

O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMPOS DE EMERGÊNCIA NACIONAL: UMA ANÁLISE DA SUPREMA CORTE DOS EUA NO PÓS-11/9

Hazenclever Lopes Cançado Júnior¹

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O constitucionalismo contemporâneo; 3. Os desafios constitucionais pós-11/9; 3.1 A violação do devido processo legal e dos direitos fundamentais; 3.2 Separação de poderes; 3.2.1 Sobreposição do Executivo sobre o Judiciário; 3.3 Quais as possibilidades da Corte Constitucional? 3.3.1 A constituição de emergência de Bruce Ackerman; 3.3.2 O minimalismo judicial e o controle procedimental 3.3.3 A jurisdição contra-terrorista de Yigal Mersel; 3.4 O reforço da democracia constitucional; 4. Considerações finais.

RESUMO

O presente projeto analisa o papel da Corte Constitucional em tempos de emergência nacional a partir da atuação da Suprema Corte dos EUA no cenário subsequente aos atentados de 11 de setembro. Será demonstrado o papel fundamental do Judiciário e do Legislativo frente aos principais desafios ao constitucionalismo e à democracia impostos pelo terrorismo.

PALAVRAS-CHAVE

Emergência nacional. Direitos fundamentais. Separação de poderes. Constitucionalismo e democracia.

ABSTRACT

This essay analyzes the role of the Constitutional Court during national emergencies, based on the Supreme Court performance outlined after the 9/11. It argues that the Judiciary along with the Legislative play a particular and essential role opposite not only to the Executive acts, but to all the challenges imposed by the terrorism against constitutionalism and democracy.

KEYWORDS

National emergency. Fundamental rights. Separation of powers. Constitutionalism and democracy.

¹ Aluno da graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

1. INTRODUÇÃO

Em artigo publicado em 15/1/2012 no *The Washington Post*, Jonathan Turley² expõe o estado de negação dos norte-americanos às implicações das leis e políticas públicas que continuamente restringem o escopo das liberdades civis. Se eles se veem como um país livre com inclinações autoritárias, ou uma nação autoritária com aspirações livres, não se sabe; mas claramente não são o que já foram.

Negação porque a definição de liberdade passa por sua experiência histórica. Negação porque, anualmente, o Departamento de Estado monitora e reporta legislações restritivas ao redor do mundo, a exemplo da negação de julgamento público e justo no Irã e do esvaziamento do devido processo legal na Rússia. Mas negação também porque incapazes de explicar, ou reconhecer, a significativa redução das liberdades civis em nome da segurança nacional, desde 11/9/2001 até o *National Defense Authorization Act*, aprovado em 31/12/2011.

A tolerância a essas legislações isoladamente discutidas, embora amplamente aplicadas, tem desgastado a confiança na própria definição constitucional dos EUA, símbolo da liberdade para o mundo. Os largos poderes e a ampla discricionariedade conferidos ao governo central os colocaram ao lado de nações carentes de direitos individuais básicos e destituídas de qualquer definição razoável de liberdade.

Turley destaca 10 atos e determinações do Governo Federal que ainda abalam a ordem constitucional norte-americana, relatados a seguir: o Presidente Obama reclamou para si o direito de matar qualquer cidadão considerado terrorista ou aliado; o *National Defense Authorization Act* reforça a autoridade presidencial de deter indefinidamente cidadãos acusados de terrorismo e decidir, unilateralmente, se o indivíduo será julgado em corte federal ou militar.

Foram estendidos os poderes de busca e apreensão sem mandado para quaisquer documentos, desde os empossados por empresas até históricos de bibliotecas. O governo pode declarar perigo à segurança nacional para justificar o uso de procedimentos secretos em cortes federais e militares.

O Presidente Obama impediu qualquer acusação sobre os responsáveis por suspeitos de terrorismo no governo Bush em outros países, embora os EUA tenham antes reclamado o uso de tal autoridade para crimes de guerra em outros países.

² Shapiro Professor of Public Interest Law at George Washington University. Artigo intitulado *10 Reasons The U.S. Is No Longer The Land Of The Free*,

Obama defendeu, ainda, o contínuo monitoramento via GPS de cidadãos alvo independentemente de qualquer autorização judicial; garantiu às empresas que auxiliaram na vigilância dos cidadãos imunidade frente ao *judicial review* e, por fim, insiste na transferência de detentos a países onde a tortura é utilizada.

Turley recorre aos *framers* para defender que é estritamente dispensável um sistema como o cenário pós-11/9: um governo com extensos, descontrolados e desequilibrados poderes, fundado no medo e na confiança de seu uso prudente.

Os poderes políticos e *accountable* aos eleitores assumem a responsabilidade direta na promoção de políticas públicas que visem à segurança nacional, remanescendo ao Judiciário papel menos óbvio. Porém, tais políticas estão inseridas no Direito e, portanto, sujeitam-se ao controle de constitucionalidade, ou pertencem a um domínio extralegal de emergência, em que a moralidade política não se aplica?³

A experiência norte-americana revela como momentos de crise não conduziram a política a um questionamento do governo constitucional. A Revolução Americana firmou base sólida de que o Estado possível é o constitucional, criatura da Constituição, moldado pelo povo por meio de seus representantes e cujos poderes foram adaptados para a manutenção da liberdade individual⁴. Mas a crise institucionalizada pelos atentados serviu menos para reforçar o constitucionalismo do que para refletir os desafios que o terrorismo impôs à soberania norte-americana.⁵

2. O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Os *atentados terroristas de 11 de Setembro*⁶ acarretaram severos ruídos no sistema jurídico norte-americano e internacional, especialmente do ponto de vista

³ A esse respeito, merece destaque a colocação de Ackerman, para quem o maior estudioso de emergências do século XX foi Carl Schmitt, que acabou por tornar-se defensor do nazismo. No entanto, Ackerman corretamente defende que, ainda que momentos de emergência nacional existam, o terrorismo não parece fazer parte deles. “Though Nazism is dead as a political force, Schmitt’s ideas cast a long shadow, making it seem almost obvious that the “state of emergency” is a lawless condition, in which ordinary political morality doesn’t apply. (ACKERMAN, 2006, p. 56).

⁴ Ao reverso da experiência norte-americana, o Estado alemão precedeu histórica e logicamente a Constituição, desenhada mais como limite aos poderes ilimitados de um órgão político pré-existente. Sua legitimidade vem de um Estado; desse modo, uma crise no Estado termina em crise no próprio discurso constitucional, a exemplo da crise político-constitucional em Weimar. A Constituição de Weimar consolidou o poder político burguês, introduziu direitos fundamentais e a Corte Constitucional e desenvolveu uma complicada interação entre Parlamento e Primeiro Ministro, a quem foram conferidos, como o da suspensão do Parlamento e instalação de plebiscito. Além disso, o art. 48 (2) lhe conferia a autoridade para tomar as medidas apropriadas em face de segurança pública e ordem, inclusive medidas militares ou a suspensão de direitos fundamentais. O que se vê no caso alemão é a teoria constitucional como reflexo do contexto do Estado, ecoando até mesmo seus momentos de crise.

⁵ “Crises of the American state have never led political to question the legitimacy of constitutional government (...). The American state is the creature of a constitution framed by the people through its representatives. It is inconceivable upon any other basis. The constitution precedes the state, logically and temporally. (...) Political crisis only strengthens constitutionalism. Nos EUA sai fortalecido o constitucionalismo. (JACOBSON, SCHLINK, p. 01).

⁶ Assim passaram a ser conhecidos os ataques a edifícios centrais à ordem econômica norte-americana em Manhattan e em Washington DC em 2001. Duas aeronaves visavam às torres do *World Trade Center* e uma à sede do Departamento de Estado dos EUA, conhecido como Pentágono. A última aeronave caiu na Pensilvânia após conflitos no interior da aeronave entre os agentes terroristas e passageiros. Ademais, esses atentados foram incluídos na lista dos *dez eventos que mais abalaram o mundo* produzida pela revista francesa *L’Histoire*, segundo critérios de intensidade, imprevisibilidade, ressonância e consequências.

constitucional.⁷ O diagnóstico do redesenho do constitucionalismo desafia a um prognóstico de conservação das liberdades civis mediante *imaginação institucional*⁸.

Os custos das medidas legislativas e práticas estatais que visavam reforçar as medidas de segurança à população civil e de prevenção de novos ataques ressoaram profundamente no cerne do constitucionalismo, para o qual não há definição única.

Para Rosenfeld, o constitucionalismo corresponde aos limites aos poderes do governo, à adesão ao Estado de Direito (separação de poderes e supremacia da Constituição) e à garantia dos direitos fundamentais.⁹ Cristiano Paixão completa que a complexidade, contingência e multiplicidade de possibilidades e riscos¹⁰ tornaram necessária sua atualização para sete imperativos, dentre os quais: supremacia constitucional, democracia representativa, limites e controle dos poderes e direitos fundamentais.¹¹

É certo que o constitucionalismo está intimamente ligado à noção de constituição como lei fundamental e suprema. Luhmann, a seu turno, define a Consituição como reação à diferenciação total entre *direito* e *política* como sistemas funcionais¹² e à necessidade de religação.¹³

Marcelo Neves vê a Constituição como conquista histórica e consolidação de uma nova forma de apresentação do direito pelo uso de subsídios da política. Os procedimentos decisórios constituintes filtram expectativas jurídico-normativas de comportamento em normas constitucionais vigentes e estabelecem um núcleo de proteção: a garantia dos direitos fundamentais e a limitação do poder estatal.

⁷ À luz da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann, a repercussão global desses eventos não surpreende, porquanto “não há dúvida de que, nas circunstâncias atuais, existe apenas um sistema social, a saber: a sociedade mundial.” LUHMANN, 1999, P. 483.

⁸ ACKERMAN, 2006.

⁹ ROSENFELD apud PINTO, 2004.

