

## O ATO PATRIOTA NORTE-AMERICANO E A RESTRIÇÃO A DIREITOS

Francisco Bilac Moreira Pinto Filho\*

**Resumo:** Neste artigo, analisa-se a legislação de exceção promulgada após os atentados de 11 de setembro de 2001, mais conhecida como Ato Patriota. Não se trata de um exame exaustivo, apenas houve análise tópica de alguns dispositivos que são confrontantes com a tradição democrática norte-americana. Também é analisada a decisão da Suprema Corte norte-americana tomada no julgamento *Hamdan versus Rumsfeld*, quando a corte entendeu que os procedimentos de julgamento determinados pelo Presidente da República e autorizados pelo Secretário de Defesa, Ronald Rumsfeld (constituição de uma comissão militar), não coadunavam com as práticas democráticas de julgamento de prisioneiros de guerra, embora a corte não tenha declarado inconstitucionais as leis de exceção que visam o julgamento de prisioneiros de guerra estrangeiros.

**Abstract:** The article analyzes the exception legislation that was promulgated after de 11th September attacks in US soil, better called US Patriotic Act. It is not an exhausting study. It analyzes topically the main points of the legislation that were in discrepancy with the North-American democratic tradition. It also analyzes the Supreme Court decision in the *Hamdan versus Rumsfeld* judgment, when the Court understood that the proceedings of the trial determined by the President and authorized by the Secretary of Defense, Ronald Rumsfeld (by a military commission), were not in accordance with the democratic practices of the prisoner's trials, notwithstanding the Court did not declare unconstitutional the exceptions laws that determinates the judgments of foreigners prisoners.

**Palavras-chave:** Ato Patriota – legislação de exceção – prisioneiros de guerra – comissões militares – julgamento por comissões militares – *Hamdan v. Rumsfeld* – Suprema Corte norte-americana – princípios democráticos – modelos democráticos.

**Key Words:** Patriotic Act – exception legislation – prisoners of war – military commissions – judgments by the military commissions – *Hamdan versus Rumsfeld* – North-American Supreme Court – democratic principles – democratic patterns.

**Sumário:** 1) Esclarecimento; 2) Adaptação Constitucional; 3) Estado de Emergência e Poderes Presidenciais; 4) Vigilância Eletrônica; 5) Designação de Juízes Especiais; 6) Pagamento de Recompensas e a Proibição de Revisão pelo Poder Judiciário; 7) *Hamdan versus Rumsfeld*; 8) Voto Minoritário e a Nova Lei sobre as Comissões Militares; 9) Liberdade x Segurança; 10) Modelos Democráticos.

### 1) Esclarecimento

Alguns doutrinadores já identificaram esse início do século XXI como a “era da exceção”. A exceção é vislumbrada no contexto do regime democrático que resguarda direitos dos cidadãos em relação aos Estados. Não há exceção pelo simples fato de ter

\* Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado.

## O ATO PATRIOTA NORTE-AMERICANO E A RESTRIÇÃO A DIREITOS

havido atentados terroristas e continuar a haver ameaças de novos ataques. No contexto internacional, a belicosidade dos Estados é permanente.

A exceção que se identifica se refere à convivência forçada entre regras democráticas e restrição a direitos. Após os atentados às torres gêmeas em 11 de setembro de 2001, o mundo se consternou e os Estados Unidos da América se horrorizaram com as cenas dos aviões atingindo os mais altos edifícios da cidade de Nova Iorque. Não compreendiam como a maior nação bélica do mundo podia ser atingida em seu próprio território.

Diante da estupefação, a nação que iniciara sua história reivindicando direitos inalienáveis contra a Coroa inglesa deveria rever sua carta de direitos para poder se adequar aos novos desafios mundiais. Carta de direitos, que devemos lembrar, construída pelas emendas à Constituição de 1787 e, sobretudo, pela construção jurisprudencial durante mais de 220 anos de vigência.

Não é nossa intenção a análise das causas dos atentados. Nosso intuito é apenas o conhecimento de alguns tópicos da Lei Geral americana de n.º 107-56, conhecida como Ato Patriota; o exame de como esta lei interfere com as liberdades públicas dos cidadãos norte-americanos e dos estrangeiros quando sob o império da lei norte-americana; aproximações com o direito brasileiro quando isto for possível; e, finalmente, uma expedita análise da decisão da Suprema Corte norte-americana no caso SALIMAHMED HAMDAN, peticionante contra DONALD H. RUMSFELD, Secretário de Defesa, que impôs ao governo norte-americano, sobretudo às comissões militares criadas pelo Presidente da República, o necessário respeito a direitos inalienáveis dos prisioneiros de guerra.<sup>1</sup>

### 2) Adaptação Constitucional

O direito constitucional norte-americano não se encontra apenas no texto de 1787 e nas diversas emendas que o seguiram, sobretudo no *Bill of Rights* do qual fazem parte as dez primeiras emendas que entraram em vigor em 1791. Ele se encontra, mormente, na interpretação da Suprema Corte americana em relação aos seus dispositivos e, quando, não raro, na criação de direitos a partir destas interpretações.

O texto da quarta Emenda que reproduz o impedimento de busca e apreensão arbitrárias (*unreasonable searches and seizures*) não pode conviver com o estado de guerra pelo qual o país já passou várias vezes. No tormentoso estado caótico que a cidade de Nova Orleans presenciou, quando do Furacão Katrina, não era admissível que as Forças Armadas que ajudavam no transporte das pessoas, muitas dessas pessoas recalcitrantes, aguardassem ordens judiciais para retirá-las de suas casas. Era preciso

---

<sup>1</sup> Apesar de muitas objeções da classe política norte-americana, sobretudo do Partido Democrata e membros moderados do Partido Republicano, o Ato Patriota, em sua maior parte, foi renovado em 2006.

desrespeitar os mandamentos que exigem a razoabilidade da ação da autoridade, pois o bem mais precioso a ser defendido naquele momento era justamente a vida dos recalcitrantes, embora nem mesmo eles percebessem isso.

Ao tempo da promulgação e aprovação do *Bill of Rights*, os americanos tinham em mente o arbítrio que sofriam das autoridades inglesas, ou autoridades locais sob a tutela inglesa, que invadiam os domicílios para a coleta de tributos e a busca de rebeldes que apoiavam o movimento de independência.

A liberdade de expressão (*Freedom of Speech*) também foi pensada como um impedimento à censura. Não havia uma visão clara de que o discurso era livre e a manifestação do pensamento deveria ser ampla. A imprensa permitida era a que recebia a tutela inglesa. Os ingleses foram a primeira nação do mundo ocidental a impor a taxação de cada folha do jornal impresso para obrigar os donos de jornais a pagarem cada vez mais, sob a singela inferência que quanto menos escreviam menos falariam mal da Coroa.<sup>2</sup> Não poderiam imaginar as facilidades da comunicação móvel, muito menos o acesso irrestrito a uma rede mundial de computadores. Mesmo com o grande aparato que a tecnologia permite aos Estados de perquirir sobre essas comunicações, é materialmente impossível controlar as falas e comunicações de centenas de milhões de habitantes. Na era do terror, muitos sítios que preconizavam o ódio a raças, religiões e posições do Estado foram simplesmente fechados por ordem do Presidente da República, sem que houvesse um procedimento judicial anterior para que isso ocorresse. Obviamente que esses atos foram perpetrados após a declaração do Estado de Emergência, que permite ao Presidente agir com poderes excepcionais, como veremos mais à frente.

Essas dissintonias entre o mundo moderno e as palavras do século XVIII preocupam mais quando se constata que o procedimento de aprovação de emendas constitucionais não é tão simples, pois, após a aprovação do texto pelo Congresso americano, ainda é necessária a ratificação de pelo menos três quartos dos outros Estados federados, por meio de suas assembleias locais. O caminho buscado é justamente a interpretação que vem sendo construída pela Suprema Corte.<sup>3</sup>

Como há um grande apego à tradição, a cultura saxônica privilegia mais a boa interpretação do que o risco de se modificar o texto constitucional de mais de 200 anos para atender a circunstâncias momentâneas. Os juízes da Suprema Corte, por terem mandato vitalício e só poderem ser removidos de seus cargos por processo de impedimento iniciado

---

<sup>2</sup> Episódios deste tipo de procedimento são identificados até mesmo neste início de século XXI. Tivemos atos do presidente venezuelano Hugo Chávez negando a compra de divisas a uma empresa chilena que era responsável pela importação de papel de impressão para um dos principais periódicos venezuelanos (*Correo del Caroni*, Juan Manuel Carvajal, “Guayaneses expresan su apoyo al Correo”, miércoles, 12 de diciembre de 2007 – [www.correidelcaroni.com](http://www.correidelcaroni.com)).

<sup>3</sup> “... by the fact that precisely because the Constitution is so difficult to amend, the Court need have little fear that its constitutional interpretations that modify earlier understandings will be nullified by adoption of new amendments to the Constitution to restore those understandings” (POSNER, Richard. *Not a Suicide Pact*. 1st ed. New York: Oxford University Press, 2006, pp. 18-19).

## OATO PATRIOTA NORTE-AMERICANO E A RESTRIÇÃO A DIREITOS

e votado na Câmara dos Representantes, são os atores principais para a consecução das mudanças necessárias às adaptações desta nova era.

Antes dos atentados de 11 de setembro havia – e ainda há – uma expressiva corrente doutrinária que sempre foi contrária à liberdade interpretativa constitucional que desconsiderasse a vontade dos pais fundadores da nação (*Founding Fathers*).<sup>4</sup> Em sua maioria conservadores, receiam que as interpretações judiciais possam distorcer o verdadeiro intento dos homens que construíram a nação.

A teoria ativista, podemos citar como expoentes Dworkin e o Justice William J. Brennan Junior; defende a necessidade do ativismo judicial, pois acredita que a defesa das liberdades civis não está exclusivamente sob a tutela das assembléias locais e do Congresso americano; e sim na Constituição americana, que precisa ter uma indispensável interpretação para adaptação dos direitos lá elencados para a realidade atual. As partes mais controversas da Constituição norte-americana ainda se encontram imutáveis desde a ratificação da décima quarta emenda aprovada em 1868. Os dispositivos constitucionais relativos à segurança nacional também estão sem qualquer alteração desde a promulgação do *Bill of Rights*, em 1791.<sup>5</sup>

Não seria admissível permitir que os direitos inalienáveis dos cidadãos ficassem à mercê unicamente das maiorias legislativas. No direito consagrado na quarta Emenda, que proíbe buscas e apreensões sem motivos plausíveis que as autorizem, pode-se enfrentar dificuldades de aplicação se o Poder Judiciário considerar que a interceptação de correspondências, impressas ou eletrônicas, e as escutas telefônicas são uma forma de violação deste princípio. No momento atual, já há leis que autorizam o Poder Executivo e seus agentes a agirem em desacordo com a Emenda quatro. Dever-se-á modificar a interpretação constitucional que impede este tipo de invasão de privacidade baseado, mormente, sobre o argumento da segurança nacional, ou simplesmente declarar a inconsistência constitucional dessas leis?

Para Dworkin e Brennan, o Poder Judiciário pode e deve refrear as leis que ameacem os direitos às liberdades primárias consagradas constitucionalmente.<sup>6</sup> O que se verifica,

<sup>4</sup> “By the same token, an activist jurisprudence, one which anchors the Constitution only in the consciences of jurists, is a chameleon jurisprudence, changing color and form in each era. The same activism hailed today may threaten the capacity for decision through democratic consensus tomorrow, as it has in many yesterdays. Ultimately, as the early democrats wrote into the Massachusetts state constitution, the best defense of our liberties is a government of laws and not men” (MESSE III, Edwin. “Interpreting the Constitution”. Org. RAKOVE, Jack N. *Interpreting the Constitution: the Debate over Original Intent*. 1st ed. Boston: Northeastern University Press, 1990, p. 20).

<sup>5</sup> POSNER, Richard. Op. cit., p. 22

<sup>6</sup> “Precisely because coercitive force must attend any judicial decision to countermand the will of the contemporary majority, the Justices must render constitutional interpretations that are received as legitimate. The source of legitimacy is, of course, a wellspring of controversy in legal and political circles. At the core of the debate is what the late Yale Law School professor Alexander Bickel labeled: «the counter-majoritarian difficulty». Our commitment to self-governance in a representative democracy must be reconciled with vesting in electorally unaccountable Justices the power to invalidate the expressed

## FRANCISCO BILAC MOREIRA PINTO FILHO

no entanto, é que em momentos de crise a Suprema Corte norte-americana tem preferido se abster de contestações às leis promulgadas pelo Congresso e pelo Presidente da República, pois reconhece que esses são, efetivamente, os órgãos políticos que respondem mais contundentemente aos sentimentos da maioria dos cidadãos. Esta situação se repetiu algumas vezes na história americana, como na Guerra Civil, na grande crise econômica de 1929 e durante a Segunda Grande Guerra.

