UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO

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

CRISTIANO OTÁVIO PAIXÃO ARAUJO PINTO

Belo Horizonte
2004

CRISTIANO OTÁVIO PAIXÃO ARAUJO PINTO

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

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Direito Constitucional

Orientador: Professor Doutor Menelick de Carvalho Netto

Belo Horizonte
2004

O candidato foi considerado ..... pela banca examinadora, com a média final igual a (.....) .....

_____

Professor Doutor Menelick de Carvalho Netto
Orientador

_____

_____

_____

_____

Belo Horizonte, ... de ..... de 2004

Para Helena.

Agradecimentos

A elaboração desta tese de doutorado teria sido impossível sem a presença e o apoio de várias pessoas, às quais o autor é profundamente grato. Evidentemente, a dimensão da amizade, do afeto, da dedicação e – sobretudo – da paciência demonstrados por aqueles que permaneceram próximos ao longo da redação da tese não podem ser expressos em palavras. Assim, de um modo bastante parcial e inexato, o autor gostaria de registrar alguns sinceros agradecimentos.

Adriane foi sempre uma presença positiva, inspiradora e fundamental – sem ela a realização da tese não seria possível.

Todo o percurso do doutorado foi facilitado – e iluminado – pelos laços familiares presentes em Belo Horizonte: Lourdes e Lubomir, Ludmila, Tatiana e Jacinto, Ruslan e Fernanda, que tornaram o caminho muito mais agradável, tranqüilo e prazeroso. Além disso, Berenice, Francisco, Fernanda, André, Otávio, Helena, Cézar, Dionira e Roberto demonstraram enorme zelo e compreensão na sua cumplicidade familiar. Ana Maria e Célio foram pessoas decisivas para um bom começo: propiciaram o apoio devido no momento certo.

Alexandre Bernardino Costa e Eduardo Nogueira Liberato de Sousa leram com atenção o manuscrito (em várias de suas imperfeitas versões) e colaboraram imensamente para que algum resultado fosse atingido. Suas contribuições foram essenciais. Um jovem e especial grupo de amigos e pesquisadores – Fábio Portela Lopes de Almeida, Paulo Sávio Peixoto Maia e Renato Bigliassi – teve uma participação fundamental, com seu apoio, entusiasmo, dedicação e maturidade: as observações lançadas "à maneira de um viajante numa noite de inverno" compuseram um conjunto relevante para a melhor compreensão do texto. Os amigos André, Carlos, Celso, Fernando, Júnior, Nêmora, Olívio, Ronaldo, Ronan e Sérgio tornaram o percurso muito mais palatável – como fazem há vinte anos. O incentivo trazido pelo grupo da "República Santa Mônica" – Samyra, Argemiro, Luiz Bráulio – continua vivo e importante (aqui a história se repete de um modo construtivo). De um modo bastante especial, o autor consigna sua gratidão voltada às amizades que surgiram na universidade e transpuseram, desde o início, os temas e procedimentos

acadêmicos: Ana e Othon, Giovanna, Henrique, Leo, Paulo Blair e Silvia. Outros amigos – como Irma, Maria Lucia e Augusto – foram, como sempre, presentes e importantes. Os Drs. Olavo Mendonça e Francisco de Paula Lima, com a habitual competência e compreensão, foram decisivos em vários momentos.

Além disso, o autor gostaria de expressar seu reconhecimento pelo imenso e generoso incentivo proporcionado por alguns colegas de universidade: José Geraldo, Loussia, Marcio, Marcus, Poletti, Roberto. Uma menção deve ser feita em relação ao Diretor da Faculdade de Direito da UnB, Professor Dourimar Nunes de Moura, que possibilitou, de modo generoso, as condições e a compreensão para a concentração de energia exigida por este trabalho. Aos estimados membros do corpo técnico-administrativo da FD-UnB, representados pelas adoráveis figuras de Flávia, Helena e Margarida, assim como à dedicada equipe da Secretaria da Pós-Graduação em Direito da UFMG (Sueli, Hilda, Guilherme, Rosária e muitos outros), devem ser manifestados o reconhecimento e a gratidão do autor. Uma nota acadêmica cabe aqui em relação aos Professores Jordan Paust (Universidade de Houston) e David Cole (Universidade Georgetown), que se mostraram admiravelmente solícitos e disponibilizaram material importante para a concretização da pesquisa. Os colegas do autor no MPT e a dedicada secretaria da Procuradoria Regional do Trabalho da 10ª Região, sempre pronta e atuante, foram fatores importantes e incentivadores ao longo da redação da tese.

Intencionalmente, o autor reservou para o estágio final os agradecimentos voltados ao corpo docente da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Os Professores Juliana Neuenschwander Magalhães e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira lançaram observações da maior relevância na qualificação deste trabalho e, se algum mérito nele subsistir, a defesa na "pré-banca" terá sido uma etapa crucial para o desenvolvimento da pesquisa. Por fim, ao amigo, professor e orientador, Menelick de Carvalho Netto, cabe dizer, tão-somente, que ele foi o maior incentivador para a realização da tese, com sua presença ativa, indagadora e sempre brilhante. Muitos de seus ensinamentos estão presentes, com as óbvias limitações do aluno, ao longo deste trabalho. Com esse registro de amizade e admiração – que se estende à Flávia –, encerra-se esse breve (mas caloroso) inventário das afinidades.

SUMÁRIO

RESUMO 8
ABSTRACT 9
INTRODUÇÃO 10
PARTE I - O SURGIMENTO DA CONSTITUIÇÃO COMO FORMA: RECONSTRUÇÃO HISTÓRICO-TEORÉTICA 29
I - DA CONQUISTA NORMANDA À REVOLUÇÃO GLORIOSA: ELEMENTOS DE HISTÓRIA POLÍTICA INGLESA 30
1.1 Organização Social e Política no Ocidente Medieval: linhas gerais 34
1.2 Da Conquista Normanda à Dinastia Tudor: invenção, desenvolvimento e consolidação do *common law* 39
1.3 Direito e Sociedade no Ocidente Medieval: a diferenciação por estratos e a idéia de constituição mista 57
1.4 "O Mundo de Ponta-Cabeça": a turbulência dos séculos XVI e XVII na Inglaterra, o papel do common law e a redefinição do regime político 71
II – A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA: O SÉCULO XVIII E O ADVENTO DA IDÉIA DE CONSTITUIÇÃO NA ACEPÇÃO MODERNA 100
2.1 A Prática Política da Época Colonial: a importância da herança inglesa 103
2.2 As Liberdades Tradicionais em Questão: o processo revolucionário e a independência norte-americana 112
2.2.1 O florescimento da revolução: as medidas adotadas pela metrópole a partir de 1748 e a reação dos colonos 113
2.3 A Revolução Americana em Perspectiva Histórica: posturas ambivalentes em relação aos direitos e liberdades tradicionais inglesas 129
2.4 A experiência constitucional norte-americana sob a perspectiva da diferenciação do direito como sistema social 146
2.4.1 Fundações da construção constitucional Norte-Americana: 1775-1791 148
2.4.2 Abertura para o futuro: a supremacia da constituição e a jurisdição constitucional analisadas sob a ótica da diferenciação funcional da sociedade 165
PARTE II - OS ATAQUES DE 11 DE SETEMBRO, O COMBATE AO TERRORISMO E SUAS REPERCUSSÕES NO CONSTITUCIONALISMO NORTE-AMERICANO 198
III - CENÁRIO DE MUDANÇA CONSTITUCIONAL NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: A REINVENÇÃO DO FEDERALISMO E A LEGISLAÇÃO ANTI-TERROR 199
3.1 O Contexto de Modificação Constitucional nos Estados Unidos da América a partir de 1995: o debate em torno do federalismo e a doutrina fixada pela Corte Rehnquist 201
3.2 O Combate ao Terrorismo nos Estados Unidos da América. Primeira Reação: o *USA Patriot Act* e o impacto sobre o constitucionalismo 219
3.2.1 Ampliação dos poderes de vigilância e investigação. Ataque à privacidade 224
3.2.2 Terrorismo doméstico. A "culpabilidade por associação". A Primeira Emenda 242
3.2.3 A situação dos imigrantes. Detenções arbitrárias. O devido processo legal, a doutrina dos freios e contrapesos e a liberdade de imprensa 251
3.2.4 O "estrangeiro inimigo": detenções, autoridade governamental e a Constituição 274
IV – DESDOBRAMENTOS DO COMBATE AO TERRORISMO. AÇÃO MILITAR. PRISIONEIROS, TRIBUNAIS MILITARES E COMBATENTES INIMIGOS 286
4.1 Prisioneiros de Guerra ou Réus em Processos Criminais? 290
4.2 Tribunais Militares: adoção, repercussão, definição das regras de funcionamento 298
4.3 O "Combatente Inimigo" e o Desafio à Jurisdição Civil 306
4.4 O Combate ao Terrorismo e o Constitucionalismo – outros desdobramentos 317

4.4.1 Teoria e prática da tortura 318
4.4.2 Liberdade de expressão, espionagem interna e a questão racial 322
4.4.3 O contexto Europeu (I): a Grã-Bretanha e o combate ao terrorismo....326
4.4.4 O contexto Europeu (II): os atentados de 11 de março na Espanha....332
V – CONCLUSÃO: A REAÇÃO AOS ATENTADOS TERRORISTAS E O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO.... 335
5.1 O Impacto das Medidas de Combate ao Terrorismo no Direito Moderno 338
5.1.1 Monopolização da constituição....338
5.1.2 Suspensão da ordem constitucional....344
5.2 O Constitucionalismo em Tempos de Terror: momentos de reação e construção 363
VI – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 379
6.1 Livros, Capítulos de Livros e Periódicos 379
6.2 Matérias Publicadas em Órgãos de Imprensa....397
6.3 Decisões Judiciais 408
6.4 Normas internacionais, legislação, outros atos normativos, pronunciamentos oficiais 411
ANEXOS.... 412
ANEXO 1 - *Military order* Referente aos Tribunais Militares.... 413
ANEXO 2 - Carta Redigida por Professores de Faculdades de Direito acerca da *Military order* Presidencial.... 419
ANEXO 3 - Ordem Presidencial Declarando José Padilla um "Combatente Inimigo" 422
ANEXO 4 - Resolução da cidade de New York em defesa do *Bill of Rights* 424

RESUMO

A presente tese tem como tema principal a reação norte-americana aos atentados de 11 de setembro de 2001, analisada a partir de um ângulo específico: o impacto das medidas anti-terror no constitucionalismo contemporâneo. A principal referência teórica incorporada à pesquisa é a teoria da diferenciação do direito de Niklas Luhmann. O trabalho se divide em duas partes. A primeira delas – dedicada à reconstrução histórico-teorética da idéia moderna de constituição – contempla, inicialmente, a experiência política e jurídica inglesa, no período compreendido entre a Conquista Normanda e a Revolução Gloriosa (capítulo I). Num estágio posterior, procura-se ilustrar, a partir do enfoque concedido à relação entre as colônias na América do Norte e o Império Britânico, a gradual conquista da independência dos Estados Unidos da América, o exercício de construção constitucional nos Estados e, por fim, a Convenção da Filadélfia, que resultou na aprovação da Constituição Federal de 1787. Será abordada, a seguir, a inovação fundamental trazida pelo constitucionalismo norte-americano: a idéia de supremacia constitucional, que possibilitará a implantação do controle judicial de constitucionalidade dos atos normativos (capítulo II). Na segunda parte da tese, intenta-se ilustrar o processo de modificação constitucional vivido nos Estados Unidos da América no século XXI. Após um breve relato acerca da redefinição do federalismo norte-americano (tal como empreendido por decisões recentes da Suprema Corte), serão enfatizadas as medidas anti-terror adotadas pelo Governo Federal norte-americano após os atentados de 11 de setembro. Num primeiro momento, a análise concentrar-se-á na principal medida legislativa aprovada em face da luta contra o terrorismo – o *USA Patriot Act* – e sua repercussão sobre o constitucionalismo (capítulo III). Numa etapa posterior, serão investigadas algumas ações governamentais que não passaram pela aprovação congressual, como o estabelecimento de um campo de prisioneiros na ilha de Guantánamo, a composição de tribunais militares e a detenção de cidadãos norte-americanos considerados "combatentes inimigos" (capítulo IV). A conclusão procura explicitar a dimensão dos riscos e desafios enfrentados pelo constitucionalismo contemporâneo a partir da luta anti-terror protagonizada pelo Governo Federal norte-americano.

ABSTRACT

This dissertation analyzes the American reaction to the September 11th attacks. The main focus is on contemporary constitutionalism, and the impact of the potential changes ignited by some antiterrorism measures. The differentiation theory, as conceived by Niklas Luhmann, is the epistemological basis of this study. There are two different parts. The first one, in which we propose a description of the constitution, as perceived in modern times, discusses and highlights the political and legal English historical experience, from the Norman Conquest to the Glorious Revolution (chapter I). In a further step, we attempt to illustrate the American colonial experience, the struggle for Independence, the State constitution-making, the Philadelphia Convention and its remarkable outcome: the Federal Constitution. We propose to emphasize the political and conceptual innovations brought by the American Constitution: supremacy of the constitution and judicial review (chapter II). In the second part of the dissertation, we attempt to analyze the constitutional change process that is in flux in America. We describe, firstly, some aspects of the new Federalism, as designed in recent Supreme Court opinions and cases; the main concern of the research, however, will be placed on the antiterrorism measures adopted in USA in the aftermath of September 11th. Initially, we'll concentrate on some provisions of the so-called *USA Patriot Act* (that is the most important Congress Act passed after the attacks), and its impact on constitutionalism (chapter III). In a subsequent task, we'll highlight some unilateral executive measures: the Guantanamo Bay prisoners camp, the military commissions, and the "enemy combatant" status (chapter IV). Our conclusive remarks are an attempt to point out the risks and challenges posed by the antiterrorism policies to the core of contemporary constitutionalism.

INTRODUÇÃO

A breve sucessão de eventos ocorrida na manhã do dia 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos da América, representou, para a teoria sociológica e para a história contemporâneas, uma definitiva e convincente constatação: a sociedade moderna é uma sociedade mundial. Os "atentados do 11 de setembro", como passaram a ser usualmente definidos os ataques a edificações em Manhattan e Washington, DC[1], logo se transformaram num fenômeno global. Além das importantes conseqüências que os atentados trouxeram ao cenário político e social norte-americano, a repercussão atingiu uma parcela relevante das esferas de produção de sentido social no mundo: instalou-se uma maior discussão em torno do fundamentalismo religioso, modificou-se substancialmente a geopolítica internacional, houve um sensível questionamento em torno da estrutura e dos meios de atuação do sistema ONU (estabelecido após o final da Segunda Grande Guerra) e entraram em xeque conceitos consolidados ao longo do século XX, como pluralismo político e religioso, multiculturalismo, democracia e direitos humanos.

A revista *L'Histoire* – uma renomada publicação mensal francesa – propôs, em sua edição de setembro de 2002, a definição de uma controvertida lista: os dez eventos que abalaram o mundo, da Antigüidade aos dias de hoje. Os critérios adotados pelo comitê de redação para a escolha dos eventos foram quatro: intensidade, imprevisibilidade, ressonância

[1] Como foi amplamente noticiado, quatro aeronaves comerciais, designadas para cumprir rotas domésticas nos Estados Unidos da América, foram utilizadas como instrumento para prática de atos terroristas. Duas aeronaves foram direcionadas contra a estrutura de edifícios então conhecida como *World Trade Center*, na parte sul da ilha de Manhattan (*New York City*), tendo sido inteiramente destruídos os dois principais prédios (torres norte e sul) e uma outra foi lançada contra a face Oeste da sede do Departamento de Estado norte-americano, conhecido como Pentágono. Uma quarta aeronave caiu sobre um terreno desabitado no Estado da Pensilvânia, ao que tudo indica (segundo comunicações realizadas entre passageiros do vôo e familiares em terra) após uma luta no interior da aeronave. Ver a cobertura completa dos acontecimentos nos *Special Reports* preparados pelo jornal britânico *The Guardian*,

e conseqüências do evento. Como era de se esperar, o mais recente evento apontado na lista foram os atentados de 11 de setembro de 2001[2]. Um dos principais aspectos apontados pelos historiadores entrevistados – Emmanuel Le Roy Ladurie, Steven Kaplan, Olivier Mongin, Jean-Jacques Becker, Pierre Hassner e Marc Ferro – foi a repercussão mundial dos eventos: os mortos nos atentados eram de quarenta nacionalidades diferentes, as torres do *World Trade Center* abrigavam empresas que tinham atuação transnacional e, como afirmou Olivier Mongin, "os terroristas atingiram o único lugar em que o poder econômico transnacional – desprovido de base territorial – poderia geograficamente encarnar-se" (*L'Histoire*, n. 268, p. 56)[3].

A repercussão global dos eventos do 11 de setembro não deveria surpreender. Como afirmado por Niklas Luhmann, "não há nenhuma dúvida de que, nas circunstâncias atuais, existe apenas um sistema social, a saber: a sociedade mundial" (LUHMANN, 1999, p. 483)[4]. Assim, sob a vulgarização do termo globalização, reside efetivamente uma modificação – completada no século XX – da relação social entre tempo e espaço, consoante a seguinte observação de Anthony Giddens:

---

http://www.guardian.co.uk/september11/0,11209,597544,00.html (último acesso em 08.03.04) e pela CNN, http://edition.cnn.com/SPECIALS/2001/trade.center/day.section.html (último acesso em 08.03.04).

[2] Os demais eventos – cada um deles descrito, na revista, por um historiador diferente – foram: o incêndio de Persépolis por Alexandre (330 aC), o massacre dos mercadores romanos na Ásia Menor (88 aC), a invasão e o saque de Roma pelos godos (410 da Era Cristã), o saque de Constantinopla durante a quarta cruzada (13 de abril de 1204), o sítio de Viena pelos turcos (16 de julho de 1683), o terremoto de Lisboa (1 de novembro de 1755), a queda da Bastilha (14 de julho de 1789), a tomada do Palácio de Inverno pelos bolcheviques (7 de novembro de 1917) e a queda do muro de Berlim (9 de novembro de 1989). *L'Histoire*, n. 268, setembro de 2002, p. 32-59.

[3] Optou-se, na exposição, pela tradução para a língua portuguesa das passagens consultadas em outros idiomas, em favor da fluência da exposição do texto. A responsabilidade pela tradução pertence inteiramente ao autor da presente tese, estando preservadas, evidentemente, as referências originais na bibliografia.

[4] Num excerto esclarecedor, Luhmann aponta as razões para sua enfática afirmação: "Para os nossos objetivos, é decisiva a interconexão recursiva da comunicação – seus pressupostos são a traduzibilidade das linguagens, a comunicação mundial dos meios de massa e das redes 'privadas' de comunicação, além da unidade dos esforços cognitivos no sistema da ciência –, independentemente dos pontos de concentração ou interesses especial cultural-regionais que possam ser conformados; também: a economia mundial com mercados globais para seus produtos e que opera com base em créditos e, igualmente, o sistema político mundial que lança os Estados numa dependência recíproca indissolúvel – e, em relação a esse último aspecto, vale lembrar as conseqüências ecológicas das guerras modernas, o que obriga a uma lógica de prevenção e intervenção" (LUHMANN, 1999, p. 484). Seria excessivo prosseguir com a argumentação luhmanniana, no presente momento. O que deve ser lembrado, neste ponto da exposição, é o fato de que o advento da sociedade mundial está associado à prevalência da forma de diferenciação funcional da sociedade. Esse aspecto será retomado no segundo capítulo da tese.

> A globalização pode assim ser definida como a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa (GIDDENS, 1991, p. 69).

Em texto redigido após o 11 de setembro, Giddens reafirma a prevalência desse conceito de globalização, que se torna ainda mais evidente pelo exame de alguns elementos que marcaram a ação terrorista:

> Os ataques ao World Trade Center e ao Pentágono reforçam essa conclusão [referente à interdependência global] em vez de contradizê-la. O episódio não se resumiu a uma agressão desferida por uma nação a outra, forma tradicional de uma guerra. As vítimas não foram somente norte-americanos, mas cidadãos de diversos países. Os algozes talvez tenham recebido ajuda de outros Estados, mas o ato foi essencialmente motivado por fanatismo religioso. O atentado só se concretizou porque envolveu uma rede transnacional (GIDDENS, 2001, p. 86).

Assim, a partir da experiência do 11 de setembro, vários cenários para a investigação acadêmica se apresentam, como, por exemplo, a observação da geopolítica e dos conflitos armados à luz do direito internacional e humanitário. A presente pesquisa será norteada por um aspecto fundamental – a repercussão dos eventos do 11 de setembro no constitucionalismo contemporâneo.

Um dos desdobramentos que se seguiram à prática dos atentados foi a adoção, por vários Estados, de medidas legislativas e executivas voltadas ao combate ao terrorismo. Novas leis, decretos e ordens militares passaram a vigorar nos Estados Unidos da América, Reino Unido, França, Alemanha, Itália, Índia, China, Japão, Indonésia, Jordânia e Tunísia[5]. A lista não é exaustiva (há outros Estados que modificaram suas ordens jurídicas internas em face dos atentados), mas bastante representativa do caráter global das repercussões aqui tratadas.

[5] Dossiê "Libertés en Danger". *Courrier International*, n. 583, 3-9 de janeiro de 2002, p. 24-29.

A ameaça trazida pelos ataques desencadeou, então, a prática de atos estatais que tiveram como objetivo principal propiciar maior segurança à população civil e incrementar os mecanismos de prevenção de novas ações. Essa movimentação de alguns Estados poderá significar a redefinição do alcance e exercício de direitos civis – como, por exemplo, o direito a um julgamento imparcial, com todas as garantias inerentes ao devido processo legal, a proteção da intimidade e da vida privada (aí incluídas salvaguardas ligadas ao sigilo de comunicação) e a liberdade de expressão.

Observa-se, até mesmo pelos vocábulos aqui empregados (direitos, julgamento, proteção contra o Estado, liberdades), que parece existir alguma ligação entre o constitucionalismo contemporâneo – compreendido como movimento histórico que se estabeleceu, se concretizou e se desdobrou a partir da segunda metade do século XVIII – e a crescente preocupação com a segurança e a luta contra o terrorismo.

Cabe, pois, esclarecer a discussão em torno do conceito de constitucionalismo.

Como assinalado por Michel Rosenfeld:

> Parece não existir uma definição amplamente aceita sobre o constitucionalismo; no entanto, pode-se dizer que o constitucionalismo moderno requer a imposição de limites aos poderes do governo, a adesão ao Estado de Direito[6] e a proteção de direitos fundamentais (ROSENFELD, 1994, p. 3).

Porém, ainda que o núcleo do constitucionalismo tenha encontrado sua dimensão material e histórica com as modificações sociais e políticas trazidas pelas Revoluções Americana e Francesa, as exigências e os desenvolvimentos da sociedade moderna – em que se verifica um incremento da complexidade, contingência e multiplicidade de possibilidades e

[6] Ainda segundo o pensamento de Rosenfeld, há adesão ao Estado de Direito quando, numa determinada organização política, (1) os cidadãos estejam sujeitos apenas a leis publicamente promulgadas, (2) a função legislativa seja minimamente separada da função judicial e (3) ninguém esteja acima da lei (ROSENFELD, 2001, p. 2). Optou-se, nesta passagem e no transcorrer do presente trabalho, por traduzir a expressão anglo-

riscos[7] – tornaram necessária uma espécie de "atualização" do conceito de constitucionalismo. Esse imperativo foi percebido por Louis Henkin, que propõe a seguinte cadeia de elementos para a descrição da noção atual de constitucionalismo:

> (1) Soberania popular. O constitucionalismo contemporâneo se baseia na soberania popular. O "povo" é o *locus* da "soberania"; a vontade do povo é a fonte da autoridade e a base do governo legítimo. O povo pode ordenar e estabelecer, por si só, a constituição e o sistema de governo. O povo permanece como responsável pelo sistema que ele mesmo estabeleceu.
>
> (2) Supremacia constitucional. A constituição do constitucionalismo contemporâneo é prescritiva; ela tem a forma jurídica, e é a norma suprema. O governo está obrigado a conformar-se pelo esquema organizacional imposto pela constituição. Não pode haver governo legítimo senão aquele ordenado pela constituição.
>
> (3) Democracia representativa. O constitucionalismo requer compromisso com a democracia política e com o governo representativo. Mesmo em períodos de emergência no âmbito nacional, o povo permanece como soberano, o que exclui o governo por decreto, excepcionados casos em que haja autorização constitucional, também sujeitos a controle por instituições políticas democráticas.
>
> (4) Limites e controle entre os poderes. A partir do estabelecimento da soberania popular, da supremacia constitucional e da observância de princípios democráticos, tomam forma as seguintes exigências: governo limitado, separação dos poderes ou formas de instituição de freios e contrapesos, atividade militar controlada por civis, forças policiais sujeitas à lei e a controle judicial e um judiciário independente.
>
> (5) Direitos fundamentais. Os governos devem respeitar direitos individuais, que são, em regra, os mesmos direitos reconhecidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos. Os direitos estão sujeitos à imposição de algumas limitações quanto ao seu exercício, em nome do interesse público, mas isso ocorre mediante algumas condições e circunstâncias especiais. Alguns direitos podem ser suspensos em casos de emergência nacional, o que deve ocorrer mediante determinação de instituições previstas na constituição, com possibilidade de ratificação por meios democráticos. Trata-se

---

americana *rule of law* como Estado de Direito, a partir, inclusive, de indicações neste sentido reveladas por Rosenfeld no ensaio citado, que aborda a relação entre o *rule of law*, o *Rechtstaat* e o *État de Droit*.

[7] Cf. Luhmann (1995, 1996b, 1999), De Giorgi (1994), Corsi (2001b), Campilongo (2000, p. 115-171), Araujo Pinto (2002, p. 161-307).

> de uma solução excepcional que só deve ser adotada quando estritamente necessária, com duração determinada.
>
> (6) Instituições. Devem existir instituições que monitorem e assegurem a observância do esquema organizacional previsto na constituição, dos limites ao governo e dos direitos individuais.
>
> (7) Autodeterminação. O constitucionalismo contemporâneo deverá observar o direito dos "povos" à autodeterminação, ou seja, a escolher, modificar ou encerrar sua filiação a regimes políticos (HENKIN, 1994, p. 40-42)

É claro que a definição acima proposta poderia ser diferente. Não há, aqui, a pretensão de "exatidão" histórica. Algumas das postulações se abrem à polêmica. Por exemplo: a vinculação entre constitucionalismo e democracia pode parecer uma espécie de "filosofia da história" de caráter prescritivo. Como alguns autores mencionam, a correlação entre democracia e constitucionalismo pressupõe uma série de dificuldades, caracterizadas pela tensão entre republicanismo e liberalismo, entre participação e autodeterminação popular nos processos de deliberação política e instituições contramajoritárias normalmente associadas à representação política[8]. E, como se verifica, a definição é abrangente e, de certo modo, aberta.

Esse é o motivo para sua invocação no presente estágio da investigação. O rol de requisitos apresentado por Henkin revela, inclusive com interesse histórico, a dimensão das exigências que hoje se apresentam ao constitucionalismo, que já passou por duzentos anos de construção e elaboração e presenciou, no mesmo século, dois fenômenos igualmente avassaladores: por um lado, a impressionante construção de uma cultura de "direitos" de cunho universalizante, traduzida pela semântica dos direitos humanos[9] e, por outro lado, a total ausência da observância de qualquer direito vinculado ao indivíduo, em dois conflitos de

[8] Para um estudo fundamental a respeito do tema, cf. os estudos selecionados em Elster e Slagstad (1997), particularmente o de Stephen Holmes (197, p. 195-240). Ver também Rosenfeld (2001). Para uma adequada síntese da tensão entre liberalismo e republicanismo, ver Cattoni de Oliveira (2000, p. 49-68).

[9] Cf. Luhmann (1999, p. 462-497), Corsi (2001b, p. 3-4), Verschraegen (2002).

âmbito mundial, em regimes totalitários e mediante a invenção e implantação de conceitos até então inéditos em história social e política: o genocídio e os campos de concentração e extermínio[10].

Como é possível constatar pelos sete itens da proposta de Henkin, o constitucionalismo, como movimento histórico mutante e dinâmico, está associado a uma importante idéia moderna: a noção de constituição, compreendida como lei fundamental e suprema de uma comunidade política. Evidentemente, constituição e constitucionalismo não são expressões sinônimas ou equivalentes. Pode haver, num sentido fraco (como a definição proposta, em linhas gerais, por Michel Rosenfeld), um constitucionalismo sem constituição – o exemplo que vem à mente é o do Reino Unido, secundado pela Nova Zelândia e por Israel. Mas, ressalvadas exatamente essas exceções – que são problemáticas, como será possível perceber ao longo da presente narrativa –, pode-se dizer que significativa parte dos regimes políticos mundiais optou pela instituição de constituições que estejam inseridas na acepção aqui proposta: lei fundamental e suprema.

Uma outra opção também é decisiva para a formação do constitucionalismo contemporâneo: a adoção de constituições escritas. Como se sabe, a experiência pioneira na elaboração de constituições escritas vem dos Estados Unidos da América, inicialmente pelos Estados soberanos e posteriormente com a redação, promulgação e ratificação da Constituição Federal de 1787[11]. Paralelamente, a França revolucionária assistia à transformação dos

[10] O genocídio e os campos de concentração aparecem no início do século XX, com o assassinato deliberado de um milhão de armênios pelos turcos, entre 1909 e 1915, e com o estabelecimento, pelo colonizador espanhol, de campos de concentração em Cuba, em torno de 1896. Cf., para essas informações, Nouschi (s.d., p. 32) e Everdell (2000, p. 145-156). Os campos de extermínio, por sua vez, serão utilizados em massa, como se sabe, na Segunda Grande Guerra.

[11] Existe consolidado consenso na literatura a respeito da inovação norte-americana. Ver: Stourzh (1988, p. 35-54), Jellinek (1970, p. 388-407), Arato (1997, p. 19-24) e Luhmann (1996a, p. 83-91).

Estados Gerais em Assembléia Constituinte e iniciava o longo e atribulado processo de elaboração de sua primeira Constituição, concluída em 3 de setembro de 1791[12].

No século XIX, as experiências francesa e norte-americana – marcadas, em seu início, por influências teóricas e políticas recíprocas[13] – tomarão rumos inteiramente diversos. Nos Estados Unidos da América ocorreram a inauguração da jurisdição constitucional – a partir da decisão proferida no caso *Marbury v. Madison* – e o aprofundamento da experiência de construção constitucional, especialmente após a conclusão da décima-terceira e da décima-quarta emendas, em 1868[14]. De outra parte, na França e na maior parte da Europa continental, a ênfase na adoção do parlamentarismo de tipo inglês e as tendências rumo à restauração monárquica levaram, entre outros fatores, à instalação de uma forma de constitucionalismo intitulada, de modo inspirado, como "constitucionalismo sem constituição"[15].

No século XX, assiste-se a uma retomada das constituições escritas, advindas com as chamadas "ondas de constitucionalismo". Especialmente após a conclusão da Segunda Grande Guerra, verifica-se a adoção, em vários Estados, de constituições escritas. Michel Rosenfeld, escrevendo em 1994, propicia a seguinte descrição:

> O espírito do constitucionalismo se expandiu tão dramaticamente nos últimos tempos que parece destinado a ter alcance mundial. Dois recentes grupos de eventos revigoraram o constitucionalismo e propulsionaram-no a avançar. Em primeiro lugar, as celebrações do bicentenário da constituição norte-americana e da declaração, na França, dos direitos do homem e do cidadão ressaltaram a importância e durabilidade do constitucionalismo moderno. Em segundo lugar, expressivas modificações rumo ao constitucionalismo ocorreram, desde 1989, na Europa central e oriental,

[12] Como ressaltado por Jellinek, a Constituição polonesa "foi promulgada em data anterior à francesa, mas, na realidade, essa Carta [a polonesa], naquilo que não tem caráter antigo, depende completamente das leis constitucionais que já haviam sido publicadas na França" (JELLINEK, 1970, p. 394-395).

[13] Cf., para a reabilitação da semântica dos debates políticos, Stourzh (1988, p. 35-54) e Luhmann (1996a, p. 83-91). Para uma excelente reconstrução das assembléias de Filadélfia e Paris, ver Elster (1994, p. 57-83) e, para maior aprofundamento acerca do processo de elaboração das cartas norte-americana e francesa, cf., respectivamente, Baylin (2003, p. 287-336) e Baker (1989, p. 521-536).

[14] Esses pontos serão abordados com maior aprofundamento no segundo capítulo. Para uma visão geral do impacto de *Marbury v. Madison*, ver Tushnet (2000, p. 17-54). Quanto ao processo que conduziu às citadas emendas, cf. Richards (1994, p. 85-142).

[15] A expressão é de José Acosta Sánchez (1998, p. 145-175).

> assim como na ex-União Soviética. Além disso, o colapso de regimes autoritários socialistas pavimentou o caminho para a conclusão do impulso mundial em direção ao constitucionalismo que se estabeleceu logo após o fim da Segunda Guerra Mundial. Iniciada com a adoção da constituição japonesa e da Lei Fundamental Alemã, essa tendência prosseguiu com a adesão ao constitucionalismo de vários países da Europa ocidental, como Grécia, Portugal e Espanha, e posteriormente alcançou países da América Latina como Argentina e Brasil (ROSENFELD, 1994:3)

O aumento da dimensão do constitucionalismo conduziu a um crescente interesse no campo do direito constitucional comparado[16]. Esse fenômeno, aliás, transcende de modo significativo as fronteiras do que se convencionou chamar Ocidente. Há constituições escritas no Japão, Índia, África do Sul, além de outros Estados asiáticos e africanos[17].

Vive-se, porém, no alvorecer do ano de 2004, uma situação paradoxal.

Por um lado, como salientado, registra-se a crescente expansão do constitucionalismo e das constituições escritas em âmbito global, como esboçado acima. Por outro lado, vê-se a "tomada de consciência" em torno de uma crise atual do constitucionalismo. Nos Estados Unidos, um historiador político constata, com indicações consistentes, uma enorme indefinição acerca do futuro da constituição, que atinge setores governamentais, o judiciário (especialmente a Suprema Corte) e a teoria do direito construída nas universidades. Para Herman Belz, o desafio apresentado pelo originalismo, somado aos debates que conduziram à rejeição da indicação do juiz Robert Bork para a Suprema Corte, bem como o esgotamento do ativismo judicial que caracterizou a Corte Warren-Burger, acabaram por revelar um estado de perplexidade e desorientação acerca da própria experiência constitucional norte-americana. Segundo o autor,

> Existe nos dias de hoje, talvez mais do que em qualquer outro momento no século XX, dissenso, confusão e incerteza sobre o que é a constituição norte-americana [...] O significado mais profundo da controvérsia em torno da

[16] Ver Dorsen, Rosenfeld, Sajó e Baer (2003, p. 8).

[17] Quanto à Constituição sul-africana pós-apartheid, cf. Sunstein (2001, p. 221-237). Para discussões surgidas com a implantação de constituições na África e Ásia, ver Dorsen, Rosenfeld, Sajó e Baer (2003, p. 15-16).

> natureza da constituição diz respeito à condição e ao caráter do governo republicano dos Estados Unidos. Como na época dos Fundadores, a questão consiste em saber em que medida os cidadãos norte-americanos se auto-governarão mediante constituições limitadas, que garantam liberdade individual e local sob o Estado de Direito (BELZ, 1998:260).

Além dessa situação de indefinição quanto aos rumos do constitucionalismo norte-americano, vale recordar a recente experiência malograda de adoção de uma constituição pela União Européia. Após a preparação de um texto-base por uma comissão presidida por Valery Giscard D'Estaign, realizou-se, em dezembro de 2003, reunião de cúpula em Bruxelas, caracterizada pelo dissenso em torno de questões fundamentais da futura constituição, destacadamente a forma e o peso das deliberações. O assunto deverá ser retomado apenas em 2005[18].

Para apontar a situação brasileira, cumpre rememorar a constante ênfase, verificada em todos os governos democráticos estabelecidos após a promulgação da Constituição da República de 5 de outubro de 1988, em torno da necessidade de reformas do texto constitucional. Em 31 de dezembro de 2003 – ou seja, pouco mais de quinze anos após a promulgação do texto constitucional – já haviam sido promulgadas quarenta emendas à Constituição e seis emendas de revisão[19]. Na expressiva e inspirada dicção de Menelick de Carvalho Netto:

> São tempos difíceis para o constitucionalista estes em que o sentimento de Constituição, para empregar a expressão divulgada por Pablo Lucas Verdú, é aniquilado não só pela continuidade e pela prevalência de práticas constitucionais típicas da ordem autocrática anterior, mas pela tentativa recorrente de alteração formal da Constituição (CARVALHO NETTO, 1998, p. 233).

[18] Cf. relato propiciado pela reportagem da BBC: (LONGESCU, 2003).

[19] A presente cifra não abrange as emendas relacionadas às reformas previdenciária e tributária, que foram aprovadas no ano de 2003 pelo Congresso Nacional (mas não promulgadas até o final do ano) por iniciativa do Governo Luiz Inácio Lula da Silva, eleito em outubro de 2002.

Um último e decisivo ingrediente vem somar-se às incertezas quanto ao futuro da constituição: a adoção, em vários Estados, como já descrito, de medidas legislativas e governamentais de combate ao terrorismo, após os atentados de 11 de setembro de 2001.

O constitucionalismo, quer num sentido mais forte (Henkin), quer numa acepção mais relativizada que contemple um pequeno núcleo essencial (Rosenfeld), pressupõe a observância de direitos fundamentais, a imposição de limites ao poder estatal e a existência de um controle judicial dos atos governamentais. E, na história moderna, o veículo para tais exigências, na expressiva maioria dos regimes políticos existentes, é uma constituição escrita, que seja adotada e compreendida como lei fundamental e suprema.

Assim, as medidas anti-terror – voltadas ao incremento da segurança, mediante o uso de técnicas efetivas de prevenção e combate – podem requerer uma redefinição do que sejam "direitos", "liberdade" e, em última análise, "constituição". A experiência acumulada no decorrer de pouco mais de dois anos revela um preocupante quadro marcado por detenções arbitrárias, denegação de direitos, restrição de liberdades e diminuição das possibilidades do exercício de controle judicial.

E a tarefa de redefinição do sentido da constituição se torna ainda mais complexa quando se depara com a pluralidade de significados que vem sendo atribuída, na modernidade, ao termo "constituição". Como assevera o cuidadoso estudo empreendido por Mario Dogliani, a expressão possui uma pluralidade de sentidos tanto na linguagem ordinária quanto no léxico jurídico. Desde a experiência política ateniense até a prática do direito romano, passando pelos usos medievais e pré-modernos, o termo "vem sendo utilizado em muitos e diferentes significados" (DOGLIANI, 1994, p. 11).

Mas – prossegue Dogliani – é possível reunir as diversas acepções da palavra "constituição" em dois grupos polares. A multiplicidade dos significados orbita em torno de

uma *contraposição fundamental*, que pode ser alocada em agrupamentos de sentido e assim descrita:

> (1)Contraposição entre o *ato* de estabelecer e ordenar e o *complexo das qualidades* das coisas estabelecidas e ordenadas.
>
> (2)Contraposição entre o *ato* de imprimir um modo de ser a uma coisa e o *modo de ser* que a coisa manifesta.
>
> (3)Contraposição entre o *fazer o que é necessário* para que uma coisa exista num determinado modo e as *características internas* que possibilitam a existência da coisa naquele modo, e que são passíveis de observação, inteligência e descrição (DOGLIANI, 1994, p. 21)

Essa duplicidade de significados pode ser traduzida, na linguagem da teoria da constituição, como a contraposição existente entre a *constituição no sentido formal e constituição no sentido material*.

Consoante a precisa narração histórica de Rogério Ehrhardt Soares, pode-se afirmar que "Qualquer comunidade política supõe uma ordenação fundamental que a constitui e lhe dá sentido – possui uma constituição". E, mais adiante: "desde os alvores do pensamento ocidental vamos encontrar essa representação de que todo o grupo político tem uma ordenação material, tem uma constituição própria, fundamento e limite do poder" (SOARES, 1986a, p. 36-37).

Essa é a característica fundamental das "constituições" dos períodos antigo e medieval. Elas são constituições materiais, leis fundamentais (como se tornou praxe assinalar na Idade Média) que apenas dão expressão (escrita ou oral) a uma ordem fundamental material. Assim a conclusão de Rogério Soares: "De todo o modo, é uma *constituição*

material que se inculca, é um conjunto de princípios não carecidos de positivação" (SOARES, 1986a, p. 37)[20].

Esse estado de coisas – a expressão não é casual – será alterado profundamente ao longo da experiência social e política do século XVIII, período caracterizado, segundo Niklas Luhmann, por uma radical transformação em vários conceitos da semântica social e política (LUHMANN, 1996a, p. 84)[21].

É no final do século XVIII que se manifesta, de modo claro, o aspecto *formal* da constituição. Como descrito por Rogério Soares: "De qualquer modo está em movimento uma intenção de confiar a um acto formal a definição das bases da comunidade política" (SOARES, 1986a, p. 39).

E, enfim, pode-se enxergar a mudança conceitual:

> A palavra lei perdeu o sentido tradicional de 'o direito' e alcança outro: o preceito positivo com uma especial estrutura formal. Estamos chegados à *questão do constitucionalismo*, ou seja, o movimento de opinião que reclama que todo o Estado disponha duma lei formal fundamental, duma constituição. *Mas, como é evidente, a palavra sofreu um trânsito de sentido*. A constituição de que agora se fala já não é o modo por que está ordenada a sociedade, *é o acto constitutivo* dessa ordenação no plano do sensível [...]
>
> Já não se afirma que todo o Estado tem a sua constituição, exige-se que todo o Estado *deva ter* a sua constituição (entenda-se uma constituição positiva) (SOARES, 1986a, p. 39)[22]

[20] Original grifado.

[21] Observe-se a argumentação lançada por James Farr: "o período constitucional localizado em torno de 1787 – ou melhor, o último quarto do século XVIII – é abundante em termos de mudança conceitual em meio à inovação política. Essas mudanças foram depois amplamente documentadas, particularmente por historiadores que assumiram aquilo que podemos chamar de 'virada ideológica'. Entre eles podem ser incluídos Bernard Baylin, Gordon S. Wood, Gerald Stourzh, J.G.A Pocock, Michael G. Kammen, John P. Diggins, Forrest McDonald, Willi Paul Adams, Linda K. Kerber, Lance Banning, Garry Wills, Isaac Kramnick, Russell L. Hanson – para começar uma longa lista. Apesar de suas muitas diferenças, todos concordam em relação à magnitude e importância das mudanças conceituais e inovações políticas no início da República Norte-Americana" (FARR, 1988, p. 22).

[22] Alguns grifos não constam do original.

Tendo sido demonstrada a necessidade, para a acepção formal de constituição, de um ato de estabelecimento, traduzido num documento que vale como lei fundamental, ainda resta, para consolidação do sentido de constituição no seu aspecto formal, uma última e fundamental característica: a rigidez constitucional.

Na descrição de Colin Munro,

> Se escolhemos definir "constituição" de uma maneira estrita, ou seja, como um documento do qual o governo retira a sua autoridade, ou a parte do direito de um país que não pode ser alterada ou revogada segundo o processo usual de elaboração legislativa, teremos então um critério determinado (MUNRO, 1987, p. 5).

E é também a partir da experiência constitucional norte-americana que se explicita o caráter de rigidez das constituições modernas. A investigação histórica não encontrará, no período anterior ao final do século XVIII, de forma duradoura e estável, a estipulação da diferença no procedimento de alteração das constituições e das leis ordinárias. Na exata declaração de Charles Howard McIlwain: "Constituições 'rígidas' são um desenvolvimento dos tempos modernos [...] Isso não ocorreu na Inglaterra medieval" (MCILWAIN, 1969, p. 177).

Essa importante diferença – estabelecida, ao fim, entre direito constitucional e direito infraconstitucional – estará na base da profunda correlação proposta por Luhmann entre a diferenciação funcional da sociedade moderna e a autonomização e diferenciação completas do sistema do direito (ver LUHMANN, 1996a, p. 83-128 e 1999, p. 351-407)[23].

Numa observação que torna evidente a modificação do plano conceitual ocupado pela expressão "constituição", Andrew Arato estabelece uma clara conexão com o constitucionalismo e com a rigidez constitucional:

> Evidentemente, há a possibilidade de um aprendizado excessivo sobre o domínio legal, como nos adverte Niklas Luhmann. Aprender pode significar

[23] Essa reflexão será retomada no segundo capítulo e na conclusão do presente trabalho.

> também o aprendizado de não aprender. Constitucionalismo implica, necessariamente, elevar o patamar do aprendizado possível; ou seja, que se tente não aprender imediatamente frente às frustrações empíricas. Em constituições, esse efeito é alcançado através de normas de emenda relativamente severas (ARATO, 1997, p. 39-40)

Em síntese: a prática e a teoria jurídica e política deparam-se, no crepúsculo dos Setecentos, com duas concepções contrapostas de constituição, uma no sentido material, outra no sentido formal. E, como adverte Rogério Soares, o advento da formalidade constitucional "não significa a ausência também aqui de uma constituição material" (SOARES, 1986b:69).

Do ponto de vista da história e da teoria do direito, a tensão entre forma e matéria é de fato *constitutiva* do conceito de constituição. Anthony King menciona, como uma introdução ao estudo da constituição inglesa, a existência, na contemporaneidade, de dois "arquétipos constitucionais", a saber, constituições escritas e não-escritas[24]. E, segundo esse mesmo autor, há uma zona de confluência em que os dois arquétipos podem, na realidade histórica, encontrar-se. Mas – ele adverte – "o grau de confluência entre os dois tipos de constituição é uma questão contingente, a ser estabelecida caso a caso. E a confluência – para deixar isso muito claro – *nunca* é total"[25] (KING, 2001, p. 3).

Como se sabe, a variabilidade é uma condição estrutural do direito moderno, o que significa: a sua contingência e a constante possibilidade de que o não-direito venha a ser, a depender de uma decisão, o direito que procure vincular para o futuro. Então, é evidente que a formalidade constitucional não representará o desaparecimento da idéia material de constituição. É justamente essa tensão entre forma e matéria – interpretada pela teoria da constituição alemã do início do século XX como tensão entre norma e realidade – que trará uma perplexidade insistente à teoria jurídica e conduzirá ao desenvolvimento de uma vasta

[24] King não se refere à rigidez constitucional, por não se tratar de um ponto relevante para sua argumentação. Cabe assinalar, contudo, que a idéia de rigidez insere-se de forma completa no arquétipo constitucional das normas escritas, na forma abordada pelo autor.
[25] Original grifado.

literatura destinada à distinção entre reforma e mutação constitucionais[26]. Essa perplexidade, contudo, poderá ser dissipada com o recurso à descrição sociológica da constituição como aquisição evolutiva – como componente essencial do improvável processo histórico que resultou, de forma imprevista e inovadora, na configuração de uma nova forma de diferenciação da sociedade. Esse percurso será revisitado a partir das experiências políticas inglesa e norte-americana, analisadas no segundo capítulo da presente investigação.

Niklas Luhmann registra, então, como fato distintivo da estipulação da formalidade constitucional, a abertura da constituição para o futuro, ou seja, sua maior variabilidade, o que relativiza todo o ordenamento jurídico e transforma a interpretação constitucional numa operação rotineira e fundamental para a manutenção de um sistema jurídico auto-referente, operativamente fechado e com nível de complexidade compatível com o ruído ambiental (portanto externo ao sistema) (LUHMANN, 1999, p. 380-393, CORSI, 2001a, p. 172-174).

Podem ser sintetizadas, portanto, no atual estágio da argumentação, algumas premissas. Os eventos do 11 de setembro alcançaram dimensão global, característica da sociedade mundial. Entre as várias alterações no plano político e social que se seguiram aos atentados, está a adoção, em vários Estados, de medidas legislativas, executivas e militares de combate ao terrorismo. Esse conjunto de medidas – que varia, evidentemente, em cada comunidade política de acordo com suas peculiaridades – apresenta alguns desafios ao núcleo do constitucionalismo contemporâneo, forjado após duzentos anos de experiência social e política. O conceito de constitucionalismo, por sua vez, está diretamente conectado à noção de constituição, que se desdobra, desde a modernidade, em dois grandes grupos de significado,

[26] Cf. Jellinek (1991), Verdú (1984, p. 158-223), Löwenstein (1976, p. 185-205). Para uma reflexão crítico-teorética em torno dessa literatura, no plano da teoria jurídica brasileira, ver Bonavides (1993, p. 147-171) e Araujo Pinto (2002, p. 271-296).

que durante grande parte de sua recente história foram operados com o recurso à dicotomia forma-matéria.

Após tal digressão, caberia inicialmente indagar: quais os riscos e possibilidades que se apresentam ao constitucionalismo contemporâneo no alvorecer do século XXI? Trata-se, a toda evidência, de uma interrogação de cunho excessivamente abrangente e, portanto, pouco esclarecedora.

Cumpre, então, formular uma outra pergunta: qual a dimensão do impacto dos atentados de 11 de setembro e suas repercussões no constitucionalismo contemporâneo?

Essa é a proposta da presente investigação. A estrutura da tese comporta quatro capítulos, divididos em duas partes.

A primeira parte do trabalho propõe uma reconstrução histórica da idéia de constituição. Nesse contexto, a experiência norte-americana foi pioneira e inovadora no estabelecimento de um documento legal de tipo superior. Torna-se importante, a partir dessa perspectiva, situar as raízes do constitucionalismo norte-americano na prática política e jurídica inglesa. A atitude da Revolução Americana em relação à herança conceitual inglesa sempre foi ambivalente, e uma expressiva parte do fenômeno revolucionário pode ser compreendida por intermédio da relação entre os colonos norte-americanos e as idéias inglesas de constituição mista e governo limitado. Disso decorre a ênfase, no *capítulo I*, nos processos históricos que marcaram a experiência política inglesa – o que inclui, evidentemente, a importante concepção do *common law*. A narrativa terá como ponto central a inter-relação entre a idéia de constituição ou governo misto e a forma de diferenciação por estratos. O *capítulo II* procura recuperar, na descrição do processo revolucionário desencadeado na América do Norte a partir de 1763, o interessante tratamento de conceitos e institutos oriundos da Grã-Bretanha, herdados e adaptados durante a original experiência das

colônias. Por fim, será instrutivo compreender a inovação constitucional norte-americana à luz da teoria da diferenciação do direito em sua versão luhmanniana. Será o momento de compreender a relação entre a formalidade constitucional e a diferenciação do sistema social do direito (e a necessidade de redefinir a relação com a política). Será explicitado, também, o vínculo existente entre a invenção da forma "constituição" e o processo de modificação na semântica e na estrutura da sociedade, de uma diferenciação por estratos para a diferenciação funcional da sociedade moderna.

A segunda parte da tese volta-se à discussão em torno do constitucionalismo contemporâneo, seus riscos e perspectivas a partir dos desafios impostos por novos problemas – especialmente a reação dos Estados Unidos da América aos ataques perpetrados no 11 de setembro. Assim, serão apresentados, de forma descritiva e com a maior abrangência possível, os principais aspectos das medidas anti-terror adotadas nos Estados Unidos da América e seus desdobramentos. A ênfase conferida ao cenário norte-americano justifica-se em razão do impacto das medidas anti-terror na estrutura fundamental do constitucionalismo norte-americano e da enorme quantidade de material legislativo, administrativo e judicial disponíveis, bem como a literatura que vem sendo produzida, lentamente, após os atentados do 11 de setembro. O *capítulo III* procura reconstituir alguns episódios ligados ao exercício do constitucionalismo nos Estados Unidos, a partir da mudança de orientação da Suprema Corte quanto ao federalismo – o que pode representar um significativo impacto na prática da jurisdição constitucional e na própria concepção de constituição que foi consolidada na segunda metade do século XX. A seguir, são tratados elementos da reação anti-terror norte-americana, mediante análise de alguns preceitos do *USA Patriot Act*, a norma legal aprovada em 2001 como forma de embasar as medidas anti-terror tomadas após os atentados. O *capítulo IV* aprofunda essa temática ao lançar o olhar sobre políticas anti-terror dos Estados Unidos que não passaram pelo crivo congressual, sendo fruto de decisões unilaterais do Poder

Executivo federal, particularmente os Departamentos de Defesa e de Justiça. As situações dos prisioneiros de Guantánamo, dos tribunais militares destinados ao julgamento desses detentos e da peculiar situação dos "combatentes inimigos". Outros desdobramentos da luta contra o terrorismo serão brevemente mencionados, assim como propostas alternativas para tratamento futuro de algumas questões relevantes para o constitucionalismo.

Nas considerações finais, o objetivo será demonstrar a possibilidade e a utilidade da observação dos dilemas do constitucionalismo na contemporaneidade a partir da teoria da diferenciação do direito, que é fundamental para a compreensão do conceito moderno de constituição. Serão exploradas possíveis tendências materializantes e des-diferenciantes na reação ao terrorismo e identificados aspectos especialmente sensíveis e propensos à materialização na busca de proteção contra o terror. Serão correlacionadas, por fim, a semântica dos direitos humanos – compreendidos como aquisições evolutivas da sociedade moderna – e a forma de diferenciação funcional da sociedade mundial.

PARTE I

O SURGIMENTO DA CONSTITUIÇÃO COMO FORMA: RECONSTRUÇÃO HISTÓRICO-TEORÉTICA

I - DA CONQUISTA NORMANDA À REVOLUÇÃO GLORIOSA: ELEMENTOS DE HISTÓRIA POLÍTICA INGLESA

Pretende-se, na parte I do presente trabalho, fornecer uma descrição do processo histórico que conduziu à formulação do conceito moderno de constituição. Apenas com o aclaramento da estrutura e função das constituições promulgadas nos últimos anos do século XVIII será possível compreender a repercussão das medidas anti-terror adotadas por várias comunidades políticas na contemporaneidade – com especial atenção à reação norte-americana. E, para que essa conceituação possa ser estabelecida, é necessário recorrer à história. É fundamental traçar a arqueologia do conceito. Como assinalado por Graham Maddox, todo conceito político fundamental possui uma pré-história, assim entendida como uma experiência que antecede a própria enunciação do conceito[27]. Essa é a razão de ser do presente capítulo.

É evidente que a reconstrução aqui proposta tem conteúdo, objetivo e contexto definidos aprioristicamente, a partir da perspectiva eleita para a pesquisa. Isso significa privilegiar alguns eventos particulares, lançar luz sobre alguns documentos, destacar alguns desdobramentos políticos (de cunho revolucionário, revisionista ou restauracionista), enfocar algumas práticas políticas e sociais e analisar algumas modalidades de discurso. Tudo isso apresenta um risco (parcialmente consciente), na medida em que estarão obscurecidos, em detrimento das opções adotadas, outros momentos, situações, fatores, personagens e

[27] Cf. Maddox (1995, p. 50-52).

movimentos quer poderiam igualmente ser aproveitados e inseridos na narrativa. Como a reconstrução histórica total não representa – e nem deve representar – uma meta, um método de trabalho ou mesmo um horizonte utópico, deve-se assumir essa limitação como um dado.

Outro pressuposto que se insere na formulação e tratamento do tema da tese é a adoção de uma determinada perspectiva teórica. Como foi possível notar nas linhas introdutórias, a noção de constituição trabalhada por Niklas Luhmann é fundamental para a presente hipótese. Isso porque ela evidencia, sob uma análise sociológica, a função das constituições modernas. A abordagem que a sociologia luhmanniana fornece à construção moderna da idéia de constituição, bem como as conseqüências de tal elaboração, são essenciais para a análise do impacto das medidas de combate ao terrorismo no constitucionalismo contemporâneo[28].

O interesse da presente pesquisa está, portanto, inteiramente voltado à teoria e prática constitucionais. Assim, a descrição que ora se inicia almeja recolher algumas manifestações sociais e políticas que fizeram parte da construção de uma idéia: o conceito moderno de constituição. Para tanto, propõe-se uma narrativa dividida em duas partes. Num primeiro momento (capítulo I), será recuperada a experiência política inglesa – compreendida no período situado entre a Conquista Normanda e a Revolução Gloriosa –, com destaque aos episódios e desdobramentos que influenciaram o núcleo do constitucionalismo moderno. Numa segunda etapa (capítulo II), será abordada a história do constitucionalismo nos Estados Unidos da América, desde o estabelecimento das primeiras colônias até a consolidação da idéia de supremacia constitucional; a partir desse enfoque, tentar-se-á ilustrar a relevância da

[28] A partir do texto fundamental de Luhmann (1996a) produziu-se uma notável literatura que procura relacionar a teoria da diferenciação – centro da teoria da sociedade moderna de Niklas Luhmann – com a teoria e prática constitucionais na contemporaneidade. Merecem ser lembrados, a esse respeito, os importantes ensaios de Raffaele De Giorgi (1995), Giancarlo Corsi (2001a, 2001b) e Gert Verschraegen (2002). No cenário universitário brasileiro, é fundamental relembrar os principais responsáveis pela divulgação da obra luhmanniana: trata-se dos professores Menelick de Carvalho Netto (1998, 2001, 2003), Juliana Neuenschwander Magalhães (1999, 2000, 2003), Celso Campilongo (2000, 2002) e Leonel Severo Rocha (1999a, 1999b), entre outros.

aquisição da formalidade constitucional, como elemento distintivo do direito e da política modernos, e sua correlação com o estabelecimento, em âmbito mundial, da diferenciação funcional.

A intrínseca conexão existente entre a história política inglesa, a prática do *common law* e o surgimento das Constituições modernas foi destacada por vasta literatura[29]. O que vem à mente, num primeiro momento, é o cenário da crise social e política verificada no movimentado século XVII e seus desdobramentos (especialmente a elaboração de documentos fundamentais na história do direito, como a *Petition of Right*, o *Instrument of Government* e o *Bill of Rights*). Porém, numa perspectiva histórico-teorética um pouco mais expandida, será interessante notar a importância do *common law* como prática político-jurídica que aparece num momento de consolidação de uma determinada forma de diferenciação social e que se desenvolve ao ponto de ser considerado receptáculo apto a indicar a necessidade premente de modificações no próprio contexto social em que foi gestado. Essa plasticidade, essa permeabilidade a modificações sociais e políticas é que se apresentam como fundamentais para a interpretação do significado e dos usos do *common law* na história constitucional.

Torna-se essencial, então, resgatar alguns elementos de fundação da forma de vigência do direito que se convencionou designar como *common law*[30].

A gênese do *common law* está associada a um dos eventos fundamentais da história política inglesa: a Conquista Normanda, ocorrida em 1066. Cabe, porém, antes de iniciar a descrição dos eventos e desdobramentos que caracterizaram a conquista, esclarecer a situação política e social preexistente à chegada dos normandos.

---

[29] Cf., a título exemplificativo, McIlwain (1969, 1991), Fioravanti (2001, 1993), Stoner, Jr. (1992), Gordon (2002), Stourzh (1998), Maddox (1995).

[30] Para maiores dados históricos ligados à etimologia da expressão, ver Caenegem (1997, p. 85-110) e Varano e Barsotti (2002, p. 236-239).

No período anterior a 1066, o espaço geográfico em que se localiza a Inglaterra atual não dispunha de unidade política. Após a queda do Império Romano do Ocidente – que compreendia a maior parte do território da atual Inglaterra e cuja fronteira norte era a muralha de Adriano, próxima à atual cidade de Newcastle –, a Inglaterra dividiu-se em vários pequenos reinos de dimensão tribal. No início da Idade Média, é desencadeado o processo de migração dos anglos e saxões, povos oriundos da Europa continental do norte, que se juntam aos habitantes de origem celta e aos povos autóctones locais[31]. Há tentativas esparsas de unificação, sem maiores conseqüências; a regra, nesse período, é a dispersão política e manutenção de vínculos locais. No século IX, esse quadro se altera com a chegada de invasores vikings, especialmente oriundos do território onde se situa a atual Dinamarca. Sucedem-se reis de origem escandinava; mesmo assim, não há unificação sob uma monarquia centralizada, pois persistem lutas com líderes e exércitos locais. Com a morte do Rei Eduardo (chamado de "confessor"), o conde Guilherme da Normandia reivindica o trono inglês (ele tinha vínculos de parentesco com Eduardo), que disputa com um dos filhos de Eduardo, Harald. Guilherme vence os exércitos de Harald na decisiva batalha de Hastings e é proclamado rei da Inglaterra. A coroação realizou-se no dia de Natal de 1066, na abadia de Westminster. O desfecho da batalha de Hastings não significou, entretanto, a imediata unificação da Inglaterra. Após sua coroação, Guilherme empreendeu campanhas militares em grande parte do território inglês (especialmente o norte) para consolidar sua liderança e erradicar resistências locais.

Cabe, agora, indagar: quem eram os normandos e qual a estrutura social que procuram imprimir ao reino inglês?

[31] A literatura tradicional, iniciada no século XII destaca a existência, no século VII, de sete reinos distintos, que constituiriam uma Heptarquia. A afirmação carece de credibilidade histórica. Atente-se para a seguinte observação, que consta do *Oxford Dictionary of British History*: "A idéia era a de que teriam existido sete reinos, Northumbria, Mercia, East Anglia, Essex, Kent, Sussex e Wessex. A realidade era mais complicada. Mas a idéia foi útil e teve vida longa" (CANNON, 2001, p. 323).

Os normandos eram um povo originário da Escandinávia que se fixara no continente europeu na metade do século X. Eles converteram-se ao catolicismo e fundaram dois reinos na Europa medieval: um situado na Sicília e sul da península itálica e outro no noroeste da França (na região hoje conhecida como Normandia). Alguns autores – apoiados em fontes, documentos e na avaliação da própria época – ressaltam o talento dos normandos para a organização do governo e administração pública nos dois reinos[32]. Guilherme, líder da campanha militar inglesa, era filho ilegítimo de Roberto, Duque da Normandia (KENYON, 1994, p. 361). Seu exército era composto e financiado por proprietários de terra normandos.

Para oferecer uma resposta satisfatória à segunda questão, é necessário lançar o olhar sobre a situação social, política e econômica da Europa no século XI. Para que se possa compreender a configuração social inglesa elaborada a partir da Conquista Normanda – e sua tão festejada insularidade – é fundamental apreciar a situação européia como um todo, até para que as diferenças fiquem estabelecidas e matizadas.

1.1 Organização Social e Política no Ocidente Medieval: linhas gerais

A narrativa agora se volta às origens do Ocidente medieval e tem seu ponto de referência na Europa continental. Adota-se, para esse fim, a divisão cronológica proposta por Hilário Franco Junior[33], que divide a era convencionalmente chamada de Idade Média em quatro períodos distintos. Merecem ser brevemente mencionados os três primeiros[34].

---

[32] Ver especialmente Berman (1996) e Caenegem (1997).

[33] Cf. Franco Jr. (1999, p. 11-15).

[34] Não há aqui nenhuma tentativa de estabelecer uma descrição histórica aprofundada ou exaustiva do Ocidente medieval. A breve e sucinta digressão ora proposta tem a única finalidade de situar o contexto social da Europa continental ao tempo da Conquista Normanda. Esse passo é essencial, na medida em que há uma transposição, para o mundo social anglo-saxão, de institutos sociais cultivados pelos normandos em solo europeu-continental. E a diferença que se instala – entre a estrutura social existente na Europa continental e a experiência inglesa – é crucial para o desenvolvimento do *common law*.

1. A Primeira Idade Média (início do século IV a meados do século VIII). Com a queda do Império Romano do Ocidente, houve a fragmentação do mapa político da Europa; o espaço ocupado pelo Império passou a ser distribuído, de forma desigual e efêmera, entre os vários povos germânicos que transpuseram o *limes* no início do século V da era cristã e não mais retornaram aos seus locais de origem (a Escandinávia e o extremo norte da atual Alemanha). Surgiram, então, reinos como o dos ostrogodos (localizado em parte da península itálica), dos visigodos (parte da península ibérica), dos burgúndios (Europa central), dos suevos (região da atual Galícia), dos vândalos (norte da África), dos lombardos (região próxima à cidade de Milão) e dos francos (Leste da atual França e Oeste da Alemanha dos dias de hoje).