¹⁰ Cf. Luhmann (1995, 1996b, 1999), De Giorgi (1994), Corsi (2001b), Campilongo (1000, p. 115-171), Araujo Pinto (2002, p. 161-307). Completam: soberania popular, instituições e autodeterminação dos povos.

¹¹ PINTO, 2004.

¹² Para Luhmann, um sistema é uma forma com propriedades que o distinguem como unidade de uma diferença; ele é distinto de seu ambiente e operacionalmente fechado, capaz de produzir por si mesmo seus elementos e estruturas próprias. Ao mesmo tempo, o sistema é orientado para seu ambiente e sem ele não pode existir, porquanto por meio da conservação de seus limites/dessa diferenciação ele se mantém. Apesar das evidentes diferenças regionais e de condições de vida humana, Luhmann vê a sociedade como um sistema autopoietico abrangente e em constante mudança que inclui em si subsistemas cujos elementos estão integrados como unidades de função (autorreferentes), como o do direito, o da política, o da economia, o da educação, etc.

¹³ A constituição toma para si a primazia e torna-se medida de conformidade do restante do direito como orientação para sua unidade, mediante o código binário direito/não-direito. Ela se abre para a reprodução do futuro e prevê sua própria modificação pela abertura à influência política. Todos os seus conceitos que remetem à política, tais como *povo*, *eleitor*, *soberania* e *Estado*, estabelecem um acoplamento estrutural entre ambos os sistemas. Fechados operacionalmente, é firmada a abertura cognitiva à sociedade e os dois sistema se servem da Constituição para resolverem problemas de sua própria referenciabilidade. Essas relações de dependência e interdependência, esse recurso mútuo a outro sistema funcional caracteriza os sistemas congruentes, que não se sobrepoem, mas um serve do outro pela hetero-referenciabilidade. Um sistema, portanto, observa o outro, sem descuidar de suas próprias exigências; são, à luz da própria analogia de Luhmann, como bolas de bilhar, que apesar de frequentes choques, em que um código abre-se para o outro incorporando seus ruídos gerados no ambiente, cada uma continua seu caminho, com a própria comunicação produzida em seu interior, possibilitando sua estabilização.

A institucionalização dos direitos fundamentais contribui para a comunicação entre sistemas e requer proveitosa divisão de poderes: o processo de *decision making* é conduzido pelo direito e o poder político é limitado por esfera jurídica autônoma.

O descumprimento dos direitos fundamentais, como no pós-11/9, sacraliza as relações de poder e impossibilita a inclusão pluralística. O texto por si só não confere normatividade, implicando risco democrático de legitimidade ao direito e à política.

Nesse contexto, é institucionalizada uma ordem político-jurídica instável, dominada, cuja segurança pode ser garantida pela práxis do Judiciário, com relevante participação da Corte Constitucional, e por uma coordenação de atos da coletividade.

Essa visão só é possível pela “impressionante construção de uma cultura de “direitos” de cunho universalizante, traduzida pela semântica dos direitos humanos”¹⁴, consubstanciada em uma série de decisões que assentaram a jurisdição constitucional¹⁵ e concretizaram o exercício dos direitos individuais.

Esses postulados do constitucionalismo, não obstante estruturalmente inafastáveis da sociedade moderna, não são, por si só, definitivos, mas aquisições evolutivas em permanente mutação, sob contínuo risco de manipulação ou abuso.¹⁶

As noções fundamentais de supremacia da Constituição e jurisdição constitucional não foram explicitadas pelo texto constitucional, mas em firme atuação da Suprema Corte, como no emblemático *Marbury v. Madison*¹⁷. E esta é a grande inovação norte-americana: a Constituição torna-se, ao mesmo tempo, um documento fundamental com as principais opções políticas de um Estado, e uma norma legal de onde se extraem direitos, submetida à interpretação constitucional. Os desafios do terrorismo afastam tais fundamentos do Estado de Direito e apontam para uma desdiferenciação entre direito e política, marcado pela assimilação do primeiro pelo último.

¹⁴ PINTO, 2004, p. 15.

¹⁵ Aqui cabe notar, mediante análise histórica, os fundamentos e contexto em que se deu a construção do *judicial review* e dos direitos individuais em face da atuação estatal, em especial do Executivo. Ganha relevo a atuação de Edward Coke em sua tentativa de reabilitação do *common law*, especialmente no caso *Bonham*, ocasião em que em 1610, como *Chief Justice* do *Common Pleas*, afirmou a primazia do *common law* mediante o controle judicial dos atos do Parlamento, com a possibilidade de declaração de nulidade em caso de contrariedade. “And it appears in our books, that in many cases, the common law will controul acts of parliament, and sometimes adjudge them do be utterly void: for when an act of parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will controul it, and adjudge such act to be void.” Transcrição a partir da citação de James Souter, Jr. pelo Prof. Cristiano Paixão Pinto (2004, p. 84).

¹⁶ NETTO, Menelick de Carvalho. P. 14.

¹⁷ “Assim, se uma lei está em oposição com a Constituição, e se, aplicadas ambas a um caso particular, o Tribunal se veja na contingência de decidir a questão em conformidade da lei, desrespeitando a Constituição, ou consoante a Constituição, desrespeitando a lei, o Tribunal deverá determina qual destas regras em conflito regerá o caso. Esta é a verdadeira essência do Poder Judiciário. Se, por os tribunais têm por missão atender à Constituição e observá-la e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e unca essa reoslução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam.” Trecho na página 26 do voto do *Chief Justice Mashall*, transcrito de citação do PINTO, 2004, p. 192.

3. OS DESAFIOS CONSTITUCIONAIS PÓS-11/9¹⁸

Em 19/9/2001, o Executivo enviou ao Congresso extenso projeto de lei batizado de *USA Patriot Act*, votado no Senado em 25/10 e sancionado no dia seguinte pelo Presidente Bush. Sua tramitação rápida e aprovação incomum, sem qualquer audiência pública ou relatório por alguma comissão, transparecem a enorme pressão, senão ameaça, sofrida pelo Legislativo, que impediram um debate abrangente e plural na esfera pública, caracterizando, na opinião do Deputado Barney Frank, o processo menos democrático relativo às questões mais fundamentais para a democracia¹⁹.

O Senador Russ Feingold, voto solitário contra o projeto, afirmou que o sistema de freios e contrapesos exige questionamento das propostas pelo Congresso²⁰. Bruce Ackerman considerou a medida uma agitação coletiva simbólica resultado de um pânico frente a uma ameaça indefinida cuja fonte era ainda pouco compreendida.²¹

O *Patriot Act* aumentou os poderes investigatórios das autoridades policiais e de inteligência, redesenhou a garantia constitucional à privacidade, redefiniu o crime de terrorismo doméstico, instituiu o conceito de *combatente inimigo* e restringiu direitos de imigrantes, por detenções indiscriminadas, sigilosas e por tempo indeterminado²².

O direito constitucional à privacidade passou a ser visto como barreira aos amplos poderes investigatórios. A exceção preconizada pela Quarta Emenda²³ passou a ser vista como legitimidade para o Presidente no uso da força letal para autodefesa da nação e para coleta de toda informação necessária a seu exercício.

Isso se deu mediante a adaptação do FISA²⁴ para rotineiro afastamento da Quarta Emenda sem qualquer indício de culpabilidade, comunicação ao investigado ou controle judicial. Foi conferido ao FBI poder de busca sobre informações sensíveis

¹⁸ A despeito da imutabilidade textual Constituição norte-americana por mais de dois séculos, com raras emendas constitucionais, seu significado foi desconstruído, construído e reconstruído repetidas vezes. Por meio da interpretação constitucional, consubstanciada em mudança de opinião fática ou em remodelação da Suprema Corte, a Constituição norte-americana sofreu profundas e importantes transformações, de impacto no constitucionalismo mundial, com poucas vírgulas de seu texto modificado. Essa maleabilidade da interpretação constitucional não tornou a Constituição dos EUA instável, ou sem significado; antes, garantiu a abertura democrática do controle de constitucionalidade e aproximou a leitura constitucional da Corte da realidade fática. Não foi diferente no contexto terrorista do início do século XXI.

¹⁹ PINTO, 2004.

²⁰ PINTO, 2004.

²¹ ACKERMAN, 2006.

²² Nas palavras de Giorgio Agambem: “A novidade da ordem do presidente Bush foi apagar radicalmente o estatuto jurídico desses indivíduos e de produzir assim entidades que o direito não podia nem classificar nem nomear [...] nem prisioneiros nem acusados, mas simples “detainees” (detidos), eles se acham submetidos a uma pura soberania de fato, a uma detenção que não é apenas indefinida num sentido temporal, mas também por sua própria natureza, pois ela escapa completamente à lei e a toda forma de controle judiciário.” AGAMBEN apud PINTO, 2004, p. 246.

²³ “O direito do povo à inviolabilidade em suas pessoas, casas, papéis e haveres contra buscas e apreensões arbitrárias não será infringido; nenhum mandado será expedido a não ser quando existentes indícios de culpabilidade amparados por juramento ou declaração; o mandado deverá descrever o local em que a busca será realizada e as pessoas ou coisas a serem apreendidas.” Transcrição da citação do Prof. Cristiano Paixão Pinto, 2004, p. 225.

²⁴ *Foreign Intelligence Surveillance Act*, aprovada em 1978 com o intuito de flexibilizar os padrões de investigação dos órgãos de inteligência para espionagem de Estado ou agente estrangeiro, o que foi modificado, com o *Patriot Act*, para qualquer investigação criminal. Essa lei autoriza a realização de buscas e escutas telefônicas sem a comunicação prévia ou posterior ao investigado.

na Justiça, bancos e bibliotecas, sem necessidade de correlação a indivíduo específico ou justificativa; essa vigilância²⁵, porém, não passou sem protestos²⁶.