O momento se repete agora. Há leis que são promulgadas que ferem liberdades consagradas. Há e sempre houve o receio do Poder Judiciário de se arvorar como constituinte derivado. Na tradição anglo-saxônica há sempre a invocação do precedente e a sua acomodação por analogia às novas situações. Esta, talvez, a principal escusa para “não inovar” e sim para “adaptar”. Não pode e não deve refletir a pecha de um poder usurpador das prerrogativas dos outros poderes.

Como na América e no Brasil, há a possibilidade do controle difuso da constitucionalidade. Nas decisões de primeiro grau e nas cortes regionais certamente as sentenças carregam um alto grau de subjetividade calcadas na formação do magistrado, em seu ambiente, na sua convivência e em suas ideologias. Pode ser que um Juiz de Nova Iorque, que tenha perdido algum parente na tragédia do 11 de setembro, seja menos contemporizador com as garantias de liberdade do que um Juiz do Estado da Louisiana, no sul americano, que tenha sofrido invasão de sua residência pelas autoridades responsáveis pela evacuação quando ocorreu a tragédia do furacão Katrina.

Enquanto assuntos da mais importante gravidade não chegam a julgamento pela Suprema Corte, se ela assim o desejar, as decisões efetivamente válidas são as que são proferidas pelos juízes de primeiro grau, e o estado de incerteza torna-se cada vez maior. E não podemos deixar de considerar as prerrogativas já conferidas às autoridades do Poder Executivo que passaram a deter poderes semi-ditatoriais.

Apesar desses receios não há uma completa inércia da Suprema Corte, pois já há decisões que ressaltam direitos ao devido processo legal. Entretanto, verifica-se certo grau de passividade com relação às leis restritivas.

A reação do governo americano ao atentado demonstrou a união de todos os setores da sociedade americana. A continuidade do conflito gerou o dissenso sobre as prioridades dos esforços empreendidos e sobre a legislação de exceção.

---

*desires of representatives bodies on the grounds of inconsistency with higher law*” (BRENNAN JR, William J. “The Constitution of the United States: contemporary ratification”. Org. RAKOVE, Jack N. *Interpreting the Constitution: the Debate over Original Intent*. 1st ed. Boston, Northeastern University Press, 1990, p. 25).

## O ATO PATRIOTA NORTE-AMERICANO E A RESTRIÇÃO A DIREITOS

### 3) Estado de Emergência e Poderes Presidenciais.

A consideração do que seja ou como se configura o Estado de Emergência não pode ficar atrelada à hipótese de agressão externa ou ato terrorista. As grandes calamidades, sejam ocasionadas por fenômenos naturais ou por epidemias massificadas de doenças desconhecidas, da mesma forma, podem nos conduzir à caracterização do Estado de Emergência.

É histórica a aversão dos cidadãos norte-americanos às intervenções militares na condução da vida civil. Após o período de reconstrução pós-Guerra Civil, que podemos definir como período que vai de 1865 a 1877, o Congresso norte-americano promulgou em 1878 o que é conhecido como “Posse Comitatus Act”. Após o final das atividades de guerra, o exército vencedor do Norte ocupou vários Estados do Sul para impedir que houvesse a recidiva de separação e para conter a ordem pública. A ocupação militar não foi bem recepcionada e houve a promulgação do ato que impede que forças estritamente militares sejam utilizadas para manter a ordem pública interna. As forças militares podem ser usadas na vigilância de estruturas militares e na apuração de crimes militares.

Mas toda a aversão à ocupação militar não impediu que o Presidente norte-americano convocasse por mais de duzentas vezes, de 1795 a 1995, as forças armadas para impedir que houvesse tumultos sociais e ajuda a calamidades naturais.

A última restrição à aplicação de tropas das Forças Armadas se deu na devastação provocada pelo Furacão Katrina, na costa sul dos Estados Unidos, no verão de 2005. Alguns doutrinadores invocaram esta restrição baseando seus argumentos nos mandamentos do “Posse Comitatus Act”. Embora tardiamente, por determinação do próprio Presidente da República, as Forças Armadas norte-americanas foram empregadas para ajudar os cidadãos em agonia, e não se tem notícia de que isto tenha causado restrição, ou mesmo lesão, aos direitos civis dos cidadãos atingidos.

Os poderes do Presidente da República estão mais baseados na história e na estrutura fundante da Constituição norte-americana, do que simplesmente em sua estrita linguagem. Esta foi a conclusão de julgamento no processo *Curtiss-Wright Export Corporation versus United States*.<sup>7</sup> Para os ministros da Suprema Corte que estavam no momento da decisão, os interesses da nação (história e estrutura) são mais valorados do

<sup>7</sup> *Curtiss-Wright Export Corporation versus United States* foi julgado em 1936. A questão versava sobre os poderes de representação internacional do Presidente da República. O Congresso Americano havia delegado certos poderes ao Presidente da República e este havia imposto limitações às exportações de armas para a região do Chaco, onde se conflagravam Bolívia e Paraguai. A empresa Curtiss-Wright Export vinha fazendo exportações de armamentos e foi acusada de violar as determinações legais. A alegação da empresa baseava-se na premissa de que a delegação que o Congresso americano fizera ao Presidente da República feria as disposições constitucionais que previam os poderes presidenciais. A argumentação do Justice George Shuterland era de que os poderes soberanos nas relações internacionais não dependiam estritamente da letra da Constituição. Eles foram transmitidos diretamente da Coroa inglesa para as 13 colônias originais como um elemento essencial à nacionalidade americana e foram conquistados com a Revolução pela independência (MAIER, Harold G. verbete: “Curtiss-Wright Export Corporation v. United States”. Org. HALL, Kermit L. *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. 1st ed. New York: Oxford University Press, 1992, p. 212).

que propriamente as previsões constitucionais. O julgamento, pelas palavras produzidas pela Corte, é sempre invocado como supedâneo para o exercício de poderes presidenciais que não estejam expressamente previstos no texto constitucional.<sup>8</sup>

A conclusão da Corte não preocuparia se ficasse restrita ao caso concreto. O temor dos defensores das liberdades reside no fato de que a liberdade civil se opõe diretamente à força do Estado. Se a Constituição deixa de ser obstáculo para o Estado agir, ou mesmo para os seus representantes (Presidente da República) agirem, todo o espectro de proteção de garantias civis pode estar ameaçado.

Quando o julgamento foi pronunciado, os Estados Unidos se encontravam sob a presidência de Franklin Roosevelt e as influências do New Deal. A presença estatal em vários setores da vida dos cidadãos norte-americanos era notada e aceita. Contudo, em 1936, não havia o estado de guerra que os Estados Unidos enfrentaram após Pearl Harbor e após o 11 de setembro, e continuam enfrentando com as ameaças terroristas. Os tempos de emergência são justamente os tempos em que são invocados poderes extraordinários para se deter o mal. A restrição a direitos se transforma em tema menos sintomático do estado de preservação das liberdades, cedendo lugar à problemática da Segurança Nacional.

Apenas o Presidente da República pode declarar o Estado de Emergência nacional.<sup>9</sup> Durante o estado de emergência, o Presidente pode emitir decretos executivos (*executive orders*) para determinar os atos necessários dirigidos às autoridades para a consecução das tarefas indispensáveis à Segurança Nacional.<sup>10</sup>

A declaração de guerra é exclusiva do Congresso.<sup>11</sup> Na declaração de guerra, deverá o Congresso americano votar leis que autorizem o Presidente da República a preparar as forças necessárias para o início das hostilidades.<sup>12</sup> O Presidente da República, como ocorre em nosso país, é o Chefe Supremo das Forças Armadas.<sup>13</sup>

No Estado de Emergência, entre os diversos poderes conferidos pelo Ato Patriota

---

<sup>8</sup> “The particular context of *Curtiss-Wright* was the nation’s foreign relations. But the principle of the case – that national power is not limited to the powers explicitly granted by the Constitution – is broader, and anyway our main terrorist enemies are foreign nonstate groups that pose a threat to the nation greater than that of most foreign states” (POSNER, Richard. Op. cit. p. 4).

<sup>9</sup> *War and National Defense* (Lei sobre a Guerra e a Defesa Nacional), Chapter 34, Subchapter II, § 1621.

<sup>10</sup> “When the President declares a national emergency, no powers or authorities made available by statute for use in the event of an emergency shall be exercised unless and until the President specifies the provisions of law under which he proposes that he, or other officers will act. Such specification may be made either in the declaration of a national emergency, or by one or more contemporaneous or subsequent Executive orders published in the *Federal Register* and transmitted to the Congress” (*War and National Defense*, Chapter 34, Subchapter III, § 1631).

<sup>11</sup> Constituição Americana, art. 1º, Seção 8.

<sup>12</sup> *War and National Defense*, Chapter 33, § 1541.

<sup>13</sup> Constituição Americana, art. 2º, Seção 2.

## OATO PATRIOTA NORTE-AMERICANO E A RESTRIÇÃO A DIREITOS

e por leis anteriores,<sup>14</sup> podemos anotar que o Presidente da República pode investigar, regular e proibir: 1) qualquer transação comercial internacional; 2) transferências ou pagamento de créditos entre bancos; 3) importação ou exportação de moedas e equipamentos de segurança. O Presidente também pode ter ingerência nas investigações que estejam sendo feitas sobre negócios de estados estrangeiros ou por estrangeiros e que estejam sob a jurisdição dos Estados Unidos. Desta forma, aduz-se que em qualquer investigação que esteja sendo feita por alguma autoridade norte-americana, durante o Estado de Emergência, poderá o Presidente da República intervir para requerer detalhes ou até mesmo para proibir a continuidade da investigação.<sup>15</sup>

Poderá o Presidente da República confiscar os bens dos países ou indivíduos que estejam em guerra ou ameaçando belicosamente o território americano. No Estado de Emergência pode o Presidente da República determinar que qualquer agente do Estado confisque a propriedade do país ou indivíduo que ameace a nação americana, e este agente poderá administrá-la, liquidá-la ou vendê-la. Neste ponto, afasta-se o devido processo legal para o perdimento de bens.

É indispensável que a Presidência da República mantenha em arquivo todos os atos presidenciais, quer eles se dirijam a autoridades públicas sob o seu comando, quer sejam dirigidas ao Congresso americano. Todas essas ordens devem ser informadas ao Poder Legislativo, devem ter seu sigilo resguardado e esta circunstância deve ser informada ao chefe deste Poder. A cada seis meses após a declaração de Emergência ou de Guerra, o Presidente da República deve informar pormenorizadamente suas ações ao Congresso.

Há exceções ao poder presidencial, mesmo durante o Estado de Emergência. A lei lhe veda a regulação (legislação) ou a proibição (por meio de “*executive orders*”) de comunicações postais, telegráficas e telefônicas que NÃO envolvam a transferência de dinheiro; doações de órgãos ou cidadãos americanos de itens como comida, remédios e roupas para minimizar o sofrimento de populações fora dos Estados Unidos; importação e exportação de publicações, filmes, músicas, fotografias, microfilmes, fitas, CDs, DVDs etc., e transferência de valores de americanos ou estrangeiros que estejam saindo ou entrando em território americano e esses valores sejam dirigidos ao custeio pessoal da viagem.<sup>16</sup>

Em todos os processos judiciais onde seja identificada a prática de quaisquer atos de interesse das autoridades encarregadas da Emergência pode ocorrer a requisição de informações ao Juiz responsável pelo processo, e essas informações serão fornecidas

---

<sup>14</sup> *War and National Defense*.

<sup>15</sup> “investigate, block during the pendency of an investigation, regulate, direct and compel, nullify, void, prevent or prohibit, any acquisition, holding, withholding, use, transfer, withdrawal, transportation, importation or exportation of, or dealing in, or exercising any right, power, or privilege with respect to, or transactions involving, any property in which any foreign country or a national thereof has any interest by any person, or with respect to any property, subject to the jurisdiction of the United States” (*War and National Defense*, Chapter 36, Subchapter I, § 1702)

<sup>16</sup> *War and National Defense*, Chapter 35, § 1702.



sigilosamente. A confidencialidade no processo, como ocorre em nosso país, é uma exceção. Contudo, os códigos de ética processuais norte-americanos proíbem que o advogado da causa procure o magistrado para relatar fatos do interesse de seu cliente. Todos esses contatos devem ser feitos publicamente, no momento do julgamento (*open court*). Há exceções bastante pontuais. Com a declaração do Estado de Emergência surge mais uma: a autoridade encarregada que cumprir as ordens do Executivo pode requerer ao Juiz responsável uma audiência em sigilo (*ex parte and in camera*) e requisitar as informações.