O contexto é de transição do mundo antigo para a Idade Média *in nuce*. Inicia-se aqui o lento processo de interpenetração de três elementos distintos que marcará a identidade medieval: civilização clássica, cristianismo em sua versão católica e cultura germânica. A instabilidade política e econômica são marcas desse período. Muitas lutas entre reinos rivais, produção agrícola em queda e diminuição da população na Europa Ocidental[35] levam a uma indefinição da hegemonia das forças políticas e a um estado de ansiedade e aumento da violência[36].

2. A Alta Idade Média (meados do século VIII ao século X). Gradativamente, um dos povos germânicos que se estabelecera na Europa Ocidental vai ampliando seu domínio real e imprimindo uma marca própria ao contexto político e social: são os francos. A passagem da dinastia dos merovíngios aos carolíngios é caracterizada pela liderança dos francos num momento histórico simbolicamente importante: a batalha de Poitiers, travada em 732, na qual, mediante a atuação de um exército comandado pelo líder franco Carlos Martel,

[35] A referência ao Oeste da Europa é fundamental para a visualização do quadro histórico. Na verdade, o Ocidente medieval nasce cercado por duas civilizações que atingem um grau de organização e sofisticação cultural e intelectual muito superior ao fabricado a partir das ruínas do Império do Ocidente: a leste, o Império Bizantino, que procura sintetizar as heranças grega e romana com o cristianismo e ao sul, o islamismo, surgido com incrível fôlego na região da Arábia a partir do século VII e que se disseminou rapidamente no cenário do Oriente próximo e da península ibérica.

[36] Cf. Jacques Le Goff (1995a, p. 58-63) e José Reinaldo Lima Lopes (2000, p. 63-71).

foram contidos os mouros que haviam ocupado a maior parte da península ibérica. Com tal desfecho, ficaram claramente delimitadas as fronteiras da Europa medieval: mouros a oeste (região compreendendo grande parte dos atuais territórios da Espanha e Portugal), francos como reino hegemônico na Europa central e bizantinos a Leste.

Com a ascensão da dinastia carolíngia, inicia-se uma tentativa – a primeira de várias outras – de recuperação, no Ocidente, da dignidade e magnitude do Império Romano. A data que marca a consolidação desse projeto é o dia de Natal de 800, quando Carlos Magno – então rei dos francos – é coroado Imperador pelo papa, no Vaticano. O mapa político europeu, nesse momento, compreende a hegemonia franca em considerável extensão territorial (grande parte da atual França, norte da península itálica, Europa central, porção ocidental da atual Alemanha). Quanto à estrutura política, um dado merece especial enfoque: o início de um processo de descentralização e atribuição de autoridade a condados locais. Com o intuito de estabelecer uma administração pública eficiente e abrangente, Carlos Magno divide o império em vários condados (*pagi*) e confia sua administração a líderes de uma nascente aristocracia local. O resultado desse processo é, a médio prazo, a inteira fragmentação do poder político do monarca[37].

O império não sobrevive por muito tempo. Carlos Magno, morto em 814, é sucedido por seu filho Luís, o Piedoso. Após a morte de Luís, seus três herdeiros lutam pelo poder e a conseqüência é a divisão do império franco em três reinos independentes. Essa cisão é decidida pelo Tratado de Verdun, celebrado em 843.

O fim do Império Carolíngio revela o insucesso da tentativa de reabilitação da dignidade do mundo romano. A fragmentação política se aprofunda. Não há uma liderança forte no Ocidente. E com isso se inicia o período de maior originalidade e poder criativo da civilização medieval.

[37] Para uma descrição voltada à história política no mundo carolíngio, ver FOURQUIN (1978, p. 21-30).

3. Idade Média Central (séculos XI a XIII). A dispersão do poder político atinge seu ponto máximo quando as monarquias européias passam a dispor de um poder quase exclusivamente espiritual. Carlos Magno não estabelecera um aparelho burocrático suficientemente organizado a ponto de permanecer atuante e organizado mesmo quando houvesse sucessão no comando do poder monárquico. O Império Carolíngio apoiava-se sobre sua liderança pessoal – e sua tumultuada relação com o papado – e, principalmente, sobre os vínculos de lealdade firmados com determinados condes locais. Esses aristocratas provenientes do império franco serão os titulares do novo centro social, econômico e político da Europa medieval: o domínio feudal.

Com o advento da Idade Média Central, consolida-se a organização social, política e econômica que seria posteriormente designada como *feudalismo*. Na compreensão desse fenômeno, convém afastar, de imediato, qualquer preponderância de aspectos econômicos sobre outras dimensões da vida social. Na verdade, a reorganização da economia no período feudal é muito mais a conseqüência que resulta de uma singular modificação na organização social. Um fator a ser considerado com maior atenção é o caráter simbólico do feudalismo: a figura central das sociedades feudais é o *contrato feudo-vassálico*, ou *pacto de vassalagem*. Não se trata de um mero acordo entre partes interessadas na consecução de um fim comum; tampouco a conjunção de vontades de indivíduos que visam ao lucro na exploração de determinada atividade econômica.

O contrato feudo-vassálico significa, antes de tudo, uma troca de promessas que compreendem a idéia de fidelidade e dever. O senhor feudal (ou suserano) concede um título de cavaleiro a um vassalo, que, em contraprestação, assume o dever de proteção do senhor (*auxilium*) e de *consilium* (aconselhamento em decisões que envolvam os destinos do domínio feudal, especialmente em relação à defesa do território). Observe-se que, num primeiro momento, esse contrato não tinha como pressuposto a cessão de uma porção de terra ao

vassalo. Essa é uma prática que se estabelece rapidamente, mas não é constitutiva na gênese do contrato feudo-vassálico. Há, ainda, um componente fundamental nessa pactuação: a participação da Igreja. Como registram alguns documentos, a celebração do pacto de vassalagem era uma ocasião solene, em que tomavam parte todos os setores do domínio feudal, e que era abençoado pelo sacerdote representante da Igreja Católica (na maior parte das vezes, o bispo local). Uma descrição que chegou aos tempos atuais evidencia esse aspecto[38].

Pode-se perceber que essa descentralização radical da vida social acarretou algumas modificações na experiência política. A principal delas é a sensível diminuição do poder temporal dos monarcas. A diluição da tênue estrutura administrativa implantada pelo Império Carolíngio e a fragmentação do poder entre vários senhores feudais – originários da aristocracia franca – conduziram ao esvaziamento do poder político dos reis; o mesmo vale para os titulares do Sacro Império Romano Germânico[39]. Os monarcas desse período dispunham, salvo algumas raras exceções, de pouquíssimo poder temporal, já que tinham restrita capacidade de arrecadação e careciam de um exército permanente e organizado. Eles eram, em regra, dependentes da mobilização dos senhores feudais; sua principal função era de caráter espiritual. Esse foi o período em que os reis europeus envolveram-se nas cruzadas e lideraram movimentos de cunho carismático[40].

A vigência do direito, no período feudal, estava inteiramente vinculada ao costume local. Os resquícios de compilações de direito romano[41] haviam desaparecido do

---

[38] Cf., para um exemplo de celebração de contrato feudo-vassálico, Gilissen (1995, p. 193).

[39] Trata-se do I *Reich*, fundado por Oto I em 962, a partir da porção oriental do Império Carolíngio, como mais uma tentativa de revigorar a dignidade do Império Romano do Ocidente. Os soberanos detinham o título de césar, mas efetivamente eram reis típicos do período feudal, com grande ênfase no aspecto místico da monarquia.

[40] A historiografia do século XX – que recuperou de modo consistente o imaginário medieval – produziu belíssimas narrativas que enfocaram esse aspecto místico da monarquia européia. Ver, como referências, Marc Bloch (1998) e Kantorowicz (1998).

[41] Além do *corpus juris civilis*, sistematizado por uma equipe de juristas – liderada por Triboniano – que estava a serviço do imperador bizantino Justiniano ao longo do século VI, alguns reinos germânicos da Primeira Idade Média elaboraram compilações de direito romano, também no quinto século da era cristã. Merecem ser citadas a lei romana dos ostrogodos, a lei romana dos burgúndios e a mais influente delas, a *Lex Romana Visigothorum*,

cenário europeu e mesmo o direito canônico permanecia desorganizado, casuístico e bastante descentralizado[42]. Houve uma maior produção legislativa no período carolíngio, com a edição de capitulares por Carlos Magno. Essa tendência rumo à legislação não sobreviveu, contudo, à morte do próprio Império. Assim, a fonte por excelência do direito feudal eram os costumes locais, reiterados em julgamentos com grande participação comunitária e com a adoção de meios de prova posteriormente classificados como irracionais, como os ordálios, as provas de resistência ou os duelos judiciários[43].

Com essa rápida e parcial descrição, é possível retomar a narrativa relacionada ao surgimento do *common law*[44].

1.2 Da Conquista Normanda à Dinastia Tudor: invenção, desenvolvimento e consolidação do *common law*

Quando os normandos assumiram a condução do governo na Inglaterra, com a ascensão ao trono de Guilherme I (que passou a ser conhecido como "Guilherme o Conquistador"), eles encontraram uma situação administrativa e política bastante instável. Alguns monarcas dinamarqueses – especialmente o Rei Cnut – lograram estabelecer algum tipo de arrecadação em solo inglês mediante a cobrança do tributo intitulado *Danegeld*, que

---

também conhecida como o "Breviário de Alarico". Cf. Gilissen (1995, p. 169-171), Wieacker (1980, p. 29-35) e Lima Lopes (2000 p. 69-71), entre outros.

[42] A exceção a essa regra consiste na produção de alguns textos de direito canônico por Agobardo de Lyon no século IX. Ver Caenegem (1995, p. 26).

[43] A descrição autorizada para essas formas de resolução de conflitos é propiciada por Foucault (1999, p. 55-63).

[44] É fundamental ressaltar que o terceiro período abordado na presente narrativa – a Idade Média Central – não está restrito ao feudalismo. Na primeira metade do século XII, inicia-se o fenômeno denominado "Renascimento da Idade Média", caracterizado pela crescente urbanização, pela reativação do comércio, pela gradual organização dos primeiros Estados nacionais, e que está contido, na periodização proposta por Hilário Franco Junior e aqui adotada, na Idade Média Central. Porém, esse aspecto não será abordado no presente estágio da investigação, pois a Conquista Normanda ocorre em pleno apogeu do período feudal. Cabe assinalar, ainda, a quarta e última parte da divisão interna da Idade Média: trata-se da Baixa Idade Média, compreendida entre o século XIV e meados do século XV e marcada pelo declínio da civilização medieval, especialmente em virtude das epidemias de peste que dizimaram um terço da população européia no século XIV.

incidia sobre a propriedade fundiária. Não foi possível implantar, contudo, uma estrutura administrativa de tipo burocrático, que permitisse à Coroa desfrutar de controle e ascendência política em todo o território.

Esse quadro foi inteiramente alterado com a Conquista Normanda. Ficou claro, desde o início da gestão de Guilherme I[45], o objetivo de transformar a Inglaterra em um reino consolidado, com aparato administrativo e coleta de informações acerca da população e recursos naturais existentes. O primeiro passo para a consecução desse projeto foi a abertura, em 1086, de um livro que registrava a situação da propriedade fundiária em todo o reino, para a finalidade de estipular tributação e possibilitar um reconhecimento confiável da situação das terras – e de sua gestão – na Inglaterra. Esse documento passou a ser chamado de *Domesday Book*, e é considerado um dado histórico fundamental para a consolidação da Inglaterra como unidade política. Como assinalado por Caenegem, não existia, na Europa continental, nenhum equivalente ao *Domesday Book* ao tempo de sua implantação (CAENEGEM, 1997).

Ainda sob a Dinastia dos normandos, o reino passou a contar com duas divisões internas: a Chancelaria (órgão encarregado da administração dos negócios do reino) e a Tesouraria (órgão responsável pelo controle de receita e despesa da Coroa e pela atualização do *Domesday Book*).

É relevante notar que antes da chegada de Guilherme e seus barões, existia, na Inglaterra, um sistema múltiplo de propriedade: alguns domínios que poderiam ser considerados protofeudais, alguma propriedade comunal e uma parcela de terras à disposição do governante (BERMAN, 1996, p. 460-461). Isso seria completamente modificado.

[45] Guilherme é o monarca que dá início à dinastia normanda. Seu reinado perdura de 1066 até 1087. Os demais ocupantes do trono da Dinastia foram: Guilherme II (1087-1100), Henrique I (1100-1135) e Estêvão (1135-1154). Ver Hibbert (2000, p. 197).

Os normandos, oriundos da França – uma das regiões da Europa em que o feudalismo se estabeleceu com maior força – trouxeram para a Inglaterra a mentalidade e os institutos feudais, o que acarretou uma radical transformação na estrutura fundiária inglesa. Como resultado do sucesso da empreitada militar, os barões que apoiaram – e também financiaram – o exército comandado por Guilherme I receberam, em contraprestação, vários domínios feudais espalhados por toda a Inglaterra (o que acarretou, inclusive, a tomada, à força, de propriedades previamente ocupadas). Isso significou a implantação e o desenvolvimento das práticas feudais, como o contrato feudo-vassálico; a atribuição de domínios feudais tinha como pressuposto, ainda, a concessão de poderes aos senhores feudais, como o poder de *bannum*, instituição feudal que compreendia o poder de punir, taxar e julgar (nos limites do domínio feudal) (FRANCO JR., 1999, p. 190, FOURQUIN, 1978, p. 36-38).

Observa-se, então, que a Conquista Normanda implicou o estabelecimento, na Inglaterra, de uma situação *inexistente na Europa Continental*: a concessão de poderes a senhores feudais *ao mesmo tempo* em que se implantava uma monarquia centralizada. Como foi possível verificar, esses dois elementos se manifestaram de modo excludente no continente europeu no início da Idade Média Central: a atribuição de poderes locais a suseranos ocorreu quando as monarquias encontravam-se fragilizadas (desprovidas de instrumentos aptos ao exercício do poder temporal). Quando começou o lento declínio da civilização feudal – séculos XII e XIII, época do Renascimento da Idade Média, revitalização das cidades e do comércio, nascimento das universidades –, os monarcas nacionais foram afirmando seu poder, mediante a reorganização territorial e política do continente europeu.

Na Inglaterra os dois fenômenos ocorreram de modo simultâneo: por um lado, um monarca dotado de poder temporal, preocupado com a organização administrativa do reino e titular da respeitabilidade e legitimidade adquiridas pela vitória militar; por outro lado,

senhores proprietários de terra com poderes locais que incluem jurisdição, taxação e administração.

Nesse contexto, um estado de tensão permanece latente: em algum momento, é de se esperar o surgimento de conflitos concretos entre o monarca e os barões. Essa perspectiva torna-se ainda mais provável quando o regime político, econômico e social modifica-se em curto espaço de tempo. Foi o que se passou na Inglaterra.

Já no século XII, com a fundação da dinastia dos plantagenetas[46], essa tensão inerente à organização social e política fez-se presente. A principal manifestação dos conflitos entre rei e barões deu-se na questão fundiária. Várias incertezas quanto a posse e propriedade – que acarretavam, por sua vez, discussões quanto à tributação real – levaram a um estado de crescente controvérsia entre senhores feudais e a Coroa. Essa situação, repita-se, era inédita, na medida em que a configuração feudal do continente europeu foi francamente desfavorável às monarquias e administrações centralizadas.

Para uma situação nova, uma construção social nova. E assim o *common law* inicia seu percurso histórico. Nesse sentido, o reinado de Henrique II foi decisivo. Utilizando-se uma expressão em voga na contemporaneidade, pode-se dizer que Henrique II *judicializou* os conflitos existentes na Inglaterra do século XII. As tensões inerentes à peculiar situação inglesa foram canalizadas para solução em processos judiciais que passaram a tramitar perante tribunais criados pelo próprio monarca.

[46] Os plantagenetas surgem a partir de uma derivação da dinastia normanda. O rei fundador da casa dos plantagenetas foi Henrique II, coroado em 1154. Os domínios do reino, por força de casamento e sucessão, incluíam considerável parcela do atual território da França, além da Inglaterra.

Esses tribunais foram estabelecidos pela Coroa e tinham as seguintes denominações e atribuições:

(i) Tribunal das causas comuns (*Court of Common Pleas*). Era a corte encarregada da apreciação de questões hoje classificadas como civis ou penais. Era particularmente relevante porque nela se concentravam as disputas em torno de posse ou propriedade fundiária.

(ii) Tribunal do tesouro (*Court of Exchequer*). Cuidava do julgamento de demandas ligadas às receitas do reino e à tributação.

(iii) Tribunal do banco do rei (*King's Bench*). Corte responsável pelo processamento e julgamento de ações em que a Coroa estivesse envolvida, incluindo-se acusações de prática de crimes contra a pessoa do rei[47].

Um dado interessante acerca do funcionamento desses tribunais é o fato de que eles, inicialmente, eram itinerantes (especialmente o *King's Bench*), ou seja, acompanhavam o rei em suas viagens e julgavam as controvérsias que lhes fossem apresentadas. Fica evidenciado, portanto, o empenho da Coroa em expandir os limites de sua jurisdição. Essa ampliação da atuação dos tribunais reais significou, necessariamente, uma diminuição dos poderes dos tribunais locais, conduzidos pelos senhores feudais.

A forma encontrada pelos tribunais reais para atrair os casos para a esfera da Coroa foi a seguinte: o rei, em pessoa, passou a emitir ordens sumárias, chamadas, desde então, de *writs*. Essa ordem, normalmente dirigida ao *sheriff*, que era o representante da Coroa nas cidades e vilarejos, era requerida por petição formulada por alguma das partes num processo[48]. Inicialmente subscritos pelo próprio monarca, os *writs* passaram, ainda no século XII, à competência dos tribunais reais.

Os primeiros reis plantagenetas legislaram pouco, o que é compreensível, já que a legislação era uma fonte do direito pouco utilizada no século XII em toda a Europa. Os *writs*,

[47] Cf., entre outros, Varano e Barsotti (2002, p. 242-245), Berman (1996, p. 465-481) e Gilissen (1996, p. 209-211).

assim, eram emitidos a partir da alegação referente à aplicação, ao caso, de um "costume imemorial" do reino. Em tese, o monarca – ou o tribunal – limitava-se a reconhecer a existência do costume e ordenar sua observância.

Entretanto, não havia uma relação de causalidade estrita entre a concessão da ordem e a subsistência do costume: na verdade, os *writs* passaram a ser usados para constituir direitos, já que a maior parte das demandas envolviam questões inéditas no reino (a partir da modificação trazida com a Conquista Normanda). Mas – o que é interessante – a argumentação referente ao costume persistiu. Assim, na feliz síntese de Pocock, pode-se dizer que o *common law* pode ser explicado por intermédio da inter-relação entre costume e precedente (POCOCK, 1990, p. 255-305).

Como a legislação era escassa e não existia, à época, a concepção – típica do direito moderno – de que um direito depende de um ato normativo que o constitua e defina seu campo de aplicação, a construção do ordenamento jurídico, na Inglaterra, tornou-se dependente da própria atividade judicial. À medida que novos *writs* eram concedidos, os precedentes passavam a ser estudados e invocados em demandas futuras. Com isso, operou-se a fórmula típica dos primeiros tempos do *common law*. Na Inglaterra dos plantagenetas, "*remedies precede rights*".

A implantação dos tribunais reais teve sucesso imediato. Ainda que as fontes históricas sejam insuficientes para que se possa compreender a exata dimensão da reação dos vários setores da sociedade inglesa às cortes reais, o fato é que elas passaram a ser largamente utilizadas. No próprio século XII, foram publicados os primeiros *Year Books*, compilações de decisões judiciais para orientação para casos futuros. E, no final do mesmo século, surge a

[48] Há exemplos de *writs* que podem ser encontrados em tratados de história do direito. Cf., a esse respeito, Varano e Barsotti (2002, p. 347-352).

primeira obra doutrinária sobre o *common law*, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, supostamente escrita por Glanville[49].

Se analisada numa perspectiva ampla, a construção do *common law* pode ser compreendida como a resposta original encontrada pela sociedade inglesa para os novos problemas trazidos pela modificação na configuração política e social do reino. E aqui é possível – e recomendável – invocar a solução continental.

No restante da Europa do século XII, o mesmo desafio lançado à sociedade inglesa tornou-se presente: estabelecer a vigência do direito num contexto de transformação social.

Não há maiores controvérsias entre os historiadores acerca da importância da modificação dos rumos da civilização do Ocidente medieval que se verificou com o declínio da sociedade feudal. Por diversos fatores – que não podem, em hipótese alguma, ser encarados como "causas", mas como elementos de mudança num contexto cronológico e geográfico bastante heterogêneo –, a Europa dos séculos XII-XIII passou por transformações significativas. Entre esses fatores podem ser destacados o crescimento populacional, os primeiros sinais de esgotamento das economias fechadas do mundo feudal, a reorganização dos Estados nacionais e a ascensão de uma burguesia comercial e financeira[50]. Observe-se que não há fundamento historiográfico para diferenciar aqui, no estilo tradicional, "causa" e "efeito". A depender do ângulo que se observa o fenômeno histórico, a ascensão da burguesia

[49] Ranulf Glanville teria sido um conselheiro de Henrique II. Porém, a autoria do tratado, que lhe é atribuída, permanece incerta. Ver McIlwain (1991, p. 85).

[50] Uma boa amostra de alguns fatores decisivos na realização desse Renascimento encontra-se na descrição de Georges Duby: "O processo de desenvolvimento que, desde Charles Homer Haskins, chamamos de 'Renascimento' do século XII é evidentemente indissociável do longo movimento de progresso material do qual a Europa ocidental foi então o centro [...] O século XII parece bem ser, na França pelo menos, a grande época desse progresso. Vamos reter três critérios: a) a difusão do instrumento monetário – os primeiros sinais dessa difusão aparecem por volta de 1080 nos documentos relativos aos campos da região de Macon; cem anos mais tarde, o dinheiro está por toda parte, domina tudo, e ninguém, do maior príncipe ao camponês mais humilde, pode deixar de usá-lo cotidianamente; b) a extensão da superfície cultivada – as análises estatísticas de Robert Fossier situam, na Picardia, o grande impulso entre 1150 e 1170; por fim, c) o crescimento demográfico – as mesmas análises mostram, na mesma região, que ele atinge sua maior intensidade no último quartel do século XII" (DUBY, 2001, p. 144).

pode ter impulsionado o declínio do feudalismo, ou, por outro lado, o ressurgimento dos Estados nacionais é que pode ter acelerado a emergência de uma nova "casta" ou "ordem", na terminologia medieval, nas sociedades dos séculos XII-XIII. E, além disso, esse processo pode – e deve – ter ocorrido de forma diversa em cada uma das sociedades, com ênfase em um ou outro aspecto, com tempos distintos e impactos divergentes. O que interessa frisar é a confluência de uma série de fenômenos que permite identificar, de modo amplo, uma *mudança na civilização medieval*.

É no corpo dessa mudança que vão ressurgir, como protagonistas da cena social, as cidades européias, no período compreendido entre os séculos XII e XIII[51]. As atividades dos artesãos (normalmente ex-servos ou ex-aprendizes de um determinado ofício) exigiam, para sua continuidade, a existência de um mercado flutuante, e isso era incompatível com o mundo rural e fechado da civilização feudal[52]. Observe-se, também, o declínio da influência e dos valores da sociedade cavaleiresca – lentamente construída após o colapso do Império Carolíngio –, abalada pelas freqüentes campanhas militares (de caráter feudal ou proto-nacional) e com as cruzadas. Aduza-se, ainda, a repercussão, na Europa Ocidental, da lenta mas progressiva perda de hegemonia do Império Bizantino sobre as rotas comerciais para o Oriente (que dependiam do monopólio exercido em grande parte do Mar Mediterrâneo), o que possibilitou o surgimento de novas oportunidades de comércio e, portanto, a abertura de portos e criação de um sistema bancário. O crescimento de algumas cidades do Norte (Bruges, Gand, Lübeck, Hamburgo, Danzig, Riga, entre várias outras)[53] e a rápida ascensão econômica

[51] Além da revitalização das cidades existentes, outro fenômeno merece alusão. Surgiram, no período compreendido entre 1100 e 1300, nada menos que 140 novas cidades no Ocidente medieval. Cf. Hilário Franco Júnior (1999, p. 53).

[52] Observe-se a narrativa de Georges Duby: "Perto dos finais do século XII, a civilização do Ocidente sofre uma mutação fundamental – desde há séculos, rural, será doravante dominada pelo fato urbano [...] o essencial dos excedentes é transferido para a posse dos senhores, estimulando, destarte, a sua propensão para o luxo. Para satisfazer essas novas necessidades, equipes de especialistas, pedreiros, vinhateiros, artesãos, negociantes, emergem da massa camponesa, e o renascimento das trocas suscita o renascimento das cidades" (DUBY, 1999, p. 36).

[53] Cf., para maior detalhamento, Jacques Le Goff (1995, p. 151) e Philippe Wolff (1988, p. 179-208). Ver, ainda, numa perspectiva mais tradicional, mas não desprovida de interesse: Henri Pirenne (s.d., p. 71-182).

inglesa após a Conquista Normanda – incrementaram ainda mais o transporte de mercadorias e, conseqüentemente, o comércio em todo o cenário europeu. Por último, mas não menos importante, há que recordar o fortalecimento dos Estados nacionais e a expansão da Cristandade levada a todo o Ocidente Medieval pela Igreja Católica[54].

Inserido nesse amplo contexto, encontra-se o fenômeno do florescimento de movimentos intelectuais em determinadas cidades. Exemplos disso são a Escola dos mertonianos, em Oxford, e, posteriormente, a Escola de Notre-Dame, em Paris, correntes de pensadores que ampliaram os limites da física aristotélica e prefiguraram o caminho para a Revolução Científica dos anos 1500-1750[55]. Outro caso foi a fundação da Escola dos Glosadores em Bolonha, a partir do estudo do *corpus juris civilis*, compilação de fontes do direito romano empreendida, no século VI, pelo Imperador bizantino Justiniano[56]. Não se deve deixar de aludir, ainda, ao pioneiro e fundamental trabalho de resgate da tradição clássica realizado pelos árabes na Espanha e na Sicília, com a tradução de textos gregos e o surgimento de várias escolas filosóficas derivadas de interpretações de textos aristotélicos[57].

---

[54] Fatores tratados em ampla literatura, da qual se pode destacar, a título ilustrativo, Jacques Le Goff. (1995, p. 87-140) e Hilário Franco Júnior (1999, p. 25-106). Convém assinalar que não se pretende, nessa breve incursão, atribuir qualquer primazia aos fatores políticos ou econômicos nesse período de modificação da Civilização medieval. Operou-se, também, e isso é hoje assentado na historiografia, uma mudança de mentalidade com o declínio do feudalismo. Cf., para esse fim, os vários ensaios reunidos em Jacques Le Goff (1993). Iniciou-se, além disso, um processo de reformulação nos critérios estéticos até então hegemônicos nas artes, que resultou na criação de novas formas, como, por exemplo, a mudança no espaço pictórico trazida por Giotto e o advento de uma poesia moderna, a partir de Dante e Boccacio até Petrarca e os poetas do *Quattrocento* italiano. Ver, a esse respeito: Gombrich (2000, p. 201-214); Dicionário Oxford de arte (1996, p. 219); Georges Duby e Michel Laclotte (1997, p. 96-109); e Marcia L. Colish (1998, p. 214-219).

[55] Segundo indicam vários autores, as pesquisas em torno da física aristotélica, com ênfase no método experimental, oscilaram no eixo Oxford-Paris, e reuniram expoentes do pensamento medieval como Roger Bacon, Duns Scotus, Guilherme de Ockham, Robert Grosseteste e Nicolas de Oresme, entre vários outros. Cf. John Losee (2000, p. 41-54); Alain de Libera (1990, p. 46-58); J. Bronowsky e B. Mazlisch (1988, p. 133-137); e Jacques Le Goff (1995b, p. 111-114).

[56] Para maior detalhamento acerca das circunstâncias e procedimentos que marcaram a recepção do direito romano na Idade Média, cabe verificar: Franz Wieacker (1980, p. 15-95); Raoul van Caenegem (1995, p. 33-116); Pier Giuseppe Monateri (1997, p. 29-45); José Reinaldo Lima Lopes (2000, p. 113-140); Argemiro Cardoso Moreira Martins (2001, p. 181-216); e John Gilissen (1995, p. 202-207 e 337-355).

[57] Tais escolas surgem num ambiente de efervescência intelectual e cultural, verificado na cidade de Paris, no século XIII. Cf., a esse respeito: Paul Vignaux (1994, p. 92-106); Jacques Le Goff (1995, p. 89-92); e Etienne Gilson (1995, p. 512-734).

Toda essa movimentação social representou um aumento das possibilidades de produção de sentido. O Renascimento da Idade Média é um período em que se verifica, com clareza, um fenômeno de aumento da complexidade estruturada na sociedade. Numa conhecida passagem, Niklas Luhmann afirma: "Com *complexidade* queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar"[58].

Essa ampliação das possibilidades representa, para o direito, uma exortação à modificação de sua estrutura normativa. A toda evidência, os institutos concretos e costumeiros do direito feudal não eram aptos a propiciar respostas às crescentes demandas produzidas por uma sociedade em transformação.

A solução continental para esse desafio, como se sabe, foi a redescoberta dos institutos e categorias do direito romano, a partir da síntese de Justiniano, e sua aplicação e transposição para uma situação inteiramente nova – que sequer havia existido na Antigüidade. A alternativa continental está ligada à criação de novas instituições em que o saber erudito era cultivado e difundido: as universidades medievais. Os juristas, inicialmente em Bolonha, buscaram, após a recuperação do c*orpus juris civilis*, construir métodos de leitura e organização do documento para posterior aplicação em situações concretas. Esse exercício ocorria a partir das universidades medievais, que tiveram entre seus primeiros cursos o ensino do direito.

[58] Merece ser invocada, incidentalmente, a reflexão luhmanniana da qual foi extraída a citação: "O homem vive em um mundo constituído sensorialmente, cuja relevância não é inequivocamente definida através do seu organismo. Desta forma o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação atual e consciente. Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com *complexidade* queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por *contingência* entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas (...) Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos" (original grifado – LUHMANN, 1983, p. 45-46).

Torna-se possível propor, então, o "inventário das diferenças" acerca das circunstâncias que ensejaram o surgimento, na Inglaterra, do *common law* e o início, na Europa Continental, da tradição que viria a ser chamada de *civil law*. Mas, antes disso, é importante reiterar: trata-se de duas construções distintas que surgiram a partir de um desafio semelhante.

E aqui se iniciam as diferenças.

No continente europeu, foi construído um direito *erudito*, que teve como mola propulsora a redescoberta de uma compilação de fontes do direito romano. A disseminação dos institutos e categorias do direito romano deu-se com apoio no saber desenvolvido nas universidades. Além disso, foi construída uma rigorosa separação entre o direito comum europeu – exercitado nas compilações de fontes civis e canônicas, na formação universitária dos juristas profissionais, na elaboração de legislação por reis, papas, cidades e ligas de comerciantes – e os direitos locais, de cunho consuetudinário. Ficou demarcada, portanto, a diferença entre um direito erudito europeu, relativamente uniforme para a Europa continental, e os direitos locais que variavam conforme as inclinações de cada comunidade, burgo, cidade, grupo de mercadores.

Na Inglaterra, o direito estabelecido a partir dos séculos XI e XII não recorreu aos institutos do direito romano. Ainda que exista alguma controvérsia sobre a suposta influência romanista na elaboração do *common law*[59], não há como afirmar que o direito romano tenha desempenhado um papel preponderante na estipulação dos conceitos e categorias do *common law*. Houve, quando muito, alguma influência periférica. Ademais, o direito inglês não apresentou aquela feição erudita, associada ao saber praticado nas universidades, verificada no continente europeu. Os juristas no *common law* eram inseridos na prática judiciária,

mediante contato direto e instrução com profissionais experientes. E, por fim, o *common law* não representou uma separação entre o direito posto e o costume. Como visto acima, ele procurou incorporar os costumes locais ao *corpus* do direito comum.

Em fins do século XII, o *common law* já estava consolidado e os tribunais reais encontravam-se em plena atividade. Os precedentes eram freqüentemente estudados e utilizados para argumentação em novos casos. Ficou evidenciado, assim, o aspecto fundamental do direito comum inglês: por um lado, a abertura para o futuro, com a possibilidade de criação de novas formas de tutela a partir de novas situações submetidas à apreciação dos tribunais; por outro lado, a constante referência ao passado, em face do procedimento argumentativo requerido, quer para a demonstração da existência de um costume imemorial, quer pela freqüente menção aos precedentes judiciais. Por meio do sutil intrincamento dessas duas dimensões, o *common law* foi ganhando autonomia e sofisticação[60].

E, no século XIII, o reino inglês fundado mediante a Conquista Normanda enfrenta sua primeira crise de grandes proporções. Desde 1066, o reino da Inglaterra era uma parte de um regime político que compreendia grandes extensões de terra no continente, especialmente no norte da França. Durante o reinado de Henrique II, o "império angevino" chegou a comportar as regiões da Normandia, Bretanha, Aquitânia, Anjou, Maine e Touraine. O trono inglês era apenas uma das possessões normandas. No século XIII, esse quadro se alterou. O Rei João (a partir de então intitulado "João Sem Terra") perdeu a maior parte das

---

[59] Ver, por exemplo, a discussão recuperada por Caenegem (1997, p. 89-102) e a tentativa de vinculação de alguns aspectos do direito romano ao *common law* empreendida por Varano e Barsotti (2002, p. 255).

[60] O que é suficiente para salientar a inexistência de uma vocação "democrática" do *common law*. As petições e julgados eram redigidos num jargão jurídico intitulado *law french*, que era dominado e utilizado apenas por juristas treinados na prática do *common law*. Cf. Gilissen (1995, p. 211) e Varano e Barsotti (2002, p. 247-251, 267-270).

possessões em território francês, incluindo-se a Normandia, derrotado, em 1214, por um exército comandado pelo soberano francês Filipe II[61].

Essa modificação no cenário político europeu teve enorme repercussão para o desenvolvimento do *common law*.

Dois desdobramentos são importantes: em primeiro lugar, a monarquia inglesa precisou afirmar-se de modo singular. Não havia mais, ao menos formalmente, a separação entre ingleses "nativos" (descendentes dos anglo-saxões) e "conquistadores" normandos. Todos precisavam afirmar-se como ingleses. Na influente e esclarecedora obra de Raoul van Caenegem sobre a origem do *common law*, esse é um aspecto que merece ser destacado. É necessário, contudo, segundo o autor, evitar a tentação de uma historiografia romântica de cunho nacionalista. Para Caenegem, o sentimento "nacional" inglês *não* é responsável pelo êxito e desenvolvimento do *common law*; na verdade, a Inglaterra do século XIII carecia por completo de tal "sentimento nacional". Para o historiador belga, não seria absurdo afirmar que "o Common Law não foi uma conseqüência do caráter nacional inglês, mas um dos seus elementos constitutivos" (CAENEGEM, 1997, p. 98). A asserção é pertinente e compatível com a construção do reino inglês, pois, consoante observado, já no século XII, durante a administração de Henrique II, o *common law* estava inteiramente consolidado no cenário político e social da Inglaterra (antes mesmo da cisão entre Inglaterra e o continente). E, ademais, um dos elementos fundamentais do *common law* – o seu caráter feudal – não é "genuinamente" inglês, mas foi trasladado do continente.

E, em segundo lugar, a derrota militar significou um substancial declínio do poder e da influência dos monarcas plantagenetas. Soberanos fortes e atuantes, como Guilherme I e Henrique II, pertenciam ao passado. A tensão entre rei e barões atingiu seu ponto máximo.

---

[61] Para informações pormenorizadas sobre o conflito militar e os atores políticos envolvidos, cf. Poole (1993, p.

A guerra civil foi desencadeada. Em junho de 1215, os barões rebelados tomam Londres. Num encontro em Runnymede, próximo ao castelo de Windsor, o Rei João e os barões chegam a um compromisso. Para referendar o acordo, rei e barões subscrevem, em 15 de junho de 1215, a *Magna Carta Libertatum*. É necessário salientar, inicialmente, que a Magna Carta *não* é um documento precursor das constituições modernas. Ela, ao contrário, é uma carta de compromisso, um contrato celebrado entre rei e barões, na mais estrita tradição feudal, em que as partes, reciprocamente, impõem-se direitos e obrigações. A Carta estipula claramente a possibilidade de quebra do compromisso no caso de violação, por alguma das partes, das obrigações contratadas[62].

Não deve ser olvidado, por outro lado, o caráter inovador da Carta. Ela significa, claramente, a imposição de limites ao poder real, com destaque para os campos da tributação e do julgamento de indivíduos pelos tribunais reais. O pano de fundo do levante dos barões estava relacionado às campanhas militares do Rei João. Vários tributos de emergência foram adotados, o que conduziu a uma insatisfação geral entre os senhores feudais, que consideraram arbitrária a atuação da Coroa. Daí a inclusão, no documento, de disposições estipulando que os tributos só poderão ser instituídos mediante o consentimento geral entre os barões e que nenhum homem poderá ser detido, sujeito a aprisionamento, privado de seus bens, exilado ou molestado de qualquer outra forma sem um julgamento pelos seus pares de acordo com a lei do país. Trata-se, evidentemente, de antecedentes históricos dos modernos princípios da legalidade e anterioridade tributárias e do devido processo legal[63].

459-468).

[62] Magna Carta, cláusula 61. A fonte adotada para citações da Carta é a página oficial da Biblioteca do Museu Britânico, onde estão dois exemplares originais do documento. Os outros dois manuscritos existentes encontram-se nas catedrais de Lincoln e Salisbury. Cf.: <http://www.bl.uk/collections/treasures/magna.html> (último acesso em 04.02.04).

[63] Cf. cláusulas 12 e 39 da Magna Carta.

É interessante relembrar, contudo, o caráter material das proteções estabelecidas na Magna Carta. Como diferenciado, com exatidão, por Rogério Ehrardt Soares, o constitucionalismo antigo pressupõe, como regra, uma ordenação material que é fundamento e limite do poder[64]. Nesse sentido deve ser interpretada a Magna Carta, ao tempo de sua emissão. Um outro elemento precisa ser ressaltado: a Carta não consagra liberdades *individuais*, na acepção moderna do termo. Ela representa uma solução de compromisso entre dois *estados* do reino, ou seja, entre a Coroa e os barões, entre o monarca e os senhores feudais. Ela não inaugura – e nem poderia, diante do regime político vigente à época – um período de tutela das liberdades individuais em face da arbitrariedade de um governo central. Não. A Carta procura restabelecer um equilíbrio entre os vários *estados* do reino.

A Magna Carta não possui, assim, um caráter "revolucionário", ao menos na sua concepção. Será possível constatar que a Carta, no transcorrer do desenvolvimento do *common law*, poderá embasar um amplo leque de ações políticas. Ela representará, no curso da história, um *símbolo* importante de várias lutas constitucionais. Mas, no panorama inglês do século XIII, ela não é nada mais que uma carta de compromisso firmada entre rei e barões, inserida numa tradição feudal que se fundamenta em vínculos de fidelidade.

A Carta foi celebrada para resolver uma crise política. Nesse sentido, ela não foi imediatamente bem-sucedida. Consoante afirmado por J.C. Holt, "Em 1215 a Magna Carta foi um fracasso. Ela foi pensada para promover a paz e provocou a guerra. Ela pretendia afirmar o Direito costumeiro e promoveu o desacordo e a contenda" (HOLT, 1994, p. 1). A Carta teve vigência abreviada. Com o apoio do papa Inocêncio III, o Rei João decide, em 1216, não cumprir os termos da Magna Carta, e a guerra civil é reiniciada. Nesse mesmo ano, dá-se o falecimento do rei e sua sucessão. Henrique III assume o trono, entra em acordo com os

[64] Cf., a esse respeito, a introdução do presente trabalho.

barões e a Magna Carta é reeditada em 1216, 1217 e 1225, com algumas modificações de conteúdo. Aliás, a versão de 1225 foi a mais utilizada pelos juristas ingleses durante o desenvolvimento do *common law*[65].

No entanto, o acordo entre Henrique III e os barões – que pôs fim ao período de hostilidades normalmente agrupado sob a denominação "Primeira Guerra dos Barões", que se estendeu de 1215 a 1217 – não resultou em convivência pacífica ao longo do século XIII. Com as mesmas ações adotadas pelo seu antecessor – tentativa de centralização monárquica exacerbada e aumento da taxação dos senhores feudais para finalidades militares –, Henrique III atraiu a inimizade dos barões. A crescente tensão levou à edição de um novo documento legal, as Provisões de Oxford, emitidas em 1258. O caráter inovador desse documento foi o compartilhamento do governo entre o rei e um conselho de barões, que deveria reunir-se ao mínimo por três vezes a cada ano. É o precursor do Parlamento inglês. De toda maneira, as tensões perduraram e mais uma vez não foi possível estabelecer uma paz duradoura. Foi então iniciada a Segunda Guerra dos Barões, que perdurou de 1264 a 1267. Assim como ocorrera com a Magna Carta algumas décadas antes, também as Provisões de Oxford não puderam resolver as questões enfrentadas por rei e barões na redação do documento.

Porém, as Provisões de Oxford têm enorme importância histórica para o desenvolvimento do *common law*: uma de suas cláusulas proibia os tribunais reais de criarem novos *writs*. Trata-se, evidentemente, de uma reação dos barões ao que consideravam excessiva intromissão dos tribunais do reino nos assuntos locais. A necessidade de estipulação do dispositivo é bastante reveladora do amadurecimento e penetração do *common law* no

[65] Como advertido por Holt, ao examinar a recepção e uso do teor da Carta nas controvérsias parlamentares e judiciais do século XVII: "Coke nunca usou a Carta de 1215. O seu comentário, como a maior parte dos debates do início do século XVII, fundou-se na reedição de 1225" (HOLT, 1994, p. 19).

século XII[66]. Além disso, a tendência, inaugurada pela Magna Carta, de limitação dos poderes do rei é reiterada e aprofundada.

Um outro documento jurídico terá o *common law* como preocupação central. Cuida-se de um documento legal chancelado pelo Rei Eduardo I, que se notabilizou pelo esforço em conferir maior coerência às fontes esparsas do *common law* (e que foi chamado, não sem algum exagero, de "Justiniano inglês"). Um dos *statutes* editados por Eduardo ilumina um aspecto relevante do *common law*: é o *Statute of Westminster II*, lançado em 1285. Nessa disposição legal, fica evidenciada uma solução de compromisso entre os interesses do rei e dos barões quanto à competência dos tribunais reais: não podem ser criados novos *writs*, mas as cortes de Westminster podem deferir *writs in consimili casu*, ou seja, podem estender a novos casos decisões já proferidas em casos anteriores similares. Tal limitação significou, na verdade, o reforço da feição argumentativa do *common law*. Ao invés de simplesmente requerer a prolação de um novo *writ* para uma situação até então inaudita, os postulantes em juízo precisam justificar a semelhança entre o caso concreto e um *writ* anterior ao *Statute of Westminster II*, o que torna ainda mais importante o recurso – mediante argumentação – ao precedente judicial[67].

Desde a sua consolidação, ao longo dos séculos XII e XIII, o *common law* passou a adquirir maior consistência e sofisticação ao longo da práxis judiciária. Novas coleções de precedentes se sucediam, e contribuições doutrinárias originárias foram sendo incorporadas ao direito inglês. Após a obra de Glanville, já mencionada, que inaugura a reflexão doutrinária na Inglaterra, surgem os tratados de Bracton (*De legibus et consuetudinibus Angliae*, 1256), Fleta (*Commentarius Juris Anglicani*, fins do século XIII), John Fortescue (*De laudibus*

[66] Na interpretação de Vincenzo Varano e Vittoria Barsotti: "[...] Com as Provisões de Oxford opera-se a chamada *cristalização do sistema dos writs*. É negado ao Lord Chancellor o poder de emitir novos writs extraordinários ou atípicos, a não ser com a aprovação do rei e de seu grande conselho" (VARANO e BARSOTTI, 2002, p. 251).

legum Angliae, c. 1470) e John Littleton (*Of Tenures*, c. 1470)[68]. E, enfim, verifica-se um sensível aumento quanto à produção legislativa: a partir do século XIII, os reis ingleses (sempre com o consentimento do Parlamento) passam a emitir um maior número de leis – chamadas, na tradição inglesa, de *statutes* (a partir do século XX, as leis são normalmente designadas como *Parliament Acts*).

No que diz respeito ao regime político, ficou, a contar do século XIV, definitivamente implantada a instituição do Parlamento bicameral – Casa dos Lordes e Câmara dos Comuns –, que se separa gradativamente do Conselho Privado do rei e passa a coexistir com a administração real e os tribunais do *common law* (que se tornam cada vez mais autônomos em relação à pessoa do rei, diante da vinculação aos precedentes). O papel do soberano, portanto, estava intrinsecamente ligado ao funcionamento de outras instituições do reino (o Parlamento e os tribunais do *common law*). Surge, então, desde a consolidação do Parlamento inglês, a arquetípica figura do *King-in-Parliament*, ou seja, do rei que dispõe de poder temporal e concentra o governo em suas mãos, mas que não é absoluto: ele opera no interior de um quadro institucional mais amplo.

Essa configuração do regime político e essa modalidade típica de vigência do direito persistiram, sem maiores abalos estruturais, até meados do século XVI, período final da dinastia Tudor[69].

Sintetizadas as linhas gerais da consolidação e desenvolvimento do *common law*, é chegado o momento de buscar compreender o contexto social e político verificado na

---

[67] Para análise e repercussão do *Statute of Westminster II*, cf., entre outros, Gilissen (1995, p. 207-219).

[68] Adota-se a periodização das obras proposta por Gilissen (1995, p. 212-213).

[69] A título de informação, cabe aduzir que a dinastia plantageneta encerra-se com a deposição de Ricardo II em 1399. Inicia-se então um período de disputas internas entre facções da família dos plantagenetas. Sucedem-se na Coroa inglesa as casas de Lancaster (com Henrique IV, V e VI, que reinaram entre 1399 e 1461), York (Eduardo IV, V e Ricardo III, de 1461 a 1485) e Tudor (Henrique VII e VIII, Eduardo VI, Mary I e Elizabeth I, de 1485 a 1603). Cf. Hibbert (2000), Briggs (1999), Cannon (2001) e outros.

Inglaterra, no período enfocado. Como será possível constatar adiante, a crise desse modelo será fundamental para a redefinição do campo de incidência do *common law* e para o processo de elaboração do constitucionalismo moderno. Será útil e instrutivo, nessa empreitada, recorrer à teoria da diferenciação social construída por Niklas Luhmann.

1.3 Direito e Sociedade no Ocidente Medieval: a diferenciação por estratos e a idéia de constituição mista

Na civilização do Ocidente medieval, será materializada a cosmovisão cristã num mundo acossado pela ameaça moura (a Sul e a Oeste) e pelas pretensões bizantinas, cada vez mais distintas da orientação da Igreja Romana, a Leste e Sudeste. Essa visão de mundo começou a ser forjada num período de ruína do Império Romano do Ocidente e de gradual crescimento da influência do Cristianismo (que, na Primeira Idade Média, ainda estava em busca de identidade, em meio a várias interpretações dos textos sagrados, divisões internas e perseguições).

Qual será, então, a configuração utilizada e compreendida, na época, como explicação referente à organização da sociedade? Para que essa resposta possa ser coerentemente construída, é necessário resgatar uma determinada expressão da mentalidade típica da civilização medieval: a idéia de que a vida humana (e a conseqüente divisão dos papéis na sociedade) constitui uma representação de uma cisão que tinha origem celeste. É a teoria das três ordens, que busca justificar a existência de *estratos* na sociedade com uma explicação sobrenatural[70]. Consoante expõe um texto católico do século XI, o rebanho dos homens seria uma reprodução da divisão, ordenada por Deus, entre os bois (aqueles que trabalham para alimentar os demais), as ovelhas (que fornecem a lã e o conforto para o

espírito) e os cães (que protegem os outros membros do grupo). Transplantando-se essa representação para a sociedade medieval, pode-se encontrar as três ordens: os *laboratores* (servos), os *oratores* (clérigos) e os *bellatores* (cavaleiros)[71]. Trata-se, então, de uma *sociedade trifuncional*.

O que é interessante, nessa explicação, é a submissão da pessoa à ordem, ou seja, a diluição da idéia de indivíduo (que ainda não existia, no sentido moderno da expressão, no período medieval) numa camada da sociedade. Tal característica ajuda a compreender, inclusive, a tendência tardo-medieval de organização de grupos de artesãos em guildas, clubes, corporações de ofício. Fica explicitado, assim, o aspecto global da experiência social na Idade Média, em que cada etapa da vida revela a influência da visão de mundo cristã. Isso se reflete na celebração do contrato feudo-vassálico, cerimônia social e religiosa já abordada no curso da exposição. Como foi observado, a formalização do pacto era um momento solene, abençoado pelo clérigo local (normalmente sobre relíquias sagradas) e com evidentes conseqüências sociais (posição na hierarquia do domínio feudal – o vassalo poderia reproduzir a cerimônia com subvassalos), econômicas (a destinação de parte da produção agrícola ao senhor feudal) e militares (o juramento de fidelidade incluía a promessa de proteção contra invasores externos)[72].

Um outro aspecto decisivo do imaginário do feudalismo, que se traduz na sociedade trifuncional, é o caráter hierárquico da divisão social; as possibilidades de ação e a comunicação social são assimétricas. Mesmo com a retórica cristã relacionada à igualdade dos homens sob a providência divina, há uma relação de hierarquia entre os diversos estratos da sociedade. O texto sacro acima invocado apenas revela a compatibilidade, encontrada na

---

[70] Ver Georges Duby (1994).

[71] Cf. Jacques Le Goff (1995, p. 9-10). Ver também uma descrição bastante similar, e específica para o cenário inglês, em Asa Briggs (1999).

[72] Jacques Le Goff (1993, p. 325-385).

doutrina cristã medieval, entre a pregação original voltada à igualdade e as exigências assimétricas da divisão das oportunidades de poder e riqueza.

Com essa última observação, abre-se o caminho para uma rápida digressão em torno da teoria da diferenciação social concebida na sociologia luhmanniana.

Como se sabe, uma das linhas-mestras do monumental projeto teórico empreendido por Niklas Luhmann reside na idéia de diferenciação sistêmica. Consoante já explicitado anteriormente, a reflexão luhmanniana se inicia com a constatação alusiva à complexidade das possibilidades de ação e sentido que o mundo propicia à observação. A perspectiva de uma complexidade que ultrapassa as condições de acesso sensorialmente estabelecidas ao observador traz ao sociólogo que procura descrever a comunicação global da sociedade uma tarefa fundamental: a redução dessa complexidade e a busca por uma descrição abrangente dos construtos sociais verificados ao longo da trajetória das civilizações.

E, para que esse exercício teórico-descritivo seja dotado de poder persuasivo – ou seja, para que ele possa ser um instrumento útil no tratamento e compreensão da complexidade do mundo social –, é necessário adotar uma perspectiva teórica que não esteja associada a uma determinada *explicação causal* que prepondere sobre outros fatores. Daí a previsível e coerente crítica de Luhmann às construções teóricas que ele designa como "teorias dos fatores", narrativas que privilegiam um aspecto da experiência social e concedem a esse núcleo explicativo um *status* determinante na descrição da sociedade[73].

Para a sociologia luhmanniana, uma outra hipótese de observação parece ser mais promissora; trata-se da relação entre as noções de sistema e ambiente. Com a passagem de

[73] São exemplos de teorias dos fatores, na acepção luhmanniana, "tentativas de atribuir o surgimento e as características especiais de cada estrutura social a determinadas causas isoladas, como, por exemplo, necessidades econômicas e as formas de produção que as satisfazem, impulsos psicológicos como o impulso bélico ou o impulso da imitação, diferenças raciais, condições climáticas ou processos biológicos de seleção" (LUHMANN, 1973, p. 100).

"teorias dos fatores" para uma "teoria dos sistemas", há uma aquisição de potencial explicativo, diante da ausência de recurso a explicações causais – que tendem a uma forçada diminuição da complexidade estruturada, em prol de descrições parciais – e da possibilidade de exploração de inter-relações mais elaboradas entre contextos sistêmicos e o ambiente.

Numa sociologia que compreenda as múltiplas estruturas presentes na dinâmica social como "complexos sistemas de ação"[74] e que relacione essas estruturas – como, por exemplo, famílias, associações, estados, economia, igrejas, sociedades – ao conceito de *função*, ter-se-á um sem-número de possibilidades de observação da dinâmica social. A partir da especialização de sistemas sociais no tratamento de determinados problemas e desafios que surgem na atividade de produção de sentido, podem ser encontradas alternativas viáveis às teorias tradicionais da ação humana que compreendam o grau de complexidade entre as várias relações inter-sistêmicas e dos próprios sistemas sociais em relação ao ambiente.

Pode-se, então, abordar esse crucial par conceitual.

Para Luhmann, a observação social inicia-se com uma idéia fundamental: a *unidade da diferença* entre sistema e ambiente. Trata-se de uma distinção que é, em si, constitutiva da própria concepção do sistema: ele não pode ser compreendido sem a noção de ambiente. Ressalte-se que a relação entre sistema e ambiente não pode ser comparada à divisão do todo em algumas partes, como ocorre em grande número de teorias sociológicas que dependem de fatores. A relação entre sistema e ambiente não se dá ponto-a-ponto. A partir do momento em que existam condições aptas à identificação de uma comunicação sistêmica – e, portanto, se possa constatar a presença de um ambiente externo ao sistema –, novas possibilidades aparecem à experiência social. Com a especialização em vários subsistemas, pode-se falar em ambiente externo e interno. A idéia de ambiente interno

[74] Cf. Luhmann (1973, p. 101).

significa o fato de que, para cada subsistema social, os outros sistemas constituem ambiente, do qual ressoa ruído que pode ser processado de forma própria por um determinado subsistema, para manutenção de sua autonomia e de suas operações constitutivas (trata-se do princípio, oriundo da cibernética e da termodinâmica dos processos distanciados do equilíbrio, denominado "*order from noise*"). O ambiente externo, por seu turno, diz respeito a tudo aquilo que é externo à comunicação social, como o ambiente natural e, principalmente, os sistemas psíquicos.

Porém, para que exista, de fato, separação entre sistema e ambiente, é necessário que se cumpra uma determinada operação: a diferenciação. Numa passagem célebre, Luhmann define a diferenciação sistêmica como "a repetição, dentro de um sistema, da diferença entre sistema e ambiente". Isso implica, portanto, que a diferenciação "pode ser também compreendida como uma forma reflexiva e recursiva de construção de sistemas. O sistema repete o mesmo mecanismo, utilizando-o para ampliar os próprios resultados" (LUHMANN, 1982, p. 230-231).

Com o recurso à noção de diferenciação, torna-se viável a observação dos vários processos de configuração social construídos no transcorrer do desenvolvimento histórico. Luhmann descreve a construção da estrutura social, ao longo do tempo, mediante o recurso a sucessivas formas de diferenciação, que possuem princípios estruturantes diversos e que devem ser compreendidas a partir dos pares conceituais sistema/ambiente e igualdade/desigualdade.

Para a presente explanação, basta, inicialmente, abordar as três primeiras formas de diferenciação funcional, consoante a descrição luhmanniana. Em primeiro lugar, há a *diferenciação segmentária*, que pressupõe a pouca distinção de contextos sistêmicos – ou seja, baixo grau de diferenciação entre sistema e ambiente – e a substancial igualdade de

papéis sociais. Trata-se da forma de diferenciação típica das sociedades *arcaicas*, em que as relações com o ambiente não são mediadas por estruturas de sentido e ação. O princípio estruturante dessas sociedades é o *parentesco* – os papéis sociais são restritos a laços de consangüinidade. Em regra, são sociedades pré-urbanas, com alto grau de homogeneidade interna e com forte apoio em explicações míticas, simbólicas ou sobrenaturais para a existência e manutenção do grupo social.

O aumento da complexidade e das possibilidades de sentido leva ao esgotamento da forma segmentária e à construção de novas organizações sociais. No que se refere às primeiras civilizações urbanas, surgidas no Oriente Próximo em torno de 3100-2900 a.C., Luhmann e De Giorgi procuram uma fórmula de transição. Para eles, instala-se, nessas sociedades, um tipo de diferenciação designado de *centro-periferia*, já que há o monopólio dos papéis sociais por uma determinada camada da hierarquia social (estratificação que se forma no centro), mas nítida subsistência, em relação à maior parcela da população (localizada na periferia), de aspectos predominantes nas sociedades arcaicas. O exemplo ilustrativo da diferenciação centro-periferia é a estrutura social encontrada nas cidades-estado da Mesopotâmia[75]. Luhmann e De Giorgi aludem, ainda, às civilizações da China imperial e do México no período anterior à colonização (LUHMANN e DE GIORGI, 1994, p. 275-281).

A efetiva passagem da diferenciação segmentária para um tipo inteiramente distinto de organização social ocorre, na descrição luhmanniana, a partir da formação da pólis grega. Com a separação entre os domínios da política e da religião e a pluralidade das formas de governo encontradas ao longo dos vários estágios da civilização grega, fica evidenciado um novo tipo de representação da sociedade. É a *diferenciação por estratos*. O princípio estruturante dessa forma de diferenciação é a *distribuição desigual de poder e riqueza*, a partir

[75] Para uma descrição de alguns elementos das civilizações da Mesopotâmia e Egito antigos, com ênfase na sociedade e no direito, cf. Araujo Pinto (2003, p. 31-57)

da divisão fortemente hierárquica dos papéis sociais em camadas (ou estratos). A distinção fundamental, aqui, é entre igualdade e desigualdade. Especialmente em algumas configurações sociais concretas, pode ocorrer um elevado grau de igualdade *horizontal*, interna ao estrato, mas sempre com a manutenção da desigualdade no plano *vertical* (a hipótese que imediatamente vem à mente é a democracia ateniense: com sua rígida separação entre cidadãos, estrangeiros, mulheres e escravos, ela parece ser o exemplo mais significativo de configuração do princípio estruturante da diferenciação por estratos).

Com tal delimitação teorética, torna-se possível compreender a representação construída ao longo do Ocidente medieval. A divisão trifuncional da sociedade feudal tem a sua dimensão hierárquica reforçada pela legitimação religiosa. O recurso a passagens bíblicas, a designação de uma determinada atribuição a cada um dos estratos, tudo isso contribui para a cristalização das desigualdades (em termos de oportunidades de acesso a poder e riqueza) e para a manutenção da diferenciação por estratificação ao longo do tempo.

É o caso, então, de formular uma questão: o declínio da sociedade feudal teria acarretado o fim da forma de diferenciação por estratos?

Para que essa pergunta possa ser adequadamente enfrentada, torna-se necessário propor algumas considerações em torno da persistência da descrição hierárquica da sociedade – mesmo num contexto de modificação de papéis sociais e aumento da complexidade.

Com o declínio da hegemonia feudal – e a liberação do potencial de complexidade produzida e estruturada com o Renascimento da Idade Média –, a explicação trifuncional já não era suficiente para figurar como representação da sociedade medieval. Houve, então, uma compreensível flexibilização na descrição da sociedade, mas foi mantido – o que é fundamental – o princípio básico da diferenciação por estratos. Um livro de sermões publicado em 1220 descreve a sociedade como sendo composta por 33 (trinta e três) estratos

distintos. É possível, em meio ao detalhamento das várias camadas enumeradas no texto, extrair dois subgrupos, um voltado às atividades eclesiásticas e outro referente à vida civil[76]. Verifica-se, mediante esse exemplo extraído da narrativa histórica, a plasticidade e permanência do princípio estruturante da diferenciação por estratos.

Esse quadro sofreria maiores modificações com o final da civilização medieval, em face da quebra da unidade espiritual do Ocidente (reformas religiosas que originam o surgimento de credos e igrejas protestantes), da revolução científica (fim do modelo ptolomaico de cosmos e da hegemonia da física aristotélica, a partir da obra de Copérnico, Kepler, Galileu e Newton) e do advento do renascimento florentino (propositura de um novo humanismo, mediante apropriações e leituras originais da herança clássica)[77].

Mesmo com esse impulso de mudança – que se localiza entre os anos 1500-1700 – permanece, como explicação ainda convincente para a organização da sociedade (e distribuição de seus domínios funcionais), a *diferenciação por estratos*, em que a noção de indivíduo não significa o exercício do livre-arbítrio. A figura do indivíduo, na acepção moderna, ainda não se havia configurado. Entretanto, podem ser observadas, nas lutas políticas e religiosas que marcam o cenário europeu nos séculos XVI e XVII, as origens da concepção moderna de Estado e da doutrina liberal que prevalecerão após a queda do Absolutismo, ao final do século XVIII.

A própria teoria jurídica refletirá essa tendência, com o surgimento das doutrinas usualmente agrupadas sob a denominação jusnaturalismo racional. Com a quebra da unidade espiritual do Ocidente, era preciso deslocar para o exterior da doutrina cristã a justificação para a vigência do direito. E isso foi possível com a modificação empreendida por vários

[76] Cf. Jacques Le Goff (1995b, p. 16-17).

[77] Cf., para uma primeira análise dos fatores e desdobramentos dessas importantes modificações históricas: J. Bronowsky e B. Mazlisch (1988).

autores dos séculos XVI, XVII e XVIII que, com numerosas orientações metodológicas e diversas inspirações antropológico-filosóficas, concentrarão no indivíduo o centro de suas investigações. Começam a surgir, logo, os princípios gerais que informarão a natureza humana, na interpretação dos vários autores da tradição racionalista. Entre esses princípios podem ser encontrados: não causar dano a ninguém; agir de acordo com uma ética universal (ou universalizável); dar a cada um o que é seu; respeitar os contratos e os compromissos. Em todas as versões tratar-se-á de um direito natural secularizado, que dispensará a explicação divina para a presença do homem no mundo e seu posterior destino. Essa é a linha de pensamento que une, numa mesma corrente, autores como Grócio, Hobbes, Pufendorf, Thomasius, Locke e Wolff, entre vários outros[78].

Paralelamente a essa formulação teórica dessacralizada – fruto da laicização e do avanço da técnica e da ciência –, permanecia, contudo, a organização política baseada na divisão social por estratos, como remanescente da experiência medieval. As tensões nas sociedades européias aprofundavam-se, e isso pode ser notado pelas lutas confessionais e pelo combate ao absolutismo real. De início, a manifestação de crenças não-ortodoxas e religiões dissidentes no panorama europeu gerou uma série de lutas e conflitos armados que marcou, de modo traumático, a experiência social como um todo. Desde a repressão aos huguenotes franceses até a perseguição aos protestantes (e, posteriormente, aos católicos) na Inglaterra, passando por radicais experiências como a dos anabatistas em algumas regiões da Europa do Norte, ter-se-á materializado uma cisão sem precedentes na história. Com toda essa movimentação social, a representação hierárquica da sociedade ainda se fez presente por algumas décadas. As "ordens" poderiam ser chamadas "estados", mas a estruturação social permanecia marcada pela distribuição desigual de poder e riqueza.

[78] Para uma visão geral, ver Carl Friedrich (1965, p. 74-127) e Arthur Kauffman (1985).

Mas – e isso ficou claro a partir do século XVII na Inglaterra –, a derradeira crise da explicação da sociedade com amparo na diferenciação por estratos estava prestes a eclodir. Antes, porém, da descrição dessa crise, é fundamental resgatar, no atual ponto da exposição, uma noção forjada na teoria e na prática políticas da Idade Média, e que possui indisfarçável vínculo com a diferenciação por estratos: a idéia de constituição mista.

Observe-se, para introdução da concepção de constituição mista, a exata descrição de Maurizio Fioravanti:

> A constituição mista serve [na Idade Média] para defender a natureza faticamente plural e composta da sociedade e dos poderes nela expressados; o que se teme, nesse modelo, é o nascimento de um poder público que venha romper esse equilíbrio, que se sinta legitimado para alimentar, desmesuradamente, pretensões de domínio (FIORAVANTI, 2001, p. 56).

Na passagem ora reproduzida, o historiador do direito está recuperando uma tradição de pensamento extensa e diversificada. Quentin Skinner, ao longo de seu essencial tratado sobre as fundações do pensamento político moderno, fornece a arqueologia das concepções teóricas voltadas à imposição de limites ao poder político (SKINNER, 1999).