A instituição do tipo penal *terrorismo doméstico* pelo *Patriot Act* fundou-se numa definição “surpreendentemente vaga e abrangente”²⁷ e na prática política e jurídica norte-americana do *guilt by association*, difundida à época do *macarthismo*²⁸, passando a criminalizar atividades de protesto que demonstrassem a intenção de *influenciar a política de um governo mediante intimidação ou coerção*²⁹ ou indivíduos participantes de organizações ou grupos políticos *cujo endosso público de atos terroristas, tal como determinados pelo Secretário de Estado, venha abalar os esforços dos EUA para reduzir ou eliminar atividades terroristas.*³⁰

Em desconsideração à clara superação dessa afronta à liberdade de expressão garantida pela Primeira Emenda³¹ pela Corte nos anos de 1960³², quando se separou *discurso e ação*, foi instaurada a possibilidade de que quaisquer militantes ou financiadores estejam vulneráveis à investigação por ‘terrorismo doméstico’³³

As práticas adotadas pelos EUA de combate ao terrorismo claramente confundiram países com organizações com finalidades explicitamente pacíficas, organizações com seus membros e oradores com seus públicos.

As hostilidades do governo a imigrantes resultaram na padronização de alvos de investigação, detenção e deportação. Pelo *Patriot Act*, *indícios razoáveis* seriam suficientes para detenção sob juízo sumário do Secretário de Justiça, sendo dispensável de acusação formal por sete dias³⁴.

²⁵ Cf. PINTO, 2004, p. 235. O *Carnivore* é um equipamento que, acoplado ao computador central de um provedor de acesso à internet, pode conferir tudo que foi feito por um usuário. Ademais, dois programas de controle foram desenvolvidos pelo governo norte-americano: um sistema centralizado de monitoramento em tempo real da internet em âmbito federal e o projeto *Consciência total da informação*, que combina dados da internet com dados obtidos por órgãos governamentais, como e-mails, compras, ligações celulares, etc., em busca de um *padrão de comportamento suspeito*.

²⁶ A exemplo da *American Library Association*, que afirmou ser a legislação não contrária ao terrorismo, mas a liberdade de expressão, e com alto poder destrutivo do que os norte-americanos mais têm orgulho. Cf. PINTO, 2004, p. 233.

²⁷ DWORKIN apud PINTO, 2004.

²⁸ Período dominado pela *ameaça comunista* ou *perigo vermelho*, que implicou forte restrição dos direitos civis nos Estados Unidos entre os anos 1940 e 1950, como resultado de uma intensa perseguição a comunistas liderada pelo Senador Joseph McCarthy em resposta ao medo de sua influência e de sua espionagem.

²⁹ Item *ii* do item *B* do número 5 da Seção 802 do *Patriot Act*.

³⁰ Item *bb* da Seção 411 do *Patriot Act*.

³¹ “O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião ou proibir o livre exercício de culto; ou de cercear a liberdade de expressão, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a representação de suas queixas.” Transcrição de citação em PINTO, 2004, p. 244.

³² Cf. os *leading cases* *Brandenburg v. Ohio* e *Yates v. United States*.

³³ “O termo ‘atividade terrorista’ é normalmente compreendido como violência premeditada e politicamente motivada que tenha como alvo uma população civil. A Seção 411, contudo, estende o significado do termo de uma forma em que se torna impossível reconhecê-lo, já que abrange qualquer crime que envolva o uso de uma ‘arma ou aparelho perigoso (para fins diferentes do lucro monetário)’. Sob essa ampla definição, um imigrante que, no calor do momento, aponte uma faca ou alguma arma improvisada no curso de uma alteração ou que cometa algum crime passional pode ser sujeito a deportação como ‘terrorista’” CHANG, Nancy. Citação transcrita de PINTO, 2004.

³⁴ Ante a impossibilidade de deportação do imigrante absolvido de imputação relacionada a regras de imigração, o Governo pode indefinidamente renovar a detenção pelo prazo de seis meses, caso o *indivíduo* represente ameaça à segurança nacional. Interessante notar a posição da Suprema Corte meses antes dos atentados: passados os seis meses previstos e impossibilitado o repatriamento, proceder-se-ia a libertação em solo americano.

Dentre os desafios constitucionais apresentados, o trabalho segue um recorte de três das principais questões incidentes: (i) os impactos nas liberdades civis e direitos fundamentais, como liberdade de expressão e de imprensa, direito à privacidade e ao devido processo legal; (ii) a desenfreada concentração de poderes pelo Executivo e a assimilação dos outros Poderes; (iii) o papel e as possíveis interpretações da Corte Constitucional nesse contexto.

3.1 A violação do devido processo legal e dos direitos fundamentais³⁵³⁶

Mesmo os direitos fundamentais, cuja teoria traçada por Robert Alexy lhes confere natureza de princípios e lhes define como mandamentos de otimização, sujeitam-se à não realização. Alexy admite que o grau ótimo do limite das possibilidades fático-jurídicas impede sua satisfação³⁷.

Quanto maior o grau de não-satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro. Assim, em sistemas jurídicos que incluam direitos fundamentais, não é possível a existência de princípios absolutos³⁸.

A garantia do devido processo legal³⁹ é hoje uma das disposições constitucionais mais difundidas e internalizadas. Vale para todos, ou apenas para cidadãos? A decisão proferida em junho de 2001 em *Zadvydas e Ma v. Davis* declara que a “ideia de liberdade como proteção contra o encarceramento está no eixo central

³⁵ “The International Covenant on Civil and Political Rights sets the right standard. Article 4 applies even during states of emergency and bars states from discriminating “solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin.” In signing the Convention, the United States accepted this provision without reservation but filed an “understanding” that it did not “bar distinctions that may have a disproportionate effect upon persons of a particular status” during a “time of public emergency.” (ACKERMAN, 2006, p. 117).

³⁶ Devem ser objeto de análise específica, conquanto não sejam aprofundadas no presente trabalho, questões constitucionais concernentes às condições de tratamento dos detidos, capazes de configurar tortura em alguns casos, abusos verbais, ausência de informações de acusação, dificuldade de acesso à defesa, restrição à imprensa.

³⁷ ALEXY, 1993.

³⁸ Mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana, “inviolável” no texto constitucional alemão e detentor de um amplo grupo de condições de precedência que lhe confere alto grau de certeza de prevalência contra princípios colidentes, dependerá da definição das circunstâncias em que possa ser violada por meio do sopesamento. “A utilização dessa possibilidade pelo tribunal pode ser verificada em manifestações como aquela segundo a qual a dignidade humana não é violada “se a exclusão da proteção judicial não é motivada por uma desconsideração ou uma depreciação da pessoa humana, mas sim por uma necessidade de manter em segredo as medidas que sirvam para a proteção da ordem democrática e para a própria existência do Estado.” ALEXY, pp. 112-113. Como diante de outras condições a precedência será definida de outra forma, Alexy propõe uma regra de dignidade humana e um princípio da dignidade humana. Este pode ser realizado em diferentes medidas, ao passo que a regra será absoluta, na medida em que não necessita de limitação em relações de preferência. “Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio levaria à seguinte situação contraditória: em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo princípio absoluto, teriam que ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto. Diante disso, ou os princípios absolutos não são compatíveis com direitos individuais, ou os direitos individuais que sejam fundamentados pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direito.”

³⁹ Afirmada no corpo do *Bill of Rights* e repetida na Décima Quarta Emenda, cujo texto segue transcrito: “Ninguém será detido para responder pela prática de crime capital, ou algum outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, excetuados os casos que, em tempo de guerra ou perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá ser ameaçado duas vezes pela prática do mesmo crime, em sua vida ou saúde; nem ser obrigado, em qualquer processo criminal, a servir de testemunha contra si mesmo; *nem ser privado da vida, liberdade ou bens sem o devido processo legal*; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público sem justa indenização.” Apud PINTO, 2004, p. 276.

da liberdade protegida pela cláusula do devido processo legal”⁴⁰. Não bastasse, estabelece que tal cláusula tutela todas as pessoas nos EUA, incluindo estrangeiros, mesmo aqueles cuja presença em solo americano seja ilegal ou de caráter temporário.

Das campanhas militares promovidas pelos EUA sob o título de *Guerra ao terror* sobreveio a condução de cerca de 660⁴¹ prisioneiros capturados à Base dos EUA em Guantánamo⁴², Cuba, sem a concessão de *status* de prisioneiros de guerra ou acesso ao Judiciário. Ao revés, foi-lhes imposta a categoria de *combatente inimigo* e o julgamento em tribunais militares, com a complacência da Suprema Corte, conferindo mais caráter vingativo do que busca por justiça.

Destituídos dos direitos previstos pela Constituição, os detentos também foram excluídos das prerrogativas da Convenção de Genebra conferidas a prisioneiros de guerra, como tratamento humano, fornecimento de abrigo, alimentação, vestuário, assistência médica, vedação de tortura e presunção de inocência. Menos óbvias do que o iminente perigo de um segundo ataque, tais violações aos direitos fundamentais consistem em séria mudança na sociedade norte-americana.

Apesar de inconstitucionais, e vergonhosas nos termos de Dworkin, a legalidade dessas políticas públicas em tempos de segurança nacional é irrelevante. *Chief Justice* Rehnquist disse que, nesse contexto, as leis falam com voz muda⁴³. Os poucos protestos espelhavam o apoio maciço às práticas do Executivo; pesquisas sugeriam que quase 60% da população aprovava até mesmo o uso de tribunais militares⁴⁴.

O respeito aos direitos fundamentais é sempre frágil em tempos de crise; instaurada a ditadura do medo, a experiência dos EUA conta como o *habeas corpus* foi suspenso na Guerra Civil, civis foram punidos por críticas à campanha militar na I Guerra, cidadãos nipo-americanos foram detidos em campos na II Guerra e perseguidos pelo Esquadrão Vermelho. Práticas inconstitucionais, mas toleradas pela Suprema Corte.⁴⁵

⁴⁰ Citação transcrita de PINTO, 2004, p. 277.