#### 4) Vigilância Eletrônica

Com a invenção de novas tecnologias no início do século XX, chegou à Corte Suprema americana a discussão sobre a validade de escutas realizadas pela polícia. O caso *Olmstead* (1928) tratava da escuta feita a conversações do cidadão *Olmstead*, que traficava licores, sendo o comércio de bebidas alcoólicas nos Estados Unidos proibido em todo território. Provas das conversas gravadas pela polícia entre ele e seus clientes foram utilizadas para sua condenação. *Olmstead* recorreu à Suprema Corte alegando que a obtenção da prova feria as emendas quatro (impedimento a buscas e apreensões arbitrárias) e cinco (*due process of law*). Por cinco votos a quatro a Suprema Corte, na redação do voto majoritário *William H. Taft*, decidiu que as emendas alegadas por *Olmstead* não se aplicavam às interceptações de suas conversas, já que a gravação efetivada pela polícia não significara qualquer busca e apreensão arbitrária, além do que a gravação fora feita sem qualquer invasão ao seu domicílio.<sup>17</sup>

Em 1967, outro caso sobre a violação da privacidade de comunicação chegou à Suprema Corte. No caso *Katz versus United States*, o cidadão *Katz* teve suas conversas telefônicas, que ele mantinha usualmente numa cabina telefônica pública, gravadas. Embora as instâncias inferiores não tenham reconhecido a ilegalidade da escuta, a Suprema Corte reformou a decisão *a quo* sob a alegação de que a atividade dos agentes federais na escuta telefônica violara a privacidade do cidadão *Katz*. Esta privacidade era garantida justamente pela quarta Emenda, que preserva os cidadãos contra buscas e apreensões arbitrárias.<sup>18</sup>

No julgamento do caso *Katz*, o *Justice White* manifestou seu voto no sentido de

<sup>17</sup> Pelo voto da minoria, relatou o caso o *Justice Louis D. Brandeis*. Em sua argumentação, *Brandeis* invoca que a proteção da quarta emenda (busca e apreensão arbitrária) não pode ser restrita a objetos tangíveis. A real intenção da quarta emenda se encontra em uma proteção abrangente do direito à privacidade dos cidadãos. Além do que os agentes federais, ao realizarem a escuta telefônica, sem autorização judicial, incorreram em ilegalidade e uma prova ilegal não poderia servir como supedâneo para a condenação de *Olmstead* (*LAWRENCE, Susan E. verbete: "Olmstead v. United States". Org. HALL, Kermit L. The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States. 1st ed. New York: Oxford University Press, 1992, pp. 606/607*).

<sup>18</sup> *LAFAYE, Wayne R. verbete: "Katz v. United States". Org. HALL, Kermit L. Op. cit., pp.481/482.*

## O ATO PATRIOTA NORTE-AMERICANO E A RESTRIÇÃO A DIREITOS

preservar uma porta aberta à possibilidade de interceptação de comunicação quando houvesse ameaça à “Segurança Nacional”, condicionada a uma autorização prévia do Presidente da República ou do Procurador-Geral. As autoridades do Poder Executivo, a partir do voto do Justice White, entenderam que poderia haver duas hipóteses para a permissão do “grampo eletrônico”, quando houvesse subversão doméstica (interna) ou na contra-inteligência a agentes estrangeiros.

Em 1968, logo após a decisão no caso Katz, o Congresso Americano aprovou uma lei permitindo que agentes federais e agentes estaduais, desde que a legislação de seus Estados não colidisse com a legislação federal, poderiam solicitar mandados de escutas telefônicas para investigar crimes.<sup>19</sup>

A Lei sobre a Guerra e a Defesa Nacional, que foi modificada pelo Ato Patriota, em sua seção 1802, dispõe expressamente que: *“Não obstante a proibição de qualquer outra lei, o Presidente da República pode, por meio do Procurador Geral, autorizar a vigilância eletrônica sem mandado judicial para investigar informações da inteligência estrangeira por um período máximo de um ano, se o Procurador-Geral certificar sua ordem por escrito e sob juramento que a vigilância eletrônica somente é autorizada para os casos de (i) obtenção de conteúdo de comunicação transmitido por potências estrangeiras como definido na seção 1801 (a) (1), (2) ou (3) deste título ou (ii) obtenção de inteligência técnica, que não seja a comunicação entre pessoas, a não ser de pessoas ou propriedades estrangeiras, como definido na seção 1801 (a) (1), (2) ou (3) deste título”*.

O sigilo das comunicações nos Estados Unidos ainda pode ser albergado pela Emenda quatro (buscas e apreensões arbitrárias), desde que não haja Estado de Emergência. A Suprema Corte já deu guarida à possibilidade de sua efetivação, e o Congresso americano já legislou sobre o assunto. A possibilidade de sua quebra é discriminada legalmente e deve sempre ser precedida de autorização judicial.<sup>20</sup>

Com o Ato Patriota foram estabelecidas exceções. Como vimos acima, nem todas as interceptações de voz ou dados atualmente são autorizadas judicialmente. O Presidente da República, por meio do Procurador-Geral, poderá autorizá-las administrativamente, desde que preencham as previsões estabelecidas na lei. Ainda não cessou o Estado de Emergência nos Estados Unidos e as comunicações ainda podem ser interceptadas pelo Procurador-Geral, sem que o Poder Judiciário tome conhecimento destes atos.

No Brasil, essas interceptações de comunicações somente podem ser autorizadas judicialmente e apenas podem ser utilizadas em processos criminais.<sup>21</sup> No processo civil brasileiro, este tipo de prova é vedado. Há exceções expressas na Constituição brasileira,

<sup>19</sup> Title III of the Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968, 82 Stat. 211, 18. U.S.C. Sec. 2510-20.

<sup>20</sup> Crimes and Criminal Procedure (Code 18), Chapter 119, § 2516.

<sup>21</sup> Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996 (interceptação de comunicações telefônicas para prova em investigação criminal e em instrução processual penal).

como no caso da decretação do Estado de Defesa e do Estado de Sítio.

Na decretação do Estado de Defesa, em locais restritos e determinados, o Presidente da República poderá, ou a autoridade sob sua ordem, determinar a restrição ao direito ao sigilo de comunicação telegráfica e telefônica (CF/1988, art. 136, § 1º, I, “c”). No contexto das discussões da Constituição de 1988 não havia o maciço desenvolvimento que presenciamos da tecnologia eletrônica, por isso ela não foi prevista. A melhor interpretação neste caso é a extensiva, ainda que se trate de restrição a direitos, já que os constituintes não poderiam prever que grande parte das comunicações, as sadias e as danosas, hoje se faz por meio da rede mundial de computadores. Não haveria sentido permitir apenas a quebra do sigilo das comunicações telefônicas e impedir a quebra das comunicações de dados. O progresso tecnológico induz à interpretação extensiva do texto constitucional. A própria lei que regulou a quebra do sigilo telefônico previu expressamente que *“o disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”*.

Na decretação do Estado de Sítio não há limites expressos sobre quais garantias podem ser suspensas. Assim, conclui-se que pode haver a suspensão do sigilo telegráfico, telefônico e de dados (eletrônico). É interessante ressaltar que o constituinte preconizou que no Estado de Defesa somente haveria “restrição” a algumas garantias, no entanto, no Estado de Sítio, utilizou-se a expressão “e as garantias constitucionais que ficarão suspensas”. A grafia é “suspensão”. Poderá, então, a autoridade do Poder Executivo suspender completamente o sigilo de todos os tipos de comunicação.

No Estado de Defesa, a restrição permitirá que ocorra sigilo em certas ocasiões como, por exemplo, quando houver sua decretação no Distrito Federal, as autoridades políticas que não estejam envolvidas com a ameaça à ordem pública ou à paz social não deverão ter seus sigilos quebrados. No Estado de Sítio, a autoridade estaria autorizada a interceptar qualquer comunicação.

A Constituição brasileira não prevê a imediata comunicação do ato de quebra do sigilo à autoridade judicial. Parece-nos ululante, pois, havendo a grave ameaça à ordem pública, à paz social, a grave comoção ou o estado de guerra, as informações obtidas pela autoridade em relação aos suspeitos constituem segredo de Estado. A eventual comunicação à autoridade judicial pode comprometer a prova obtida dos crimes cometidos contra a segurança do Estado brasileiro.

Se a autoridade incumbida pelo Presidente da República de implementar a medida de exceção constatar que os crimes cometidos são crimes comuns que não envolvem a segurança necessária para a manutenção da ordem, ela poderá comunicar ao magistrado competente as provas obtidas e a identidade do acusado, para que o Poder Judiciário e a Polícia Judiciária se incumbam do processamento do caso.

Se, eventualmente, a autoridade identifica o cometimento de crimes que foram a causa ou agravaram o estado de exceção, ela poderá guardar o sigilo até a prisão do indiciado, comunicando logo a seguir a prisão ao magistrado competente. Os crimes capazes de desestabilizar a ordem pública não estão exaustivamente previstos na legislação, mas ainda vige a Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983), onde são

## OATO PATRIOTA NORTE-AMERICANO E A RESTRIÇÃO A DIREITOS

previstas certas condutas que denotam claramente a intenção do agente em conturbar a ordem pública. E, por disposição expressa (art. 30), esses crimes são julgados pela Justiça Militar, excetuadas as autoridades que detêm prerrogativa de foro (julgamento pelo Supremo Tribunal Federal).

Com a promulgação do texto constitucional de 1988, seu art. 109, IV dispõe que compete aos juízes federais julgar “*os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral*” (inciso IV); há certa discrepância na interpretação sobre qual autoridade judicial seria a competente para julgar os crimes contra o Estado. Embora a Constituição designe o Juiz Federal comum, ela própria faz a ressalva da competência da Justiça Militar. Assim, apesar de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal corroborando a competência do Juiz Federal para o julgamento do crime político,<sup>22</sup> acreditamos que a Justiça mais preparada para o julgamento dos crimes contra o Estado, no momento da conflagração, é a Justiça Militar. E esse entendimento nos parece reforçado pelo texto constitucional.

### 5) Designação de Juízes Especiais.

A Lei de Guerra e da Defesa Nacional (US Code 50) já previa desde a sua promulgação, em 1916, que o *Chief Justice* americano (Presidente da Suprema Corte)

<sup>22</sup> “CRIME POLÍTICO. COMPETÊNCIA. INTRODUÇÃO, NO TERRITÓRIO NACIONAL, DE MUNIÇÃO PRIVATIVA DAS FORÇAS ARMADAS, PRATICADO POR MILITAR DA RESERVA (ARTIGO 12 DA LSN). INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO POLÍTICA: CRIME COMUM. PRELIMINARES DE COMPETÊNCIA: 1ª) Os juízes federais são competentes para processar e julgar os crimes políticos e o Supremo Tribunal Federal para julgar os mesmos crimes em segundo grau de jurisdição (CF, artigos 109, IV, e 102, II, b), a despeito do que dispõem os artigos 23, IV, e 6º, III, c, do Regimento Interno, cujas disposições não mais estão previstas na Constituição. 2ª) Incompetência da Justiça Militar: *a Carta de 1969 dava competência à Justiça Militar para julgar os crimes contra a segurança nacional (artigo 129 e seu § 1º); entretanto, a Constituição de 1988, substituindo tal denominação pela de crime político, retirou-lhe esta competência (artigo 124 e seu par. único), outorgando-a à Justiça Federal (artigo 109, IV).* 3ª) Se o paciente foi julgado por crime político em primeira instância, esta Corte é competente para o exame da apelação, ainda que reconheça inaplicável a Lei de Segurança Nacional. MÉRITO: 1. Como a Constituição não define crime político, cabe ao intérprete fazê-lo diante do caso concreto e da lei vigente. 2. Só há crime político quando presentes os pressupostos do artigo 2º da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/82), ao qual se integram os do artigo 1º: a materialidade da conduta deve lesar real ou potencialmente ou expor a perigo de lesão a soberania nacional, de forma que, ainda que a conduta esteja tipificada no artigo 12 da LSN, é preciso que se lhe agregue a motivação política. Precedentes. 3. Recurso conhecido e provido, em parte, por seis votos contra cinco, para, assentada a natureza comum do crime, anular a sentença e determinar que outra seja prolatada, observado o Código Penal” (RC-segundo 1468 / RJ - RIO DE JANEIRO, SEG. RECURSO CRIMINAL, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO; Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA. Julgamento: 23.03.2000. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJ 16.08.2000, p. 88).

poderia nomear juízes das cortes regionais (*United States Judicial Circuits*) para que presidissem processos relativos à quebra do sigilo das comunicações de cidadãos suspeitos.<sup>23</sup> O Ato Patriota prescreveu alteração na redação de alguns artigos da lei e aumentou o número de juízes que podem ser designados para presidir processos de quebra de sigilo. Na redação original eram sete juízes, o que foi modificado para onze juízes. Os juízes designados podem ter mandatos fixos septenais e não é permitida a recondução ao cargo.<sup>24</sup>

Desses onze juízes designados, pelo menos três devem residir a 20 milhas do Distrito Federal (*District of Columbia*). O intuito do legislador foi criar cortes de julgamento de duração determinada (enquanto persistir o Estado de Emergência) designadas justamente para a quebra do sigilo. Como há sete *Judicial Circuits*, essas cortes poderão ter mais de um juiz para apreciar as medidas. A concentração de pelo menos três juízes próximos ao distrito de segurança da capital americana se justifica por ser o centro do Poder Executivo americano, o que possibilita a audiência constante com as autoridades encarregadas dos assuntos da Defesa Nacional.