Trata-se de uma orientação que remonta aos últimos anos do século XII, com a produção dos escritores ligados ao movimento conciliarista. No início, os termos do debate ficaram restritos à esfera eclesiástica. Porém, a radicalização da investigação era inevitável. Procurando estabelecer limites à atuação do papa, os conciliaristas precisaram desencadear uma discussão acerca da natureza do exercício do poder num sentido lato, a partir de releituras de fontes clássicas e textos bíblicos[79]. Daí em diante o passo seguinte foi a extensão, aos soberanos seculares, do argumento alusivo à limitação do poder papal. Uma das conclusões enunciadas por Jean Gerson, um dos principais representantes da tendência

[79] Como se sabe, a estrutura defendida pelo movimento conciliarista não prevaleceu na organização da Igreja Católica Romana, que optou, por várias razões e circunstâncias, pela doutrina da infalibilidade papal. O ponto

conciliarista – que defendia, como o nome aponta, a supremacia dos concílios gerais sobre a Igreja – é a de que todo governante deve agir "para o bem da república"[80]. A conclusão do raciocínio é sintetizada por Skinner: "[o governante] não está 'acima' da comunidade, mas faz parte dela; está comprometido com as suas leis e limitado por uma obrigação absoluta de 'visar ao bem comum em seu governo'" (SKINNER, 1999, p. 397).

Segue-se a essa reflexão toda uma literatura, na Europa tardo-medieval e renascentista, que enfatiza o fato de que o monarca não detém o poder absoluto acerca dos assuntos do reino. Como já adiantado na obra de Jean Gerson, o soberano é mandatário, e não titular absoluto limitado apenas pela sua própria vontade. As primeiras manifestações dessa tendência decorreram de uma interpretação, por juristas ligados à Escola de Bolonha, de alguns textos do então redescoberto *corpus juris civilis*. Já nesse período, a compilação de fontes do direito romano exibia a universalidade e elasticidade que caracterizariam sua longevidade.

O *corpus juris* foi utilizado tanto pelos defensores da limitação do poder do monarca quanto pelos autores que apoiaram o absolutismo real para referendar suas respectivas linhas de pensamento. Assim é que o jurista Azo, em fins do século XII, defendia que o conceito de *merum Imperium*, elemento-chave do direito público romano (e que incluía a prerrogativa de comandar exércitos e fazer leis), não era exclusivo do imperador, mas seria

extensivo aos "magistrados inferiores". Longe de ser uma mera controvérsia acadêmica, essa discussão teve enorme repercussão no cenário político tardo-medieval. Ela pode ser lida sob um aspecto particularista e feudal, sendo compreendida como a extensão, aos príncipes do

---

máximo da controvérsia em torno da autoridade papal deu-se no século XV. Para uma análise dos eventos desse período, cf. a descrição empreendida por Scott Gordon (2002, p. 116-120).

[80] Excerto da obra *Sobre o poder eclesiástico*, de Gerson, citado a partir de Skinner (1999, p. 397).

Sacro Império Romano Germânico, dos poderes de *imperium*. E essa foi a explicação que perdurou no contexto do Sacro Império, do século XIII ao XVI (cf. SKINNER, 1999, p. 407).

Essa transposição de institutos do direito romano – com uma interpretação voltada à limitação dos poderes do soberano – operava, evidentemente, num contexto da época da redescoberta dos textos. E o imaginário da época era fortemente impregnado pelos conceitos feudais. Assim, era enfatizado o caráter *contratual* de determinadas instituições políticas. A função do monarca era a de proteger as liberdades dos súditos, mediante um contrato com a comunidade política. Como assinalado por Skinner, ainda em referência ao Sacro Império Romano Germânico: "cada imperador, ao ser eleito, firmava um contrato com os eleitores e outros 'magistrados inferiores', jurando promover o bem do Império como um todo e proteger as 'liberdades' dos súditos" (SKINNER, 1999, p. 407).

Sempre com novas roupagens e justificativas, manteve-se, em vários setores do pensamento político, a estipulação de limites ao exercício do poder monárquico, no período compreendido entre o final da Idade Média e a derrocada do absolutismo. Desde a elaboração da filosofia política tomista[81] até a teoria política dos huguenotes[82], reitera-se a linha de raciocínio: o soberano não governa sem limites, preso apenas à sua própria vontade e convicção. Seu poder deriva de um mandato que não é ilimitado: a atribuição de poderes ao soberano justifica-se para que ele desempenhe seu papel fundamental, que é o de zelar pelo bem comum e proteger a liberdade dos súditos.

Na cena política inglesa, essa concepção foi essencial para conter os impulsos absolutistas dos monarcas plantagenetas. No pano de fundo das guerras empreendidas pelos barões no século XIII encontra-se a necessidade de impor limites ao poder do monarca, reafirmando o aspecto contratual do exercício do poder.

A reflexão teórica produzida durante o movimentado século XIII reflete o estado da controvérsia. Numa das principais obras da tradição do *common law*, Bracton, escrevendo em 1256, procura explicar as bases para o exercício do poder real[83]. E, para tanto, ele recorre a textos do direito romano. É bastante conhecido o excerto do Digesto em que Ulpiano elucida a origem da lei e o papel do monarca: "O que agrada ao príncipe tem força de lei. Visto que o povo, por uma lei régia que foi durante o *imperium* dele promulgada, conferira a ele todo o seu *imperium* e sua *potestas*"[84]. Como assinalado por McIlwain, a passagem, num primeiro momento, parece justamente ressaltar o aspecto inverso da limitação dos poderes do soberano, ou seja, ela dá a entender que o monarca é *legibus solutus*, insuscetível de qualquer restrição à sua ação (a não ser os desígnios da própria vontade).

Na coerente análise proposta por McIlwain, fica evidenciado que Bracton interpreta a expressão "lei régia" de uma forma determinada: a lei é preexistente à coroação do monarca. Ela é o fruto do compromisso obtido entre o rei e os nobres[85] (MCILWAIN, 1991, p. 95). E aqui se verifica o caráter "antigo" do constitucionalismo medieval: o rei não está limitado pela vontade do "povo", no sentido moderno da expressão, e sim pelo consentimento emitido pelos senhores feudais, que são partes tanto no acordo com o soberano – que resultará na lei régia – quanto nos pactos de vassalagem celebrados no interior dos

---

[81] Cf. Skinner (1999, p. 414-460).

[82] Ver Gordon (2002, p. 121-128) e Skinner (1999, p. 513-572).

[83] A obra, já referida anteriormente, é *De legibus et consuetudinibus Angliae*. A interpretação acerca dos fundamentos da reflexão de Bracton que será seguida nesta parte da investigação é aquela proposta por Charles Howard McIlwain (1991, p. 91-116).

[84] Digesto, 1.4.1.pr, na tradução proposta por Madeira (2000, p. 53).

[85] McIlwain alega, de modo consistente, que outra passagem do Digesto, também citada por Bracton, reforça o elemento contratual na concessão de poderes ao soberano. Cuida-se da seguinte máxima, redigida por Papiniano: "A lei é um preceito comum, o ditame dos homens prudentes, a repreensão dos delitos que se cometem voluntariamente ou por ignorância, o compromisso comum de toda a *res publica*" (Digesto, 1.3.1 – MADEIRA, 2000, p. 43). Segundo McIlwain, a ênfase de Bracton reside na parte final do excerto: "*communis rei publicae sponsio*" (MCILWAIN, 1991, p. 93).

domínios feudais[86]. O "povo", nessa concepção, é uma idéia mediada pelos corpos intermediários típicos da prática social medieval, que almejam representar *toda* a sociedade (portanto, *todo* o "povo")[87]. Não é um conjunto de indivíduos submetidos à mesma lei (isso só ocorreria com a modificação semântica do conceito no século XVIII).

Consoante argumenta McIlwain, uma outra afirmação importante, constante do tratado de Bracton, consiste na separação, nos assuntos da Coroa, entre *gubernaculum* e *jurisdictio*. Para Bracton, o soberano é o titular do *gubernaculum*; ele governa o reino e tal atribuição é indelegável. Além disso, a Coroa também concentra as funções de *jurisdictio*, que não está compreendida na esfera da discricionariedade real. Aqui incide uma sutil distinção entre a pessoa do rei e a Coroa como instituição: o rei é o guardião da justiça na comunidade política, mas ele não a exerce pessoalmente. Nas funções de *jurisdictio*, o rei, o *Lord Chancellor* e os tribunais reais estão, todos, vinculados à lei, que juraram cumprir e obedecer. Na esfera da *jurisdictio* residem as "liberdades" dos súditos. A conseqüência de tal teoria é a de que "um ato do rei que ultrapasse tais limites é *ultra vires*" (MCILWAIN, 1991, p. 108).

Examinado sob o ponto de vista da teoria da diferenciação, esse esquema conceitual da constituição mista – que visa ao equilíbrio e à manutenção de uma divisão política e social preexistente ao exercício do poder – é bastante esclarecedor. A descrição da constituição mista tem caráter abrangente (ela procura refletir a representação de toda a comunidade política) e é, ao mesmo tempo, seletiva (há evidente desigualdade na distribuição das oportunidades de poder). No que diz respeito ao desenho institucional do regime político inglês, essa assimetria é evidente e chega a ser visível na composição do Parlamento. Como

[86] Na clara síntese proposta por Graham Maddox, "O pacto firmado entre o rei e seus barões, assim como aquele feito por qualquer senhor feudal e seus vassalos, era celebrado, nos dois pólos, por partes que eram autônomas. Ambas estavam limitadas pela lei" (MADDOX, 1995, p. 57).

[87] Atente-se para a descrição de Fioravanti: "O povo é, antes de tudo, uma realidade histórico-constitucional concreta, na qual se combinam, num dado território, uma multiplicidade de sujeitos coletivos, ordens, cidades, comunidades, corporações, por meio de uma série de pactos e contratos, que exercem pressão para a conservação

observa Fioravanti, "[no Parlamento] conviviam, inclusive fisicamente, os três elementos da constituição mista, a saber, o rei, os *Lords* como expressão do componente aristocrático e os *Commons* como expressão do componente democrático" (FIORAVANTI, 2001, p. 56).

Como qualquer conceito da vida social e política, as concepções relacionadas à divisão da sociedade em estratos e à constituição mista possuem potencial explicativo limitado no tempo. Num período que se inicia na segunda metade do século XVI e que vai até fins do século XVII, houve uma aceleração do tempo histórico que tornou problemáticos os conceitos até então utilizados para descrever a dinâmica e a estrutura da sociedade inglesa. O desenvolvimento e o resultado dessa sucessão de alterações conceituais e políticas serão cruciais para a invenção do constitucionalismo moderno. Convém, pois, passar os olhos sobre esse momento, sempre com a atenção voltada aos propósitos da presente investigação.

1.4 "O Mundo de Ponta-Cabeça": a turbulência dos séculos XVI e XVII na Inglaterra, o papel do common law e a redefinição do regime político

Historiadores, juristas, cronistas e literatos manifestam uma enorme atração pela descrição dos eventos ocorridos no século XVII na Inglaterra, o que é inteiramente compreensível. Num intervalo de exatos cem anos – compreendido entre a coroação do Rei Jaime I, em 1603 e a morte do Rei Guilherme III, em 1702 –, intentou-se estabelecer o absolutismo, foi aberta uma séria crise entre a Coroa e o Parlamento, o monarca governou por onze anos sem a presença das Casas dos Lordes e dos Comuns, um Parlamento durou apenas três semanas e o subseqüente subsistiu por vinte anos, eclodiu a guerra entre Coroa e

---

de uma identidade diversa, mesmo em sentido jurídico, daquela dos súditos em particular, mas ao mesmo tempo reconhecendo a existência do todo, do povo em si" (FIORAVANTI, 2003, p. 22).

Parlamento, tentou-se a reconciliação, mais uma vez o conflito veio à tona, o monarca foi executado em praça pública, proclamou-se a república, instalou-se uma ditadura, a monarquia foi restaurada, novas iniciativas para um reinado absolutista foram adotadas, a tensão entre católicos e protestantes voltou a crescer, um monarca foi deposto, outro foi chamado do exterior, proclamou-se a soberania do Parlamento e, com o fim da dinastia Stuart, deliberou-se que a linha de sucessão seria transmitida para uma casa germânica.

Compreende-se, portanto, o sentimento de que o mundo estava virado "de ponta-cabeça", como indica o título da esclarecedora obra de Christopher Hill[88]. E, de fato, no século XVII foram empreendidas modificações substanciais no regime político e na sociedade inglesa. O *common law* foi um componente essencial nesse contexto de mudança política. Porém, em termos históricos, é preciso compreender a crise numa perspectiva expandida. Algumas das circunstâncias que marcaram o cenário político surgiram efetivamente no curso da monarquia Stuart, mas elas não são suficientes para explicar o caráter dramático e violento do século XVII. Na verdade, a Inglaterra já enfrentava, desde a metade do século XVI, uma série de alterações culturais, políticas e econômicas que tiveram enorme impacto na vida social e na sua representação.

Assim, para que se possa avaliar a dimensão do momento de mudança vivido no século XVII, é necessário invocar alguns aspectos da experiência social na Inglaterra do período Tudor.

O século XVI representou um claro ponto de transição. A sociedade lentamente estabelecida a partir da Conquista Normanda de 1066 tinha fortes acentos medievais (como foi possível observar anteriormente): governo partilhado entre rei e barões, presença marcante da Igreja Católica nas comunidades, rigorosa divisão estamental dos papéis sociais.

[88] O título original da obra é *The world turned upside down* (HILL, 2002).

Com a ascensão da dinastia Tudor – e em especial os reinados de Henrique VIII (1509-1547) e Elizabeth I (1558-1603) –, registrou-se uma alteração significativa dos aspectos essenciais do quadro social: houve um fortalecimento do monarca como chefe de governo[89], a economia abriu-se ao comércio e às trocas (o que implicou o forte crescimento das cidades), deu-se a ruptura com a Igreja Católica (e a conseqüente fundação da Igreja Anglicana, subordinada à Coroa) e se operou uma maior mobilidade no corpo social[90].

Evidentemente, esse processo de transição acarretou uma situação de vigência de novos padrões nos terrenos político e econômico e a subsistência de mentalidades típicas do período medieval (pouca diferenciação entre poder político e religioso, acentuado caráter simbólico de aspectos da vida cotidiana, visão holística do mundo e sentimento de ansiedade do homem perante o cosmos e o futuro[91]). Foi um tempo de indefinição e de inquietação. Não por acaso, Asa Briggs recorda um dado importante do período:

> No século XVI, a violência estava presente em todos os níveis. Ela era, de fato, parte da textura da vida cotidiana. Milícias privadas e grupos armados eram considerados normais. Eram lugares-comuns, também, crimes brutais sem motivação política e a punição com brutalidade equivalente; as taxas de homicídio eram altas e nas prisões as pessoas eram 'jogadas sobre a poeira suja, em pior condição do que qualquer cão'" (BRIGGS, 1999, p. 113)

---

[89] Trata-se de um fortalecimento, mas não de um despotismo. No período Tudor, especialmente com Henrique VIII e Elizabeth I, percebe-se um certo protagonismo do monarca, que continuou inserido no contexto institucional do *King-in-Parliament*. A pretensão absolutista seria expressada apenas com os soberanos Stuart. Porém, as tensões entre os estratos sociais e as representações no Parlamento tiveram início no século XVI, pelos fatores descritos adiante.

[90] Como se sabe, a partir de uma controvérsia sobre a anulação de seu primeiro casamento – que foi negada pelo papa Clemente VII, à época prisioneiro do Imperador Carlos V – Henrique VIII declarou a ruptura da Igreja da Inglaterra com a cúria romana e submeteu a disciplina, os assuntos e as nomeações da Igreja Anglicana ao poder real, conforme disposto no *Act of Supremacy*, de 1534. Cf., entre as inúmeras fontes existentes para o episódio, a fluente narrativa proposta por Hibbert (2000, p. 103-121).

[91] Numa inspirada passagem, Jacques Le Goff sintetiza alguns desses elementos, afirmando que na Idade Média: "uma fundamental confusão mistura, a nível da mentalidade coletiva, o passado, o porvir e o futuro. Esta confusão manifesta-se, muito particularmente, na persistência das responsabilidades coletivas, expressão clara de primitivismo. Todos os homens vivos são co-responsáveis pela falta de Adão e Eva, todos os judeus contemporâneos são co-responsáveis pela Paixão de Cristo, todos os muçulmanos são co-responsáveis pela heresia de Maomé". (LE GOFF, 1995, p. 217-218). Ver, nessa mesma linha de raciocínio, a essencial obra de Johan Huizinga (s.d.).

No campo da crença religiosa, a situação era igualmente tensa. A sociedade inglesa ainda tinha viva, em sua memória, a perseguição aos protestantes empreendida no curto reinado (1553-1558) da Rainha Mary I, filha de Henrique VIII e católica fervorosa, que se casou com Filipe II da Espanha. Sua política de reconciliação com o Papa resultou na execução de cerca de trezentas pessoas, entre as quais prelados da Igreja Anglicana[92]. Com a coroação de Elizabeth I, em 1559, a fé protestante foi restaurada e se tornou definitivo o rompimento com a Igreja Católica. Já nessa época começava a tomar corpo a doutrina puritana, que pregava, no interior da Igreja Anglicana, uma postura cada vez mais ascética e rigorosa do fiel na vida cotidiana, e uma observância mais estrita aos textos sagrados. Por volta de 1560, a palavra "puritano" possuía este sentido na Inglaterra[93].

Ainda que não seja recomendável concluir que manifestações artísticas possam representar aspectos da vida social – devido à autonomia da criação artística e a diferença dos discursos –, é possível, porém, ilustrar alguns componentes de crenças e mentalidades de uma época com o auxílio da narrativa literária. E, na discussão aqui empreendida, uma peça de Shakespeare que vem sendo utilizada freqüentemente por historiadores e juristas pode ser útil para o aclaramento da tendência puritana que vinha se estabelecendo em fins do século XVI.

Há duas passagens no *Mercador de Veneza* que permitiram que alguns intérpretes da obra de Shakespeare associassem determinadas atitudes de Shylock a posturas típicas dos puritanos. Na primeira delas, Shylock, convidado para uma ceia, orienta sua filha, que deverá permanecer em casa numa noite em que haverá mascarada em Veneza:

> Então há mascarada? Ouve, Jéssica:
> tranca as portas, e quando ouvir tambores
> E os vis agudos dessas flautas tortas,
> Não subas curiosa pras janelas,

[92] Ver Cannon (2001, p. 427-428).
[93] Cf. Briggs (1999, p. 125).

> Nem vires a cabeça para a rua
> Pra ver loucos cristãos todos pintados;
> Não permitas que fúteis sons penetrem
> Meu sóbrio lar[94]

Num outro trecho, Shylock deplora o estilo de vida de Antônio (a quem emprestara dinheiro), qualificando-o como "pródigo"[95]. Como assinalado por Victor Kiernan, "A opinião de Shylock sobre ele [Antonio] está próxima daquilo que os verdadeiros negociantes em Londres, a burguesia puritana implacável quanto à acumulação de dinheiro, pensariam sobre um amador como Antônio em seu meio" (KIERNAN, 1999, p. 263). O contraste entre a sobriedade do lar de Shylock e as festas da Corte de Pórcia em Belmonte permitem que se visualize, ainda segundo Kiernan, a abstração da alegoria: Shylock já não mais representa o infiel judeu, mas o burguês puritano, e Pórcia não se revela essencialmente cristã, mas uma "encarnação do hedonismo veneziano" (*id*., p. 264).

A segunda metade do século XVI é marcada por sensível modificação nas estruturas econômicas da sociedade inglesa. Vários fatores contribuíram para a alteração na conformação da economia, entre eles a Reforma Anglicana – que acarretou a dissolução dos monastérios e a reversão das terras à Coroa, que estava em busca de novas fontes de receita e comercializou grandes extensões fundiárias, alimentando o mercado e propiciando o surgimento de uma pequena nobreza – e o surgimento de novas formas de produção de bens, por meio da disseminação de pequenas indústrias, nas áreas de tecidos, papel, edição de obras impressas e fabricação de pólvora[96].

---

[94] Ato II, cena V. Foi utilizada, nesta parte da narrativa, a tradução de Barbara Heliodora (SHAKESPEARE, 1990).

[95] Ato III, cena I.

[96] Obviamente, o termo "indústria" não poderá ser interpretado, aqui, na acepção moderna, que se consolidou com a Revolução Industrial. Trata-se, segundo Asa Briggs, de estabelecimentos ainda ligados à terra, com pequena produção e escala artesanal de trabalho (BRIGGS, 1999, p. 135). Cf., ainda, os dados complementares ligados à modificação das estruturas econômicas na Inglaterra ao tempo de Shakespeare em Jean Paris (1992, p. 6-7).

Operou-se, de igual modo, uma mudança de atitude em relação ao dinheiro. A partir do século XIII, o aumento das trocas e da celebração de contratos trouxe para a sociedade preocupações com expectativas para o futuro, estimativas de lucro e taxas de câmbio. Casas comerciais e bancárias foram estabelecidas. A usura, que era proibida pela doutrina cristã (e permitida apenas aos infiéis), passa a ser naturalizada. Citando um cronista do século XVI, Briggs noticia que "a usura, um negócio trazido pelos judeus, é agora usualmente praticada por quase todos os cristãos; isso ocorre de uma forma tão corriqueira a ponto de se considerar um tolo aquele que empresta seu dinheiro a troco de nada". A observação é de 1571[97].

É fundamental situar essa mudança de enfoque em torno da usura no contexto da doutrina cristã da Baixa Idade Média. Nos termos do clássico estudo de Jacques Le Goff, prevaleceu, até o século XI, a visão do primeiro cristianismo que vedava a concessão de empréstimo a juros. A proibição decorria de uma interpretação estrita dos textos sagrados do cristianismo, que assegurava que o mercador, em geral, não poderia pressupor um ganho para o futuro, pois isso equivaleria a vender tempo. E, por definição, acrescenta Le Goff, trata-se de um tempo "que só a Deus pertence" (LE GOFF, 1993, p. 43).

Veja-se como o argumento foi exposto numa *quaestio disputata* dos primeiros anos do século XIV:

> Questão: podem os mercadores, para um mesmo negócio, fazer pagar mais àquele que não pagar imediatamente do que àquele que paga logo? A resposta argumentada é: não, porque assim estava a vender tempo e cometeria usura, vendendo o que não lhe pertence (LE GOFF, 1993, p. 43).

Ocorre, contudo, que o chamado Renascimento da Idade Média, que se viabiliza a partir dos séculos XII e XIII – e que, segundo já descrito anteriormente, compreende a

[97] Cf. Briggs, 1999, p. 134.

reabilitação do espaço urbano, a valorização das trocas e do comércio, o nascimento das universidades e o lento esgarçamento dos vínculos que haviam forjado a sociedade feudal – acarretou a modificação do papel do mercador. Era necessário, então, diluir o rigor da proibição da usura. A doutrina católica, a partir do século XIII,

> procura a verdadeira justificação da atividade do mercador – esforçando-se sempre por fechá-lo nos limites de uma regulamentação, onde demasiadas vezes a religião se deteriora em moralismo casuístico, e por mantê-la no quadro de uma tradição que deve respeitar-se (LE GOFF, 1993, p. 58).

É hora de voltar a Shakespeare. Num excerto do *Mercador*, Shylock deplora a atitude de Antônio, afirmando que "Esse é outro mau parceiro que arranjei (...) Ele, que emprestava dinheiro a troco de cortesias cristãs, ele que se cuide no nosso acordo!"[98]. O elemento decisivo nessa passagem é o fato de que a prática da usura aparece como elemento que marca a atividade de Shylock como mercador, e é a única explicação plausível para o recíproco sentimento de ódio que se manifesta, desde o início da trama, entre o próprio Shylock e Antônio.

Alguns autores têm procurado enfatizar que a discussão em torno da usura, longe de possuir um caráter "religioso" ou "racial", revela, em suas entrelinhas, o desconforto de Shakespeare em relação à importância do dinheiro na sociedade elisabetana e aos códigos do capitalismo emergente na Inglaterra do final do século XVI. Victor Kiernan vislumbra "uma morbidez gerada pela competitividade incansável da vida em Veneza, ou melhor, em Londres. Shakespeare vivia em uma selva de cobiças e guerras, com luxo e pobreza caminhando lado a lado, e onde as agruras eram crescentes para os pobres" (KIERNAN, 1999, p. 260). Park

Honan, por sua vez, refere-se também ao contexto da Inglaterra elisabetana e complementa: "As tentativas feitas pelas cidades para cuidar dos famintos eram uma recriminação contra os

[98] Ato III, cena I.

abastados, e Shakespeare enfatiza os males da agiotagem e volta-se contra o materialismo" (HONAN, 2001, p. 324)[99].

Em termos institucionais, a monarquia Tudor manteve-se no esquema tradicional do *King*(*Queen)-in-Parliament*. A modificação social, contudo, foi significativa, como foi possível observar na rápida recapitulação acima proposta. A transferência do estado de crise, incerteza e mudança para o cenário político ocorreu no início do século XVII. E, pode-se dizer, o tempo da crise foi acelerado com a chegada ao poder da dinastia Stuart.

A morte de Elizabeth I, em 1603, significou o fim da dinastia Tudor. Como a rainha não deixou filhos, a linha de sucessão chegou até os Stuart, monarcas escoceses descendentes do primeiro monarca Tudor, Henrique VII. Assim, em 1603, foi coroado Rei da Inglaterra Jaime I (que já era Jaime VI na Escócia).

Desde suas primeiras manifestações no Parlamento, no Conselho Privado e em algumas cortes reais, Jaime I procurou transmitir aos Lordes, Comuns e juízes a sua visão acerca do papel místico da monarquia. Em vários pronunciamentos – e em algumas obras políticas – Jaime deixou clara sua concepção sagrada quanto ao exercício do poder. Segundo ele, a instituição da monarquia contempla um "direito divino dos reis", que insere o soberano numa posição superior a de seus súditos e o submete única e exclusivamente aos desígnios de Deus. Antes de ser coroado Rei da Inglaterra, Jaime escreveu um tratado – publicado de forma anônima na Escócia – intitulado *The Trew Law of Free Monarchies*. Nessa obra, que parece ter sofrido a influência do pensador francês Jean Bodin, Jaime fundamenta o exercício do poder monárquico – nas monarquias "livres", ou seja, nas quais o monarca assume pela

[99] A história econômica confirma o contexto de crise e escassez na década de 1590 na Inglaterra, especialmente nos anos de 1596/1597, quando houve carência de alimentos e elevação na taxa de inflação. Ver Briggs (1999, p. 128-130).

linha de sucessão hereditária, e não por eleição por seus pares – com textos sagrados. Como assinalado por Scott Gordon:

> Ao reivindicar poder absoluto para o monarca, Jaime apóia-se fortemente na autoridade das Sagradas Escrituras (especialmente o relato, extraído do Primeiro Livro de Samuel, no qual Deus permite que os israelitas tenham um rei) e em analogias como a que proclama que a relação entre o rei e o povo é a mesma existente entre um pai e seus filhos ou entre a cabeça e o corpo (GORDON, 2002, p. 246)

Como ficou claro pela descrição da evolução da idéia de constituição mista na Inglaterra, as concepções explicitadas por Jaime I não encontravam amparo na história política inglesa. Mesmo assim, acentua Gordon, "durante os seus vinte e dois anos de reinado na Inglaterra, Jaime nunca modificou a doutrina acerca da soberania que ele havia deixado expresso em [...] *The Trew Law*" (GORDON, 2002, p. 247).

Um dos principais opositores à teoria e à prática de Jaime I foi um desconcertante personagem da história inglesa. Edward Coke foi um jurista que ocupou os principais cargos na organização das instituições inglesas. Sob Jaime I, ele foi o presidente da *Court of Common Pleas* e do *King's Bench*. No reinado de Carlos I, foi um ativo membro do Parlamento. Como observado por Christopher Hill, é difícil descrever, em termos coerentes, a trajetória de Coke. Ele foi, ao mesmo tempo, antigo e moderno; tradicional e inovador; conservador e revolucionário. Talvez ele seja a expressão mais próxima da complexidade e pluralidade de movimentos e opiniões que marcou a história inglesa do século XVII.

Para os fins da presente investigação, o aspecto que se reveste de inegável interesse é a defesa do *common law* propiciada pela atuação de Coke.

Desde a monarquia Tudor, o *common law* entrara num processo de desgaste, por vários fatores.

1.

De início, a *inadequação* do *common law* em relação ao contexto de transformação que era sofrido pela sociedade inglesa. O direito comum inglês não propiciou, de imediato, a plasticidade necessária para albergar as mudanças econômicas advindas com o século XVI. E isso não significa apenas a redistribuição de terras a partir do fechamento dos monastérios, ou a modernização dos meios de produção, ambos aspectos relevantes, já mencionados acima. Há que se ponderar, também, a mudança da posição inglesa no cenário internacional.

No século XVI, especialmente em sua segunda metade, o reino da Inglaterra passou a desempenhar um papel cada vez mais proeminente no campo das relações internacionais e do comércio exterior, o que se deve creditar ao crescente declínio da hegemonia espanhola, ao incremento da utilização da frota inglesa – com o auxílio importante de atividade pirata – e à tomada de consciência, inclusive pelos soberanos continentais, da situação geográfica estratégica, em termos militares, da Inglaterra, que podia modernizar-se e afirmar-se no cenário internacional sem a necessidade de manter um exército permanente.

Dois episódios simbolizam o incremento da influência inglesa no plano internacional. O primeiro deles foi o casamento do príncipe Artur, primogênito do Rei Henrique VII, com a princesa Catarina de Aragão, filha dos reis católicos Fernando e Isabel. Como o príncipe Artur falecera logo após o casamento, aos quatorze anos de idade, o papa declarou nulo o enlace e permitiu, assim, a união de Catarina com Henrique, irmão de Artur e já coroado como Rei Henrique VIII. Foi a posterior anulação do casamento de Henrique VIII com Catarina que desencadeou a ruptura do reino inglês com a Igreja Romana. Consoante avalia Christopher Hibbert, o casamento de Artur e Catarina "só pode ser interpretado como um sinal da reputação ascendente da Inglaterra aos olhos do mundo" (HIBBERT, 2000, p. 107).

O segundo episódio reflete a mudança na hegemonia continental ocorrida em fins do século XVI: numa decisiva batalha naval ocorrida em 1588, a *Armada* de Filipe II foi derrotada pela frota britânica (composta por navios de guerra e embarcações privadas), num evento que passou a simbolizar o declínio da influência espanhola no terreno das relações internacionais. O ano de 1588 foi uma espécie de *annus mirabilis* para a monarquia Tudor. Com o domínio sobre os mares, abria-se a possibilidade – em breve a ser explorada – de fundar colônias na América. Shakespeare chegava a Londres. Uma passagem de *Tamerlão*, a primeira peça escrita por Christopher Marlowe e representada em Londres no ano de 1588, trazia os seguintes versos de inegável caráter triunfante:

> Nature that framed us of four elements,
> Warring within our breasts for regiment,
> Doth teach us all to have aspiring minds:
> Our souls, whose faculties can comprehend
> The wondrous architecture of the world.
> And measure every wandering planet's course,
> Still climbing after knowledge infinite,
> And always moving as the restless spheres,
> Will us to wear ourselves, and never rest
> Until we reach the ripest fruit of all[100]

Nesse novo contexto das relações econômicas – início do que viria a ser um império, aumento do comércio, abertura de negócios de manufatura em Londres, venda de um terço das propriedades fundiárias da Inglaterra –, o *common law*, com todo seu rigor e hermetismo (a maior parte dos textos jurídicos, ainda nesta época, era redigida em *law french* ou em latim), pareceu inadequado para o enfrentamento das novas questões surgidas na sociedade.

2.

[100] Excerto citado em Halliday (2000, p. 102-103).

Instalou-se, então, uma tendência de *esvaziamento* do *common law*, que foi levada a efeito mediante a crescente utilização de outros meios de jurisdição.

Em primeiro lugar, a monarquia Tudor parece ter desenvolvido especial apreço pela jurisdição da *equity*, uma classe especial de prestação da justiça que remontava ao século XIII, mas que tinha sido usada com enorme parcimônia desde então. A idéia original da *equity*, no contexto feudal da monarquia plantageneta, era possibilitar ao monarca, em casos especiais, atuar em defesa das "liberdades" dos súditos quando uma decisão dos tribunais do *common law* produzisse, por excesso de rigor, um resultado injusto (cf. VARANO e BARSOTTI, 2002, p. 258-259).

No século XVI, a jurisdição da *equity* foi recuperada e expandida, especialmente para o julgamento de matérias concernentes à pessoa do rei. Diante do movimentado reinado de Elizabeth – o qual, não obstante sua longa duração, foi marcado por uma série de conspirações palacianas, revoltas internas na família real e confrontação com os monarcas escoceses –, tornou-se corriqueira a prática de julgamentos realizados nos tribunais da *equity*, destacadamente a *Star Chamber*, em que as garantias processuais construídas ao longo de séculos de *common law* eram deixadas de lado, em prol de julgamentos mais expeditos e com menores exigências quanto ao exame da prova[101].

Outra modalidade de jurisdição alheia já existente ao tempo da consolidação do *common law*, mas que era igualmente pouco utilizada, obteve maior importância no cenário de modificação social e econômica do século XVI: os tribunais especiais. Cortes mercantis e marítimas (como o Tribunal do Almirantado) foram largamente adotadas pelos monarcas Tudor para referendar privilégios e monopólios concedidos pela Coroa. Tribunais

[101] Ver, quanto ao funcionamento da jurisdição da *equity* e sua prática na monarquia Tudor, Gilissen (1995, p. 213) e, particularmente para os aspectos processuais, Varano e Barsotti (2002, p. 255-260).

eclesiásticos tornaram-se subitamente atraentes aos interesses da Coroa, após a ruptura com Roma e a ascensão do monarca à condição de líder da Igreja Anglicana[102].

3.

Finalmente, cabe aduzir a *ausência de reflexão e compilação* de precedentes do *common law*, que marcou a experiência juridica inglesa do século XVI. Como relatado por Christopher Hill, os *Year Books*, coleções de decisões que orientavam advogados e juízes no tratamento de novos casos, deixaram de ser publicados em 1535. Além disso, nenhum tratado sobre o direito inglês foi publicado no século XVI (HILL, 1992, p. 312-313).

A simples ausência de doutrina jurídica e de compilação de julgados já seria suficiente para comprometer a dinâmica do *common law*, exatamente pela sua natureza argumentativa e casuística. No século Tudor, essa carência foi mais sentida, pelo fato de se tratar de uma época de modernização econômica e social. Assim, decisões recentes (à época) não circulavam entre os profissionais do direito, que persistiam recorrendo a precedentes mais antigos. O anacronismo do *common law* ficou evidenciado.

Foi a hora em que Coke entrou em ação. Seus objetivos como jurista não ficaram muito claros à época, mas hoje é possível constatar que a atuação de Coke teve como referência principal a *reabilitação do common law*. Como acuradamente observado por Christopher Hill, Coke estava, nesta tarefa, inteiramente aliado a dois de seus futuros contendores, o Rei Jaime I e Francis Bacon. Todos eles, por razões diversas e com propostas conflitantes, buscavam o mesmo: modernizar e sistematizar o direito inglês, adaptando-o para as circunstâncias do momento (HILL, 2002, p. 306-313).

[102] Para um abrangente quadro acerca da utilização dos tribunais especiais no século XVI, cf. Hill (1992, p. 303-357).

Com isso fica melhor esclarecida a motivação referente ao célebre caso *Bonham*, decidido por Coke, como *Chief Justice* do *Common Pleas*, no ano de 1610. Para Coke, o que estava em jogo era a primazia do *common law* sobre os tribunais especiais – na hipótese, um colegiado corporativo de médicos que havia proibido o exercício da profissão e encarcerado o réu, Dr. Bonham. Segundo um famoso artigo de Theodore Plucknett publicado em 1926, Coke teria, no caso *Bonham*, alterado o texto e o sentido dos precedentes por ele invocados para afirmar a supremacia do *common law*.

O que é interessante, contudo, é a conclusão enunciada na decisão. Como, no caso em tela, para afirmar a primazia do *common law* era necessário deixar de aplicar um ato do Parlamento, Coke afirmou, explicitamente, ser atribuição do *common law*, por meio dos juízes, *controlar os atos do Parlamento* e, se esses últimos fossem contrários ao *common law*, deveriam ser declarados nulos[103]. Foi, de fato, uma conclusão inédita à época.

É relevante notar, todavia, que, logo após o caso *Bonham*, Coke passou a combater diretamente, quer em decisões judiciais quer em pronunciamentos junto ao conselho privado, a doutrina Stuart do direito divino dos reis. Em várias oportunidades, Coke afirmou a impossibilidade, no cenário político inglês, de concessão de poderes ilimitados ao soberano. Até esse ponto da narrativa, não se percebe um interesse especial na discussão; afinal de contas, como visto anteriormente, sempre houve dúvidas, na história política inglesa posterior à Conquista Normanda, acerca da extensão dos poderes do monarca e tentativas de limitar suas pretensões absolutas ou despóticas. O que é inovador, mais uma vez, é o raciocínio utilizado por Coke para combater as teorias absolutistas do Rei Jaime I. Coke deliberadamente passou a invocar a Magna Carta como fundamento para a defesa das

[103] Eis a passagem tantas vezes invocada: "And it appears in our books, that in many cases, the common law will controul acts of parliament, and sometimes adjudge them to 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 Stoner, Jr. (1992, p. 52).

liberdades dos súditos do reino contra as tentativas – empreendidas por Jaime I na *Star Chamber* e explicitadas em seus discursos e obras políticas – de estabelecer a doutrina absolutista. A Magna Carta, originalmente firmada em 1215 e posteriormente revista em 1225, passou a ser "confirmada" por vários monarcas subseqüentes ao Rei João e a pedido de alguns Parlamentos. O próprio Coke registrou 32 confirmações da Carta na história do direito inglês. J.C. Holt, por sua vez, invoca estudos que apontam de 30 a 37 confirmações na prática do direito (HOLT, 1994, p. 11, n. 39)[104].

Mas, de modo distinto do verificado no período plantageneta, Coke não ressalta o aspecto feudal das liberdades consagradas na Magna Carta. Por ser um crítico da Conquista Normanda e dos monarcas plantagenetas, Coke vinculará a legitimidade da Magna Carta a um dado da história: para Coke, a Magna Carta nada mais é senão um reconhecimento de liberdades *já existentes* ao tempo de sua emissão. Essas liberdades teriam sido estabelecidas pelos povos germânicos que ocuparam a ilha nos séculos VI e VII da era cristã. A Carta teria a propriedade de restabelecer, portanto, um espaço de liberdade indevidamente usurpado pelos monarcas plantagenetas (GORDON, 2002, p. 254-255).

Coke complementa o seu argumento de um modo engenhoso. Para ele, a Magna Carta é um documento fundamental que está contido num *corpus* intitulado *common law* (MCILWAIN, 1969, p. 127-177). A partir dessa constatação, McIlwain procura traçar uma linha de continuidade na teoria do direito inglês: ele associa a limitação do rei aos ditames do *common law* (defendida por Coke) à distinção, já referida, entre *gubernaculum* e *jurisdictio* proposta por Bracton e continuada, ainda segundo McIlwain, pelo principal doutrinador inglês do século XV, John Fortescue (MCILWAIN, 1991, p. 91-141).

[104] Cf., para discussão em torno das confirmações, com exemplo concreto de uma confirmação por Eduardo I, McIlwain (1969, p. 127-177).

A crítica de Coke tinha um alvo certo: a interpretação que Jaime I havia proposto acerca da "prerrogativa real". Trata-se de um instituto da prática de governo da Inglaterra que reservava ao monarca alguns poderes exclusivos, normalmente associados à decisão de declarar guerra ou aceitar a paz. Na leitura absolutista de Jaime I, a prerrogativa havia se estendido a ponto de considerar qualquer ato do monarca como insuscetível de controle – inserido, portanto, na prerrogativa real – a não ser o juízo divino (como visto acima). Em 1616, Coke foi chamado a prestar esclarecimentos ao conselho privado acerca de sua interpretação da prerrogativa real. Ele teria então asseverado: "O rei não tem nenhuma prerrogativa [...] a não ser aquela que as leis do país lhe asseguram" (HILL, 1992, p. 331).

Naquele mesmo ano de 1616, Coke foi afastado de suas funções nos tribunais reais. Ele conseguiu retornar ao conselho privado ainda sob o reinado de Jaime I, após o casamento (não exatamente consensual) entre sua filha e John Viliers, irmão do favorito do rei (HILL, 1992, p. 305). Coke possuía uma sensibilidade aguçada para aferir a direção dos ventos da política, e percebeu que o Parlamento vinha, lentamente mas de forma segura, afastando-se da esfera de influência do rei e começava a se estabelecer como uma caixa de ressonância da pequena aristocracia rural inglesa (normalmente chamada de *gentry*) e dos mercadores urbanos. Assim, em 1621 Coke ingressou na Câmara dos Comuns. Nesse mesmo ano, ele foi encarcerado na Torre de Londres, acusado de traição. Absolvido da acusação, voltou às atividades parlamentares e tornou-se um dos líderes da resistência às pretensões absolutistas da monarquia Stuart (GORDON, 2002, p. 253).

Em 1625 morria Jaime I, tendo sido sucedido por seu filho Carlos I. A guerra civil estava próxima.

Carlos I demonstrara a mesma falta de apreço em relação ao Parlamento tantas vezes ressaltada por Jaime. Porém, logo que assumiu o trono Carlos viu-se compelido a

convocar o Parlamento, diante das dificuldades financeiras do reino e da necessidade de aprovação de novos fundos para financiar campanhas militares na França e na Espanha. A relação entre Carlos e as duas Casas do Parlamento era marcada por mútua desconfiança (os membros do Parlamento discordavam da "simpatia" que atribuíam a Carlos em relação ao catolicismo e francamente estavam em desacordo com a escolha dos principais colaboradores do monarca, como o primeiro Duque de Buckingham e o Arcebispo Laud).

Em 1628, em meio a extensas negociações com o Parlamento – que envolviam, além do problema da tributação e dos créditos para a guerra, várias questões teológicas – Carlos I viu-se obrigado a sancionar a *Petition of Right*, documento legislativo que apresenta uma resposta aos "quatro agravos" impostos pelo monarca aos súditos, a saber: "a ilegalidade do empréstimo compulsório, as prisões arbitrárias sem formação de culpa, a aplicação da lei marcial contra civis e o aquartelamento compulsório de soldados" (NÉBIAS BARRETO, 2001, p. 9).

Um dado fundamental para que seja compreendida a importância da tramitação e aprovação da *Petition of Right* é o teor dos debates parlamentares. Sob a forte influência de Coke, as casas do Parlamento invocaram, em reiteradas oportunidades, as idéias de "constituição antiga" e as liberdades previstas pela Magna Carta (GORDON, 2002, p. 255). O papel desempenhado por Coke foi decisivo, na medida em que a Câmara dos Lordes procurou uma saída conciliatória para o impasse entre a Coroa e a Câmara dos Comuns[105]. Eis o teor da proposta dos lordes, tal como descrita por Carl Friedrich:

> A título de plataforma, os lordes tentaram elaborar uma fórmula de compromisso concretizada na "prerrogativa intrínseca". Se, portanto, rei considerasse necessário, por razões de segurança nacional, mandar prender pessoas ou realizar atos contrários à lei, deveria ser-lhe submetida numa

[105] No transcorrer dos debates, Coke afirmaria no Parlamento: "A Magna Carta é de tal porte que não se submeterá a nenhum soberano" (HILL, 1992, p. 331).

> imediata petição no sentido de que tais pessoas fossem rapidamente julgadas, como medida de graça (FRIEDRICH, 1965, p. 99-100)

Desafiado pela proposta dos lordes, Coke reiterou o argumento: "o rei tem apenas a prerrogativa que a lei do país lhe concede" (FRIEDRICH, 1965, p. 100). Sua tese foi vencedora e o Rei Carlos I acabou sancionando, com evidente contrariedade, a *Petition of Right*. Os quatro agravos passaram à proteção do *common law*, tendo sido praticamente repetida a cláusula da Magna Carta acerca do devido processo legal. No artigo III da *Petition of Right* ficou estabelecido:

> E onde, pela lei intitulada Magna Carta das Liberdades da Inglaterra, se declara e se promulga que nenhum homem livre poderá ser detido, aprisionado ou destituído de sua propriedade ou de suas liberdades ou de seus bens, ou ser banido ou exilado ou de outro modo destruído, a não ser pelo julgamento legal de seus pares ou pela lei do país (KENYON, 1993, p. 69)

Logo após a aprovação da *Petition of Right*, Carlos I dissolveu o Parlamento, que voltou a ser convocado em 1629, tendo sido também dissolvido no mesmo ano. A partir de então, Carlos I governou por onze anos sem convocação das Casas Legislativas. Durante esse período de tempo, as divisões existentes na sociedade inglesa – que estavam no pano de fundo da controvérsia entre o Parlamento e a Coroa – ganharam maiores dimensões. Ainda que a guerra civil tenha se iniciado efetivamente em 1642, os fatores que conduziram à sua eclosão – e, principalmente, à sua inevitabilidade – começaram a aparecer com mais clareza na década de 1630.

Sem a presença do Parlamento, os assuntos do reino foram conduzidos por dois assessores do rei: o clérigo William Laud – nomeado Arcebispo de Canterbury em 1633 – e o ex-parlamentar Thomas Wentworth (que recebeu de Carlos I o título de Conde de Strafford). Como assinalado por Asa Briggs, Laud e Strafford, sob a autoridade de Carlos I, passaram a "aplicar regularmente políticas impopulares mediante métodos arbitrários" (BRIGGS, 1999, p. 153).

Ademais, após todo o desgaste em torno dos quatro agravos, ampliou-se a distância – e a desconfiança recíproca – entre Carlos I e a nobreza de Londres. De outra parte, o reino não dispunha de uma estrutura burocrática estável e treinada, como as monarquias seiscentistas da França e Espanha. Assim, o rei "foi obrigado a recrutar seus servidores civis entre os bispos", o que, segundo Briggs, "tornou-os ainda mais impopulares do que foram no reinado de Jaime I" (BRIGGS, 1999, p. 154).

Além disso, cresceu – em volume e rigor – a repressão aos opositores da Coroa. Os tribunais de exceção foram largamente utilizados para perseguir críticos do regime; o principal deles era a *Court of High Commission*, que era similar, em termos de ausência de garantias procedimentais e submissão à vontade do rei, à *Star Chamber*. Num processo que se tornou tristemente célebre, o advogado e dramaturgo William Prynne foi torturado e teve suas orelhas arrancadas em 1634, pela suspeita, levantada por Laud, de que alguns de seus escritos eram desrespeitosos em relação à rainha[106]. Aumentou, ainda, também por influência da doutrina religiosa de Laud, a intolerância com os puritanos.

Nesse contexto, a oposição a Carlos I estava apta a titularizar duas poderosas bandeiras: ela era ao mesmo tempo anti-absolutista e anti-clerical.

Assim, quando, em 1640, problemas adicionais de caixa e a necessidade de de novos créditos para o conflito com a Escócia obrigaram Carlos a convocar o Parlamento, a animosidade entre as Câmaras e o monarca era enorme, e o Parlamento reunido entre abril e

[106] Não só Prynne, mas o reverendo Henry Burton e o médico John Bastwick foram submetidos à mesma pena. Na apresentação à obra de Christopher Hill acerca dos radicais no século XVII inglês, Renato Janine Ribeiro descreve as circunstâncias da execução da sentença, ocorrida em 30 de junho de 1637: "Bastwick foi o primeiro a subir ao cadafalso, e sua mulher veio a ele, e beijou-o em cada uma das orelhas (que iam ser cortadas), e na boca, dizendo-lhe: 'Até breve, meu amado, não te desconsoles, porque não me desconsolo'. E ele disse, antes do suplício: 'que vós, espectadores, possais perceber em que medida a inocência vos protegerá num dia como este; porque aqui vimos com a força de nosso Deus, que nos apóia de todo o seu poder, e dá a nossos corações consolo maior do que pode ser qualquer vergonha ou humilhação'. Prynne – depois de observar que 'aqui está um reverendo teólogo para a alma, um médico para o corpo e um advogado para os bens', o que prova que 'não há graus de homens que escapem ao tormento' – saudou o carrasco dizendo-lhe: 'Vem, amigo, vem; queima-me, corta-me, não tenho medo. Aprendi a temer o fogo do inferno, não o que um homem pode trazer-me. Vem, mutila-me, que portarei em meu corpo as marcas do Senhor Jesus'" (RIBEIRO, 2002, p. 14, n. 3).

maio de 1640 ficou conhecido como o "Curto Parlamento", dissolvido de forma inesperada por Carlos I. Derrotado em campanhas militares na Escócia, Carlos convocou outro Parlamento, que deliberou pelo julgamento e posterior execução de Laud e Strafford[107] e pela proibição de julgamentos pela *Court of High Commission*.

A partir daí, os acontecimentos se precipitaram de forma rápida. A radicalidade da política real dos anos 1629-1640 e o conseqüente recrudescimento do sentimento de oposição tornaram inviável uma solução de compromisso entre as facções em disputa. A polarização do conflito ficou evidente quando, numa breve suspensão da censura imposta à imprensa, ocorrida em 1641, houve uma verdadeira explosão de panfletos de natureza política. Segundo Briggs, "vinte e dois panfletos foram publicados em 1640; 1996 foram publicados em 1642" (BRIGGS, 1999, p. 146).

Em janeiro de 1642, Carlos compareceu à Câmara dos Comuns acompanhado de uma guarda armada, disposto a aprisionar cinco dos membros da Câmara Baixa, mas não conseguiu executar a ordem. Ele percebeu que já não mais dispunha de apoio em Londres, retirou-se para o norte da Inglaterra, organizou um exército e iniciou os preparativos para a guerra civil (cf. CANNON, 2001, p. 135-136, 588).

Após algumas vitórias militares dos realistas (especialmente Edgehill, em 1642), os parlamentares reorganizaram seu exército. Os comandantes ligados à aristocracia tradicional londrina foram afastados do comando e foi então criado o *New Model Army*, com forte influência de concepções religiosas puritanas e relativamente "profissonalizado", com pagamento regular de soldos. Os comandantes-em-chefe do novo exército eram Henry Fairfax e o líder puritano Oliver Cromwell. A partir de 1643, inverteu-se a tendência inicial do conflito e as forças parlamentares lograram derrotar as forças reais em duas batalhas

[107] Strafford foi executado em 1641, Laud em 1645 (cf. CANNON, 2001, p. 385-386, 611).

decisivas, Marston Moor e Naseby[108] (1644 e 1645). Em 1648, uma invasão escocesa, que contou com o estímulo e a aprovação de Carlos I, foi repelida pelo exército parlamentar. Com esse último desdobramento, caracterizou-se a impossibilidade de estipulação de uma "saída honrosa" para o conflito. Carlos I foi submetido a julgamento pelo Parlamento e executado, em Whitehall, Londres, no dia 30 de janeiro de 1649. Os combates da guerra civil continuaram, porém, até 1651, com a subjugação de Escócia e Irlanda ao novo regime inglês (cf. CANNON, 2001, p. 150-151, 186-188).

Os desdobramentos que se seguiram são bastante conhecidos. A república foi proclamada e Cromwell transformou-se no líder do novo regime (tendo sido declarado, em 1653, Lorde Protetor da Inglaterra). O protetorado, contudo, não sobreviveu à morte de seu principal líder, ocorrida em 1658. O filho de Cromwell, Richard, chegou a ser declarado Lorde Protetor, mas não conseguiu evitar um colapso geral no regime político; um de seus generais, George Monck, ocupou Londres e permitiu a convocação de eleições parlamentares. O Parlamento, reunido em 1660, convocou o primogênito do rei executado (que estava exilado na França) para assumir o trono inglês. Carlos II foi coroado em Westminster. A monarquia havia sido restaurada (cf. HIBBERT, 2000, p. 134).

O cenário político inglês pós-restauração revisitou, de certo modo, os problemas vividos na primeira época Stuart. Na verdade, a questão fundamental que permeara os embates da guerra civil permanecia em suspenso, pois a restauração não definiu concretamente os poderes da Coroa e do Parlamento. A constituição mista foi, portanto, restaurada junto com a monarquia. Seriam necessárias mais três décadas para que a constituição inglesa ganhasse contornos e princípios definidos politicamente (e não estabelecidos por uma tradição imemorial).

[108] Cf., para descrição dos aspectos militares e estratégicos do conflito, o minucioso relato propiciado por Maurice Ashley (2001).

Assim, durante o reinado dos últimos Stuarts[109], as duas facções no Parlamento, *Whigs* e *Tories*, eram nítidas reminiscências das correntes parlamentarista e realista. A sutil tensão entre protestantes e católicos, que se instalara na Inglaterra a partir da chegada de Jaime I, voltou a pautar as discussões políticas. A relação dos Stuarts com a monarquia francesa – que havia acolhido os filhos de Carlos I – levantava suspeitas entre os protestantes, que temiam uma restauração da fé católica[110].

Jaime II torna explícita essa idéia, e procura, numa política interna pouco propícia ao sucesso, atrair a facção dos *Tories* e os puritanos (com a intenção de isolar politicamente os *Whigs*). Após a aprovação, em 1685, de créditos vitalícios para o rei – que contava, também, com os recursos eventualmente provenientes da monarquia francesa, que mantinha freqüentes contatos com os Stuart –, Jaime II passa a governar sem a presença do Parlamento por três anos.

Nesse período, Jaime II reviveu algumas práticas de seus antecessores Stuart. A prerrogativa real voltou a ser invocada para justificar atos unilaterais do monarca. E a trilha de violência retomava seu curso: os tribunais de exceção (como a *High Commission*) foram reabilitados e utilizados para processar e executar opositores do regime, em algumas vezes com enorme crueldade (como no caso da revolta liderada pelo filho bastardo do Rei Carlos II, o primeiro duque de Monmouth).

Monmouth foi executado em 1685. Os julgamentos dos seus seguidores – em regra camponeses inteiramente despreparados para o combate, oriundos do interior – foram conduzidos pelo juiz George Jeffreys. Para que se possa ter uma idéia da brutalidade do tratamento concedido aos réus, os processos ficaram conhecidos, na Inglaterra, como

---

[109] Carlos II reinou entre 1660 e 1685. Jaime II, seu irmão, foi coroado em 1685 e deposto em 1688.

[110] Como observado com perspicácia por Asa Briggs, esses temores refletiram-se no vocabulário político e literário da época. Palavras como "complô", "dissimulação" e outras de teor similar tornaram-se correntes no uso da língua inglesa. Os principais "suspeitos" das conspirações papistas eram os jesuítas. Cf., para tais informações, Briggs (1999, p. 161-164).

"julgamentos de sangue" (CANNON, 2001, p. 360). Observe-se o vivo relato propiciado por Trevelyan:

> muitas centenas [dos seguidores de Monmouth] foram executadas, quer por soldados após a batalha, quer mediante processo legal no "Tribunal de Sangue". Cerca de 800 foram vendidos como escravos para a ilha de Barbados. A entrega de prisioneiros aos favoritos da corte, para serem vendidos como escravos em ultramar, foi considerada por muitos *tories* como algo indecente. A atmosfera gerada por esse tráfico estava começando a cheirar mal. A opinião pública ficava chocada com o número de execuções e a conduta de Jeffreys no tribunal. Os vilarejos e cidades do sudoeste ficaram fétidos com o odor dos restos em decomposição dos pobres rapazes insensatos que eram enforcados em grande número. Porém, o ato que causou a maior indignação foi o destino de Isabel Gaunt, queimada viva, e Alicia Lisle, decapitada. Essas duas mulheres de enorme caráter foram condenadas pelo simples fato de oferecer abrigo a fugitivos, ato de piedade feminina que nunca foi punido com a morte por nenhum outro governo inglês naquele século ou nos subseqüentes. Os melhores elementos do partido *tory* estavam em discordância com o "Tribunal do Sangue" (TREVELYAN, 1996, p. 42)

Sem a presença do Parlamento, o projeto absolutista de Jaime II persistia. Jeffreys foi nomeado *Lord Chancellor*. O passo seguinte seria a tentativa de indicar correligionários católicos para os principais cargos administrativos – o que levou a situação a um impasse, diante da proibição de acesso dos católicos a esses postos, estabelecida pelo *Test Act* de 1673[111].

Porém, como registrado por Trevelyan, o rei foi perdendo gradativamente o apoio dos setores conservadores da sociedade inglesa. Mesmo os católicos moderados da Inglaterra foram se afastando de Jaime II, temendo pela radicalização do conflito religioso. Esse era, segundo Trevelyan, o pensamento do papa Inocêncio XI (ver TREVELYAN, 1996, p. 48-49). De outra parte, estabelecia-se uma aliança, contrária às pretensões absolutistas e religiosas de Jaime II, entre a *gentry* anglicana e a aristocracia detentora de propriedades rurais (BRIGGS, 1999, p. 162).

[111] O *Test Act* foi aprovado pelo Parlamento, diante do temor da restauração católica, e exigia dos ocupantes de qualquer função pública a filiação à Igreja Anglicana. A norma ordenava, ainda, que os detentores de postos na administração recebessem a comunhão de acordo com os ritos da Igreja Anglicana (ao menos uma vez por ano) e que fizessem uma declaração negando a transubstanciação da alma. O *Test Act* foi abolido em 1820 (ver CANNON, 2001, p. 626).

Aumentava, então, o isolamento do rei.

Em junho de 1688, um fato inesperado teria efeitos imediatos sobre o destino da Coroa. Jaime II tinha duas filhas de seu primeiro casamento. Ambas eram protestantes (e depois se tornariam rainhas – Mary II e Anne). Falecida a primeira esposa em 1671, Jaime II se casara novamente, com a italiana Maria de Modena. Surpreendendo a aristocracia e o clero anglicano (que não mais esperava a chegada de qualquer herdeiro, diante das tentativas anteriores, todas frustradas, de que a rainha pudesse engravidar), nasceu, em junho de 1688, o príncipe de Gales.

A possibilidade de uma linha sucessória católica passou a ser realidade.

Operou-se, então, uma ação coordenada entre *tories e whigs*. No mesmo mês de junho de 1688, uma comitiva de políticos formulou o convite ao príncipe holandês Guilherme, casado com Mary, a primogênita do rei, para assumir o trono inglês. Ambos eram protestantes. Guilherme desembarcou em Torbay no dia 5 de novembro de 1688. Como se esperava – e já havia sido comunicado pelos aristocratas ingleses ao príncipe –, houve deserção em massa dos líderes do exército real. O isolamento do rei tornou-se evidente. Jaime II partiu para o exílio na França. E assim a chamada "Revolução Gloriosa" havia sido desencadeada.

Uma convenção parlamentar reuniu-se e apresentou, em fevereiro de 1689, a Guilherme e Mary a Declaração de Direitos, em que ficavam claramente definidos os poderes do rei e as prerrogativas do Parlamento. Tendo sido aceitos os termos da Declaração, Guilherme e Mary foram coroados, conjuntamente, naquele mesmo mês de fevereiro. Em dezembro de 1689, a Declaração foi aprovada formalmente pelo Parlamento e passou a constituir o *Bill of Rights* da Inglaterra. Como sustenta Asa Briggs, essa é a essência da

Revolução Gloriosa. Após os eventos ocorridos em 1688-1689, uma série de outras normas apenas esclareceu e aprofundou os contornos na nova estrutura política inglesa.

Para que possa ficar evidenciada a modificação no regime político da Inglaterra, atente-se para a síntese proposta por Asa Briggs:

> William e Mary passariam a governar por força do convite formulado pelo Parlamento e pelo povo, e não mais por direito divino. De fato, a apresentação da Declaração de Direitos ocorreu antes que eles aceitassem a coroa. Essa foi a essência da "Revolução Gloriosa" de 1688. Os poderes reais, agora limitados, nunca haviam sido definidos explicitamente, mas o Bill of Rights, mesmo afirmando declarar direitos antigos – ao invés de criar direitos novos ou abstratos –, estabeleceu, entre outras coisas, a ilegalidade da fixação de tributos sem a anuência do Parlamento [...] e estipulou explicitamente que o Parlamento precisa aprovar qualquer exército permanente em tempos de paz (BRIGGS, 1999, p. 169-170)[112]

Dois aspectos merecem aqui ser abordados, em linha de conclusão da presente etapa da investigação.

1.

É interessante notar, no desenvolvimento do processo histórico que teve curso na Inglaterra do século XVII, o papel desempenhado pela noção – de fundo medieval, como já observado – de constituição mista. A divisão de poderes entre os vários estados do reino, que foi conduzida, com imensa dificuldade, pela monarquia Tudor, entrou em colapso com os primeiros Stuarts. Às pretensões absolutistas de Jaime I e Carlos I somaram-se as modificações econômicas e sociais pelas quais a Inglaterra seiscentista passava, e o resultado, em última análise, foi a deflagração de uma guerra civil.

[112] Prossegue a análise de Asa Briggs: "O papel do Parlamento seria posteriormente enfatizado com o Triennal Act de 1694, que estabeleceu que o Parlamento deveria ser convocado, mediante eleições gerais, ao menos a cada três anos. E, por fim, o *Act of Settlement* de 1701 – que exigia que o rei fosse anglicano – procurou perpetuar o arranjo: ele foi intitulado como 'um ato para ulterior limitação da Coroa e para a melhor preservação das liberdades dos súditos'" (BRIGGS, 1999, p. 170).

Assim, a complexidade das relações sociais, políticas e econômicas vivenciadas na primeira metade do século XVII parece ter revelado a inadequabilidade do conceito de constituição mista. As alternativas que surgiram foram radicais: ou o absolutismo da Coroa ou o governo do Parlamento. E, conforme já salientado, a guerra civil não conseguiu estabelecer uma resposta ao problema que ela mesma havia despertado. A república não foi mais duradoura que a vida de seu principal líder. Com a restauração, a doutrina da constituição mista voltou a descrever o regime político e da Inglaterra.

Nesse sentido, a Revolução Gloriosa foi efetivamente "revolucionária". O *Bill of Rights*, originário da Declaração de Direitos, é um *ato* que estipula uma determinada forma política – que consagra a soberania do Parlamento. A constituição não pode repousar sobre bases tradicionais (como ocorrera com a idéia de constituição mista). É necessário *estabelecer*, *demarcar*, *limitar* de modo ativo – e mediante um texto escrito – os poderes da legislatura e do monarca[113].

2.

Assim, pode-se afirmar que o principal "momento" constitucional inglês ocorreu durante os eventos que tiveram curso entre 1688-1689, ou seja, no corpo da Revolução Gloriosa. Com a deposição de Jaime II, abriu-se a oportunidade para a decisão em torno dos fundamentos do regime político inglês. Como foi possível observar, os problemas políticos e sociais que estiveram na base da guerra civil não foram resolvidos com a restauração. A tensão entre monarca e Parlamento foi razoavelmente administrada sob Carlos II, mas explodiu intensamente com a coroação de Jaime.

[113] Como salientado por Trevelyan: "Num determinado sentido, Jaime tinha razão: o equilíbrio dos poderes real e parlamentar na Inglaterra anulava constantemente a eficácia do governo, como na questão do exército permanente. Era necessário decidir de uma vez por todas qual dos poderes deveria prevalecer. Jaime forçou a decisão" (TREVELYAN, 1996, p. 52-53).

O resultado, contudo, foi diferente do alcançado com a guerra civil, que havia sido desencadeada quarenta e seis anos antes da Revolução Gloriosa. Não houve conflitos armados, tampouco batalhas decisivas ou a abolição da monarquia. A solução encontrada pela Revolução Gloriosa pode ser classificada, na inspirada expressão utilizada por Andras Sajó, como um legítimo exemplar do "constitucionalismo do medo"[114].

O auge do radicalismo antimonárquico inglês fora atingido nas décadas de 1630 e 1640, com a produção de panfletos pelos movimentos contrários ao *status quo*, especialmente os designados *Levellers* (que procuravam defender os camponeses, estabelecer o sufrágio universal e eliminar o dízimo para a Igreja Anglicana) e os *Diggers* (grupo ainda mais radical, que se opunha à propriedade privada)[115]. Nenhum dos dois grupos, contudo, atingiu algum de seus objetivos. Como observado por Asa Briggs, ao final da guerra civil e do protetorado de Cromwell, a situação das camadas inferiores da sociedade não havia sido substancialmente alterada (BRIGGS, 1999, p. 158).