⁴¹ De acordo com citação em PINTO, 2004, p. 289, o *The Guardian* mencionou cerca de 650 prisioneiros, enquanto o *Washington Post* 680 e a CNN, 660. Hoje, há cerca de 385. Dentre os prisioneiros, havia cidadãos do mundo todo, tano aprisionados em campanhas militares, quanto detidos em outros países e entregues aos EUA.

⁴² Conforme o acordo estabelecido em 1903 e renovado em 1934 entre EUA e Cuba, o primeiro tem a jurisdição e controle, ao passo que a segunda, a soberania. Porquanto não presentes em território soberano norte-americano, o Governo dos EUA os considera privados do acesso às suas cortes de justiça. Tampouco são classificados como prisioneiros de guerra, porque, nos termos da Convenção de Genebra, não eram submetidos a um comando, uniforme ou insígnia ou às leis e costumes de guerra.

⁴³ Retirado de *Terror & the attack on civil liberties*, de Ronald Dworkin.p. 2.

⁴⁴ Dado retirado de *The Threat to Patriotism*, de Ronald Dworkin, p. 5.

⁴⁵ Em julgamento de *habeas corpus* impetrado por doze detentos, a Corte do *District of Columbia Circuit* negou a ordem sob o argumento de que não tem jurisdição em ação ajuizada por estrangeiro em território estrangeiro. O *Ninth Circuit* reformou a decisão, por acreditar que o *status* de combatente inimigo é inaceitável. Só em 2008, por cinco votos a quatro, a Suprema Corte derrubou uma lei de 2006 proposta pelo Presidente Bush, ao conferir aos prisioneiros os direitos protegidos pela Constituição

Os tribunais militares comprometem o histórico constitucional dos EUA em um momento cujo engajamento com os preceitos do Estado de Direito é fundamental. Autoritários, retiram qualquer possibilidade de recurso a tribunais judiciais e confundem as figuras de acusador e juiz, violando garantias processuais constitucionais de estrangeiros.

Hamdi v. Rumsfeld é um caso emblemático que abalou a ordem constitucional dos EUA e revelou as posturas divergentes das Cortes. Norte-americano, Hamdi foi capturado em batalha no Afeganistão, declarado *combatente inimigo* e mantido *incommunicado*, sem contato com o mundo exterior e sem acusação formal. Em diversas oportunidades, a *Court of Appeals for the Fourth Circuit* reformou a decisão de 1º grau, manteve o sigilo requerido pelo Governo e assentou que a Corte atua, em tempos de guerra, com alta *deferência* ao Executivo na política externa.⁴⁶

O norte-americano John Lindh, também detido no Afeganistão, não foi declarado *combatente inimigo*, mas processado e julgado na Justiça Federal. Já Padilla, também cidadão norte-americano, foi preso num aeroporto civil nos EUA, declarado *combatente inimigo*, mantido *incommunicado*, mas teve seus direitos constitucionais garantidos pela *Court of Appeals for the Second Circuit*, para quem é preciso a autorização do Congresso para detenções como *combatente inimigo*.

Em dezembro de 2004, a Casa dos Lordes britânica deu exemplo e derrubou, em sua incipiente capacidade judiciária, a legislação antiterrorista⁴⁷ que autorizava o governo a deter estrangeiros por períodos indeterminados sem julgamento.

O momento de reconsideração da interpretação da cláusula do devido processo legal chegou apenas em 2008 com o caso *Boumediene v. Bush*, ocasião em que a Suprema Corte decidiu pela possibilidade de estrangeiros detidos em Guantánamo impetrarem *habeas corpus* com fundamento na Constituição, estendendo a eles os

norte-americana e a possibilidade de recorrer a juízes federais, em lugar dos tribunais militares, considerados por Dworkin como o tipo de 'julgamento' que associado às ditaduras totalitárias. DWORKIN, 2003, p. 3.

⁴⁶ O caso remonta a 2003. Submetido a Plenário, foi mantida a decisão da turma do Tribunal de Recursos. Porém, o voto divergente da Juíza Diana Motz merece destaque: "A decisão da turma é o primeiro registro em nossa história de aprovação, por um tribunal federal, da eliminação das garantias protetivas concedidas ao cidadão pela Constituição apenas com base na designação, pelo Poder Executivo, de um cidadão como inimigo combatente, sem análise sobre pertinência dessa designação. Essa decisão não encontra amparo na Constituição ou em seus precedentes. Os direitos estabelecidos na Constituição para todos os cidadãos norte-americanos incluem o devido processo legal e a impetração de *habeas corpus*. Constituição, Quinta Emenda; art. I, § 9." Citação transcrita de PINTO, 2004, p. 310.

⁴⁷ Legislação levada a cabo pelo estadista Tony Blair e que fazia o Patriot Act parecer suave. "And this is *England*, motherland of liberty; and this is England, a place that wasn't even attacked on September 11.(...) The current laws already offend decency and violate the fundamental rights to fair process enshrined by the European Convention on Human Rights. But this didn't prevent their enactment. The British government simply invoked its prerogative, granted by the Convention, to enact measures that derogate from fundamental rights "in time of war or other public emergency threatening the life of the nation." (ACKERMAN, 2006, p. 70-1). Lord Hoffman prosseguiu: "The real 'threat to the life of the nation' comes not from terrorism but from laws such as these." Transcrição de citação em ACKERMAN, 2006, p. 37.

direitos fundamentais constitucionais ao mesmo tempo em que restringia o âmbito de atuação do Executivo e reforçava o poder de controle do Congresso.

O alto grau de restrição à publicidade das informações dos e aos detentos desafia a proteção judicial à liberdade de imprensa e ao devido processo legal.⁴⁸ A portas fechadas, o Executivo reivindica o poder de, unilateralmente, deter, acusar, julgar e deportar um grupo rotulado como *ameaça à segurança nacional*.⁴⁹

A despeito de expressa vedação pela Quinta Emenda, a submissão à tortura gera acirradas discussões. Sanford Levinson propõe situações em que ela possa ser justificada para evitar danos maiores; Slavoj Žižek acredita que antes fosse a tortura explicitamente defendida, vez que o choque da proposta acarretaria sua rejeição.

Richard Posner não acredita em sua legalização, mas defende seu uso para a obtenção de informações⁵⁰. Na busca pelo balanceamento na margem, seu foco desloca-se da questão “qual princípio é o mais importante” para “se uma medida governamental de segurança fere mais a liberdade do que promove a segurança”, em evidente consideração às consequências da política, mais do que aos valores⁵¹.⁵²

Os militantes dos direitos fundamentais defendem a redução da deferência ao Executivo; Posner, a atuação dos magistrados segundo um *padrão* sem precedência da liberdade ou da segurança, para que decidam em terreno estritamente legislativo.⁵³

Para Posner, juízes não sabem nem dispõem de espaço para discussão acerca da segurança nacional e de sua alocação de recursos. O papel deles é na defesa da

⁴⁸ Caso notório é a ação civil promovida por diversas entidades de defesa das liberdades civis em face do Departamento de Justiça dos EUA requisitando a divulgação pública dos nomes dos estrangeiros detidos após os atentados de 11 de setembro, dos nomes de seus advogados e das datas em que foram feitas as buscas, detenções e libertações. A Juíza Federal de 1º grau, Gladys Kessler, deferiu os dois primeiros pedidos em luminoso voto: “Tempos difíceis como os atuais sempre apresentaram um teste à nossa fidelidade aos valores democráticos essenciais da abertura, do controle sobre os atos do governo e do Estado de Direito. A Corte compreende inteiramente e valoriza o fato de que a prioridade do Poder Executivo em tempos de crise consiste em assegurar a segurança física de seus cidadãos. Nessa mesma linha de raciocínio, a prioridade do Poder Judiciário consiste, necessariamente, em assegurar que o nosso Governo opere dentro das limitações legais e constitucionais que distinguem uma democracia de uma ditadura.” (*Center for National Security Studies et. al. v. United States Department of Justice*, p. 3-4. decisão prolatada em 2.8.2002. Citação transcrita de PINTO, 2004, p. 280).

Em grau recursal, a turma julgadora reformou a decisão por dois votos a um, sob a alegação de a publicização das informações comprometeria os esforços governamentais. A Suprema Corte, por sua vez, denegou seguimento ao recurso interposto, por entender não ser conveniente ou adequado seu pronunciamento em último grau de jurisdição acerca da matéria.

⁴⁹ Na luta contra a deliberada exclusão pelo Executivo da imprensa como organismo de controle público de seus atos, merece destaque *Detroit Free Press, et. al. V. Ashcroft, et. al.*, em que foi assegurada a publicidade e a liberdade de imprensa dos procedimentos de detenção e deportação de Rabi Haddad.

⁵⁰ “Atingiu-se um ponto em que se deve admitir que nossas liberdades civis serão reduzidas. Elas *devem* ser reduzidas, na medida em que os benefícios trazidos por um aumento na segurança superam os custos na diminuição da liberdade.” POSNER, 2001, p. 2-3. Na visão de Posner, a ameaça terrorista requer um regime de tratamento que confira aos agentes suspeitos menos direitos constitucionais do que aqueles suspeitos de crimes comuns, sem que lhes seja afastada a garantia do devido processo legal, entretanto. A tortura poderá ser justificada por um *raw power*⁵⁰, mas sob regime de estado de necessidade não legal, bem como a censura. Posner vê restrições às liberdades constitucionais como um dever de *desobediência civil*⁵⁰ do governo.

⁵¹ “Who would dare, without protection against terrorist retaliation, to criticize Islam? Intimidation can stifle liberty as effectively as laws can.” (POSNER, 2006, p. 47).

⁵² Posner concentra sua atenção na determinação do escopo dos direitos segundo um ponto ótimo, no qual a menor expansão do direito subtrairia mais da segurança pública do que adicionaria à liberdade, ou a menor diminuição subtrairia mais da liberdade do que acrescentaria à segurança pública.