Apesar desta concentração de três juízes que residam perto do Distrito Federal, qualquer deles, inclusive os demais, tem jurisdição sobre todo o território nacional.<sup>25</sup> A lei não permite que um Juiz designado pelo *Chief Justice* reaprecie um pedido de quebra de sigilo que já tenha sido negado por outro Juiz, também designado.

Forma-se uma teia protetiva em prol da Defesa Nacional. A reapreciação de medidas de quebra de sigilo não é permitida apenas entre os juízes designados. Se outro Juiz ou Corte Regional (*Judicial Court*), em qualquer Estado norte-americano, tiver negado o pedido de vigilância, esses juízes designados poderão reapreciar a sua decisão.

Caso o Juiz que recebeu o pedido de quebra denegue-o, deverá fazê-lo fundamentadamente por escrito. Sua decisão será submetida à reapreciação a uma Corte de Apelação (*Court of Review*). A composição da Corte de Apelação também é designada pelo *Chief Justice* americano e é composta de três membros. Os membros podem ser designados a partir das cortes regionais ou cortes de apelação de qualquer estado norte-americano. A jurisdição desta Corte de Apelação se restringe ao reexame das decisões denegatórias dos pedidos de quebra do sigilo. A lei não prevê, e isto constituiu uma falha

<sup>23</sup> Utilizei-me do termo quebra do sigilo das comunicações, pois, nas leis norte-americanas, utiliza-se a expressão «*eletronic communication*» e ela é a mais abrangente possível quando se refere a transferência de dados. Veja a definição do código norte-americano de crimes e processo criminal (US Code 18, Section 2510, 12): «*«electronic communication» means any transfer of signs, signals, writing, images, sounds, data, or intelligence of any nature transmitted in whole or in part by a wire, radio, electromagnetic, photoelectronic or photooptical system that affects interstate or foreign commerce, ...»*»

<sup>24</sup> A não ser que o mandato determinado pelo *Chief Justice* seja menor do que sete anos, assim permitir-se-á a recondução, respeitando-se o máximo do septênio.

<sup>25</sup> «*...who shall constitute a court which shall have jurisdiction to hear applications for and grant orders approving electronic surveillance anywhere within the United States under the procedures set forth in this chapter...*» (*War and National Defense*, Chapter 36, § 1803).

## O ATO PATRIOTA NORTE-AMERICANO E A RESTRIÇÃO A DIREITOS

no procedimento que deseja ser o mais democrático possível, que o vigiado possa recorrer à Corte de Apelação para reverter a ordem de quebra do seu sigilo.

Na grande maioria dos casos, a quebra do sigilo dos cidadãos se dá de forma confidencial. O vigiado somente toma consciência desses atos quando for formada a sua culpa.

Ao mais, se a Corte de Apelação mantiver a decisão do Juiz *a quo*, esta decisão dever ser proferida com razões fundamentadas e caberá recurso à Suprema Corte Americana (*Writ of Certiorari*). Todos os atos concernentes à quebra do sigilo eletrônico do cidadão devem ter trâmite escurrito (... *shall be conducted as expeditiously as possible...*) e o sigilo completo deve ser resguardado. A forma e o tempo do sigilo devem ser acertados entre o Presidente da Corte de Apelação, o Procurador-Geral e o Diretor da Agência de Inteligência Nacional.

Na Constituição e leis brasileiras não há previsão da nomeação de juízes especiais, mesmo porque o texto constitucional veda expressamente a criação de tribunais de exceção (CF/1988, art. 5º, XXXVII). Todos os tribunais superiores têm suas composições máxima e mínima já previstas constitucionalmente e não há previsão de criação de cortes colegiadas especiais para apuração de crimes cometidos em tempos de conflagração nacional.

Na decretação do Estado de Defesa (CF/1988, art. 136), se houver prisão de qualquer cidadão em território nacional, ela deverá ser comunicada ao juiz competente. A Constituição fala em “prisão por crime contra o Estado”. A única lei que prevê atos contrários à segurança do Estado é a Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170, de 14.12.1983), que prescreve penas para os delitos cometidos contra a integridade territorial, a soberania nacional, o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito e a pessoa dos chefes dos Poderes da União.

Os crimes ali definidos podem ocorrer mesmo sem haver a decretação do Estado de Defesa ou do Estado de Sítio ou ainda a declaração de guerra. No entanto, como o constituinte expressou-se utilizando os termos “crimes contra o Estado”, a conclusão possível é que esses crimes são justamente os delitos previstos na Lei de Segurança Nacional. Os “crimes contra o Estado”, considerados “crimes políticos” previstos na Lei de Segurança Nacional ou no Código Penal Militar, se o país estiver sob a condição de guerra, Estado de Emergência ou Estado de Sítio, serão julgados pela Justiça Militar.

Caso o país não esteja em Estado de Defesa, Estado de Sítio ou estado de guerra, será competente para apuração das infrações dos “crimes contra o Estado” a Justiça Federal (CF/1988, art. 109, IV).<sup>26</sup> Quando a Constituição se referir à autoridade judiciária competente e a autoridade que apura o delito entender se tratar de crime contra o Estado, o inquérito deverá ser dirigido à Justiça Federal.<sup>27</sup> Se se tratar de crime cometido por

<sup>26</sup> O Supremo Tribunal Federal em alguns julgamentos de crimes previstos na Lei de Segurança Nacional nominou-os como “crimes políticos”.

<sup>27</sup> O Supremo Tribunal Federal já decidiu em um caso de importação não autorizada de munições exclusivas das Forças Armadas que a autoridade competente para julgar o réu seria o Juiz Federal de primeira instância (HC 75.797-3/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento 16.09.1997, DJ 03.04.1998). Todavia, a questão central deste julgamento não foi o conflito de competências.

autoridades que tenham prerrogativas de foro, como por exemplo, deputados e senadores, o julgamento dar-se-á originariamente no Supremo Tribunal Federal. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para o julgamento dessas autoridades independe da declaração de guerra ou dos estados de conflagração previstos.

## 6) Pagamento de Recompensas e a Proibição de Revisão pelo Poder Judiciário

É uma prática histórica da persecução criminal ocidental o oferecimento de recompensas para os cidadãos que ajudem a elucidar os crimes ou contribuam para a prisão dos acusados. As origens mais próximas nos levam à Inglaterra do século XVI, onde conviviam simultaneamente o serviço de polícia estatal (*Juizes de Paz e Constables – les connétables*) e serviços privados pagos pelos comerciantes que tinham que proteger seus negócios. Esse sistema misto prevaleceu até o século XIX e os homens da segurança privada responsáveis eram conhecidos como “*Stipendiary Police*”. Recebiam remunerações pagas pelos comerciantes e eram agraciados com prêmios quando conseguiram capturar um criminoso que era receado pela comunidade. A prática da “*Stipendiary Police*” espalhou-se por todas as colônias anglo-saxônicas.

Não foram os atentados de 11 de setembro que instituíram esta prática no que se refere aos crimes de terrorismo. A América já se via ameaçada desde os tempos remotos da Guerra Fria quando financiava conflitos que visavam a desestabilização de regimes comunistas em regiões de seu interesse.<sup>28</sup>

O Ato Patriota previu que recompensas vultosas poderiam ser pagas para quaisquer cidadãos que pudessem ajudar a nação a se defender contra atos terroristas (Seção 501). Os valores das recompensas variam de acordo com o julgamento do próprio Procurador-Geral e devem ser retirados dos numerários a ele dirigidos em seu orçamento anual. É previsto também que outros agentes públicos, agências de investigação federal ou órgãos militares de todas as Forças Armadas possam destinar recursos ao pagamento de recompensas dirigindo-os ao Procurador-Geral. Recompensas menores que US\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil dólares norte-americanos) podem ser autorizadas pelos agentes públicos encarregados do combate ao terrorismo.

Autorizações de pagamento de recompensas que sejam iguais ou maiores do que US\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil dólares norte-americanos) devem ser expressamente autorizadas pelo Procurador-Geral. Antes que os pagamentos sejam feitos, o Procurador-Geral deve dar conhecimento ao Senado americano e à Câmara de Representantes, ou às comissões encarregadas das investigações de terrorismo sobre os valores por ele autorizados até 30 dias após a sua autorização.

<sup>28</sup> A primeira lei que previu o pagamento de recompensa a cidadãos que ajudassem as autoridades norte-americanas na luta contra o terrorismo é de 1984 («Act to Combat International Terrorism», *Public Law 98-533*).

## OATO PATRIOTA NORTE-AMERICANO E A RESTRIÇÃO A DIREITOS

O governo americano tem um programa denominado *Rewards for Justice*, que concentra os recursos, os dados de criminosos e as estatísticas das agências públicas norte-americanas encarregadas do pagamento de recompensa aos cidadãos que contribuam para a prisão de terroristas procurados. Há previsão do pagamento de mais de 25 milhões de dólares norte-americanos para os colaboradores. Desde sua criação, em 1984, esta agência já pagou mais de 72 milhões de dólares para 50 cidadãos norte-americanos e estrangeiros que colaboraram na luta contra o terrorismo.<sup>29</sup>

O programa de recompensas vem sendo utilizado desde 1984 com relativo sucesso. É importante que essas informações se mantenham sigilosas até o momento da prisão dos suspeitos. Obviamente, como condição para a continuidade da delação, é inquestionável o sigilo da fonte. Contudo, o Ato Patriota, na seção que instituiu o aumento das recompensas aos cidadãos colaboradores, discorreu que o ato de autorização ou não-autorização pelo Procurador-Geral NÃO poderia ser revisto pelo Poder Judiciário norte-americano.<sup>30</sup> Este dispositivo não coaduna com o Estado Democrático de Direito onde, em princípio, todo ato lesivo ou com suspeita de lesão pode ser revisto pelo Poder Judiciário. Não estão em dúvida a capacidade e a autoridade do Procurador-Geral em permitir os pagamentos, mesmo porque nas indenizações superiores a US\$ 250.000,00 a sua decisão será submetida à Câmara dos Representantes e ao Senado americano para ratificação.

Há nesta imposição de complexidade para se aperfeiçoar o ato de pagamento a forma de controle possível. Há na Câmara dos Representantes dois comitês responsáveis diretamente sobre os assuntos ligados ao Terrorismo: o Comitê de Segurança Interna (*Homeland Security*) e o Comitê Permanente de Inteligência (*Permanent Select Committee on Intelligence*). Nos pagamentos inferiores ao valor estipulado pelo Ato, qualquer agente público que esteja vinculado ao combate ao Terrorismo pode autorizar pagamentos e seus atos não podem ser revistos pelo Poder Judiciário.

Em nosso país, qualquer ato de uma autoridade pública pode ser revisto pelo Poder Judiciário. A Constituição Federal garante aos cidadãos e instituições estatais (Ministério Público) ou paraestatais (ONGs, entidades coletivas) o direito de recurso ao Poder Judiciário no caso de o ato da autoridade ultrapassar os limites legais, e, numa interpretação soberana, ainda que os respeite, o ato deverá se conformar aos mandamentos constitucionais. Embora, antes mesmo de o Ato Patriota impedir a revisão judicial dos pagamentos de recompensa, dispositivos como esse constam de outras leis norte-americanas, ainda assim tais práticas não coadunam com a história do “*judicial review*” norte-americano, que conformou toda a teoria do controle da constitucionalidade brasileira, onde não se pode abstrair do exame judicial qualquer lesão ou ameaça a direito (CF 1988, art. 5º, XXXV).

