% e, em novembro de 2001, a aprovação estava no patamar de 68%, bem acima do índice que ele exibía antes dos atentados (HETHERINGTON E NELSON, 2003).

O gráfico a seguir compara três ocorrências do *rally effect* e demonstra o quão amplo foi o fenômeno para a presidência de George W. Bush.

Gráfico I
Aprovação presidencial durante três crises internacionais

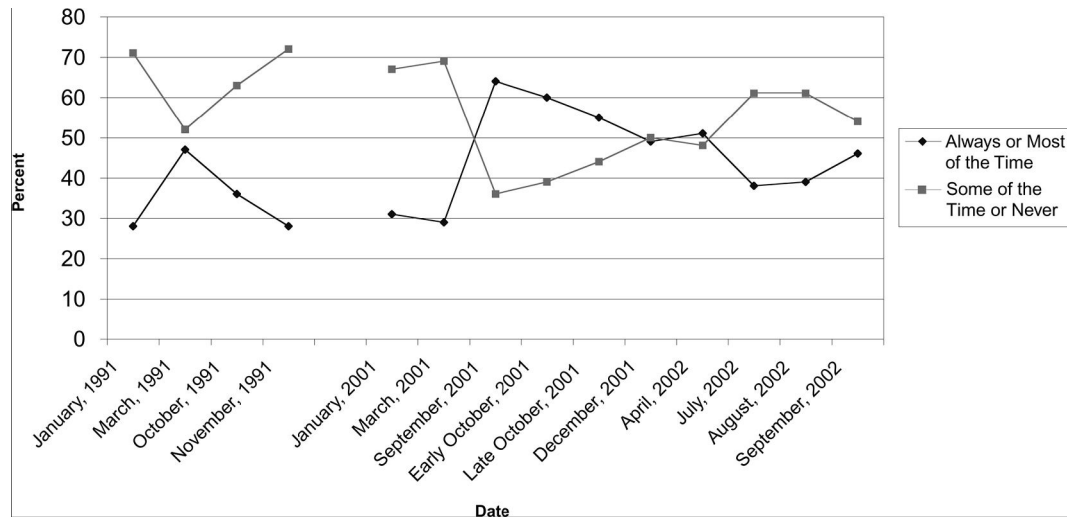


Fonte: Hetherington e Nelson, 2003.

Cabe salientar, ainda em relação à popularidade do presidente, que ela se ampliou não apenas entre os membros de seu partido. Antes do Onze de Setembro 89% dos republicanos apoiavam Bush, 35% dos independentes e apenas 28% dos simpatizantes do Partido Democrata. Após os atentados, 98% dos republicanos aprovavam positivamente o presidente, 91% dos independentes e 84% dos democratas. Contabilizados os crescimentos, tivemos um acréscimo de 9 pontos de apoio dos republicanos, 38 pontos dos independentes e incríveis 56 pontos de aumento do apoio dos democratas ao presidente republicano (HETHERINGTON E NELSON, 2003). “A hesitação dos líderes democratas em criticar a condição da guerra contra o terrorismo pelo presidente ajuda a explicar a duração do *rally effect* gerado pelo 11 de setembro”, sustentam Hetherington e Nelson (2003, p. 39, tradução nossa)

A segunda consequência do *rally effect*, ou seja, o crescimento da confiança no governo pelos cidadãos também foi acentuadamente verificada após o Onze de Setembro. Mais uma vez recorremos à visualização de um gráfico para ilustrar os fatos.

Gráfico II
Confiança no governo na Guerra do Golfo e pós Onze de Setembro



Fonte: Hetherington e Nelson, 2003.

O gráfico mostra os índices de confiança no governo durante a Guerra do Golfo e o Onze de Setembro e invasão ao Afeganistão. Os dados revelam que em março de 2001 o percentual daqueles que confiavam no governo chegava a módicos 38%, e os que não confiavam eram 70%. Em setembro do mesmo ano, no entanto, as linhas mudam de posição, e 64% dos entrevistados confiavam no governo, ao passo que apenas 36% diziam não ter confiança no governo do país. Mais uma vez esteve presente a longa duração do fenômeno, já que em maio do ano seguinte a maioria dos norte-americanos ainda confiava significativamente no governo de George W. Bush (HETHERINGTON E NELSON, 2003).

Por fim, não ocorreu crescimento da identificação das pessoas com o partido do presidente, não havendo mudanças significativas na comparação entre o período anterior e posterior aos atentados de 2001 (HETHERINGTON E NELSON, 2003).

Em trabalho quantitativo, Davis e Silver (2004) testaram a influência da ameaça terrorista e da percepção de segurança pessoal para a definição dos votos dos cidadãos norte-americanos nas eleições de 2004. Os achados dos autores são importantes porque revelam dois processos distintos da administração de Bush: a eficácia do argumento do

medo público e sua posterior ineficiência. Eles concluíram que após os atentados os cidadãos mais preocupados com a ameaça terrorista tendiam a aprovar melhor o desempenho do governo, mas que a partir de abril/junho de 2004 os mais preocupados eram os que tendiam a aprovar menos a administração Bush. Por conclusão, o senso de ameaça teria trabalhado contra a reeleição do republicano, a despeito de, ao final, ter vencido as eleições.

Hetherington e Nelson (2003) notam, em tempo, que o processo de expansão da popularidade presidencial produziu ganhos eleitorais extraordinários para Bush e seu partido. Segundo Pecequilo (2005), tratando das eleições de 2002, os republicanos aumentaram o número de deputados para 227, contra 203 dos democratas, e recuperaram o controle do Senado, com 51 cadeiras. Tais resultados fizeram com que Bush se convertesse “no primeiro governante, desde 1934, que não perdeu cadeiras na Câmara e no Senado” (PECEQUILO, 2005, p. 406). Além disso, foi o primeiro presidente desde 1882 que, na eleição da metade do governo, fez com que seu partido obtivesse o controle das duas casas legislativas, além da presidência obviamente, o que garantiu ao Partido Republicano o domínio dos ramos políticos do Estado (EPSTEIN, HO, KING E SEGAL, 2005).

Cabe lembrar, ainda, a criação em 2002 pelo Departamento de Segurança Doméstica - a pedido do presidente - do sistema de alerta de cores contra o terrorismo (*terrorism alert warning system*). A cor laranja indicava alto risco de ataques terroristas em solo norte-americano e o alerta de cor amarelo denotava a existência de risco significativo de novos ataques terroristas. Tal sistema foi utilizado, pela primeira vez, em 10 de setembro de 2002 (primeiro aniversário dos atentados), colocando os sistemas de segurança em alerta e amedrontando a população. Davis e Silver (2004), ao cruzarem o medo do terrorismo com o sinal de alerta dado pelo governo, concluíram que ele efetivamente aumentava o medo do terrorismo nas pessoas, e que, por sua vez, era dissipado em um período de sete dias. A popularidade do presidente, no entanto, não aumentava com o alerta, o que poderia evidenciar, segundo os autores, que a correlação entre o terrorismo e a aprovação presidencial não seria tão forte.

A questão que mais nos interessa aqui é que ocorreu após o Onze de Setembro não apenas o apoio maciço da população ao presidente, mas também a suas medidas emergenciais. Como sugerem Coleman e Sullivan (2002):

É igualmente claro que muitos americanos já haviam concluído que muitos de nossos tradicionais valores de devido processo legal e liberdade pessoal podem capitular diante do perigo ao nível doméstico induzido pelos atos terroristas de 11 de setembro. (COLEMAN E SULLIVAN, 2002, p. 5, tradução nossa)

A maioria dos norte-americanos, ao que parece, havia trocado o rigor do respeito às suas liberdades e de seus compatriotas por um bocado de segurança prometida pelo comandante-em-chefe da nação. A tabela a seguir mostra o que o medo público é capaz de produzir em termos de opinião particular “autorizando” o governo a agir em momentos de emergência.

Tabela I
Percentual de norte-americanos apoiando ou não as medidas anti-terroristas pós Onze de Setembro.

| Medida | Apóia (%) | Não apóia (%) | Não sabe (%) |
|--|------------------|----------------------|---------------------|
| Grampear telefone | 69 | 29 | 2 |
| Interceptar e-mail | 72 | 23 | 5 |
| Interceptar e-mails comuns | 57 | 39 | 4 |
| Examinar atividades na internet | 82 | 15 | 3 |
| Deter suspeitos por uma semana sem acusação | 58 | 38 | 3 |
| Deter terroristas sem acusação e indefinidamente | 48 | 48 | 4 |
| Examinar registros educacionais de estudantes | 76 | 22 | 2 |
| Examinar ligações telefônicas | 82 | 17 | 1 |
| Examinar registros bancários | 79 | 20 | 1 |
| Rastrear compras de cartão de crédito | 75 | 21 | 4 |
| Examinar registros fiscais | 75 | 24 | 1 |

Fonte: Epstein, Ho, King e Segal, 2005, tradução nossa.

Outras pesquisas realizadas em período bem posterior ao Onze de Setembro ainda revelavam o apoio majoritário dos norte-americanos às medidas relacionadas, por exemplo, a Guantánamo, incluindo a prática de tortura. Numa delas, para 70% a tortura era de alguma forma justificada a fim de obter informação sobre atividades terroristas (AP-GFK Poll, 2009). Segundo os levantamentos, há uma percepção clara de que Guantánamo foi algo positivo feito pela administração Bush, já que proporcionou uma sensação de segurança ao povo norte-americano e, nesse sentido, há relativa convivência com as arbitrariedades praticadas pelo presidente contra os detentos. É interessante notar, por fim, que para 61% dos entrevistados de uma das pesquisas os detentos não deveriam poder contestar a razão de suas prisões em Cortes civis ordinárias norte-americanas (ABC News/Washington Post Poll, 2008).

O quadro revela a convivência popular com as arbitrariedades estatais. Tudo parece indicar que após o Onze de Setembro estabeleceu-se, nos Estados Unidos, uma visão autorizativa da população em relação à invasão das liberdades democráticas, civis e individuais pelo Estado, reforçada pelo apoio significativo às prisões preventivas de suspeito de terrorismo e vigilância e espionagem de comunicações.

Nessa conjuntura, quem poderia ser contra um presidente altamente avaliado e com a população aplaudindo suas medidas emergenciais? Como ser contra a Lei Patriótica e a Ordem Militar quando a “nação inteira” as estava aprovando? Como salienta Rezende (2009, p. 108), as crises são momentos privilegiados “para enfatizar o sentimento de solidariedade dentro do grupo, reforçar o imaginário coletivo de origem e destino comum, inibir o dissenso interno e disciplinar corpos e comportamentos”. A retórica da “guerra contra o terrorismo” foi massificada, com a sociedade legitimando as arbitrariedades cometidas pelo governo norte-americano, especialmente em relação aos detidos em Guantánamo. O comportamento da mídia¹¹, cabe destacar, parece ter sido o mesmo da população, dando sustentação ao discurso securitário do governo.