⁵³ “In this clash of perspectives, it is unclear why a judicial perspective should rule, especially since judicially defined rights are only one check on executive overreaching. The separation of the executive and legislative powers is another.” (POSNER, p. 36).

integridade da Constituição.⁵⁴ Masel discorda ao afirmar que a divisão de especialidades não significa que a Corte deva abandonar o jogo; sua função continua sendo determinar os limites da legalidade. Perigo maior do que o erro dos juízes são decisões errôneas do Executivo sem contrapeso judiciário.

A privação de direitos fundamentais apresenta custos pessoais e constitucionais. Membros do Partido Comunista foram demitidos sem razão durante o *macarthismo* e mais de 100.000 nipo-americanos foram inocentemente internados em campos. Mas esses custos não excedem os benefícios?⁵⁵ O maior desafio é a capacidade estatal de sustentar sua efetiva soberania; o cerceamento dos direitos individuais enfraquece não só o sistema democrático, mas também o projeto de retorno à normalidade.

3.2 Separação de poderes

A concepção de separação de poderes⁵⁶ é premissa do constitucionalismo contemporâneo e infere a exigência de controle e limitação das esferas de poder tanto por outras, quanto pela sociedade. Mesmo em emergência, “Ninguém está acima da lei, nem mesmo um presidente que dispõe de altíssimas taxas de aprovação.”⁵⁷

Os mecanismos de *accountability*⁵⁸ de controle da função pública contribuem para a consolidação de um governo constitucional. São fomentados pela exposição dos atos estatais à opinião pública e à crítica da imprensa.

⁵⁴ O que Posner de fato propõe é um balanceamento dos direitos fundamentais baseado na realidade da ameaça e seus riscos. A legitimidade do cerceamento dos direitos fundamentais decorre do perigo resultante da guerra, não da guerra em si, o que valeria para a ameaça terrorista. Mas esses conceitos de perigo, ameaça, riscos podem ser racionalmente quantificados ou determinados?
⁵⁵ “If anybody destroys our legacy, it will be us” (ACKERMAN, 2006, p. 4)

⁵⁶ Modernamente estabelecida desde o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, nos seguintes termos: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”, e posteriormente postulada no ensaio n. 51 d’*O Federalista*: “A grande segurança contra uma crescente concentração de poderes num mesmo departamento do governo consiste na concessão de meios constitucionalmente estabelecidos e de motivação pessoal para que os que administram cada departamento possam resistir às intromissões dos outros.”

⁵⁷ BUMILLER e SEELYE apud PINTO, 2004, p. 302.

⁵⁸ Como complemento do constitucionalismo, é a função primária da sociedade civil como caminho retrospectivo do eleito para a prestação de contas. É a capacidade de os eleitores exigirem de seus representantes as explicações e justificativas de seus atos, votos e propostas, punindo-os ou recompensando-os. A *accountability* judiciária consiste na chance razoável de criação de emendas constitucionais que revertam decisões judiciais (*accountability* legal) ou mesmo representada pelas regras claras de *impeachment* (*accountability* legal). As primeiras decisões após o 11/9 revelam exatamente a oposição *self-restraint* x *accountability*. Além da *accountability*, há sensores do sistema político e judicial sujeitos à influência da sociedade civil (o caminho sugerido por Habermas é periferia-centro). Portanto, mais do que preparados para avaliar, os representados devem informar seus representantes do estado de espírito de todo o eleitorado. Para evitar um povo iconoclasta e hipostasiado e criar sujeitos políticos reais, Mangabeira Unger vai além e propõe a vinculação de programa de governo e, inclusive, a retirada do poder em caso de não cumprimento. A *accountability* prévia dos Ministros do STF realizado pelo Senado em sabatina representa uma possibilidade de vinculação com o que se fala, mas o ponto levantado por Unger demanda maior experimentalismo para repensar as instituições, como destituição por meio de procedimentos plebiscitários.

Cass Sunstein acredita que uma Corte minimalista toma decisões que promovam a democracia deliberativa, cujos objetivos principais são *political accountability* e *reason-giving*, em virtude da consciência de suas limitações e de sua inserção em um ambiente com diversos atores, inclusive com mais legitimidade que ela em determinadas decisões. Assim, ele diferencia três resultados que uma decisão judicial pode alcançar: *democracy-foreclosing*, em que práticas fora da política são regulamentadas pelo Judiciário; *democracy-permitting*, em que a Corte somente valida o que o processo político prouziu; e *democracy-promoting*, em que a Corte determina que julgamentos deliberativos devam ser feitos por órgãos democráticos com *accountability*.

Marcelo Neves propõe uma releitura do princípio da separação de poderes como princípio da pluralidade e circularidade de procedimentos do Estado de Direito, legitimado numa diversidade complexa de procedimentos.

Segundo Martin Shapiro, o histórico institucional da Suprema Corte dos EUA revela seu fracasso em questões relacionadas à separação de poderes, onde a Corte enfrenta duas partes mais poderosas que ela em conflito. É uma entidade contra-majoritária chamada a intervir em controvérsia partidária, eleitoral e política. Assim, mesmo em governos democráticos, não é incomum que Cortes Constitucionais se coíbam. E o que se viu após o 11/9 foi uma hipertrofia dos poderes administrativos em detrimento do Judiciário, em contrariedade a tudo que se sabe sobre poder: poder absoluto corrompe absolutamente.⁵⁹

O estado de emergência merece maior reflexão pela sociedade civil e maior preparo legal do Legislativo e do Judiciário.⁶⁰ A atuação da Corte Constitucional no contexto terrorista pode diminuir a confiança pública nelas, porque não são politicamente *accountable*. Mas é possível e desejável que a Corte cumpra seu papel na defesa do Estado de Direito, mesmo que de forma contra-majoritária.

3.2.1 Sobreposição do Executivo sobre o Judiciário

Ausentes os controles externos à atividade governamental, implicitamente suspensão por tempo indeterminado a ordem jurídico-constitucional e ultrapassada a auto-limitação recíproca entre os sistemas do direito e da política, a Constituição transformou-se em instrumento de força para que o último se apropriasse do primeiro.

Apresentado esse novo *framework* pós-11 de setembro, a visão era da necessidade de redefinição do “balanço” entre liberdade e segurança”, de um *trade-off*, de uma escolha *lose-lose proposition*⁶¹ entre esses dois postulados.

Posner faz uma leitura maleável dos direitos individuais e defende sua adaptação às circunstâncias mediante um balanceamento pragmático⁶². Como os juízes não são especialistas em matéria de segurança nacional, quando as medidas são

⁵⁹ “We must soberly recognize that the moment of triumphalism after 1989 has come to and end, and that liberal ideals may sometimes require extraordinary actions in their defense. But nothing that has happened in recent years requires us to throw overboard everything we know about power – most notably, that absolute power corrupts absolutely.” (ACKERMAN, 2006, p. 121).

⁶⁰ “At these moments of supreme peril in the life of the state, the law goes silent and the only serious question for serious people is: whose will to power shall triumph?” ACKERMAN, 2006, p. 56.

⁶¹ Termo cunhado por Edward Lazarus e transcrito de PINTO, 2004, p. 336.

⁶² Posner ressalta que o sopesamento judicial é imiscuído de pré-concepções e fatores pessoais que favorecem determinada posição. Diante de um conflito, não há consenso quanto ao meta-princípio, seja de ordem moral, seja precedente, seja interpretação originalista, deverá prevalecer. Por consequência, os *Justices* da Suprema Corte não se obrigam a qualquer teoria constitucional específica e a antecipação das consequências acaba por determinar suas decisões

bem vistas pelo Executivo e Legislativo, a necessidade de intervenção judicial diminuiria, alargando a deferência aos outros poderes e praticando o *self-restraint*.

Esse entendimento claramente desconsidera o papel contra-majoritário da Corte e um rol de decisões que reforçaram a supremacia da Constituição. Mersel reforça que o papel da Corte não é substituir as medidas do Executivo, mas revisar sua legalidade.

Dworkin, no entanto, afirma que essa é uma simplificação de um problema mais complexo do que uma escolha entre duas alternativas. O único balanceamento é aquele entre segurança da maioria e direitos dos estrangeiros, e que deveria ser tomado como questão de princípio moral. O que se deve decidir não é onde resta o interesse norte-americano na balança, mas o que a justiça requer, às expensas daquele.

O que Dworkin corretamente defende é que tratamento injusto, quando se mostrar necessário, não seja aplicado indefinidamente a uma ampla e difusa categoria, mas a suspeitos e detentos individuais.

A supremacia da Constituição é condição necessária ao processo de diferenciação do direito. Minado o sofisticado sistema de controles múltiplos e monopolizada sua interpretação, a Constituição torna-se uma absurda tentativa de delimitar um poder naturalmente ilimitável.

O perpétuo estado de emergência da ameaça terrorista esconde a reorganização da política e do direito por paradigma de governo dominante⁶³ legitimado por discursos do medo, inimigo⁶⁴ e vingança⁶⁵, a exemplo dos prisioneiros de Guantánamo, despidos de seus direitos e expostos à *pureza e violência da vida nua*⁶⁶.

Esses discursos de reafirmação da segurança incorporam códigos típicos de sistemas da política, moral e religião para justificar o novo balanço das liberdades civis, privilegia a concepção de *nação* em detrimento da de *constituição* e denega aos não-cidadãos os direitos fundamentais.⁶⁷

⁶³ Agamben afirma que “Atualmente, diante da progressão contínua do que chegou a ser definido como uma “guerra civil mundial”, o estado de exceção tende sempre mais a apresentar-se como o paradigma de governo dominante da política contemporânea. Uma vez que o estado de exceção tornou-se a regra, há o perigo de que essa transformação de uma medida provisória e excepcional em técnica de governo ocasione a perda da distinção tradicional entre as formas de Constituição.” AGAMBEN apud PINTO, 2004, p. 347.