<sup>29</sup> Rewards for Justice ([www.rewardsforjustice.net](http://www.rewardsforjustice.net)).

<sup>30</sup> “Section 501, (b), (4) neither the failure of the Attorney General to authorize a payment nor the amount authorized shall be subject to judicial review”.



## FRANCISCO BILAC MOREIRA PINTO FILHO

No Brasil, não há leis ordinárias que prevejam o pagamento de recompensas ao cidadão que socorra a autoridade pública na caça a terroristas. A única legislação que foi promulgada pelo governo brasileiro, cerca de dois meses após os atentados, se refere à assunção de responsabilidade pela União Federal das indenizações civis perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público.<sup>31</sup>

Nos Estados-Membros há previsão de pagamento de recompensas a cidadãos que ajudem na captura de criminosos comuns. Espalhou-se pelo país a prática do “Disque-Denúncia” com relativo sucesso.<sup>32</sup> Embora na sua concepção o programa funcione majoritariamente com denúncias sem o retorno financeiro, há casos esporádicos de oferecimento de valores para captura de criminosos notáveis.

Todas essas recompensas são oferecidas em valores módicos. As centrais de Disque-Denúncia atualmente existentes, apesar de contarem com o apoio do Poder Público, constituem-se em organizações não-governamentais custeadas por empresários e cidadãos dispostos a ajudar no controle da criminalidade. Como, à primeira vista, não há dinheiro público envolvido, não há falar em revisão judicial desses atos.

Em dezembro de 1999, o Estado brasileiro criou o Sistema Brasileiro de Inteligência, que tem como fundamento a preservação da soberania nacional, a defesa do Estado Democrático de Direito e a dignidade da pessoa humana. Trata-se de um órgão de inteligência vinculado diretamente à Presidência da República. Na mesma lei que se criou o sistema (Lei n.º 9.883, de 07.12.1999) também foi criada a Agência Brasileira de Inteligência. Ela centraliza e coordena os trabalhos de inteligência dos diversos órgãos de segurança do Estado brasileiro, seja em que esferas estejam, federal, estadual (distrital) ou municipal. Um dos seus objetivos principais é planejar e executar a proteção de conhecimentos sensíveis, relativos aos interesses e à segurança do Estado e da sociedade. Objetivo assaz extenso pode envolver desde simples atos concernentes à defesa da pessoa do Presidente da República e sua família até a supervisão de investigação de tráfico internacional de entorpecentes e atos de terrorismo.

AABIN funciona como órgão de inteligência cuja maior característica é o sigilo da informação. Em atos legislativos posteriores, o governo brasileiro acabou transferindo para a agência os documentos arquivísticos públicos produzidos e recebidos pelos extintos Conselho de Segurança Nacional – CSN, Comissão Geral de Investigações – CGI e Serviço Nacional de Informações.<sup>33</sup> A agência deve munir o Presidente da República de informações

<sup>31</sup> A legislação inicialmente entrou em vigor por meio de medida provisória, depois convertida em lei. A última lei em vigor que prevê este tipo de indenização é a Lei n.º 10.744, de 09.10.2003.

<sup>32</sup> Em 2006, no Disque-Denúncia do Estado do Rio de Janeiro, houve 103.892 denúncias registradas das quais 28.757 geraram ação imediata. O índice de respostas confirmadas é de 11%. Entre 2003 e 2006 o índice de respostas positivas é de 14%.

<sup>33</sup> Documentos que datavam da época do regime militar brasileiro (1964 a 1985) foram transferidos para o Arquivo Nacional em 2005.

## OATO PATRIOTA NORTE-AMERICANO E A RESTRIÇÃO A DIREITOS

indispensáveis às ações que toma no dia-a-dia da administração. Após a conflagração terrorista em 2001, é muito provável que agentes da inteligência brasileira estejam agindo coordenadamente com agentes estrangeiros na busca de informações que levem à captura de agentes terroristas.<sup>34</sup>

O controle externo da atividade da ABIN é exercido pelo Poder Legislativo, que pode contar com o auxílio do Tribunal de Contas da União. Contudo, esse controle está condicionado a ato do Poder Legislativo que discorra sobre os requisitos e exigências da fiscalização.<sup>35</sup> Não há notícias de que haja qualquer ato normativo de natureza geral sobre esta fiscalização, embora a ABIN tenha orçamento e preste contas de seus gastos ao Tribunal de Contas da União.

O escopo de guarda e busca da informação é muito extenso, o que permite a sua atuação nas mais diversas áreas da vida de uma nação, sobretudo se estiver em ameaça a Segurança Nacional e o Estado Democrático de Direito. Na lei que a criou, há expressa previsão de que a ABIN poderá firmar convênios, acordos, contratos e quaisquer outros ajustes.<sup>36</sup>

Embora com fiscalização pelo Poder Legislativo, a regra que impera no sistema de inteligência é o sigilo.<sup>37</sup> O que se infere de uma breve leitura da lei criadora é que as prestações de contas da ABIN podem se dar da forma mais genérica possível, por isso o orçamento da ABIN é um dos meios que há para que se possa pagar recompensas por informações sigilosas obtidas de cidadãos ou autoridades estrangeiras que ajudem na persecução criminal de terroristas.

Apesar de toda a previsibilidade de ação da ABIN com relação ao terrorismo internacional, no sentido de preservação de nossa soberania e cooperação com a comunidade internacional, as forças de segurança nacionais na sua forma mais abrangente (Polícia Federal e polícias estaduais) hoje estão dirigidas ao combate aos crimes comuns. Não há designação dentro desses órgãos, até onde apuramos, de divisões específicas para a investigação e prisão de terroristas.

Com relação à atuação da ABIN, como não há norma que prescreva os requisitos e exigências da fiscalização de seu orçamento, o efeito de fiscalização sobre a sua atuação é semelhante ao norte-americano. Lá a proibição ao reexame do pagamento de recompensas

---

<sup>34</sup> Há sinais que algumas aglomerações de língua árabe estabelecidas no sul do Brasil (Foz do Iguaçu) poderiam estar dando guarida a atividades criminosas que tenham direta relação com os atos terroristas ocorridos desde 2001, embora a comunidade lá estabelecida negue qualquer vínculo com o radicalismo ("Brazil's Arab diaspora", *The Economist*. Edition of November 21st 2001)

<sup>35</sup> Lei n.º 9.883, de 07.12.1999. Art. 6º O controle e fiscalização externos da atividade de inteligência serão exercidos pelo Poder Legislativo na forma a ser estabelecida em ato do Congresso Nacional.

<sup>36</sup> Lei n.º 9.883, de 07.12.1999. Art. 7º A ABIN, observada a legislação e normas pertinentes, e objetivando o desempenho de suas atribuições, poderá firmar convênios, acordos, contratos e quaisquer outros ajustes.

<sup>37</sup> Lei n.º 9.883, de 07.12.1999. Art. 9º Os atos da ABIN, cuja publicidade possa comprometer o êxito de suas atividades sigilosas, deverão ser publicados em extrato.

## FRANCISCO BILAC MOREIRA PINTO FILHO

pelo Poder Judiciário é expresso. Em nosso país, ele é tácito, pela inexistência de norma que obrigue a fiscalização.

Se de fato houvesse a necessidade de assunção de despesas para o combate do terrorismo, despesas estas que seriam maculadas com o sigilo, a fiscalização do Tribunal de Contas da União não pode ser afastada sob a invocação do indispensável sigilo que coloca em risco a segurança estatal. O Tribunal de Contas da União elaborou, com base na sua lei orgânica, a Resolução de n.º 91, de 1997. Nesta Resolução o Tribunal prevê o tratamento dos processos sigilosos instaurados na corte. O fato de ser fiscalizado não quer evidenciar claramente que a informação será pública. A ABIN ou a Presidência da República, se entenderem que a prestação de contas a ser feita ao Tribunal contém dados de caráter sigiloso, podem fazê-lo da maneira disposta pelo Tribunal que já regrou o seu procedimento.

A responsabilidade pelo sigilo deixa de ser apenas da autoridade encarregada da Segurança Nacional e passa a ser solidária com a autoridade fiscalizadora. Contudo, a mera disposição normativa da responsabilização solidária do agente da segurança e do agente fiscalizador pode não ter a força de inibir a quebra do sigilo. A apuração da quebra, eventualmente, poderá implicar ao servidor o pagamento de multa, indenizações ou a perda do cargo. Só isto não basta para se defender uma nação do perigo. Por isso, imprescindível que haja a criminalização da ação do agente que quebra o sigilo do dado que afeta a Segurança Nacional. Para tanto, o art. 13 da Lei de Segurança Nacional tem dispositivo que tipifica essa conduta, se considerarmos que os grupos terroristas são organizações ou grupo de existência ilegal.<sup>38</sup>

### 7) Hamdan versus Rumsfeld

Após os atentados de 11 de setembro de 2001, o Presidente norte-americano autorizou a invasão do Afeganistão, onde se encontrava instalado um regime islâmico de tendências radicais (Talibã). Os fatos comprovaram que o Estado afegão ajudava, patrocinava e encobria atividades terroristas da rede Al-Qaeda. Integrantes desta rede são acusados de terem organizado e levado a efeito os atentados de 11 de setembro de 2001. Alguns combatentes presos no Afeganistão confessaram pertencerem à rede terrorista Al-Qaeda.<sup>39</sup>

Na invasão ao Afeganistão, as tropas norte-americanas capturaram vários prisioneiros de guerra, entre eles estava um cidadão iemenita (República do Iêmen), Salim

---

<sup>38</sup> Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983 (Lei de Segurança Nacional). *Art. 13.*- Comunicar, entregar ou permitir a comunicação ou a entrega, a governo ou grupo estrangeiro, ou a organização ou grupo de existência ilegal, de dados, documentos ou cópias de documentos, planos, códigos, cifras ou assuntos que, no interesse do Estado brasileiro, são classificados como sigilosos. Pena - reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos.

<sup>39</sup> "The hunt continues", *The Economist*. Edition of October 29th 2002.

## OATO PATRIOTA NORTE-AMERICANO E A RESTRIÇÃO A DIREITOS

Ahmed Hamdan. Hamdan é considerado homem próximo ao número “um” da rede terrorista Al-Qaeda, Osama Bin Laden, e teria servido como seu motorista no Afeganistão. Ele foi capturado em novembro de 2001 e ficou recluso em bases norte-americanas no Afeganistão, sendo transferido, em junho de 2002, para a base militar norte-americana em território cubano, Guantánamo. Um ano após esta transferência, o Secretário de Defesa norte-americano, Donald Rumsfeld, determinou que ele fosse julgado por uma comissão militar sob a acusação de crimes de guerra sem, contudo, especificá-los.<sup>40</sup> Um ano após esta determinação houve a especificação de que ele seria acusado de conspiração por cometer ofensas a serem julgadas por uma corte militar. Hamdan ajuizou *habeas corpus* numa corte distrital norte-americana e arguiu dois argumentos principais em sua defesa: (1) nenhum ato congressual (lei), nem a lei da guerra norte-americana prevêem que comissões militares podem ser encarregadas do julgamento do crime de conspiração, além do que o crime de conspiração não é um crime de guerra; (2) os procedimentos adotados pelas autoridades militares norte-americanas não coadunam com as leis da guerra nacional ou internacional, sobretudo em relação ao princípio de que ao acusado deve ser deferida a possibilidade de ver e ouvir as provas colhidas contra ele.

A Corte Distrital acatou os argumentos de Hamdan e decidiu que a autoridade presidencial para instalação das comissões julgadoras militares deve estar prevista na lei da guerra (norte-americana) e também prevista na lei internacional (III Convenção de Genebra sobre prisioneiros de guerra). Enquanto Hamdan não for condenado, ele está sujeito às proteções previstas em lei de NÃO SER considerado um prisioneiro de guerra. E mesmo que seja considerado prisioneiro de guerra, a instalação da comissão julgadora pelo Secretário de Defesa (autoridade presidencial) não respeitou as previsões legais contidas no Código de Justiça Militar (*Uniform Code of Military Justice – UCMJ – 10 U.S.C. § 801 et seq*) e no art. 3º da III Convenção de Genebra (prisioneiros de guerra),<sup>41</sup> já

<sup>40</sup> A Suprema Corte norte-americana já havia realizado outros julgamentos importantes para a salvaguarda de direitos fundamentais no estado de exceção (*Hamdi versus Rumsfeld*; *Rumsfeld versus Padilla* e *Rasul versus Bush*), no entanto, esses casos divergem do Julgamento aqui analisado, já que nos dois primeiros os réus eram cidadãos norte-americanos presos no Afeganistão e, no terceiro caso, tratava-se de um cidadão de origem inglesa. Embora Rasul pudesse ser considerado um estrangeiro, ele foi enviado para a Grã-Bretanha e ficou sob a guarda de autoridades militares britânicas.