Mas a experiência da guerra interna e das perseguições religiosas e políticas deixou marcas profundas na sociedade inglesa. Havia, assim, um sentimento de "desilusão", nas palavras de Trevelyan, em grande parte da consciência política inglesa do período da Revolução:

> Um certo grau de desilusão auxilia os homens a serem prudentes, e em 1688 os homens estavam duplamente desiludidos, primeiro pelo governo dos "Santos", sob Cromwell e depois pelo governo do "Ungido pelo Senhor", sob Jaime. Mas, sobretudo, ensinados pela experiência, os homens fugiam de outra guerra civil. A criança que se queima uma vez foge do fogo. O mérito dessa Revolução não está na gritaria ou nos tumultos, mas na voz tranqüila e suave da prudência (TREVELYAN, 1976, p. 8-9)

[114] Cf. a abordagem concedida em Sajó (1999, p. 1-16).

[115] Cf. a descrição dos objetivos dessas correntes republicanas na importante obra de Christopher Hill (2002). Ver também Lamont (1996, p. 119-145) e Briggs (1999, p. 156-158).

É nessa acepção que deve ser compreendido o "momento" constitucional inglês. Ele não é uma ruptura com a ordem estabelecida, na medida em que as instituições e processos continuam os mesmos. No cenário pós-revolucionário, continuaram existindo a Coroa, os Lordes, os Comuns. O *common law* prosseguiu em sua história.

A constituição mista, isso sim, não mais permaneceu. Mas isso não significou um governo essencialmente popular (como é sabido, havia sérias restrições ao sufrágio e o voto censitário era a regra na Inglaterra) e tampouco o estabelecimento de um documento de cunho fundacional ou superior ao restante do direito inglês. Não. Como observado por Colin Munro, "o governo do país nunca repousou sobre um único marco" (MUNRO, 1987, p. 5). Grande parte da constituição inglesa continuou a ser não-escrita e tradicional. Consoante exemplifica o mesmo autor: "Juridicamente não há nada que impeça o Parlamento de negar aos vendedores de carros usados o direito de voto ou de transformar a prática do culto metodista em crime" (MUNRO, 1987, p. 8).

Esse caráter ainda tradicional do regime político inglês não impediu a disseminação, desde a Revolução Gloriosa, da sensação de "orgulho" e "insularidade" das instituições políticas e governamentais da Inglaterra. Esse sentimento atingiu seu apogeu no século XIX, com a historiografia *whig* do período vitoriano, tal como expressada por um de seus principais representantes, Thomas Macaulay. Cabe invocar, neste ponto, a narrativa de Asa Briggs:

> Durante o século XIX, o historiador T.B. Macaulay, ao apresentar uma interpretação *whig* da história, buscando estabelecer conexões entre os séculos, falaria da Revolução como algo que fazia os ingleses "diferentes dos outros": "como tivemos uma revolução conservadora no século XVII...não tivemos uma revolução destruidora no século XIX" (BRIGGS, 1999, p. 145)

Na primeira metade do século XX, ecos da historiografia *whig* ainda se faziam sentir. George Macaulay Trevelyan, sobrinho-neto de Thomas Macaulay, ressaltaria a "sensatez" e a estabilidade da Revolução Gloriosa. Para ele, é exatamente na subsistência da estrutura institucional estabelecida em 1688-1689 que "consiste a 'gloria' capaz de brilhar, ininterruptamente, por 250 anos. Não é certamente a voraz e destruidora lâmina da *gloire*" (TREVELYAN, 1996, p. 10).

Porém, como assinalado por Colin Munro, o orgulho "freqüentemente se degenera em complacência" (MUNRO, 1987, p. 9). As liberdades usufruídas pelos ingleses, especialmente após a Revolução Gloriosa, foram um fator importante na instituição das colônias inglesas na América do Norte. A mudança na percepção do significado dessas liberdades – e da sua violação pelo Parlamento inglês –desempenharia um papel decisivo no processo histórico que conduziu à independência dos Estados Unidos da América.

Logo, a partir da prática política e jurídica inglesa, torna-se possível antever as primeiras etapas da construção do constitucionalismo moderno. É hora, então, de direcionar o campo de investigação ao cenário norte-americano.

II – A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA: O SÉCULO XVIII E O ADVENTO DA IDÉIA DE CONSTITUIÇÃO NA ACEPÇÃO MODERNA

Na descrição dos fatores que conduziram à elaboração do regime político adotado pelos Estados Unidos da América após a Declaração de Independência, o autor da narrativa se defronta com duas tentações explicativas distintas: por um lado, é possível traçar uma forte linha de continuidade entre as experiências inglesa e norte-americana, a ponto de considerar a fundação do constitucionalismo moderno na América do Norte uma mera continuação lógica do processo de aquisição de liberdades e limitação do poder político iniciado e desenvolvido na Inglaterra. Por outro lado, não seria improvável uma justificação em torno da completa originalidade da invenção constitucional norte-americana, afirmando-se que a herança inglesa representou, na verdade, um obstáculo a ser superado pelos revolucionários norte-americanos, que teriam logrado estabelecer um regime político-constitucional desconhecido até então e inteiramente inédito.

Ainda que as duas perspectivas sejam defensáveis, é necessário resistir à tentação. A opção por alguma das alternativas apresentadas teria como resultado o obscurecimento de aspectos fundamentais para a compreensão do advento do constitucionalismo moderno. Excessiva crença na continuidade histórica (ou no seu progresso) e exagerado ceticismo quanto à possibilidade de encontrar fontes, vestígios ou correspondências no passado (que propiciem uma melhor compreensão do presente) são limitações historiográficas consideráveis que, na maior parte dos casos, podem ser evitadas.

Assim, na apreciação do fenômeno de mudança social e política que se verificou na segunda metade do século XVIII – da qual o constitucionalismo que se desenvolve nos Estados Unidos é uma das mais importantes conseqüências – convém ter em mente três pontos de partida:

(**a**)

A constituição não é uma criação *ex nihilo*. Ainda que a noção moderna de constituição represente uma inovação política e conceitual[116] de enorme relevância, isso não implica crer que se trata do resultado da atuação surpreendente de um grupo de pessoas dotadas de um tal poder criativo a ponto de propiciar a modificação, num dado momento e sem referências anteriores, da prática e da linguagem política. Por mais estimulante que possa ser o estudo minucioso de um determinado evento, de uma dada decisão, de um certo movimento, não será possível explicar o surgimento da forma moderna de constituição apenas mediante o recurso à novidade. Até para que seja possível aferir a originalidade da noção moderna de constituição, é necessário investigar as fontes, os precedentes, o pano de fundo histórico que se apresentou àqueles atores responsáveis pela explicitação de um novo conceito. Mesmo para reconhecer algo novo, é preciso estabelecer uma diferença com um passado – que, exatamente por isso, influi na concepção que uma comunidade política tem de si própria (e de seu futuro).

[116] Não é ocasional a utilização conjunta das duas expressões. Parte-se do pressuposto, tanto nesta parte como no restante da pesquisa, de que inovação política e mudança conceitual são fenômenos inter-relacionados. Nesse sentido, não se verifica uma relação de primazia entre uma determinada modificação "real" no mundo da política e a "conseqüente" alteração na fala e no discurso de uma época. Entende-se, na mesma linha de raciocínio desenvolvida por James Farr, Terence Ball, Quentin Skinner e John G.A Pocock, entre vários outros, que a linguagem é constitutiva das práticas políticas, e os conceitos impulsionam ações. Nessa mesma linha de raciocínio, contradições entre concepções políticas – que são parte essencial da arena política – geram movimentos de crítica e posterior mudança. Por outro lado, conceitos compartilhados entre atores políticos ensejam construções sociais, como, por exemplo, a idéia de constituição. Para um aprofundamento dessa postura epistemológica e historiográfica, cf. Ball, Farr e Hanson (1995), Ball e Pocock (1988), Eisenberg (1998) e Koselleck (1990, 1992).

(**b**)

Dito isso, cabe então afirmar: a noção moderna de constituição, tal como surgida nos Estados Unidos da América, não tem precedente na história. Não é incorreto – ou sequer exagerado – afirmar que a *formalidade* constitucional é uma inovação fundamental aduzida, no final do século XVIII, ao léxico político-jurídico da Modernidade. A consagração de direitos fundamentais, a divisão de poderes e a limitação do governo, são elementos importantes para a compreensão de todo o processo e para a afirmação do constitucionalismo moderno – mas *não* são a pedra de toque do momento constitucional americano, tampouco seu principal fruto. Como bem sintetizado por Stourzh, a idéia de que a constituição seja interpretada e vivida como uma norma supralegal, da qual dependa a validade de todos os outros atos normativos numa dada comunidade política "é a invocação mais significativa do constitucionalismo na América" (STOURZH, 1988, p. 48).

(**c**)

Para que se possa compreender a modificação política aqui discutida – o estabelecimento de uma nova modalidade de fundação das bases da normatividade – considera-se importante a projeção dessa inovação numa explicação mais abrangente da estrutura e dinâmica da sociedade. Não basta, para uma teoria da constituição que esteja apta a enfrentar os desafios que se colocam ao direito na contemporaneidade, reconhecer e louvar a conquista evolutiva da formalidade constitucional. É necessário ir adiante e indagar: qual o significado dessa construção moderna? Como ela pode ser útil para a adequada compreensão das pressões – inevitáveis – a que o sistema do direito estará sujeito, especialmente em circunstâncias extraordinárias nas quais uma determinada comunidade política (ou setores influentes dela) pareça inclinada a questionar, criticamente, a idéia de constituição como

forma? Também nesta parte da investigação, a teoria da diferenciação social de Niklas Luhmann poderá indicar soluções interessantes e coerentes.

Num primeiro momento, será aprofundada a discussão proposta no item (**a**) da tríade acima estabelecida. Em outras palavras: será importante uma rápida recuperação histórica da experiência imediatamente anterior ao advento do constitucionalismo moderno. Isso significa observar alguns elementos da fundação das colônias inglesas na América do Norte e aspectos importantes de seu desenvolvimento. A partir desse exercício, será possível ingressar nas linhas argumentativas sugeridas em (**b**) e (**c**).

2.1 A Prática Política da Época Colonial: a importância da herança inglesa

Quando se utiliza a expressão "colonização" para definir a ocupação, por imigrantes ingleses, de uma dada região da América do Norte, a partir do início do século XVII, pode-se transmitir um grau de generalidade ou homogeneidade que não corresponde à situação efetivamente vivida pelas comunidades fundadas pelos ingleses do outro lado do Atlântico. Não há um padrão para a fundação das colônias na América. Na verdade, a colonização não foi um projeto "nacional" inglês.

Assim, as colônias foram implantadas por grupos muito distintos entre si. O mesmo vale para o desenvolvimento das comunidades: diferenças em termos de orientação religiosa, pluralidade de tipos de exploração econômica e posturas sociais conflitantes eram comuns entre as colônias. A título de exemplo, pode-se recordar o fato de que sob a denominação "puritanos" existiam comunidades que se diferenciavam substancialmente em relação à tolerância religiosa e à liberdade de culto. No que diz respeito à economia, a

diversidade do terreno e a orientação dos colonos modificava-se de modo visível, com uma tendência maior à exploração do comércio e indústria nas colônias do Norte, com propriedades fundiárias de pequena dimensão, enquanto no Sul ficou evidenciada a vocação agrícola (extensas plantações de algodão) e a existência de grandes propriedades rurais. Por fim, havia uma nítida diferença de postura em relação à utilização de mão-de-obra escrava, que era maciça nas plantações do Sul e muito pouco praticada no Norte[117].

Não é possível, nesse contexto, generalizar de modo absoluto a experiência colonial. Por outro lado, alguns aspectos comuns efetivamente existiram. Dois componentes importantes da colonização inglesa podem ser vistos como elementos que contribuíram para a formação de uma identidade local e um sentimento de autonomia que serão inspiradores da construção do constitucionalismo pós-independência.

O primeiro deles, tão freqüentemente recordado em várias obras literárias e históricas, consiste na celebração de um pacto entre os membros de um grupo, com a finalidade de *fundação* de uma nova comunidade. É evidente o forte traço religioso existente nesses pactos[118]. Carl Friedrich associa essa prática a uma reabilitação da doutrina do Velho Testamento:

> O antigo judaísmo desempenhou papel decisivo na configuração original dos conceitos de lei, visto que o Deus único se revelou de maneira muito diferente dos deuses gregos. Jeová, o deus sem nome de Israel, distinguia-se, nitidamente, dos deuses circundantes dos outros povos, por sua preocupação com a lei [...]
>
> Tem sido menos freqüentemente sublinhado quão poderosa foi a influência exercida por essas noções religiosas sobre o pensamento jurídico do Ocidente, e de que maneira elas continuam moldando-o [...]

---

[117] Cf., para descrição da composição e desenvolvimento das colônias inglesas, as seguintes referências: Tully (1994, p. 28-38), Wells (1994, p. 39-52), Gordon (2002, p. 284-294) e Tarello (2003, p. 562-587).

[118] O mais famoso deles foi o celebrado por um grupo de puritanos a bordo do *Mayflower*, em 1620, rumo à Nova Inglaterra. Um excerto do texto do contrato enuncia: "Nós, na presença de Deus e em nossa presença, estabelecemos um pacto, solene e reciprocamente, e nos unimos em um corpo civil e político" (cf. TARELLO, 2003, p. 581).

> E certamente não foi acidental que os puritanos, lutando por um governo constitucional, escolhessem como senha da revolução de 1648 a frase "Para Vossas Tendas, Ó Israel!"; de fato, consideravam-se como a tribo perdida de Israel. A pronunciada ênfase sobre a lei, em toda a evolução política e governamental da Inglaterra (e mais tarde, dos Estados Unidos), se bem que antecipando esses movimentos, encontrou apoio e reforço religioso nessas idéias (FRIEDRICH, 1965, p. 24-26)

Perceba-se, em meio à citação, um conceito importante: "os puritanos, lutando por um governo *constitucional*..."; é claro que a expressão utilizada no contexto da transcrição tem aquele significado antigo, tradicional, tal como empregado por Coke na luta contra o absolutismo real.

Mas Friedrich não recorre ao conceito de modo gratuito. Aqui, na adoção de um contrato que estabelece uma comunidade, reside um importante componente do constitucionalismo moderno: a idéia de um *ato* que constitui os fundamentos da vida social e política[119].

Percebe-se, ainda, na solenidade da formalização de um ato fundacional, a segunda dimensão a ser explorada na presente recapitulação: a noção de autogoverno e de autonomia em relação ao poder central.

Na verdade, durante boa parte dos séculos XVI e XVII, não houve maior supervisão, pela Coroa, dos assuntos coloniais. Como visto anteriormente, durante todo o século XVII a Inglaterra esteve imersa numa monumental crise política, tal como descrita no capítulo I do presente trabalho. Além disso, o cenário internacional também atraía a atenção da Coroa inglesa. O resultado é que "ao tempo da Revolução [norte-americana] a maior parte das colônias tinha vivido sob um regime de amplo autogoverno por várias gerações" (GORDON, 2002, p. 286).

---

[119] Observe-se a importante distinção efetuada por Mario Dogliani acerca das noções de constituição como ato de estabelecer e ordenar e o complexo das qualidades das coisas estabelecidas e ordenadas. Cf., para tanto, a introdução do presente trabalho.

Esse autogoverno possuía, ademais, base institucional. Como se sabe, algumas das colônias inglesas foram fundadas sob a modalidade de companhias privadas, com a entrega de uma carta real aos mandatários. Outras formas de colonização incluíam a outorga de uma concessão direta a algum nobre inglês ou, por fim, a exploração e administração direta pela Coroa. Em todas as hipóteses, as colônias compreenderam a concessão de uma forma que permitisse a fundação de assembléias locais. Tornou-se uma prática a aprovação de normas de conduta por tais assembléias[120].

Essa autonomia, conquistada e exercitada ao longo de dois séculos, merece ser observada com maior detalhe. Na verdade, um dos elementos fundamentais para uma adequada compreensão do processo revolucionário norte-americano – e da posterior elaboração de uma constituição – reside exatamente no estudo da relação existente entre as colônias e a metrópole, ou seja, entre as comunidades fundadas na América e o Império Britânico. Uma radical transformação nos contornos dessa relação conduziu à independência.

Como já assinalado, as primeiras colônias inglesas foram estabelecidas mediante forte sentimento comunitário, com ênfase no compartilhamento de uma dada orientação religiosa – o que permitiu, especialmente no século XVI, a prática de vários atos de intolerância e perseguição religiosa nas colônias –, num processo que pode ser considerado como um desdobramento da política interna inglesa no último período Tudor e sob os primeiros Stuarts. O crescente isolamento dos puritanos na Inglaterra incentivou a fundação de colônias na América do Norte.

---

[120] Naturalmente, havia graus distintos de autonomia ao longo da prática política das diferentes colônias. Naquelas localizadas no extremo norte – Massachusetts, Connecticut e Rhode Island –, concentrava-se a maior parcela de autonomia. Foi estabelecida, nessas colônias, uma organização política tripartite, composta por um governador (que seria, em tese, o representante do rei, mas em duas das citadas colônias era eleito), um conselho (encarregado, com o Governador, dos assuntos voltados à administração da colônia) e uma assembléia de representantes dos cidadãos livres (que deviam pertencer à Igreja oficial da colônia, com exceção de Rhode Island, onde bastava a residência). Segundo Tarello, entre as atribuições dessa assembléia estavam as seguintes atividades: "fazer estatutos [...], estabelecer taxas internas e votar as despesas propostas pelo Conselho e pelo Governador" (TARELLO, 2003, p. 572-573).

Assim, quando a guerra civil encerrou-se com a execução do monarca e os puritanos chegaram ao poder, não havia maior razão para que os colonos se preocupassem com a relação com o poder central. A Inglaterra estava em meio a um novo regime político, com focos de luta que só seriam encerrados dois anos após a queda da monarquia. Era necessário reorganizar a política interna, assegurar a vitória militar obtida pelos parlamentares e cuidar dos conflitos emergentes com as potências militares da Europa continental. Naquele momento, as colônias não eram uma prioridade para a metrópole.

Essa percepção, contudo, seria modificada com a restauração e o retorno da dinastia Stuart ao poder. A partir de 1660, haveria, como bem explica Alan Tully, uma postura ambivalente da Coroa em relação às colônias: (i) por um lado, o rei assentiu com a promessa, feita por concessionários ingleses às lideranças locais, de manutenção e respeito às assembléias coloniais. Isso ocorreu em relação a Pensilvânia, Carolinas do Norte e Sul e New Jersey; (ii) por outro lado, os monarcas Stuart pós-restauração não estavam inteiramente de acordo com as pretensões e o exercício do autogoverno pelas colônias, que cada vez mais passavam a compreender a autonomia de que desfrutavam como um direito abrigado pela tradição inglesa. Por essa razão, em 1686 a Coroa aboliu as assembléias coloniais e procurou transferir o poder aos governadores por ela nomeados (cf. TULLY, 194, p. 28-29).

Porém, a situação seria mais uma vez alterada em razão da transformação do regime político inglês. A rápida deposição de Jaime II e a reorganização do regime levaram à supremacia do Parlamento. Assim, a Revolução Gloriosa foi recebida com enorme entusiasmo nas colônias inglesas da América do Norte, reticentes em relação às tendências autoritárias e pró-catolicismo dos monarcas Stuart. Houve, de fato, a derrubada de alguns dos governadores nomeados pelos Stuart pelos colonos insatisfeitos com o governo local (e, tal como na metrópole, a luta no ambiente colonial também era dirigida contra o que se considerava abuso

da prerrogativa do governante). Com a aprovação do *Bill of Rights* e dos demais atos do Parlamento que se seguiram, aqueles temores não eram mais justificados.

Alterou-se, portanto, a relação entre as colônias e o governo central. E isso é crucial para a compreensão do processo revolucionário que seria desenvolvido na segunda metade do século XVIII – e não apenas pela subsistência da autonomia local, que gerou a conhecida frase de Edmund Burke, que qualificou a postura da metrópole em relação às colônias como uma "negligência sábia e salutar" (cf. GREENE, 1994a, p. 97)[121].

A principal repercussão da Revolução Gloriosa nas colônias foi, porém, a consolidação e o crescimento de um forte sentimento de orgulho, entre os colonos, acerca da titularidade dos direitos e liberdades dos ingleses (entre os quais os colonos se consideravam incluídos). Esse sentimento foi hegemônico até a década de 1760. Como assinalado por Gordon Wood, a expressão "norte-americano" ("*American*", no original) era tida como pejorativa nos anos de 1760. Segundo Wood, se fosse indagada a nacionalidade de algum colono nesse período, ele se qualificaria como um "leal inglês" (WOOD, 2002, p. 2).

A prática política nas colônias da primeira metade do século XVIII passou, então, a ser inspirada no modelo constitucional inglês forjado após a Revolução Gloriosa. A liberdade das assembléias coloniais passou a ser defendida mediante recurso ao Parlamento inglês, enfim livre das aspirações absolutistas de monarcas que recorriam à legitimação divina (como os Stuarts vinham fazendo desde Jaime I). E com isso ficava evidenciada uma vinculação importante, que compreendia a idéia de liberdade e de preservação de direitos associada a um corpo representativo. Eis a afirmação de Alan Tully:

---

[121] Na verdade, a postura adotada pela Coroa e pelo Parlamento a partir da Revolução Gloriosa – e mantida até cerca de 1748 – foi essencialmente pragmática, consentindo com a autonomia das assembléias locais mas estabelecendo órgãos governamentais que pudessem exercer alguma autoridade sobre as colônias (especialmente sua atividade econômica). Cf., para essas informações, Tully (1994, p. 28-38), Olson (1994, p. 17-27) e Greene (1994a, p. 95-106).

> A Revolução Gloriosa, com sua ênfase na proteção dos direitos ingleses, estimulou os políticos eleitos para as câmaras baixas das assembléias a postular poderes compatíveis com a enorme importância que era destinada às instituições representativas, vistas como as principais protetoras das liberdades tradicionais (TULLY, 1994, p. 29)

Naquele contexto, as assembléias coloniais consolidaram-se como a instituição política central da experiência política. Além disso, o *common law* era regularmente praticado e adotado por juízes da colônia (TULLY, 1994 p. 30). Observe-se, aqui, que as instituições políticas e jurídicas coloniais não eram mera reprodução ou cópia daquelas existentes na Grã-Bretanha. Tanto a prática parlamentar de Westminster quanto o *common law* eram utilizados seletivamente, com o propósito de adaptar-se às circunstâncias locais.

Cabe, então, algum esclarecimento acerca do recurso ao *common law*.

Há vários indícios históricos que revelam uma influência considerável da doutrina do *common law*, na sua versão tipicamente seiscentista, na prática jurídica das colônias. Eis a importante descrição empreendida por Christopher Hill:

> Quando os compiladores do Código de Massachusetts de 1648 estavam realizando seu trabalho, pediram que lhes fossem enviados exemplares dos *Institutes, Reports, New Terms of the Law* e do *Book of Entries*, além da *Country Justice* de Dalton. As leis de Massachusetts já haviam proscrito todos os privilégios e monopólios feudais, juntamente com o aprisionamento por dívidas, e os procedimentos haviam sido simplificados através da eliminação de seus pormenores técnicos. Coke foi naturalmente a principal inspiração daqueles que redigiram o primeiro código moderno do mundo ocidental (HILL, 1992, p. 330)

Além disso, os colonos não poderiam estar alheios aos debates e conflitos políticos na Inglaterra dos Stuart. Graham Maddox demonstra, com perspicácia, que os colonos ingleses na América do Norte estavam atualizados quanto à literatura do período da guerra civil (MADDOX, 1995, p. 60). Como se constatou, Coke teve um papel relevante na aprovação, pelo Parlamento, da *Petition of Right*, e era um dos líderes da oposição ao rei Carlos I.

Ainda no século XVI, Coke parece haver influenciado o pensamento político de um dos principais doutrinadores do período colonial. Roger Williams foi o fundador da colônia de Rhode Island, líder político e religioso e autor de obras que circularam amplamente na América colonial[122]. Como lembrado por Christopher Hill, Coke tinha fortes vínculos com o puritanismo e foi o tutor, ainda na Inglaterra, de Roger Williams[123].

Percebe-se, então, que a prática política colonial estabelecida na primeira metade do século XVIII conseguiu combinar duas idéias que pareciam inteiramente distintas antes da Revolução Gloriosa: a autonomia local e a filiação a um Império com seu centro localizado no outro lado do Atlântico. E isso se tornou possível mediante a internalização daquela percepção, gerada pela Revolução Gloriosa, no sentido de que os ingleses, ao evitarem a intolerância religiosa e o absolutismo real, tomaram um caminho histórico diverso daquele escolhido pela expressiva maioria das demais monarquias européias. Como salientado por Alan Tully, consolidou-se, nas colônias, desde a Revolução Gloriosa, uma "intensa tomada de consciência dos direitos constitucionais ingleses" (TULLY, 1994, p. 30).

Não seria equivocado afirmar, logo, que a insularidade do regime político e do direito comum inglês foi transposta para o continente norte-americano. Evidentemente, essa ligação não seria sempre assim. Mas ela foi fundamental para a própria configuração da Revolução Americana.

Se for analisada retrospectivamente a prática política colonial, não seria inteiramente desprovido de fundamento afirmar que ali já estavam lançadas e anunciadas as bases do constitucionalismo moderno. Afinal de contas, na experiência das colônias estavam

---

[122] Cf. informações sobre a trajetória de Roger Williams em Tarello (2003, p. 566-586).

[123] "Coke foi tutor de Roger Williams, um homem que não desconhecia a legislação. Williams via Coke como um 'homem abençoado', que teria visto com bons olhos sua emigração para a Nova Inglaterra. Havia, portanto, alguma afinidade entre Coke e aqueles puritanos que, conforme a queixa de Sibthorpe, 'colocam a lei acima do rei'" (HILL, 1992, p. 336).

inequivocamente presentes a idéia de autonomia local, o conceito de representação dos cidadãos num corpo legislativo e a imposição de limites ao poder do governante.

Mas essa é mais uma tentação a ser evitada na reconstrução histórico-teorética do constitucionalismo moderno.

Na verdade, as categorias em questão não surgiram no constitucionalismo colonial. Como é sabido, o conceito de representação política, por exemplo, tem forte origem medieval e está inserido no conceito – forjado na Europa medieval – de constituição mista. O mesmo vale para a limitação do poder central: como visto no primeiro capítulo do presente trabalho, desde o movimento conciliarista houve tentativas de estabelecer a posição do governante como mandatário, guardião e executor de uma lei que o precede. A abrangente análise de Skinner demonstrou que essa idéia iniciou-se nos debates eclesiásticos, foi transposta para o governo secular, informou a doutrina tomista e foi reabilitada pelos teóricos políticos huguenotes.

Com isso, torna-se possível invocar – e reafirmar – a posição intermediária proposta no início do presente tópico. A combinação entre pacto fundante de uma comunidade política, exercício de autogoverno e defesa da imposição de limites ao poder central (mediante o funcionamento de instituições políticas e governamentais separadas) não pode ser considerada uma mera conseqüência ou aplicação dos princípios da organização política inglesa. Há um sabor de novidade na experiência colonial. Mas há, ao lado desse aspecto inovador, um evidente contato com a linguagem política e jurídica inglesa. A presença de documentos e da influência de Coke em diversos momentos da experiência histórica norte-americana demonstra que o *common law* é apenas uma indicação – seguramente demonstrada por investigação histórica – dessa circulação de informação entre a metrópole e a colônia.

Entretanto, é preciso recordar a advertência de Bernard Bailyn: quando os colonos empregam o termo "constituição", não estão antecipando a concepção que seria consagrada nos estados tornados independentes e na convenção da Filadélfia. Eles ainda estavam se movendo num terreno dominado pelo léxico tradicional ligado à experiência constitucional. Observe-se a seguinte passagem:

> Como seus contemporâneos na Inglaterra e como seus predecessores por séculos antes, os colonos no início da controvérsia revolucionária entendiam pela palavra "constituição" não, como nós teríamos entendido, um documento escrito ou mesmo um plano de governo não escrito mas deliberadamente arquitetado e uma especificação de direitos que está além do poder da legislação comum alterar; ao contrário, nela pensavam como uma ordem constituída – ou seja, existente – de instituições governamentais, leis e costumes juntamente com os princípios e objetivos que a animaram (BAILYN, 2003, p. 79).

A reiteração em torno da inexistência, no período seiscentista, de referências à acepção moderna de constituição parece indicar uma certa localização no tempo da mudança conceitual. Efetivamente, é possível perceber, na segunda metade do século XVIII, a transformação que incidiu sobre o conceito de constituição. A partir da experiência da Revolução Americana, o termo "constituição" passaria a ocupar um campo semântico até então ausente da prática política européia. Para que seja possível compreender a dimensão da mudança conceitual, é fundamental ilustrar alguns pontos do processo revolucionário norte-americano. Ao lançar luz sobre essa experiência, a observação histórica permitirá situar as origens do constitucionalismo moderno.

2.2 As Liberdades Tradicionais em Questão: o processo revolucionário e a independência norte-americana

Numa fração de tempo histórico notavelmente curta, compreendida entre 1763 e 1776, houve uma significativa mudança de postura das colônias em relação ao Império

Britânico. A partir da década de 1760, não havia mais uma atmosfera política que permitisse a um colono norte-americano sentir-se portador das mesmas "liberdades" usufruídas por um súdito britânico, como era comum ao final do século XVII e na primeira metade dos Setecentos (GORDON, 2002, p. 288). Na verdade, a Grã-Bretanha passou a simbolizar, nos tempos pré-revolucionários, a tirania e a injustiça (MADDOX, 1995, p. 60-61).

2.2.1 O florescimento da revolução: as medidas adotadas pela metrópole a partir de 1748 e a reação dos colonos

A sucessão de acontecimentos que conduziu à Revolução Americana é bastante conhecida: diante da internacionalização dos conflitos entre potências européias no século XVIII, com efeitos sobre domínios coloniais nas Américas, e em face de problemas financeiros enfrentados pelo reino inglês, a relação entre a Coroa e as colônias na América do Norte modificou-se radicalmente. A presença de tropas francesas ao norte e espanholas ao sul do território britânico na América, além dos constantes conflitos com grupos indígenas, levaram as colônias a procurar formas de estabelecer procedimentos comuns de defesa e estratégia militar. De outra parte, a Coroa, visando a obter mais recursos a partir da prática comercial das colônias, inaugura uma política de rigorosa tributação, que só aumenta a insatisfação das colônias. A Coroa procura ampliar, ainda, as atividades do tribunal do almirantado para o tratamento de questões voltadas ao comércio colonial, o que contraria a forte crença e legitimidade dos julgamentos por júri popular praticados nas colônias[124].

Consoante o minucioso relato histórico propiciado por Jack Greene, já no final da década de 1640 disseminava-se a percepção, no governo parlamentar britânico, de que eram necessárias mudanças na administração das colônias. A "negligência sábia e salutar" começava a incomodar o poder central. Segundo Greene, a modificação nos rumos da política

colonial remonta a uma série de reformas que foram tentadas a partir de 1748, com a indicação de George Montagu Dunk, terceiro conde de Halifax, para o cargo de presidente da Câmara de Comércio, órgão da administração pública que era responsável pela comunicação entre as autoridades centrais e os governadores nas colônias (como remessa de instruções aos ocupantes dos governos coloniais)[125]. Uma das principais razões para o endurecimento da política colonial ocorrido a partir de 1760 foi exatamente o malogro na aplicação das medidas intentadas entre 1748 e 1756.

Qual seria a motivação para a mudança na postura da metrópole em relação às colônias na América do Norte? Para Jack Greene, quatro principais fatores podem ser aduzidos:

(1) Crescimento das colônias. Num período de quarenta anos (compreendido entre 1710 e 1750), houve um enorme incremento populacional nas colônias britânicas na América do Norte: a população aumentou 160%. Houve uma nova onda de imigração, ampliou-se a produção agrícola e o volume do comércio praticado a partir das colônias[126].

(2) Rivalidades entre potências européias. O século XVIII foi marcado por várias guerras coloniais, que envolviam, entre outros, a França e a Espanha, que periodicamente deslocavam tropas para suas possessões na América do Norte. O Império Britânico percebeu o crescente perigo de derrota militar em território norte-americano, que poderia conduzir à perda das colônias[127].

(3) Relação entre metrópole e colônia. O regime de "negligência" conduzira a um enfraquecimento do poder da metrópole sobre os assuntos políticos das colônias. A prática das assembléias locais terminou por formar líderes

---

[124] Para uma descrição abrangente desses eventos, cf. Bonwick (1991, p. 56-115), Greene e Pole (1994, p. 95-268) e Tarello (2003, p. 589-607).

[125] Cf. Greene (1994a, p. 99-100). Para as atribuições do *Board of Trade* (que era formalmente denominado *Lords Commissioners of Trade and Plantations*), ver Steele (1994, p. 10).

[126] Cf., para essa informação, Perkins (1994, p. 53-63).

[127] Sobre o panorama das relações internacionais no período enfocado, ver Olson (1994, p. 17-27).

políticos hábeis, que detinham grande hegemonia sobre os corpos representativos e exerciam substancial poder com grande autonomia[128].

(4) Enfraquecimento dos governadores. Como uma conseqüência da formação de líderes políticos locais, os governadores viram seu poder reduzir-se sensivelmente, e queixavam-se, reiteradas vezes, em memorandos dirigidos a Londres, da falta de instrumentos para implementação das diretrizes do governo central (cf. GREENE, 1994a, p. 95-98).

A nova política colonial visava especialmente a estabelecer um maior controle do poder central sobre as assembléias locais. Para tanto, Londres procurou instruir diretamente os governadores das colônias, por meio da Câmara de Comércio, e interferir de forma mais rigorosa na emissão de papel-moeda pelas colônias. Houve, ainda, uma interessante controvérsia envolvendo a função dos juízes coloniais. A partir da década de 1750, algumas colônias haviam reconhecido a vitaliciedade dos juízes – a depender, apenas, do bom comportamento, nos moldes estabelecidos para os juízes ingleses após a Revolução Gloriosa. A metrópole opôs-se a tal deliberação, considerada como uma excessiva intromissão no poder central (responsável pela indicação dos juízes). A controvérsia envolveu várias colônias (New York, New Jersey, Pensilvânia, Carolina do Norte) e permaneceu irresolvida até o período revolucionário[129].

A metrópole não logrou, todavia, implementar as medidas que havia planejado para as colônias. A irrupção da Guerra dos Sete Anos, em 1756, atraiu a atenção de Londres para o cenário internacional e permitiu um rápido período de "negligência" em relação aos assuntos coloniais. Em 1760, ocorre a sucessão no trono inglês: com o falecimento de Jorge II, seu neto é coroado em Westminster, como Jorge III (CANNON, 2001, p. 279-280).

[128] Esse fenômeno é descrito de forma ilustrativa por Tully (1994, p. 29-35).
[129] Ver Greene (1994a, p. 98-106) e Bailyn (2003, p. 110-113).

Com a celebração da paz em Paris, em 1763 – que resultou na conquista, pelo Império Britânico, da maior parte do território canadense –, as atenções da metrópole puderam voltar-se, mais uma vez, às colônias na América do Norte. O processo revolucionário acelerava seu curso.

Jorge III procurou exercer suas prerrogativas régias com muito maior freqüência e extensão que seus antecessores na linhagem hanoveriana. Sucede, contudo, que tal aspiração ocorria num contexto político em que o governo já estava substancialmente sob a condução do Parlamento[130]. Para influir diretamente na condução dos assuntos governamentais, Jorge III precisou recorrer às instáveis facções oligárquicas que se formavam nas duas casas do Parlamento, e utilizou-se bastante da troca de favores, oferecimento de cargos e barganhas políticas. Seus gabinetes foram instáveis – sete primeiros-ministros diferentes num período de dez anos[131] – e suas relações com a aristocracia política dominante se deram num contexto de composição de interesses e estipulação de vínculos de lealdade de natureza privada (com repercussão no processo eleitoral, fortemente dominado, na parte inglesa do Império, pela camada aristocrática da estrutura social[132]).

É relevante notar, contudo, que a política colonial, a partir da década de 1760, não foi diretamente inspirada por Jorge III. Na verdade, o protagonista na mudança de atitude da metrópole em relação às colônias foi o Parlamento. Seguramente Jorge III estava de acordo com as medidas a serem adotadas[133]. Mas a responsabilidade, o planejamento e a

[130] O cargo de primeiro-ministro surgiu na prática política parlamentar, especialmente sob os primeiros monarcas hanoverianos. Sir Robert Walpole foi o primeiro ocupante do cargo, criado formalmente em 1727 (cf. CANNON, 2001, p. 660-661).

[131] Cf. Hibbert (2001, p. 217).

[132] Cf. para o funcionamento das instituições políticas e descrição das relações internas entre a Coroa e a aristocracia, o relato de Speck (1994, p. 3-8).

[133] Ao que tudo indica, a postura britânica quanto às colônias era virtualmente consensual no esquema institucional britânico, já que, como recorda W.A. Speck, na prática parlamentar do século XVIII, a "oposição era vista como algo desleal" (SPECK, 1994, p. 7).

determinação quanto às formas de execução da política colonial estavam sob a responsabilidade do gabinete parlamentar.

E qual era a motivação que conduzia o gabinete no trato dos assuntos coloniais? Segundo esclarecido por Jack Greene, tornou-se evidente, após o malogro das tentativas de implementação das medidas planejadas a partir de 1748 (descritas acima), que algo deveria ser feito em relação às colônias na América do Norte. Os eventos ocorridos durante a Guerra dos Sete Anos – que teve combates em território norte-americano – apenas reforçaram essa percepção em Londres. Observe-se a descrição propiciada por Greene:

> A experiência da guerra expôs de forma inédita a fraqueza da autoridade britânica nas colônias e intensificou as pressões para a adoção de reformas. Durante a guerra, assembléias locais utilizaram, de modo aberto e agressivo, a necessidade do governo de arrecadar fundos para diminuir ainda mais a autoridade dos governadores; muitos comerciantes nas colônias violaram flagrantemente o *Navigation Act*, em muitos casos com a conivência dos governos coloniais e das autoridades aduaneiras imperiais; e, ainda, muitas legislaturas não atenderam às requisições, feitas pela metrópole, de fornecimento de homens e recursos para o esforço de guerra – mesmo com a promessa de reembolso (GREENE, 1994a, p. 105)

Duas conclusões parecem ter ficado claras às autoridades em Londres, no início da década de 1760, consoante a análise de Greene: (i) as medidas almejadas pela metrópole no período compreendido entre 1748 e 1756, com a finalidade de expandir o controle sobre os assuntos coloniais, haviam falhado; (ii) a única forma de se obter esse controle seria mediante a interferência direta em temas como o comércio e o governo local – e essa interferência teria que ser levada a efeito pelo Parlamento situado em Londres (GREENE, 1994a, p. 105).

A metrópole partiu, então, para a formulação de uma nova política colonial, que consistiu, basicamente, na adoção de várias medidas destinadas a regulamentar o comércio praticado pelas colônias. Entre os instrumentos aptos a serem ativados pelo Parlamento, a

imposição de tributos foi a mais utilizada. A primeira medida implantada foi a reiteração, em março de 1764, de uma norma parlamentar de 1733 (o *Molasses Act*) que buscava regulamentar o comércio de açúcar e produtos empregados para a fabricação do rum[134]. A reafirmação do ato era necessária, pois ele vinha sendo sistematicamente ignorado pelos comerciantes nas colônias, com evidente beneplácito das autoridades aduaneiras. No mesmo ano de 1764, o Parlamento aprovou o *Currency Act*, que procurou limitar a emissão de moeda pelas colônias[135].

E, em 1765, sob a inspiração do primeiro-ministro George Grenville, sobreveio a iniciativa que atrairia a maior oposição no momento entre os habitantes das colônias: o *Stamp Act*, que buscou aumentar a arrecadação do Império com a venda de selos oficiais para aposição em documentos jurídicos, administrativos e outros[136]. Como assinalado por Peter Thomas, a oposição ao *Stamp Act* não estava fundada em razões financeiras, mas de ordem política. Nos dois casos anteriores – o *Molasses Act* e o *Currency Act* – não houve significativos protestos das colônias, quer pelo caráter limitado das disposições legais (com efeitos concretos em poucas colônias), quer pela especificidade dos temas tratados nas deliberações do Parlamento (cf. THOMAS, 1994b, p. 113-115).

Com a aprovação do *Stamp Act*, uma tributação destinada a incidir, de modo universal, sobre as colônias, era então lançada; com isso, a preocupação dos colonos estava justificada: o projeto da metrópole envolvia uma política de imposição de tributos indiscriminados aos

---

[134] Em 1763, havia 127 destilarias de rum na América do Norte (concentradas na Nova Inglaterra), que utilizavam o açúcar e seus derivados para fabricação do rum (cf. THOMAS, 1994b, p. 113).

[135] O principal problema era a rápida depreciação do valor dos títulos emitidos pela Virgínia, que começaram a ser utilizados para pagamento de débitos com a metrópole (ver THOMAS, 1994a, p. 108-109).

[136] Eis a descrição da norma, tal como exposta por Sellers, May e McMillen: "Ou subestimando a força da oposição colonial ou pouco se importando com isso, Grenville conseguiu, em 1765, que o Parlamento aprovasse a ainda mais provocadora Lei do Selo. Essa medida dispunha que os colonos adquirissem selos (estampilhas) da receita e os afixassem em todos os tipos de documentos legais e comerciais, em jornais, almanaques, cartas de jogar, dados e licenças de exploração do comércio de bebidas alcoólicas. Isso era tributação da forma mais visível e odiosa. Além de tudo, ofendeu principalmente os mais influentes na formação da opinião colonial – os comerciantes, advogados, tipógrafos e donos de tavernas" (SELLERS, MAY e MCMILLEN, 1990, p. 58-59).

colonos, como forma de resolver problemas de caixa vividos pela administração do Império. E aqui se iniciava uma fundamental tomada de consciência política: se os tributos diretamente dirigidos à colônia são aprovados no Parlamento de Westminster, era necessária representação dos colonos nas casas parlamentares. Portanto, a mudança de política da metrópole, a partir de 1763, passou a ser vista como uma ameaça não só à continuidade das atividades mercantis e econômicas na América do Norte, mas também às liberdades adquiridas historicamente pelos colonos, no interior da estrutura imperial britânica.

Consoante a narrativa de Peter Thomas, essa era a percepção da situação dos colonos em relação à metrópole:

> Lealdade à Coroa e subordinação ao Parlamento eram reconhecidos. Porém, os colonos, que reivindicavam os direitos dos súditos britânicos, não estavam (e nem poderiam estar) representados no Parlamento, mas apenas em suas assembléias, as únicas que teriam o poder de tributá-los. O *Stamp Act* e outras medidas fiscais foram condenadas diante de sua "manifesta tendência a subverter os direitos e liberdades dos colonos" (THOMAS, 1994b, p. 115)

O problema, então, era a idéia de representação, que, como assinalado por Gordon Wood, estava necessariamente associada nas colônias ao sufrágio eleitoral[137]. Como não havia membros do Parlamento britânico eleitos pelos colonos – distantes, de modo físico e conceitual, do complexo e sutil processo de escolha dos membros da Câmara dos Comuns[138] –, a representação era inexistente. Daí a conclusão: a imposição de tributos, por atos do Parlamento em Londres, com incidência nas colônias era uma usurpação das liberdades usufruídas pelos colonos[139].

---

[137] Cf. a abordagem proposta por Wood (1998, p. 181-188);

[138] Esse processo era quase inteiramente dominado pela oligarquia urbana e rural inglesa. As exigências para habilitação ao processo de votação eram altas – apenas um entre quatro homens adultos tinham o direito de voto – e os representantes eram, na maioria dos casos, escolhidos por algum nobre ou proprietário de terras local e apenas referendados no processo eleitoral. Ver Speck (1994, p. 4).

[139] Atente-se para a análise de Sellers, May e McMillen: "Naquele momento, poucos colonos estavam preparados para contestar a autoridade regulamentadora ou legislativa do Parlamento dentro dos confins do Império Britânico. Mas um número crescente deles achava que, como cidadãos britânicos, sob a proteção da Carta dos Direitos inglesa, só podiam ser taxados por suas próprias assembléias – os únicos corpos legislativos onde estavam representados" (SELLERS, MAY e MCMILLEN, 1990, p. 59).

Em outubro de 1765, oito das colônias organizaram numa reunião, no que ficou conhecido como o Congresso do *Stamp Act*, que, reunido em New York, redigiu e encaminhou à metrópole uma petição protestando contra os danos trazidos pela tributação proposta por Londres (THOMAS, 1994b, p. 115). A petição era um manifesto preparado por John Dickinson, líder político em atividade na Pensilvânia, e refletia uma insatisfação que se espalhara por todo o mundo colonial.

Uma outra medida adotada pelo gabinete liderado por George Grenville causou reação contrária nas colônias. Tratava-se do *Mutiny Act* (que ficou conhecido, entre os colonos, como *Quartering Act*), aprovado pelo Parlamento em 1765; essa norma dispôs acerca da obrigação das colônias de oferecer abrigo às tropas britânicas situadas em território norte-americano, o que significava a concessão de instalações para acomodamento, aquecimento, infra-estrutura e alimentação. Ao contrário do que comumente se imagina, o ato do Parlamento não permitia a requisição de residências para aquartelamento. Se as colônias não fornecessem barracas, as tropas podiam ocupar edificações não-utilizadas. De toda maneira, a iniciativa parlamentar não foi bem recebida, especialmente por New York, que tinha o porto com maior capacidade de receber navios com soldados e era, exatamente por isso, a colônia mais atingida pela ordem. Ademais, a determinação foi vista como um tributo, na medida em que onerava as administrações das colônias (mediante, também aqui, uma decisão tomada pelo Parlamento em Westminster)[140].

Esse foi, então, o primeiro conjunto de medidas adotadas pela metrópole em relação às colônias da América do Norte pelo gabinete Grenville. Era uma combinação entre estabelecimento de novos tributos e a maior interferência nos assuntos políticos das colônias. Entre todas as medidas, a que mais causou reação contrária entre os colonos foi o *Stamp Act*, que sequer foi implementado. O gabinete parlamentar precisou, então, elaborar novas medidas

para conseguir seu objetivo, que era o de exercer maior controle sobre o comércio e a administração das colônias. Em 1767, foram aprovadas as novas disposições da metrópole, sob a inspiração de Charles Townshend, que era o *Chancellor of the Exchequer* do gabinete[141]. O conjunto de normas e resoluções aplicadas passou a ser conhecido como *Townshend Acts*; eles receberam a mesma reprovação experimentada pelas deliberações anteriores, e foram pavimentando, de forma lenta mas progressiva, o caminho da independência.

O núcleo dos *Townshend Acts* era a tributação, que se propunha mais racional do que as iniciativas anteriores. O *Stamp Act* foi revogado e, em seu lugar, foi determinada a incidência de tributos sobre uma extensa lista de produtos do comércio colonial. Além disso, foi instalada em Boston uma Câmara de Comissários do Comércio, com a finalidade de coletar os tributos devidos e fiscalizar, com maior proximidade, o cumprimento das decisões parlamentares. Por fim, foi aprovada uma legislação específica – o *New York Restraining Act* – de caráter punitivo à assembléia de New York, que havia resistido ao cumprimento do *Mutiny Act* (cf. CHAFFIN, 1994, p. 126-145).

O efeito dos *Townshend Acts* foi o aprofundamento da crise. A imposição de tributos sobre vários produtos conduziu ao boicote, pelas colônias, da importação de bens oriundos da metrópole. Tentativas de reduzir os poderes de legislaturas locais, como em Massachusetts e na Carolina do Norte, não foram bem-sucedidas. A implantação da Câmara de Comissários em Boston andava a passos lentos. A cooperação das colônias era mínima – ou inexistente (cf. CHAFFIN, 1994, p. 126-145 e GREENE, 1994b, p. 171-177).

---

[140] Cf., acerca do *Mutiny Act*, Thomas (1994a, p. 111), Chaffin (1994, p. 134-135) e Leach (1994, p. 151).

[141] Eis a descrição do perfil de Townshend, tal como proposta por Robert Chaffin: "Ambicioso e oportunista, Townshend, 41 anos, era o membro mais experiente do gabinete Chatham [...] Nas duas décadas em que esteve no Parlamento, Townshend foi subordinado de George Montagu Dunk, conde de Halifax, na Câmara de Comércio, onde recebeu uma completa instrução nos assuntos coloniais. Posteriormente ele ocupou cargos como

Dois outros incidentes ocorreram nessa segunda etapa do distanciamento entre metrópole e colônia. Em 1770, uma tropa de soldados do Império, num incidente próximo ao porto de Boston – cidade que passaria a ser o epicentro das manifestações contrárias às medidas do Parlamento –, deparou-se com um grupo de ativistas políticos e abriu fogo. Cinco colonos foram mortos, inclusive um escravo liberto. O episódio passou a ser conhecido como o "Massacre de Boston". Em 1772, um navio de guerra da marinha britânica, o *Gaspée*, foi incendiado próximo a Providence, Rhode Island, e seu comandante foi ferido. Esses episódios aumentaram o desentendimento entre metrópole e colônia[142].

E, no que pode ser considerado o desdobramento decisivo das medidas implementadas a partir do *Stamp Act*, criou-se, nas colônias, uma resistência organizada em relação aos atos do Parlamento. Essa resistência consolidou-se de duas formas: por um lado, uma verdadeira profusão de panfletos tomou conta da imprensa nas colônias. Nomes como John Dickinson, James Otis, John Adams e vários outros começaram a posicionar-se contrariamente às determinações da metrópole e iniciaram um movimento fundamental para a conscientização dos colonos e a radicalização da resistência. Os panfletos eram muitas vezes publicados sob pseudônimos, a circulação era intensa e o debate entre pontos de vista conflitantes era comum. Essa foi a literatura da revolução[143]. E, por outro lado, setores das comunidades coloniais começavam a se agrupar sob a liderança de vários políticos, com destaque, em Massachusetts, para Samuel Adams. Esses grupos – que tiveram sua origem na resistência de nove colonos na época do *Stamp Act* – passaram a se autodesignar como

---

o de Secretário da Guerra, Presidente da Câmara de Comércio, *First Lord* do Almirantado e Tesoureiro do Exército; todos esses cargos lidavam, direta ou indiretamente, com as colônias" (CHAFFIN, 1994, p. 126).

[142] Cf., para os eventos citados, Chaffin (1994, p. 140-143), Leach (1994, p. 151-152) e Simmons (1994, p. 167-168).

[143] A principal contribuição para o exame dessa literatura é de Bernard Bailyn. A partir da introdução que preparou para a edição, pela *Harvard University Press*, dos panfletos da América do Norte no século XVIII, Bailyn desenvolveu um abrangente quadro das origens ideológicas da Revolução Americana. A introdução da edição foi posteriormente ampliada e se transformou na fundamental obra de Bailyn (2003). Cf., acerca do projeto histórico global de Bailyn, incluindo seus primórdios e desenvolvimento, a esclarecedora resenha elaborada por Gordon Wood (2003).

"Filhos da Liberdade", e empreenderam ações de protesto e confronto com as forças militares e autoridades alfandegárias imperiais (cf. CONROY, 1994, p. 223-227 e COUNTRYMAN, 1994, p. 184-197).

Diante das dificuldades na implementação dos *Townshend Acts*, o Parlamento levantou a tributação da maior parte dos produtos e voltou a procurar novos meios de obter recursos da colônia[144]. Uma nova – e definitiva – crise eclodiria em 1773, e ela estava relacionada com a *diminuição* do preço de um produto.

E é curioso, conforme observado por David L. Ammerman, que um movimento político seja associado a uma efetiva redução no preço de uma mercadoria. Mas foi, de fato, o que ocorreu. Segundo a interpretação que acabou por prevalecer nos debates parlamentares em Londres, uma forma eficaz de exercer efetiva tributação sobre as atividades comerciais da colônia seria a regulamentação da comercialização do chá. Naquele mesmo período da década de 1770, a Companhia das Índias Orientais estava próxima à falência. O gabinete parlamentar impôs, então, às colônias, o monopólio da Companhia para importação do chá, e reservou à própria empresa o direito de escolher os mercadores norte-americanos aptos a receber o produto. Como uma forma de viabilizar a aplicação da norma, o preço final do chá, para as colônias, foi reduzido em relação ao valor praticado na época (cf. AMMERMAN, 1994a, p. 198-200).

O problema da regulamentação é que ela significava, ainda que indiretamente, nova tributação, pois os importadores eram obrigados a comprar o chá por intermédio da Companhia das Índias Orientais. Tratava-se de um mecanismo sutil de fixação de tributo, na medida em que o consumidor final sequer seria afetado, em virtude da redução do preço. Porém, tal como na reação ao *Stamp Act*, o problema não era o impacto financeiro imediato

[144] Ver Sellers, May e McMillen (1990, p. 60).

das medidas da metrópole, mas a sua motivação implícita, que compreendia a imposição de tributos aos colonos por um Parlamento em que eles não estavam representados. O resultado foi a solidificação da percepção já amadurecida ao longo dos anos anteriores – de que estava em andamento uma política imperial agressiva visando à diminuição das liberdades dos colonos[145].

Em fins de 1773, um navio com carregamento de chá atracou no porto de Boston. Havia um temor generalizado no sentido de que, caso fosse efetivamente descarregado o produto, ter-se-ia a materialização da tributação almejada pela metrópole. Assim, um grupo de ativistas coloniais (ao que parece, mal-disfarçados de índios *Mohawk*) invadiu o porto no dia 16 de dezembro e lançou cerca de noventa toneladas de chá ao mar[146]. O episódio, normalmente conhecido como *Boston Tea Party*, foi utilizado por Londres para a adoção de severas medidas punitivas.

Essas iniciativas, denominadas de *Coercive Acts* (ou, na colônia, como *Intolerable Acts*), foram aprovadas pelo Parlamento e implementadas entre março e junho de 1774 e podem ser assim descritas:

(1)*Boston Port Act*. O porto de Boston foi fechado até que os colonos pagassem pelo chá e o local fosse considerado seguro, a depender de decisão do rei.

(2)*Massachusetts Government Act*. Um conjunto de medidas destinado a diminuir a influência da assembléia local nos assuntos de governo. Foi modificado o

[145] A medida tinha um componente de impopularidade efetivamente considerável, consoante o esclarecedor relato propiciado por David Ammerman: "As objeções na colônia vieram de três diferentes grupos. Patriotas profissionais afirmavam que a redução do preço associada à manutenção do tributo colonial constituía outra tentativa do Governo Britânico de iludir os colonos, para que aceitassem a tributação. Os mercadores [...] estavam contrariados diante da possibilidade de a Companhia das Índias Orientais escolher seus próprios intermediários. Isso consistia em monopólio da venda do chá, alegavam os mercadores, e poderia abrir o caminho para medidas similares no futuro. Finalmente, contrabandistas estavam irritados com a perspectiva de diminuição no preço do chá, pois a perspectiva de venda do chá, de forma legal, a preços mais baixos do que aqueles praticados pelos contrabandistas poderia reduzir a clientela. Essa combinação (patriotas profissionais, mercadores e contrabandistas) significava uma formidável oposição" (AMMERMAN, 1994a, p. 199).

[146] Cf. Sellers, May e McMillen (1990, p. 61-62).

sistema de indicação para a Câmara Alta da colônia e limitado o número e alcance das reuniões dos habitantes das cidades.

(3)*Justice Act*. Uma norma que visou a proteger os oficiais do Império Britânico do julgamento por tribunais de júri locais, especialmente quando fossem responsabilizados pela morte de colonos. A norma possibilitava a transferência do julgamento para outra colônia ou para a própria Grã-Bretanha.

(4)*Quartering Act*. Trata-se de um aperfeiçoamento do *Mutiny Act* aprovado na década anterior, e dispôs que, caso as instalações oferecidas para abrigo das tropas fossem consideradas inadequadas pelo governador local, as tropas estariam autorizadas a ocupar edificações públicas.

(5)*Quebec Act*. Ainda que essa medida não tenha sido justificada com base no *Boston Tea Party*, ela foi anunciada em conjunto com as outras quatro precedentes, e por tal razão elas são normalmente agrupadas (já que foram percebidas, nas colônias, como pertencentes ao mesmo conjunto de iniciativas da metrópole). O *Quebec Act*, contrariando inteiramente as expectativas dos colonos, anexou à colônia de Quebec os territórios do Noroeste, permitiu a manutenção do regime francês do *civil law* e estabeleceu a tolerância com a religião católica[147].

Em setembro de 1774, reuniu-se na Filadélfia o primeiro Congresso Continental. Até aquele momento, não estava definida a intensidade da reação colonial às medidas impostas pela metrópole. O caminho da independência era visto como uma alternativa radical, distante do pensamento dominante da época. O Congresso teve, inclusive, a preocupação de evitar uma ação unilateral da colônia de Massachusetts, recomendando expressamente que ela não adotasse ações militares unilaterais contra forças do Império (com a promessa de solidariedade e defesa por parte das demais colônias na hipótese de ataque pela metrópole). Por outro lado, o primeiro Congresso considerou inteiramente inaceitável a legislação referente aos *Coercive Acts*, preparou uma lista das ofensas que entendia presentes na

legislação colonial britânica e requereu, expressamente, a sua revogação, para que se pudesse abrir o caminho para negociação com Londres acerca do comércio, tributação e instituições de governo local. A percepção majoritária entre os delegados presentes era de que a legislação imperial contrariava os direitos e liberdades dos colonos, reiterando a idéia – já disseminada – de que os habitantes das colônias não poderiam sujeitar-se a prescrições legais de caráter punitivo aprovadas por um Parlamento em que não estavam representados.

Uma outra deliberação significativa ocorreu no primeiro Congresso Continental: com a finalidade de organizar, em âmbito intercolonial, a manutenção do boicote a produtos tributados pela metrópole, foram criados comitês locais de inspeção, o que seria o embrião de uma estrutura institucional que, pela primeira vez, transcendia os limites de cada uma das colônias. O Congresso encerrou suas atividades em outubro de 1774, com o compromisso de nova sessão na primavera seguinte[148].

A alternativa de negociação, possibilitada pela petição encaminhada pelo primeiro Congresso, foi inteiramente desconsiderada como uma opção viável pela metrópole. No Parlamento, predominava a idéia de que era necessária uma demonstração de força, uma aplicação compulsória da legislação aprovada em Westminster e a reinserção das colônias na estrutura do Império. Mesmo para os padrões da época, trata-se de uma decisão efetivamente desastrosa (do ponto de vista da permanência dos objetivos de Londres, ou seja, da manutenção das possessões na América do Norte no Império Britânico). A situação não era propícia a um *show of force*: a principal colônia da Nova Inglaterra estava a ponto de rebelar-se inteiramente, havia uma ampla literatura contrária às medidas adotadas por Londres e os colonos haviam demonstrado, em várias oportunidades, a resistência à tributação e intromissão em assuntos locais. Mesmo assim, Londres invabilizava qualquer negociação e

---

[147] Cf., para as informações constantes dos itens 1 a 5, Bailyn (2003, p. 121-122) e Ammerman (1994a, p. 201-202).
[148] Para um completo relato das decisões do primeiro Congresso Continental, cf. Ammerman (1994a, p. 202-206).

partia para a confrontação direta. Como bem assinalado por David Ammerman, "analisando-se retrospectivamente, parece que o Governo Britânico fez tudo errado" (AMMERMAN, 1994a, p. 209).

Seguindo ordens expressas de Londres, o governador Thomas Gage colocou suas forças em prontidão e determinou, em 18 de abril de 1775, a apreensão de determinados suprimentos militares armazenados em Lexington e Concord. Uma milícia armada colonial impediu a operação, e as tropas tiveram que se retirar. Houve cerca de 275 baixas nas forças britânicas[149].

Quando o segundo Congresso Constitucional iniciou sua sessão, em 10 de maio de 1775, ainda não era hora de declarar a independência. Muitos delegados procuraram nova saída conciliatória, mas a situação havia mudado. Foi decretado o estado de defesa e criado o exército continental, cujo comando foi entregue a George Washington, proprietário de terras na Virgínia e encarregado das milícias locais (cf. AMMERMAN, 1994b, p. 214 e HIGGINBOTHAM, 1994c, p. 787-788).

Por outro lado, o Congresso Continental encaminhou uma petição ao Rei Jorge III com as explicações para as medidas adotadas; segundo os delegados, os eventos ocorridos em Lexington e Concord obrigaram a uma maior organização das forças coloniais, como um movimento de defesa. A petição enumerava, ainda, uma série de agravos que foram inteiramente atribuídos ao gabinete parlamentar, e requeria a intervenção do monarca para o restabelecimento da paz e da harmonia que vigoravam antes do início das hostilidades. A reação do rei, em agosto de 1775, não foi animadora. Jorge III recusou-se a receber a petição e afirmou que as colônias estavam em "traição aberta e declarada". Em dezembro de 1775, o

[149] Ver Conroy (1994, p. 227-228), Calhoon (1994, p. 248-249) e Higginbotham (1994a, p. 296-297).

Parlamento aprovou o *Prohibitory Act*, que baniu completamente o comércio com as colônias (HAMOWY, 1994a, p. 264).

Então, a partir de janeiro de 1776, os eventos se precipitaram. Foi publicado, no mês de janeiro, o panfleto *Common Sense*, de Thomas Paine, uma clara conclamação à ruptura com o Império e a subseqüente tomada de posição em prol da independência. A maioria dos delegados foi inclinando-se gradativamente, ao longo de todo o primeiro semestre de 1776, em prol da separação em relação à Grã-Bretanha. A célebre declaração lida em 4 de julho de 1776, muito provavelmente redigida por Thomas Jefferson, proprietário de terras e líder político oriundo da Virgínia, apenas refletiu essa mudança de orientação do Congresso. O documento, na melhor tradição inglesa, enumera os agravos sofridos pelos colonos e proclama a independência dos Estados Unidos da América[150].

Os conflitos militares prosseguiram até outubro de 1781, com a rendição britânica em Yorktown (HIGGINBOTHAM, 1994b, p. 309-320). Consolidada a independência, os Estados Unidos precisariam decidir uma série de questões relevantes, como a estrutura a ser adotada para a união, a existência (ou não) de instituições em âmbito interestadual e o regime político. Esse processo de arquitetura seria concluído apenas em 1787-1789, com a promulgação e ratificação da Constituição norte-americana. Porém, antes que se possa analisar a construção desse documento constitucional, é fundamental passar à discussão em torno das origens da Revolução Americana e sua relação com o passado das colônias, aí incluídas, evidentemente, a herança e a tradição inglesas.

---

[150] Cf., para os eventos que conduziram à independência, Ammerman (1994b, p. 217-222) e Hamowy (1994a, p. 264-268). Ver também a fundamental obra de Thomas Paine (1982, p. 11-55) e sua análise em Fruchtman, Jr. (1994, p. 260-263). Quanto à trajetória de Jefferson, cf. Appleby (1994, p. 738-739). Ver o texto original e completo da Declaração de Independência na versão transcrita por Richard Cox (1998, p. 75-83). Doravante, quando se tratar da citação de excertos dos Artigos da Confederação ou da Constituição norte-americana, adotar-se-á a edição preparada por Cox, na medida em que se trata de versões originais e autorizadas dos documentos, tais como certificadas pelo *Keeper of the Rolls* do Departamento de Estado, em Washington DC e publicadas no *United States Code*. Cf., inclusive para uma criteriosa análise dos documentos originais e posteriores versões, Cox, (1998, p. 27-34, 80, 106-138).

2.3 A Revolução Americana em Perspectiva Histórica: posturas ambivalentes em relação aos direitos e liberdades tradicionais inglesas

Foi possível observar, em todo o processo histórico que conduziu à Declaração de Independência – que teve seu curso acelerado, como visto, no período compreendido entre 1763 e 1776 –, um curioso e interessante elemento: a cautela na prática revolucionária. Essa contenção, essa postura cuidadosa foi manifestada em várias ações políticas, desde a recomendação expressa do primeiro Congresso Constitucional, no sentido de prevenir uma ação radical de Massachusetts, até a preocupação no envio de petições ao rei, contendo relatos de agravos sofridos pelos colonos e solicitando providências para restabelecimento da harmonia e ordem. Não é o que se imagina, ordinariamente, quando se menciona a idéia de revolução, especialmente no movimentado século XVIII. Mas foi o que ocorreu. Como assinalado por Robert Rutland, uma das muitas "ironias" do processo revolucionário norte-americano é o fato de que os colonos insistiam estar lutando "contra a pátria-mãe com o objetivo de preservar seus direitos naturais à liberdade inglesa, nos termos da lei" (RUTLAND, 1994, p. 271). Isso confere, segundo Gordon Wood, uma "curiosa coloração conservadora à Revolução Americana" (WOOD, 1998, p. 13).