⁶⁴ “Toda nação, em todas as regiões, precisa agora decidir. Ou vocês estão conosco, ou estão com os terroristas. Deste dia em diante, qualquer nação que persistir em abrigar ou apoiar o terrorismo, será considerada pelos Estados Unidos como um regime hostil.” Discurso de Bush no Congresso, apud PINTO, 2004, p. 352.

⁶⁵ “Nossa nação, esta geração, livrará nosso povo e nosso futuro da sombria ameaça de violência. Nós levaremos essa causa a todo o mundo com nossos esforços, nossa coragem.” Discurso de Bush em 20/9/2011. Citação em PINTO, 2004, p. 356.

⁶⁶ Expressão gestada por Agamben. Cf. AGAMBEN, 2002.

⁶⁷ “Segundo Luhmann, a emergência de direitos humanos de dimensão internacional pode ser vista como uma resposta à diferenciação funcional da “sociedade mundial”. [...] Ao institucionalizar liberdades fundamentais e direitos humanos, a sociedade moderna protege a sua própria estrutura contra tendências (Sempre presentes) à regressão ou des-diferenciação. Em outras palavras, os direitos humanos asseguram que a diferenciação entre diferentes subsistemas funcionais seja mantida.” VERSCHRAEGEN apud PINTO, 2004, P. 361.

Não realizados os direitos fundamentais, o espaço de incompletude do fechamento operacional do sistema jurídico é preenchido por símbolos e procedimentos centralizadores, que tornam o estado um terrorista em si⁶⁸; vocábulos são institucionalizados e discursos apropriados para legitimar a guerra; o Judiciário incorpora uma ampla e irrestrita *deferência* às ações do Executivo soberano e a constituição é submetida à nação⁶⁹. Todos esses ruídos incorporados e não processados pelo direito resultam em sua sensível des-diferenciação.

Presidentes utilizam o termo *guerra*, ainda que metafórica ou retoricamente, para implicitamente invocar a si a legitimidade de medidas repressivas típicas de um comandante-em-chefe. Guerra, porém, se faz contra inimigo específico. Dworkin também critica o modelo de guerra contra organizações frouxas, com liderança secreta e sem uniforme.

Os ataques de 11/9 acarretaram uma situação radical de incerteza. As liberdades passaram a ser vistas como luxo e um cidadão americano permaneceu em confinamento solitário por dois anos até que a Corte decidisse que não o assunto não lhe dizia respeito.⁷⁰

Mas isso não é uma guerra; *Hamdi* e *Padilla* sim configuram verdadeira ameaça à sobrevivência da república. É essa legislação antiterror a verdadeira ameaça à nação. Um bom combate seriam severas críticas às expressões de guerra sem sentido.⁷¹

3.3 Quais as possibilidades da Corte Constitucional?⁷²

⁶⁸ “No fim das contas, a segurança e terrorismo podem formar um único sistema letal no qual eles justificam e legitimam suas próprias ações e as do outro. [...] a segurança encontra também o seu fim na globalização: isso significa a ideia de uma nova ordem planetária que é, na verdade, a pior de todas as desordens.” (AGAMBEN, 2001, p.1).

⁶⁹ Elementos explicitados em *Hamdi v. Rumsfeld*. “Mesmo assim, nosso pronunciamento não se baseia na dor ou na ira, mas na convicção de que a separação dos poderes ganha um significado especial quando a própria nação é atacada. O status de Hamdi como cidadão, por mais importante que seja, não pode alterar nossa ordem constitucional ou o papel dos tribunais no esquema traçado pelos autores da Constituição. O *judicial review* não desaparece em tempos de guerra, mas a revisão em torno de capturas realizadas em campo de batalha, em conflitos externos, presta elevada conta à deferência ao executivo.” *Hamdi v. Rumsfeld*, No. 02-7338, 4th Circuit., p26. Transcrição de PINTO, 2004, p. 367.

⁷⁰ No Caso *Hamdi*, apenas Scalia e Stevens levantaram a bandeira do *Bill of Rights*, ao passo que a maioria liderada por O’Connor concedeu ao governo o benefício da dúvida, privou os detidos de direitos constitucionais quando estão em jogo sensíveis segredos de Estado. “It [A Suprema Corte no caso *Hamdi*] gave new life to the president’s authority to make war against his fellow citizens, threatening the very foundations of a free society.” (ACKERMAN, 2006, p. 31).

⁷¹ “If the courts don’t challenge the language of war, they will ultimately acquiesce in the permanent destruction of our liberties.” ACKERMAN, 2006, p. 23. Wittgenstein já havia desvelado o caráter performativo da linguagem, a exemplo da Declaração de Independência de 1776. Com a virada hermenêutico-pragmática, percebeu-se que os jogos sociais são constitutivos das formas de vida da sociedade, delimitando visões e apoiando preconceitos. A linguagem controla e constitui o próprio homem. A norma, portanto, não é o único caminho, nem o centro do direito; ela é a porta de entrada, onde novas ideias são construídas. Não há como controlar sua interpretação, ou mesmo garantir sua aplicação direta. O conhecimento se adquire por meio da linguagem aberta ao contexto, e por isso a importância da reformulação dos termos.

⁷² “We ask how to fight terrorism while preserving democracy and more specifically, what is the role of the judiciary in this regard. [...] The balance between the three-major considerations – maintaining effective counter-terrorism policies, upholding public confidence in the courts, and protecting human rights – can lead to different models of judicial review; however, one must compare the different models and consider their advantages and disadvantages in the short and long term.” (MERSEL, 2004, p. 54).

Posner acredita que os Estados Unidos tornaram-se uma nação soberana por força de uma revolução bem sucedida, não de uma Constituição. Assim, a defesa nacional é um poder soberano central sob o comando do Executivo, ao passo que os direitos individuais são garantias contra um governo abusivo e um meio de trazer o Judiciário às questões de segurança nacional. Ele acredita que os criadores dos direitos constitucionais não foram os *Framers*, mas os *Justices* da Suprema Corte pela interpretação constitucional, influenciados pelas consequências de suas decisões.

De fato, as abstrações que institucionalizam os direitos fundamentais lhes conferem amplo escopo de interpretação judicial, tornando o Judiciário motor de institucionalização de políticas públicas, a exemplo da total mudança de compreensão da Constituição sem que fosse alterada uma letra de seu texto no período 1900-1960.

Porém, os desafios que se colocam não possuem o condão de repelir os direitos humanos. Devem-se buscar alternativas, cuja institucionalização dependerá de debate público, que tanto respeite esses princípios, quanto garanta a segurança nacional.

3.3.1 A Constituição de emergência de Bruce Ackerman

Para evitar abusos e diante da aprovação de seguidas leis pelo Congresso⁷³, Ackerman propõe novo *framework*: uma constituição de emergência que vise à canalização de toda a ansiedade coletiva para esforços produtivos, à estabilização das incertezas e do pânico e que expresse a verdade moral que preconiza a vida civilizada.

Políticos explorarão o pânico para definir as liberdades civis como uma arma de ataque concedida ao inimigo. Nisso, as cortes judiciais são vistas como a tradicional defesa dos *nossos* direitos básicos contra *nossos* impulsos mais básicos.

No entanto, elas não protegeram antes nem protegerão agora. É primordial um Judiciário forte e independente, mas precisa-se de algo mais: a constituição emergencial. Ackerman não pretende resolver a questão, mas provocar o debate, cujo sucesso dependerá, em grande medida, da participação da Suprema Corte.

Mas como construir uma constituição de emergência institucionalmente confiável, tanto para oferecer uma resposta rápida ao ataque, quanto para garantir a inoportunidade de patologias de longo prazo? Sua preocupação primordial é proporcionar um regime faticamente subordinado aos princípios da democracia

⁷³ “(...) the Patriot Act, Homeland Security Act, Intelligence Reform Act, and on and on.” ACKERMAN, 2006, p. 57.

liberal, porquanto sem o efetivo constrangimento do Estado Democrático de Direito, a emergência facilmente degenera-se em um estado policial.

O esboço de Ackerman tem três pontos fundamentais para o constrangimento dos poderes em seus atos: (i) imposição de limites estritos a poderes presidenciais, a exemplo do impedimento de declaração unilateral do estado de emergência, cuja vigência esgotará em duas ou três semanas, a não ser que sua renovação seja permitida por uma super-maioria de 60%. Dois meses depois, nova e ascendente super-maioria de 70% para aprovação; em três, de 80%, e sucessivamente.

(ii) Quanto às detenções de suspeitos, elas não deverão ultrapassar 45 dias. Juízes são autorizados a intervir na proteção contra a tortura. (iii) A constituição emergencial funda-se num sistema de compensações: se o governo impôs a um grupo social fardo pelo bem comum, o possível deve ser feito para aliviá-lo.

A Constituição de emergência de Ackerman intenta engajar Cortes, Presidente e Congresso em esforço conjunto para gerar uma frente agressiva contra eventual segundo ataque, sem permitir que o presidente viole direitos civis e políticos em solo permanente. O problema não é que o governo seja demasiadamente fraco de início, mas demasiadamente forte a longo prazo.

A declaração de emergência consiste em importante ferramenta eleitoral do partido majoritário. À medida que se torna necessária uma super-maioria, o apoio das minorias torna-se fundamental para a sustentação do regime, assumindo posição de veto. Assim, a dificuldade crescente de aprovação de um estado de emergência implicará postura cautelosa do Executivo: não só o estado emergencial será temporário, como mais brando enquanto perdurar. Enquanto o Executivo encarrega-se de assuntos rotineiros, o Congresso é acionado a cada dois meses.⁷⁴

Se o Congresso não definir o alcance dos poderes emergenciais, o Presidente incorporá-los-á sem qualquer participação ou debate democráticos; anos depois talvez o Judiciário intervenha, talvez não. A relevância da constituição de emergência só será mantida com a invalidação judicial de leis que ampliem os poderes presidenciais.