Cantalapiedra (2008) resumiu em poucas linhas o momento pós atentados de 2001:

A excepcionalidade da Guerra contra o Terror permite voltar à concepção de Presidência Imperial, ao conseguir que todo o país cerre fileiras em torno do Presidente como comandante-em-chefe de uma situação de guerra. (CANTALAPIEDRA, 2008, p. 60)

Devins (2002), nesse sentido, estava totalmente enganado quando afirmou que o maior *check* contra o poder do presidente norte-americano provém do povo. Como demonstrou o Onze de Setembro, o povo estimula o poder do presidente e silencia qualquer pretensão de dissenso em relação ao discurso oficial da maioria da nação. Então, nessas alturas, a quem rogar para impor limites à ação do Executivo? Ao nível institucional, os únicos recursos possíveis eram o Legislativo e o Judiciário que poderiam frear a discricionariedade do presidente.

¹¹ Na dissertação não avaliamos o papel da mídia pós Onze de Setembro, o que demandaria outro trabalho quali e quantitativo. Contudo, parece claro que jornais, comentaristas, radialistas e as redes de televisão dos Estados Unidos cerraram fileira e apoiaram as ações do presidente George W. Bush pós atentados, auxiliando para a união em torno da figura do presidente. Aos poucos, no entanto, o apoio às ações governamentais no esforço contra o terrorismo internacional foi evacuado, especialmente depois que descobriu-se que o Iraque não possuía armas de destruição em massa e não guardava ligações com o Onze de Setembro.

4. As medidas e o Legislativo

Ackerman (2004) propõe o desenho de um regime constitucional que restrinja os poderes do Executivo durante um estado de emergência e previna que o pânico se torne a justificativa para tolher as liberdades dos cidadãos. Para o autor, a concessão de poderes ao presidente em tempos de crise é um perigo:

A última coisa que nós queremos é autorizar o presidente a fazer qualquer coisa que ele considera necessária pelo tempo que ele achar apropriado. Isso facilmente faz com que ele transforme o pânico gerado por um terrível ataque em um motor para prolongar regras autoritárias e repressão burocrática. (ACKERMAN, 2004, p. 1040, tradução nossa)

No “modelo” de Ackerman (2004), ou melhor, em sua *Emergency Constitution*, o Legislativo possui papel fundamental para conter a arbitrariedade de um ramo do Estado sobre os demais e, muito especialmente, sobre os indivíduos. Ele propõe a utilização da *supermajoritarian escalator*, uma ferramenta que confere a decisão do futuro do estado de emergência nas mãos do Congresso. O ponto primário é que, para renovar o estado de emergência, seria preciso cada vez mais votos dos parlamentares. Em outras palavras, na primeira semana a existência de um estado de emergência deveria ser ratificada por 51% dos parlamentares, por 60% no segundo mês, 70% dos congressistas no terceiro mês e assim sucessivamente, numa escala crescente.

Ackerman (2004) tinha consciência de que a supermaioria poderia abusar do poder criado pela emergência, mas tal temor seria dissipado pelo fato de que a necessidade de supermaiorias faz com que minorias possam acabar com o regime de exceção. Pensemos, por exemplo, que, para a continuidade da situação de emergência, fosse preciso 80% dos votos parlamentares; diante disso, 21% dos votos congressuais bastariam para decretar o fim legal da emergência e dos poderes a ela relacionados.

Ao Executivo caberia o papel de possibilitar acesso, aos parlamentares, a todos os documentos relacionados à emergência, mantendo especialmente as minorias legislativas informadas. Mais do que deter informações, as minorias deveriam gozar de condições de publicizá-las à população, já que o pressuposto de Ackerman (2004, p. 1053, tradução nossa) é o de que “um regime extraordinário não pode ser autorizado a continuar por quatro ou seis meses, ou mais, sem o amplo consentimento informado do povo”.

O que deve nos chamar atenção na proposta de Ackerman (2004) é sua aposta no Poder Legislativo como um freio para o exercício de amplos poderes por parte do

Executivo durante estados de emergência. No fundo, trata-se aqui de reafirmar o sistema de *checks and balances* dos Elaboradores, devendo ele ser utilizado até mesmo durante emergências. Como assevera Fischer (2005), os próceres da Constituição acreditavam que o Executivo possuía o apetite para a guerra, sendo necessário, portanto, algum contrapeso para que a gula bélica não se manifestasse e acabasse levando o país perigosamente à tirania.

Já discutimos neste trabalho que os *checks and balances* foram pensados para todos os momentos, e que são irrevogáveis. Nesse sentido, caberia ao Legislativo propriamente a função de fiscalizar os atos do Executivo e de prezar pela sanidade constitucional da nação. O Onze de Setembro, no entanto, veio demonstrar que o Legislativo norte-americano furtou-se em exercer seu poder de impedir o apetite presidencial para a guerra. No dia mesmo dos atentados, o deputado John Culberson, do estado do Texas, afirmou, na Sessão do Congresso, que os parlamentares estavam reunidos “hoje para conceder 110% de apoio ao nosso comandante-em-chefe, presidente George W. Bush” (CONGRESSIONAL RECORD, 2001, p. H5701, tradução nossa). Posteriormente se viu que não era mera retórica, ou um discurso de simples efeito midiático. Seria, por certo, a opinião de supermaiorias do Congresso.

O comportamento do Legislativo durante o primeiro mandato de George W. Bush (2001-2005) foi caracterizado como de “inação” (TIRBE, 2002) e “aquiescência” (OWENS, 2006). Tal situação de coisas revela, desde já, a fragilidade dos *checks and balances* durante a emergência causada pelos atentados de 2001.

Na perspectiva de Tribe (2002), o Congresso teria fornecido um “virtual cheque em branco” ao Executivo em sua “guerra contra o terrorismo”. Um dos reflexos mais notórios dessa realidade foi a ausência de grande e organizada oposição às prisões indefinidas de cidadãos americanos e estrangeiros. Além disso, o Congresso teria sido passivo na aceitação do fato de que “as políticas de detenção e os tribunais militares do Executivo criaram um sistema concebido para operar completamente fora do Estado de Direito e das leis de guerra” (TRIBE, 2002, p. 250, tradução nossa).

De fato, tanto a Lei Patriótica quanto a Ordem Militar não foram condenadas pelos legisladores. Lembremos, aliás, que a primeira foi aprovada por praticamente unanimidade no Senado. Já em relação à Ordem Militar, ela não foi contestada pelo Legislativo, que simplesmente ignorou, como destaca Frosini (2006), o fato de ela violar o princípio da separação dos poderes, já que o presidente deteria o poder de criar um órgão judicial, indicar seus membros, introduzir normas processuais e penais

adaptadas para a situação de emergência e referenciar as tais Comissões Militares como órgão judicial de última instância para os detentos, sem possibilidade de revisão de acusações ou penas.

Na acepção de Tushnet (2005), o princípio da separação dos poderes é uma das formas possíveis para a regulação do exercício dos poderes emergenciais do presidente norte-americano. Tal princípio indica que o presidente apenas poderia fazer o que o Congresso autorizasse, rejeitando, portanto, o “unilateralismo do Executivo” (TUSHNET, 2005, p. 2675, tradução nossa). Para o autor, entretanto, tal forma de controle tem, historicamente, se mostrado insuficiente, e a “guerra contra o terrorismo”, paradigmaticamente o texto da Ordem Militar, teria confirmado a regra de que o presidente torna-se o plenipotenciário da nação, com o Legislativo sendo, no mínimo, leniente com as transgressões ao princípio do equilíbrio de poderes.

Yoo (2003a) defendeu com clareza singular o argumento de que não poderia caber propriamente ao Legislativo um papel de protagonista quando de uma emergência. Para ele:

A centralização da autoridade no presidente é particularmente crucial em matéria de defesa nacional, guerra e política externa, onde um Executivo unitário pode avaliar ameaças, fazer escolhas políticas e mobilizar os recursos nacionais com uma rapidez e energia muito superiores a qualquer outro Poder. (YOO, 2003a, p. 35, tradução nossa)

O desmerecimento do Poder Legislativo é um dos traços fundamentais da visão pró-Executivo durante emergências nacionais. E seu corolário vigorou durante a primeira administração de Bush sob o signo da “guerra contra o terrorismo”. Pensamentos como o de Kmiec (2005) dizendo que, em função dos ataques terroristas, as medidas do presidente – como a invasão ao Afeganistão e a captura de *enemy combatants* - não deveriam ser questionadas nem por Legislativo nem por Judiciário passaram a preponderar na conturbada paisagem do Estado norte-americano.

O Legislativo parece ter renunciado, majoritariamente, à sua condição de guardião das leis da República e do respeito de todos – incluindo o comandante-em-chefe – em relação à Constituição, aos direitos individuais e ao Direito Internacional. Esse comportamento do Legislativo aparece na inação deste Poder em relação à interpretação e uso que o presidente George W. Bush fez da AUMF, cuja consequência foi o início de uma guerra não autorizada pelo Congresso, além da reiterada recusa de

Bush “em informar o nome dos detentos ou locais em que estavam sendo mantidos” (TRIBE, 2002, p. 236, tradução nossa).

Nesse ponto, Cole (2003) revela que 1.182 pessoas foram detidas nas primeiras sete semanas pós 11 de setembro, salientando que quando ocorreu a cobrança de que o governo estava prendendo inocentes, e muitos sem qualquer acusação por mais inconsistente que fosse, o Departamento de Justiça parou de divulgar os dados, deixando inclusive o Legislativo sem informações. Em 2004, Paul Butler (2004), assessor do Secretário da Defesa, reconheceu que até aquele ano mais de dez mil pessoas suspeitas de terrorismo ou sua associação a ele estavam sob alguma forma de custódia, sendo que 800 em Guantánamo. Mas, onde estariam os milhares de suspeitos? Provavelmente nas prisões secretas mantidas pela CIA ao redor do mundo. O Congresso, diante dessas arbitrariedades, pouco ou nada fez para mudar a situação e reverter o *status* de segredo das informações. O *segredo*, aliás, foi aliado do Executivo em suas ações na “guerra contra o terrorismo”, e que influenciou para a demonstração da fragilidade do sistema de *checks and balances* durante a crise (TRIBE, 2002).