Essa é uma explicação fundamental para a compreensão do fenômeno revolucionário norte-americano, e que tende a ser desconsiderada quando são destacados apenas os fatores de novidade e ruptura da Revolução com a tradição inglesa. Evidentemente, consolida-se, nos Estados Unidos da América, a partir de 1776, uma fundamental modificação – e ela será relevante para a formação de uma confederação a ser posteriormente convertida em federação, mediante um documento constitucional. Mas a lógica, a inspiração, a *ratio* do

processo revolucionário só podem ser satisfatoriamente reconstruídas, em termos históricos, se a relação entre a colônia e a metrópole for analisada sob um ponto de vista menos comprometido com a simples novidade e mais interessado na elucidação da sutil e intrincada cadeia de sentido que remete, por um lado, a uma estrutura conceitual fortemente tradicional e histórica e, por outro, ao monumental esforço criativo desenvolvido pelos fundadores logo após a independência.

No Congresso do *Stamp Act*, em que se reuniram oito colônias com o objetivo de protestar contra as medidas fiscais que começavam a ser implementadas pelo gabinete parlamentar, os delegados, como salientado no tópico antecedente, remeteram a Londres uma petição em que enumeravam os agravos a que estavam submetidos pelo gabinete Grenville. Mas membros do Congresso, nas sessões deliberativas, puderam sustentar – sem maior oposição e, ao que parece, refletindo uma visão comum – que, na condição de súditos ingleses, "haviam nascido sob a forma de governo que era a mais perfeita de todas" (cf. WOOD, 1998, p. 11).

O orgulho de pertencer ao regime político inglês tinha suas origens na própria fundação das primeiras colônias, na primeira metade do século XVII, e apenas aumentou com os eventos que conduziram à Revolução Gloriosa. Foi possível remarcar, nas páginas iniciais deste capítulo, que todo o processo político inglês ocorrido das décadas de 1670-1680 foi acompanhado com muita atenção pelos colonos na América do Norte, que eram francamente contrários e demonstravam receio em relação às posturas absolutistas e supostamente papistas da dinastia Stuart, no período posterior à restauração. A manutenção da linhagem protestante na sucessão do trono e o conseqüente afastamento da casa Stuart – que havia vivido na França nos anos da república – devolveram aos colonos aquilo que Gordon Wood qualifica, numa expressão de difícil tradução, como "*Englishness*", ou seja, a dimensão insular e diferenciada

que caracterizou o regime político inglês, especialmente se comparado às monarquias absolutistas européias nos Seiscentos[151].

É importante lembrar que não se tratava apenas de uma vinculação teórica, formal, ao arcabouço conceitual construído na Inglaterra no século XVII. Elementos da prática política e jurídica inglesa serviram visivelmente como modelos para os colonos norte-americanos. Como já visto, a efetiva atuação de assembléias locais com amplo poder decisório era plenamente justificada com o recurso ao Parlamento de Westminster. E, por outro lado, a prática jurídica colonial estava fortemente vinculada ao *common law* construído e elaborado pelos juízes ingleses. Documentos legais tradicionalmente reverenciados pelos juízes dos tribunais de *common law* figuraram como inspiração para os colonos na América do Norte[152].

E, o que é interessante (e já vivenciado no *common law*, especialmente nas lutas entre Coke e a prerrogativa real): mesmo *novos* direitos, *novas* liberdades eram vistas como pertencentes ao conjunto dos direitos da tradição inglesa (ainda que não vivenciados na pátria-mãe)[153]. Segundo Gordon Wood, os colonos norte-americanos:

> poderiam claramente conceber suas ações como uma simples preservação daquilo que era considerado, por qualquer inglês, como existente desde tempos imemoriais. Eles sinceramente acreditavam não estar criando novos direitos ou novos princípios, inspirados apenas no que deverá ocorrer no futuro, mas sim reivindicando, "somente para manter os seus antigos privilégios", os direitos e princípios tradicionais de todos os ingleses,

[151] Cf., para um contexto relevante em que o termo é utilizado, Wood (2003, p. 13).

[152] Verifique-se a seguinte síntese, empreendida por Robert Rutland: "Orgulhosos emigrantes provenientes da Inglaterra invocaram seus direitos como ingleses quando aprovaram o *Massachusetts Body of Liberties* em 1641, consolidando assim o seu entendimento sobre a regra de direito manifestada, inicialmente, na Magna Carta. Ademais, cartas coloniais em Maryland, Carolina, Pensilvânia e New Jersey iam progressivamente encorajando súditos ingleses na América do Norte a considerar que o *common law* e certos direitos pessoais eram parte de sua herança. Esses direitos eram algumas vezes chamados 'naturais' e na prática diária eles compreendiam garantias para um julgamento pelo júri, direitos aos acusados, liberdade de consciência, liberdade de reunião em tempos de paz, direito de petição a corpos legislativos e uma imprensa exuberante (e freqüentemente irrestrita)" (RUTLAND, 1994, p. 271).

[153] Cf., para a liberdade de imprensa, Rutland (1994, p. 271). Quanto à participação da população nos processos eleitorais – muito maior nas colônias do que na metrópole –, ver Speck (1994, p. 4).

> sancionados por aquilo que eles imaginavam sempre ter sido no passado (WOOD, 1998, p. 13).

Essa era a visão amplamente dominante nas colônias, incluindo-se os setores mais contestadores, no início do processo revolucionário. Samuel Adams – o líder político de Massachusetts que seria um dos mais radicais opositores ao regime imperial nos anos de 1770 – declarava, sem rodeios, que o sistema britânico era "o melhor modelo de governo já concebido por mortais". A afirmação é de 1759[154].

Já em 1774, durante o primeiro Congresso Continental, o mesmo Samuel Adams dizia que a disputa entre a metrópole e a colônia deveria ser resolvida de acordo com os "princípios de equidade e harmonia a serem restaurados entre a Grã-Bretanha e as Colônias" (RUTLAND, 1994, p. 28). Não surpreende, pois, a assertiva de David Ammerman, que, ao analisar os "debates, cartas e diários" do período localizado entre a Batalha de Lexington e a Declaração de Independência conclui: "a maioria dos líderes norte-americanos era contrária à independência" (AMMERMAN, 1994b, p. 221). Numa iniciativa interessante – e reveladora da concepção predominante na colônia em 1774 –, o primeiro Congresso Continental, antes de encerrar a sessão, redigiu e encaminhou uma "Carta aos habitantes de Quebec"; como se sabe, a região hoje situada em território canadense havia sido conquistada pela Grã-Bretanha na Guerra dos Sete Anos. O Congresso, salientando que os habitantes do Quebec não conheciam seus direitos como súditos ingleses, passaram a enumerá-los, em tradução para a língua francesa: julgamento por um tribunal do júri, *habeas corpus* e liberdade de imprensa, entre outros. Como salientado por Rutland, ainda que seja evidente a intenção "propagandística" dessa iniciativa (os colonos procuravam angariar a simpatia dos súditos do Quebec para possibilitar a expansão das colônias a Oeste), a redação do documento mostra

[154] Reproduzida em Wood (1998, p. 11).

"como os norte-americanos estavam ainda ligados a sua categorização de direitos" (RUTLAND, 1994, p. 272).

O segundo Congresso Continental manteve essa linha de raciocínio. Mesmo durante a preparação para a guerra, a reconciliação com o Império era vista como uma forte possibilidade (e, para muitos, como uma alternativa desejada). Atente-se para a seguinte passagem:

> Os delegados do segundo Congresso recusaram-se a abrir seus portos a nações estrangeiras, pois isso violaria a lei britânica, relutaram em ingressar em negociações para obtenção de auxílio militar externo, porque seu objetivo era de retornar ao Império [e] inventariaram material bélico e armas apreendidas, já que queriam devolvê-las à Inglaterra, quando o conflito terminasse (AMMERMAN, 1994b, p. 211)

E, consoante já visto no tópico antecedente, os delegados do segundo Congresso enviaram uma petição ao Rei Jorge III, na qual justificavam as medidas de defesa até então implantadas e enumeraram os agravos a que permaneciam submetidos. A petição responsabilizava o gabinete ministerial pela má conduta no trato dos assuntos coloniais e solicitava a intervenção do monarca para que fossem restauradas a paz e a harmonia antes existentes entre metrópole e colônia. Com a recusa do rei em receber a petição, foi tomando corpo, lentamente, a conscientização entre os líderes políticos coloniais acerca da necessidade da independência (ver AMMERMAN, 1994b, p. 217 e STEELE, 1994, p. 15).

Tanto é assim que apenas em janeiro de 1776, alguns meses antes da Declaração de Independência, surgiu o primeiro panfleto influente que defendia, abertamente, a separação da colônia em relação ao Império. No célebre *Senso Comum*, Thomas Paine justifica sua posição favorável à independência com evidente preocupação em refutar os argumentos normalmente empregados pelos partidários da reconciliação com a Grã-Bretanha (ver PAINE,

1982, p. 11-55)[155]. Porém, o próprio Paine, que era um escritor e líder político situado no espectro radical dos revolucionários, afirmava, no *Senso Comum*, que "Homem algum desejava mais a reconciliação do que eu mesmo", tendo sido modificado tal estado de espírito apenas com a Batalha de Lexington, quando então, prossegue Paine, "rejeitei para sempre o endurecido e mal-humorado faraó da Inglaterra" (PAINE, 1982, p. 30). E, em pleno esforço de guerra, George Washington, comandante-em-chefe do exército continental, escreveu aos súditos do Império Britânico nas Bermudas para solicitar adesão à causa das colônias da América do Norte, dirigindo-se a eles como "descendentes de homens livres e herdeiros, como nós, da tradição Gloriosa" (RUTLAND, 1994, p. 272).

Diante desse contexto, não seria inadequado indagar: por que a insistência dos colonos norte-americanos quanto à reconciliação com o Império? Por que, mesmo com todos os sinais de confronto enviados pelo rei e pelo gabinete, permanecia viva a idéia de retorno dos colonos à estrutura imperial? A busca de resposta a essas questões é um percurso que insere a Revolução Americana numa bruma de "ironia e incompreensibilidade"[156] que só pode ser dissipada na perspectiva diacrônica, ou seja, mediante confronto entre a prática revolucionária e o mundo conceitual existente nas colônias da América do Norte no século XVIII.

Como assinalado por Bernard Bailyn, a linguagem política e os autores utilizados no contexto revolucionário poderiam indicar três fontes fundamentais para a consolidação das idéias que teriam inspirado os fundadores da nação norte-americana: a Antigüidade clássica, o *common law* praticado na Inglaterra e a literatura do Iluminismo e jusnaturalismo europeus

[155] Um outro ilustre escritor de panfletos do período revolucionário, James Otis, que se opunha radicalmente às medidas implementadas a partir de 1763, não conseguiu suplantar sua forte vinculação ao patrimônio conceitual inglês (ele era um ávido leitor das obras de Coke). As conseqüências foram avassaladoras. Consoante noticiado por Gordon Wood, o dilema em que Otis se viu inserido – por um lado, a tradição do *common law* tal como entendida por Coke e, por outro, a corrente do jusnaturalismo esclarecido corporificada na obra do publicista suíço Emmerich de Vattel – "constituíram a crise da sua própria vida e reduziram sua consciência a frangalhos" (WOOD, 1998, p. 9). James Otis, um dos mais ativos escritores do primeiro período revolucionário, foi gradativamente perdendo a sanidade e não esteve envolvido com a Revolução a partir de 1769. Otis faleceu em 1783, atingido por um raio (cf. NAGEL, 1994, p. 761 e BAILYN, 2003, p. 36-37).

(BAILYN, 2003, p. 41-67). Com efeito, essas três distintas manifestações intelectuais foram componentes importantes da prática revolucionária. Autores como Platão, Cícero, Horácio, Virgílio, Coke, Blackstone, Locke, Rousseau, Beccaria e Burlamaqui, entre vários outros pertencentes às tradições enfocadas, foram de fato transcritos, apropriados, lidos, discutidos e utilizados como referências nos vários escritos revolucionários.

Porém, não é possível compreender a Revolução com o exclusivo recurso a esses autores ou correntes de pensamento. Um elo essencial necessitaria ser preenchido. E foi a fundamental obra de Bailyn a responsável pela elucidação das origens ideológicas da Revolução Americana.

A tese central de Bailyn é a de que a principal fonte de inspiração para os escritores e ativistas políticos da Revolução foram as obras escritas na Grã-Bretanha por uma determinada facção *whig* em atividade na primeira metade do século XVIII. Trata-se de autores como John Trenchard, Thomas Gordon, James Burgh e Benjamin Hoadly, entre vários outros; eles não figuram nos principais tratados de teoria política e tampouco frequentaram, até fins da década de 1960, programas de pesquisa acadêmica consistente. As obras desses escritores – normalmente divulgadas sob a forma de panfletos – foram fartamente lidas e discutidas nas colônias no século XVIII e estão no pano de fundo da luta revolucionária. A hipótese de Bailyn é comprovada mediante forte evidência documental (citações e recursos aos panfletos no decorrer dos eventos políticos coloniais a partir da segunda metade do século XVIII) e é exposta de modo tão convincente que se torna virtualmente impossível (ressalte-se, com o material disponível neste momento) contrariar frontalmente as conclusões a que chega o historiador[157].

---

[156] Cf. Wood (1998, p. 12).
[157] Cf. Bailyn (2003, especialmente p. 15-155).

Cabe invocar, aqui, a observação de outro historiador contemporâneo bastante influente acerca da Revolução Americana. Gordon Wood, em elucidativa resenha que abrange a maior parte da obra de Bernard Bailyn, deixa registrado:

> Na sua obra mais famosa, *As Origens Ideológicas da Revolução Americana*, que conquistou os prêmios Pulitzer e Bancroft em 1968, Bernard Bailyn revelou uma série de idéias e medos sobre os quais pouco se sabia (ou sequer se imaginava que haviam existido) [...] Com esse livro brilhante ele modificou, de modo fundamental, a nossa compreensão das fontes intelectuais da Revolução, que não poderia mais ser explicada como uma resposta ao racionalismo da Ilustração ou à filosofia do direito natural (WOOD, 2003, p. 6)

O mérito dessa importante guinada nos estudos da história das idéias da Revolução Americana não reside apenas no fato (em si bastante significativo) de que foram descobertos autores, influentes em seu tempo, que haviam sido eclipsados no exame do material histórico da Revolução por quase dois séculos. Mais do que isso: o exame da literatura produzida por panfletistas como Trenchard, Gordon, Burgh e outros revela mais um capítulo da curiosa postura dos revolucionários em relação ao passado e ao futuro. A linha de raciocínio adotada pelos panfletistas na metrópole – e fortemente abraçada por seus correspondentes na colônia – auxilia na compreensão dessa curiosa atitude mental.

Os autores revigorados por Bailyn inserem-se na corrente de pensamento político usualmente designada como *whig*. O que isso significa? É fundamental notar, de início, que o presente trabalho não pretende ingressar no rico e interessante debate ainda existente em torno da dimensão do pensamento *whig* e de sua influência na teoria política inglesa e norte-americana[158]. O que é relevante para os fins da investigação em curso é o sentido atribuído pelos revolucionários à doutrina *whig*. E, para tanto, é suficiente a enunciação das origens dessa corrente de pensamento e de seus elementos básicos.

[158] Para uma importante discussão em torno do significado da doutrina *whig* na história das idéias políticas na Inglaterra, cf. as obras de referência de J.G.A. Pocock sobre o tema (POCOCK, 1990, p. 255-305 e 1989, p. 80-103).

A linhagem de pensamento *whig* está intimamente associada aos eventos históricos que marcaram a Revolução Gloriosa. Com a crise política que se estabeleceu após a deposição de Jaime II, sem a presença de um Parlamento em sessão, foi convocada, consoante observado no capítulo I, uma convenção parlamentar que possibilitou a coroação de Guilherme e Mary como reis da Inglaterra, desde que os futuros soberanos assentissem com a Declaração de Direitos, que seria posteriormente investida na forma legal, transformando-se no *Bill of Rights*. A grande preocupação dos convencionais, em fevereiro de 1689, traduzia-se na necessidade de se evitar a desmesurada concentração de poderes na figura do soberano, o que conduziria à tirania. A facção *whig* – majoritária na convenção – procurou, no texto do *Bill of Rights*, deixar estipulado, consoante narrado por Ronald Hamowy, que "não será exigida fiança excessiva, tampouco impostas multas excessivas, nem infringidos castigos cruéis e incomuns". Além disso, ficou estabelecido, como princípio geral, que leis feitas ou postas em vigor sem a aprovação do Parlamento seriam nulas[159]. A doutrina *whig* ressalta, ainda, a forte noção do *contrato* como vínculo entre governados e governantes. Eis a descrição propiciada por Hamowy:

> Um grande número de tratados políticos escritos por *whigs* radicais foi publicado em Londres durante o outono e o inverno de 1688-1689. As obras salientavam a noção de que todo o poder político era baseado, no fim das contas, num contrato entre súdito e governante, de que os poderes do governo eram limitados pelo contrato que o estabelecera, e que isso significava assegurar os direitos e liberdades do povo e que, se os termos do contrato fossem violados, o povo tinha a liberdade de dissolver o governo e escolher um novo. O *Bill of Rights* é inteiramente consistente com essa opinião, na medida em que procura restringir as prerrogativas do rei e deslocar o eixo do poder político do rei para o parlamento (HAMOWY, 1994b, p. 685).

Consolidada, então, a Revolução Gloriosa, a ideologia *whig* passaria a se tornar algo mais complexa no cenário político e conceitual do século XVIII. Isso porque, ao longo da prática política britânica, com a criação do gabinete parlamentar e a crescente importância

[159] Cf. Hamowy, 1994b, p. 684.

da instituição do Parlamento, mal seria possível distinguir claramente entre *tories* e *whigs* na cena política de Westminster. Em 1745, explica W.A. Speck, as diferenças em termos de orientação religiosa outrora existentes (no início do século XVIII) entre *tories* e *whigs* já não subsistiam, e as ações políticas não se inseriam mais num quadro de orientação partidária; dentro da estrutura institucional do governo britânico, não subsistia qualquer disputa entre partidos (cf. SPECK, 1994, p. 6).

O que restara, então, da ideologia *whig*, após a superação das diferenças em relação aos conservadores? A resposta é propiciada pelo fundamental trabalho histórico realizado por Bernard Bailyn. A manutenção – e a posterior radicalização – do *corpus* de pensamento *whig* encontraram seu espaço *fora* da estrutura institucional parlamentar britânica.

Os panfletistas já citados – Trenchard, Gordon, Burgh e outros – eram considerados autores radicais na Grã-Bretanha do século XVIII, e sua obra não teve significativa influência nos círculos políticos da metrópole[160]. Essa pouca repercussão pode ser explicada pela postura política defendida pelos *whigs* radicais, diametralmente oposta à opinião majoritária que vigorava no *establishment* britânico. Consoante já verificado no capítulo anterior, o desfecho da Revolução Gloriosa levou à disseminação de um sentimento de orgulho e confiança entre os setores influentes da cena política britânica, que ressaltava o equilíbrio, a insularidade, a serenidade e a sabedoria do processo revolucionário. Num império em expansão, essa percepção das próprias virtudes transformou-se num explícito otimismo em relação ao futuro.

Os *whigs* radicais, por outro lado, defendiam uma visão contrária. Eles não viam as conquistas da Revolução Gloriosa – que foi por eles apoiada – como o afastamento definitivo das ameaças de arbítrio e tirania. Não. Partindo de um "pessimismo referente à

[160] A origem da linha de pensamento desses autores remonta aos liberais dos Seiscentos, como John Milton, James Harrington e Algernon Sidney, que se opunham à prerrogativa real na extensão defendida pelos Stuart e

natureza humana" (BAILYN, 2003, p. 62), os *whigs* radicais não se sentiam protegidos pelo novo sistema de garantia de direitos e liberdades estabelecido após a aprovação do *Bill of Rights*. Eles procuravam destacar os defeitos do governo parlamentar britânico, que consideravam como sinais de uma profunda decadência do regime político.

O contraste entre os *whigs* radicais e o pensamento político dominante era visível. Como registrado por Bernard Bailyn:

> enquanto os provedores do pensamento político da situação falavam principalmente com orgulho das realizações políticas e constitucionais da Inglaterra georgiana, os escritores de oposição, não menos orgulhosos da herança, viam suas circunstâncias com alarme, "acentuavam o perigo para a antiga herança da Inglaterra e a perda das virtudes prístinas", estudavam os processos de decadência, e alongavam-se infinitamente nas evidências de corrupção que viam ao redor e no futuro negro que esses sinais malignos pressagiavam [...] Usavam os lugares-comuns da época negativa e criticamente. Eram os inimigos da complacência numa das épocas mais complacentes da história da Inglaterra (BAILYN, 2003, p. 60-61)

Nesse contexto, as principais linhas de argumentação desenvolvidas pelos *whigs* radicais eram: (1) desconfiança em relação ao governo; (2) necessidade de vigilância em relação aos governantes; (3) defesa de reformas, com a finalidade de aumentar o eleitorado, corrigir distorções no sistema de representação no Parlamento e propiciar uma maior vinculação entre os eleitores e seus representantes; (4) ampliação da liberdade de imprensa e de credo religioso; (5) oposição à existência de um exército permanente em tempos de paz[161]. Numa inequívoca mensagem, Thomas Gordon pronunciava: "O que é bom para o povo é ruim para os governantes; e o que é bom para os governantes é pernicioso para o povo"[162].

---

informaram uma expressiva parcela do pensamento político do movimentado século XVII. Ver, acerca da recepção desses autores nos círculos radicais *whig* do século XVII, Wood (1998, p. 3-45).

[161] Ver Bailyn (2003, p. 60-65), Wood (1998, p. 18-28) e Carp (1994, p. 356-357). É importante salientar que os *whigs* radicais tiveram ao seu lado um aliado influente, que se colocava no plano oposto no cenário político da época. O líder conservador Henry St John, visconde de Bolingbroke, era um feroz crítico da prática política britânica no século XVIII e apontou, em várias oportunidades, os sinais da decadência do regime político. Bolingbroke citava Trenchard e Gordon com freqüência, e suas obras eram também utilizadas pelos *whigs* radicais. Cf. Bailyn (2003, p. 55-67) e as principais obras de Bolingbroke (1997).

[162] Consoante citado por Wood (1998, p. 18).

Esses "pensamentos sombrios", na expressão de Bailyn, não foram particularmente influentes na Grã-Bretanha de Robert Walpole e Edward Gibbon. A não ser em alguns círculos de oposição, a doutrina *whig* radical não teve maior impacto na metrópole. Mas, complementa então Bailyn, as obras dos panfletistas *whigs* radicais "foram intensamente populares e influentes" nas colônias da América do Norte, repercutindo diretamente na prática política. Os militantes *whig* na América do Norte não eram "homens de letras", ou, como se costuma assinalar na atualidade, "intelectuais"; eles não eram filósofos ou "humanistas cívicos", mas "políticos ativos, mercadores, advogados, proprietários de plantações e pregadores" (BAILYN, 2003, p. 12).

É possível, pois, perceber, nesta etapa da narrativa, que os colonos norte-americanos, em sua expressiva maioria, lograram combinar, de modo original e criativo, duas mentalidades, duas atitudes conceituais em relação à herança inglesa: por um lado, eles exibiam visível orgulho quanto à tradição inglesa, seus direitos e liberdades históricas e sua insularidade (nesse particular aspecto, eles não estavam em sintonia com os *whigs* radicais). Por outro lado, eles conciliaram essa postura com uma orientação – essa sim, tipicamente *whig* radical do século XVIII – voltada à constante vigilância e defesa dos direitos e liberdades, seguidamente ameaçados pelas pretensões arbitrárias da metrópole.

À medida que a Revolução foi tomando o seu curso, a segunda atitude acabou por suplantar a primeira. O orgulho de pertencer ao regime político britânico foi, gradativamente, obscurecido pela mobilização e luta contra a tirania. A metrópole deixou de ser a protetora última das liberdades para corporificar a opressão. E, evidentemente, quem melhor poderia representar essa ameaça era o rei. Percebendo a força dessa representação, Thomas Paine dirige toda sua revolta contra a figura de Jorge III, o "monstro" que devora os próprios filhos

e "declinou de sua dignidade de homem, como também rebaixou-se ao nível dos animais, e pode rastejar desprezivelmente pelo mundo como um verme"[163].

E, consoante foi possível verificar, a força da tradição inglesa era evidente nas atitudes mentais dos líderes políticos da colônia, quando se iniciaram os embates que conduziriam à Revolução Americana. A gradual tomada de consciência acerca da necessidade de ruptura com Londres foi um processo doloroso, que significou o abandono de uma rede de concepções e práticas que era tida na mais alta conta pelos colonos. Isso explica a série de tentativas de reconciliação com o Império, como visto acima, e confere uma feição ainda mais complexa à Revolução.

Daí a força simbólica de dois eventos.

O primeiro deles, a recusa do Rei Jorge III em receber a petição encaminhada pelo segundo Congresso Continental, marcou o fracasso da última tentativa de reconciliação empreendida pela colônia. O recurso ao envio da petição insere-se na tradição inglesa – que remonta aos plantagenetas – de solicitar ao soberano que restaure a ordem, o equilíbrio entre os vários setores do reino, com base na eqüidade. Neste caso particular, o desgaste da prática política tradicional acabou significando, para os colonos norte-americanos, a própria decadência de todo um sistema de direitos e liberdades.

O segundo evento simbolicamente importante desse período foi uma notícia, que logo chegou à América do Norte, acerca dos preparativos do Império para a guerra da independência. Em janeiro de 1776, o exército britânico celebrou tratados com vários reinos e principados germânicos com o fim de recrutar mercenários para a guerra. Esses mercenários, em número de vinte mil, seriam utilizados não só em regimentos baseados na Europa, mas

[163] Paine (1982, p. 25 e 46). A alusão aos filhos que são devorados remete à figura mitológica de Saturno, e era um tema favorito na literatura política do século XVIII (cf. FRUCHTMAN, JR., p. 262).

também no campo de batalha norte-americano. Como propriamente acentuado por David Ammerman, o fato de que "Jorge III permitisse o 'massacre' de seus próprios súditos por tropas mercenárias decididamente fez com que muitos opositores da independência alterassem sua posição" (AMMERMAN, 1994b, p. 218).

O resultado desse processo foi uma transformação nas práticas e nos conceitos políticos compartilhados entre os atores políticos no período pré-revolucionário. Como bem explicitado por James Farr, ações políticas estão vinculadas a conceitos que sejam compartilhados por atores em determinados contextos políticos. Isso pressupõe que haja acordo sobre: (i) critérios para o uso de conceitos políticos – ou seja, o seu sentido; (ii) o alcance das coisas em relação às quais esses conceitos se referem no mundo político – a sua referência; e (iii) o alcance de atitudes que podem ser expressas por esses conceitos – a sua expressividade quanto às ações políticas (FARR, 1988, p. 17).

O autor prossegue, ilustrando a mudança conceitual ocorrida ao tempo da independência:

> Por exemplo, para que a Declaração [de independência] pudesse embasar as ações que seus signatários planejaram era necessário que existisse (minimamente e sem garantias de sucesso posterior) uma extensa margem de acordo entre os autores e os leitores do texto, no sentido de que alguns abusos e usurpações conduziriam a que certas políticas fossem qualificadas como "tirânicas"; que as políticas de Jorge III eram de fato "tirânicas"; e que designá-las como "tirânicas" significava condená-las e recomendar ações de resistência a essas políticas (FARR, 1988, p. 17)

A independência – que era vista, portanto, com enorme relutância pela maioria dos líderes políticos de seu tempo – passou a representar, após a irreversibilidade da situação, uma interessante oportunidade histórica. Como o patrimônio conceitual tradicional dos colonos precisou ser superado, era necessário estabelecer as bases do regime político.

De acordo com a herança histórica tão zelosamente cultivada pelos colonos, o modelo inglês seria, em circunstâncias normais, a óbvia referência a ser seguida para o estabelecimento de um novo regime político na ex-colônia. Duas razões, contudo, impediram que o regime inglês fosse inteiramente reproduzido, em sua estrutura, pelos fundadores.

O primeiro problema era que a luta pela independência havia obrigado os colonos a abrir mão de sua atitude conceitual, que, como visto pelo excerto acima reproduzido, alterou-se substancialmente. O sistema de liberdades e direitos tradicionais dos ingleses deu lugar à tirania do ministério, do Parlamento e, enfim, do próprio rei. Aliás, a imagem do soberano alterou-se de modo visível: aquele que deveria proteger os seus filhos passou a devorá-los, tal como um Saturno enlouquecido, consoante a poderosa metáfora utilizada por Thomas Paine.

Uma segunda razão contribuiria para que os fundadores se distanciassem do modelo inglês. Analisando-se a literatura da Revolução – especialmente os escritos em que os colonos defendem sua herança inglesa –, verifica-se a forte influência, em sua concepção de direitos e liberdades, da idéia de constituição mista, que teria atingido sua perfeição na experiência inglesa. Com efeito, quando os colonos mencionavam o regime político inglês em tom positivo, eles tinham em mente aquilo que consideravam a sua maior virtude: a existência de um equilíbrio que tornava inviável a permanência de um governo tirânico. A própria idéia de liberdade, cultivada de modo tão vigoroso nas colônias, estava associada à impossibilidade de um governo arbitrário e superior. Era isso que fascinava as mentes dos colonos, que justificava os encômios e manifestações de orgulho[164]. Recorde-se a inspiração medieval para a idéia de constituição mista: a construção de um sistema plural em que nenhum dos membros

[164] Como assinalado por Bailyn, a respeito da noção de liberdade que emanava, para os colonos, da constituição mista inglesa: "Essa era sua peculiar '*grandeur*' e sua excelência; era por isso que deveria ser prezada 'junto a nossas Bíblias, acima dos privilégios deste mundo'. Era por isso que deveria ser abençoada, apoiada e mantida, e transmitida 'no todo, para a posteridade'" (BAILYN, 2003, p. 80).

do governo (compreendido em sentido amplo, a incluir a Coroa, os barões e o "povo", numa acepção antiga) possa deduzir pretensões de domínio sobre o outro. No complexo pano de fundo dessa concepção encontra-se aquele aspecto contratual típico da mentalidade feudal, e que teve enorme repercussão na teoria política tardo-medieval, tomista e dos huguenotes[165]. Na Inglaterra do século XVII, essa noção era bastante difundida, e ajudou a fomentar a resistência do Parlamento e do *common law* às pretensões absolutistas dos primeiros Stuart. E, como observado anteriormente, a constituição mista passou a refletir-se *fisicamente* no *king-in-parliament*, com os setores da sociedade ocupando papéis diferentes no governo.

No século XVIII, essa concepção foi adaptada ao regime político estabelecido com a Revolução Gloriosa. Eis a sua formulação ideal, tal como explicitada por W.A. Speck:

> A monarquia mista era, teoricamente, uma constituição de tal modo balanceada que os três estados da Coroa, Lordes e Comuns eram mantidos num perfeito equilíbrio. Eles, em conjunto, contrabalançavam a tendência de cada estado de reivindicar mais poder para si próprio quando governasse sozinho. Assim, os Lordes e os Comuns opunham-se às aspirações tirânicas da Coroa; a Coroa e os Comuns opunham-se às inclinações oligárquicas dos Lordes; e a Coroa e os Lordes contrabalançavam as tendências anárquicas dos Comuns (SPECK, 1994, p. 3-4)[166]

Como já observado, a mentalidade política colonial no século XVIII combinou, de uma forma bastante original, duas orientações inteiramente distintas: de um lado, o orgulho da constituição mista inglesa e, de outra parte, a incisiva crítica dos *whigs* radicais à prática política britânica, considerada corrupta e decadente. À medida em que o confronto com a metrópole se radicalizava, tornava-se cada vez mais difícil manter as duas posturas. Era necessário escolher. Como a situação chegou a um ponto de definição, acabou por prevalecer a segunda orientação, ainda que de modo gradativo e relutante.

---

[165] Ver a discussão proposta no capítulo I acerca da gênese da idéia de constituição mista.

[166] No mesmo sentido: Bailyn (2003, p. 78-82) e Wood (1998, p. 18-28).

No entanto, aos olhos do observador contemporâneo, que está a dois séculos de distância dos eventos revolucionários, uma outra constatação fica evidenciada: a constituição mista glorificada pelos colonos *não mais existia na Grã-Bretanha do século XVIII*.

Como salientado por Bailyn, a noção de constituição mista tinha como pressuposto, na Inglaterra do século XVII – sob o ponto de vista dos opositores da dinastia Stuart – a existência de um Parlamento que não poderia ser descrito, em termos modernos, como uma casa legislativa. O Parlamento concebido por Coke "era efetivamente um organismo judicial supremo e, portanto, por definição envolvido em processos judiciais" (BAILYN, 2003, p. 173). Quando alguma ameaça ao equilíbrio dos poderes do governo viesse a abalar a estrutura da constituição mista, os juízes do *common law* poderiam ser chamados a evitar a prática de uma grande injustiça, sempre com apoio – na melhor tradição do *common law* – no passado, na tradição e numa noção de justiça que remontaria a tempos imemoriais[167].

Mas, prossegue Bailyn em sua argumentação, tais argumentos não eram mais válidos no século XVIII: "O Parlamento não era mais, na realidade, um tribunal, mas um organismo soberano todo poderoso, e o problema em questão dizia respeito à estrutura e à autoridade do governo, não ao direito privado" (BAILYN, 2003, p. 173). E, de fato, a arquitetura do governo parlamentar britânico do século XVIII não se encaixa com facilidade na idéia de constituição mista. A definição clara, por escrito, dos poderes limitados do rei, a organização de um ministério exclusivamente parlamentar e a figura do primeiro-ministro tornam bastante problemática a persistência da constituição mista na Grã-Bretanha hanoveriana. Isso não significa que o monarca tivesse perdido todos os seus poderes na Revolução Gloriosa. Na verdade, ele ainda tinha uma certa influência no Parlamento, na

[167] Cf., no capítulo I, a reconstrução histórica do *common law* e seu importante papel na crise política do início do século XVII.

política externa e nos assuntos políticos do cotidiano. Mas ele precisava movimentar-se num ambiente institucional inteiramente diferente do tradicional, entender-se com um Parlamento que se julgava soberano e limitar-se às atribuições contidas no *Bill of Rights*. Até mesmo o poder de veto havia se tornado obsoleto: o último monarca a vetar uma lei aprovada pelo Parlamento foi a rainha Anne, em 1708[168].

É extremamente interessante notar, assim, que grande parte da estrutura conceitual que motivara os colonos a ter orgulho da herança, da liberdade e da tradição inglesas tenha relação com a Inglaterra do século XVII, e não com a Grã-Bretanha do século XVIII. Foi a gradativa tomada de consciência desse anacronismo[169] que conduziu à Independência, num caminho lento, hesitante e inspirado de modo admirável pelos escritos dos *whigs* radicais.

Após 1776, os Estados Unidos ingressariam naquele território de imprevisibilidade e abertura para o futuro que marca os períodos de transição na história política e social. Era necessário decidir tudo: estrutura do governo, divisão de poderes, o papel das assembléias, os direitos dos homens, a igualdade, a religião. E os instrumentos conceituais estavam em completa transformação. Era um daqueles períodos em que as "palavras perdem os seus sentidos", como descrito por Tucídides no contexto da Antigüidade clássica[170].

2.4 A experiência constitucional norte-americana sob a perspectiva da diferenciação do direito como sistema social

Um dado interessante pode ser extraído da narrativa histórica que ora se propõe. Foi possível constatar, pela reconstrução dos eventos que marcaram a Revolução Americana

[168] Cf. Speck (1994, p. 4).
[169] Cf. Bailyn (2003, p. 173).
[170] Citado a partir de James Farr (1988, p. 21).

até 1776, que nenhum dos desdobramentos enfim concretizados foi resultado de um planejamento consciente, intencional e finalístico dos protagonistas da luta política colonial. A expressiva maioria dos colonos – incluindo-se os líderes políticos das mais variadas tendências – não procurou, de modo deliberado, o caminho da independência. Apenas quando todas as tentativas de reconciliação com a metrópole revelaram-se infrutíferas tornou-se viável a separação em relação ao Império. E, como assinalado por Gordon Wood, mesmo após a Declaração de Independência havia uma percepção, entre as lideranças políticas coloniais, de surpresa, de assombramento quanto às conseqüências da luta revolucionária: "[a independência] foi uma transformação impressionante, e mesmo após a Declaração de Independência os norte-americanos continuaram a expressar o seu espanto em relação aos acontecimentos" (WOOD, 1998, p. 12).

Esse raciocínio pode ser também aplicado ao cenário político que se desenhou após a Declaração de Independência. Não havia, para as ex-colônias emancipadas do poder imperial, nenhum modelo *óbvio* a ser seguido na elaboração da arquitetura social, política e econômica dos novos estados. O regime político inglês, tão louvado na pré-história da Revolução, passou a ser sinônimo de corrupção, opressão, tirania[171]. Tendo sido constatado, pelos colonos, que sua veneração à constituição inglesa era um verdadeiro anacronismo, tornou-se necessário estabelecer as bases da comunidade política, de um modo capaz de concretizar as aspirações revolucionárias e preservar os anseios de liberdade. É nesse momento que a Revolução Americana assume a sua dimensão de novidade, de ruptura com o antigo, de criação do novo.

Mas esse processo de criação não deixou de registrar seus traumas, fraturas internas e divisões políticas. Os desdobramentos do processo revolucionário também não foram planejados, tampouco representaram o fruto da tomada de decisões conscientes ou

calculadas em sua integralidade. Na verdade, muito poucos atores políticos estavam em condições de afirmar, em 1776, que os Estados Unidos da América teriam, num futuro próximo, uma constituição a vigorar em âmbito nacional numa organização política intitulada "federalismo". Isso vale para uma outra data relevante na descrição histórica; poucos atores políticos poderiam prever, em 1787, que a constituição, como documento normativo de tipo superior, relativizaria a vigência de toda a legislação ordinária e autorizaria as cortes de justiça do país a considerar nulo todo ato normativo contrário ao texto constitucional.

O que se quer salientar, com tais observações, é a circunstância de que o caminho histórico que conduziu à construção da formalidade constitucional – com todos os seus atributos de rigidez, de supremacia do texto da constituição e de estabelecimento de um controle jurisdicional – não foi inteiramente previsto pelos arquitetos da Constituição de 1787. A consolidação da idéia moderna de constituição deve-se a uma complexa sucessão de acontecimentos e transformações que tem origem na pré-modernidade, passa pelo período de

fundação das bases de um novo regime político e se concretiza apenas com a experiência prática e institucional do direito, já no século XIX. E, para que seja possível compreender a dimensão dessa aquisição evolutiva, é necessário analisar o papel do sistema do direito na sociedade, a partir da teoria da diferenciação. Na digressão que se segue, serão ressaltados dois determinados aspectos das constituições modernas (e, particularmente, da experiência norte-americana): a supremacia constitucional e o controle de constitucionalidade.

2.4.1 Fundações da construção constitucional Norte-Americana: 1775-1791

Um dos sintomas mais evidentes de que a ruptura com o Império estava próxima foi uma decisão, tomada pelo segundo Congresso Continental, que teve efeitos imediatos

[171] Ver Bailyn (2003, p. 94-100).

sobre os rumos da Revolução Americana: em 10 maio de 1776, o Congresso recomendou a todas as colônias a aprovação, em seus respectivos territórios, de novas constituições[172]. Para Gordon Wood, essa decisão representa "a verdadeira declaração de independência", e pode ser considerada como "o ato mais importante do Congresso Continental na história" (WOOD, 1998, p. 132). É interessante notar, nesse contexto, que o processo de construção constitucional teve início antes mesmo da resolução do segundo Congresso Continental e da Declaração de Independência, e se desenvolveu rapidamente a partir de então; como asseverado por Donald Lutz, "três das treze colônias já eram regidas por novas constituições quando a proposta de Adams foi aprovada, e a maioria das outras estava trabalhando na redação de novos documentos" (LUTZ, 1994, p. 277)[173]. O resultado desse processo, tal como aduzido por Scott Gordon, é que "na primavera de 1777 doze das antigas colônias haviam adotado suas constituições" (GORDON, 2002, p. 295).

Com essa indicação, fica clara a localização do campo de experimentação constitucional no período inicial da Revolução Americana: a discussão política e jurídica nos Estados tornados soberanos após a Declaração de Independência.

Se analisada historicamente, a ênfase nos Estados – e não numa idéia de nação que unisse as ex-colônias – é inteiramente compreensível. Consoante observado, as colônias inglesas na América sempre desfrutaram de significativo espaço de liberdade e autonomia. A ocupação do território se deu de forma plural e descentralizada. Os colonos traziam orientações culturais e religiosas bastante diversificadas. Apenas em 1774 – quando a oposição às políticas de Londres já estava bastante disseminada nas colônias – é que se reuniu, pela primeira vez, o Congresso Continental (AMMERMAN, 1994a, 202-209). Antes disso, não existia nenhuma instituição relevante que congregasse as colônias, quer no plano

[172] Cf. Lutz (1994, p. 277).

político, quer no plano religioso. O exército foi formado apenas no segundo Congresso Continental, às vésperas da independência. Por tudo isso, era natural que o foco das discussões sobre o futuro político das comunidades recaísse nos Estados. E foi o que aconteceu.

Nesse sentido, é pertinente afirmar, como proposto por Gordon Wood, que as discussões em torno das constituições estaduais foram um efetivo laboratório, no qual se apresentaram várias opções para a organização política das respectivas comunidades, foram sopesadas diversas alternativas para o exercício do poder e foram tentadas inúmeras modalidades de atribuições de papéis e funções institucionais (ver WOOD, 1998, p. 273-282). Ainda que a experiência histórica do processo de elaboração constitucional dos Estados seja bastante plural e diversificada – como será brevemente observado mediante a discussão de alguns exemplos –, algumas linhas gerais podem ser coerentemente extraídas.

A primeira delas é a *desconfiança em relação ao poder executivo*. A noção de liberdade, nas ex-colônias, estava profundamente associada à eleição e às atividades das assembléias locais. Com forte base histórica – e antecedentes distantes na idéia de um *covenant* de cunho fundador –, os corpos representativos locais eram vistos como a manifestação concreta da vontade coletiva. O fato de as políticas imperiais posteriores a 1763 terem procurado diminuir os poderes das assembléias – buscando fortalecer os governadores indicados pela Coroa – apenas aumentou tal percepção entre os habitantes das ex-colônias.

Além disso, a figura de Jorge III era extremamente impopular na América do Norte revolucionária, e foi associada, particularmente após a recusa em receber a petição encaminhada pelo segundo Congresso Continental, ao governante centralizador e autoritário. As metáforas empregadas por Thomas Paine, acima aludidas, dão a exata dimensão da

[173] A primeira constituição estadual a ser aprovada foi a de New Hampshire, em 5 de janeiro de 1776 (LUTZ,

imagem de Jorge III entre os líderes revolucionários. E, enfim, *Common sense* foi uma obra que teve uma rápida e expressiva divulgação entre as colônias[174].

Uma segunda característica das constituições dos Estados, visivelmente decorrente da primeira, é a *supremacia do poder legislativo*. Como não havia a percepção em torno da necessidade de um executivo forte e atuante, o espaço primordial na organização política dos Estados foi ocupado pelos órgãos legislativos. Essa afirmação poderia se revestir de uma feição problemática, na medida em que um dos temas favoritos da Revolução, como visto, era a feroz crítica em relação ao Parlamento britânico – o que tornaria quase paradoxal o recurso à supremacia do poder legislativo[175]. Trata-se, porém, de um problema aparente. E aqui cabe uma sutil distinção histórica.

Como se sabe, o regime britânico no século XVIII compreendia um gabinete parlamentar. Havia – como há até os dias de hoje – uma diferença entre o poder legislativo propriamente dito (ou seja, um corpo de representantes eleitos por um determinado período de tempo para propor, discutir e decidir projetos de lei) e o governo (constituído por ministros apontados entre os membros do Parlamento e comandado pelo líder de uma facção ou partido político). Os colonos estavam conscientes dessa diferença. Consoante registrado por Bernard Bailyn, muitos panfletos revolucionários atacavam diretamente a figura do ministério (ou gabinete), visto por alguns críticos como um híbrido "quarto estado" (além das duas Casas e da Coroa), que cerceava a liberdade da Câmara dos Comuns e desequilibrava a constituição mista inglesa. Ademais, os panfletistas lamentavam aquilo que chamavam como "decadência" ou "corrupção" do Parlamento britânico, o que tinha como pressuposto a diferença entre o Parlamento como instituição (que era, em geral, vista de modo positivo, especialmente a partir

---

1994, p. 278).

[174] Sobre a rápida disseminação de *Common sense*, ver Fruchtman, Jr. (1994, p. 260-263).

[175] Cf., para essas linhas gerais do processo de elaboração das Constituições dos Estados, Lutz (1994, p. 276-288)

da Revolução Gloriosa) e os membros do Parlamento no período de Jorge III, invariavelmente pintados de forma crítica, cáustica, quase destrutiva[176].

É hora, então, de resgatar alguns aspectos da experiência constitucional dos Estados, a partir do minucioso trabalho de pesquisa histórica realizado por Donald Lutz e José Acosta Sánchez. Entre a grande diversidade de institutos e preceitos que foram inseridos nas constituições estaduais, alguns exemplos podem ser invocados.

Virgínia – Diante da ampla utilização de mão-de-obra escrava e da preponderância, no cenário político local, de grandes proprietários de terra, a Constituição da Virgínia, aprovada em 29 de junho de 1776, enfatizou o instituto da representação (evitando deliberadamente procedimentos de participação popular no governo e na aprovação de leis), com substanciais limitações censitárias ao direito de voto e a enumeração de um rol de direitos individuais, de proteção contra o Estado. Não havia nenhum tipo de previsão quanto à possibilidade de revisão judicial vinculada à constitucionalidade de atos normativos.

Pensilvânia – A Constituição do Estado da Pensilvânia foi aprovada (em 28 de setembro de 1776) mediante a forte influência de uma pequena burguesia politicamente ativa, de um campesinato organizado e de uma incipiente camada operária. Seu principal aspecto distintivo era a estipulação de práticas voltadas à participação popular e ao controle do exercício do poder. Ficou estabelecido um poder legislativo unicameral (com amplo sufrágio, apto a incluir a maior parte da população), um poder executivo em que exercem a administração colegiada o Presidente e um Conselho de 12 membros eleitos diretamente pelo povo, um poder judiciário composto por juízes com mandato, passíveis de remoção a qualquer momento, assim como um Conselho de Censores, formado por homens livres eleitos em cada

[176] Ver Bailyn (2003, p. 130-155).

condado para fiscalizar o efetivo e integral cumprimento da Constituição. A carta possuía uma declaração de direitos.

New York – A Constituição do Estado de New York não era precedida, como na maior parte das cartas estaduais, por um *Bill of Rights*. O texto, aprovado em 20 de abril de 1777, estabeleceu um poder legislativo bicameral (com maiores poderes à Câmara Alta), procurou estabelecer um sistema de controle recíproco entre os poderes executivo e legislativo (mediante o instituto do veto) e criou um Conselho de Revisão, formado pelo próprio governador e quatro juízes da Suprema Corte estadual, que tinha a atribuição de vetar, justificadamente, alguma lei que fosse considerada inconstitucional[177]. (cf. SÁNCHEZ, 1998, p. 73-92).

O que essa limitada e parcial enumeração de exemplos revela é, antes de tudo, a diversidade das orientações seguidas pelos Estados e, principalmente, o enorme grau de abertura experimentado pelas comunidades políticas. As soluções encontradas refletiam logicamente as heranças e circunstâncias locais, e foram determinantes para a deliberação em torno do modelo federal, que ainda estava por vir. Logo, o caráter inovador da experiência das constituições estaduais e o enorme leque de alternativas tentadas e adotadas pelos Estados formam um interessante quadro político e conceitual que permite situar os termos do debate constitucional na América do Norte, no período posterior à Declaração de Independência.

Por outro lado, as dificuldades enfrentadas pelos Estados na década de 1780 seriam decisivas para a convocação de uma convenção constitucional. Mas, para que se tenha uma visão um pouco mais abrangente do panorama político-constitucional daquela época, é interessante abordar a gênese e o desenvolvimento de um importante documento: os Artigos da Confederação.

Em 1775, o segundo Congresso Continental, mobilizado em face da guerra com o Império – que seria encerrada apenas em 1781 –, percebeu a necessidade de institucionalizar, de algum modo, a relação incipiente entre as várias colônias em prol da defesa comum. Foram propostas, então, algumas versões do texto de um documento que pudesse lançar as bases de uma união. A inspiração fundamental para tal iniciativa foi a expectativa de uma guerra longa e desgastante contra o Império. O segundo Congresso, porém, não chegou a um consenso imediato acerca do teor dessa união. E, ao contrário do que poderia ser imaginado, não houve discussões teóricas acerca da soberania; esse não foi um tema presente nas deliberações do Congresso. Na verdade, o único lugar em que se poderia conceber a localização da soberania seriam os Estados (ex-colônias), por três razões que podem ser articuladas entre si: (1) forte cultura de autonomia e autogoverno construída ao longo do período colonial; (2) inexistência de uma autoridade central de caráter governamental; (3) expressivo sentimento anti-imperial, alimentado pela literatura dos panfletos, que via no governo britânico (especialmente no gabinete) o signo da opressão e da tirania.

Apenas em 1777 foi finalmente aprovado, pelo Congresso (que continuara a operar em tempos de guerra, após a Declaração de Independência), o texto dos Artigos da Confederação. Como não poderia deixar de ser, os Artigos destinavam aos Estados independentes a expressiva maioria do poder político e econômico, deixando apenas matérias muito gerais à apreciação do Congresso, como as atribuições de zelar pela manutenção de uma política comum de defesa, declarar a guerra ou celebrar a paz, subscrever tratados e acordos internacionais e atuar como árbitro em disputas entre Estados, entre outras[178].

Porém, algumas precisões históricas parecem necessárias, quando se discute o sentido e a abrangência dos Artigos da Confederação. Como se trata de um documento

---

[177] Cf., para maior detalhamento do exercício de construção constitucional nos Estados, José Acosta Sánchez (1998, p. 73-92) e Donald Lutz (1994, p. 276-284).

inequivocamente relevante na história política norte-americana, os Artigos merecem alusão no processo de elaboração constitucional ocorrido entre 1775 e 1787. Entretanto, sua efetiva influência na época merece ser cuidadosamente observada. Como revela o minucioso relato histórico de Jack Rakove, os Artigos da Confederação tiveram pouco impacto na vida política norte-americana no período posterior à independência. Isso porque o procedimento de ratificação era extremamente complexo, pois exigia a aprovação do texto por *todos* os Estados da Confederação, o que só foi ocorrer quatro anos após a divulgação dos Artigos, ou seja, em 1781, quando já havia pressões, entre os próprios Estados, para a realização de modificações no texto. Assim, no momento em que os Artigos entraram em vigor, eles já estavam desgastados pela sucessão de crises administrativas e econômicas que assolaram os Estados Unidos a partir da segunda metade da década de 1770, bem como por uma crescente ênfase na política interna dos Estados, cada vez mais conflituosa e tendente à formação de facções e grupos rivais.

Com efeito, a maior parte das discussões a envolver os temas políticos da década de 1780 passou inteiramente à margem dos Artigos da Confederação. Os Estados enfrentaram atribulações de toda ordem. Já em fins da década de 1770, eclodiu uma crise fiscal, decorrente da dívida contraída por muitos Estados ao tempo da Revolução. Um surto inflacionário corroeu o valor da moeda e políticas locais empregadas para estabilizar o quadro não foram bem-sucedidas. No plano interno, os problemas de ordem financeira atingiram o Congresso, que começou a ver-se em enorme dificuldade de honrar seus compromissos externos, especialmente após a vitória em Yorktown, que diminuiu substancialmente os créditos aportados pela França. No plano estadual, as lideranças políticas e as assembléias locais desgastavam-se rapidamente; houve um sentimento generalizado de frustração quando aos legislativos estaduais, excessivamente dependentes de conflitos entre líderes políticos e pouco

[178] Artigos da Confederação artigo IX (COX, 1998, p. 89-93).

aptas a controlar movimentos de agitação por parte de devedores de impostos, que ansiavam por políticas de refinanciamento da dívida ou perdão governamental; esses movimentos logo assumiram um caráter confrontador, de resistência violenta às medidas tomadas pelos Estados[179]. O mais conhecido de todos esses episódios, a rebelião liderada por Daniel Shays, foi apenas um entre vários outros movimentos violentos contrários a governos estaduais (KAPLANOFF, 1994 , p. 452).

Shays, um proprietário de terras de Massachusetts, veterano do processo revolucionário, liderou um movimento de protesto contra o endividamento de produtores rurais que desafiou não só o Estado de origem, mas também os mecanismos de defesa da união. Como não havia exército permanente – proposta apresentada por George Washington em 1784 e rejeitada pelo Congresso –, a defesa da união, em tempos de paz, dependia de milícias locais. Quando a rebelião de Shays tomou corpo, 1100 produtores rurais invadiram a *Court of Common Pleas* de Massachusetts para impedir a execução de medidas que significariam a perda de suas propriedades. O Congresso solicitou aos Estados uma subvenção extraordinária para a formação de uma força militar. Apenas o Estado da Virgínia assentiu. Em 1776 a revolta havia sido reprimida pelas forças de defesa estaduais, mas o episódio – que teve repercussão em vários Estados – parece ter logrado evidenciar a precariedade do quadro institucional estabelecido pelos Artigos da Confederação (ver CARP, 1994, p. 359-360).

Outros fatores poderiam ser aduzidos – a crise militar de 1783, que poderia haver resultado numa revolta armada, as ameaças de França e Espanha nos territórios fronteiriços dos Estados Unidos, as dificuldades no comércio internacional, devidas, em regra, à postura hostil do Império Britânico ou, ainda, uma crescente competição entre os Estados que poderia ameaçar a própria União. O que é fundamental notar, neste ponto da reconstrução histórica, é

[179] Cf., para esses fatores, Countryman (1994, p. 332-345).

uma sucessão de eventos – não planejados e, em grande medida, insuscetíveis de controle – que impulsionaram o movimento de redefinição das bases da União. Nesse contexto mais abrangente, os Artigos da Confederação desempenham um papel reduzido e ao mesmo tempo esclarecedor: como visto, a crise verificada nos anos de 1780 não se deve ao *tipo* de união implantada pelos Artigos, mas à *inexistência* de mecanismos aptos a enfrentar problemas de ordem interna e externa. Os Artigos da Confederação tiveram uma função, por assim dizer, "negativa": ao traçar uma estrutura vaga e genérica para a união, deixaram um amplo espaço para a experimentação política e econômica não-regulamentada. A característica marcante dos Artigos não foi o teor de suas disposições, mas o seu silêncio[180].

Com isso, é possível afirmar: quando a convenção da Filadélfia foi convocada, em 1787, não havia sido consolidada, de modo geral, a necessidade de *construção* de um documento político e legal que tivesse primazia sobre todas as decisões legislativas existentes ou futuras – quer dos legislativos estaduais, quer do Congresso – e que permitisse às cortes de justiça declarar nulos quaisquer atos normativos que entendessem contrários ao texto constitucional. Mas, por outro lado, a situação vivida em 1787 era profundamente diferente do contexto da independência. Houve o "laboratório" da fabricação constitucional nos Estados e as crises decorrentes da inexistência de um quadro institucional referente aos membros da Confederação. O cenário internacional estava em transformação. Novas soluções eram exigidas. E assim se delineava o cenário político que possibilitou a aprovação – e posterior ratificação – da Constituição norte-americana.

Uma das datas decisivas – e históricas – para a descrição da trajetória da Constituição norte-americana é o dia 16 de setembro de 1787, quando os delegados presentes à Convenção da Filadélfia aprovaram, por unanimidade, o texto final do documento. No dia

[180] Cf. Rakove (1994, p. 289-295).

seguinte, a Convenção encerraria suas atividades com um discurso de Benjamin Franklin e remeteria o texto aprovado da Constituição para ratificação pelos Estados.

Vê-se, então, que o dia 16 de setembro de 1787 é uma data relevante. Porém, mesmo com toda a carga significativa que as datas possam assumir, elas nada mais são do que simples datas, consoante a incisiva observação de Alfredo Bosi – possuem enorme impacto, mas sua luz se esvai com o brilho do momento[181]. Se o observador do processo histórico

procurar reconstruir de modo adequado os fatores que conduziram à elaboração da Constituição, terá de se debruçar sobre a experiência norte-americana imediatamente posterior à Declaração de Independência. Com isso, será possível verificar que os esforços para a modificação do plano confederativo eram bem anteriores à convocação e desenvolvimento dos trabalhos da Convenção Constitucional. Em outras palavras, é preciso identificar as origens do movimento que conduziu à convocação da Convenção da Filadélfia.

Em fins da década de 1770, um pequeno grupo de ativistas políticos baseados em New York – Alexander Hamilton, Philip Schuyler, James Duane e Gouverneur Morris, entre outros – passou a defender a instituição de um governo forte em âmbito nacional, como forma de enfrentar os problemas, já citados, referentes à emissão de moeda, finanças públicas, comércio internacional e exercício do poder. Em minuciosa pesquisa histórica, Mark Kaplanoff, mediante exame de correspondências privadas entre os membros do grupo, localiza no ano de 1788 as origens dessas concepções. No núcleo central das propostas do grupo, estavam a implantação da dívida pública por um governo federal (como forma de retirar a pressão existente sobre o Congresso, para saldar suas dívidas em curto prazo e também para financiar o desenvolvimento da economia), a fundação de um banco nacional e a previsão de mecanismos institucionais que permitissem uma colaboração maior dos Estados

[181] Ver Bosi (1994, p. 19-32).

com as políticas de abrangência nacional. Durante a década de 1780, vários membros desse grupo – quer no Congresso, quer na titularidade de departamentos federais então criados, como a Superintendência de Finanças – procuraram empreender reformas na estrutura confederativa, por meio da apresentação de emendas aos Artigos da Confederação. Nomes como James Madison, oriundo da Virgínia, passaram a defender a agenda do grupo, ainda que algumas diferenças internas de orientação fossem notadas[182]. Entretanto, todas as tentativas foram infrutíferas, diante da resistência de alguns Estados e do intrincado processo de reforma dos Artigos da Confederação, que exigia aprovação por todos os membros, por seus órgãos deliberativos estaduais[183].

O caminho para a Convenção Constitucional não passou, portanto, pelo Congresso. A rota foi um pouco mais tortuosa, e envolveu, primordialmente, questões locais que serviram como fundamento para o lançamento de uma proposta de âmbito nacional. Havia uma discussão pendente entre os Estados de Maryland e da Virgínia acerca do controle sobre a navegação no rio Potomac. Ambos os Estados reivindicavam o poder de administrar o trânsito de embarcações no rio – e, principalmente, de cobrar tributos sobre essa atividade). Enquanto o problema não se resolvia, os importadores que utilizavam a rota do Potomac recorriam a todo tipo de subterfúgio para não pagar nenhum tributo. Por iniciativa de James Madison – então membro do Legislativo da Virgínia –, foi convocada uma reunião entre representantes dos dois Estados, que acabou por realizar-se em 25 de março de 1785. Algumas decisões em torno da política monetária e fiscal foram adotadas, sempre com ênfase na necessidade de regulamentação do comércio entre os dois Estados. Decidiu-se, também, enviar uma carta ao governador da Pensilvânia (também afetada pela navegação no Potomac), para que o Estado tomasse parte em entendimentos futuros. Por fim, mediante iniciativa de

[182] Cf. Kaplanoff (1994a, p. 443-456).
[183] Artigos da Confederação, art. XIII (cf. COX, 1998, p. 94).

Madison, o Legislativo da Virgínia convidou todos os Estados da Confederação a comparecerem a uma reunião na cidade de Annapolis, para que fossem discutidas questões voltadas à regulamentação do comércio interestadual. Oito Estados aceitaram o convite da Virgínia, e cinco efetivamente enviaram delegados. As reuniões ocorreram durante três dias do mês de setembro de 1786; nenhuma deliberação concreta quanto ao comércio interestadual foi emitida ao fim dos trabalhos, mas uma decisão revelou-se fundamental: foi convocada uma nova Convenção designada para ocorrer na Filadélfia, a partir de maio de 1787. E, consoante o texto do convite remetido aos Estados (que foi redigido por Alexander Hamilton), os temas a serem tratados na Convenção não estavam restritos à regulamentação do comércio. A proposta era mais abrangente: emendar os Artigos da Confederação para constituir um governo federal compatível com as necessidades da União.

Doze Estados enviaram representantes. Apenas Rhode Island esteve ausente da Convenção da Filadélfia, que teve início em 29 de maio de 1787[184]. Alguns tópicos revelaram enorme divergência entre os convencionais, e precisaram ser debatidos de forma pormenorizada – às vezes com a formação de comissões temáticas[185] – para que a Convenção não atingisse uma situação de impasse que poderia, no pior cenário, inviabilizar suas próprias decisões.

Entre os temas polêmicos, que dividiam boa parte dos delegados presentes, estava a questão da *representação*: Estados mais populosos pressionavam pela simples totalização do cômputo da população para efeitos de definição do número de representantes no

[184] Participaram da Convenção 55 delegados, a maioria dos quais bastante experiente em assuntos externos e internos (42 haviam sido membros do Congresso Continental ou do Congresso pós-Independência e alguns outros participaram do Exército Continental). O perfil médio dos participantes era formado por advogados, proprietários de terra e comerciantes. Entre os delegados, 26 tinham formação superior, sendo que nove se graduaram em Princeton. Entre os vários nomes de destaque, Madison e Hamilton tiveram papel preponderante – eles eram, historicamente, defensores de um governo federal, como visto anteriormente, e sua orientação acabou por prevalecer. Entre outros participantes, pode-se citar George Washington (que foi nomeado presidente da Convenção), Benjamin Franklin, John Dickinson, Gouverneur Morris, Roger Sherman, Oliver Ellsworth e Elbridge Gerry. Cf., para essas informações, Kaplanoff (1994b, p. 457-458).

Legislativo. De outra parte, Estados menores preocupavam-se com a perda de influência no cenário nacional, se adotada a representação com base no contingente populacional – eles procuravam alguma solução que compreendesse a representação igualitária dos Estados-membros no Congresso.

Outro ponto que despertou enorme controvérsia foi o problema da *escravidão*; aqui, aliás, a dicotomia entre o Norte e o Sul ficou clara. Como salientado no início deste capítulo, já no período colonial a diversidade de orientações quanto a esse tema estava estabelecida, com os Estados do Norte – região da Nova Inglaterra e adjacências – desenvolvendo uma crescente rejeição ao instituto da escravidão, a partir do amadurecimento de uma cultura urbana e mercantil. Por outro lado, os Estados do Sul apoiavam-se fortemente na produção agrícola e a mão-de-obra escrava era essencial para os seus empreendimentos (que compreendiam a propriedade de grandes extensões de terra).

Além disso, outra discussão que se tornou problemática envolvia a instituição da *Presidência* da República. Hamilton e Madison, de modo coerente, almejavam um poder executivo federal ativo, forte e dinâmico. Tal postulação, contudo, contrariava o ponto de vista que prevaleceu na Revolução Americana, que compreendia uma notável aversão à concentração de poderes, especialmente no governo. Alguns delegados compartilhavam desse posicionamento (no que, aliás, demonstravam coerência com a herança revolucionária). Remanesciam, ainda, pontos de vista conflitantes quanto ao cargo de Presidente, principalmente em relação à forma de eleição, à extensão do mandato e à possibilidade de reeleição[186].

Uma última discussão foi estabelecida já próximo ao final dos trabalhos da Convenção. Dois delegados de orientação contrária ao federalismo e à concentração de

[185] Incluindo-se um "Comitê para os Assuntos Adiados" (KAPLANOFF, 1994b, p. 468).

poderes, Elbridge Gerry e George Mason, apresentaram uma proposta para inclusão, no texto constitucional, de uma *declaração de direitos*. A iniciativa não contava com amplo apoio entre os delegados e, como lembra Gordon Wood, foi considerada, pelos defensores da instituição de um governo nacional, como uma tentativa dissimulada, lançada no apagar das luzes da Convenção, de diminuir as atribuições do governo federal (WOOD, 1998, p. 536-537).