<sup>41</sup> “Art 3. In the case of armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties, each Party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum, the following provisions: (1) Persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat by sickness, wounds, detention, or any other cause, shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, colour, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria. To this end the following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever with respect to the above-mentioned persons: (a) violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture; (b) taking of hostages; (c) outrages upon personal dignity, in particular, humiliating and degrading treatment; (d) the passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgment pronounced by a regularly constituted court affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples. (2) The wounded and sick shall be collected and cared for. An impartial humanitarian body, such as the International Committee of the Red Cross, may offer its services to the Parties to the conflict.”

que não lhe foi deferida a possibilidade de ver e ouvir as provas contra si produzidas.

O governo americano recorreu da decisão à Corte de Apelação do Distrito Federal (*District of Columbia Circuit Court*)<sup>42</sup> alegando que não havia competência da justiça norte-americana para julgamento do caso do prisioneiro Hamdan, pois ele é considerado prisioneiro de guerra. A Corte de Apelação refutou a preliminar e adentrou ao mérito, sem, contudo, retirar-lhe a condição de prisioneiro de guerra. Para a Corte de Apelação, a Convenção de Genebra não pode ser judicialmente invocada por falta de força legal (*judicially enforceable*).<sup>43</sup> Baseando-se em precedente jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana (*Ex parte Quirin*),<sup>44</sup> a Corte de Apelação afirmou que o Presidente da República tem poderes para constituir comissões julgadoras militares e a atividade dessas comissões não fere a separação de poderes. Além disso, o julgamento de Hamdan pela comissão militar não estava contra as leis norte-americanas da guerra (*Uniform Code of Military Justice – UCMJ*), nem mesmo contra os regulamentos instituídos pelas forças armadas norte-americanas em respeito à Convenção de Genebra.<sup>45</sup>

O caso chegou à Suprema Corte norte-americana. A lei que trata da condição de “prisioneiro de guerra” foi modificada e foram promulgadas novas disposições que

---

<sup>42</sup> A Corte do Distrito Federal (District of Columbia) está preventa, por imposição legal, para o julgamento de quaisquer casos que envolvam terrorismo.

<sup>43</sup> O Protocolo II da Convenção de Genebra que garantia o reconhecimento como prisioneiros de guerra de combatentes de “forças irregulares” foi rechaçado pela Administração de Ronald Reagan e ele não foi aprovado pelo Senado norte-americano.

<sup>44</sup> Em outubro de 1942, a Suprema Corte norte-americana julgou o pedido de *habeas corpus* de sete cidadãos alemães que haviam sido presos em território norte-americano sob a acusação de sabotagem. Eles haviam sido deixados no litoral oeste por submarinos alemães (*U-boats*) e penetraram em território norte-americano clandestinamente. O Presidente Roosevelt instalara comissão julgadora militar acusando, ao todo, oito cidadãos alemães pelo descumprimento das leis internacionais de guerra e das leis norte-americanas sobre a guerra. Durante o julgamento pela comissão militar, sete dos oito acusados ajuizaram *habeas corpus*. A Corte Suprema rejeitou seus argumentos e seis dos sete acusados foram executados uma semana depois da decisão. No detalhamento do voto, em outubro de 1942, após a execução dos condenados, a Corte Suprema esclareceu que qualquer prisioneiro de guerra tem direito à revisão judicial de seu pleito. No entanto, afirmou que o julgamento por uma comissão militar era legal, tendo em vista a autoridade presidencial como Chefe Supremo das Forças Armadas para a criação da comissão e a previsão anterior contida na legislação da guerra (aprovada pelo Congresso) que prenunciava o julgamento de prisioneiros acusados de desrespeitarem as leis da guerra. A Suprema Corte declarou válidas as leis da guerra aprovadas pelo Congresso norte-americano, inspiradas nas leis internacionais de guerra, e afirmou que não havia a necessidade da previsão de todos os crimes de guerra na legislação interna. Além disso, declarou legal o julgamento feito pela comissão militar instituída por ato presidencial e que prisioneiros de guerra, apesar de terem direito ao *judicial review*, NÃO TINHAM direito a serem julgados pelo Tribunal do Júri (MAY, James. verbete: «Quirin, Ex Parte». Org. HALL, Kermitt L. Op. cit., p. 697).

<sup>45</sup> Muito antes de o caso Hamdan chegar à Suprema Corte, o Procurador Geral de Justiça, William P. Barr, em novembro de 2001, em artigo publicado no *Washington Post*, invocou o caso do julgamento dos espões alemães em 1942 como o precedente mais apto para que a Administração Bush se baseasse no inuito de justificar a criação das Comissões Militares de julgamento (FISHER, Louis. *Presidential War Power*. 2nd ed. Lawrence, University Press of Kansas, 2004, p. 205).

## OATO PATRIOTA NORTE-AMERICANO E A RESTRIÇÃO A DIREITOS

alteraram a lei anterior. As novas modificações são conhecidas como Convenção dos Prisioneiros de Guerra de 2005 (*Detainee Treatment Act of 2005*) prevendo algumas restrições ao reexame dos julgamentos pelas comissões militares. Há disposição expressa de que um prisioneiro estrangeiro examinado por comissão de guerra não tem direito a impetrar habeas corpus perante qualquer corte norte-americana.<sup>46</sup> O Procurador-Geral sustentava que a Convenção dos Prisioneiros de Guerra de 2005 autoriza a constituição de comissões militares e limita o reexame das decisões dessas comissões pelos órgãos do Poder Judiciário norte-americano. Além disso, e principalmente, ele argumentava que a comissão que foi constituída para julgamento do preso Hamdan era anterior às modificações legais da Convenção dos Prisioneiros de Guerra de 2005 e, por isso, não aplicável a ele.

A Suprema Corte refutou o argumento prescrito na lei, alegando que (1º) na mesma lei há expressa previsão de que a Corte de Apelação do Distrito Federal é a corte de reexame das decisões tomadas pelas comissões militares; (2º) afirmou que qualquer ato congressual que restrinja o acesso de um prisioneiro ao recurso de *habeas corpus* não só contraria a própria Constituição norte-americana como também fere os mais comezinhos princípios legais em casos semelhantes; (3º) que na Convenção dos Prisioneiros de Guerra de 2005 não há autorização expressa do Congresso americano para se instaurar comissão militar contra o prisioneiro Hamdan, nem contra qualquer prisioneiro que esteja sendo mantido preso em Guantánamo; (4º) que tem ciência das comissões militares instauradas na base de Guantánamo, mas que suas decisões devem se submeter ao “*judicial review*”.<sup>47</sup>

A Suprema Corte norte-americana afirmou que as comissões militares instituídas para julgamento eram legais, pois já houvera o precedente do início da Segunda Grande Guerra com os espíões alemães condenados à morte que haviam sido julgados por comissões militares (*Ex parte Quirin*). Contudo, o crime imputado ao prisioneiro Hamdan (conspiração) deve ter sido cometido durante a declaração de guerra. Se ele o cometeu antes dos atos belicosos, a acusação não se sustenta. Além disso, a acusação de “conspiração” não estava prevista na lei da guerra norte-americana, na Convenção de

---

<sup>46</sup> «(1) IN GENERAL- Section 2241 of title 28, United States Code, is amended by adding at the end the following: ‘(e) Except as provided in section 1005 of the Detainee Treatment Act of 2005, no court, justice, or judge shall have jurisdiction to hear or consider: (1) an application for a writ of habeas corpus filed by or on behalf of an alien detained by the Department of Defense at Guantanamo Bay, Cuba; or (2) any other action against the United States or its agents relating to any aspect of the detention by the Department of Defense of an alien at Guantanamo Bay, Cuba, who: (A) is currently in military custody; or (B) has been determined by the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit in accordance with the procedures set forth in section 1005(e) of the Detainee Treatment Act of 2005 to have been properly detained as an enemy combatant.».

<sup>47</sup> ESTREICHER, Samuel. «Hamdan’s limits and the Military Commissions Act». In: *Constitutional Commentary*. Thomson Gale, 2006, Vol. 23, p. 403(03).

Genebra e na Convenção de Haia. A Suprema Corte afirmou categoricamente que aquela acusação não tinha fundamentação legal interna ou externa.<sup>48</sup>

A Convenção de Genebra, em seu art. 3º (acima transcrito), prevê que os julgamentos, ainda que sejam organizados por comissões militares, devem observar princípios mínimos de “garantias” comuns aos povos civilizados. Parece-nos que o prisioneiro Hamdan, quando julgado, não teve o respeito a estes princípios observado. Além de não estar presente quando foi julgado, nem ele nem seus representantes tiveram acesso às provas contra ele produzidas. O mesmo artigo da Convenção de Genebra prevê a necessidade de uma comissão militar regularmente instaurada para processar qualquer prisioneiro e a Suprema Corte concluiu que a pseudo-corte que foi instalada não preenchia esses critérios.<sup>49</sup>

Mesmo citando o precedente dos espões alemães, de 1942, a sentença de morte que acabou sendo confirmada pela Suprema Corte - após a execução dos condenados -, incomoda a credibilidade do Tribunal.

Em 1953, 11 anos após o julgamento (*Ex parte Quirin*), em outro famoso “trial” de espionagem (*Ethel and Julius Rosenberg*), a Suprema Corte se reuniu, uma vez mais em férias forenses, para deliberar sobre o caso. Durante a sessão, um dos presentes recordou o processo dos espões alemães como precedente apto àquele julgamento. O Justice Felix Frankfurter que se sentara durante o julgamento dos alemães afirmou que aquele julgamento “*was not a happy precedent*”! O Justice William O. Douglas, também presente no julgamento dos alemães, agregou que: “*The experience with Ex parte Quirin indicated, I think, to all of us that is extremely undesirable to announce a decision on the merits without an opinion accompanying it. Because once the search for the grounds, the examination of the grounds that had been advanced is made, sometimes those grounds crumble*”.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> Extrato do voto do Justice John Paul Stevens, acompanhado pelos Justices David Souter, Ruth Ginsburg e Stephen Breyer: “*That burden is far from satisfied here. The crime of «conspiracy» has rarely if ever been tried as such in this country by any law-of-war military commission not exercising some other form of jurisdiction, and does not appear in either the Geneva Conventions or the Hague Conventions — the major treaties on the law of war. Moreover, that conspiracy is not a recognized violation of the law of war is confirmed by other international sources, including, e.g., the International Military Tribunal at Nuremberg, which pointedly refused to recognize conspiracy to commit war crimes as such a violation. Because the conspiracy charge does not support the commission’s jurisdiction, the commission lacks authority to try Hamdan*”.

<sup>49</sup> «*At a minimum, a military commission “can be ‘regularly constituted’ by the standards of our military justice system only if some practical need explains deviation from court-martial practice” As we have explained, no such need has been demonstrated here*» (Opinião do Justice Stevens, p. 70).

<sup>50</sup> FISHER, Louis. Op. cit., p. 207.

### 8) Voto Minoritário e a Nova Lei sobre as Comissões Militares

Três respeitados magistrados da Suprema Corte norte-americana discordaram do julgamento final e produziram voto em separado (*dissent vote*). Antonin Scalia,<sup>51</sup> Clarence Thomas<sup>52</sup> e Samuel Alito<sup>53</sup> produziram parte do voto em comum acordo para refutar algumas posições tomadas pela maioria.

O argumento expendido diz respeito, sobretudo, à aplicação (*enforceable*) da Convenção dos Prisioneiros de Guerra de 2005 (*Detainee Treatment Act of 2005*) sobre o caso do prisioneiro Hamdan. Os juízes discordantes reconhecem que a lei foi promulgada após o início do processo instaurado contra o acusado, mas afirmam, baseados em precedentes, que a lei, embora posterior ao ato normativo que criou a comissão julgadora, tem vigência sobre ele. Aliás, tem vigência sobre todos os casos pendentes (*pending acts*).