Pfiffner (2007, p. 128, tradução nossa) chamou atenção para o fato de que o governo republicano “usou a cláusula do comandante-em-chefe para defender que uma política presidencial tem precedência sobre uma lei em geral”. Isso significou que Bush restringiu e “vetou” quaisquer leis que prejudicassem seus poderes de primeiro general da nação. Tal fato restou evidente quando da aprovação da emenda do senador John McCain que, aprovada pelo Congresso, proibia terminantemente o uso de técnicas de tortura em qualquer lugar e em todas as situações. Tal iniciativa legislativa recebeu declarações públicas de repúdio de altos funcionários do governo que diziam ser impossível cumprir a lei, invocando a figura do comandante-em-chefe para justificar as técnicas nos interrogatórios de suspeitos.

Owens (2006) destaca que ainda em 2006 o Congresso não estava em condições de frear o unilateralismo presidencial, com muitos congressistas curvando-se à liderança executiva da crise gerada pelo Onze de Setembro. Um exemplo dessa deferência, que se arrastava desde 2001, foi a aprovação de *todos* os recursos solicitados pelo presidente para o custeio da “guerra contra o terrorismo”, englobando a distribuição de recursos notadamente para o flanco afegão e iraquiano, mas também para as agências de inteligência norte-americanas.

Ora, conforme vimos, o controle das verbas seria o *check* mais poderoso nas mãos do Legislativo para Yoo (2003a), por exemplo.

Na guerra contra a organização terrorista Al-Qaida e a milícia Talibã no Afeganistão, por exemplo, o presidente George W. Bush buscou fundos adicionais para as operações militares, o que deu ao Congresso a oportunidade de opor-se às hostilidades. (YOO, 2003a, p. 38, tradução nossa)

Até mesmo nesse ponto o Congresso foi aquiescente em relação ao Executivo. Segundo Owens (2006), em 2003 os parlamentares aprovaram mais verbas para a “guerra contra o terrorismo” e condicionaram sua efetiva utilização pelo presidente a partir da necessidade de exposição de uma espécie de prestação de contas sobre o gasto dos recursos, ao que o presidente foi contra, tendo o Legislativo se submetido à pressão e voltado atrás em sua decisão. Para o autor, “a interpretação da administração Bush em relação ao sistema de separação de poderes é distante da tradicional teoria madisoniana” (OWENS, 2006, p. 286, tradução nossa), sustentando que com as ações de Bush e a aquiescência do Congresso, e até que dure a chamada “guerra contra o terrorismo”, o sistema constitucional norte-americano adquiriu um novo equilíbrio, com o Executivo tornando-se dominante e o Congresso subordinando-se ao unilateralismo do presidente que evoca seus poderes como comandante-em-chefe para legitimar atos irregulares.

Acresce-se, sem dúvida, a todas essas questões, os altos índices de popularidade do presidente e o controle da Presidência e do Congresso nas mãos do mesmo partido político. Owens (2006) indica que uma das razões para a aquiescência do Congresso em tempos de crise é o apoio da população ao presidente e a falta de uma oposição organizada ao governo, diminuta em função da união nacional em torno da figura do comandante-em-chefe da nação.

Além disso, cabe lembrar que políticos são movidos por votos e o apoio a um governo bem avaliado e às suas medidas em consonância com os sentimentos da população em geral seria, por certo, o caminho mais cômodo para parlamentares não apenas republicanos, mas também democratas. De outro lado, uma reação legislativa mais efetiva foi prejudicada em função, especialmente depois de 2002, do controle republicano dos dois ramos políticos do Estado, o que, na visão de Tushnet (2005), seria perigoso porque prejudicaria a separação de poderes e o Congresso acabaria por autorizar tudo o que o presidente solicitasse. E não por acaso que o Legislativo parece ter agido exatamente desta forma.

Como vimos, o Legislativo norte-americano assistiu inerte ao crescimento dos poderes do presidente e, com a iniciativa da AUMF, até mesmo auxiliou para expandi-

los. Vista com bons olhos pela opinião pública e pela população, a reação presidencial foi negativa para todo o sistema institucional. A utilização de decisões unilaterais pelo Executivo tornou-se uma rotina, mas assim se transformou devido, em parte, à própria aquiescência dos congressistas, que não ousaram criticar ou contestar os poderes de Bush como comandante-em-chefe.

O maciço apoio popular a um líder, inclusive em democracias avançadas, é, por vezes, espreitado pela sombra do autoritarismo, que se revela mais nitidamente em momentos de emergências. Afinal, se, como se diz no jargão popular, “a voz do povo é a voz de Deus”, então o governante que tem o povo ao seu lado pode dizer, como Bush disse claramente, que Deus era seu aliado na “guerra contra o terrorismo”. Esses argumentos de cunho mais teológicos do que racionais indicam que momentos de crise revelam uma deturpação das instituições e do modo de exercer os poderes em relação às ameaças que se apresentam.

Numa visão consoante ao sistema de *checks and balances*, quando o poder de um presidente cresce ele precisa ser contrabalançado por outro Poder em condições de barrar suas pretensões “autoritárias” ou “imperialistas”. No caso em tela, o Congresso norte-americano deveria ter sido mais específico em relação aos dispositivos da AUMF, ter sido mais crítico em relação aos artigos da Lei Patriótica e contestar a validade da Ordem Militar. Nos anos posteriores aos atentados, no entanto, isso não aconteceu. Naquela conjuntura, o abismo fiscalizatório do Legislativo em relação aos atos do Executivo foi dilatado pelo menos até 2004, quando, então, um breque mais efetivo foi exercido pelo judiciário norte-americano através da Suprema Corte.

5. As medidas e o Judiciário

Na medida em que observamos o papel de *check* não exercido tanto pela população quanto pelo Poder Legislativo em relação aos poderes do Executivo especialmente durante a primeira administração Bush, o leque de opções para um freio efetivo das ações do presidente é restringido, restando a análise do comportamento do Poder Judiciário durante o período.

Se, por um lado, os federalistas acreditavam que, dentre todos os Poderes, “o Judiciário, devido à natureza das suas funções, será sempre o que apresente menor perigo aos direitos políticos da Constituição” (HAMILTON, MADISON, JAY, 1964, p. 61, p. 142), por outro eles deixavam clara a fragilidade de tal agência estatal:

(...) o judiciário é, sem comparação, o mais fraco dos três departamentos do poder, jamais podendo atacar com êxito qualquer dos outros dois, sendo necessário todo o cuidado possível para que possa defender-se dos ataques dos outros dois. (HAMILTON, MADISON, JAY, 1964, p. 61, p. 142)

Como veremos mais à frente, a experiência da “guerra contra o terrorismo” contradiz com a visão dos Elaboradores sobre o Judiciário. De certa forma, o Judiciário tornou-se o principal poder do Estado a tentar combater as arbitrariedades perpetradas pelo presidente, mas de forma moderada e minimalista.

Destaque-se que a *revisão judicial* é um das mais usuais prerrogativas do Poder Judiciário, e em especial das Cortes Supremas. Nos Estados Unidos, no entanto, a revisão judicial não foi estabelecida no texto constitucional, e sim pelo próprio Judiciário. Tornou-se marco para o constitucionalismo universal a decisão do juiz da Suprema Corte norte-americana, John Marshall, sobre o caso *Marbury v. Madison* (1803). A sentença fincou as bases para a revisão judicial (*judicial review*), ou seja, o direito “de o Judiciário poder rever leis ou atos da administração pública” (MACIEL, 2006, p. 38), podendo, então, confrontar atos do Executivo e Legislativo relativos à interpretação da Constituição.

Após o Onze de Setembro multiplicou-se a noção de que o Judiciário não possuiria a *judicial review* sobre os poderes de guerra do presidente. Tal pensamento, explicitado principalmente por Yoo (2003b), revela, novamente, a pretensa superioridade do Poder Executivo e a submissão do Judiciário em situações de crise. O argumento central do autor é o de que “a constituição não determina às cortes papel na decisão de travar uma guerra; ela aloca textualmente tal poder aos ramos políticos” (YOO, 2003b, p. 2, tradução nossa).

A partir dessa crença, Yoo (2003b) sustenta que o Judiciário não tem poder para avaliar o *status* de um conflito, que existe um comportamento mais flexível das Cortes em tempo de guerra e que a revisão judicial não pode ser um *check* negativo durante a condução de uma guerra pelo presidente. Além disso, o mérito de uma guerra não poderia ser analisado pelo Judiciário tendo em vista que a Constituição não prevê tal competência.

Segundo Yoo (2003b), a revisão judicial durante uma guerra, por exemplo, tem o objetivo de combater o inimigo em solo norte-americano, não para decidir se há guerra ou não. Contextualizando para a “guerra contra o terrorismo”, ele declara que “durante época de guerra o militar se engaja em buscas e vigilância sem a necessidade

de mandado” (YOO, 2003b, p. 15, tradução nossa). Destarte, como na “guerra contra o terrorismo” não há uma distinção clara entre *front* doméstico e externo, os militares assim deveriam agir em território norte-americano, com a devida leniência do Judiciário. Além disso, Yoo (2003b) arremata dizendo que o mandado de prisão e busca tem o caráter retrospectivo, mas que para operações anti-terroristas ele necessariamente precisa ser prospectivo, a fim de prevenir novos ataques.

Em pensamento congruente, Kmiec (2005, p. 589, tradução nossa) salienta que é uma ilusão pensar que a “guerra contra o terrorismo” será vencida por meios judiciais, já que, “se estamos verdadeiramente em guerra isto não é fiel ao poder constitucional de travar a guerra com sucesso”.

Ackerman (2004) chega a afirmar que, em razão de um atentado terrorista, não há tempo para a revisão judicial da declaração de emergência, devendo ser declarada simplesmente. Ao Judiciário caberia, no entanto, o papel de salvaguardar a população contra as arbitrariedades decorrentes do regime emergencial. Isso significaria, inclusive, empreender revisão judicial sobre os atos do presidente. Já Weida (2004) demonstra o equívoco do pensamento de Yoo (2003b) ao elencar diversas decisões da Suprema Corte que estabeleceram a revisão judicial dos poderes de guerra do presidente e de governadores, notadamente as questões referentes à lei marcial e suspensão do *writ* do *habeas corpus*.

Como já tratamos em relação ao comportamento do Judiciário em tempos de crise, duas correntes se evidenciam: a tese de Milligan e a tese da crise, ou, tese de Korematsu. Epstein, Ho, King e Segal (2005), em trabalho quantitativo, investigaram se, em tempos de crise, as Cortes seguem mais Korematsu do que Milligan, conforme a hipótese mais recorrente.

Relembremos que a “tese da crise” assevera que as decisões da Suprema Corte em tempos de emergência, levando em consideração a ameaça à segurança nacional, restringem liberdades dos cidadãos, em conformidade com o posicionamento da sociedade e acabando por endoçar as medidas do Executivo. A “tese de Milligan”, por sua vez, realça o papel da Suprema Corte como uma guardiã dos direitos durante uma situação de guerra, sendo uma peça fundamental para que o Executivo use com responsabilidade seus poderes e na estrita observância dos princípios democráticos.