Para que tais controvérsias pudessem ser resolvidas de uma maneira satisfatória, muita negociação foi necessária. Soluções de compromisso foram surgindo como a única alternativa. Assim, quanto ao problema da representação, ficou decidido que a Câmara Alta possuiria representação igualitária entre os Estados, ao passo que a Câmara Baixa seria formada mediante cálculo do contingente populacional. No que se refere à escravidão, o resultado da intensa divisão Norte-Sul (que explodiria, de forma dramática, na Guerra Civil em meados do século XIX) foi a omissão do texto constitucional quanto ao instituto em questão, a manutenção, até 1808, do comércio de escravos e o cômputo diferenciado dos escravos para fins de totalização do quociente eleitoral (três quintos da população escrava seriam somados à integralidade dos homens livres). Na discussão em torno da Presidência, ficou decidido que o titular do Poder Executivo teria um mandato de quatro anos, com direito a reeleição ilimitada e seria escolhido por um colégio composto por representações dos Estados. Ficou estabelecido que o Presidente da República seria o comandante-em-chefe das forças armadas e seria o responsável pela condução das relações externas, tendo, ainda, o poder de apresentar projetos de lei ao Congresso e de exercer seu veto (que poderia ser derrubado mediante o voto de dois terços dos membros das duas Casas do Congresso). A declaração de direitos almejada por Gerry e Mason foi rejeitada por todos os Estados presentes sem maiores discussões. Esse fato representou, como assinalado por Mark

[186] Cf., para descrição dos assuntos ora salientados, Kaplanoff (1994b, p. 459-466).

Kaplanoff, uma fragilidade da tese federalista nos debates em torno da ratificação da Constituição pelos Estados (KAPLANOFF, 1994b, p. 468).

O resultado final das atividades da Convenção foi notável.

Como se sabe, a Constituição norte-americana alterou completamente as bases políticas, econômicas e institucionais vigentes até o momento de sua ratificação. *No plano político*, estava criado um tipo original de organização do poder, a partir de então caracterizado como um federalismo dual, em que a soberania seria compartilhada entre a União e os Estados, conforme uma divisão de atribuições fixada no texto da Carta Constitucional[187]. *No que se refere à economia*, o advento da Constituição significou a consolidação do núcleo daquilo que seria posteriormente conhecido como liberalismo (compreendido, aqui, apenas em sua acepção econômica): liberdade de iniciativa, liberdade contratual e garantia da propriedade privada. *No que diz respeito à estrutura institucional*, a Convenção da Filadélfia estabeleceu um Poder Legislativo bicameral de âmbito nacional (com uma Câmara Alta destinada a representar os Estados e uma Câmara Baixa em que o povo estaria representado), instituiu uma Presidência da República com seu ocupante eleito por um colégio eleitoral formado pelos Estados e aprovou a criação de um Poder Judiciário, com uma Suprema Corte e com juízes vitalícios e independentes (ainda que a decisão em torno de um Judiciário federal tenha sido transferida para a legislação ordinária).

A pura e simples aprovação da Constituição não significava, porém, sua entrada em vigor. Era necessária a ratificação em pelo menos nove Estados para que o texto adquirisse força normativa. O debate em torno da ratificação foi um momento privilegiado de discussão aberta acerca dos principais elementos da Constituição. Os anti-federalistas, revigorando o discurso *whig* que inspirou a Revolução, sustentavam que o texto trazia o

[187] Este tema será abordado com maior profundidade no capítulo III e nas considerações finais do presente trabalho.

perigo concreto de perda das liberdades conquistadas na luta contra o Império, criticavam a composição do Senado (que, distante do voto popular, subvertia o princípio do *no taxation without representation*) e revigoravam a célebre passagem de Montesquieu, segundo a qual as repúblicas devem circunscrever-se a comunidades políticas que disponham de território reduzido e tenham uma população homogênea. Os federalistas, por seu turno, defendiam de modo elaborado as conquistas que consideravam fundamentais no texto constitucional, e apoiavam-se fortemente na idéia de que o poder encontrava-se diluído em uma série de disposições que estipulavam controles recíprocos entre os órgãos públicos. Não se tratava de separação de poderes, mas de um sofisticado sistema de *checks and balances* que se revelaria adequado, consoante a tese federalista, para o equilíbrio entre União e Estados e para o aperfeiçoamento da estrutura institucional de âmbito federal (cf. DRY, 1994, p. 471-486).

O debate envolvendo a ratificação recriou aquela atmosfera feérica dos panfletos, cartas e artigos em periódicos que havia se formado ao tempo da Revolução. Os principais embates tiveram lugar na Pensilvânia (entre novembro e dezembro de 1787), Massachusetts (janeiro e fevereiro de 1788), Virgínia (em junho de 1788) e New York (entre junho e julho de 1788). O primeiro Estado a ratificar a Constituição foi Delaware, em 7 de dezembro de 1787, e a vigência formal do texto tornou-se possível com a ratificação pelo nono Estado da Federação, New Hampshire, em 21 de junho de 1788. Com a decisão do Estado de New York de ratificar o texto, em 26 de julho de 1788, estava assegurada a aceitação da Constituição nos mais influentes Estados. O último membro da Federação a chancelar o documento foi Rhode Island, em 29 de maio de 1790[188].

[188] Murray Dry computou e totalizou os votos favoráveis e contrários à ratificação, tomando como base as decisões de cada convenção estadual: 1157 votos a favor e 761 contrários. Em alguns Estados, a votação foi unânime em prol da ratificação (Delaware, New Jersey, Geórgia), ao passo que em outros a deliberação se deu por estreita margem de votos (Massachusetts, 187 votos a 168; Virgínia, 89 a 79; New York, 30 a 27). A Carolina do Norte rejeitou, numa primeira deliberação, a ratificação da Constituição (84 votos favoráveis e 184 contrários, decidido em 1° de agosto de 1788) mas posteriormente concedeu seu assentimento (194 a 77, em 21 de novembro de 1789). Cf., para esses dados, Dry (1994, p. 471).

Como fruto do debate trazido pela necessidade de ratificação, foi ganhando força a idéia – originalmente apresentada perante a Convenção Constitucional por Gerry e Mason – de aprovação de uma declaração de direitos a ser inserida na Constituição. Essa foi possivelmente a única vitória dos anti-federalistas (DRY, 1994, p. 481-483), ainda que suas conseqüências, como a possibilidade de atuação das cortes de justiça (inclusive as federais) para defesa dos direitos estabelecidos no *Bill of Rights*, não fossem inteiramente compreendidas pelos anti-federalistas (cf. WOOD, 1998, p. 543). Em dezembro de 1791, as dez primeiras emendas – que formam o *corpus* do *Bill of Rights* norte-americano – foram ratificadas pelos Estados e entraram em vigor[189]. O arcabouço estrutural da Constituição estava pronto.

2.4.2 Abertura para o futuro: a supremacia da constituição e a jurisdição constitucional analisadas sob a ótica da diferenciação funcional da sociedade

A descrição do processo histórico que conduziu à elaboração, aprovação e ratificação da Constituição norte-americana ilustra um ponto importante. A Constituição não foi resultado de um planejamento intencional; os membros da Convenção da Filadélfia deparam-se com um problema concreto, imediato – a organização interna do poder – e encontraram uma solução híbrida. Não há vencedores entre as correntes políticas que se defrontaram na Convenção e no debate em torno da ratificação. Indubitavelmente os "federalistas", ou seja, aqueles que defendiam uma autoridade governamental de âmbito federal, tiveram grande parte de sua plataforma política consagrada no texto constitucional; mesmo assim, Madison, um de seus principais representantes, ficou visivelmente contrariado

[189] Além das dez primeiras emendas, deve ser notado que a Décima-primeira e a Décima-segunda à Constituição norte-americana pertencem à fase de formação do *corpus* constitucional norte-americano. A Décima-primeira emenda, ratificada em 1798, procura limitar o controle judicial sobre os Estados e a Décima-segunda, ratificada em 1804, regulamenta a forma de escolha do Vice-Presidente da República. Para uma análise da jurisprudência

com a solução para a representação, que rompeu com a idéia de cômputo puro e simples da população para abrigar a representação igualitária dos Estados (e não de seus habitantes) no Senado[190]. De outra parte, os "anti-federalistas", como Mason e Gerry, foram derrotados em quase tudo: preferiam que a maior parte do poder político permanecesse no âmbito dos Estados, também não queriam um Senado que não tivesse representação popular e se preocupavam principalmente com a ausência de procedimentos populares para a ratificação do texto constitucional (na verdade, durante o processo de ratificação, os anti-federalistas contestaram a própria legitimidade dos trabalhos da Convenção, que consideraram muito abrangente para a forma como os convencionais foram escolhidos[191]).

Assim, como a maior parte dos debates na Convenção envolveu os temas já citados – representação política, o problema da escravidão, a estrutura bicameral do Legislativo, os poderes da Presidência da República –, os pontos que seriam efetivamente decisivos para o constitucionalismo moderno foram tratados de modo periférico. As duas conseqüências fundamentais geradas pela experiência constitucional norte-americana – a concepção de que a constituição é um documento superior aos demais atos normativos e a noção de que cabe ao poder judiciário a defesa da constituição, inclusive declarando nulas, em casos concretos, normas consideradas contrárias à constituição – não foram previstas pelos seus *founding fathers*[192].

---

contemporânea em torno da Décima-primeira emenda (revigorada, de modo polêmico, pela Corte Rehnquist), ver o capítulo III da presente tese.

[190] Cf. Kaplanoff (1994b, p. 461).

[191] Cf. Dry (1994, p. 478-481).

[192] Circunstância que torna bastante problemático o núcleo central do chamado *originalismo*, ou seja, a teoria da interpretação, particularmente ativa no cenário constitucional norte-americano na década de 1980, que defende uma enorme vinculação entre a leitura do texto constitucional e as intenções originais dos *founding fathers*. Nesse sentido, é possível compreender a observação de Niklas Luhmann, quando descreve a doutrina que busca o sentido da "intenção original" dos autores da Constituição como a obra de "moralistas fanáticos" (LUHMANN, 1999, p. 64).

Essa afirmação enseja uma explicação histórica acerca da experiência de construção constitucional nos Estados e na Convenção da Filadélfia. Cabe propor tal explanação em dois estágios.

(a)

As constituições dos Estados, brevemente ressaltadas no tópico precedente, *não foram* concebidas como documentos legais de tipo superior. Não. A regra era considerar a discussão e aprovação de uma constituição como uma atividade legislativa normal, a ser exercida por um corpo estável de representantes, dentro de suas atribuições rotineiras. Ainda era muito forte a idéia, nas ex-colônias, de representação total pela assembléia, o que significava que os membros dos corpos legislativos locais tinham responsabilidade apenas perante o eleitorado, o que implica dizer: eles não estavam limitados por nenhum outro documento político ou jurídico. A alternativa normalmente adotada entre os Estados, para propiciar um efetivo controle dos representantes pelo povo, era a prática freqüente de eleições, de preferência uma vez por ano. Tampouco havia cláusulas de intangibilidade, ou regras distintas das usuais para modificação da constituição. O procedimento de alteração do texto constitucional era o mesmo utilizado para a modificação de leis anteriormente aprovadas.

Esse quadro sofreria abalos em meados da década de 1780, quando, em alguns Estados, começou a tomar corpo a idéia de que a decisão em torno dos assuntos constitucionais deveria ser tomada de modo diferente daquele estabelecido para a legislação. Isso decorreu, principalmente, do crescente desgaste das legislaturas estaduais, que passaram a ser vistas como detentoras do monopólio do poder político e da crítica – que surgiu em alguns Estados[193] – acerca da enorme liberdade concedida às assembléias de alterar, de acordo

[193] Cf., para a descrição dessa idéia, Wood (1988, p. 273-288).

com maiorias ocasionais e de paixões políticas do momento, as bases da constituição. Aumentavam as divisões internas nas assembléias estaduais, o que tornou mais distante a idéia de representação vista como algo concreto, total, e gerou uma desilusão no eleitorado acerca do papel desempenhado pelo poder legislativo. Mas, como bem assinala Gordon Wood, esse debate não impediu que várias legislaturas modificassem as Constituições dos Estados como se fossem normas ordinárias (WOOD, 1988, p. 276-282).

Assim, nas construções constitucionais do período estadual tardio, lentamente foi tomando corpo a percepção de que o processo de elaboração de uma constituição deveria incluir procedimentos políticos diferentes dos usualmente praticados. Começaram a ser cogitadas, então, na discussão política da época, algumas alternativas e exigências para a entrada em vigor de uma constituição, tais como a necessidade de escolha de uma convenção especialmente destinada a elaborar o texto constitucional e a previsão de ratificação popular da constituição aprovada, como forma de imprimir à decisão da convenção o respaldo da comunidade.

Mas, repita-se, não chegou a ser consolidada, no período enfocado, a idéia de que a constituição era, por definição, um documento legal de tipo superior que limitaria os demais poderes públicos. Uma breve alusão à história da célebre *supremacy clause* será útil para ilustrar esse ponto. A proposta original de estabelecer a constituição como a norma suprema do país teve a autoria do membro da Convenção que mais defendia a manutenção do poder nos Estados, Luther Martin, delegado de Maryland. Seu plano era engenhoso: ele consistia em afirmar a supremacia da Constituição Federal mas deixar, ao mesmo tempo, sua aplicação em casos concretos unicamente aos juízes e tribunais estaduais, o que excluiria qualquer magistratura de âmbito federal. Essa proposta foi aceita por unanimidade, no início dos trabalhos da Convenção. Posteriormente, a situação seria inteiramente alterada: a proposta de Martin foi emendada para permitir a criação de um poder judiciário federal e para estampar,

ainda, que a Constituição Federal vincularia os juízes estaduais, as leis e as Constituições dos Estados. Como seria de se esperar, Martin recusou-se a assinar a Constituição[194].

(b)

Além disso, nenhum tipo de procedimento *judicial* foi previsto ou exercido, na experiência estadual, como forma de assegurar a superioridade do texto constitucional. A organização judiciária, na época posterior à Revolução, ainda tinha forte conotação local e tradicional, com grande ênfase no papel concedido aos julgamentos pelo júri. E o próprio poder judiciário não era visto como um ramo do Estado, estando inserido numa concepção, ainda tradicional, de submissão ao poder das assembléias locais. O léxico político e jurídico daquela época não comportaria o conceito de jurisdição constitucional.

Aqui se revela importante um aclaramento histórico. Algumas decisões das Supremas Cortes estaduais, proferidas na década de 1780, às vezes são invocadas como precursoras do *judicial review* praticado, a partir de 1803, pela Suprema Corte norte-americana[195]. Tal visão, contudo, não se sustenta a partir de uma análise rigorosa do aparato conceitual disponível, à época, no contexto político e jurídico norte-americano.

A esse respeito, Gordon Wood observa que duas grandes barreiras se colocavam, nos tempos pós-revolucionários, à concepção de que alguma lei decidida pelos órgãos representativos locais pudesse ser anulada, sob o argumento de inconstitucionalidade, por qualquer juiz ou tribunal. A primeira delas – já mencionada – é a visível confusão em que incorriam os Estados (e seus órgãos deliberativos e judiciais) acerca do caráter fundamental das Constituições. Com certeza elas eram vistas como algo relevante, dominante (neste sentido, "fundamental"), mas não eram consideradas vinculantes em relação ao poder

[194] Para a descrição da gênese da *supremacy clause*, ver Kaplanoff (1994b, p. 466).
[195] Apenas como exemplo dessa tendência, cf. Cappelletti (1992, p. 62-63).

legislativo. Prevalecia, ainda, na maior parte das ex-colônias, a percepção de que a liberdade estaria assegurada com a eleição e constante vigilância dos corpos legislativos. O segundo obstáculo para a aceitação de um *judicial review* no âmbito estadual encontra-se numa aversão que a maior parte dos cidadãos dos Estados conservavam quanto ao Poder Judiciário. Como lembrado por Wood, eram comuns as queixas relacionadas à crescente complexidade do *common law*, que afastaria o controle público dos atos judiciais e representaria a oportunidade para manipulação desenfreada do conteúdo das leis por profissionais versados no linguajar complexo e obscuro do *common law*[196].

Mesmo as decisões que se aproximariam do conceito moderno de *judicial review* eram profundamente ambíguas em sua elaboração. Invocando um caso do Estado de New York, *Rutgers v. Waddington*, Gordon Wood ilustra o fato de que a decisão da Suprema Corte estadual não declarou, numa dicção que só seria viável no século XIX, a inconstitucionalidade de uma norma estadual em face da Constituição, limitando-se a considerá-la contrária à "razoabilidade". O autor dos fundamentos da decisão, o *Chief Justice* James Duane, procurou enfatizar a idéia de supremacia do Parlamento, aduzindo apenas que o papel do judiciário, em determinados casos, seria "restaurar" a intenção original do legislador, numa decisão tomada por eqüidade, para evitar que o ato legislativo produzisse injustiça num caso concreto. Como bem ressaltou Gordon Wood, trata-se de um raciocínio que teria sido endossado por Edward Coke (WOOD, 198, p. 458). Isso significa – e é o que se pretende demonstrar – que o léxico político e jurídico dos anos de 1780 ainda era bastante marcado pelo aparato conceitual desenvolvido pelos colonos em relação a sua herança inglesa. Como qualquer período de transição, os conceitos políticos revelaram, em diversas oportunidades, as ambigüidades de uma nação que procurava fundar um regime político mas tinha, ao seu dispor, poucos modelos a serem seguidos, acabando por retornar a uma semântica (no caso, a constituição

[196] Para uma descrição abrangente dessa visão, cf. Wood (1998, p. 291-305).

mista inglesa) que lhes parecia, ao mesmo tempo, dotada de sabedoria em alguns aspectos e inteiramente ultrapassada em outros.

Diante desse quadro, é possível referendar as conclusões a que chegou José Acosta Sánchez em seu minucioso estudo histórico: dos poucos casos conhecidos de julgamentos que poderiam ser considerados pioneiros na construção do *judicial review*, alguns

> têm autenticidade documental bastante questionável e os poucos remanescentes representam manifestações isoladas que jamais poderiam haver influenciado, de modo consistente, a discussão constitucional da Convenção da Filadélfia (SÁNCHEZ, 1998, p. 196-199).

E, o que é decisivo: como lembrado por Mark Kaplanoff, a Constituição Federal norte-americana é "notavelmente silente" quanto ao *judicial review*. A discussão, na Convenção da Filadélfia, contemplava, inicialmente, um anteprojeto preparado em grande parte por James Madison – o chamado "*Virginia Plan*" – que era substancialmente vago em relação às atribuições do Poder Judiciário e colocava ênfase num órgão denominado "Conselho de Revisão", formado por representantes escolhidos pelo Executivo e pelo Judiciário, que teria o encargo de analisar o teor de disposições aprovadas pelo Poder Legislativo, com poder de veto. Tal parte do *Virginia Plan* foi rejeitada na Convenção, e não há razões para crer que os delegados presentes na Filadélfia tivessem buscado investir o Poder Judiciário do poder de apreciar a constitucionalidade dos atos normativos. Vale registrar a descrição de Mark Kaplanoff:

> A Constituição é notavelmente silente em relação ao *judicial review* – o princípio segundo o qual os tribunais são os intérpretes definitivos da Constituição, com poder de anular atos inconstitucionais praticados por outros ramos do governo – ainda que ele tenha se tornado um componente fundamental do direito constitucional norte-americano. Alguns delegados fizeram comentários incidentais no sentido de que os tribunais exerceriam algum tipo de revisão, mas outros rejeitaram essa idéia de forma inequívoca, e é provável que a maioria dos delegados que refletiu acerca desse tema afirmasse que cada ramo do governo teria autoridade para interpretar por si

> próprio a Constituição, mas não para vincular outros ramos (KAPLANOFF, 1994b, p. 467).

É o caso, então, de indagar: se as concepções de supremacia constitucional e controle de constitucionalidade não estavam presentes, de forma explícita, no texto produzido pela Convenção da Filadélfia – e não podem ser extraídas, de um modo seguro, da experiência dos Estados no período pré-constitucional –, por que elas são consideradas tão importantes? O que explicaria sua presença na prática jurídica a partir do século XIX?

A teoria da diferenciação de Niklas Luhmann pode trazer alguns esclarecimentos interessantes a essas questões.

Tem-se procurado ressaltar, ao longo da presente exposição, o papel dos conceitos na história política. O exame do linguajar, do aparato lingüístico, dos principais termos utilizados pelos colonos, pelos líderes políticos, pelos panfletistas, pelos protagonistas da Revolução vem sendo um importante ponto de referência para a descrição dos eventos, das mentalidades, das concepções políticas que informaram a rica experiência norte-americana no século XVIII[197].

Todavia, para que fique evidenciada a originalidade e a força dessa história conceitual, é preciso conferir ir um pouco além. É necessário observar as ambigüidades, as lentas transições, os usos lingüísticos em determinados contextos como manifestações de configurações sociais. Na hipótese aqui apresentada, será útil compreender essas manifestações lingüísticas como indicadoras de um momento de profunda – e radical – mudança social. Afinal, consoante já notado nas linhas introdutórias do presente trabalho, o século XVIII alterou significativamente os conceitos sociais e políticos até então dominantes.

[197] O exemplo distintivo de tal exercício historiográfico é a obra organizada por Ball e Pocock (1988).

Esse movimento de modificação social não pode ser reduzido, evidentemente, a um único período, a um determinado evento, ou mesmo a um século em especial. Ele se insere na longa duração, e seus fatores e conseqüências só podem ser aferidos numa perspectiva histórica expandida. Mas, por outro lado, há episódios de transição que se revelam simbolicamente importantes, na medida em que se percebe a perda da força persuasiva de uma determinada cadeia de significados e a abertura para outras possibilidades.

Ficou claro, pelo relato ora proposto, que os revolucionários norte-americanos viram-se numa situação curiosa: mobilizaram-se contra os ingleses em defesa da constituição inglesa e de seus direitos como ingleses; lutaram contra a corrupção de um regime político que consideravam, em essência, como o mais perfeito existente; aguardaram até o último instante pela possibilidade de reconciliação, pois mesmo quando o conflito armado já estava em curso consideravam viável o retorno ao Império Britânico. Quando se tornou irreversível a decisão em torno da independência, os revolucionários depararam-se com um enorme leque de alternativas para a definição do regime político, e a variedade das soluções encontradas nas Constituições estaduais é talvez o sinal mais perceptível dessa amplitude de caminhos possíveis. Mesmo assim, como foi observado, a herança intelectual inglesa fez-se presente, quer mediante resquícios da idéia de governo misto, quer em concepções antigas, oriundas do *common law*, tal como adotadas no caso *Rutledge v. Washington*.

Algumas controvérsias são úteis para a correta compreensão desse momento de transição. A principal delas envolve dois panfletistas e líderes políticos influentes no período revolucionário, Thomas Paine e John Adams. Demonstrando uma enorme capacidade de percepção do processo histórico – do qual ele era, ao mesmo tempo, ator e comentarista –, Thomas Paine, às vésperas da independência, exorta os norte-americanos a "superar preconceitos locais ou de longa data", tarefa que ele mesmo considerava "difícil" (PAINE, 1982, p. 13). Paine referia-se ao patrimônio conceitual herdado da experiência inglesa, que

procurava ver inteiramente superado. E ele apontou o principal defeito da constituição inglesa: ela seria "excessivamente complexa", dissimulada mesmo, a ponto de permitir que uma nação sofra de algum mal por longo período de tempo sem ter a consciência do problema. Daí a alternativa de constituição "simples" proposta pelo autor: eleição anual das assembléias locais, representação igualitária, um Congresso Continental que seja presidido por um representante escolhido por sorteio mediante rodízio entre os Estados (PAINE, 1982, p. 13 e 33).

John Adams, que por seu turno, demonstrou enorme preocupação quanto às propostas de Thomas Paine – que considerava perigosas, em face da grande divulgação de Common sense no período revolucionário – e, como bem remarca Bernard Bailyn, "começou a por as coisas em ordem" (BAILYN, 2003, p. 262)[198]. Adams temia o excessivo poder concentrado nas assembléias unicamerais, o que deixaria a comunidade política inteiramente desprovida de mecanismos de defesa contra a instabilidade típica das assembléias populares. Adams defendia, de modo contrário à tese de Paine, uma estrutura de governo mais complexa, que contasse com aparatos que evitassem o predomínio da legislatura sobre outros ramos do governo. Assim, Adams ressaltou a necessidade de uma assembléia "adicional", que servisse como elo entre o Poder Executivo e o Legislativo – e que não seria eleita diretamente pelo povo, mas escolhida pelos membros da própria assembléia popular. Adams também ressaltou a importância de um Judiciário independente, composta por profissionais experimentados, vitalícios na magistratura[199].

Como foi verificado no breve relato sobre as Constituições aprovadas pelos Estados, o modelo proposto por Thomas Paine foi relativamente observado na elaboração da Constituição da Pensilvânia. Já a obra de Adams, que circulou intensamente no período em

[198] Aliás, consoante pontuado por Bailyn, Adams "desconfiou dele [Thomas Paine] desde o instante em que colocou os olhos nele (ou pelo menos foi o que disse anos depois) e o chamou de 'uma *estrela de desastre*' cujas idéias constitucionais emanavam ou da 'ignorância honesta ou da superstição tola de um lado, ou da sofística intencional e descarada hipocrisia de outro'" (BAILYN, 2003, p. 262).

que os Estados construíam suas cartas constitucionais, está especialmente retratado na Constituição de Massachusetts, da qual ele foi o principal redator (cf. SHAW, 1994, p. 699).

A diferença entre os modelos arquitetados por esses dois autores revela a situação única vivida no contexto pós-revolucionário norte-americano. E mostra, também, uma mudança mais profunda, ligada à forma de diferenciação da sociedade.

Gordon Wood salienta, de modo adequado, que a concepção de constituição mista proveniente da Inglaterra estava fortemente vinculada a uma auto-representação da sociedade na sociedade: ela não estabelecia uma diferenciação entre a estrutura da sociedade e do governo (WOOD, 1998, p. 20). O "balanço", o "equilíbrio" da constituição inglesa não pode ser explicado mediante a teoria da separação dos poderes (que apareceria num contexto continental, já no século XVIII). Tanto o direito quanto a política eram descritos a partir de um vocabulário de origem feudal, que tratava a sociedade como um corpo formado pelos vários estratos do reino. Esses mesmos estratos estariam refletidos no governo (a noção do *King-in-Parliament*), e a política seria uma constante busca de equilíbrio entre as "potestades" de cada um dos estratos, para que nenhum se sobrepusesse aos demais. O direito era visto como a conseqüência lógica de tal arranjo, sempre voltado ao passado: os *writs* dos tribunais reais não criavam, em regra, "novo" direito, mas resgatavam a "reta razão" e propiciavam justiça nos casos concretos, sendo que a sua principal fonte eram os precedentes (esses, por sua vez, consagravam costumes que remontavam a "tempos imemoriais"). E, ademais, os juízes do *common law* estavam inseridos nessa grande cadeia de vínculos internos, pactos privados, contratos entre setores da sociedade: se alguma de suas decisões produzisse

[199] As observações de Adams constam de sua obra *Thoughts on Government* (ver ADAMS, 1954, p. 85-92).

flagrante injustiça a uma das partes, a jurisdição da *equity* estava disponível para restabelecer o equilíbrio[200].

É exatamente por essa razão que se torna historicamente frágil a tese que concede às decisões de Coke um certo pioneirismo, uma certa feição vanguardista no controle dos atos legislativos pelo poder judiciário. É, aliás, compreensível que se pense assim, na medida em que o *common law*, em face de seu caráter plástico, pode ser interpretado (e utilizado) sob vários pontos de vista.

Porém, como foi verificado na descrição dos embates entre Coke e Jaime I (assim como a tentativa de impor limites ao Parlamento inglês), as decisões proferidas por Lord Coke não contemplam a hipótese de reconhecimento de um corpo normativo superior ao direito e às instituições vigentes, que tornasse nulas as outras normas contrárias a ele. Coke pode ter se aproximado dessa idéia, mas não chegou até ela. Para Carl Friedrich:

> Coke estava lutando para conseguir elaborar, com clareza, um conceito de lei básica ou constituição, mas repetidamente se perdeu em meio a noções medievais, que então se mantinham ainda bastante vivas no Direito inglês (FRIEDRICH, 1965, p. 100)[201]

Com essa reflexão, torna-se mais claro o alcance da Revolução Gloriosa de 1688-1689: ela pôs um termo à constituição mista – na medida em que definiu claramente a supremacia do Parlamento – mas *não rompeu com a diferenciação por estratos*, diante de seu aspecto conservador: recorde-se a idéia, lançada no capítulo I da presente exposição, que

---

[200] Cf. a explicação geral acerca do *common law* e da constituição mista inglesa no capítulo I.

[201] Merece ser transcrita a seqüência do argumento de Friedrich: "É talvez de um significado todo particular, a este respeito, o fato de que, quando o Rei Carlos tentou subtrair-se às dificuldades provocadas pelos atos ilegais que a Petição de Direitos estava procurando remediar pela ratificação da Magna Carta e seis outros estatutos, a Câmara dos Comuns tenha, em resposta, resolvido: 'Nós tomamos assento no Parlamento e, portanto, devemos aceitar a palavra de Sua Majestade, não de qualquer outro modo, mas por via parlamentar; isto é, sobre matérias acordadas por ambas as Câmaras, Sua Majestade sentada em seu trono, revestida de seu manto, com sua coroa na cabeça, seu cetro na mão e em Parlamento plenário...' Isto era pura doutrina medieval e tentou solucionar os conflitos sobre quem tinha a última palavra, o rei ou o parlamento, pela reafirmação da idéia de que rei e parlamento devem atuar em conjunto. Mas suponhamos que não o façam. Eis a questão que somente o processo revolucionário conseguiu resolver" (FRIEDRICH, 1965, p. 100-101).

associa a Revolução Gloriosa ao "constitucionalismo do medo". A restauração, como foi observado, já havia sido uma reação aos excessos do período republicano. A Revolução Gloriosa reforçou essa tendência; como sustentado por Trevelyan, ela foi desencadeada após um sentimento de "desilusão" em relação aos republicanos e aos absolutistas jacobitas.

Essa é uma importante diferença de perspectiva entre a Revolução Gloriosa e a Revolução Americana. Quando a primeira foi desencadeada – em fins do século XVII –, a estratificação ainda era a forma dominante de diferenciação da sociedade[202]. Quando a segunda tornou-se realidade, aqueles conceitos que marcaram a experiência inglesa (e foram transmitidas para os colonos na América do Norte) haviam perdido seu potencial explicativo[203]. Essa modificação no quadro semântico da época pode ser melhor compreendida a partir da teoria da diferenciação social.

O princípio estruturante da diferenciação por estratos, como visto no capítulo I, consiste na distribuição desigual de poder e riqueza. Segundo foi possível observar, a construção desse modelo no período medieval estava intrinsecamente relacionada a uma representação da sociedade que encontrava respaldo numa interpretação seletiva de textos sacros. A hierarquização da sociedade, tornada clara na Idade Média central, obedecia a um sistema de ordens, estados, que procurava representar, na vida social, uma hierarquização

[202] Como ressaltado no capítulo I, sequer a experiência republicana logrou modificar esse estado de coisas; por mais movimentado que tivesse sido o cenário político inglês entre 1642 e 1660, a estrutura da sociedade – sua divisão de papéis, sua concepção hierárquica – não foi substancialmente alterada durante o protetorado. As tendências mais radicais entre os republicanos – como, por exemplo, os *Levellers* e os *Diggers* – não lograram implementar as medidas defendidas em suas respectivas plataformas políticas.

[203] Fato que não impediu manifestações residuais; como assinalado por Bernard Bailyn, uma proposta seriamente estudada no período pós-revolucionário foi a criação, nos Estados Unidos, de uma aristocracia, para que fosse possível reproduzir no plano estadual o bicameralismo do Parlamento inglês – com representações distintas para os Lordes e os Comuns. Segundo Bailyn, "Vários escritores chegaram à conclusão de que a única solução era a criação de uma ordem social privilegiada a partir da qual os membros do Conselho poderiam ser escolhidos. Idealmente, escrevia o Governador Bernard, uma nobreza hereditária deveria ser criada nas colônias. E embora reconhecesse que a América do Norte ainda não estava '(e provavelmente não estará por muitos anos ainda) madura o suficiente para uma *nobreza* hereditária', não via razão no sentido de que 'uma nobreza para a vida toda' não poderia ser estabelecida imediatamente. Um pariato vitalício 'provavelmente daria força e estabilidade aos governos norte-americanos tão eficazmente quanto uma *nobreza* hereditária dá ao da *Grã-Bretanha*'" (original grifado – BAILYN, 2003, p. 253-254).

proveniente de uma divisão de papéis, tarefas, funções e, em última instância, do próprio trabalho, que era tida como fixa, imutável, eterna.

Cabe assinalar, de antemão, que a gradual diluição do potencial persuasivo dessa descrição da sociedade não pode ser atribuída a uma determinada "causa" que possa ser encontrada na observação histórica. Evidentemente, a complexidade do passado que se apresenta ao observador inviabiliza qualquer consideração neste sentido. Um inspirado aforismo de Goethe, recuperado num contexto de história jurídica por Mario Bretone, assinala que toda literatura é "um fragmento de fragmentos [...] Só uma mínima parte daquilo que aconteceu e que foi dito, foi também escrito; e só uma mínima parte do que foi escrito permaneceu" (BRETONE, 1998, p. 17). É uma advertência que o historiador deve levar a sério.

Tendo bastante clara essa condição, torna-se possível ao observador – que assumirá, *sempre*, uma perspectiva que lançará o olhar sobre determinados aspectos ao mesmo tempo que obscurecerá outros – identificar alguns aspectos de passagem, situações históricas em que um princípio explicativo passa por transformações que alteram a percepção da sociedade na sociedade. Quando a Revolução Americana atingiu seu ponto culminante, estava em curso um processo de alteração da semântica da sociedade. A forma de diferenciação por estratos contemplava o seu crepúsculo, mas não havia claramente se delineado no horizonte uma nova forma de representação da sociedade. Isso facilita, em muito, a compreensão da ambigüidade da prática política do período imediatamente pré-revolucionário; todo um arcabouço conceitual perdia seu potencial de explicação e representação, sem que houvesse uma estrutura de palavras, conceitos, expressões e categorias que pudesse ser ativada para a construção de uma nova representação da sociedade.

Na verdade, como mencionado por Luhmann, surgem, na experiência histórica européia, desenvolvimentos no contexto da política que escapam inteiramente a uma ordem estratificada, apontando para uma crescente diferenciação em domínios funcionais (LUHMANN, 1999, p. 381). Com essa observação, é possível introduzir o princípio estruturante que caracteriza a diferenciação funcional: a existência de um problema em cuja solução se especializa o subsistema social. O potencial evolutivo dessa modificação reside, de forma paradoxal (que é constitutiva de qualquer distinção), no aumento e na redução da complexidade: por um lado, a estruturação da complexidade é amplificada, na medida em que novos subsistemas funcionais se formam e adensam o ambiente interno da sociedade e, por outro, a especificação da função permite a replicação de um código interno ao subsistema, que se abre (de forma cognitiva) ao ambiente e seleciona tudo aquilo que é compatível com o código mesmo, *ao mesmo tempo* em que se fecha (operativamente) e reproduz os próprios elementos, diferenciando-se em relação ao ambiente[204].

Cumpre ressaltar, porém, que a modificação na forma de diferenciação não ocorre num determinado momento, ou a partir de um certo episódio. Trata-se de um processo lento e desigual de alteração na semântica da sociedade, que tem início no período anterior ao século XVIII e se consolida após as Revoluções Americana e Francesa, com tempos históricos próprios e distintos. Além disso, o fato de uma dada forma de diferenciação apresentar-se como dominante não exclui as demais; como bem ressalta Gert Verschraegen, formas de diferenciação podem combinar-se entre si (VERSCHRAEGEN, 2002, p. 261, n. 9). Mas, é fundamental notar, quando se opera uma transformação societal que altera a forma de diferenciação, há uma explicação predominante, que informa toda a comunicação social e lança uma distinção (até para diferenciar o que é antigo – basta pensar na constante crítica de Luhmann à "semântica da velha Europa").

[204] Ver, em linhas gerais, Luhmann (1982, p. 229-254), Luhmann e De Giorgi (1994, p. 247-339), Navas (1989,

Para que tais alusões não pareçam arbitrárias, é recomendável resgatar, a partir do trabalho reconstrutivo de dois pesquisadores norte-americanos responsáveis pela introdução de alguns ensaios de Niklas Luhmann no cenário acadêmico de língua inglesa, alguns fatores que evidenciam a passagem de uma sociedade diferenciada por estratificação para uma sociedade funcionalmente diferenciada. Consoante Stephen Holmes e Charles Larmore, é possível descrever o processo de diferenciação funcional da sociedade moderna a partir de um contexto que ressalte os seguintes atributos: "secularização, abstração, ênfase no futuro às custas do passado e uma maior tolerância ao desvio e ao conflito – ou seja, um notável afrouxamento das condições para a compatibilidade social" (HOLMES e LARMORE, 1982, p. 364, n. 2).

Trata-se, como será possível perceber, de fatores de passagem que figuram no pano de fundo de uma grande transformação da sociedade; não se pretende (nem seria cabível) desenvolver os desdobramentos de cada um dos fatores, ou mesmo empreender um relato histórico acerca de suas inumeráveis conseqüências. Procurar-se-á apenas ilustrar, de modo breve e parcial, alguns dos aspectos que caracterizam a mudança social em apreço, para que a diferenciação do sistema parcial do direito possa ser melhor compreendida – e, em seu interior, a invenção moderna da constituição como forma. Assim, para Holmes e Larmore, pode-se associar a diferenciação funcional da sociedade a partir da presença de nove fatores[205]:

(i)

A privatização da religião. Como uma conseqüência das guerras religiosas que afetaram a Europa a partir da Reforma Protestante (com todos os seus desdobramentos) e da Contra-Reforma organizada pela Igreja Católica, quebrou-se a unidade espiritual do Ocidente

---

p. 305-336), Andersen (2003, p. 63-92) e Araujo Pinto (2002a, p. 184-197).

medieval. Com a crescente influência das concepções de mundo trazidas pela Revolução Científica – e suas conseqüências epistemológicas, como o indutivismo, a idéia de lei natural, o uso da matemática como linguagem da natureza, a radical separação entre sujeito e objeto – foi-se gradualmente desenvolvendo, na Modernidade, uma dualidade entre fé e razão, contemplação religiosa e observação empírica, que transforma a religião num assunto cada vez mais voltado à esfera interior do indivíduo[206]. Essa dicotomia se tornou ainda mais aguda nas trajetórias intelectuais de autores como Friedrich Nietzsche e Max Weber. É desse último a conhecida formulação do politeísmo dos valores, que ganhou contornos dramáticos na célebre conferência de 1919, na qual são ressaltadas a luta entre os "deuses" e "demônios" (e esse conflito não é uma guerra religiosa entre exércitos; é uma luta interior) e a precariedade (do ponto de vista interno) desse desencantamento: "Os numerosos deuses antigos, desmistificados e convertidos em poderes impessoais, saem de suas tumbas, querem dominar nossas vidas e recomeçam entre eles a eterna luta" (WEBER, 1986, p. 217-218)[207].

(ii)

O advento do Estado-nação territorial. O surgimento do Estado moderno tem suas origens nas monarquias européias que procuram, após a dispersão feudal, retomar o poder temporal perdido no processo de descentralização que marcou o início da Idade Média Central. Especialmente no continente europeu, França, Espanha (e, em menor medida, Portugal) organizam o Estado mediante uma crescente ênfase na administração burocrática. À medida em que o absolutismo ganha terreno – sobrepondo-se às facções religiosas em conflito

---

[205] Cf. Holmes e Larmore (1982, p. 364, n. 2).

[206] Como assinalado na criteriosa síntese proposta por Richard Tarnas: "A ciência substituiu a religião como autoridade intelectual predominante, definidora, juíza e guardiã da visão de mundo cristã. A razão humana e a observação empírica substituíram a doutrina teológica e a revelação das Sagradas Escrituras como principal meio de acesso à compreensão do universo. Os domínios da religião e da metafísica se tornaram gradualmente compartimentalizados, vistos como pessoais, subjetivos, especulativos e fundamentalmente distintos do conhecimento objetivo e público do mundo empírico" (TARNAS, 2000, p. 286).

[207] Para uma coerente abordagem do tema voltado ao desencantamento do mundo na teoria weberiana, cf. Schlüchter (2000, p. 13-48), Marramao (1995, p. 183-221) e Gomes Filipe (2001, p. 70-81).

– prevalece a razão de Estado como critério para decisões políticas e administrativas[208]. A administração passa a operar com base em supostos de racionalidade, previsibilidade e calculabilidade – o autor clássico, também aqui, é Max Weber (1992, p. 1047-1117)[209]

(iii)

A separação da propriedade e a emergência do capitalismo racional. Desde a Antigüidade clássica até o período medieval, a propriedade esteve, em diversos graus, associada a determinadas responsabilidades eclesiásticas, militares ou políticas, a depender das oportunidades que surgiam a partir da diferenciação por estratificação. O importante a notar, nesse ponto, é a incidência de uma *qualidade*, de um fator diferenciador para gozo do direito de propriedade. Isso é superado quando a estrutura comumente designada capitalismo passa a permitir a busca individual pelo lucro, desvinculada de restrições de ordem moral ou religiosa. Esse desdobramento, aliás, não deixa de provocar um sentimento de nostalgia em fins do século XIX. O poeta belga Émile Verhaeren, escrevendo em 1895, assim descreve a busca pelo lucro:

> Ereto como um torso de metal e pedra
> O monumento do ouro ergue-se em meio às trevas
> [...]
> Os bancos abrem cedo e seus balcões,
> Onde o ouro é pesado aos milhões,
> Vêem afluir – asas ligeiras – frotas
> De letras, títulos e notas.
> Sobe um furor que, como vaga,
> Alcança a rua e se propaga,
> Vindo, afinal, de lar em lar,
> O medo, o orgulho e a loucura ativar.
> [...]
> No fim do mês, quando as falências se decidem,
> A morte as rubrica de suicídios
> E as quedas se transformam em ruínas
> Que se iluminam
> Em exéquias exaltativas.
> [...]

[208] Cf. especialmente o abrangente e minucioso relato propiciado por Koselleck (1999, p. 19-47).
[209] Cf., a respeito da teoria weberiana sobre o Estado racional-legal, o esclarecedor artigo de Bobbio (s.d., p. 157-184).

> O ouro! – beber e comer ouro!
> E, ainda mais feroz do que a avidez por ouro,
> A fé no jogo misterioso
> E seus casos tenebrosos
> E suas vontades arbitrárias
> [...]
> Ereto como um torso de metal e pedra,
> Que oculta em seu mistério e em seu ardor profundo
> O coração fremente e arquejante do mundo,
> O monumento do ouro ergue-se em meio às trevas (VERHAEREN, 1999, p. 77-83)

Para Fernand Braudel, o capitalismo mercantil, em suas diversas manifestações desde o Renascimento da Idade Média, representa um típico exemplo de estrutura de longa duração: a persistência de seus elementos básicos contrasta com as sutis diferenças e adaptações que vem sofrendo ao longo dos séculos[210].

(iv)

A aprovação da "curiosidade" e a especialização da ciência. A curiosidade passa a ser vista como motivo legítimo para o acesso ao conhecimento, e a linguagem da natureza começa a ser expressada na base de rigorosa técnica quantitativa-experimental-hipotética. Trata-se de desenvolvimentos que surgem a partir dos eventos que geraram a Revolução Científica, período compreendido entre 1500 e 1700, no qual foi superado o *corpus* da física aristotélica. A partir da cosmologia de Copérnico e Kepler e das leis de movimento de Galileu, Isaac Newton unificou a física existente e propôs um elegante modelo para a atuação das forças do Universo, em todas as situações existentes e em todos os estados possíveis[211].

---

[210] Consoante Braudel: "Assim, por minha vez, defini ou antes, evoquei após alguns outros, os traços principais, do capitalismo comercial, para a Europa Ocidental, etapa de longa duração. Não obstante todas as modificações evidentes que os percorrem, esses quatro ou cinco séculos de vida econômica tiveram uma *certa* coerência, até a agitação do século XVIII e da revolução industrial da qual ainda não saímos. Alguns traços lhe são comuns e permanecem imutáveis, enquanto que em torno deles, entre outras continuidades, mil rupturas e agitações renovavam o aspecto do mundo" (BRAUDEL, 1992, p. 52). Cf., ainda, para uma visão do capitalismo moderno, Polanyi (2000). Acerca do direito de propriedade no contexto da Inglaterra do século XVIII, ver o clássico estudo de E.P. Thompson (1987). Cf., ainda, a explicação, lançada no capítulo I da presente tese, em torno da usura e da interpretação da Igreja Católica para essa prática, a partir da obra de Jacques Le Goff.

[211] Para um vívido e fundamentado relato das descobertas da Revolução Científica – e de sua repercussão – ver, entre vários outros, Paolo Rossi (1992, 2001).

Particularmente importante para esse tópico é a postura de Galileu: como assinalado por Alan Chalmers, sua insistência no teste empírico das leis científicas, com utilização do telescópio, abriu "um novo campo de dados para a ciência" (CHALMERS, 1994, p. 26 e ss.).

(v)

A libertação da arte de funções civis e religiosas. Uma das aquisições evolutivas da Modernidade é a emancipação da arte da idéia de representação de concepções religiosas vinculantes e do fornecimento de material para a vida cotidiana, especialmente na cidade. Principalmente a partir do século XIX, arte torna-se *art pour l'art*, o que significa afirmar, em termos luhmannianos, que ela passa a constituir o seu próprio código (que orbita na distinção belo-feio) e a reproduzir seus próprios elementos. Como, na teoria da diferenciação, a sociedade não dispõe de centro ou de vértice, a arte não poderá representar "a sociedade", mas apenas considerar os ruídos provenientes dos outros subsistemas como possibilidades aptas a serem ativadas[212].

(vi)

O deslocamento, no casamento, de fatores religiosos, econômicos ou institucionais para o amor romântico ou passional e para a escolha pessoal, bem como a diminuição da célula básica familiar, rumo a um núcleo familiar menor e unigeracional. Trata-se de uma alteração perceptível na dimensão da intimidade e da privacidade. Assuntos antes submetidos a critérios de "qualidade", como a linhagem familiar, a possibilidade de gerar descendência, passam a depender de escolhas voltadas à esfera subjetiva, o que subverte os códigos tradicionais voltados à família e às tradições. Abre-se um campo de exercício e

[212] Cf. a esclarecedora análise de Harro Müller (1994, p. 39-54), bem como a importante entrevista de Luhmann sobre o tema da arte (LUHMANN, 2002a, p. 106-118). Acerca da modificação ocorrida em fins do século XVIII, consultar Gombrich (2000, p. 475-497). Sobre o papel do modernismo na ruptura com o passado, cf. Everdell (2000).

discussão da sexualidade, o que se torna relevante como tema de comunicação a partir do início do século XX, com o surgimento da psicanálise[213].

(vii)

O advento da educação pública e universal. Como ressaltam fontes históricas abalizadas, o sistema educacional europeu ingressou num processo de modificação ao longo dos séculos XVIII e XIX, sempre com uma tendência a um maior controle e supervisão pelos Estados nacionais, que procuravam diminuir a influência das escolas de orientação religiosa. Já no século XVIII essa tendência pode ser percebida em alguns casos, mas ela efetivamente se faz presente nos Oitocentos, quando são realizadas, na maior parte das nações européias, reformas no ensino básico e superior[214]. Quanto às universidades, esse é um desdobramento relevante, na medida em que, como se sabe, tais instituições foram criadas, no Ocidente medieval, com uma forte feição elitista, quer pelos altos preços das anuidades, quer pela monopolização de espaços pela camada dominante[215].

Os dois outros fatores estão diretamente conectados ao tema central da presente investigação, e serão enfocados em conjunto: (viii) a imposição de limitações constitucionais ao poder político e, ultimamente, a inclusão de toda a população adulta nos processos eleitorais; e (ix) a positivação do direito ou, em outros termos, a mudança nas bases da legalidade, do direito natural imutável aos procedimentos formais para alteração dos códigos legais de um modo ordenado.

---

[213] Cf. a reflexão de Luhmann (1991) e a digressão realizada na obra de Giddens (1993).

[214] Ver, para a educação como um todo nos séculos XVIII e XIX, respectivamente, Bowen (2001, p. 214-215) e Bets e Harrop (2001, p. 187-191). No que se refere às universidades, em relação aos mesmos períodos cf. Gascoigne (2001, p. 753-755) e Bets e Harrop (2001, p. 636). Para a educação secundária e superior no século XVIII na Europa, ver também Woloch (1982, p. 197-214).

[215] Observe-se a narrativa de Caenegem: "As universidades eram elitistas, em primeiro lugar, no sentido intelectual. Os cursos eram longos (sete anos ou mais era o normal) e as exigências, altas. A familiaridade com o latim era essencial para que se pudesse participar das 'disputas', assim como aprender o *Corpus iuris* (com freqüência, de cor) e as Glosas. Em segundo lugar, o pequeno círculo de estudantes era elitista por sua origem social. Os estudos eram freqüentemente feitos longe de casa e eram caros; os bolsistas eram raros"

Observando-se, de forma abrangente, a transformação societal que caracterizou a passagem para a diferenciação funcional da sociedade, pode-se perceber a relevância da modificação das bases da normatividade do direito e do surgimento da noção moderna de constituição.

A tese principal de Niklas Luhmann, a esse respeito, é no sentido de que a constituição surge como um fundamental mecanismo de acoplamento estrutural entre os sistemas do direito e da política. Ela representa, na verdade, uma reação à radical separação entre os dois sistemas, que só é possível com a diferenciação funcional da sociedade moderna[216]. Porém, para que se compreenda o papel da constituição nesse novo quadro societal, é fundamental lembrar a feição dual do texto constitucional: a constituição é, *ao mesmo tempo*, um documento de tipo fundamental, que contempla as principais opções políticas de um dado Estado – consagra direitos fundamentais, disciplina a relação entre os vários ramos do governo, estipula procedimentos diferenciados para sua própria modificação – *e* uma norma de tipo legal – dela se extraem direitos, sua aplicação pode ser postulada nas cortes de justiça e algumas regras de interpretação são passíveis de enunciação a partir do texto constitucional[217]. Nas palavras de Luhmann, isso faz com que a constituição se transforme num texto autológico, que "se propõe ser parte do direito" (LUHMANN, 1999, p. 384).

Assim, a constituição – ao subverter a tradicional teoria da revogação das leis, dando primazia ao critério *lex superior derogat lege inferiori* em detrimento dos tradicionais *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali* – propicia o

---

(CAENEGEM, 1995, p. 80). Acerca da origem das universidades no Ocidente medieval, cf. Araujo Pinto (2002b, p. 27-37).

[216] O texto fundamental para essa análise é o de Luhmann (1996a, p. 83-128). Sobre a noção de acoplamento estrutural, cf. Luhmann (1992, p. 1419-1441)

[217] Na teoria constitucional norte-americana da década de 1990, um autor parece ter percebido esse potencial inovador – e híbrido – da Constituição Federal dos Estados Unidos. Ver Stephen Griffin (1996, p. 11-19).

autofechamento operacional do sistema jurídico – e isso só pode ocorrer se a constituição, como afirma Luhmann, "se propõe ser parte do direito".

Como bem assinala Stourzh, aí reside a principal inovação do constitucionalismo na América do Norte. E, de fato, é possível concluir: a novidade *não* está na circunstância de determinadas normas terem assumido a forma escrita (casos assim ocorreram na Inglaterra e no continente europeu durante a Idade Média e início da Era Moderna); *não* reside no fato de a constituição ser considerada a "lei fundamental" de uma dada comunidade política, pois isso já existia na história do direito inglês, como ficou claro pela invocação, feita no capítulo I, ao valor simbólico da Magna Carta, que foi auferindo, no correr dos séculos, uma aura de protetora das liberdades e direitos dos ingleses (cf. STOURZH, 1988, p. 35-54).

Uma outra particularidade, revelada pela história conceitual, merece atenção.

É preciso lembrar que o termo "constituição" não era desconhecido ao tempo da Revolução Norte-americana. Num cuidadoso e erudito estudo histórico-lingüístico, Mario Dogliani propõe três radicais distintos para o termo moderno constituição: *politeia*, *constitutio* e *Verfassung*, provenientes das experiências políticas grega e romana na Antigüidade e do contexto germânico medieval (DOGLIANI, 1994, p. 11-31). Como visto anteriormente, as noções de "constituição mista" e "constituição antiga" estiveram presentes na prática política inglesa medieval e pré-moderna.

Porém, é fundamental assinalar: em nenhuma dessas acepções, "constituição" possuía o significado atribuído ao termo desde a Revolução Norte-americana. Gerald Stourzh e Graham Maddox propiciaram uma válida recuperação dos sentidos da expressão ao longo da história do direito. Assim, ao tempo da construção do *common law* o termo, talvez como um resquício do latim *constitutio*, passa a referir-se a qualquer norma escrita, ou seja, como contraponto ao costume. Quando, na consolidação do Parlamento como a principal fonte da

legislação inglesa, as normas por ele aprovadas começaram a ser chamadas de *statutes*, a expressão *constitution*, nos séculos XV e XVI, adquiriu o sentido de compilação, reunião de textos legais referentes à mesma matéria. No período subseqüente – especialmente no século XVII – constituição simplesmente significa "governo" ou "regime político", de forma bastante ampla (STOURZH, 1988, p. 35-54; MADDOX, 1995, p. 50-67; ENTERRÍA, 2001, p. 33, n. 37).

No século XVIII, opera-se a mudança conceitual. A constituição incorpora aquele potencial de atividade, criação, fundação: ela não é apenas a qualidade de alguma coisa (de um regime, de um governo, de uma nação).

Mas a principal "aquisição evolutiva" da forma constitucional, na terminologia luhmanniana, não reside na "fundamentalidade" de suas prescrições, ou mesmo no seu caráter "fundacional". A relevância da constituição moderna para a completa delimitação da diferenciação funcional está na condição paradoxal do direito e da constituição na modernidade: elas permitem a diferenciação *interna* do sistema jurídico e sua re-ligação com a política mediante o acoplamento estrutural (que é propiciado pela constituição – não é errado dizer: ela constitui a si própria). Isso confere, *ao mesmo tempo*, um gradiente de complexidade ao sistema da sociedade, na medida em que abre um potencial quase ilimitado de ruídos ambientais internos e permite a redução da complexidade, a partir do momento que o direito se autonomiza e pode reproduzir-se com atenção *apenas* ao seu código binário (que vem a ser: a manutenção da diferença entre direito e não-direito).

Daí o caráter revelador da inovação lingüística no século XVIII: não é apenas a transformação no sentido do conceito, mas também a construção de seu pólo negativo. Com efeito, já na primeira metade do século XVIII pode ser documentada a utilização do termo "inconstitucional", que teria sido utilizado pela primeira vez, no contexto britânico, por

Bolingbroke[218]. Segundo Luhmann, o *Oxford English Dictionary* registra uma ocorrência da expressão *unconstitutional* em 1734 (LUHMANN, 1999, p. 386, n. 80). Em 1764/1765, ocorre o primeiro recurso à expressão em território colonial (Rhode Island). Com o agravamento da crise entre o Império Britânico e as colônias, o uso do termo se torna freqüente, o que indica a mudança conceitual em pleno curso[219].

Uma outra ocorrência demonstra a construção de um novo aparato conceitual. Não menos que três autores norte-americanos que buscaram salientar as vantagens do modelo constitucional dos Estados Unidos em relação ao regime político britânico ressaltaram a arbitrariedade de um mesmo ato legislativo (que revelaria a inexistência de qualquer limite ao Parlamento britânico). Thomas Paine, James Madison (ou Alexander Hamilton) e James Iredell citam como exemplo o *Septennial Act* – a decisão tomada pelo Parlamento britânico em 1716, mediante a qual foi prorrogada a duração da legislatura (de três para sete anos), incluindo-se o mandato do mesmo Parlamento que aprovou a mudança. Essa decisão representou, para Paine[220], Madison-Hamilton[221] e Iredell[222], a demonstração de que o sistema

---

[218] Cf. Stourzh (1988, p. 45).

[219] Segundo Gerald Stourzh, pode haver uma influência do pensamento de Vattel nessa concepção de algo "inconstitucional", ou seja, um conjunto de políticas governamentais contrária a um corpo normativo fixo, que limitaria todos os poderes estabelecidos. Eis a citação da obra de Vattel que circulara nas colônias, especialmente Massachusetts: "Enfim, se é da constituição que as legislaturas retiram seu poder, como elas poderiam alterá-la, sem destruir o fundamento de sua autoridade..." (citado a partir do original em francês transcrito por STOURZH, 1988, p. 45).

[220] Eis a reflexão de Thomas Paine, ressaltando as virtudes de uma legislatura controlada pela constituição: "Se fosse feita uma proposta de lei numa assembléia legislativa americana semelhante à que foi transformada em lei pelo Parlamento inglês, no começo do reinado de Jorge I, para prolongar a duração das assembléias além do período do seu mandato, o controle estaria na constituição, a qual de fato diz: *podeis ir tão longe e não além*" (original grifado – PAINE, 1989, p. 173).

[221] Observe-se a passagem extraída do nº 53 de *O Federalista* (cuja autoria não é determinada): "Mesmo na Grã-Bretanha, onde os princípios da liberdade civil e política foram bastante discutidos, e de onde extraímos muitos dos direitos da Constituição, afirma-se que a autoridade do Parlamento é transcendente e insuscetível de controle, tanto em relação à Constituição como as decisões ordinárias da legislatura. Em várias matérias, eles efetivamente alteraram, por meio de atos legislativos, alguns dos artigos fundamentais do governo. Eles chegaram a modificar, em várias ocasiões, o período de realização de eleições e, numa dada ocasião, além de introduzir eleições a cada sete anos, em vez de três anos, prorrogaram seus mandatos por quatro anos, excedendo o período para o qual haviam sido eleitos pelo povo" (MADISON ou HAMILTON, 1989, p. 167-168).

[222] Referindo-se ao "poder legislativo ilimitado" na Grã-Bretanha, Iredell afirma que a prática de prorrogação da duração do Parlamento seria reprovada pela Constituição da Carolina do Norte e que, "na Inglaterra, portanto, eles são menos livres do que nós" (correspondência particular citada em STOURZH, 1988, p. 54, n. 58).

britânico não dispunha de nenhum mecanismo capaz de impedir o Parlamento de fazer o que bem entendesse (cf. STOURZH, 1988, p. 47).

Com a invocação desses episódios – que ilustram o momento especial de transição conceitual nos Estados Unidos da América –, torna-se possível aludir ao passo subseqüente na consolidação da constituição como forma: a invenção da jurisdição constitucional.

Consoante salientado, a *supremacy clause* não foi considerada, ao tempo da elaboração da Constituição Federal, como uma disposição que autorizasse o Poder Judiciário (ou particularmente a Suprema Corte) a declarar a nulidade de atos normativos contrários ao texto da Constituição. Aliás, como bem salientado por Mark Kaplanoff, "O judiciário foi o ramo do governo ao qual a Convenção dedicou menos atenção" (KAPLANOFF, 1994b, p. 466). O desdobramento fundamental para a consolidação da constituição como forma foi, sem dúvida, o caso *Marbury v. Madison*[223], decidido pela Suprema Corte norte-americana em 1803[224].

As circunstâncias do caso são bastante conhecidas e podem ser sucintamente relembradas. William Marbury havia sido nomeado para o cargo de juiz de paz do Distrito de Columbia nos últimos dias do mandato do Presidente John Adams, mas não chegou a receber o ato de nomeação. Quando o sucessor de Adams, Thomas Jefferson, assumiu o cargo, ordenou ao Secretário de Justiça, James Madison, que não concluísse a nomeação. Marbury requereu um *writ* à Suprema Corte, que era presidida por John Marshall, para ver concretizada sua investidura no cargo. A decisão proferida nessa questão provincial, localizada e politicamente situada na rivalidade entre Adams e Jefferson acabou por inaugurar a jurisdição constitucional.

---

[223] 5 U.S. 137 (Cranch) (1803). Apenas a título de esclarecimento, cumpre informar que a decisão em tela foi publicada no *United States Report*, na ordem de numeração acima indicada. A designação "Cranch" decorre de um costume, existente entre 1790 e 1874, que acrescentava o nome do compilador das decisões transcritas no *U.S. Report* (como Dallas, Cranch, Wheaton, Peters e outros). À época da decisão em *Marbury*, o compilador era

O voto condutor, adotado pela unanimidade dos membros da Suprema Corte, foi redigido pelo *Chief Justice* John Marshall (que havia sido nomeado por John Adams para a Corte Suprema, após ter sido seu Secretário de Justiça até o final do mandato de Adams). Diante da relevância do caso, seus fundamentos merecem apreciação[225].

Uma das conseqüências mais evidentes da deliberação tomada em *Marbury vs. Madison* consiste na afirmação consciente – e intencional – de que a Constituição dos Estados Unidos encontra-se em grau de supremacia em relação às outras normas existentes no país. Dessa conclusão decorre a possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade das normas. Observa-se a preocupação em apontar tal supremacia em diversas passagens da decisão em apreço.

Em primeiro lugar, cabe destacar os excertos em que Marshall afirma, de modo claro, a supremacia do texto constitucional em relação à legislação ordinária. Atente-se para a interessante asserção de que a "Constituição a si mesmo se nomeia em primeiro lugar":

> Destas, e muitas outras seleções que se poderiam fazer, mostra-se que os autores da Constituição consideraram aquele instrumento como regra de governo, tanto para os tribunais como para a legislatura [...] Não é de todo indigno de nota que ao declarar que será a suprema lei do país, a Constituição a si mesmo se nomeia em primeiro lugar e não dá tão alta graduação às leis dos Estados Unidos em geral, mas só aquelas que se decretarem para a execução da Constituição. Assim, a fraseologia particular da Constituição confirma e corrobora o princípio essencial a todas as constituições escritas, segundo o qual é nula qualquer lei incompatível com a Constituição; e que os tribunais, bem como os demais departamentos, são vinculados por esse instrumento" (p. 28-29).

Num segundo momento, Marshall avança em suas conclusões: se a Constituição está em posição de supremacia no ordenamento jurídico, então não será admissível a

---

William Cranch. Cf., para explicação acerca da organização dos *U.S. Reports* e a denominação dos volumes, <http://govinfo.ucsd.edu/fedjud.html>, último acesso em 16.01.04.

[224] Cf., nesse sentido, Luhmann (1999, p. 386-387; 1996a, p. 89-90; 1990, p. 156-158).

[225] Adotar-se-á, na transcrição dos excertos da decisão, a tradução preparada por Américo Lobo em 1903 e reeditada pelo Ministério da Justiça do Brasil. A grafia do português foi atualizada (cf. BRASIL, 1997, p. 1-29).

existência de legislação ordinária que seja incompatível com o texto constitucional. O resultado, para Marshall, é o seguinte:

> A Constituição ou é uma lei superior e predominante e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível conjuntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la. Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira, então as Constituições escritas são absurdas tentativas da parte do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável. Certamente, todos quantos fabricaram Constituições escritas consideraram tais instrumentos como a lei fundamental e predominante da nação e, conseguintemente, a teoria de todo o governo, organizado por uma Constituição escrita, deve ser que é nula toda a resolução legislativa com ela incompatível (p. 25)

Esclarecido, portanto, o primado da supremacia constitucional – que enseja a conclusão quanto à nulidade de atos normativos contrários ao texto da Constituição – caberia indagar: a quem incumbe declarar a inconstitucionalidade desses atos? Para Marshall, a resposta só poderá ser uma:

> 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 determinar qual destas regras em conflito regerá o caso. Esta é a verdadeira essência do Poder Judiciário. Se, pois, 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 nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam (p. 26)

O resultado do caso, no plano político da época, foi surpreendente. Marshall – que não era um erudito em teoria jurídica, mas um ativo político no Estado da Virgínia e no âmbito federal – havia percebido que, se a Suprema Corte determinasse a nomeção de Marbury, correria o risco de ver sua decisão simplesmente desrespeitada por Madison (incentivado, nessa postura, pelo Presidente Jefferson). Cumpre ressaltar que, em 1803, a Suprema Corte era um órgão relativamente desconhecido pela opinião pública norte-americana, que iniciara seu percurso histórico somente após a promulgação da Constituição

(ao contrário do Congresso, que remontava à década de 1760, quando foi organizado o *Stamp Act Congress*). A solução adotada por Marshall foi engenhosa: a decisão enunciou, como visto, os postulados da supremacia constitucional e do controle de constitucionalidade, mas não declarou o direito de Marbury de ser nomeado para o cargo de juiz de paz. Em vez disso, Marshall declarou, em seu voto, a inconstitucionalidade da norma federal – a seção 13 do *Federal Judiciary Act* – que havia estipulado a competência da Suprema Corte para, originariamente, apreciar a ação. Assim, segundo a decisão da Corte, o *writ* nunca poderia ter sido postulado perante o Supremo Tribunal, o que fez com que o caso fosse encerrado sem uma decisão de mérito. A sabedoria da solução prevista por Marshall reside na afirmação dos poderes da Suprema Corte, que foi posteriormente utilizada em casos concretos, sem a eclosão de uma crise institucional (que poderia redundar na desmoralização da Corte)[226].