Quando a Convenção prescreve que, a partir da data de sua promulgação, nenhuma corte tem jurisdição para receber e/ou julgar o mérito do pedido de *habeas corpus* de acusados presos em Guantánamo (“*As of that date, then, no court had jurisdiction to <hear or consider> the merits of petitioner’s habeas application*”),<sup>54</sup> a sua aplicação deve ser imediata e absorver todos os casos que estejam em tramitação. Os julgadores discordantes recordam o caso *Bruner v. United States*, quando a Suprema Corte aceitou o julgamento do caso de um ex-funcionário que reclamava pagamentos e vantagens pessoais por ter ocupado o Departamento de Incêndio da Georgia. O Congresso americano, quando pendia ainda julgamento do caso, promulgou lei modificadora que proibia o exame de casos como o do cidadão Bruner de serem julgados pela Corte Distrital.<sup>55</sup>

Para os julgadores em minoria, o precedente invocado era suficiente para demonstrar que a Suprema Corte já houvera concordado que leis modificadas ou promulgadas posteriormente poderiam afetar casos que não haviam ainda sido julgados (*pending cases*).

O relator do voto, Antonin Scalia, afirma ainda que havia contradição em julgamentos anteriores da Suprema Corte. Ele cita alguns casos para demonstrar como a Suprema Corte referendava comportamentos ambíguos quando se tratava de retroatividade

<sup>51</sup> Nomeado para a Suprema Corte em 26.09.1986 pelo falecido ex-presidente Ronald Reagan.

<sup>52</sup> Nomeado para a Suprema Corte em 23.10.1991 pelo ex-presidente George Bush (pai).

<sup>53</sup> Nomeado para a Suprema Corte em 31.01.2006 pelo Presidente George W. Bush.

<sup>54</sup> Dissenting Vote, SALIM AHMED HAMDAN, petitioner v. DONALD H. RUMSFELD, Secretary of Defense, et Al. On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, p. 104.

<sup>55</sup> A questão fundamental para a Suprema Corte era que a lei promulgada em 1948, em sua versão original, apenas previa a vedação de jurisdição para apreciação do caso de funcionários reclamantes contra os Estados Unidos (União dos Estados). Em 1951, o Congresso americano emendou a lei e inseriu o termo “*officers*” (“cargos de confiança”), ou seja, além de funcionário, as reclamações de funcionários que tenham ocupado “cargos de confiança” também não poderiam ser examinadas pela Corte Distrital.



## FRANCISCO BILAC MOREIRA PINTO FILHO

da lei. No caso citado (*Bruner v. United States*), a lei promulgada negara a jurisdição da Corte Distrital, retroagindo os efeitos da “não-jurisdição” aos casos pendentes, e a Suprema Corte confirmou a retroatividade e aplicação da nova lei ao caso específico. Noutros casos, especialmente nos que “conferiam” jurisdição a cortes de Justiça que antes não a detinham, a retroatividade havia sido aceita. Num caso e noutro se admitiu a retroação da lei. Por que este raciocínio não poderia ser aplicado ao caso Hamdan?

Após o julgamento pela Suprema Corte do caso Hamdan *versus* Rumsfeld, o Congresso norte-americano aprovou a Lei sobre as Comissões Militares (*Military Commissions Act of 2006*), onde expressamente autorizou o julgamento dos prisioneiros de guerra detidos na base naval de Guantánamo, Cuba. Há manifestação clara nesta lei de que as Comissões Militares criadas a partir de sua promulgação devem ser constituídas regularmente e respeitar as diretrizes do artigo 3º da III Convenção de Genebra para prisioneiros de guerra.<sup>56</sup>

O Congresso norte-americano se postou contrariamente ao julgamento da Suprema Corte em relação à criminalização do delito de “conspiração”. Nesta lei, o Congresso ratificou o entendimento sobre o delito de conspiração tipificando-o: “(28) *CONSPIRACY.—Any person subject to this chapter Who conspires to commit one or more substantive offenses triable by military commission under this chapter, and who knowingly does any overt act to effect the object of the conspiracy, shall be punished, if death results to one or more of the victims, by death or such other punishment as a military commission under this chapter may direct, and, if death does not result to any of the victims, by such punishment, other than death, as a military commission under this chapter may direct*”.<sup>57</sup>

Apesar do avanço da nova lei ao prever procedimentos a serem seguidos pelas autoridades militares, sobretudo na vertente processual fazendo referência à III Convenção de Genebra, a nova lei proíbe expressamente que qualquer prisioneiro de guerra que tenha combatido contra as tropas norte-americanas e esteja sob julgamento de uma Comissão Militar invoque as disposições da Convenção de Genebra em seu favor.<sup>58</sup>

A lei faz uma diferença substancial, que modifica bastante a eventualidade de equalização de um tratamento humano aos prisioneiros de guerra detidos em Guantánamo. A lei distingue entre “*lawfull combatants*” e “*unlawfull combatants*”. Não há especificação clara dentro da própria lei, mas pelos seus termos os “*unlawfulls combatants*” são

<sup>56</sup> “(f) *STATUS OF COMMISSIONS UNDER COMMON ARTICLE 3.— A military commission established under this chapter is a regularly constituted court, affording all the necessary judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples’ for purposes of common Article 3 of the Geneva Conventions*” (Military

Commissions Act of 2006, section 948b (f)).

<sup>57</sup> Military Commissions Act of 2006, section 950v (28).

<sup>58</sup> “(g) *GENEVA CONVENTIONS NOT ESTABLISHING SOURCE OF RIGHTS.—No alien unlawful enemy combatant subject to trial by military commission under this chapter may invoke the Geneva Conventions as a source of rights*” (Military Commissions Act of 2006, section 948b (g)).

## OATO PATRIOTA NORTE-AMERICANO E A RESTRIÇÃO A DIREITOS

justamente os terroristas que lutaram contra as forças norte-americanas após os atentados de 11 de setembro. Em julgamento posterior, na sustentação oral liberada pela Suprema Corte, fica bem clara a distinção que é feita pelos ministros da corte entre combatentes “uniformizados” e combatentes “não uniformizados”.<sup>59</sup> Esses “combatentes ilegais” não têm direito de serem julgados pelas Cortes Marciais expressamente previstas pelo Código Processual Militar (*Uniform Code of Military Justice – UCMJ*).<sup>60</sup> As comissões militares autorizadas pela Lei sobre as Comissões Militares são distintas das Cortes Marciais e especialmente criadas para julgamento desses prisioneiros de guerra do terrorismo.

Há sérias limitações à defesa dos acusados. Eles não podem alegar a Convenção de Genebra em seu benefício, com exceção dos requisitos para sua implantação. É vedado ao defensor do acusado alegar que uma prova foi obtida sem autorização judicial. Qualquer alegação de que uma prova foi obtida sobre coerção ou auto-incriminação do acusado pode não ser considerada pelo Juiz Presidente da Comissão.<sup>61</sup>

As Comissões Militares, ao contrário do que se passa na Corte Marcial, podem trabalhar com provas de “rumores” (*hearsay*) sobre o acusado. O rumor, o boato, que seria naturalmente descartado na Corte Marcial, pode representar uma prova para se obter a condenação do acusado.<sup>62</sup>

### 9) Liberdade x Segurança

A Suprema Corte anulou o julgamento do prisioneiro Hamdan perante a Comissão Militar. Como bem observou Posner, a garantia constitucional do *habeas corpus* não é apenas uma garantia concedida aos cidadãos norte-americanos. Esta garantia deve ser estendida a todos os cidadãos que estejam sob a tutela das leis norte-americanas, naturais ou estrangeiros. Quando os Pais Fundadores (constituintes originários) prescreveram a garantia, no século XVIII, os Estados Unidos eram um país que atraía milhares de imigrantes para seu território e os constituintes não poderiam discriminar uma parcela representativa

<sup>59</sup> Ver a argumentação oral expendida pelo advogado Seth P. Waxman em *Boumediene versus Bush* para que o caso fosse apreciado pela Suprema Corte ([http://www.oyez.org/cases/2000-2009/2007/2007\\_06\\_1195](http://www.oyez.org/cases/2000-2009/2007/2007_06_1195) - acessada em 06.01.2008).

<sup>60</sup> Military Commissions Act of 2006, section 948d -- Jurisdiction of Military Commissions.

<sup>61</sup> No julgamento dos espões alemães em 1942 (*Ex parte Quirin*), a Suprema Corte também os identificou como “*unlawful combatants*”, mas ainda assim todos os prisioneiros foram formalmente acusados, foram defendidos por advogados nomeados, submetidos a julgamento pela Comissão Militar e tiveram direito a recurso, inclusive para a Suprema Corte (FISHER, Louis. Op. cit., p. 205).

<sup>62</sup> “(E)(i) Except as provided in clause (ii), hearsay evidence not otherwise admissible under the rules of evidence applicable in trial by general courts-martial may be admitted in a trial by military commission if the proponent of the evidence makes known to the adverse party, sufficiently in advance to provide the adverse party with a fair opportunity to meet the evidence, the intention of the proponent to offer the evidence, and the particulars of the evidence (including information on the general circumstances under which the evidence was obtained)” (Military Commissions Act of 2006, section 949a (E)).

da nação, visto que a cidadania só se adquiria (e se adquire) após cinco anos de residência em território norte-americano.<sup>63</sup>

Para além apenas da garantia do *habeas corpus*, o respeito ao devido processo legal enseja a conformação de importantes decisões da Suprema Corte. Como bem observou Posner: “*But as The Supreme Court reaffirmed in 2001 in a case called Zadvydas v. Davis, anyone who finds himself in the United States, unless he is an illegal entrant stopped at a port of entry, has some constitutional rights beyond the bare right to apply for habeas corpus. ... In particular, he has the right to due process of law and the others rights, mainly of criminals defendants, conferred by the Fifth and Sixth Amendments, ...*”<sup>64</sup>

Genericamente os direitos dos réus prescritos na Constituição e nas leis norte-americanas prevêm: (1) o direito à assistência de um advogado, caso não tenha condições de contratar um; (2) o direito a um julgamento célere; (3) o direito a não ser julgado mais de uma vez pelo mesmo crime; (4) o direito a mínimas condições de detenção, se não lhe for deferido o pagamento de fiança; (5) a condenação deve ser conclusiva e não pairar qualquer dúvida sobre sua culpabilidade (*beyond reasonable doubt*); (6) o direito de não ser incriminado por alegações obtidas mediante coação, por agentes administrativos ou judiciais; (7) o direito de não ser incriminado por disposição legal vaga ou promulgada após o ato; (8) o direito de ser julgado por um Júri, e, se é um acusado de violação a crime federal, o direito de ser julgado por um Juiz Federal designado em conformidade com o prescrito no art. III da Constituição;<sup>65</sup> (9) se condenado, o direito de não ser submetido a penas cruéis; (10) se condenado e emprisionado, direitos mínimos constantes da Primeira Emenda à Constituição e o direito de se casar.<sup>66</sup>

Todos esses direitos são garantidos pela maioria dos sistemas legais da civilização ocidental. Nossa Constituição prevê a maioria dos direitos descritos por Posner como direitos de todos os acusados de crimes nos Estados Unidos.

A decisão da Suprema Corte no caso *Hamdan v. Rumsfeld* é histórica e reafirma a sua propensão em prescrever o respeito aos direitos fundamentais, ainda que o acusado tenha lutado contra as forças armadas norte-americanas. É um importante precedente na sua história e coloca em revisão os procedimentos até então adotados pelas comissões militares norte-americanas.

A posição da Suprema Corte por nós examinada está restrita à apreciação da irretroatividade de uma lei que proíbe o acesso ao Judiciário de prisioneiros de guerra detidos em Guantánamo e se a Comissão Militar que o julgou realmente respeitou os direitos mínimos do acusado de ter ciência sobre as acusações contra si expandidas e a oportunidade de se defender delas.

<sup>63</sup> POSNER, Richard. Op. cit. pp. 54/55.

<sup>64</sup> POSNER, Richard. Op. cit. p. 55.

<sup>65</sup> Juiz nomeado pelo Presidente dos Estados Unidos, ratificado pelo Senado e que tenha obtido a garantia da vitaliciedade.

<sup>66</sup> POSNER, Richard. Op. cit., p. 56.

## OATO PATRIOTA NORTE-AMERICANO E A RESTRIÇÃO A DIREITOS

Para um combate efetivo à insegurança de uma sociedade em guerra contra o terrorismo, o primeiro aspecto (da irretroatividade da lei) não nos parece o mais condizente com a aplicação de princípios de direito que prezam pelo regime democrático. Não se pode conceber que um país em guerra, que como consequência dos combates tenha aprisionado uma grande quantidade de combatentes, coloque à disposição desses prisioneiros o sistema Judiciário do País para o exame individual de cada caso.

A situação é de emergência nacional. Há, efetivamente, um estado de exceção declarado. Não se pode imaginar que o sistema de julgamento desses prisioneiros seja absolutamente igual ao que é deferido ao cidadão acusado de um crime comum em uma cidade norte-americana. O direito norte-americano e o direito brasileiro não desconhecem a existência de uma Justiça eminentemente militar e a este tipo de especialização deve ser dada a importância devida em momentos de conturbação.