A partir da construção de um banco de dados de casos julgados pela Suprema Corte norte-americana em períodos de guerra, os autores chegaram a uma primeira inferência:

Para casos não relacionados a qualquer guerra em curso, a probabilidade de a Suprema Corte decidir um caso em favor do litigante alegando violação dos seus direitos diminui em cerca de 10 pontos percentuais quando uma guerra está em andamento. (EPSTEIN, HO, KING E SEGAL, 2005, p. 71, tradução nossa)

Tal consideração sugere que as decisões da Suprema Corte relacionadas a direitos e liberdades são influenciadas pela guerra, mesmo que o caso não tenha relação com o conflito. Por outro lado, no entanto, os autores chegam a outra assertiva, quando estabelecem que:

Para casos diretamente relacionados à guerra em andamento, a guerra não tem efeito sobre a decisão da Suprema Corte. (EPSTEIN, HO, KING E SEGAL, 2005, p. 72, tradução nossa)

Assim, por conclusão, não seria mais provável que a Suprema Corte apóie uma infração aos direitos quando há guerra do que quando o país atravessa um período de paz. Esse resultado de que a guerra afeta casos não relacionados à guerra, mas que tal efeito é insignificante para os casos relacionados à guerra é enigmático na medida em que não comprova nem a tese de Milligan, nem a tese da crise.

Na visão de Epstein, Ho, King e Segal (2005), a Suprema Corte decide casos relacionados à guerra não em uma rígida escala de díades do tipo *collective rights v. individual rights* ou *liberty v. security*, mas a partir de uma lógica de transferir a responsabilidade para os ramos políticos do Estado. Isso explicaria, em parte, o silêncio das Cortes em tempo de guerra, já que suas próprias decisões podem representar ameaças à sua legitimidade como Poder caso se decida contra outros Poderes que dispõem de apoio popular.

A partir de uma teoria do processo institucional, o Judiciário se preocuparia mais em literalmente “lavar as mãos” e acionar o Legislativo, do que propriamente limitar a ação do presidente e defender os direitos civis sob ataque na guerra. Nesse sentido, Epstein, Ho, King e Segal (2005) acreditam que a esperança de *checks* ao poder do Executivo na guerra não é o Judiciário, mas sim o Legislativo. Conclusão que, conforme analisamos para o caso da “guerra contra o terrorismo”, não se aplica.

Uma das hipóteses desta dissertação é que foi o Poder Judiciário, representado pela Suprema Corte, quem exerceu os *checks and balances* na “guerra contra o terrorismo”. Sustentamos que foi ela quem tentou frear, mesmo que parcialmente, os

poderes emergenciais do presidente George W. Bush. A importância do Judiciário foi tanta que podemos dividir a “guerra contra o terrorismo” em dois momentos distintos: antes e depois de junho de 2004. O marco foi o pronunciamento da Suprema Corte em relação a três processos que envolviam *detainees* da “guerra contra o terrorismo”.

Segundo Tribe (2002), a partir do Onze de Setembro as Cortes teriam renunciado ao seu poder de fiscalizar os atos do Executivo. Isso fez com que o autor caracterizasse o período pós atentados como de “aquiescência do judiciário”, muito diferente do “judiciário imperial” durante a controvérsia *Bush v. Al Gore*.

No caso da “guerra contra o terrorismo”, a Suprema Corte manteve-se em silêncio de 2001 até meados de 2004. Durante esse período, apenas cortes federais ou circuitos de apelação emitiram opiniões acerca de pedidos de *writ* de *habeas corpus* a pessoas que se sentiram lesadas em seus direitos, principalmente os detentos de Guantánamo. Tais opiniões, no entanto, não seguiram um padrão, já que Cortes por vezes autorizavam o *habeas*, mas a decisão era barrada nas Cortes de apelação. Outras vezes elas negavam o *writ* e os tribunais de apelação ratificavam a opinião da Corte.

Yoo (2003b), escrevendo antes das decisões da Suprema Corte, comemorava o fato de que os colegiados judiciários do país estavam recusando a concessão de *habeas corpus* aos *enemy combatants* de Guantánamo. Citando o caso de *Odah* (2003), que teve negado a revisão de sua prisão, Yoo (2003b, p. 20, tradução nossa) entusiasticamente afirmava que “esse resultado reafirma a recusa histórica do judiciário em interferir nas decisões de iniciar e conduzir hostilidades militares, as quais a Constituição veste nos ramos políticos”. Naquele momento histórico, as decisões do Judiciário corroboravam a visão de que a revisão judicial das detenções de *enemy combatants* não seria salutar na “guerra contra o terrorismo”, porque feriria os poderes de guerra do presidente. Nesse sentido, ao não se fazer a revisão judicial dos detentos em Guantánamo, se estaria dando mais armas para o governo travar a guerra contra a Al-Qaida.

O primeiro pronunciamento oficial de algumas questões referentes às decisões unilaterais do presidente na “guerra contra o terrorismo” foi exalado pela Suprema Corte apenas em junho de 2004, quase três anos depois do início da “guerra” e do início da violação de direitos dos detentos estrangeiros e norte-americanos em Guantánamo e em bases militares dos Estados Unidos.

Mas, por que tanta demora? Dois aspectos parecem-nos essenciais. Em primeiro lugar está o fato de a Suprema Corte possuir grande poder de escolha sobre os casos a serem julgados (CARVALHO, 2007). Segundo Carvalho (2007), ela pode recusar

casos, analisar um caso com tratamento completo ou simplesmente aceitar o caso e não dispensar tratamento completo. Ele radiografa a situação:

A faculdade de escolher os casos que quer julgar aliada à capacidade de conceder a legitimidade da propositura de uma ação torna a Corte Suprema norte-americana capaz de estabelecer estratégias de escolha de casos. Por exemplo, se algum caso não apresentar clareza suficiente para permitir uma decisão lúcida ou requisir que os juízes cheguem a uma decisão sob fundamentos diferentes daqueles que gostariam de usar, é provável que esses casos não sejam apreciados. Portanto, os juízes procuram evitar completamente certas questões por força de seu caráter controverso e do dano que a Corte poderia infligir a ela mesma ao procurar resolvê-los. (CARVALHO, 2007, p. 167)

Até onde se sabe, a Suprema Corte não recusou casos antes de 2004, mas também não se prestou a analisar um caso por completo, deixando, portanto, em aberto diversas questões a respeito das prisões indefinidas em Guantánamo.

Aliado a esse “elevado poder de escolha sobre o que e como decidir” (CARVALHO, 2007, p. 167), destaque-se que a Suprema Corte apenas se manifestou sobre as ações do presidente, por acaso ou propositadamente, quando a popularidade de Bush estava na casa dos 50% e caindo. Empiricamente não há como provar que a Suprema Corte foi influenciada pela popularidade do presidente para manter-se em silêncio, mas, analisando-se o histórico de crises dos Estados Unidos, muito provavelmente o apoio popular às medidas do presidente tenha sido mais um ingrediente para a aquiescência.

Em que pese a demora, dois de três processos julgados pela Suprema Corte ainda no final do primeiro semestre de 2004 retrataram o início da tentativa de freio aos poderes unilaterais de George W. Bush.

No primeiro deles, *Rasul et al v. Bush*, dois australianos e 12 kwaitianos (entre os quais Shafiq Rasul) capturados no Afeganistão, e levados a Guantánamo, alegavam a violação de direitos e solicitavam acesso a Cortes judiciárias para contestar suas detenções, julgamento por tribunal imparcial e encontro com familiares.

Conforme já destacamos, a administração Bush negou aos detentos o *status* de prisioneiros de guerra, além de impossibilitar a concessão de *habeas corpus* visto que se alegava que Guantánamo não pertencia ao território norte-americano. Tal interpretação, no entanto, foi erodida com a manifestação da Suprema Corte que decidiu, no caso de *Rasul et al* que a Corte do Distrito de Columbia possuía jurisdição para examinar pedidos de *habeas* no caso dos prisioneiros, já que “os Estados Unidos possuem

completa jurisdição e controle sobre a Base de Guantánamo, e podem continuar assim de forma permanente caso desejem” (RASUL et al v. BUSH, 2004, s/p, tradução nossa).

Na opinião majoritária da Corte, explanada pelo juiz Stevens, o acordo feito com Cuba em 1903 garante a jurisdição norte-americana sobre a Base Naval, e que, portanto, a Suprema Corte conferia à Corte Distrital “jurisdição para acolher o pedido de *habeas corpus* dos peticionários para contestar a legalidade de suas detenções na Base Naval da Baía de Guantánamo” (RASUL et al v. BUSH, 2004, s/p, tradução nossa).

Tal decisão representou um golpe na interpretação do presidente de que os detentos em Guantánamo seriam *enemy combatant*, a exemplo dos alemães do caso Eisentrager. Segundo a Suprema Corte, há diferenças significativas entre o caso dos alemães e dos detentos na Baía. No caso Eisentrager, os prisioneiros alemães eram, de fato, inimigos estrangeiros, nunca estiveram ou residiram nos Estados Unidos, foram capturados e postos sob custódia militar fora do território norte-americano (na China e na Alemanha ocupada, respectivamente), foram julgados e condenados pelos militares por crimes praticados fora dos Estados Unidos, ficando presos o tempo todo.

No caso de Rasul e dos outros peticionários, a Suprema Corte definiu que eles não poderiam ser combatentes ilegais (e, portanto, fora da proteção das leis da guerra) porque não eram nacionais de países que estivessem em guerra com os Estados Unidos, sempre negaram que tenham se engajado em atos de agressão contra os Estados Unidos, não tiveram proporcionado acesso a qualquer tribunal e sequer foram acusados e condenados por irregularidades e, por mais de dois anos eles estiveram presos “em território sobre o qual os Estados Unidos possuem exclusivo controle e jurisdição” (RASUL et al v. BUSH, 2004, s/p, tradução nossa).

Outro caso em que o Judiciário parece ter posto em prática, pelo menos em parte, o sistema de *checks and balances* é o de Hamdi *et al v. Rumsfeld*. O caso trata de Yasir Esam Hamdi, cidadão americano nascido na Louisiana, que quando criança foi morar na Arábia Saudita e, em 2001, residindo no Afeganistão, foi preso pela Aliança do Norte e levado a Guantánamo em janeiro de 2002, sendo declarado *enemy combatant* pelo presidente. Em abril daquele ano, depois de descobrir-se que o detento era de nacionalidade norte-americana, foi enviado à Virgínia e, posteriormente, para uma base militar na Carolina do Sul.