Com a decisão proferida em *Marbury v. Madison*, iniciou-se a trajetória histórica da Suprema Corte em torno da interpretação constitucional. É importante notar que a afirmação da jurisdição constitucional referente às normas aprovadas pelo Congresso Nacional norte-americano deu-se lentamente. Após *Marbury*, apenas em 1857 uma outra norma de âmbito federal foi declarada inconstitucional, no famoso caso *Dred Scott v. Sandford*, que agravou as tensões raciais nos Estados Unidos e contribuiu para a deflagração da guerra civil[227]. A partir da aprovação das Emendas de nº 13, 14 e 15, como resultado da reconstrução norte-americana após a guerra civil, a atividade jurisdicional da Suprema Corte

[226] Para informações históricas acerca da tramitação e das diversas implicações políticas do caso, cf. a minuciosa descrição proposta por John Garraty (1988, p. 7-19), assim como o comentário de Mark Tushnet (2000, p. 17-54).

[227] *Dred Scott v. Sandford* 60 US 393 (Howard) (1857). Para um esclarecimento histórico das circunstâncias que envolveram a discussão, cf. Fehrenbacher (1988, p. 87-99). Para uma inspirada digressão sobre o caso – com interessantes desdobramentos para o debate constitucional da atualidade nos Estados Unidos – ver Sunstein (2000, p. 64-89). Para o período da reconstrução, merece atenção a obra de David Richards (1994, p. 85-142).

passou a afetar, com freqüência, a constitucionalidade de leis aprovadas pelo Congresso Nacional[228].

Tem-se, então, a explicitação de dois componentes fundamentais para a noção moderna de constituição: a supremacia constitucional e o controle de constitucionalidade. Tais aquisições, contudo, não devem eclipsar outros aspectos importantes da formalidade constitucional, especialmente se tomada em consideração a teoria da diferenciação do direito.

Como foi possível constatar pela descrição dos fatores que caracterizam a passagem da sociedade diferenciada por estratos para a diferenciação funcional da sociedade moderna, há, a partir do século XVIII, uma modificação societal que simplesmente não pode prescindir da existência de um direito funcionalmente diferenciado. Isso se aplica particularmente ao sistema da política, que, na diferenciação por estratificação, tinha uma enorme tendência a bloquear as possibilidades de desenvolvimento de outros domínios funcionais da sociedade: assim, a propriedade privada estava vinculada a fatores como descendência familiar, titulação pela Coroa e ligações com ordens religiosas estabelecidas. Tratava-se, portanto, de uma limitação ao sistema da economia. Com o advento de uma constituição que permita o autofechamento operacional do sistema do direito – e que propicie o acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e outros subsistemas sociais –, a propriedade privada e os contratos ganham proteção jurídica e o próprio sistema da economia mantém sua função (a produção de riqueza) e suas organizações (como bancos e empresas[229]).

E, principalmente, um determinado desdobramento da aquisição evolutiva ora em questão merece ser aqui enunciado: o deslocamento da perspectiva do passado para o futuro. Como assinalado em dois fundamentais ensaios de Giancarlo Corsi, a mudança de enfoque trazida pela idéia de constituição pode ser compreendida por um dos aspectos distintivos das

[228] No capítulo III, serão brevemente analisados precedentes exarados no período posterior à guerra civil.

cartas constitucionais modernas: os direitos fundamentais. A positivação desses direitos e liberdades significou, para o direito, uma enorme abstração: o catálogo de direitos fundamentais aplica-se indistintamente a todos os indivíduos, independentemente de outros fatores, como propriedade, família, raça, cor, orientação religiosa. Exatamente por isso – ou

seja, por sua generalidade e abstração –, esses direitos não podem realizar-se, na concretude e imediatidade dos vários subsistemas sociais. É necessário projetar para o futuro sua efetividade, o que abre um imenso campo de atuação para as organizações centrais do sistema do direito, que são os tribunais. O passado – cristalizado em instituições como família, igreja e similares e nas diferenças de origem, riqueza, raça ou credo – passa a ser imunizado, diante da universalização dos direitos que está na base das constituições. Essa é, na verdade, uma tendência que pode ser verificada, de forma mais abrangente, na própria diferenciação funcional da sociedade (ver CORSI, 2001a, 2001b). Como se procurou demonstrar em trabalho investigativo anterior, a Modernidade caracteriza-se por uma aquisição de consciência em relação à temporalidade, e produz uma mudança de enfoque em relação ao futuro, que passa a ser visto como um horizonte em que se torna possível a construção, a originalidade, a criação[230].

Um outro desenvolvimento é digno de nota, quando se faz referência à constituição como aquisição evolutiva: a melhor definição do código do sistema da política, que também sofre um deslocamento na ênfase temporal. A partir da assimilação do código governo-oposição, a política permite uma variedade de perspectivas lançadas para o futuro (a oposição de hoje poderá ser o governo de amanhã) e, mediante o acoplamento estrutural com o direito, que é propiciado pela constituição, reafirma sua função – a produção de decisões coletivamente vinculantes. E disso decorre uma conclusão importante: para Luhmann, é a

[229] Cf., quanto a esse tema, as instigantes conclusões enunciadas por Forrest McDonald (1985 e 2003).
[230] Ver, a esse respeito, Araujo Pinto (2002a, p. 239-264).

diferenciação funcional da sociedade que propicia, mediante a configuração do código governo-oposição, pertencente ao sistema político, o desenvolvimento da idéia de democracia na Modernidade[231].

A descrição histórico-teorética proposta na primeira parte deste trabalho passou, então, pelas seguintes etapas reconstrutivas: num primeiro momento (capítulo I), objetivou-se ilustrar alguns aspectos da história política inglesa, mediante os sucessivos estágios de construção e refinamento institucional verificados na Inglaterra, desde a afirmação do *common law* até o decisivo século XVII, em que a noção de constituição mista (de inspiração medieval) tornou-se problemática. Mediante a recuperação do processo histórico que conduziu à Revolução Gloriosa de 1688-1689, foi possível estabelecer, já no capítulo II, a discussão em torno do aparato conceitual utilizado pelos colonos ingleses na América do Norte, especialmente no século XVIII. Recapitulou-se, em seguida, a crise entre o Império Britânico e as colônias, que resultou na Independência dos Estados Unidos da América e na fabricação de um novo regime político. Procurou-se, pois, examinar a experiência das constituições estaduais e dos Artigos da Confederação. A narrativa concentrou-se, então, nos trabalhos da Convenção da Filadélfia de 1787, que produziu a Constituição Federal norte-americana, ratificada em 1789. Com o recurso à teoria da diferenciação de Niklas Luhmann, intentou-se ressaltar a importância da constituição como aquisição evolutiva, a partir das noções de supremacia da constituição e jurisdição constitucional.

---

[231] Atente-se para a seguinte passagem: "Através das constituições é alcançado, devido à *limitação* das zonas de contato em ambas as partes, um *imenso incremento* de recíproca irritabilidade – maiores possibilidades por parte do sistema jurídico de registrar decisões políticas em forma jurídica e, da mesma forma, maiores possibilidades por parte da política de servir-se do direito para implantar na prática os seus objetivos. O problema é, então, dos dois lados, a determinação das formas estruturais aptas a superar um aumento tão drástico de variedade. Assim, podemos praticamente afirmar que a democracia é uma conseqüência da transformação do direito em algo positivo e das possibilidades de modificá-lo a cada momento" (original grifado – LUHMANN, 1999, p. 382). Sobre a noção de democracia, como decorrência da afirmação do código governo-oposição, cf. Luhmann (1997, p. 161-170). Ver também De Giorgi (1998, p. 35-47) e Campilongo (2000, p. 115-139).

Convém, pois, neste estágio, passar à discussão sobre determinados desafios que se apresentam para o constitucionalismo – e para a formalidade constitucional – na contemporaneidade.

PARTE II

OS ATAQUES DE 11 DE SETEMBRO, O COMBATE AO TERRORISMO E SUAS REPERCUSSÕES NO CONSTITUCIONALISMO NORTE-AMERICANO

III - CENÁRIO DE MUDANÇA CONSTITUCIONAL NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: A REINVENÇÃO DO FEDERALISMO E A LEGISLAÇÃO ANTI-TERROR

Como afirmado na introdução deste trabalho, vive-se um momento de expressiva modificação no constitucionalismo norte-americano. Enquanto Herman Belz menciona a existência de "dissenso, confusão e incerteza sobre o que é a constituição norte-americana" (BELZ, 1998:260), outros autores reconhecem que está em curso, nas práticas jurídica e política norte-americanas, uma modificação substancial em torno da estrutura dos governos nacional e local, da divisão de poderes e, principalmente, dos limites constitucionais impostos ao Poder Executivo Federal (LAZARUS, 2002a, p. 4-5). Sanford Levinson refere-se a uma "revolução constitucional quanto à estrutura da federação e aos direitos civis" (LEVINSON, 2002, p. 65).

Cumpre, então, perguntar: o que está em jogo? Por que tanta ênfase nesses momentos de mudança constitucional? Quais são as dimensões dessas alterações? Qual o significado desses processos para o constitucionalismo contemporâneo?

Para que essas questões possam ser respondidas, será útil estabelecer um marco divisório, uma data lançada na complexidade do passado dos tempos históricos que permita uma melhor visualização do problema. Esse marco, essa data-símbolo, é o 11 de setembro de 2001.

Com tal escolha não se afirma, em hipótese alguma, que os cenários existentes antes e depois dos ataques de 11 de setembro sejam *inteiramente* diferentes.

Evidentemente, por mais contundentes que possam ser alguns acontecimentos – mesmo os "dez eventos que abalaram o mundo" –, eles continuam a ser o que a palavra procura expressar: acontecimentos. E um evento, por si só, não pode ser o *único* responsável pela mudança histórica. Desde o início da produção teórica dos historiadores dos *Annales*[232], e especialmente após a década de 1950 (com a controvérsia estabelecida entre Braudel e Lévi-Strauss), sabe-se que a história depende de um sutil e acurado contraponto entre várias linhas temporais independentes[233], mas que, combinadas, trazem sentido, profundidade e abrangência ao passado (que é reconstruído, sempre de modo parcial, no presente, a partir de uma perspectiva *presente*)[234].

Por isso, torna-se necessário, inicialmente, situar o momento de modificação constitucional vivido nos Estados Unidos da América no período compreendido entre o início dessas ondas de alteração e os ataques de 11 de setembro, para, num segundo estágio, abordar as reações empreendidas pelos órgãos governamentais norte-americanos ao desafio apresentado pelas ações terroristas – com a perspectiva sempre voltada à observação da experiência constitucional.

---

[232] Para uma instrutiva explanação acerca do paradigma dos *Annales*, cf., entre muitos, Le Goff (1995, p. 25-64), Burke (1991, 1992), Reis (1994a, p. 119-137, 1994b, 2000) e, para uma perspectiva crítica, Dosse (1992, 2001).

[233] O artigo fundamental para a polêmica em torno do estatuto epistemológico da história, que resultou, inclusive, na estipulação da categoria da longa duração, é o de Fernand Braudel (1992, p. 41-78), do qual se pode inferir a metáfora "musical". Sobre a repercussão dessa discussão e a idéia de longa duração, cf. Le Goff (1994, p. 417 e 521) e Vovelle (1995, p. 65-96).

[234] Cf. Bloch (1992, p. 9-41) e Veyne (1995, p. 11-25).

3.1 O Contexto de Modificação Constitucional nos Estados Unidos da América a partir de 1995: o debate em torno do federalismo e a doutrina fixada pela Corte Rehnquist

Dois aspectos são considerados, em regra, fundamentais para a construção da identidade da Suprema Corte norte-americana ao longo da experiência constitucional e para a enorme repercussão de suas decisões no plano doméstico e internacional: em primeiro lugar, a invenção e consolidação da idéia de jurisdição constitucional, a partir da decisão proferida pelo Juiz Marshall, em 1803, no célebre caso *Marbury v. Madison*[235] e, em segundo lugar, o impressionante rol de decisões que explicitaram e concretizaram o exercício de direitos civis e liberdades públicas, como a proibição à segregação racial nas escolas[236], a consagração de direitos mínimos, ligados à cláusula do devido processo legal, a acusados submetidos a processo penal[237] e a proteção à privacidade estendida ao controle de natalidade, permitindo, inclusive, a prática do aborto – para citar apenas algumas poucas decisões[238].

Trata-se de aquisições evolutivas importantes, na medida em que a atividade jurisdicional voltada à concretização da constituição em casos concretos submetidos à cognição do judiciário significa, ao mesmo tempo, a necessidade de recurso ao texto constitucional (como parâmetro para a discussão) e a atualização desse mesmo texto

---

[235] Ver descrição no capítulo II.

[236] *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 US 483 (1954). Cabe, aqui, uma informação acerca das fontes utilizadas na citação das decisões da Suprema Corte. Como se sabe, os julgados são publicados em volumes organizados pela própria Corte, intitulados *United States Reports* (US). O algarismo inicial diz respeito ao volume dos *Reports* e o algarismo lançado após a sigla "US" marca a página inicial em que a decisão foi publicada. Em setembro de 2003, os *Reports* estavam no volume nº 534. Quanto à fonte da qual as decisões foram extraídas, utilizou-se o banco de dados da FindLaw (Disponível em: <http://www.findlaw.com/casecode/supreme.html>, último acesso em: 16.01.04). Ainda que não seja uma fonte oficial, o banco de dados da FindLaw é indicado, na página oficial da Suprema Corte norte-americana, como uma fonte filiada ao programa Hermes, que propicia a assinantes arquivos eletrônicos das decisões da Corte (ver <http://www.supremecourtus.gov/opinions/obtainopinions.pdf>, último acesso em: 16.01.04). O acervo da FindLaw abrange todas as decisões da Corte desde 1893 (e algumas, como *Marbury v. Madison*, anteriores a essa data). Assim, salvo se expressamente indicada outra fonte, as decisões doravante citadas provêm da FindLaw.

[237] *Gideon v. Wainwright* 372 US 335 (1963), *Miranda v. Arizona* 384 US 436 (1966)

[238] No que se refere ao uso de métodos contraceptivos, ver *Griswold v. Connecticut* 381 US 479 (1965). Para a permissão à interrupção da gestação, cf. *Roe v. Wade* 410 US 113 (1973).

(considerando-se que o caso é decidido com apoio em argumentações tecidas pelos litigantes e eventuais terceiros intervenientes[239], que trazem ao judiciário visões distintas, contrapostas e atuais em relação ao momento do julgamento). Tem-se, assim, um interessante processo de tensão – construtiva – entre forma e matéria constitucionais.

É evidente que essa ponderação depende de uma asserção prévia. Para componentes de movimentos sociais – como o movimento negro, as associações de defesa de minorias, grupos de pressão e congêneres –, o resultado da jurisdição constitucional norte-americana é inegavelmente positivo, a partir de uma visão do conteúdo das decisões. De outra parte, a atividade jurisdicional pode parecer a alguns – e isso de fato ocorreu na segunda metade do século XX – uma verdadeira intromissão nos assuntos que deveriam ser tratados, em face de sua natureza e relevância, por um corpo eleito de representantes do povo. Ambas as acepções são ponderáveis, e encontram sustentáveis razões.

Para os fins da presente investigação, contudo, interessa ressaltar a importância da *práxis da jurisdição constitucional* como forma (não-exclusiva) de manutenção, em níveis adequados, da tensão entre formalidade constitucional e aspectos materiais da vivência do constitucionalismo, que requerem atualização constante.

É compreensível, portanto, que grande parte da literatura e dos comentários acadêmicos acerca do constitucionalismo norte-americano tenham orbitado em torno dessas duas aquisições evolutivas. Se essa constatação for restrita ao período posterior à Segunda Grande Guerra, a ênfase recairá sobre a construção dos direitos civis e liberdades públicas que marca a história da chamada Corte Warren-Burger[240].

---

[239] Como a figura do *amicus curiae*.

[240] Período compreendido entre 1953 e 1986, quando a Suprema Corte teve como *Chief Justices* Earl Warren (1953-1969) e Warren Burger (1969-1986). Cf., para essas informações, Kutler (1984, p. 759) e Belsky (2002, p. 9, n. 5)

Com a substituição de Burger na chefia da Corte Suprema por William Rehnquist e o grande número de nomeações realizadas por presidentes republicanos entre 1972 e 1991[241], esperava-se uma radical transformação no catálogo de direitos e liberdades consagrados na Era Warren-Burger, com a provável restrição de garantias procedimentais e substanciais e uma interpretação mais estrita – vinculada à literalidade do texto constitucional – do *Bill of Rights* norte-americano.

Essa percepção – ou seja, essa expectativa de revisão dos padrões estabelecidos entre as décadas de 1950 e 1970 – foi fortalecida com o crescimento de um debate institucional e acadêmico, que encontrou seu ponto culminante na década de 1980, em torno da polêmica ativismo *versus* originalismo. Como uma reação à ampliação dos direitos e liberdades, alguns juízes de cortes federais e professores universitários passaram a defender, na atividade jurisdicional, uma estrita observância à linguagem do texto constitucional e às intenções originais dos autores da Constituição. No pano de fundo dessa construção, estava a forte crítica ao que foi considerado um exercício de criação de novas salvaguardas constitucionais pela via judicial[242].

Entretanto, e de modo surpreendente, a Suprema Corte permaneceu fiel, na Era Rehnquist – que se inicia em 1986, com a aposentadoria do *Chief Justice* Burger – a grande parte das decisões proferidas pelas Cortes Warren e Burger. Mesmo as decisões que envolveram maior polêmica – como *Roe v. Wade* – foram mantidas, ainda que com algumas restrições construídas caso-a-caso.

---

[241] A composição da Suprema Corte, ao tempo da redação deste trabalho, compreendia sete juízes indicados pelos presidentes republicanos Richard Nixon, Gerald Ford, Ronald Reagan e George H. Bush e dois indicados pelo presidente democrata Bill Clinton. Cf. as mesmas fontes citadas na nota anterior.

[242] Para uma minuciosa e esclarecedora descrição dos termos do debate, ver, entre outros, Stephen Griffin (1996, p. 140-191) e Herman Belz (1998, p. 201-272).

À medida em que foi esmorecendo o debate em torno do originalismo – especialmente após a rejeição, em 1987, pelo Senado norte-americano, da indicação do Juiz Robert Bork para compor a Corte Suprema[243] – gradativamente começou a se tornar perceptível, para alguns atentos observadores da atuação da Suprema Corte, a verdadeira dimensão e alcance da doutrina estabelecida pela Corte Rehnquist. Como afirmado por Martin Belsky: "Talvez a modificação mais significativa no direito constitucional empreendida pela Corte Rehnquist seja na área do federalismo". Prossegue então o autor: "essa dramática revolução na concepção do equilíbrio de poderes entre o governo federal e os estados é o legado mais importante de Rehnquist" (BELSKY, 2002, p. 5).

Em que consiste essa nova doutrina? Por que chamá-la de "dramática", como faz Belkin, ou "revolucionária", como prefere Levinson (2002, p. 66)?

Simplesmente porque o novo federalismo proposto em algumas decisões da Corte Rehnquist significa um novo desenho da estrutura da república norte-americana, uma nova concepção da sua Constituição e a reformulação de uma arquitetura de divisão de poderes que remonta à década de 1930, era de recuperação norte-americana dos efeitos da Grande Depressão e estabelecimento do programa de reconstrução conhecido por *New Deal*. De fato, o período de implantação das políticas do *New Deal* pode ser considerado como um momento em que se operou profunda modificação constitucional da estrutura da república norte-americana.

Consoante a útil descrição empreendida por Stephen Griffin, pode-se dizer que "o New Deal propiciou ao menos três mudanças fundamentais na ordem constitucional americana". Essas modificações podem ser assim sintetizadas:

---

[243] O Juiz Bork é um dos principais autores alinhados com a posição originalista. Para referência ao processo de nomeação e posterior rejeição, cf. Levinson (2002, p. 67-68).

(1) A natureza da função presidencial. Em virtude da forte e carismática liderança exercida por Franklin Roosevelt durante a Grande Depressão, o poder e o prestígio da presidência da república aumentaram significativamente, com a elevação do seu ocupante à posição de líder do Governo Federal e da nação como um todo.

(2) A natureza do federalismo norte-americano. O *New Deal* atribuiu novas tarefas e responsabilidades ao Governo Federal, o que alterou sensivelmente a relação com os estados e implicou um crescimento da estrutura e da atuação do Governo Federal.

(3) Congresso Nacional0e agências reguladoras federais. Muitas das questões sociais que vieram à tona com a Grande Depressão – situação das relações de trabalho, produção agrícola, atividade industrial – passaram à esfera do Congresso norte-americano e das agências reguladoras da atividade econômica. Houve um aumento na produção legislativa e na atividade regulatória (GRIFFIN, 1996, p. 36-37).

É importante salientar que, em seu período inicial, essas modificações estruturais na república não foram bem aceitas pela Suprema Corte norte-americana, que, na década de 1930, ainda tinha como referência para sua atuação as diretrizes típicas de uma mentalidade "*laissez faire*" que caracterizou a orientação da Corte entre as últimas décadas do século XIX e a primeira metade da década de 1930. Nesse período, a defesa do direito de propriedade e da liberdade contratual – assim como a imposição de limites à atuação do Congresso Nacional –, fizeram com que fossem consideradas inconstitucionais normas federais ou estaduais voltadas à proteção do trabalho ou estabelecimento de limites aos empregadores.

Os principais precedentes envolveram as seguintes matérias:

(i) Limitação de jornada. Por razões de saúde e segurança, o Estado de New York havia estabelecido uma limitação das horas de trabalho dos padeiros

(dez horas diárias ou sessenta semanais). A Suprema Corte considerou inconstitucional essa limitação[244].

(ii) Direito à sindicalização. O Congresso estipulou ser crime federal a prática da celebração dos chamados *yellow-dog contracts*, nos quais era proibida, no ato de admissão do empregado, a sua filiação a entidade sindical[245], o que foi tido por inconstitucional.

(iii) Trabalho infantil. Lei federal havia estabelecido idade mínima para admissão no trabalho, o que foi igualmente rejeitado pela Corte Suprema, que declarou a inconstitucionalidade da norma[246].

(iv) Salário mínimo para mulheres e crianças. A Corte pronunciou a inconstitucionalidade de norma federal, aplicável aos trabalhadores do distrito de Columbia, que estipulara valor mínimo para pagamento a crianças e mulheres[247].

A motivação para tais decisões fundamentou-se, em todas as hipóteses, em dois princípios: por um lado, a liberdade de contratar e, por outro, a limitação da competência legislativa do Congresso imposta pela Constituição (com exceção, neste segundo fator, do caso *Lochner*, em que era impugnada uma lei estadual). Quando havia alguma norma federal envolvida, em regra os dois argumentos eram utilizados. O que significava essa limitação? Por que o Congresso não poderia legislar sobre os temas acima declinados?

Como já mencionado anteriormente, a república norte-americana nasceu após um período de indefinição quanto ao regime político a ser adotado a partir da Declaração de Independência. Após a experiência malograda no período de vigência dos Artigos da

---

[244] *Lochner v. People of State of New York* 198 US 45 (1905). Cf. acurada análise dos fundamentos da decisão em Arkes (2000, p. 94-129).
[245] *Adair v. US* 208 US 161 (1908).
[246] *Hammer v. Dagenhart* 247 US 251 (1908).
[247] *Adkins v. Children's Hospital of District of Columbia* 261 US 525 (1923).

Confederação, a solução encontrada foi a implantação de um Governo Federal, com estrutura e funcionamento previstos numa Constituição aplicável a todo o país.

O resultado de toda a dinâmica histórica do final dos Setecentos foi uma solução dual: o poder político passou a ser dividido – ou melhor, compartilhado – entre a Nação e os estados, de acordo com a distribuição de competências estabelecida na Constituição. O texto da Constituição Federal contém uma série de dispositivos que procuram exatamente encontrar um equilíbrio entre os poderes federal e estadual[248].

Após essa rápida tentativa de situar a questão da estrutura federativa de Estado, cabe voltar à controvérsia que afligiu a Suprema Corte na era do *New Deal*. Durante a segunda metade do século XIX, ficou estabelecido, na jurisprudência da Corte, um determinado critério para se testar a constitucionalidade das normas federais aprovadas pelo Congresso: saber se elas estavam inseridas, ou não, na chamada *commerce clause*, ou seja, o artigo da Constituição que conferia ao Congresso a competência de regular o comércio entre os estados[249]. Prevaleceu, nessa época, a noção de que a soberania para tratar da maior parte da agenda legislativa pertencia, em primeiro lugar, aos estados, devendo ser exigida a demonstração do efetivo alcance interestadual da legislação adotada pelo Congresso. Três das decisões acima citadas, referentes à disciplina das relações laborais – *Adair, Hammer e Adkins* –, resultaram na invalidação, pela Corte Suprema, de legislação aprovada pelo Congresso, sob uma dupla fundamentação: (i) a suposta extrapolação, pelo Congresso, dos limites constitucionais impostos pela *commerce clause* à legislação federal; (ii) a supremacia dos princípios da liberdade de contratação e do direito de propriedade.

---

[248] As disposições pertinentes ao tema são o artigo I, Seções 8 e 10 e a Décima e a Décima-Primeira Emendas, ratificadas em 1791 e 1798, respectivamente (cf. COX, 1998, p. 112-114 e 126).

[249] O artigo I, Seção 8, da Constituição declara ser da competência do Congresso "regular o comércio com Nações estrangeiras, entre os vários Estados e com as Tribos Indígenas" (COX, 1998, p. 112).

Com essa firme jurisprudência em prol da soberania dos estados e do zelo em relação à liberdade de contratar[250], a Suprema Corte depara-se, na segunda metade da década de 1930, com casos em que se discute a constitucionalidade de normas aprovadas pelo Congresso em plena instalação do *New Deal*. Essas normas tinham como pressuposto, conforme a enumeração proposta por Griffin, o aumento das atribuições do Governo Federal e a regulação – que teria que passar pelo Congresso – de aspectos da vida social que não estavam, até então, afetos à esfera do Governo Federal.

Instalou-se, então, um período de crise constitucional (KUTLER, 1984, p. 365-386). Nas primeiras oportunidades em que se deparou com a nova legislação, entre 1935 e 1936, a Corte declarou a sua inconstitucionalidade. O caso mais célebre desse curto período foi *Carter v. Carter Coal Company*[251], em que foi declarada a inconstitucionalidade de normas laborais destinadas a trabalhadores que prestavam serviços em minas de carvão. Segundo John Noonan Jr., trata-se de uma decisão que teve um impacto imediato sobre os Estados Unidos: "*Carter* quase acabou com o *New Deal*" (NOONAN, 2002, p. 13).

Deparando-se com essa situação desfavorável – e vislumbrando a possibilidade de malogro do *New Deal* –, Roosevelt começou a procurar alternativas.

Num primeiro momento, sua administração chegou a cogitar a propositura de emendas constitucionais para corroborar a política do *New Deal*. Essa conjectura foi rapidamente afastada, pois, entre outras razões, o processo de aprovação de qualquer emenda

[250] É importante assinalar que a jurisprudência do período *laissez-faire*, antes alvo de peremtpórias críticas por autores da teoria constitucional norte-americana, vem passando por uma revisão historiográfica. Foram encontrados muitos pontos de contato entre a fundamentação de decisões desse período e argumentos lançados em casos relevantes da Corte Warren-Burger. Para um panorama desse exercício de revisão, ver Griffin (1996, p. 99-104) e Arkes (2000, p. 94-129).

[251] 298 US 238 (1936).

constitucional, sob a vigência da Carta de 1787, era lento, desgastante e bastante aberto a riscos de rejeição em algum dos estágios de deliberação legislativa[252].

A segunda alternativa – intitulada *Court-packing* – parecia atraente e realizável: bastava aumentar o número de juízes integrantes da Suprema Corte. Como a Constituição não estipula a composição numérica da Corte[253], o presidente da república poderia, com o aumento das vagas para juízes, nomear juristas com perfil mais alinhado com a administração[254]. Seguindo esse raciocínio, Roosevelt apresentou um projeto de lei ao Congresso em fevereiro de 1937. O projeto continha a seguinte fórmula: ampliação da composição da Corte em até seis juízes adicionais aos então em exercício, na proporção de um novo juiz para cada integrante da Corte com mais de setenta anos de idade[255].

Mas, ao final da controvérsia, nenhuma medida legislativa foi necessária. Num importante precedente de 1937 (*West Coast Hotel Company v. Parrish* [256]), um dos juízes que resistia à ampliação dos poderes do Governo e do Congresso, Owen Roberts, decidiu modificar seu ponto de vista e juntou-se aos que, até aquele momento, ficavam vencidos em relação às políticas do *New Deal*. Com tal re-equilíbrio de forças na Suprema Corte, iniciou-se um período em que Roosevelt e o Congresso puderam deliberar, sem maiores discussões, acerca de políticas públicas e regulatórias de âmbito federal[257] – o que, aliás, foi providencial

---

[252] O artigo V da Constituição norte-americana estabelece duas formas de alteração do texto constitucional: (1) a convocação de uma convenção especialmente encarregada do processo de emendas (o que nunca ocorreu) e (2) a aprovação de emendas pelo Congresso, com *quorum* de dois terços dos membros das duas Casas. Nas duas hipóteses, é ainda necessária ratificação por três quartos dos estados, quer por convenções convocadas para esse fim, quer pelas assembléias estaduais (cf. COX, 1998, p. 120).

[253] Cf. artigo III, Seção I (COX, 1998, p. 118).

[254] Para uma descrição histórica desses eventos, cf. Belz (1998, p. 7-12) e Griffin (1996, p. 33-46).

[255] Cf. Sellers, May e McMillen (1990, p. 331-333).

[256] 300 US 379.

[257] A situação tornou-se ainda mais favorável aos planos de Roosevelt a partir de 1938, quando iniciou-se um rápido processo de renovação dos quadros da Corte. No período compreendido entre 1938 e 1941, Roosevelt indicou oito juízes para a Suprema Corte, incluindo-se o *Chief Justice* (ver KUTLER, 1984, p. 387-422 e 758-759 e SELLERS, MAY e MCMILLEN, 1990, p. 332).

para Roosevelt, porque o projeto de lei por ele apresentado acabou sendo rejeitado pelo Congresso (SELLERS, MAY e MCMILLEN, 1990, p. 332).

Em *West Coast Hotel Company v. Parrish*, foi aprovada a instituição de salário mínimo no Estado de Washington (com expressa superação de *Adkins*). Já em 1941, uma decisão unânime da Corte estabelecia a possibilidade de ampla regulação, por lei federal, das relações de trabalho (a decisão deixa clara, em sua fundamentação, a superação da linha de raciocínio seguida em *Hammer*) [258].

Superado esse impasse, ficou assentada, na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, a premissa de que a Constituição "confere poderes ao Congresso para legislar sobre qualquer matéria que seja de interesse nacional" (LAZARUS, 2002a, p. 1), exatamente partindo-se da conclusão de que a modificação empreendida pelo *New Deal* caracterizou, de fato, uma redefinição do quadro constitucional norte-americano, o que exigiu novas soluções para novos problemas (GRIFFIN, 1996, p. 33-46).

Essa situação permaneceu inalterada por cerca de sessenta anos: de 1937, como visto, até meados da década de 1990 não houve maiores questionamentos acerca dos poderes do Congresso para regular matérias que tivessem repercussão nacional, com apoio na *commerce clause* e, no que diz respeito aos direitos civis – como não-discriminação e todas as medidas necessárias para sua efetivação –, na Décima-Quarta Emenda[259]. Assim, o Congresso, invocando de modo genérico uma dessas duas cláusulas de aplicação da Constituição, passou a legislar, no período pós-*New Deal*, com razoável liberdade de ação.

---

[258] *United States v. Darby* 312 US 100.

[259] O item 1 da Décima-Quarta Emenda prevê: "Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e submetidas a sua jurisdição, são cidadãs dos Estados Unidos e do Estado em que residirem. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis que restrinjam os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou bens sem o devido processo legal; ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis". Em complemento, o item 5 declara: "O Congresso terá competência para executar, por legislação apropriada, as disposições deste artigo".

É justamente a "virada federalista" empreendida pela Corte Rehnquist a partir de 1995 que leva autores como Levinson, Noonan, Lazarus e Belz a considerar que o constitucionalismo norte-americano encontra-se num processo de reconstrução, revolução ou crise.

Em que consiste essa virada federalista?

Para que essa pergunta possa ser adequadamente equacionada, cabe trazer à discussão cinco precedentes da Suprema Corte.

O primeiro deles é *United States v. Lopez*[260]. Estava em discussão a constitucionalidade de uma lei federal promulgada em 1990 – o *Gun Free School Zones Act* – que estabeleceu uma área em torno das escolas norte-americanas em que era proibido o porte de armas de fogo. A Suprema Corte, decidindo pela margem de cinco votos a quatro que vem caracterizando a atual composição, invocou, pela primeira vez desde a década de 1930, a *commerce clause* para impor limites estreitos à atuação do Congresso Nacional. Segundo o *Chief Justice* Rehnquist, que redigiu os fundamentos da decisão majoritária, "A Constituição criou um Governo Federal com poderes nela enumerados", sendo reservada à Suprema Corte a incumbência de zelar pelo efetivo equilíbrio entre as esferas de governo. Isso porque, segundo Rehnquist, há matérias em que os estados são "historicamente soberanos". É da competência da Corte, nesse contexto, decidir, em casos concretos, o que pode ser regulado pelos estados mas não pode ser regulamentado pelo Congresso[261].

Na decisão, a Corte começou a estabelecer critérios pelos quais o Congresso poderia legislar com amparo na *commerce clause*. Foram indicados três grandes campos de

[260] 514 US 549 (1995).

[261] A linha de raciocínio estabelecida pela corrente majoritária lastreia-se no teor da Décima Emenda à Constituição, assim redigida: "Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela negados aos Estados, são reservados aos Estados ou ao povo" (ver COX, 1998, p. 126).

atuação em que a legislação federal seria permitida pela Constituição. São eles: (i) as vias para o fluxo do comércio interestadual; (ii) os meios necessários para que esse comércio seja efetivado; (iii) as atividades substancialmente relacionadas ao comércio entre os estados ou substancialmente afetadas por ele (PARK, 2003, p. 58 e BELSKY, 2002, p. 6).

No caso *Lopez*, o Congresso havia afirmado que os índices de violência nas escolas afetam diretamente a economia local, o que autorizaria a implantação de legislação nacional com apoio na chamada *commerce clause*. A corrente majoritária, contudo, entendeu que a matéria não pertencia à esfera dos poderes "enumerados" do Congresso (e interpretados na forma exposta no parágrafo anterior), estando contida, por conseguinte, na soberania – "historicamente" reconhecida – dos estados[262].

À época de sua prolação, o julgado não foi percebido, pela comunidade acadêmica e por profissionais versados na práxis da Corte, como um marco divisor na relação entre poderes federal e estadual, pois seus fundamentos permitiram que o Congresso Nacional pudesse, nas palavras de Simon Lazarus, "salvar a lei mediante pequenas alterações técnicas" (2002a, p. 2). Exatamente por essa razão, Stephen Griffin, escrevendo sua importante obra em 1996, salientava que a decisão proferida em *Lopez* "não afetaria significativamente" o quadro constitucional desenhado na época do *New Deal* (GRIFFIN, 1996, p. 37, n. 100).

Mas, como salientou Lazarus, a decisão provocou um "acalorado debate interno na Corte, gerando seis votos diferentes e noventa e cinco páginas no *United States Supreme Court Report*" (LAZARUS, 2002a, p. 2). Era o início do processo de revisão dos poderes do Congresso, que pareciam fortemente consolidados desde a o final da década de 1930[263].

---

[262] Todas as citações em 514 US 549 e ss.

[263] Consoante Martin Belsky, a decisão prolatada no caso *Lopez* "encerrou a presunção - que perdurara por cerca de sessenta anos – de que o governo federal possui poder quase total sobre a *commerce clause*" (BELSKY, 2002, p. 5)

A *rationale* de *Lopez* ficaria mais fortemente explicitada na segunda decisão a ser invocada no presente estágio da argumentação, proferida em 1996. Em *Seminole Tribe of Florida v. Florida*[264], a Corte aduziu mais um elemento ao "teste" da *commerce clause* lançado no ano interior: consoante o voto majoritário deixou claro, a *soberania* dos estados gerava, à luz da Décima-Primeira Emenda, *imunidade dos estados para figurar em ações em que sejam postuladas reparações com base em normas federais*, mesmo quando se tratar de matéria de competência exclusiva do Congresso[265].

Eis o texto da Décima-Primeira Emenda, ratificada em 1798:

> O Poder Judiciário dos Estados Unidos não poderá ser concebido para estender-se a qualquer demanda baseada na lei ou na equidade, iniciada ou direcionada contra algum dos Estados Unidos por cidadãos de outro Estado, ou por cidadãos ou súditos de qualquer Estado estrangeiro (COX, 1998, p. 26)

Como alguns autores salientaram[266], a Décima-Primeira Emenda não prevê imunidade para os estados em relação a demandas ajuizadas por cidadãos residentes no próprio estado. Essa imunidade – a qual, segundo a Corte, só pode ser afastada mediante consentimento expresso do estado demandado – decorre de uma interpretação não-literal dos termos da Emenda Constitucional em apreço.

Em seu voto divergente, o juiz Souter observa, de início, que a decisão é "essencialmente equivocada". Isso porque, afirma Souter, a noção de soberania que a Corte pretende estabelecer pertence a um léxico político pré-moderno, anterior às mudanças políticas e conceituais trazidas com a Revolução americana e com a ratificação da Constituição. No novo quadro conceitual implantado no período revolucionário, a soberania

[264] 517 US 44 (1996).
[265] Cf., nesses exatos termos, Belz (1998, p. 253) e Noonan (2002, p. 42-43).
[266] Ver Noonan (2002, p. 41-57) e Eastman (2003, p. 156-157)

não "pertence" mais a um ou outro corpo político, como o rei, o parlamento ou algum estado. A soberania é *popular*:

> [...] a ratificação [da Constituição] demostrou que os governos estaduais estavam sujeitos a um regime legal superior num sistema judicial que foi estabelecido não pelo Estado, mas pelo povo, por meio de uma delegação específica do seu poder soberano a um Governo Nacional que era supremo dentro da esfera que lhe foi delegada (517 US 44, p. 150)

Nessa redefinição de conceitos políticos – e na própria prática política que se inaugura com a era revolucionaria – falar em soberania dos estados soa, para Souter, "ao mesmo tempo não-prático e absurdo" (id.).

Pode-se passar, agora, a uma fase superveniente da jurisprudência da Suprema Corte, em que a soberania e a imunidade dos estados serão contrapostas a normas federais editadas com base na Décima-Quarta Emenda.

Em duas decisões proferidas nos anos de 2000 e 2001, respectivamente, a Suprema Corte apreciou a constitucionalidade da exigência, aos estados, do cumprimento de normas referentes a políticas de luta contra a discriminação. A primeira delas é uma lei federal alusiva à discriminação por idade – o *Age Discrimination in Employment Act*. A segunda norma visa à tutela dos portadores de deficiência – o *Americans with Disabilities Act*.

Nessas duas leis, o Congresso havia explicitado a necessidade de aplicação aos estados – incluindo-se os servidores e trabalhadores admitidos pelos entes estaduais –, em face do caráter universalizante da Décima-Quarta Emenda. O Governo Federal chegou a colacionar, nos argumentos levados à Corte, os registros do processo legislativo, que demonstravam – quer por depoimentos em audiências, quer por documentos coletados ao longo da elaboração das normas – a necessidade de tratamento federal dos dois assuntos,

inclusive diante da história de práticas discriminatórias ao longo dos anos por alguns estados (cf. NOONAN, 2002, p. 102-119).

A mesma maioria de cinco juízes que havia prevalecido nos outros dois casos aqui versados não aceitou, no entanto, os argumentos do Governo Federal e referendou a soberania dos estados nos dois processos levados a julgamento[267]. Assim, duas demandas ajuizadas por cidadãos que alegavam haver sofrido discriminação – por idade, no caso *Kimel* e por aquisição de enfermidade grave, no caso *Garrett* – foram desqualificadas para julgamento, já que, nas duas hipóteses, figuravam como rés duas universidades estaduais, que não haviam renunciado às suas respectivas soberanias, essa mesma decisão a ser exercida soberanamente pelos próprios estados, segundo a interpretação que a maioria da Corte vinha conferindo à Décima-Primeira Emenda.

O fundamento para a negativa à aplicação das leis aos estados foi, nas duas hipóteses, o mesmo: o Congresso Nacional teria extrapolado os limites para sua atuação, nos termos que lhe são conferidos pela Décima-Quarta Emenda. Para a Corte, não é suficiente que o Congresso considere o assunto a ser tratado na legislação como interesse nacional. É necessário que esse interesse fique claro, a ponto de estar apto a sobrepujar a soberania dos estados. E, nos dois precedentes aqui analisados, a Corte entendeu que não ficou claramente demonstrada a existência de discriminação, praticada pelos estados, que justificasse a sua submissão à jurisdição federal. A Corte fixou, então, os elementos do "teste" de compatibilidade de normas federais com a soberania dos estados.

[267] *Kimel v. Florida Board of Regents* 528 US 62 (2000) e *Board of Trustees of the University of Alabama v. Garrett* 531 US 356 (2001).

Segundo Amelia Koch e Steven F. Griffith, nesses dois julgamentos a Corte estabeleceu um mapa a ser seguido em casos que envolvam a invocação da Décima-Primeira Emenda. Ele é composto pelas seguintes etapas:

- apurar se o Congresso, na legislação examinada, buscou afastar a imunidade dos estados (prevista na Décima-Primeira Emenda);
- identificar o direito constitucional em discussão;
- examinar a jurisprudência referente ao direito em questão à luz da Décima-Quarta Emenda;
- determinar o nível exigido para a defesa judicial desse direito e o que é necessário para demonstrar alguma violação;
- determinar se o Congresso se deparou com elementos históricos ou que mostrem padrões de violação do direito pelo estado;
- determinar se a legislação aprovada é "congruente" e "proporcional" em relação ao dano a ser prevenido ou remediado (KOCH e GRIFFITH, 2003, p. 108)

Evidentemente, se algum dos requisitos estipulados nesses critérios não for preenchido, a legislação federal não poderá ser invocada em ações ajuizadas em face dos estados (a não ser que estes renunciem à sua soberania). Foi essa a conclusão a que se chegou em *Kimel* e *Garrett*: a Corte entendeu que as normas em questão não eram aplicáveis em relação a estados soberanos. Nessa parte – ou seja, quando o Congresso pretendeu superar a soberania estadual –, as leis foram declaradas inconstitucionais.

Um último caso merece atenção, para que fique melhor esclarecida a abrangência da orientação preconizada pela Suprema Corte. Em *United States v. Morrison*[268], discutia-se a

[268] 529 US 598 (2000).

aplicação, aos estados, de uma lei federal que buscava proteger mulheres submetidas a violência sexual. Segundo a norma federal – *The Violence Against Women Act* –, era possível o ajuizamento de uma ação civil por reparação de dano quando o sistema policial e judicial estadual não apurasse devidamente alguma ocorrência de violência sexual praticada contra a mulher.

Em *Morrison*, como narrado pelo juiz federal John T. Noonan, Jr., uma estudante da Universidade Estadual da Virgínia procurou autoridades da instituição de ensino relatando ter sido estuprada por dois outros estudantes, em seu alojamento. Consoante a descrição do caso por Noonan, o conselho universitário, ciente do ocorrido, deixou de comunicar o fato à força policial e puniu um dos estudantes – que teria reconhecido o fato publicamente, no refeitório da universidade – com suspensão por dois semestres (penalidade logo revogada, ao que tudo indica por pressão do técnico da equipe de futebol americano da universidade)[269].

A Suprema Corte, decidindo a questão, entendeu que o Congresso não dispunha de autorização constitucional para levar ao âmbito federal um crime a ser decidido pela jurisdição local. E, principalmente, alegou que a matéria não se inseria, em nenhuma hipótese, na *commerce clause*. Assim, ausente espaço para deliberação congressual, a lei foi declarada inconstitucional, no que se refere à possibilidade de responsabilização dos estados. A mesma maioria dos casos anteriores se constituiu aqui, e a votação final consignou cinco votos contra quatro[270].

[269] Ver, para acurada descrição de todas as etapas e argumentos lançados no processo, Noonan (2002, p. 120-137).

[270] Em todos os precedentes tratados até aqui, a maioria foi composta pelos juízes William Rehnquist, Sandra Day O'Connor, Antonin Scalia, Anthony Kennedy e Clarence Thomas. Ficaram vencidos John Paul Stevens, David Souter, Ruth Bader Ginsburg e Stephen Breyer. As decisões da maioria foram redigidas pelo *Chief Justice* Rehnquist, com uma única exceção: o caso *Kimel*, em que o voto prevalente foi elaborado por Sandra Day O'Connor.

O exame combinado dos cinco precedentes até aqui aventados autoriza algumas conclusões acerca do desenho do novo federalismo norte-americano, tal como instituído pela Suprema Corte:

(i) a liberdade do Congresso de estabelecer legislação em âmbito nacional, que foi bastante ampla no período posterior ao *New Deal*, está agora sensivelmente reduzida pela necessidade de observância dos limites estritos estipulados no artigo I e na Décima, Décima-Primeira e Décima-Quarta Emendas;

(ii) os estados da federação, por força da Décima-Primeira Emenda, possuem soberania que lhes garante imunidade jurisdicional em feitos em que se postule a aplicação da legislação federal;

(iii) os limites estabelecidos à atuação congressual são estão fixados na *commerce clause* e na autorização concedida no item 5 da Décima-Quarta Emenda. A legislação federal deve, além disso, observar coerência e proporcionalidade entre o "mal" a ser combatido pela legislação e os meios utilizados para tal fim;

(iv) cumpre à Suprema Corte, no exercício da jurisdição constitucional, estabelecer se os requisitos acima estipulados foram preenchidos, o que pode incluir o exame dos registros do processo legislativo eventualmente existentes;

(v) na hipótese de não-preenchimento de um dos pressupostos acima declinados, a norma é inconstitucional e não pode ser invocada em demandas ajuizadas em face dos estados soberanos[271].

[271] Uma recente decisão da Corte Suprema pode transmitir a impressão – precipitada – de que há um movimento de retorno à orientação pré-*Lopez*. No caso *Nevada Department of Human Resources v. Hibbs*, a Corte, por seis votos a três, declarou a constitucionalidade de lei federal aplicável a servidores dos estados (*Family and Medical Leave Act*). Ainda que a decisão tenha visivelmente contrariado setores ligados ao federalismo norte-americano de corte conservador (cf. FRIED, 2003, p. 54-57 e KOCH e GRIFFITH, 2003, p. 107-109), a *ratio* das decisões anteriores não foi superada nem abandonada. No caso concreto, dois juízes que compuseram a maioria nos precedentes citados entenderam que o Congresso cumpriu os requisitos estabelecidos pela jurisprudência da Corte. O caso foi decidido em 27 de maio de 2003 (cf. ROSS, 2003, p. 69).

Esclarecidos os contornos do novo federalismo exteriorizado nas decisões da Suprema Corte norte-americano – tema que será retomado nas observações finais da presente tese – é hora de abordar um segundo aspecto que traz novos elementos ao momento de modificação que vem sendo experimentado pelo constitucionalismo norte-americano: as medidas anti-terror implementadas nos Estados Unidos da América a partir dos atentados de 11 de setembro de 2001.

3.2 O Combate ao Terrorismo nos Estados Unidos da América. Primeira Reação: o *USA Patriot Act* e o impacto sobre o constitucionalismo

Como já mencionado nas linhas introdutórias desta tese, os eventos do 11 de setembro transcorreram num ambiente social global. Todavia, em que pese a óbvia constatação referente ao impacto mundial dos ataques terroristas, os efeitos *conjunturais* e *estruturais*[272] que foram – ou ainda serão – desencadeados a partir desses acontecimentos ainda não são perceptíveis. À época em que este trabalho foi concluído, haviam transcorrido apenas dois anos e seis meses desde o dia 11 de setembro de 2001.

Mas isso não significa que a história vinculada aos eventos do 11 de setembro não possa ser escrita – na verdade, ela começou a ser escrita muito antes dessa data tão marcante.

O que é possível – e, no entender desta pesquisa, efetivamente recomendável – é a observação dos sutis enredamentos da dinâmica dos vários tempos históricos. Para tanto, é necessário conferir dimensão histórica à observação. Isso significa, por um lado, explorar o campo de experiências *anterior* aos eventos, que podem ter simplesmente *potencializado* tendências já existentes; e, por outro, requer sejam vislumbrados horizontes de expectativas

[272] A terminologia aqui adotada é extraída da obra de Fernand Braudel (1992, p. 41-78).

que se colocam *à frente* do tempo presente, que se manifestam na fala, na linguagem e nas projeções subjetivas para o futuro (individuais ou coletivas) que se modificam radicalmente a partir do presente[273].

Trata-se, então, de esboçar, com todos os limites inerentes a essa empreitada, uma cartografia dos *riscos* e *possibilidades* apresentados pelo cenário que vai, lentamente, sendo construído após o 11 de setembro. No que diz respeito aos propósitos da presente investigação, isso implica buscar compreender uma distinção fundamental do constitucionalismo moderno – a tensão entre formalidade e materialidade constitucionais – a partir das modificações no quadro constitucional verificadas após os eventos do 11 de setembro[274].

Para que se obtenha alguma seqüência no curso da exposição, a análise do tema será disposta em dois grandes grupos: (i) as alterações no sistema legal norte-americano trazidas pela principal norma jurídica adotada no período imediatamente posterior aos atentados (parte remanescente do capítulo III); e (ii) os desdobramentos constitucionais verificados a partir da postura de combate ao terrorismo nos Estados Unidos da América (capítulo IV da tese)[275].

---

[273] Cf., quanto ao par conceitual espaço de experiência/horizonte de expectativas, a obra fundamental de Koselleck (1990).

[274] Deve-se sublinhar, então, a delimitação do presente trabalho. Vários desafios para a pesquisa acadêmica surgem com o 11 de setembro, como, por exemplo: o estudo da geopolítica internacional, a análise dos acontecimentos posteriores aos atentados sob o prisma do direito internacional, a discussão em torno do fundamentalismo religioso, a dinâmica dos conflitos armados e muitos outros. A investigação, porém, tem como elemento central o constitucionalismo contemporâneo. Outros temas a ele correlatos – como alguns dos mencionados acima – serão tratados, quando for o caso, de maneira ancilar.

[275] Não há, por óbvio, nenhuma relação de primazia e/ou cronologia entre os dois campos de observação (que, evidentemente, se interligam). Cuida-se de uma divisão inteiramente convencional, que ora se propõe apenas com o objetivo de conferir maior fluência ao texto.

Logo após os atentados de 11 de setembro, a administração federal norte-americana, chefiada pelo Presidente George W. Bush, começou a ressaltar a necessidade premente de uma legislação rigorosa que pudesse oferecer aos órgãos policiais, de inteligência e de imigração os instrumentos necessários à luta contra o terrorismo.

O Poder Executivo enviou ao Congresso um extenso projeto de lei no dia 19 de setembro de 2001. Como informado pelo Senador Russ Feingold[276] – Presidente da Subcomissão Constitucional do Comitê Judiciário do Senado e único voto contrário ao projeto de lei –, o Governo queria que o projeto fosse aprovado, pelas duas casas, no dia 21 de setembro (FEINGOLD, 2001, p. 5), ou seja, *dois dias* após o seu envio. É importante mencionar: a lei, na forma em que foi aprovada, pouco difere, em extensão e abrangência, da proposição inicial; na verdade, a lei aprovada é *menos extensa* do que o projeto original, pois algumas das medidas originalmente incluídas acabaram retiradas mediante negociação. E, mesmo assim, a versão final da lei, tal como aprovada pelo Congresso, totaliza 342 páginas. As matérias ali versadas são complexas e diversificadas; o índice é dividido em dez seções e ocupa cinco páginas da lei[277].

Mesmo com toda a extensão e complexidade da proposta, a tramitação do projeto de lei foi bastante rápida e incomum: "Ele foi aprovado virtualmente sem qualquer audiência pública ou debate, e não foi objeto de nenhuma conferência ou relatório por alguma comissão das duas casas" (CHANG, 2001, p. 1). Ainda assim, o Congresso foi alvo de críticas

[276] Partido Democrata – Estado de Wisconsin.

[277] A lei, tal como publicada no *Public Law*, órgão oficial de imprensa norte-americano, ficou distribuída em 132 páginas, em virtude do tamanho da fonte e do espaçamento utilizados. O texto, contudo, foi exatamente o mesmo aprovado pelo Congresso. Para uma versão do projeto que foi submetido e aprovado pelo Congresso, contendo 342 páginas, ver: <http://www.eff.org/Privacy/Surveillance/Terrorism/hr3162.pdf> (último acesso em: 16.01.04).

proferidas pelo Secretário de Justiça, John Ashcroft, que lamentou o excessivo tempo, em sua opinião, utilizado para a deliberação legislativa[278].

Como acrescentam David Cole e James Dempsey, o Secretário Ashcroft "exerceu enorme pressão, basicamente ameaçando o Congresso, advertindo-o de que o sangue das futuras vítimas do terrorismo estariam nas suas mãos [do Congresso Nacional] se ele não aprovasse as medidas enviadas pelo Executivo" (COLE e DEMPSEY, 2002, p. 151)[279]. Os mesmos autores ressaltam a ausência de audiências públicas ou reuniões no âmbito das comissões, e informam que nas três semanas em que o projeto esteve nas duas casas do Congresso houve tão-somente negociações de "bastidores" entre alguns poucos senadores e o Executivo[280]. Por fim, segundo Cole e Dempsey, foi inserida, no processo de votação, uma cláusula proibindo a apresentação de emendas à proposição governamental (COLE e DEMPSEY, 2002, p. 151).

Uma importante fonte de informações acerca da tramitação do projeto de lei é o depoimento de alguns congressistas. Em entrevista ao *Washington Post*, o Deputado democrata Barney Frank[281] declarou que a tramitação do projeto no Legislativo foi "o processo menos democrático relativo a questões fundamentais para a democracia que eu já tenha visto"[282]. O Senador Russ Feingold explicitou ao *The Independent* algumas das razões para o seu voto solitário contra o projeto. Ele afirmou, em síntese, que os seus eleitores e os cidadãos em geral "compreendem o sistema de freios e contrapesos de uma forma melhor do

[278] Jornal do Brasil, 2.10.2001, p. 12.
[279] No mesmo sentido, a observação de Dworkin (2003a, p. 3).
[280] Fato também narrado por Feingold (2001, p. 4 e 6).
[281] Partido Democrata – Estado de Massachusetts.
[282] Consoante relato fornecido por Lancaster (2001, p. A01).

que muitos congressistas. Eles querem ver o Congresso questionando as propostas do governo, e não simplesmente dando seu aval, como fazia o Soviete Supremo"[283].

De toda forma, o projeto, após algumas modificações consentidas pelo Poder Executivo em meio à negociação com o Senado, foi aprovado pelas duas casas do Congresso. Na Câmara, a proposição foi aprovada por 356 votos favoráveis e 66 contrários. No Senado Federal, o projeto foi aprovado com 98 votos favoráveis e um contrário. A votação no Senado ocorreu no dia 25 de outubro de 2001. No dia imediatamente subseqüente a lei foi sancionada pelo Presidente Bush (Folha OnLine, 25.10.2001, p. 1, CHANG, 2001, p. 1)[284].

O ato legislativo foi batizado como *USA Patriot Act*, que é um acrônimo para sua denominação oficial: *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*[285]. Como observado, a lei se divide em dez seções, e abrange os seguintes títulos:

(I) Aumento da segurança doméstica contra o terrorismo.

(II) Procedimentos de vigilância ampliados.

(III) Anulação da lavagem de dinheiro internacional e lei anti-terror referente ao financiamento (2001).

(IV) Proteção da fronteira.

(V) Remoção dos obstáculos para investigação sobre o terrorismo.

---

[283] Entrevista concedida ao repórter Andrew Gumbel, correspondente do *Independent* em Washington (GUMBEL, 2001, p. 2).

[284] O *USA Patriot Act* foi publicado pelo Congresso no órgão oficial de imprensa – *Public Law* – sob o nº 107-56, em 26 de outubro de 2001. Várias páginas da internet dispõem da íntegra da norma em formato (.pdf) ou (.html). Na presente tese, a fonte utilizada foi extraída da página oficial do órgão de imprensa do Governo Federal norte-americano (*Government Printing Office*). As seções e páginas citadas seguem a publicação disponível em: <http://www.access.gpo.gov/nara/publaw/107publ.html> (último acesso em: 16.01.04).

[285] Para a denominação, cf. Seção 1, (a), p. 2. A lei será doravante citada, no presente trabalho, apenas como *USA Patriot Act*.

(VI) Apoio às vítimas do terrorismo, agentes da segurança pública e suas famílias.

(VII) Aumento do compartilhamento de informações para proteção infra-estrutural crítica.

(VIII) Reforço das leis criminais contra o terrorismo.

(IX) Melhoria no sistema de inteligência.

(X) Disposições variadas

Serão destacadas, neste ponto, três dimensões da lei que mais apresentam desafios ao constitucionalismo contemporâneo: (a) o aumento dos poderes investigatórios das autoridades policiais e de inteligência e a redefinição das garantias constitucionais voltadas à privacidade; (b) a definição utilizada pelo *USA Patriot Act* para o crime de terrorismo doméstico; (c) as restrições aos direitos dos imigrantes (incluindo-se o problema das detenções indiscriminadas e o sigilo que as cerca).

3.2.1 Ampliação dos poderes de vigilância e investigação. Ataque à privacidade

Uma das principais linhas de raciocínio utilizadas pelo Governo Federal norte-americano na condução do processo que levou à aprovação do *Patriot Act* foi a necessidade de estipulação de maiores poderes às agências de investigação e forças policiais envolvidas na tarefa de prevenção de novos ataques terroristas. E uma das barreiras a serem removidas nessa ampliação de poderes passou a ser identificada com as garantias constitucionais voltadas à privacidade. Como será possível perceber, várias provisões do *Patriot Act* têm como objetivo a diminuição dos limites impostos às buscas e investigações criminais.

Isso porque, a teor da Quarta Emenda à Constituição norte-americana, alguns procedimentos devem ser observados em relação à expedição e cumprimento de mandados judiciais.

Eis o texto da Quarta Emenda:

> 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 (cf. COX, 1998, p. 124)

Mesmo não tendo sido publicamente ressaltada essa limitação à privacidade, alguns documentos que circularam à época da tramitação do *Patriot Act* deixam evidenciada a política governamental em prol do aumento dos poderes de investigação em detrimento das garantias constitucionais ligadas à privacidade. Numa carta enviada a alguns senadores durante o processo deliberativo que resultou na aprovação do *Patriot Act*, Daniel J, Bryant, assessor do Secretário da Justiça, afirmou:

> Como comandante-em-chefe, o Presidente precisa estar apto a utilizar quaisquer meios necessários para prevenir ataques aos Estados Unidos; esse poder, então, pressupõe a autoridade para coletar toda a informação necessária ao seu exercício [...] Os tribunais já declararam que até mesmo o uso de força letal é razoável, sob a Quarta Emenda, quando se tratar de autodefesa ou da proteção de outros [...] Aqui, para os objetivos da Quarta Emenda, o direito à autodefesa não pertence a um indivíduo, mas à nação e seus cidadãos [...] Se o interesse, agora intensificado, na autodefesa justifica o uso de força letal, será justificada, também, a prática de buscas sem um mandado judicial (CHANG, 2001, p. 2)[286]

Cumpre apreciar, então, os resultados dessa empreitada, mediante o destaque de algumas das previsões constantes do *Patriot Act*.

---

[286] A carta de Bryant está sem data. A autora do artigo em que se baseia sua citação informa que a carta foi endereçada aos Senadores Bob Graham (Democrata, Flórida), Orrin Hatch (Republicano, Utah), Patrick Leahy (Democrata, Vermont) e Richard Shelby (Republicano, Alabama). A autora assegura dispor de um exemplar da carta em seus arquivos pessoais (cf. CHANG, 2001, p. 10, n. 6).

A primeira das disposições legais a afetar substancialmente os poderes de investigação dos entes policiais e de inteligência norte-americanos é a **Seção 218** do *Patriot Act*. A leitura do seu texto não transmitirá nenhuma percepção de mudança; na verdade, a redação da norma só é apreensível a partir de um conhecimento razoável da legislação prévia e da estrutura organizacional das atividades de inteligência norte-americanas. Segundo a Seção 218,

> As Seções 104(a)(7)(b) e 303(a)(7)(b) (50 USC 1804(a)(7)(b) e 1823 (a)(7)(b)) do *Foreign Intelligence Surveillance Act* de 1978 são emendadas, com a retirada de "o objetivo" e a inserção de "o objetivo significativo"[287]

O que representa esse texto remissivo? Que diferença faz a inclusão da expressão "significativo"?

O *Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA) é uma norma legal aprovada em 1978 pelo Congresso norte-americano, que teve o objetivo de propiciar aos órgãos de inteligência – especialmente a CIA – padrões menos rígidos de investigação *para assuntos de inteligência e espionagem relacionados a Estados estrangeiros ou agentes desses Estados*. Nessas hipóteses, exatamente para suplantar as exigências da Quarta Emenda, não era necessária, para a emissão de um mandado autorizando uma busca ou uma escuta telefônica, a existência de "indícios de culpabilidade"[288], tal como requerido em processos criminais.

E, o que também é importante: o FISA autoriza a realização de buscas e escutas telefônicas "secretas", ou seja, sem a comunicação – prévia, no caso das buscas, e posterior, quando se tratar de escuta – ao investigado. A justificativa para essa liberdade na investigação sempre se localizou no fato de que "a coleta de dados de inteligência não se destina a elucidar crimes, e sim obter informações sobre agentes estrangeiros" (COLE e DEMPSEY, 2002, p.

[287] *USA Patriot Act*, Seção 218, p. 21.
[288] *Probable cause*, no original. Cf. Cox (1998, p. 124)

159). Assim, como acrescentam os mesmos autores, "Buscas e escutas realizadas com base no FISA podem ser mantidas longe do conhecimento dos alvos da investigação, em muitos casos para sempre" (id.), pois, se a informação não for relevante para que seja iniciado o processo criminal, o indivíduo submetido à busca e/ou escuta não será chamado a um tribunal para se manifestar sobre o teor da informação obtida.

Mas, desde que o FISA foi editado, essa possibilidade – ou seja, a realização de buscas e escutas secretas sem a presença de indícios de culpabilidade – era restrita a operações em que "o objetivo" da investigação eram atividades de inteligência e espionagem.