A virtude do voto minoritário está justamente no precedente da própria Suprema Corte que anteriormente já havia confirmado a retroatividade de lei que prejudicava o exame de casos pendentes pelo Poder Judiciário. O voto discordante, em seu objetivo último, quer declarar que são absolutamente constitucionais a modificação de uma lei e sua aplicação a um caso pendente. Como princípio geral do direito, a irretroatividade da lei é a regra, mas em matéria de direito adjetivo admite-se que novas disposições legais passem a gerir os feitos pendentes.<sup>67</sup>

A questão não é simplória e envolve apenas um caso de aplicação de uma lei adjetiva. Se um ato normativo impede o acesso ao Poder Judiciário do país a questão é efetivamente constitucional. O fundamental é reconhecer que a Justiça Militar especializada é admitida como um dos pilares de um Estado Democrático de Direito e o exercício de sua jurisdição deve ser aceito como suficiente para gerir os casos de prisioneiros de guerra. Como corolário do *devido processo legal*, deve ser respeitado o duplo grau de jurisdição. A Justiça Militar deve se preparar para assegurar este direito da forma mais ampla.

A reparação da Suprema Corte é acertada quando reconhece que o prisioneiro Hamdan foi julgado sem ter acesso às provas contra si produzidas, sem a chance de ter amplo acesso ao seu processo, sem a chance de poder ser representado por um profissional de sua escolha, caso pudesse pagar pelos seus serviços, ainda que o caso tramitasse exclusivamente perante uma Corte Militar. É bem provável que o impedimento do acesso à Justiça comum norte-americana, como preconiza a Convenção dos Prisioneiros de Guerra de 2005 (*Detainee Treatment Act of 2005*), impeça que casos semelhantes cheguem a ser julgados, principalmente os que foram instaurados após a modificação da Convenção. Menos provável ainda é que cheguem à Suprema Corte. Mas a aplicação da norma legal não pode macular a crença da Democracia de que a Justiça Militar seja suficientemente transparente e equânime para julgar casos de prisioneiros de guerra.

Para Ronald Dworkin, a questão é bastante mais polêmica. Não se restringe à análise da legalidade-ilegalidade da legislação de exceção. Em recente obra discorrendo

<sup>67</sup> Art. 1.211 do Código de Processo Civil brasileiro.

justamente sobre a divisão da sociedade norte-americana em apoio às práticas heterodoxas de se combater o terrorismo e a propensão do governo em desrespeitar direitos fundamentais, afirma: “*But the deep dispute about America’s antiterrorist policies is not certainly a disagreement about facts. It is about whether these policies violate human rights. If they do, they are indefensible even if they are legal and even if they do make Americans safer. We cannot claim that human rights were made obsolete by September 11 because we believe such rights to be timeless.*”<sup>68</sup>

Não obstante as boas perspectivas na decisão Hamdan *versus* Rumsfeld, as novas disposições da Lei sobre as Comissões Militares não deixam dúvidas de que o Congresso norte-americano reconhece a gravidade da situação e autoriza que os prisioneiros de guerra sejam tratados de forma diferente da de outros combatentes (*lawfull combatants*) que venham a enfrentar as tropas norte-americanas. Há nitidamente um tratamento desigual. Não lhes foram deferidas as mesmas garantias que um prisioneiro de guerra (comum) tem quando julgado por uma Corte Marcial. Contudo, temos que reconhecer que há uma lei que trata dos procedimentos de acusação e, mais do que isso, há a indispensável atenção da população norte-americana sobre o problema. A situação dos prisioneiros em Guantánamo está na pauta de discussões sobre as regras democráticas de como tratar prisioneiros de guerra e até quando eles serão detidos sem julgamento.<sup>69</sup>

## 10) Modelos Democráticos

Parece clara a intenção dos países que combatem o terrorismo internacional: o forte propósito de levar a nações que estão sendo combatidas (Afeganistão e Iraque) a idéia de democracia. Uma democracia que respeite os mínimos direitos, tais como a liberdade de ir e vir, a liberdade de credo, a liberdade de manifestação, o devido processo legal, o direito a um julgamento célere etc.

A edificação de uma nação democrática não pode se fazer simplesmente impondo modelos. Mais do que isso, a conformação de uma nação com as regras democráticas deve ser precedida do conhecimento da história do país, de seu povo e da índole para aceitação dos contrários. É comum esta trasladação de modelos, desde o fim da era colonial. Entretanto, a lição que fica é a necessidade de acomodação desses direitos com os costumes seculares dessas nações.

A análise do aparato das modificações legislativas norte-americanas e da decisão da Suprema Corte, todas fruto da “era do terrorismo”, nos demonstra quão importante é

<sup>68</sup> DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here?*. 1st ed. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 28.

<sup>69</sup> “*The Bush administration argues, for example, that those prisoners it accuses of having fought for the Taliban or Al-Qaeda in Afghanistan are not entitled to the protections of the Geneva Conventions because they are “illegal combatants”.* A United States Court of Appeals has accepted that argument, but great many leading international lawyers reject it, and I agree with them” (DWORKIN. Ronald. Op. cit., pp. 28/29).

## OATO PATRIOTA NORTE-AMERICANO E A RESTRIÇÃO A DIREITOS

não nos desviarmos das lições que aprendemos desde a promulgação da Constituição norte-americana. Para o concerto (“ou concerto”, por que não?) da violência, medidas excepcionais são necessárias. Mas as medidas excepcionais não significam ausência de limites às forças de combatem o terrorismo.<sup>70</sup> A autoridade sempre deve estar imbuída dos princípios mais comezinhos de nossas práticas democráticas. A valorização deste aprendizado surge justamente quando se coloca todo o seu arcabouço histórico em xeque. Esta é a hora de se discutir a Democracia. Aferir a nossa predisposição do respeito às leis e às regras democráticas deve ser feito preferencialmente na exceção. Destes momentos surgem os propósitos bem intencionados de se combater o mal com regras mínimas, seja nos Estados Unidos, com o retrato que expusemos, seja nas delegacias brasileiras, onde ora há omissão diante da calamidade pública, ora há excesso no tratamento do preso e das comunidades onde o crime se instala.

O tratamento dado aos prisioneiros de guerra em Guantánamo e a situação de um preso brasileiro não são muito desiguais. Lá, talvez pela própria intenção da autoridade em “endurecer” com aqueles que eles julgam terem sido os responsáveis pelo 11 de setembro, aqui por completa falência de um pseudo-estado social que diz garantir aos cidadãos direitos falaciosos, quando nem o mínimo direito a uma cela com vaso sanitário é factível.<sup>71</sup>

Nos Estados Unidos o endurecimento das regras com a Lei das Comissões Militares denota claramente que há uma priorização do princípio da segurança em detrimento da valorização dos mínimos direitos dos prisioneiros de guerra. Como esclarece Jorge Miranda, “... a segurança é o ambiente do Direito, mas nunca pode prevalecer sobre o próprio Direito”. Os conflitos gerados pela exceção não podem nos afastar dos princípios do liberalismo jurídico.<sup>72</sup>

Exportar modelos para adaptação em nações estrangeiras requer a produção de uma boa matéria-prima. Nesta intenção norte-americana de levar a Democracia e o liberalismo jurídico a outras nações reside também algum traço de contradição com os seus atos internos. O tratamento aos prisioneiros na base de Guantánamo é sintomático de que é desproporcional o discurso da prática.

Mas do que simplesmente analisar quais práticas em determinados países são democráticas ou não, a visão mais consentânea com a era da exceção é a de que prisioneiros legais ou ilegais sejam tratados de forma humanitária. Esta visão considera cada ser humano,

---

<sup>70</sup> No caso brasileiro, a segurança pública urbana cuja deterioração dispensa maiores comentários.

<sup>71</sup> Folha On Line, 17.12.2007. “OAB do Rio aponta que presos do Estado vivem sob condições de insalubridade” (<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u355658.shtml> - acessada em 27.12.2007).

<sup>72</sup> “O pior que poderia acontecer aos regimes liberais e pluralistas do Ocidente seria, a pretexto do terrorismo, afastarem-se dos grandes princípios jurídicos que tanto custou a conquistar e a sedimentar nas suas Constituições, nas suas leis e nas suas culturas cívicas. O pior que poderia acontecer seria, afinal, a pretexto do terrorismo, ficarem abalados os fundamentos do Estado de Direito” (MIRANDA, Jorge. “Os Direitos Fundamentais perante o Terrorismo”. Org. CALDEIRA BRANT, Leonardo Nemer. *Terrorismo e Direito*. 1a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 67).

independente de sua condição, um ser humano que detém dignidade. A dignidade deve ser respeitada até mesmo no caso dos acusados de terrorismo. Países com longa história de respeito aos direitos fundamentais, como Estados Unidos, Inglaterra, França, Espanha, Itália etc. e que simultaneamente estejam sendo ameaçados pela mácula do terrorismo internacional, estão diante do impasse de garantir os direitos fundamentais prescritos em suas constituições e a imperiosa necessidade de segurança. Neste momento, as condições mundiais levam a uma sobrevalorização da segurança nos sistemas de direito do Ocidente. Muitas leis têm privilegiado a segurança em detrimento de direitos fundamentais históricos.

Jusfilósofos mais atuantes discorrem sobre um mínimo democrático. Um bom exemplo recordado por Dworkin se refere ao balanceamento de valores que são resguardados em duas grandes democracias. Na Alemanha dos dias atuais, qualquer incitação ou pregação a práticas do antigo partido nazi-fascista são previstas como crime e seus pregadores podem ser presos, julgados e condenados. Nos Estados Unidos, o cidadão tem o direito de defender suas idéias, mesmo que elas preconizem o fim da democracia, como é o caso da proposição nazi-fascista. Essas divergências sobre a liberdade de expressão, para Dworkin são fundamentais, mas nem por isso a criminalização da liberdade de expressão na Alemanha pode significar que os Estados Unidos devem condenar esta prática, ou mesmo invadir este país.<sup>73</sup>

Alguns jusfilósofos citados por ele preconizam que para a real aferição por parte das nações democráticas sobre a consideração do que sejam direitos fundamentais deve se limitar a um espectro finito de direitos políticos facilmente aceitos pela maioria das democracias. O construtivismo de uma proposta deste jaez fundamenta-se no fato de que a maioria das democracias ficaria imune à necessidade de respeito a direitos paroquiais que seriam circunscritos a países singulares.

No entanto, o desconstrutivismo também é patente, já que a perseguição a minorias (como cristãos em países islâmicos) ou os preconceitos em relação à posição feminina em sociedades mais tradicionais, o que para a maioria das democracias atuais seriam direitos básicos de atingimento democrático, seriam deixados de fora, se a aferição do grau de respeito aos direitos humanos fosse exclusivamente política. A decisão da Suprema Corte é um passo importante, pois reafirma que, mesmo diante do caos e da ameaça, os cidadãos e o Sistema Judiciário não podem prescindir de lembrar os mais "comezinhos direitos" assegurados àqueles que são acusados de cometer crimes. Por mais emotivo que seja o estado da sociedade que erige uma legislação de exceção para julgar o tratamento que deve ser dado aos seus prisioneiros, a história dos Estados Unidos e de muitas nações

---

<sup>73</sup> "Writers are now in jail in Germany, for example, for charging that the Jews largely invented the Holocaust. Americans might criticize Germany for infringing in that way what we take to be a very important political right of free speech, but no one would think that this gives the United States grounds for invading Germany or for imposing trade sanctions against it. When others governments violate what we take to be not only political but human rights, however - when they jail and torture their critics or systematically hunt out and kill members of a minority religion or race - we at least contemplate the possibility of grave sanctions to try to stop these crimes" (DWORKIN. Ronald. Op. cit. p. 34).

## O ATO PATRIOTA NORTE-AMERICANO E A RESTRIÇÃO A DIREITOS

democráticas, é de um tratamento digno ao mais vil dos prisioneiros. Garantir-lhes o direito à defesa, o direito a ter assistência de um advogado, o direito de ter acesso a provas contra si produzidas significam um mínimo democrático, ainda que a corte julgadora seja exclusivamente militar.

Em boa hora a Suprema Corte lembrou à sociedade norte-americana que toda a sua conceituação como sociedade que respeita os direitos fundamentais pode ser relativizada, se aqueles que a agrediram ficarem presos sem julgamento e se, e quando forem julgados, que não lhes sejam respeitados os direitos mais basilares de um prisioneiro de guerra consagrados em normas internacionais.