Segundo o processo, o pai de Hamdi entrou com pedido de *habeas corpus* alegando que seu filho estava incomunicável com a família desde 2001, não tinha acesso a suas acusações, que sua detenção foi ilegalmente autorizada, que não foi

julgado por um tribunal imparcial e que se estava violando a própria Constituição americana que garante júri a todos os cidadãos. De outra parte, o governo argumentava que Hamdi havia sido preso por possuir envolvimento com a organização terrorista Al-Qaida, ter sido treinado pelo Talibã e detido com arma na mão e, por ser elemento perigoso, foi declarado *enemy combatant* por George W. Bush.

Na opinião da Suprema Corte, oferecida pela juíza O'Connor, a AUMF poderia ser classificada como uma autorização congressional que possibilita a prisão de indivíduos nas circunstâncias relativas ao esforço contra o terrorismo. No entanto, mesmo que a Corte tenha reafirmado o poder do presidente em prender cidadãos e não cidadãos combatentes, é imprescindível que deva existir o devido processo legal para ter contestada a detenção por um julgador neutro.

Na visão de O'Connor, “o propósito da detenção é para prevenir indivíduos de retornarem ao campo de batalha pegando em armas novamente” (HAMDI et al v. HUMSFELD, 2004, s/p tradução nossa). O problema fundamental é saber quanto tempo vai durar a “guerra contra o terrorismo”, já que este seria o tempo da prisão de Hamdi, podendo ser, como destaca a magistrada, por toda a sua vida. A prisão indefinida, no entanto, não é compatível com o constitucionalismo norte-americano, devendo o cidadão detido ter o direito de conhecer suas acusações, rebatê-las e ser julgado por um árbitro neutro, o que ainda não havia acontecido com Hamdi.

Se as prisões foram consideradas legais, pode-se concluir que as Comissões Militares foram atos ilegítimos e que extrapolaram o poder de prender do presidente, já que teria se adonado de poderes não disponíveis, enfatizando a magistrada que “um estado de guerra não significa um cheque em branco ao presidente quando se trata dos direitos dos cidadãos da nação” (HAMDI et al v. HUMSFELD, 2004, s/p tradução nossa).

Como observou Dworkin (2004), as decisões da Suprema Corte de junho de 2004 foram superestimadas, já que confirmaram a legitimidade de Bush para prender inimigos em campo de batalha, incluindo americanos, sob o manto da AUMF. Já Meister (2004, p. 17, tradução nossa) afirma que “muitas pessoas diziam que os casos representaram uma grande derrota para o presidente porque é uma coisa muito rara frear o poder do Executivo”, sendo que pessoalmente o autor não estava convencido de tal assertiva. A partir disso, o resultado das decisões precisa ser mais bem avaliado, já que uma de nossas hipóteses reza que o Judiciário exercitou os *checks and balances* em relação ao poder do Executivo.

Soder (2009) nota, no entanto, que entre os efeitos práticos das decisões está a criação, em agosto de 2004, de um tribunal revisor dos combatentes presos em Guantánamo, além da lei de tratamento de detentos de 2005 e a legalização das comissões militares com a aprovação de legislação pelo Congresso em 2006.

Em julho de 2004 Paul Wolfowitz, da Secretaria de Defesa, ordenou a criação de um Tribunal Revisor do *status* dos combatentes ilegais. O governo, devido à decisão da Suprema Corte, dava a oportunidade para os detentos contestarem suas prisões e impetrar *habeas corpus* nas cortes americanas. A avaliação sobre a ratificação ou não dos *enemy combatants* se dava a partir da formação de um tribunal composto por três oficiais comissários neutros das forças armadas norte-americanas. Aplicável apenas aos estrangeiros detidos em Guantánamo, Wolfowitz (2004, p. 3, tradução nossa) vaticinava que “o tribunal não é limitado pelas regras de evidência que são aplicadas em uma corte de leis ordinária”, ou seja, dava a entender que seria mais um teatro encenado pela administração republicana. Os efeitos práticos do Tribunal Revisor foram poucos, já que, como contabiliza Soder (2009), entre agosto de 2004 e junho de 2007, 93% dos detentos em Guantánamo foram confirmados como *enemy combatant* e que, no entendimento do governo, não poderiam solicitar *habeas corpus*.

A pressão das decisões da Suprema Corte levou, também, à aprovação, pelo Congresso, da Lei das Comissões Militares em outubro de 2006. Ela autorizava o presidente a criar comissões militares para processar, julgar e punir indivíduos ligados às organizações terroristas. Como destacou Pfiffer (2007), a lei negava o direito ao *habeas corpus* por parte dos inimigos combatentes nas Cortes norte-americanas, em flagrante violação ao que as decisões de 2004 apontavam. Segundo o autor, a Lei aprovada pelo Legislativo representou uma ratificação legislativa para o poder unilateral do presidente em decidir quem era *enemy combatant* e tolher seus direitos, além, é claro, de demonstrar a aquiescência do Congresso em relação aos abusos do Poder Executivo.

O significado da Lei das Comissões Militares é explanado por Gómez (2008):

O mais grave, contudo, é que não se reconhece aos detentos sob custódia dos Estados Unidos (em qualquer lugar do mundo) o direito de recorrer a um tribunal de justiça independente para que este decida sobre a legalidade de sua detenção e tratamento, mesmo que tenham sido torturados e mesmo depois de serem libertados. Desse modo, “legaliza-se” a possibilidade de detenção indefinida, decidida em última instância por funcionários e agentes de inteligência, sem a exigência de acusação formal ou de julgamento justo. (GÓMEZ, 2008, p. 277)

Dworkin (2004, s/p, tradução nossa) captou o sentido das decisões da Corte em 2004 quando disse que elas revelaram uma forte afirmação, qual seja a de “que o tratamento do governo dispensado aos prisioneiros que ele denominou de *combatentes ilegais* não é apenas moralmente indefensável, mas também proibido pela Constituição”. Isso, por certo, significou o exercício dos *checks and balances* no momento em que um Poder disse a outro que este não poderia agir de determinada forma por estar desrespeitando as leis da República e se fortalecendo com poderes que regularmente não possui.

Ao que parece, no entanto, as decisões de 2004, e outras da Suprema Corte em relação aos detidos da “guerra contra o terrorismo” restaram como uma *tentativa* de frear os poderes do presidente. Não há como afirmar que o Judiciário exerceu os *checks and balances* de forma efetiva, visto que o presidente continuou soberano e agindo unilateralmente em que pese a opinião do Judiciário em contrário. Por outro lado, o Judiciário tentou, muito diferente do comportamento do Legislativo que apoiou a expansão do poder de George W. Bush sem maiores preocupações sobre controle ou *accountability*.

O boletim da Anistia Internacional do ano de 2008, na radiografia que fez sobre os direitos humanos nos Estados Unidos, denunciava:

Os prisioneiros de Guantánamo permanecem detidos indefinidamente, sem poder recorrer aos tribunais dos EUA para contestar a legalidade de sua detenção. A maioria dos detentos em Guantánamo foi mantida em regime de isolamento em instalações de segurança máxima, aumentando as preocupações por sua saúde física e mental. (ANISTIA INTERNACIONAL, 2008, s/p)

O editorial do jornal *The New York Times* de 2 de maio de 2008 deixava claro que a decisão da Suprema Corte com o objetivo de restabelecer a lei em relação às medidas emergenciais do comandante-em-chefe não estava sendo respeitada pelo presidente:

Anos depois da decisão da Suprema Corte que deixou claro que Bush não está acima da lei, o presidente continua a comandar um sistema ilegal de cortes em Guantánamo, Cuba. Seu papel não é fornecer nenhuma forma reconhecível de justiça, mas sim trancafiar perpetuamente e sem direito de apelação qualquer um que o presidente Bush considere um “combatente inimigo ilegal”. (NYT, 2008, tradução nossa)

Assim, concluímos que o Judiciário, através da Suprema Corte, foi quem tentou produzir as principais medidas efetivas para restringir o poder do Executivo e garantir direitos aos presos relacionados à “guerra contra o terrorismo”, especialmente o direito do *writ* do *habeas corpus*, instrumento consagrado pelo Direito anglo-saxão desde pelo menos a Carta Magna de 1215. Em que pese o fato de os julgamentos terem se arrastado até 2004, e não conterem qualquer menção de sanção ao presidente ou críticas mais estridentes contra as arbitrariedades perpetradas, eles significaram o primeiro passo para que a oposição a Guantánamo e às medidas emergenciais relacionadas ao 11 de setembro ganhasse fôlego, o que não impossibilitou, todavia, a reeleição de Bush no mesmo ano dos julgamentos e a permanência da aura schmittiana nas ações do presidente.

3. A fragilidade dos *checks and balances* nas crises

As questões imbricadas com a Ordem Militar de novembro de 2001, uma medida de exceção e estratégica para travar a “guerra contra o terrorismo” revelaram, como tentamos demonstrar, a fragilidade do sistema de *checks and balances* durante emergências nos Estados Unidos.

Afirmações como a de Yoo e Delahunty (2001) que davam conta do amplo poder do presidente para utilizar as Forças Armadas, ou ainda mais abusivas como quando eles advogam que a Constituição, “devidamente interpretada, autoriza o presidente como comandante-em-chefe, e as forças sob seu controle a usar força militar contra inimigos externos que operam em solo americano, a estar livre das limitações decorrentes da Quarta Emenda” (YOO E DELAHUNTY, 2001, p. 34, tradução nossa) (emenda que proíbe prisões arbitrárias), se tornaram argumentos recorrentes da administração republicana.

O presidente, alicerçado em elevado grau de popularidade, arrogou-se o direito que efetivar políticas que, embora violassem a Constituição, fariam pretensamente parte de suas prerrogativas como o primeiro comandante da nação. Em determinada oportunidade, George W. Bush desabafou impetuosamente:

Eu sou o comandante, percebe? Não preciso explicar por que eu falo determinadas coisas. Esta é a coisa interessante de ser o presidente. Talvez alguém precise explicar para mim por que se diz alguma coisa, mas eu não me sinto como se devesse dar explicação a qualquer um que seja. (BUSH, *apud* OWENS, 2006, p. 266, tradução nossa)

A expansão dos poderes do presidente da República, durante o primeiro mandato de George W. Bush, foi real e perfeitamente identificável, sobretudo em relação às políticas de detenção da “guerra contra o terrorismo” propiciadas pela Ordem Militar.

Na “maior democracia do mundo”, com a sociedade acossada por uma emergência nacional, parece que a opinião da maioria teve o poder de violar impunemente a Constituição e as leis do país em nome da segurança nacional. E os *checks and balances*, por seu turno, acabaram se tornando peça fictícia em um contexto de interpretação soberana da Constituição. Os mesmos que os violaram foram os mesmos que tentaram recriar a história do país e distorcer as noções de poder dividido com compartilhamento de função dos Elaboradores, fazendo o público acreditar que caberia unicamente ao presidente decidir sobre o que e como fazer para que o país vencesse a emergência, mesmo que isso significasse a não aplicação das leis e a vulnerabilidade dos direitos dos cidadãos em relação ao poder do Estado.