Ackerman descreve a intervenção do Judiciário sob dois pontos de vista: macro-gerenciamento⁷⁵, em momentos estratégicos para dar suporte a operações em tempos de crise, e micro-adjudicação⁷⁶, em decisões de detentos em casos individuais.

⁷⁴ “For example, no established democracy has yet taken a serious step to control the abuse of information by the executive branch during emergency periods. But as we have seen, the supermajoritarian escalator may make it even more tempting for the executive to conceal embarrassing facts.” (ACKERMAN, 2006, p. 90).

⁷⁵ ACKERMAN, 2006. *Macromanagement*.

No primeiro caso, o policiamento dos limites e os riscos de abuso político merecem resposta judicial decisiva. Mas, ocorrido o ataque, os juizes devem atuar com alta contenção: num primeiro momento, deve-se confiar no Parlamento para constranger o Executivo e estimar as chances de um segundo ataque. Esse é o *weakened form of judicial review*, pelo qual os juizes devem sentar-se à margem enquanto os poderes políticos determinam a continuidade do estado de emergência, pela super-maioria ascendente.

O *active judicial review* torna-se crucial quando o Presidente tenta passar no Congresso, mediante maioria simples, uma legislação que lhe conceda e concentre novos poderes de emergência: a Corte deve derrubá-la, submetendo o governo à ordem constitucional emergencial.

A atuação das Cortes dar-se-á, pois, num segundo *front*: o de casos suscitados por detentos, com a preocupação primordial da *dignidade*.⁷⁷ Ackerman corretamente defende a absoluta proibição da tortura e seu rigoroso controle pelas Cortes.⁷⁸

Com o tempo, a intervenção judiciária em casos particulares fundir-se-á à integridade do sistema, afinal, tempos de crise não requerem os serviços de um único grande líder salvador com poderes supremos de comandante-em-chefe.

A constituição de emergência propõe-se justamente a criar um sistemático e eficiente *checks and balances*, separando os poderes de controle e de operação: o primeiro a cargo do Legislativo e suas Comissões e ao Judiciário; e o segundo ao Executivo, restaurando a comunicação e a diferenciação da política e do direito, sem sobreposição.

3.3.2 O minimalismo judicial e o controle procedimental

Ao considerar os limites da Corte, Sunstein vai além do *self-restraint* e propõe o minimalismo judicial, por meio do qual a Corte não ultrapassa os limites de seu conhecimento natural, o que não lhe deixa invadir âmbitos de outros poderes⁷⁹.

A melhor garantia de abertura democrática e participação social no processo do *decision-making* judicial é não tomar decisões fechadas que resolvam a

⁷⁶ ACKERMAN, 2006. *Microadjudication*.

⁷⁷ Deverá haver uma audiência preliminar para que a acusação explicita sua base razoável de suspeição e para que o detido seja identificado e registrado, até que sobrevenham os 45 dias para que a acusação seja consolidada.

⁷⁸ “But the ban on torture should be nonnegotiable: it is simply the price that any decent society must be willing to pay, and its violation in times of emergency is, as we have seen, especially perilous for the project of liberal democracy.” (ACKERMAN, 2006, p. 113).

⁷⁹ “A minimalist court settles the case before it, but it leaves many things undecided. It is alert to the existence of reasonable disagreement in a heterogeneous society. It knows that there is much that it does not know. It is intensely aware of its own limitations.” (SUNSTEIN, 2001, pp. ix).

controvérsia, impondo sua visão à sociedade. Sunstein diferencia sua proposta do *self-restraint* porque os juízes minimalistas, ainda que pratiquem o *restraint*, o fazem sob circunstâncias específicas, não “as a general creed”⁸⁰.

Após os atentados, a Corte eximiu-se de seu papel sem inserir todos os atores no processo e sem se preocupar com os efeitos negativos de suas decisões. Ainda que tenha reconhecido suas limitações e assumido posição cautelosa, suas decisões foram de grande impacto, e seus resultados ainda padecem de reversão. Precedentes como *Hamdi* e *Padilla* levaram 4 ou 5 anos para serem revertidos, enquanto direitos fundamentais eram violados e a Constituição, reinterpretada.

Habermas deixa de lado *quem* e passa à pergunta *como* a Corte Constitucional deve realizar esse controle. Propõe um controle procedimental, voltado à proteção dos direitos que garantem a autonomia privada e pública dos cidadãos.

Ainda que Habermas não apresente condições específicas de aplicação do controle, pode-se inferir que a tramitação do *Patriot Act* permitiria sua invalidação pela Corte. O espaço de deliberação e interação foi reduzido e a esfera pública, esvaziada. O que restou foi um grupo desconectado da sociedade civil claramente parcial na defesa da concentração de poder e de interesses específicos, justificados no interesse nacional. O que se viu foi a colonização da sociedade civil, manipulada e decadente, incapaz de detectar os reais problemas e organizar-se para promover ruídos no sistema político.

Sem a função intermediadora do Direito, suplantado pela Política, impossibilitou-se a integração do mundo da vida com os demais sistemas. A participação democrática tanto na elaboração legislativa, preconizada por Habermas, quanto na interpretação constitucional, por Häberle, revela o quanto decisão legítima representa não a *vontade* de todos, mas aquela resultante da *deliberação* de todos.

Como defendido por Carvalho Netto, a maior garantia de qualquer Constituição é a cidadania viva, atuante e zelosa de seus direitos, porquanto “não há Constituição a ser defendida se ela não for vivenciada”⁸¹; e a Constituição reinterpretada pela Corte dos EUA na última década não é possível de ser vivenciada.

⁸⁰ SUNSTEIN, Cass. 2001.

⁸¹ CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais*. p. 161.

3.3.4 A jurisdição contra-terrorista de Yigal Mersel

A Suprema Corte de Israel tem exercido papel crucial na manutenção da democracia, mediante a adjudicação do contraterrorismo, desafiando medidas executivas em decisões discutidas por órgãos públicos e pela opinião pública.

Ao longo dos anos, a Corte tem revisado a legalidade de detenções administrativas de terroristas visando à consagração de princípios como o da presunção de inocência e o da dignidade da pessoa humana, e a pôr termo a prisões indefinidas, sem *judicial review* e em condições desumanas. Vários métodos interrogatórios foram declarados ilegais em 1999 e a jurisdição contra-terrorista consagrou-se legítima, a ponto de a Suprema Corte refutar regra de que o Estado sempre tem imunidade.

Porém, a postura incisiva da Corte israelense de adjudicar quase todos os aspectos do contraterrorismo e de anular importantes medidas executivas não é por si só coerente. O primordial é a sujeição das respostas às práticas terroristas ao império do direito, em lugar de seu silêncio.

Os atos executivos só podem ser levados a sério dentro do direito, com base no reconhecimento de quais valores pelos quais se luta. À Corte Constitucional é confiada a proteção formal e substantiva do Estado de Direito. Decisões impopulares não afastam o difícil ofício dos juízes de proteger os valores democráticos⁸². O caro balanceamento⁸³ entre os direitos humanos e a segurança nacional fortalece o Estado, e a Corte deve pagar o preço da preservação desses valores.

A adjudicação do contra terrorismo pela Corte Constitucional será coerente quando presente uma aproximação holística mediante decisões que influenciem outras, e não limitadas a detenções particulares, mas estendidas a políticas de apoio.

Para chegar a essa adjudicação coerente, Mersel relaciona alguns requisitos, dentro os quais destacam-se: (i) corte aberta pela larga interpretação da Constituição e de sua própria jurisdição, possibilitando a adjudicação não só quando houver um direito violado, mas quando o interesse público estiver em jogo; (ii) *justiciability*, encontro de quadro normativo para fundamentar sua jurisdição⁸⁴; (iii) *remedy*: a Corte

⁸² “A democracy must sometimes fight with one hand tied behind its back. Even so, a democracy has the upper hand. The rule of law and the liberty of a individual constitute important components in its undertraining of security.” Citação da Suprema Corte Israelense transcrita de MERSEL, 2004, p. 38.

⁸³ “We are doing all we can to balance properly between human rights and the security of the area. In this balance, human rights cannot receive complete protection, as if there were no terror, and State security cannot receive complete protection, as if there were no human rights.” Transcrição de citação em decisão da Suprema Corte Israelense em MERSEL, 2004, p. 26.

⁸⁴ Diego Werneck chama esse protagonismo judicial dos requisitos *i*) e *ii*) de judicialização, ocorrido no Brasil desde a Constituição de 88, dentre alguns fatores internos à Corte, pelo texto abrangente, o que permite a judicialização de questões políticas, o comportamento estratégico de atores políticos em prol da intervenção judicial para reversão de decisões majoritárias

posterga ou suspende o julgamento e, mesmo que considere alguma medida ilegal, não vincula algum remédio de pronto, modulando efeitos.

Em defesa da jurisprudência israelense como modelo, Mersel reitera a necessidade da defesa da democracia em tempos de crise e no reconhecimento da segurança nacional como interesse fundamental, mas não supremo. “The approach of the Court is to balance human rights and national security on a case-by-case basis.” (MERSEL, 2004, p. 44).⁸⁵

Essa aproximação da Corte israelense tem lhe conferido altas taxas de confiança pública. Ela não procura a liderança durante a crise: algumas decisões são suspensas, casos são rejeitados. Mas ela oferece um sério exemplo de proteção aos direitos humanos em meio tanto ao medo e à ameaça, quanto ao debate público.

3.4 O reforço da democracia constitucional

Como defende Hayek, o direito constitucional, mais do que um plano de ação, é uma ferramenta para contingências incertas, imprevistas. Alguns aparelhos constitucionais são concebidos tanto para vincular as gerações seguintes e prevenir comportamento autodestrutivo, quanto para encorajá-los a pensar por si⁸⁶.