“Hoje o Poder Executivo argumenta que quaisquer medidas presidenciais tomadas em nome da segurança são, por definição, constitucionais”, preocupa-se Huq (2008, p. 12, tradução nossa), para logo afirmar que “o poder – legislativo, executivo e judicial – está agora concentrado no ramo executivo”. Tal situação – marcadamente entre 2001 e 2004 – revela que ocorreu uma *interpretação soberana da constituição* por parte do presidente. Nessa *interpretação soberana* não caberia propriamente a permanência do sistema de *checks and balances* como ele historicamente foi formulado, mas sim o agigantamento dos poderes do presidente, considerado como o único responsável pelo gerenciamento da emergência.

Nas incisivas palavras de Gómez (2008):

Ao deter o monopólio da decisão de da ação política por meio da qual declara “estado de urgência” da nação, define o novo inimigo e trava a “guerra permanente contra o terrorismo” em nome da defesa da América, o Executivo e, em seu ápice, o presidente, torna-se o soberano que exerce poderes ilimitados, com base em decisões secretas e medidas arbitrárias referentes ao uso da coerção e do controle estatal em questões cruciais (seqüestro, tortura, prisão secreta, operações ilegais de espionagem interna, sistema pseudojudicial paralelo sob domínio da Casa Branca e do Pentágono, guerra preventiva, desconhecimento de tratados internacionais, etc.). (GÓMEZ, 2008, p. 285)

A partir dessas considerações, não seria demais comparar Bush, guardadas as proporções, ao soberano tratado por Carl Schmitt (2006) que dispõe da prerrogativa de decidir quando a exceção existe e, com o objetivo de salvar a nação, reunir em torno de

si todos os poderes e editar medidas com poder ilimitado, minando os mecanismos de separação de poderes.

O velho debate sobre poder limitado *versus* poder ilimitado parece ter sido ressuscitado – se é que já estava desvalido – durante a “guerra contra o terrorismo”. O debate é mais atual do que nunca, e parece que é ativado a cada emergência, a cada momento de crise que se abate sobre uma nação e, no caso deste trabalho, sobre os Estados Unidos. Esses momentos cativam pela possibilidade de exercício do poder quase ilimitado, baseado na legitimidade da necessidade e da salvação da nação; mas, por outro lado, eles também atemorizam, pois as liberdades são tolhidas e os direitos de cidadãos e estrangeiros são negados, suspensos e também violados.

A fragilidade dos *checks and balances* durante crises nos Estados Unidos parece demonstrar o quanto o próprio sistema norte-americano é insuficiente para prevenir o monopólio do poder de decisão por parte do ramo Executivo.

Ressalte-se, por fim, que a “guerra contra o terrorismo” pelo menos até 2004, em virtude de suas características emergenciais, integrou-se à lista de momentos de violação de direitos e garantias constitucionais da história dos Estados Unidos. Assim, medidas e legislações de exceção, atos irregulares, monopolização das decisões, ação unilateral, distorção dos princípios dos Pais Fundadores, são recorrentes na história daquele país, não podendo George W. Bush ser considerado como o patriarca da ilegalidade e da arbitrariedade. A expansão de seus poderes parece ter sido prejudicial, sobretudo, à imagem dos Estados Unidos como um símbolo moderno de governo limitado, onde, como dizia um federalista, “a lei é o rei”. Com Bush, mas não apenas com ele, o rei-presidente subverteu a lei, com o apoio da população e a aquiescência dos outros Poderes. Impunemente, ao que parece.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O atrito existente entre a lei e o seu efetivo cumprimento revela-se mais claramente nos momentos de emergência porque passam as nações. As conjunturas anormais, geradas por fatores como guerras, rebeliões, desastres naturais e depressões econômicas agudas, mostram o quanto o Direito é relativizado em nome da segurança nacional.

“Na guerra as leis silenciam”, disse Cícero. “Faça-se justiça mesmo que o mundo pereça”, diz o velho adágio invocado para que os defensores da “justiça absoluta” justifiquem seus crimes e faltas. “Todas as leis, exceto uma, podiam ser transgredidas; o governo deveria, então, se arruinar por não ter violado essa lei?”, pergunta o “ditador” Abraham Lincoln. Tais orações expressam o dilema pelo qual o Estado Constitucional atravessa durante momentos de emergência: manter a integridade da nação ou resguardar os direitos dos cidadãos?

Em verdade, o argumento das autoridades é de que a integridade do Estado deve ser conseguida para proteger as liberdades das pessoas, mas isto requer sacrifício e privações. Assim, como ensinou Rossiter (1948), o direito dos indivíduos não obstrui a ação dos governantes em tempos de crise. Eis o perigo representado pela emergência: a expansão dos poderes do líder do Poder Executivo. A ameaça existe inclusive nas democracias representativas baseadas no governo limitado e na separação de poderes.

Na tentativa de prevenir o descontrole do crescimento dos poderes nas crises, o constitucionalismo moderno inseriu nos textos constitucionais cláusulas e dispositivos prevendo o que as autoridades são autorizadas a proceder quando de uma emergência nacional. Como vimos, no entanto, isso nem sempre foi garantia de respeito à própria Constituição, como demonstrou o caso da República de Weimar na Alemanha.

Ao examinarmos o caso dos Estados Unidos, verificamos que constitucionalmente falando há uma pobreza em relação aos poderes emergenciais. Isto, no entanto, não inviabilizou o exercício dos chamados poderes irregulares durante emergências. Considerada como uma República de emergências, desde a Independência a nação se depara com situações calamitosas que ensejam um comportamento expansivo por parte do presidente com o objetivo de contornar a crise.

A guerra teórica entre uma visão pró-Congresso e outra pró-Executivo historicamente marca o debate sobre os poderes emergenciais nos Estados Unidos. A

mesma história que propiciou a discussão tem revelado que a doutrina pró-Executivo tem se mostrado vitoriosa nos momentos extremos de necessidade pública. Isso significa que o Legislativo e Judiciário vêm seus poderes diminuídos – ou neutralizados – em benefício do crescimento dos poderes do Executivo.

Os dois Poderes deveriam ter o compromisso de por em prática o sistema de *checks and balances*, substrato da Constituição, e impedir um “Executivo imperial” que levasse à tirania e aos desmandos na administração pública. O exercício dos *checks and balances* deveria se dar inclusive nos momentos de emergência pública, e talvez especialmente nestes, porque eles são irrevogáveis e se prestam a combater a usurpação de poder indevido dos departamentos do Estado.

Resta evidente, por outro lado, que a população cumpre papel essencial na legitimação do crescimento dos poderes do presidente e na conseqüente fragilidade dos *checks and balances*. Ao apoiar majoritariamente as medidas executivas, isto empodera o comandante-em-chefe de um argumento imbatível: a sustentação popular. Assim, parece ser compreensível que tanto congressistas quanto magistrados usualmente se curvem às decisões, iniciativas e desejos do presidente da República.

A partir dessas considerações, nosso estudo teve como foco empírico as medidas do presidente após os atentados terroristas de 2001 nos Estados Unidos. Ele mostrou como se deu e se articulou a expansão dos poderes do presidente George W. Bush imediatamente após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001.

Os ataques geraram uma situação de emergência nacional formalmente declarada e a utilização de poderes emergenciais por parte do Executivo. Entretanto, mais que uma emergência, o momento pós atentados foi tratado como pertencente a uma guerra, uma “guerra de novo tipo” então nominada de “guerra contra o terrorismo”. Por conseqüência, se há uma guerra, era indispensável que os Estados Unidos possuíssem um presidente de guerra, com ampla discricionariedade para travar a batalha contra a ameaça existencial do terrorismo internacional e devolver a normalidade à República.

Vimos que a “guerra contra o terrorismo” possibilitou ao presidente, a partir da edição da Ordem Militar de novembro de 2001 e com o apoio da Autorização para o Uso da Força Militar oferecida pelo Congresso, prender suspeitos de terrorismo e enviá-los à Base Naval de Guantánamo ou a prisões militares em território norte-americano. As detenções, contudo, eram ilimitadas no tempo, já que os detentos adquiriram o *status* de *enemy combatant*, perdendo, assim, a possibilidade de contestar suas detenções com

um pedido de *habeas corpus*, não sendo considerados “prisioneiros de guerra” e não abarcados pelas Convenções de Genebra. Nada mais emblemático da expansão do poder presidencial do que a criação de Comissões Militares sob responsabilidade última do comandante-em-chefe da nação, que condensava prerrogativas para processar, julgar e condenar os suspeitos.

Analisamos, também, o comportamento da população, do Legislativo e do Judiciário durante a “guerra contra o terrorismo”, especialmente no primeiro mandato de George W. Bush. A população apoiou as medidas levadas a cabo pelo presidente, dando-lhe altíssimos índices de popularidade que quase beiraram à unanimidade. Isso demonstrou o quão perigoso, em um momento delicado de crise, pode ser um presidente extremamente bem avaliado, já que tal fator inibiu qualquer tipo mais expressivo de oposição interna organizada aos atos irregulares do líder da nação.

O Legislativo, nesse sentido, exerceu deferência sobre George W. Bush, condição agravada pela eleição de 2002 que municiou os republicanos de maioria na Câmara e no Senado. Já o Judiciário, especialmente a Suprema Corte, em que pese ter julgado casos importantes apenas em 2004, não foi capaz de frear as iniciativas unilaterais do presidente. Ressalve-se, no entanto, que houve uma tentativa, ao passo que o Legislativo parece até mesmo ter renunciado a tal método.

Em relação às nossas hipóteses, acreditamos que a principal¹² foi confirmada, já que mostramos que o Onze de Setembro ensejou o estabelecimento de medidas de exceção como a Ordem Militar e que acabaram fragilizando os *checks and balances* durante a crise nos Estados Unidos.

Já sobre nossas hipóteses auxiliares, temos a dizer que confirmamos a primeira¹³ delas, visto que demonstramos como a expressão “guerra contra o terrorismo” foi criada essencialmente para possibilitar a expansão dos poderes do presidente, a utilização de seus poderes de guerra e para atenuar os constrangimentos gerados pela aplicação efetiva do sistema de *checks and balances* pelas agências governamentais.

Nossa segunda¹⁴ hipótese auxiliar, por sua vez, foi confirmada em parte, já que por certo houve influência do apoio da população às medidas do presidente e isto

¹² “A situação de emergência criada pelos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 produziu medidas de exceção e demonstrou a fragilidade do sistema de *checks and balances* em tempos de crise nacional.”

¹³ “A expressão “guerra contra o terrorismo” reflete a estratégia do Executivo para adquirir poderes emergenciais e diminuir os *checks and balances* a fim de gerir a emergência nacional.”

¹⁴ “O apoio da população às políticas do Executivo contra a emergência influenciou no silêncio do Legislativo e Judiciário em relação aos *checks and balances*, de 2001 a 2004, prejudicando-os.”

auxiliou no silêncio do Poder Legislativo e na fragilidade dos *checks and balances*; mas, mesmo que tenhamos razões para crer que ocorreu o mesmo com o Judiciário, não temos, neste trabalho, elementos empíricos para afirmar que o Judiciário foi aquiescente por bom tempo na “guerra contra o terrorismo” em função da alta popularidade do comandante-em-chefe.

Por fim, nossa terceira¹⁵ hipótese auxiliar aos moldes já expostos foi confirmada. De fato, foi o Judiciário e não o Legislativo quem exerceu os *checks and balances*. A questão fundamental, no entanto, é que as ações da Suprema Corte e as decisões de 2004 não conseguiram frear totalmente a discricionariedade do presidente. Pode-se até mesmo dizer que elas foram como que um “puxão de orelha” no Executivo, mas desprovido de dor ou vermelhidão. A Suprema Corte tentou frear o unilateralismo do presidente, mas a dura realidade é que ela não conseguiu de forma efetiva, e o comandante-em-chefe continuou, em que pese opinião contrária, a interpretar soberanamente a Constituição e as leis internas e os tratados internacionais, especialmente os de Genebra de 1949.

Em agosto de 2008, por exemplo, a declaração de emergência nacional de 2001 foi novamente renovada. Os detentos em Guantánamo permaneciam no limbo. Cidadãos americanos presos sem acusação em território norte-americano também permaneciam encarcerados sem direito a princípios jurídicos fundamentais. Os interrogatórios coercitivos embebidos de práticas autorizadas de tortura também foram práticas recorrentes até que findasse o governo de George W. Bush no início de 2009. Ao que parece, Bush enganou a todos diante da televisão com uma promessa inconseqüente e falaciosa quando declarou, vinte e quatro horas após os atentados, que:

Mas nós não iremos permitir ao inimigo vencer a guerra mudando nosso modo de vida ou restringindo nossas liberdades. (BUSH, 2001a, tradução nossa)

A experiência da “guerra contra o terrorismo” analisada na dissertação veio a demonstrar que as emergências são um problema para os Estados baseados no princípio do governo limitado, e que há pouco a fazer quando um presidente com pretensões unilaterais goza do apoio da opinião majoritária da população. O resultado só pode ser um: arbitrariedades, injustiça e quebra dos princípios institucionais.

¹⁵ “O Judiciário, e não o Legislativo, foi quem exercitou os *checks and balances* e tentou frear a discricionariedade do Executivo.”

Barber (2005, p. 95) afirmou que “a insegurança pode levar as nações a comprar a segurança com o sacrifício da liberdade”. Mais do que “o sacrifício da liberdade”, o que a “guerra contra o terrorismo” nos mostrou é que a insegurança gerada por momentos de crise pode acabar imolando todos os princípios constitucionais que pareciam consolidados, mas que, ao sabor dos ventos da crise, soçobram e ruem nas mãos de homens nem sempre bem esclarecidos ou bem intencionados. Eis o dilema inelutável das democracias contemporâneas, que parece estar longe de lograr uma resolução.

Referências bibliográficas

ABC NEWS/WASHINGTON POST POLL, jun/12-15, 2008. Disponível em: <http://www.pollingreport.com/terror.htm>.

ACKERMAN, Bruce. The Emergency Constitution. In: **The Yale Law Journal**. Vol. 113, 2004, p. 1029-1091.

ADLER, David Gray. The Constitution and Presidential Warmaking: The Enduring Debate. **Political Science Quarterly**, vol. 103, nº 1, 1988, pp. 1-36.

ADLER, David Gray. The Clinton Theory of the War Power. **Presidential Studies Quarterly**, vol. 30, nº 1, 2000, pp. 157-168.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

ANDERSON, William L. **Emergencies: the breeding ground of tyranny**. In: The Future of Freedom Foundation, 2007. Disponível em: www.fff.org. Acesso em 10/05/2009.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Informe 2008 – O Estado dos Direitos Humanos no mundo**. Brasil: Algo Mais, 2008.

AP-GFK POLL, may/28-jun/01, 2009. Disponível em: <http://www.pollingreport.com/terror.htm>. Acesso em 10-08-2009

ARTURI, Carlos. **O Déficit dos Controles Democráticos face à Cooperação Securitária na União Européia**. In: 6º Encontro Nacional da ABCP, 2008, Campinas. 6º Encontro Nacional da Associação Brasileira de Ciência Política, 2008.

AUMF – **Authorization for Use of Military Force**. Congress Documents, September 18, 2001.

BARBER, Benjamin. **O império do medo: guerra, terrorismo e democracia**. Rio de Janeiro: Record, 2005.

BARTHELEMY, Joseph: **Problèmes de Politique et Finances de Guerre**. Alcan, 1915.

BENTES, Fernando R. N. Montenegro. **A separação de poderes da Revolução Americana à Constituição dos Estados Unidos: o debate entre os projetos constitucionais de Jefferson, Madison e Hamilton**. Dissertação de Mestrado em Direito. Rio de Janeiro: PUC, 2006.

BOBBITT, Philip. **Terror and Consent: the War for the Twenty-First Century**. New York: Penguin, 2008

BUSH, George W.. **Text of Bush's act of War Statement**. BBC News, 09-12, 2001a.

BUSH, George W.. **Remarks by the Presidente Upon Arrival**. 09-16-2001b.

BUSH, George W.. **Address to a Joint Session of Congress and the American People**. 09-20-2001c.

BUSH, George W.. **Humane treatment of Al Qaeda and Taliban Detainees**. The White House, Memorandum, february 7, 2002.

BUTLER, Paul. **Briefing on Detainee Operations at Guantanamo Bay**. February 13, 2004. Disponível em:
<http://www.defenselink.mil/transcripts/transcript.aspx?transcriptid=2071>.

BUTLER, Judith. O limbo de Guantánamo. **Novos Estudos**, nº 77, 2007, pp. 223-231.

BYBEE, Jay. **Standards of conduct for interrogation under 18 U.S.C. §§ 2340-2340A**. U.S. Department of Justice, Memorandum, august 1, 2002.

BYERS, Michael. **A lei da guerra: direito internacional e conflito armado**. Rio de Janeiro: Record, 2007.

CANTALAPIEDRA, David Garcia. A Administração Bush e o futuro da política estratégica dos EUA: Da GWOT à “Longa Guerra”. **Relações Internacionais**, set. 2008, nº 19, pp.55-72.

CARVALHO, Ernani. Revisão judicial e judicialização da política no Direito ocidental. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, nº 28, 2007, pp. 161-179.

CEPIK, Marco. **Espionagem e democracia: agilidade e transparência como dilemas na institucionalização de serviços de inteligência**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

COLE, David. The New McCarthyism: Repeating History in the War on Terror. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, vol. 38, 2003, pp. 1-30.

COLEMAN, James; SULLIVAN, Barry. Foreword. **Law and Contemporary Problems**, vol. 65, nº 2, 2002, pp. 1-5.

CONGRESSIONAL RECORD. **Session of House of Representatives of USA**. September 14, 2001.

CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em outubro de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2000.

CONVENÇÃO III. **Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra de 12 de agosto de 1949**. Disponível em:
<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-conv-III-12-08-1949.html>. Acessado em: 10-06-2009.

DAMIN, Cláudio Júnior. **O neoconservadorismo e a exclusão dos custos na guerra contra o terrorismo**. Trabalho apresentado no Segundo Congreso Uruguayo de Ciencia Política, Montevideo, 2008.

DAVIS, Darren; SILVER, Brian. **The Threat of Terrorism, Presidential Approval, and the 2004 Election.** Annual Meeting of the American Political Science Association. Chicago, Illinois, September 2-5, 2004.

DEVINS, Neal. Congress, Civil Liberties, and the War on Terrorism. **Wm. & Mary Bill of Rts. J.**, 2002.

DWORKIN, Ronald. **What the Court really said.** The New York Review of Books, vol. 51, nº 13, august 12, 2004.

EINSPANIER, Kathryn L.. Burlamaqui, the Constitution, and the Imperfect War on Terror. **The Georgetown Law Journal**, vol. 96, 2008, pp. 985-1026.

EPSTEIN, Lee; HO, Daniel; KING, Gary; SEGAL, Jeffrey. The Supreme Court During Crisis: how war affects only non-war cases. **New York University Law Review**, vol. 80, nº 1, 2005, pp. 1-116.

EX PARTE MILLIGAN, 71, U.S. 4 Wall. 22 (1866). Disponível em: www.supreme.justia.com/us/71/2/case.html. Acesso em 11/04/2009.

EX PARTE QUIRIN, 317 U.S. 1 (1942). Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/317/1/case.html>. Acesso em 11/04/2009.

FERRAZ, Francisco. **O macartismo: como uma tirania pode crescer dentro de uma democracia.** 2009. Disponível em: www.politicaparapoliticos.com.br. Acesso em 08-06-2009.

FISCHER, Louis; ADLER, David Gray. The War Powers Resolution: Time to Say Goodbye. **Political Science Quarterly**, vol, 113, nº 1, 1998, pp. 1-20.

FISCHER, Louis. Scholarly support for presidential wars. **Presidential Studies Quarterly**, september 2005, pp. 590-607.

FISCHER, S. G.. The Suspension of Habeas Corpus during the War of the Rebellion. **Political Science Quarterly**, III, 1888.

FLETCHER, George. Black hole in Guantánamo Bay. **Journal of International Criminal Justice**, Oxford University, nº 2, 2004, pp. 121-132.

FROSINI, Tommaso Edoardo. El Estado de Derecho se há detenido em Guantánamo. **Revista Española de Derecho Constitucional**, nº 76, 2006.

GARGARELLA, Roberto. Em nome da Constituição: o legado federalista dois séculos depois. In: **Filosofia Política Moderna: de Hobbes a Marx.** São Paulo: USP, 2006, pp. 169-188.

GERMAN, Christiano. As consequências das novas leis de segurança sobre a comunicação local e global. **Sociedade e Cultura**, v. 5, nº 2, 2002, pp. 117-126.

GÓMEZ, José María. Soberania Imperial, Espaços de Exceção e o Campo de Guantánamo. Desterritorialização e Confinamento na “Guerra contra o Terror”. **Contexto Internacional**, vol. 30, nº 2, 2008, pp. 267-308.

GROHMANN, Luis Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, nº 17, 2001, pp. 75-100.