John Stuart Mill foi um dos maiores entusiastas teóricos democráticos com o aumento da liberdade e com o envolvimento dos cidadãos por força da Constituição. No cerne de seu pensamento estava a participação pública para evitar abuso de poder e recrutar cidadãos a participar. Do mesmo modo, Ackerman chama a democracia coerciva de cura para a apatia, ignorância e egoísmo. E o *judicial review* é essencial na modulação pela massa da autoridade democrática.

A democracia é possível mediante a discussão pública vigorosa, abrangente e eficiente, que também passa pela Corte Constitucional, especialmente em tempos de crise. As minorias devem ter uma via de escape à opressão da vontade da maioria, por meio da exposição e da publicização. No pós-11/9, o ódio e o medo impediram que o constitucionalismo democrático seguisse sendo possível no limite de seus paradoxos.

do Congresso e a mobilização dos cidadãos na busca do Judiciário para fazer valer seus direitos. O desenho original dos poderes, portanto, é fluido e dinâmico, sujeito às estratégias de interação entre eles. Essas circunstâncias, em geral, não deixaram de ser observadas no contexto do 11 de setembro nos EUA, onde a interpretação constitucional foi utilizada pelos *Justices* da Suprema Corte para o alargamento do grau de deferência às medidas administrativas, afrouxando o controle judicial e, conseqüentemente, a proteção dos direitos fundamentais e a garantia da separação de poderes.

⁸⁵ “Is the Israeli model granting sufficient weight to civil liberties? My view is that the Israeli practice takes rights seriously.” (MERSEL, 2004, p. 53).

⁸⁶ Acima de tudo, o que os *Framers* procuraram garantir foi um *decision making* onde alternativas fossem apuradas e contra-argumentos ouvidos; um *framework* onde a nação possa ter sua própria vontade.

Como esclarecido por John Hart Ely, as próprias condições da democracia devem ser constantemente asseguradas pela Corte Constitucional. Os poderes eleitos determinam os valores que guiarão as políticas públicas, mas na tomada de decisão a Corte assume responsabilidade, utilizando o *judicial review* para reforçar o processo democrático, mais do que antagoniza-lo.

No que diz respeito aos direitos individuais, a Corte assumiu um papel de timidez por 130 anos, até o ápice do dirigismo na Corte Warren, após a longa construção de sua legitimidade. A postura da Corte no pós-guerra a colocou num fogo cruzado entre os partidos políticos, mas isso não a impediu de alcançar substanciais avanços nas liberdades civis. Os resultados foram diversos, mas hoje a Corte é capaz de alcançar mudanças sociais de massa por suas decisões.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se vê, o desafio posto é canalizar os esforços e a atuação contraposta dos poderes para a criação de uma moldura legal para os tempos de segurança nacional, sem trivializar as medidas estatais e suas consequências.

Muitos desacreditam na necessidade de interferência do Judiciário ou de realização do controle e constitucionalidade em detenções, porque não é interesse do governo deter inocentes além do interesse judicial. Porém, como defendido por Posner, os responsáveis pela segurança nacional não se importarão com as liberdades civis, a não ser que por exigência e controle de força externa, como o Judiciário.

A Constituição foi desenhada para proteger o indivíduo e as minorias de decisões majoritárias, mesmo que sob alegação de interesse nacional. Diante de ameaças, a democracia deve provar-se mais forte na defesa dos princípios constitucionais.

“A verdadeira ameaça do terrorismo à democracia não é que possa nos impedir de participar de eleições, mas que nos force a restringir as liberdades e direitos legais inseparáveis da democracia.” (COOK, 2004, p.1, *in* PINTO, 2004).

O embate com o inimigo e com a cólera do autoritarismo são antigas o suficiente para que se tenha aprendido os enormes custos da liberdade e da democracia. Na verdade, as sociedades democráticas mostraram-se mais fortes, e não mais fracas, diante de ameaças.

A saída não é o tratamento do terrorismo como guerra, ou de suspeitos como categorias distorcidas e desumanas. A ameaça terrorista é direta aos valores mais estimados, humanos e essenciais ao Estado Democrático de Direito.

Para proteger esses valores, são necessários discernimento, imaginação e sinceridade⁸⁷, um *framework* pelo qual sejam garantidas as maiores conquistas da humanidade, ou mesmo a própria garantia de humanidade, e em que o Legislativo assuma seu papel de liderança no contexto de segurança nacional, enquanto o Judiciário tem maior legitimidade para exercer seu papel como garantidor dos direitos individuais.

Talvez a Constituição não seja apenas uma moldura quando sobrevierem o inimigo, a guerra, o terror e a ameaça. Ela também é cidadania, é vida, é proteção. Talvez seja o momento de exercitar a imaginação e, desafiando a tradição constitucional, ousar a experimentar e projetar reações a ataques ao Estado Democrático de Direito, com vistas ao restabelecimento da comunicação entre os sistemas, à estabilização das expectativas para um mínimo de segurança jurídica, mediante um efetivo equilíbrio dos Poderes, um Legislativo capaz de liderar e um Judiciário atuante nos casos individuais.

Por mais que não seja fundamental para a existência de uma democracia, a realização do controle de constitucionalidade judicial tem se tornado um instrumento bem sucedido de concretização dos postulados constitucionais, até mesmo em função de questões políticas, especialmente no Brasil.

A despeito do protagonismo do Poder Judiciário no controle de políticas públicas e no cenário político em geral, ele traz em seu bojo dissensões profundas no que diz respeito à *accountability*. Em tempos de segurança nacional, essa questão se intensifica, tanto em função da legitimidade para decisões coletivas, quanto em função da repercussão e da profundidade das consequências sistêmicas de suas decisões.

Não obstante, a atuação da Corte Constitucional tem promovido o debate democrático e provocado as instâncias legislativas à ação, revelando-se interessante alternativa em tempos de segurança nacional, como contraponto ao Executivo, provocador do Legislativo e garantidor da Constituição e dos direitos individuais.

⁸⁷ DWORKIN, 2002.

A aplicação de uma jurisdição contra-terrorista exige, nos termos de Mersel e pela experiência israelense, a confiança pública no Judiciário e o equilíbrio do *judicial review* com suas potenciais ofensas à efetividade das medidas administrativas em questão.

A institucionalização dos direitos fundamentais exige a delimitação sistemática da esfera política por um Judiciário autônomo e eficiente. Mangabeira Unger defende que o direito contemporâneo não só deve garanti-lo, como também repensar as instituições, imaginar e debater futuros alternativos, cuja construção poderá se dar pela discussão programática ou pela reforma experimental. E o momento de crise revela-se ideal para tal impulso.

Não sendo apenas um conceito jurídico ou político, a Constituição abre-se ao porvir para enfrentar desafios. Todas as conquistas emancipadoras, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e o *Bill of Rights*, permanecem e deverão permanecer em curso, reforçadas a cada crise e prova, assim como a decisão justa é finita e a justiça permanece porvir.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ACKERMAN, Bruce A. *Before the next attack: preserving civil liberties in an age of terrorism*. Yale University Press, 2006.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de estudios constitucionales. Madrid: 1993.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. *Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações*. In: SARMENTO, Daniel (org). *Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais*.

CHANG, Nancy. *The USA Patriot Act: what's so patriotic about trampling on the bill of rights?* Center for constitutional rights. Novembro de 2001.

CORSI, Giancarlo. *Sociologia da Constituição*. Trad.: Juliana N. Magalhães. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Nº. 39. Belo Horizonte: UFMG, 2001.

- DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. Rio de Janeiro, 1990. Editora Martins Fontes.
- DWORKIN, Ronald. *The threat to Patriotism*. Publicado em 28 de fevereiro de 2002. Disponível em: <http://www.nybooks.com/articles/archives/2002/feb/28/the-threat-to-patriotism/?pagination=false>. Último acesso em 16/3/2012.
- _____. *Terror & the Attack on Civil Liberties*. Publicado em 7 de outubro de 2003.
- ELSTER, Jon. SLGSTAD, Rune. *Constitutionalism and democracy*. Published by the press syndicate of the University of Cambridge, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. Law and morality. *The Tanner Lectures on Human Values*. Harvard University Press, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1 e 2. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 2003.
- JACOBSON, Arthur J. SCHLINK, Bernhard. *Constitutional Crisis. The German and the American Experience*.
- LUHMANN, Niklas. *O direito como sistema social*. Tradução de Paulo Sávio Peixoto Maia. 1994.
- _____. *The differentiation of society*. Trad. Stephen Holmes e Charles Larmore. New York: Columbia University Press, 1982.
- MANIN, Bernard. 1987, p. 352. Apud: MIGUEL, Luis Felipe Miguel. *Teoria Democrática Atual: esboço de mapeamento*. p. 17.
- MERSEL, Yigal. *Judicial review of counter-terrorism measures: the Israeli model for the role of the judiciary during the terror era*. Apresentado pela primeira vez na NYU Law School em fev. 2004.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo, 2006. Ed. Martins Fontes.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo, 2007. Editora Martins Fontes.
- PINTO, Cristiano Otávio Paixão Araújo. *A reação norte-americana aos atentados de 11 de setembro de 2001 e seu impacto no constitucionalismo contemporâneo: um estudo a partir da teoria da diferenciação do direito*. Belo Horizonte: 2004.
- POSNER, Richard A. *Not a Suicide Pact: the Constitution in a Time of National Emergency*. Oxford University Press, 2006.

SHAPIRO, Martin. *Judicial Review in Developed Democracies*. In: Democratization and the Judiciary: the accountability function of courts in new democracies / edited by Siri Gloppen, Roberto Gargarella and Elin Skaar. Frank Cass & Co. Ltd, 2004.

SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

TURLEY, Jonathan. *10 Reasons the U.S. is no longer the land of the free*. Washington Post. Published 1, January 15, 2012. Disponível em <http://jonathanturley.org/2012/01/15/10-reasons-the-u-s-is-no-longer-the-land-of-the-free/>, último acesso em 26/7/2012.

UNGER, Mangabeira. *O Direito e o Futuro da Democracia*.