GROSS, Oren. Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional? **Yale Law Journal**, vol. 112, nº 5, march 2003a.

GROSS, Oren. Providing for the unexpected: constitutional emergency provisions. **Israel Yearbook on Human Rights**, 2003b, pp. 1-31.

GROSS, Oren. **The concept of “crisis”: what can we learn from the two dictatorship of L. Quinctius Cincinnatus?** In XVII Int’l Conference – “Civil and economic rights in times of crisis”, Italy, 2005.

HAMDI ET AL V. RUMSFELD, SECRETARY OF DEFENSE, ET AL. (2004), 542 U.S. 507. Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/542/507/case.html>. Acesso em 10-04-2009.

HAMILTON, MADISON, JAY. **Sobre a Constituição dos Estados Unidos**. São Paulo: IBRASA, 1964.

HAYEK, Friedrich. **Direito, legislação e liberdade**. São Paulo: Visão, 1985, volume II (A miragem da justiça social).

HENDRICKSON, Ryan. **Por que o Congresso não acaba com a guerra do Iraque?** Le Monde diplomatique Brasil, janeiro, 2008. Disponível em: <http://diplo.uol.com.br/2008-01,a2146>. Acesso em 14-09-2009.

HETHERINGTON, Marc J.; NELSON, Michael. Anatomy of the Rally Effect: George W. Bush and the war on terrorism. **Political Science & Politics**, jan. 2003, pp. 37-42.

HOBSBAWN, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

HUQ, Aziz Z.. Twelve steps to restore checks and balances. **Breman Center for Justice at New York University School of Law**, 2008.

JEFFERSON, Thomas. **Letter from Thomas Jefferson to James Brown**, October 27, 1808. In *The Works of Thomas Jefferson*, 1808. Disponível em: <http://www.memory.loc.gov>. Acesso em 02-07-2009.

JINKS, Derek. The applicability of the Geneva Conventions to the “Global War on Terrorism”. **Virginia Journal of International Law**, vol. 46, 2005, pp. 1-32.

JOHNS, Fleur. Guantánamo Bay and the Annihilation of the Exception. **The European Journal of International Law**, vol. 16, nº 4, 2005, pp. 612-635.

JOHNSON V. EISENTRAGER, 339 U. S. 763 (1950). Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/339/763>. Acesso em: 15-05-2009.

KAGAN, Robert. **We must fight this war**. Washington Post, 09-11-2001.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KMIEC, Douglas. Observing the separation of powers: the president's war power necessarily remains "the power to wage war successfully". **Drake Law Review**, vol. 53, 2005, pp. 851-895.

KOREMATSU V. UNITED STATES, 323 U.S. 214 (1944). Disponível em: www.supreme.justia.com/us/323/214/case.html. Acesso em: 11-04-2009.

KRISTOL, Irving. "O espírito de 87". In: KRISTOL, Irving; GLAZER, Nathan; WILSON, James Q. **A ordem constitucional americana (1787-1987)**. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1988, pp. 5-14.

LIPSET, Seymour Martin. **A sociedade americana: uma análise histórica e comparada**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1963.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Petrópolis: Vozes, 2001.

MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**, nº 172, 2006, pp. 37-44.

MANSFIELD, Harvey. Governo constitucional: a alma da democracia moderna. In: KRISTOL, Irving; GLAZER, Nathan; WILSON, James Q. **A ordem constitucional americana (1787-1987)**. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1988, pp. 83-101.

MAQUIAVEL, Nicolau. **Comentários sobre a Primeira Década de Tito Lívio**. Brasília: EdUnB, 1979.

MEISTER, Ronald. The Supreme Court, Guantanamo Bay and Justice Fix-it. **Cornell Law School Berger International Speaker Series**, paper 4, 2004.

MILITARY ORDER. **Detention, treatment, and trial of certain non-citizens in the war against terrorism**. Presidential Documents, november 13, 2001.

MIRANDA, Jorge (org.). **Textos históricos do Direito Constitucional**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1980.

MONTESQUIEU, Charles de S.. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORENO, Juan Felipe. La emergencia de uma (nueva) lógica de seguridad política. **Colômbia Internacional**, nº 62, 148, pp. 148-161.

MOTA, Ana Carolina Yoshida H. de Andrade. **Accountability no Brasil: os cidadãos e seus meios institucionais de controle dos cidadãos.** Tese de Doutorado em Ciência Política. São Paulo: USP, 2006.

MUELLER, John E.. Presidential Popularity from Truman to Johnson. **The American Political Science Review**, vol. 64, nº 1, 1970, pp. 18-34.

NETO, José Cretella. **Terrorismo Internacional: inimigo sem rosto – combatente sem pátria.** Campinas: Millennium Editora, 2008.

NEUSTADT, Richard E.. The contemporary Presidency: the presidential “hundred days”: An Overview. **Presidential Studies Quarterly**, 31, nº 01, march 2001, pp. 121-125.

NOGUEIRA, João P. Ética e violência na teoria das relações internacionais: uma reflexão a partir do 11 de setembro. **Contexto Internacional**, Rio de Janeiro, v. 25, nº 1, 2003, pp. 81-102.

NYT. **Notes From the War on Terror.** New York Times, Editorial, may 2, 2008.

O’DONNELL, Guillermo. **Accountability horizontal.** 1988. Disponível em: <http://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/accountability%20democratico.pdf>.

OWENS, John E.. Presidential Power and Congressional Acquiescence in the “War” on Terrorism: A New Constitutional Equilibrium? **Politics and Policy**, nº 2, 2006, pp. 258-303.

PAUST, Jordan. There Is No Need to Revise the Laws of War in Light of September 11th. **The American Society of International Law**, november 2002.

PECEQUILO, Cristina Soreanu. **A política externa dos Estados Unidos: continuidade ou mudança?** Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2005, 2ª ed.

PIFFNER, James. Constraining Executive Power: George W. Bush and the Constitution. **Presidential Studies Quarterly**, vol. 38, no. 1, 2007, pp.123-143.

PROCLAMATION 7463. **Declaration of National Emergency by Reason of Certain Terrorist Attacks.** Presidential Documents, September 14, 2001.

RASUL ET AL. V. BUSH, PRESIDENT OF THE UNITED STATES, ET AL. (2004). Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/542/466/case.html>. Acesso em 10-04-2009.

RELYEA, Harold C.. **National Emergency Powers.** CRS Report for Congress of United States of America, 2007.

REZENDE, Erica Simone Almeida. **Americanidade, Puritanismo e Política Externa: a (re)produção da ideologia puritana e a construção da identidade nacional nas práticas de política externa norte-americana.** Tese de Doutorado em Ciência Política. São Paulo: USP, 2009.

- ROSSITER, Clinton. **Constitutional Dictatorship**. Princeton: Princeton Press, 1948.
- RUMSFELD, Donald. **Memorandum for Chairman of the Joint Chiefs of Staff about Status of Taliban and Al Qaida**. Secretary of Defense, jan 19, 2002.
- RUMSFELD, Donald. **Memorandum for the Commander US Southern Command about Counter-Resistance Techniques in the War on Terrorism**. Secretary of Defense, april 16, 2003.
- SÁ, Alexandre Francisco de. **Do decisionismo à teologia política: Carl Schmitt e o Conceito de Soberania**. Lisboa, 2003. Disponível em: www.lusosofia.net. Acesso em 14/05/2009.
- SARTORI, Giovanni. **Engenharia constitucional: como mudam as constituições**. Brasília: EdUnB, 1996.
- SCHEPPELE, Kim Lane. Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11. University of Pennsylvania Law School, Public **Law and Legal Theory Research Paper Series**. Research Paper nº 60, vol. 6:5, may 2004.
- SCHMITT, Carl. **A ditadura**. In: Revolução, constituição e ditadura. São Paulo: Vértice, 1986.
- SCHMITT, Carl. **Political Theology**. Chicago: University of Chicago Press, 2005.
- SCHMITT, Carl. **Legalidade e Legitimidade**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007.
- SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2006.
- SEGADO, Francisco. **La suspension de garantías constitucionales em La nueva Constitución española**. 1979, pp. 299-312.
- SODER, Kirsten. The Supreme Court, the Bush administration and Guantánamo Bay. **SIPRI Background Paper**, january 2009.
- SUNSTEIN, Cass. R.. Fear and Liberty. **Social Research**, vol. 71, nº 4, 2004, pp. 1-29.
- TREANOR, William Michael. The war powers outside the Courts. **Indiana Law Journal**, vol. 81, 2006, pp. 1333-1342.
- TRIBE, Laurence. **The Constitution in Crisis: From Bush v. Gore to the War on Terrorism**. The Tanner Lectures on Human Values, 2004.
- TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. São Paulo: Petrópolis, 2002.
- TUSHNET, Mark. Defending Korematsu?: Reflections on Civil Liberties in Wartime. Georgetown University Law Center, **Public Law and Legal Theory Working Paper**, nº 368323, 2003.

TUSHNET, MARK. Controlling Executive Power in the War on Terrorism. **Harvard Law Review**, vol. 118, 2005, pp. 2673-2682.

U.S DEPARTMENT OF JUSTICE. **The USA Patriot Act: Preserving Life and Liberty**. S/d. Disponível em: <http://www.lifeandliberty.gov>. Acesso em: 10-01-2009.

VISACRO, Alessandro. **Guerra irregular: terrorismo, guerrilha e movimentos de resistência ao longo da história**. São Paulo: Contexto, 2009

VIZENTINI, Paulo Fagundes. **O descompasso entre as nações**. Rio de Janeiro: Record, 2004.

WEIDA, Jason Collins. A Republic of Emergencies: Martial Law in American Jurisprudence. **Connecticut Law Review**, vol. 36, 2004, pp. 1397-1438.

WILSON, James Q.. Ainda funciona a separação dos poderes? In: KRISTOL, Irving; GLAZER, Nathan; WILSON, James Q.. **A ordem constitucional americana (1787-1987)**. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1988, pp. 56-82.

WOLFOWITZ, Paul. **Memorandum for the Secretary of the Navy about Order Establishing Combatant Status Review Tribunal**. Deputy Secretary of Defense, 7 July, 2004.

YOO, John. Judicial Review and the War on Terrorism. **George Washington University Law Review**, vol. 71, 2003b.

YOO, John. War and the Constitutional Text. **The University of Chicago Law Review**, nº 69, 2003a, pp. 1-41.

YOO, John; DELAHUNTY, Robert. **Authority for use of military force to combat terrorist activities within the United States**. U.S. Department of Justice, Memorandum, October 23, 2001.

YOO, John; PHILBIN, Patrick. **Possible habeas jurisdiction over aliens held in Guantánamo Bay, Cuba**. U.S. Department of Justice, Memorandum, December 28, 2001.