Com o *Patriot Act*, essa situação se alterou inteiramente. Não é mais necessário que o "objetivo" da investigação sejam atividades de um Estado ou de um agente estrangeiro. O "objetivo" pode ser agora uma investigação criminal, enquanto as atividades de inteligência externa passam a ser apenas *um* "objetivo", da investigação, ainda que "significativo". Logo, como bem assinala Dworkin, a atividade de inteligência se transforma em um "objetivo subsidiário" (DWORKIN, 2002a, p. 2), ancilar em relação à investigação criminal. O resultado, para Nancy Chang, é que "a Seção 218 concede um sinal verde ao FBI para que seja retomada a atividade de espionagem doméstica a recair em 'inimigos' do governo" (CHANG, 2001, p. 6). E, como visto, buscas e escutas podem ocorrer sem que os "inimigos" sejam sequer notificados.

Consoante assinalam David Cole e James Dempsey, ao comentarem a Seção 218:

> O alcance potencial dessa brecha aberta na legislação é enorme. Por exemplo, durante uma investigação sobre contribuições estrangeiras para uma campanha política norte-americana, o Departamento de Justiça poderia conduzir uma investigação criminal utilizando escuta telefônica pelo FBI e buscas secretas mesmo sem a existência de indícios de culpabilidade de conduta criminal. Se a partir daí não se for iniciado um procedimento criminal o governo não será compelido em momento algum a notificar o político que teve interceptados seus telefones e vasculhados seus gabinetes (COLE e DEMPSEY, 2002, p. 161)

Um dos fatores marcantes nessa modificação legislativa consiste na consciente e deliberada intenção de afastar as garantias estipuladas na Quarta Emenda para investigações criminais. Se antes essa possibilidade era vista como algo excepcional e, mesmo nesses casos, sujeita a estrito controle judicial[289], a partir da edição do *Patriot Act* a investigação com base no FISA – ou seja, sem a existência prévia de indícios de culpabilidade e sem a necessidade de comunicação ao investigado – torna-se algo a ser utilizado, de forma rotineira, pelos órgãos policiais e de inteligência norte-americanos.

Como adverte Nancy Chang, a constitucionalidade do disposto na Seção 218 é, no mínimo duvidosa, em face do princípio constitucional da separação dos poderes (aqui visivelmente tornado assimétrico). Segundo essa mesma autora, qualquer prova coletada na forma permitida pelo FISA poderá ser invalidada por tribunais federais em ações criminais, em face do disposto na Quarta Emenda (cf. CHANG, 2001, p. 6-7).

Uma outra previsão constante do *Patriot Act* merece apreciação.

Mediante o disposto na **Seção 213** e suas alíneas, os órgãos federais – notadamente o FBI – podem executar mandados judiciais de busca ou apreensão sem prévia notificação à pessoa investigada[290]. Além disso, a mesma Seção permite que seja atrasada por um período que seja considerado razoável comunicação da realização da busca ou apreensão.

---

[289] Nancy Chang menciona a existência de julgados, anteriores à edição do *Patriot Act,* prolatados por dois tribunais federais – *US Courts of Appeals for the Fourth and Ninth Circuits* – em que a utilização dos procedimentos estabelecidos pelo FISA não foi aceita para procedimentos criminais, em razão das garantias estabelecidas pela Quarta Emenda (ver CHANG, 2001, p. 6).

[290] *USA Patriot Act*, Seção 213, conferindo nova redação ao *United States Code*, Seção 3103a(2)(b), p. 15-16. É necessário esclarecer, aqui, o significado do *United States Code*: trata-se de uma compilação oficial produzida pelo Conselho de Revisão Legal da Câmara dos Deputados norte-americana. Ela consolida as leis gerais e permanentes dos Estados Unidos da América e divide a legislação por assunto. A cada seis anos, uma nova edição do *United States Code* é publicada (a última é de 2000). Cf., para tais informações, a página do órgão oficial de imprensa norte-americano, disponível em: <http://www.gpoaccess.gov/uscode/index.html> (último acesso: 16.01.04). Como será possível observar, vários dispositivos do *USA Patriot Act* alteram normas consolidadas no *United States Code*.

Pode residir, nessa estipulação, mais um desafio à vigência da Quarta Emenda. Como explicam Cole e Dempsey, o objetivo da comunicação prévia dos termos do mandado de busca e/ou apreensão ao investigado consiste na possibilidade de fiscalização, pelo próprio indivíduo, do cumprimento dos estreitos limites do mandado, bem como a faculdade de solicitar, judicialmente, a diminuição do alcance da determinação judicial, quando se tratar de uma busca que se prolongue no tempo (cf. COLE e DEMPSEY, 2002, p. 161).

A legislação anterior à Seção 213, quando garantia a comunicação prévia da busca e/ou apreensão, consagrava um princípio historicamente construído ao longo do desenvolvimento do *common law* intitulado "*knock and announce*". Nesse contexto, a execução secreta de um mandado de busca e/ou apreensão sempre foi considerada um caso excepcional, que passou a ser apelidado, na práxis judiciária norte-americana, de "*sneak and peek searches*".

Com a abertura do período de atraso na comunicação ao investigado, as *sneak and peek searches* se transformam em mais um instrumento delegado ao poder discricionário dos órgãos executivos norte-americanos para obtenção de informações acerca de indivíduos. A falta de definição legal sobre o que possa ser considerado um "razoável período" de atraso torna ainda mais vaga a possibilidade de controle sobre a execução do mandado. O Departamento de Justiça norte-americano, ao estipular diretrizes gerais acerca da execução das novas provisões do *Patriot Act*, declarou considerar "razoável" o prazo de 90 (noventa) dias, quando as circunstâncias do caso assim exigirem (CHANG, 2001, p. 4; COLE e DEMPSEY, 2002, p. 162)[291].

[291] Trata-se de um período de tempo bastante superior ao parâmetro estabelecido por dois tribunais federais de recursos (*US Courts of Appeals for the Second and Ninth Circuits*), que era de sete dias (cf. CHANG, 2001, p. 4).

Uma das conseqüências da permissão de atraso estabelecida pela Seção 213 é a enorme ampliação dos poderes investigatórios do FBI (acompanhada da crescente dificuldade para a fiscalização da atividade dos órgãos encarregados de executar o mandado judicial). Nessa dimensão, o cenário descrito por Cole e Dempsey é inteiramente verossímil:

> Sob o abrigo de uma busca do tipo "*sneak and peek*", agentes do FBI podem ingressar secretamente em uma residência enquanto o proprietário está dormindo ou ausente, e então retirar, alterar ou copiar objetos, sem comunicar ao proprietário acerca de seu ingresso no local por um "razoável período a partir da execução do mandado" (COLE e DEMPSEY, 2002, p. 162)

Um outro dado revela-se particularmente interessante: a norma em questão não está restrita a investigações acerca de atos terroristas. Como aduzido por Cole e Dempsey, a Seção 213 "não se limita a casos de terrorismo, sendo aplicável a todos os crimes federais, desde casos que envolvam entorpecentes até a declaração falsa para obtenção de crédito educativo" (id.). Além disso, a norma em questão possui prazo de vigência indeterminado. Ao contrário de outros dispositivos do *Patriot Act* – que estão limitados a prazos de vigência que vão de dois a cinco anos –, a Seção 213 não tem data para expirar (cf. CHANG, 2001, p. 4).

A conclusão, então, é de que "a Administração utilizou o clima de emergência gerado pelos ataques de 11 de setembro para realizar uma mudança fundamental e permanente nos procedimentos de aplicação da lei que nada tem a ver com o terrorismo" (COLE e DEMPSEY, 2002, p. 162).

É hora de passar a observar uma outra disposição do *Patriot Act* que representa considerável ampliação dos poderes investigatórios de agências e órgãos norte-americanos encarregados do combate ao terrorismo.

Cuida-se da **Seção 215** da lei, que permite ao FBI acesso a dados pessoais – "incluindo livros, registros, papéis, documentos e outros itens" – que existam em processos

judiciais[292]. Tudo que o FBI tem a fazer, nessas hipóteses, é afirmar ao tribunal encarregado do processo (sem apresentar evidências que embasem sua afirmação) que as informações requeridas são necessárias para combater o terrorismo ou operações de inteligência estrangeiras conduzidas em território norte-americano[293].

E, o que é mais significativo, as informações assim obtidas pelo FBI não se limitam à esfera do indivíduo investigado propriamente dito, mas abrangem todos os bancos de dados relacionados àquele indivíduo. Esses dados podem referir-se, segundo o *Patriot Act*, a bancos, instituições de crédito, companhias de telefone, hospitais ou bibliotecas. Isso confere ao FBI um enorme poder de busca sobre informações "sensíveis" de indivíduos (como, por exemplo, hábitos de leitura, movimentação bancária, históricos médicos) com pouquíssima necessidade de justificação. Na correta síntese de Cole e Dempsey,

> As implicações dessas mudanças são enormes. Anteriormente, o FBI poderia ter acesso aos registros de cartões de crédito de qualquer pessoa suspeita de ser, na verdade, um agente estrangeiro. Com o *Patriot Act*, o FBI pode ter acesso a toda a base de dados da empresa administradora de cartões de crédito. Sob a legislação anterior, o FBI poderia ter acesso a registros de empréstimos de livros em bibliotecas, mas sob as normas da lei estadual aplicável e restritos, sempre, a um usuário específico. Com o *Patriot Act*, o FBI pode dirigir-se a uma biblioteca pública e requerer os registros de todos aqueles que já usaram, alguma vez, os serviços da biblioteca, ou que os utilizaram num determinado dia, ou aqueles que procuraram determinados tipos de publicações. O FBI pode fazer o mesmo em relação a qualquer banco, companhia telefônica, hotel, motel, hospital ou universidade – sob a mera justificativa de que informação é "buscada" para uma investigação voltada à proteção contra o terrorismo internacional ou atividades de inteligência clandestinas (COLE e DEMPSEY, 2002, p. 167).

Há que ser destacado, ainda, um outro desdobramento dessa expansão dos poderes do FBI sob a Seção 215: o monitoramento do uso da internet a partir de terminais localizados em bibliotecas públicas.

---

[292] *USA Patriot Act*, Seção 215, conferindo nova redação ao FISA, Seção 501(a)(1), p. 17.

[293] No FISA, que era, neste ponto, a legislação que vigorava anteriormente à edição do *Patriot Act*, havia a exigência de que as informações fossem relacionadas a Estados estrangeiros ou agentes desses Estados. Com a Seção 215, essa limitação não mais existe: "o grupo de pessoas cujos registros podem ser obtidos dessa forma inclui os cidadãos norte-americanos e os estrangeiros em situação legal nos Estados Unidos" (CHANG, 2001, p. 5).

Mediante a informação de que Mohamed Atta, um dos prováveis terroristas envolvidos no seqüestro e posterior colisão de uma das aeronaves que colidiram com as torres do *World Trade Center*, teria utilizado o serviço de acesso à internet propiciado por uma biblioteca pública da Flórida[294], o FBI passou a aumentar o monitoramento do uso da rede de computadores em bibliotecas públicas. Segundo declaração do Deputado Bernie Sanders[295], datada de 19 de janeiro de 2003, "uma pesquisa informal realizada pela Universidade de Illinois revelou que 83 bibliotecas em todo o país foram visitadas por autoridades desde os ataques de 11 de setembro" (SANDERS, 2003, p. 2).

Nessa disposição, reside, além de evidente diminuição do espaço de privacidade delimitado pela Quarta Emenda, um potencial ataque à liberdade de expressão, na medida em que o *conteúdo* de livros e comunicações realizadas a partir de terminais existentes em bibliotecas públicas passa a estar submetido, de forma ampla, a controle por parte de autoridades executivas. Um expressivo setor da comunidade de bibliotecas formada ao longo dos Estados Unidos da América demonstrou sua insatisfação com a ampliação dos poderes investigatórios do FBI. Na indignada manifestação de Karen Schneider, articulista da *American Library Association*, "o *Patriot Act* é traição pura e simples [...] O *Patriot Act* não é uma legislação contrária ao terrorismo; é uma legislação contrária à liberdade de expressão" (SCHNEIDER, 2002, p. 1).

Esse aumento da vigilância sobre os usuários de bibliotecas públicas pode significar uma restrição à informação em vários aspectos. Consoante a avaliação de Bernie Sanders,

> As bibliotecas atendem muitas pessoas, tanto aqueles que não podem adquirir livros como aqueles que podem realizar pesquisas sérias e expandir seus horizontes intelectuais mediante recursos compartilhados de forma

[294] Cf. Mary Minow (2002, p. 3).
[295] Sem partido (independente) – Estado de Vermont.

> comunitária. Para aqueles que não possuem computador ou não podem arcar com as despesas de conexão doméstica com a internet – de 200 a 600 dólares anuais –, as bibliotecas são cruciais para o acesso a informações eletrônicas ou comunicação. Hoje, muitos bibliotecários temem que os usuários já tenham iniciado uma espécie de auto-censura em relação ao uso das bibliotecas com receio da vigilância governamental (SANDERS, 2002, p. 2)

A preocupação dos profissionais que prestam serviços em bibliotecas públicas é inteiramente justificada. Uma das disposições da Seção 215 do *Patriot Act* determina que deve permanecer em segredo não só a execução do mandado, mas também *a própria intenção do FBI* de obter informações junto a instituições como bancos, hospitais, companhias telefônicas, bibliotecas e universidades, entre outros[296]. Isso impede, por exemplo, que um bibliotecário comunique aos usuários de uma biblioteca que eles estão sob monitoramento do FBI. Uma eventual discordância em relação ao cumprimento da ordem pode ensejar repercussões criminais em relação àquele profissional designado para prestar as informações solicitadas pelo FBI (cf. MOSS e FESSENDEN, 2002, p. 5 e SANDERS, 2002, p. 2).

Nesse contexto, torna-se compreensível a ênfase com a qual Karen Schneider descreve o *Patriot Act* como uma lei contrária à liberdade de expressão; o mesmo vale para sua expressiva exortação final:

> [...] nada pode ser mais destrutivo para nossa união nacional do que enfraquecer aqueles direitos dos quais nós, como norte-americanos, somos orgulhosos. Nós, como bibliotecários, podemos ser verdadeiros patriotas – fazendo tudo que estiver ao nosso alcance para proteger a Constituição e o povo que servimos (SCHNEIDER, 2002, p. 2)

Ainda na parte do estudo relacionada às repercussões do *USA Patriot Act* na esfera da privacidade, merece menção o disposto na **Seção 216** da lei anti-terror. Consoante

[296] Eis o texto da Seção 215 que confere nova redação à Seção 501(d) do FISA: "Nenhuma pessoa deverá revelar a outra pessoa (exceto aquelas pessoas necessárias à produção dos objetos tangíveis tratados nesta Seção) que o *Federal Bureau of Investigation* procurou obter os objetos tangíveis constantes desta Seção" (*USA Patriot Act*, Seção 215, conferindo nova redação ao FISA, Seção 501(d), p. 18).

esse dispositivo, os tribunais são instados ("*the court shall enter*"[297]) a conceder autorização para que agências governamentais encarregadas da investigação de possíveis práticas criminosas possam instalar dispositivos de interceptação de dados eletrônicos[298] em qualquer computador – ou provedor de acesso à internet – localizado nos Estados Unidos da América. A única exigência dirigida ao órgão investigador é uma simples declaração – a ser prestada por algum advogado do Governo Federal – de que a informação a ser obtida pela instalação do dispositivo é "relevante para uma investigação criminal em andamento"[299].

Cabe acrescentar, ainda, que a norma em questão expressamente veda o acesso dos órgãos de investigação ao *conteúdo* dos dados coletados (limitando-se a assinalar os locais de acesso ou destinatários de eventuais mensagens)[300], mas, em termos práticos, tal vedação pode acabar completamente destituída de sentido. Isso porque, quando se trata de quebra do sigilo telefônico, fica suficientemente demarcada a linha divisória entre "comunicação" e "conteúdo". É possível ter acesso à movimentação de uma linha telefônica – com o registro dos números contactados – sem que isso signifique conhecimento do conteúdo (para isso, seria necessária uma outra ordem judicial, de *escuta* telefônica). No caso da internet, essa demarcação perde sua auto-evidência. O próprio endereço eletrônico de uma página na internet já pressupõe conteúdo (a partir do momento em que o teor da página pode ser conhecido mediante utilização de qualquer terminal ligado à rede de computadores, a partir da informação quanto à sua localização). Da mesma forma, é também frágil a proteção do conteúdo em mensagens remetidas por *e-mail*. Como observado por Nancy Chang,

---

[297] *USA Patriot Act*, Seção 216(b)(1), conferindo nova redação ao *United States Code*, Seção 3123(a)(1) do título 18, p. 18.
[298] No original: "*pen registers and trap and trace devices*". *USA Patriot Act*, Seção 216, título, p. 18.
[299] *USA Patriot Act*, Seção 216(b)(1), conferindo nova redação ao *United States Code*, Seção 3123(a)(1) do título 18, p. 19.
[300] *USA Patriot Act*, Seção 216(a), conferindo nova redação ao *United States Code*, Seção 3121(c)(3) do título 18, p. 18.

"mensagens transmitidas por *e-mail* circulam em pacotes que incluem informações de conteúdo e endereçamento" (CHANG, 2001, p. 5).

Uma das principais repercussões da Seção 216 é a autorização para instalação de dispositivos de interceptação que sejam desenvolvidas pelos órgãos federais encarregados da investigação criminal[301]. Assim, um eventual programa elaborado pelo FBI poderá ser instalado num provedor de acesso à internet para captação de informações que transitem pela rede de computadores.

E, na verdade, esse programa já existe. Trata-se do *Carnivore*, um equipamento (fisicamente, uma caixa de cor preta) que, se acoplado ao computador central de um provedor de acesso à internet, "pode vasculhar tudo o que entra e o que sai do computador de um usuário: e-mails enviados e recebidos, sites mais visitados etc." (PEREIRA JR., 2001, p. A19). Esse dispositivo vem sendo utilizado rotineiramente nas investigações conduzidas pelo FBI (MARKOFF e SCHWARTZ, 2002a, p. 2). Evidentemente, ao *Carnivore* se aplica a restrição já lançada acima: é virtualmente impossível separar endereçamento de mensagens ou páginas e seu conteúdo[302].

A iniciativa governamental contrariou, como seria de se esperar, organizações de usuários da internet e movimentos de defesa de direitos civis, preocupados com o controle e possível vigilância da administração sobre o conteúdo das informações transmitidas na rede mundial de computadores. Um exemplo dessa contrariedade é a manifestação de Coralee Whitcomb, presidente de uma organização denominada Profissionais da Computação pela Responsabilidade Social. Sobre o *Carnivore*, ela asseverou: "Sou contra espionar informações

---

[301] *USA Patriot Act*, Seção 216(b)(1), conferindo nova redação ao *United States Code*, Seção 3123(a)(3)(A) do título 18, p. 19.

[302] Ver o ceticismo de especialistas em computação quanto à possibilidade dessa separação em Álvaro Pereira Junior (2001, p. A19).

na internet. Não é assim que iremos capturar terroristas. No futuro, o único resultado disso vai ser o uso de nossas comunicações privadas contra nós mesmos"[303].

Entretanto, esse não é o único meio de que dispõem as autoridades executivas norte-americanas para interceptar informações veiculadas na internet. Exatamente diante da limitação imposta pelo *Carnivore* – que capta "apenas" dados transmitidos *entre* terminais de computador –, o Governo Federal norte-americano passou a desenvolver dois programas de controle da informação muito mais abrangentes: um sistema centralizado de monitoramento da internet em âmbito federal e o projeto "Consciência total da informação".

No primeiro caso, o Governo norte-americano vem desenvolvendo um sistema que permite a defesa de computadores de ataques de vírus e similares e *de ataques terroristas*. Para que isso seja possível, será necessária a participação de todos os provedores de acesso à internet existentes nos Estados Unidos. Um relatório nesse sentido já foi preparado – e entregue – ao *Department of Homeland Security*, órgão governamental criado após os atentados de 11 de setembro com o objetivo de propiciar maior segurança e prevenir novos ataques terroristas. Muitos provedores de acesso à internet demonstraram sua preocupação em relação a possíveis violações ao direito à privacidade. Um empresário do setor – ouvido por dois repórteres do *New York Times* – declarou ter sido instruído acerca das linhas gerais do programa por integrantes do Governo Federal norte-americano e revelou que o sistema, tal como concebido, pode resultar na vigilância das atividades da internet em tempo real. Segundo essa mesma fonte, o sistema, quando comparado ao *Carnivore*, representa um campo de atuação significativamente maior: "Trata-se de uma analogia com o *Carnivore*? De forma alguma. Na verdade, é dez vezes pior. O *Carnivore* trabalha com dados muito mais restritos e não pode ser ampliado. Esse programa abrange toda a internet" (MARKOFF e SCHWARTZ, 2002a, p. 2).

[303] Depoimento registrado em Álvaro Pereira Junior (2001, p. A19).

O segundo projeto – denominado "Consciência total da informação" – busca associar a coleta de dados na internet com várias outras informações que possam ser obtidas por vários órgãos governamentais. Trata-se de um sistema que visa a combinar dados como mensagens transmitidas por e-mail, compras e reservas de passagens aéreas pela internet, registros de saques em caixas eletrônicos, ligações realizadas por telefones celulares, cobranças de pedágio por meio eletrônico e terminais comerciais de pagamento mediante cartão de crédito. O objetivo dessas informações é refinar a busca por "padrões de comportamentos suspeitos" que serão procurados a partir dos dados de um *software* desenvolvido para processar em conjunto várias informações que, isoladamente, não justificariam uma investigação[304].

Ainda no terreno das disposições legais que possam significar uma redefinição da garantia constitucional do respeito à privacidade, convém salientar o teor da **Seção 203** do *USA Patriot Act*, que amplia de modo substancial a possibilidade de troca e repasse de informações entre órgãos de investigação governamentais. Modificando normas federais de processo penal, a Seção 203 permite o repasse de informações obtidas em investigações conduzidas por um júri[305], em interceptações telefônicas ou da internet[306] e em outras investigações criminais[307].

Observe-se, de início, ser virtualmente consensual, mesmo entre os críticos da legislação anti-terror, a efetiva necessidade de maior coordenação entre os vários órgãos

[304] Um exemplo dessa atividade de combinação de dados é fornecida pelos repórteres que divulgaram o projeto governamental (os mesmos que alertaram para o sistema centralizado de monitoramento da internet): "A idéia é que os órgãos policiais ou de informações sejam alertados imediatamente para padrões que possam indicar ameaças em conjunto de dados normalmente insuspeitos, permitindo análises rápidas por analistas do comportamento humano. Por exemplo, um grupo de visitantes estrangeiros que tem aulas de pilotagem de avião em partes distintas do país talvez não atraísse a atenção, nem necessariamente se acenderia uma luz vermelha se todas essas pessoas reservassem passagens aéreas para o mesmo dia. Mas um sistema capaz de detectar ambos os conjuntos de ações é capaz de levantar suspeitas" (MARKOFF e SCHWARTZ, 2002b, p. 2)

[305] *USA Patriot Act*, Seção 203(a), p. 8-10.

[306] *USA Patriot Act*, Seção 203(b), p. 10.

[307] *USA Patriot Act*, Seção 203(d), p. 11.

governamentais envolvidos na tarefa de prevenção à prática de atos terroristas[308]. Quanto a isso, não há dúvidas: de fato, a dispersão, entre entes governamentais, de informações que possam ser cruciais para ações de inteligência representa uma fragilidade dos Estados – especialmente aqueles dotados de grande aparato burocrático – que pode ser explorada por grupos terroristas.

A questão, todavia, é a *extensão* da troca de informações a ser empreendida por órgãos governamentais. Com a Seção 203, o conteúdo, extensão e natureza das informações a serem intercambiadas fica condicionada, exclusivamente, à discricionariedade dos agentes públicos envolvidos nas investigações. Toda e qualquer possibilidade de controle judicial acerca da troca de informações foi excluída com a Seção 203. No contexto político norte-americano, essa possibilidade assume feições historicamente perturbadoras, na medida em que a CIA – órgão de inteligência criado pelo Congresso, em 1946, para operar no cenário da espionagem e contra-espionagem internacional – pode, a partir de informações obtidas junto ao FBI, interferir em assuntos de política interna[309]. Na exata invocação de Nancy Chang:

> Um episódio que recomenda cautela nesses assuntos localiza-se em 1976, no relatório produzido pelo Comitê Church do Senado, que revelou que a CIA e o FBI espionaram milhares de cidadãos cumpridores das leis, desde trabalhadores que militavam em prol dos direitos civis até adversários da Guerra do Vietnã, que foram escolhidos como alvos de espionagem pelo simples fato de expor visões políticas dissidentes (CHANG, 2001, p. 7)[310]

Vale recordar que, entre as informações que podem ser compartilhadas entre órgãos governamentais, estão aquelas obtidas em buscas realizadas sob as genéricas prescrições da Seção 218, acima enfocada.

---

[308] Ver, a título exemplificativo, Nancy Chang (2001, p. 7) e David Cole e James Dempsey (2002, p. 162-165).

[309] Sobre a proibição, direcionada à CIA, acerca de participação em assuntos de política interna, cf. Cole e Dempsey (2002, p. 163).

[310] Como afirmam, com propriedade, Cole e Dempsey, "A história sugere que, quando a CIA se envolve em atividades domésticas, provavelmente ocorrerão abusos. A agência simplesmente não possui treinamento acerca da adesão dos limites legais à sua conduta, porque seu principal campo de atuação é a espionagem externa, na qual são inaplicáveis as regras domésticas" (COLE e DEMPSEY, 2002, p. 162-163).

Alguns desdobramentos do compartilhamento de informações entre órgãos governamentais já se tornaram conhecidos. O resultado é revelador.

Um comitê de três senadores encarregado de avaliar a atividade dos órgãos de inteligência norte-americanos – especialmente a CIA – revelou que um tribunal especial, criado pelo Congresso norte-americano para monitorar as ações de agentes do Governo ligadas ao FISA[311], condenou enfaticamente a prática de erros substanciais nos anos de 2000 e 2001. Segundo a decisão do tribunal – *Foreign Intelligence Surveillance Court* –, vários requerimentos de buscas e escutas formulados por agentes da CIA estavam com dados incorretos e, principalmente, as informações obtidas foram indevidamente repassadas ao FBI e a procuradores federais, para uso doméstico em investigações criminais. Consoante a decisão do tribunal:

> Em praticamente todas as instâncias, as declarações governamentais equivocadas, omissões nos requerimentos previstos no FISA e violações de ordens do tribunal envolveram compartilhamento de informações e disseminação não-autorizada de dados para investigadores criminais e procuradores (BOHN e ARENA, 2002, p. 2)

O Governo norte-americano, contudo, não pretende alterar seu procedimento de compartilhamento de informações, sob a justificativa de que os poderes conferidos pelo *USA Patriot Act* autorizam uma prática de coordenação "mais robusta" entre os órgãos de inteligência e investigação (cf. ARENA, 2002a, p. 1).

Um outro episódio demonstra o problema ligado à defesa da privacidade num cenário de ampliação de poderes investigatórios. Em novembro de 2002, agentes do FBI confirmaram, em declarações à imprensa, que uma lista de nomes, preparada logo após os atentados de 11 de setembro, "fugiu ao controle" e "ganhou vida própria", tendo sido reproduzida

[311] *Foreign Intelligence Surveillance Act*. Cf., supra, a parte relacionada à Seção 218 do *USA Patriot Act*.

em várias páginas na internet e distribuída, inclusive, a corporações privadas. A lista não contém o nome de *suspeitos* de ação terrorista, mas de pessoas que foram procuradas, logo após os atentados, para fornecer informações aos órgãos de investigação. Muitas delas não tinham nenhuma relação com os atos terroristas e tampouco informações valiosas a serem utilizadas. Vários órgãos de imprensa obtiveram cópia da lista, desde que uma reportagem no *Wall Street Journal* revelou a sua existência. O dado relevante desse episódio reside na iniciativa de divulgação da lista. Segundo apurado pela repórter Kelli Arena, "A relação de nomes foi transmitida aos escritórios locais do FBI, e agentes usaram seu poder discricionário para distribuir a lista"[312].

Essa imensa parcela de discricionariedade atribuída a agentes e órgãos de inteligência e investigação norte-americanos representa uma nítida decorrência das alterações introduzidas pelo *USA Patriot Act*. Evidentemente, já era bastante efetivo o leque de poderes à disposição dos agentes federais para obter indícios e provas em processos criminais. Porém, com a modificação legislativa posterior aos ataques de 11 de setembro, os poucos canais de controle para eventuais abusos cometidos em investigações foram afastados.

Como bem observa Evan Schultz, dois eram os remédios jurídicos existentes, desde a década de 1970, para coibir abusos em investigações criminais. O primeiro deles é a chamada "regra de exclusão": quando os órgãos de investigação obtiverem alguma prova com utilização de recursos que violem as disposições previstas na Quarta Emenda, o resultado será a desconsideração dessa prova no processo judicial[313]. O segundo meio de restrição a abusos

---

[312] Cf., para as informações lançadas neste parágrafo, Arena, 2002b, p, 1-2.

[313] Como explicado por Nancy Chang, "A regra de exclusão, que foi criada judicialmente, impede que procuradores utilizem provas obtidas mediante violação à Quarta Emenda para demonstrar a culpa do acusado" (CHANG, 2001, p. 12, n. 50). Os dois *leading cases* nessa matéria são: *Mapp v. Ohio*, 367 US 643 (1961) e *Wong Sun v. United States*, 371 US 471 (1963). No primeiro caso, a Suprema Corte considerou inaplicável ao processo penal qualquer prova obtida mediante violação à Quarta Emenda. No segundo precedente, a Corte ampliou esse entendimento para inviabilizar a utilização, em juízo, de provas derivadas da prova ilegalmente produzida. A partir da década de 1980, a Corte, mantendo o princípio da regra de exclusão, vem reduzindo sua abrangência para admitir provas ilícitas em algumas situações específicas. Cf., para uma análise da trajetória da

em investigação é menos utilizado e possui menores índices de eficiência na história recente: o ajuizamento – pelo indivíduo que teve violados os direitos estabelecidos na Quarta Emenda – de ação civil por reparação de dano contra os agentes encarregados da investigação, especialmente quando o processo investigatório não conduza ao indiciamento ou instauração de ação criminal. Tal possibilidade, aberta a partir de uma decisão da Suprema Corte norte-americana[314], vem sendo explorada com poucos resultados práticos. Como assinalado por Schultz, das doze mil ações desse tipo ajuizadas entre 1971 e 1985, apenas quatro resultaram em condenação definitiva (SCHULTZ, 2001, p. 2).

No cenário posterior aos atentados de 11 de setembro, os dois remédios jurídicos disponíveis encontram-se fortemente ameaçados. No que diz respeito ao segundo – o ajuizamento de ação em face de agente federal por abuso na investigação – as circunstâncias políticas e militares que envolvem o combate ao terrorismo tornam irreais as perspectivas de êxito no ajuizamento de alguma ação com fundamento em abuso de poderes investigatórios. Como o próprio Schultz relata, a Suprema Corte já estabelecera, no passado, a inviabilidade de ações desse tipo quando envolvidas questões militares. E, quanto ao primeiro remédio – a regra de exclusão –, a política anti-terror adotada pelo Governo Bush desde os ataques do 11 de setembro simplesmente impede a sua utilização. Isso porque, consoante entrevista concedida pelo Secretário de Justiça no dia 11 de outubro de 2001, a ênfase dos órgãos de inteligência norte-americanos passará da adoção de medidas de persecução penal (posteriores aos fatos imputados como criminosos) para a efetiva prevenção de atentados (ou seja, antecipação da investigação à concreta realização de ações criminosas). Isso significa, em

---

jurisprudência da Suprema Corte quanto ao tema, Dorsen, Rosenfeld, Sajó e Baer (2003, p. 1065-1069) e Kutler (1984, p. 615-617)

[314] *Bivens v. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics* 403 US 388 (1971).

termos concretos, a ampliação da investigação sobre indivíduos que provavelmente jamais serão réus em processos criminais. Assim, a regra de exclusão não tem sentido[315].

O resultado desse esvaziamento das possibilidades de controle é o enorme espaço de discricionariedade agora concedido às forças de inteligência e aplicação da lei em atividade nos Estados Unidos. Como será observado ainda neste capítulo, as conseqüências de tal situação serão particularmente sentidas por um grupo numeroso mas vulnerável: os imigrantes que vivem em território norte-americano.

Enfim, sintetizadas, num primeiro momento, algumas das repercussões das disposições do *USA Patriot Act* no campo da privacidade, é hora de abordar um aspecto polêmico da norma: a noção de "terrorismo doméstico".

3.2.2 Terrorismo doméstico. A "culpabilidade por associação". A Primeira Emenda

Uma das disposições do *USA Patriot Act* que mais tem gerado manifestações inconformadas por parte de militantes dos direitos civis dos Estados Unidos da América – bem como de alguns teóricos do direito – é a criação de um tipo penal intitulado "terrorismo doméstico" e as implicações daí decorrentes (cf. DWORKIN, 2002a, p. 1 e 2003, p. 2; LEVINSON, 2001, p. 2-4; CHANG, 2001, p. 2-3; COLE e DEMPSEY, 2002, p. 153-155). Consoante a **Seção 802** da lei anti-terror:

> (5) o termo "terrorismo doméstico" significa atividades que:
>
> (A) envolvam atos perigosos à vida humana que constituam violação às leis criminais dos Estados Unidos ou de qualquer Estado;
>
> (B) demonstrem a intenção de:
>
> (i) intimidar ou coagir uma população civil;

[315] Cf., para as informações lançadas neste parágrafo, Schultz, 2001, p, 1-3.

> (ii) influenciar a política de um governo mediante intimidação ou coerção; ou
>
> (iii) afetar a conduta de um governo por destruição em massa, assassinato ou seqüestro; e
>
> (C) ocorram primordialmente na jurisdição territorial dos Estados Unidos[316]

Para uma melhor compreensão do significado da alteração legislativa em apreço, é recomendável analisar o teor de outro dispositivo do *USA Patriot Act*, dirigido às autoridades de imigração. Segundo o contido na **Seção 411** da lei, a entrada de estrangeiros nos Estados Unidos está proibida quando o indivíduo que pleiteia o ingresso em território norte-americano seja considerado representante das seguintes organizações:

> (aa) uma organização terrorista internacional, tal como designada pelo Secretário de Estado nos termos da Seção 219, ou
>
> (bb) um grupo político, social ou similar cujo endosso público de atos terroristas, tal como determinados pelo Secretário de Estado, venha abalar os esforços dos Estados Unidos para reduzir ou eliminar atividades terroristas[317]

O ingresso de algum cidadão estrangeiro também pode ser obstado pelas autoridades de imigração quando o indivíduo:

> (VI) tenha utilizado sua posição de destaque em qualquer país para endossar ou sustentar atividade terrorista, ou para persuadir outros a apoiar alguma atividade ou organização terrorista, de uma forma que tenha sido determinada pelo Secretário de Estado como direcionada a reduzir ou eliminar atividades terroristas, ou
>
> (VII) seja esposa(o) ou filho(a) de um estrangeiro(a) que seja considerado(a) inadmissível sob esta Seção, se a atividade que conduziu à inadmissibilidade do estrangeiro(a) tenha ocorrido nos últimos cinco anos[318]

---

[316] *USA Patriot Act*, Seção 802(a), conferindo nova redação ao *United States Code*, Seção 2331 do título 18, com inclusão do item (5), p. 136.

[317] *USA Patriot Act*, Seção 411(a), conferindo nova redação ao *Immigration and Nationality Act*, Seção 1182(a)(3) do título 8 do *United States Code*, (1)(A)(i)(IV), p. 76.

[318] *USA Patriot Act*, Seção 411(a), conferindo nova redação ao *Immigration and Nationality Act*, Seção 1182(a)(3) do título 8 do *United States Code*, (1)(A)(iii), p. 76.

Duas objeções podem ser dirigidas contra a disposição legislativa, a partir do texto da Constituição norte-americana e da jurisprudência construída pela Suprema Corte.

Em primeiro lugar, a definição do tipo legal revela-se, nas palavras de Dworkin, "surpreendentemente vaga e abrangente"[319]. Isso significa, na esteira das alterações legais abordadas no tópico anterior, a concessão de um enorme poder aos órgãos de investigação norte-americanos, na medida em que várias práticas sociais – como protestos, manifestações públicas, redação de panfletos, organização de eventos em vias públicas – podem passar a constituir atos passíveis de investigação policial. Como observado por Nancy Chang, "atividades vigorosas de protesto podem, por sua própria natureza, ser interpretadas como atos que 'demonstrem a intenção de... influenciar a política de um governo mediante intimidação ou coerção'" (CHANG, 2001, p. 3).

Nessa perspectiva, pode residir, nas disposições do *Patriot Act*, uma redução das garantias previstas na Primeira Emenda à Constituição norte-americana, assim redigida:

> 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 reparação de suas queixas (cf. COX, 1998, p. 124)

Então, como conclui Nancy Chang, "militantes ambientalistas, anti-globalização e anti-aborto que utilizam ação efetiva para promover sua agenda política estão particularmente vulneráveis a investigação por 'terrorismo doméstico'" (CHANG, 2001, p. 3). As mesmas restrições – e também a redução da proteção estabelecida na Primeira Emenda – se fazem presentes na Seção 411. Quando a lei deixa ao juízo discricionário do Secretário de Estado a definição do que seja atividade voltada a "endossar e sustentar" atividade terrorista, fica

[319] No original: "*breathtakingly vague and broad*" (DWORKIN, 2002a, p. 1).

demarcado um critério que envolve, necessariamente, a condenação ou reprovação de um determinado discurso (contrário aos interesses nacionais).

A segunda grande objeção que se apresenta em relação à nova definição legal da expressão terrorismo diz respeito à abrangência, constante do *USA Patriot Act*, da atividade de *apoio* ao terrorismo ou organizações terroristas. Como exemplifica Dworkin, "qualquer cidadão norte-americano que tenha prestado ajuda financeira ao Congresso Nacional Africano na época do *apartheid* seria definido como terrorista pelo *USA Patriot Act*" (DWORKIN, 2003a, p. 2)[320].

Trata-se da reinserção, na prática política e jurídica norte-americana, da idéia de "culpabilidade por associação" (*guilt by association*) que foi responsável pela produção de atos de discriminação por crença política contrária à dominante em períodos sensíveis da história política norte-americana, especialmente na Primeira Grande Guerra – quando militantes pacifistas, em regra filiados ao Partido Comunista, foram aprisionados por cerca de dez anos[321] – e no período da década de 1950 usualmente denominado "macartismo" quando a reação norte-americana à chamada "ameaça comunista" ou "perigo vermelho", em meio à Guerra Fria, também conduziu à detenção de membros do Partido Comunista, que se

[320] Outras ações humanas, inteiramente desconectadas da prática de terrorismo, podem ser qualificadas como tal. Segundo descrito por Nancy Chang: "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 altercação ou que cometa algum crime passional pode ser sujeito a deportação como 'terrorista'" (CHANG, 2001, p. 7).

[321] Consoante a decisão proferida pela Suprema Corte em *Debs v. US*, 249 U.S. 211 (1919). Para uma esclarecedora digressão histórica acerca dessa e outras controvérsias envolvendo a liberdade de expressão, cf. Levinson (2001, p. 1-4) e Dorsen, Rosenfeld, Sajó e Baer (2003, p. 795-791).

limitavam, nesse último caso, a lecionar e estimular a propagação da doutrina do marxismo-leninismo[322].

Essa idéia de "culpabilidade por associação" foi expressamente superada, nos anos de 1960, por decisões da Suprema Corte que estabeleceram uma clara diferença entre *discurso* e *ação*. No *leading case* dessa orientação jurisprudencial, *Brandenburg v. Ohio*[323], ficou demarcada a diferença entre o teor do discurso – protegido pela liberdade de expressão prevista na Primeira Emenda – e as eventuais conseqüências desse discurso. Um cidadão só pode ser responsabilizado criminalmente se o seu discurso tiver conduzido diretamente à prática de uma ação violenta.

Essa diferenciação é explicada por Julie Hilden nos seguintes termos:

> Consoante a histórica decisão da Suprema Corte em *Brandenburg v. Ohio* (1969), a Primeira Emenda protege o direito de defender "o uso da força ou a violação da lei" – exceto em alguns poucos casos nos quais se possa provar que "tal defesa se dirige a incitar ou produzir uma ação iminente e ilegal e que provavelmente incite ou produza, de fato, tal ação". Em síntese, a menos que os resultados almejados pelo orador sejam iminentes, esse mesmo orador, em tese, estará a salvo de qualquer punição indepentemente dos danos que seus comentários possam causar no futuro (HILDEN, 2002a, p. 1)

Em outro precedente oriundo da Suprema Corte, *Yates v. United States*[324], já havia sido afastada a possibilidade de condenação criminal por mera associação, tendo sido diferenciadas as atividades de "sustentar uma doutrina abstrata" e "defender uma ação ilegal". Logo, mesmo se a "doutrina" em questão incluísse a defesa de meios para a deposição do Governo norte-americano, o discurso, por si só, não poderia ser qualificado como ato criminoso. O caso em tela envolvia a difusão teórica do marxismo-leninismo. Figuraram como réus membros do Partido Comunista. A decisão marcou uma mudança de posição em

[322] Ver decisão da Suprema Corte em *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951). Para uma coerente explicação da posição da Corte – inclusive dos votos divergentes –, cf. Kutler (1984, p. 429-435).
[323] 395 U.S. 444 (1969).
[324] 354 U.S. 298 (1957).

relação a *Dennis* (KUTLER, 1984, p. 436). Em 1982, numa controvertida ação por reparação de danos que envolvia a filiação de vários cidadãos negros do Estado do Mississippi em movimentos de reivindicação de direitos, a Suprema Corte reverteu, por unanimidade, decisão da Suprema Corte estadual – que havia ligado a condenação dos negros à sua filiação a grupo de protesto – afirmando, peremptoriamente, que a "culpabilidade por associação é uma filosofia completamente estranha às tradições de uma sociedade livre"[325].

Toda essa construção jurisprudencial está ameaçada por dispositivos contidos na Seção 411 do *Patriot Act*. Essa é a preocupação revelada por Dworkin (2002a, 2002b; 2003a). Consoante explicado, com propriedade, por Cole e Dempsey, as leis de imigração anteriormente vigentes nos Estados Unidos da América exigiam, para o fim de deportação de estrangeiros, o envolvimento ou apoio em *atividades* terroristas. Com a lei anti-terror ora em vigor, a mera *associação* a grupo classificado como terrorista é suficiente para ensejar a deportação. O *Patriot Act* não diferencia entre a filiação ao grupo e a efetiva prática de atos de violência. Numa das disposições mais rigorosas da lei, o estrangeiro está obrigado a demonstrar que *não estava ciente* do fato de que a organização a que pertence esteja ligada a atividades terroristas[326]. Trata-se de uma prova negativa de difícil construção em juízo[327].

Fica instalado, dessa maneira, um enorme obstáculo à separação entre atividades terroristas e não-terroristas de um mesmo grupo. Segundo Cole e Dempsey, o Governo

---

[325] *NAACP v. Claiborne Hardware Co.* 458 U.S. 886 (1982).

[326] *USA Patriot Act*, Seção 411(a), conferindo nova redação ao *Immigration and Nationality Act*, Seção 1182(a)(3) do título 8 do *United States Code*, (1)(F)(iv)(IV)(cc), (1)(F)(iv)(V)(cc) e (1)(F)(iv)(VI)(dd), p. 77.

[327] Como assinalado por Cole e Dempsey, "A Lei define como uma violação passível de deportação a captação de membros ou recursos (ou ainda a prestação de apoio material) para qualquer grupo designado como terrorista. Não há defesa disponível mesmo para aqueles que possam mostrar que o apoio não se destina a apoiar o terrorismo. O governo é livre para designar qualquer organização que utiliza ou ameaça utilizar a violência como organização terrorista" (COLE e DEMPSEY, 2002, p. 229-230, n. 3).

israelense reconhece que 95% das atividades praticadas pelo grupo palestino *Hamas* nada têm a ver com ação militar (o grupo mantém escolas e hospitais no Oriente Médio)[328].

Entretanto, a prática desenvolvida na luta anti-terror parece confirmar as piores suspeitas. Como informado por Julie Hilden, em texto redigido em 7 de janeiro de 2002:

> Nos últimos meses, o governo norte-americano vem empregando uma lógica inteiramente diferente [em relação ao estabelecido pela Suprema Corte em *Brandenburg* e *Yates*]. Ele apoiou, por exemplo, o fechamento das instituições mantidas pelo *Hamas* na Faixa de Gaza; congelou os ativos de instituições domésticas e estrangeiras com finalidades explicitamente pacíficas (incluindo entidades de caridade) que sejam suspeitas de manter vínculo com a *Al-Qaeda*; e silenciou inteiramente o único provedor de internet da Somália, também baseado em alegada ligação com a *Al-Qaeda* (HILDEN, 2002a, p. 1)

Assim, conclui a mesma autora, a prática governamental norte-americana atual contradiz frontalmente a orientação construída ao longo da segunda metade do século XX em defesa da liberdade de expressão. Isso porque, segundo Julie Hilden, a ação governamental na luta anti-terror "confunde países com organizações neles existentes; organizações com seus membros, colaboradores e adeptos; e oradores com seu público" (HILDEN, 2002a, p. 4)[329].

Fica evidenciada, então, a tarefa que se apresenta às cortes federais norte-americanas: referendar, ou não, à luz da Primeira Emenda, eventuais deportações e/ou condenações efetivadas com apoio nas amplas definições do *Patriot Act*.

---

[328] Cf., para tal relato, Cole e Dempsey, 2002, p. 155.

[329] É interessante notar que, além do claro desafio à liberdade de expressão, a prática da "culpabilidade por associação" tende a atrair resultados contraproducentes na luta contra o terror, pois poderá implicar, inclusive, a diminuição de eventuais esforços para *erradicar* o terrorismo. Como exemplificam Cole e Dempsey, "um imigrante que ofereça os seus serviços ao IRA, durante uma negociação de paz, na expectativa de promover o processo de paz na Grã-Bretanha e, assim, evitar a prática de atos de violência, pode ser deportado como terrorista se o Secretário de Estado resolver designar o Exército Republicano Irlandês como grupo terrorista" (COLE e DEMPSEY, 2002, p. 154). Um exemplo similar é oferecido por Aryeh Neier: "um imigrante irlandês-americano que participe de um evento para arrecadação de fundos para viúvas e órfãos das pessoas que morreram no conflito da Irlanda do Norte poderá ser levado a um tribunal militar sob a acusação de ter auxiliado e colaborado com o terrorismo internacional" (NEIER, 2002, p. 4). Sobre a constituição e função dos tribunais militares, cf. infra, capítulo IV.

Na verdade, um exemplo dessa possibilidade já se concretizou. Isso porque, ainda sob a vigência da lei anti-terror de 1996 (adotada após o atentado dirigido contra o edifício federal *Murrah* em Oklahoma City), haviam sido consideradas como práticas ilegais a "ajuda financeira ou o 'apoio material' a organizações classificadas como terroristas pelo Departamento de Estado" (CNN, 4.12.2003, p. 1). Num caso envolvendo o apoio de entidades militantes pró-direitos civis ao Partido dos Trabalhadores do Curdistão, na Turquia, um tribunal de recursos federal estabelecido em San Francisco afastou a aplicação de algumas disposições da lei de 1996, "declarando ser inconstitucional a punição de indivíduos – em algumas situações com prisão perpétua – pelo fornecimento de 'treinamento' ou 'pessoal' a algum grupo terrorista". A Corte determinou, ainda, pertencer ao Governo a tarefa de provar "que os réus estavam conscientes de que suas atividades – como a de doação de dinheiro a grupos ilegais – efetivamente contribuíram para atos de terror" (id.).

Na fundamentação de sua decisão, o tribunal de recursos afirmou:

> Consoante a interpretação do governo [...] uma mulher que compre biscoitos em uma banca próxima à mercearia com o objetivo de apoiar refugiados curdos desabrigados a encontrar novas residências pode ser trazida a juízo. Para tanto, basta que a banca ostente um aviso de que o empreendimento é patrocinado pelo Partido dos Trabalhadores do Curdistão, independentemente do seu conhecimento acerca das demais atividades do Partido[330]

Ainda na fundamentação do julgado, consta a assertiva de que a lei anti-terror, na forma em que redigida (como já dito, promulgada em 1996) elimina completamente a diferença entre liberdade de expressão – protegida pela Primeira Emenda – e a forma de

[330] *Humanitarian Law Project v. U.S. Dept. of Justice,* No. 02-55083, 9th Circuit, 3.12.2003, p. 17294. Decisão obtida diretamente na página oficial do tribunal (*US Court of Appeals for the Ninth Circuit*), disponível em: <http://www.ca9.uscourts.gov> (último acesso em: 13.01.04).

discurso não-protegida pela Constituição (divisão que havia sido traçada pela Suprema Corte nos casos acima mencionados)[331].

Como afirmado por David Cole, é nítido o efeito dessa decisão sobre o *USA Patriot Act* (ainda mais abrangente do que a lei de 1996 analisada em *Humanitarian Law Project*). Segundo Cole, o julgado do tribunal de recursos "declara a inconstitucionalidade de um dos pontos centrais da estratégia doméstica anti-terror elaborada por Ashcroft [John Ashcroft, Secretário de Justiça]" (CNN, 4.12.2003, p. 1).

Na época da conclusão desta tese de doutoramento, o Departamento de Justiça norte-americano ainda examinava a possibilidade de interposição de recurso à Corte Suprema norte-americana (id.).

Ainda que não guarde estreita relação com o *Patriot Act*, aqui analisado, um outro acontecimento envolvendo a liberdade de expressão e a luta contra o terrorismo merece rápida menção. Num boletim enviado a cerca de 18.000 escritórios policiais ao longo dos Estados Unidos – com o objetivo de orientar as atividades da polícia ao abordar veículos em rodovias –, o FBI alertou as forças policiais para um possível comportamento suspeito: carregar almanaques.

Segundo o FBI, um "inocente" almanaque pode conter anotações realizadas "de modo suspeito" e ser utilizado para o planejamento de um atentado terrorista, já que os almanaques contêm, em regra, "perfis de cidades e estados e informação sobre vias navegáveis, pontes, represas, reservatórios, túneis, edifícios e pontos de referência" (BRIDIS, 2003, p. 1). A *Associated Press* teve acesso a uma cópia do boletim e constatou a autenticidade do documento (id.).

---

[331] *Humanitarian Law Project v. U.S. Dept. of Justice,* No. 02-55083, 9th Circuit, 3.12.2003, p. 17297.

Cabe, neste momento, passar à discussão em torno de outro aspecto envolvido na aplicação do *USA Patriot Act* – as detenções e deportações de imigrantes após os atentados de 11 de setembro.

3.2.3 A situação dos imigrantes. Detenções arbitrárias. O devido processo legal, a doutrina dos freios e contrapesos e a liberdade de imprensa

Como seria de se esperar, os atentados de 11 de setembro geraram, na opinião pública norte-americana, um sentimento de receio e desconfiança em relação ao estrangeiro. Afinal, como expõe Aryeh Neier, "A hostilidade a estrangeiros em períodos de tensão possui uma longa história nos Estados Unidos" (NEYER, 2002, p. 6). Então, diante da magnitude e da intrínseca crueldade dos eventos do 11 de setembro, não seria inteiramente surpreendente uma certa reação dos norte-americanos a tudo aquilo que for estranho, diferente, não-familiar: a figura do imigrante (especialmente quando de origem árabe ou praticante do islamismo) parece ser o recipiente talhado para tal sentimento.

Essa reação normalmente se degenera em atos de violência e/ou perseguição. Conforme estatísticas do FBI divulgadas pela Agência *France Presse*, foram registradas, em 2000, 28 agressões dirigidas contra muçulmanos. Em 2001, foram 481. Assim, enquanto as agressões contra muçulmanos tiveram um aumento de 1600%, os ataques endereçados contra judeus e negros mantiveram-se estáveis nesse mesmo período (cf. Folha OnLine, 26.11.2002, p. 1). Em edição preparada para analisar o transcurso do primeiro ano após os atentados, o *New York Times* e o Estado de São Paulo narram a história de Ali Almansoop, cidadão iemenita que residia nos Estados Unidos havia 32 anos. Ele foi morto a balas no dia 17 de setembro de 2001 por Brent Seever, que declarou à polícia: "Fui motivado por toda essa atividade anti-terrorista". Segundo a autora da reportagem, esse caso é apenas um entre

"dezenas de homicídios que ocorreram em todo o país, atribuídos à reação antimuçulmana" (WILGOREN, 2002, p. H5)[332].

Poder-se-ia esperar, contudo, que, no curso do tempo, os piores temores fossem gradualmente dissipando-se, o que ensejaria, também, uma diminuição do sentimento anti-estrangeiro no território norte-americano. Porém, logo após os atentados, sobreveio um ingrediente adicional: o engajamento do Governo Federal na prática de perseguição aos estrangeiros.

Antes mesmo da promulgação do *USA Patriot Act*, vários imigrantes – especialmente com perfil de origem árabe ou religião muçulmana – foram preventivamente detidos por autoridades federais. À medida que foi emergindo, pela análise das listas de passageiros das quatro aeronaves seqüestradas, a origem árabe dos supostos responsáveis pelos atentados, a orientação governamental dirigida à investigação em torno dos imigrantes – levada a efeito pelo Secretário de Justiça, John Ashcroft – tornou-se bastante rigorosa. Essa "padronização" do alvo dos órgãos de investigação refletiu-se no projeto governamental que resultou na edição do *USA Patriot Act*. E algumas das disposições originalmente propostas foram aceitas pelo Congresso. Cabe, então, enfocar alguns dos preceitos constantes do *Patriot Act* que dizem respeito à detenção e aos procedimentos de deportação dos imigrantes em território norte-americano.

Consoante observado no tópico antecedente, um dos aspectos mais controvertidos do *USA Patriot Act* é a vagueza e caráter genérico da definição de terrorismo. E isso traz sérias conseqüências aos direitos reservados aos imigrantes, já que, como também ressaltado, várias situações que podem ocorrer no cotidiano passam a estar abrangidas pelo tipo legal.

---

[332] Para um conhecimento mais aprofundado da onda de agressões e crimes motivados por ódio racial ou religioso que se estendeu pelos Estados Unidos da América, cf. o detalhado relatório preparado pela organização

Mas isso não é tudo. Pela **Seção 412** do *USA Patriot Act*, basta a existência de "indícios razoáveis" de que o estrangeiro possa estar envolvido em atos terroristas (na ampla definição da lei) para justificar sua detenção. E a suspeita não se resume a atividades terroristas. Além delas, a lei permite a detenção do estrangeiro se houver "indícios razoáveis" de que ele representa um perigo à segurança nacional. O preceito crucial para a compreensão dessa inovação legislativa é o seguinte:

> (1) DETENÇÃO – O Secretário de Justiça deterá todo estrangeiro que esteja incluído nas disposições do parágrafo (3).
>
> [...]
>
> (3) CERTIFICAÇÃO – O Secretário de Justiça pode certificar que um estrangeiro está incluído nas disposições deste parágrafo quando considerar que existem indícios razoáveis de que o estrangeiro:
>
> (A) [segue a relação dos dispositivos que definem atividade terrorista]
>
> (B) esteja engajado em qualquer outra atividade que represente perigo à segurança nacional dos Estados Unidos[333]

Percebe-se, então, a extensão dos poderes atribuídos ao Secretário de Justiça: a detenção de qualquer estrangeiro depende de uma simples certificação do Secretário – baseada num juízo sumário que requer apenas a existência de "indícios razoáveis" da prática de terrorismo (na ampla acepção conferida pelo *Patriot Act*) *ou* do engajamento em atividade que represente perigo à segurança nacional.

A partir da certificação, o estrangeiro poderá permanecer detido por até sete dias sem a necessidade de acusação formal (de violação a leis de imigração ou de prática de ato criminoso)[334]. A partir do momento em que a acusação referente a qualquer violação de regras

---

Human Rights Watch, que inclui a descrição do crime cometido contra Ali Almansoop (HUMAN RIGHTS WATCH, 2002, p. 4-39).

[333] *USA Patriot Act*, Seção 412(a), conferindo nova redação ao *United States Code*, Seção 1101 e seguintes do título 8, com inclusão da Seção 236A(a)(1) e (3)(A) e (B), p. 81.

[334] *USA Patriot Act*, Seção 412(a), conferindo nova redação ao *United States Code*, Seção 1101 e seguintes do título 8, com inclusão da Seção 236A(a)(5), p. 81. Cole e Dempsey assinalam que, no período anterior à vigência do

de imigração for efetivada, a detenção torna-se *obrigatória*, ou seja, o estrangeiro *não poderá* ser libertado até que a certificação acima mencionada seja expressamente retirada pelo Secretário de Justiça. Enquanto o procedimento administrativo visando à deportação cumpre seus trâmites legais, o estrangeiro permanece, portanto, *obrigatoriamente detido*; a única exigência imposta pela lei é de que o Secretário de Justiça proceda à revisão, a cada seis meses, da certificação aludida no dispositivo supra transcrito. Atente-se para o teor do dispositivo:

> O Secretário de Justiça procederá à revisão da certificação emitida nos termos do parágrafo (3) a cada seis meses. Se o Secretário de Justiça determinar, mediante seu juízo discricionário, que a certificação seja revogada, o estrangeiro pode ser libertado nas condições que o Secretário de Justiça entender apropriadas, a menos que essa libertação seja vedada em lei. O estrangeiro pode requisitar por escrito, a cada seis meses, que o Secretário de Justiça reconsidere a certificação, podendo anexar documentos ou outras provas em apoio ao seu pedido[335]

Nos termos da Seção 412, o estrangeiro detido nas circunstâncias ora descritas tem direito a apenas um tipo de controle judicial dos atos do Secretário de Justiça: a impetração de um *habeas corpus* perante alguma Corte federal de 1°grau de jurisdição (*Federal District Court*), o que inviabiliza o ajuizamento de qualquer ação perante o juízo de imigração. E eventuais recursos só podem ser interpostos perante um tribunal federal – a *United States Court of Appeals for the District of Columbia*, situado em Washington, DC. Em último caso, pode haver pedido mandamental dirigido à Suprema Corte. Outras formas de pleito judicial e outros órgãos de jurisdição estão expressamente excluídos pelo *Patriot Act*[336].

Patriot Act, a Suprema Corte havia fixado em 48 horas o prazo máximo para que algum estrangeiro detido fosse formalmente acusado, ressalvadas circunstâncias efetivamente exepcionais (cf. COLE e DEMPSEY, 2002, p. 158).

[335] *USA Patriot Act*, Seção 412(a), conferindo nova redação ao *United States Code*, Seção 1101 e seguintes do título 8, com inclusão da Seção 236A(a)(7), p. 81.

[336] *USA Patriot Act*, Seção 412(a), conferindo nova redação ao *United States Code*, Seção 1101 e seguintes do título 8, com inclusão da Seção 236A(b)(2)(A)(i)(ii)(iii)(iv), p. 81-82.

Além da clara limitação alusiva ao remédio legal cabível e à fixação da competência funcional e territorial, uma outra restrição é evidente: no sistema jurídico norte-americano, o *habeas corpus* é considerado uma ação civil, e não de natureza penal, o que significa, como bem afirmado por Nancy Chang, "que o governo não está obrigado, pela Sexta Emenda, a prestar assistência judiciária gratuita a não-cidadãos neste tipo de procedimento" (CHANG, 2001, p. 8)[337]. Tal limitação cresce em importância na medida em que muitos alvos potenciais aptos a serem detidos sob a certificação do Secretário de Justiça são estrangeiros que pleiteiam o ingresso em território norte-americano, e que dispõem, exatamente diante dessa circunstância, de pouco conhecimento do sistema legal dos Estados Unidos e podem encontrar dificuldades inclusive para compreender a acusação que lhes seja imputada. E, além disso, a Seção 412 não estipula a obrigatoriedade de comunicação, ao estrangeiro, do teor das acusações contra ele dirigidas.

Todo esse quadro torna bastante remoto o acesso ao sistema judicial para um estrangeiro detido sob as condições previstas na Seção 412.

Um outro aspecto merece ser aqui enfrentado: a possibilidade de detenção por prazo indefinido, *mesmo depois da absolvição do estrangeiro quanto às violações das regras concernentes à imigração*. Isso quer dizer que a certificação efetuada pelo Secretário de Justiça mantém sua validade mesmo após o estrangeiro haver obtido sucesso no procedimento administrativo junto às autoridades de imigração. Enquanto o Secretário de Justiça não

[337] Consoante a Sexta Emenda à Constituição norte-americana, "Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas contrárias a ele; de fazer comparecer, por meios legais, testemunhas em seu favor e de ser defendido por um advogado" (cf. COX, 1998, p. 125). A extensão da garantia à assistência judiciária aos Estados – antes considerados isentos de tal obrigação – foi definida no célebre precedente da Suprema Corte: *Gideon v. Wainwright* 372 U.S. 335 (1963). A partir daí, como informa Stanley Kutler, "a doutrina *Gideon* foi estendida. Em *Argersinger v. Hamlin* (407 US 25, 1972), a Corte deixou assentado que, mesmo quando se tratar de um crime de menor importância ["*petty offense*"], o acusado tem direito a assistência judiciária gratuita em todos os processos que comportem pena de detenção" (KUTLER, 1984, p. 622).

reconsiderar a certificação, o estrangeiro permanecerá detido[338]. Trata-se de uma alteração radical nas normas aplicáveis aos estrangeiros em território norte-americano. Como observado por Cole e Dempsey, o poder de detenção conferido às autoridades de imigração sempre foi subsidiário, auxiliar em relação ao poder de deportação. Superado o risco de deportação, não há qualquer razão para manutenção da detenção – o que acabou sendo permitido pelo *Patriot Act*[339].

Além dessa modalidade de detenção indefinida – pendente enquanto durar a certificação do Secretário de Justiça –, a lei prevê uma outra forma de prorrogação da detenção no tempo (sem limite fixo). Se, eventualmente, um estrangeiro for considerado como apto a ser deportado, mas sua retirada do território norte-americano "seja improvável num futuro razoavelmente previsível", ele poderá permanecer detido por mais seis meses – renováveis – caso ele represente "ameaça à segurança nacional dos Estados Unidos ou à segurança da comunidade ou de qualquer pessoa"[340]. Normalmente, como adverte Nancy Chang, tal situação – deportação que não pode ser cumprida de imediato – ocorre quando os Estados Unidos não encontram nenhum outro Estado-nação disposto a receber o indivíduo deportado (CHANG, 2002, p. 8).

A Suprema Corte, contudo, pronunciou-se, em dois casos anteriores à vigência do *Patriot Act*, impedindo a detenção indefinida de indivíduos deportados que não puderam ser repatriados. E, nos precedentes da Corte, tratava-se de indivíduos condenados em processos criminais. A Corte deixou assentado um limite para a detenção: além dos noventa dias legalmente previstos para a efetivação da deportação (consoante a lei de imigração vigente à época da decisão), um estrangeiro pode ser detido por até seis meses. A partir daí, caso os Estados Unidos não tenham logrado obter o repatriamento, a única alternativa é a libertação,

---

[338] *USA Patriot Act*, Seção 412(a), conferindo nova redação ao *United States Code*, Seção 1101 e seguintes do título 8, com inclusão da Seção 236A(a)(2), p. 81.
[339] Cf. Cole e Dempsey, 2002, p. 157.

em solo norte-americano, dos indivíduos deportados. Segundo os termos dos precedentes da Corte, cabe aos tribunais federais, nos casos concretos submetidos ao seu julgamento, decidir acerca da razoabilidade do prazo de detenção[341].

O ponto interessante a ser notado é que as decisões ora aludidas foram proferidas em 26 de junho de 2001, nos últimos dias da temporada 2000-2001 da Corte (portanto, cerca de três meses antes dos ataques de 11 de setembro). E, com as mudanças promovidas pelo *Patriot Act*, remanesce a dúvida acerca da persistência, ou não, da orientação da Corte (diante da clara alteração legislativa permitindo a detenção por prazo indeterminado). Sintomaticamente, o Governo Federal demonstrou sua preocupação com a eventual manutenção dessa linha de raciocínio – que pode, na visão governamental, comprometer a luta contra o terrorismo. Existiam, no início de 2004, 2.269 indivíduos na mesma situação: deportados pelos Estados Unidos e sem aceitação por algum outro Estado nacional. Nenhum dos detidos possui qualquer conexão ou acusação referente a atividades terroristas. Todos eles permaneciam detidos até a redação destas linhas. A Suprema Corte decidiu, no dia 16 de janeiro de 2004, reexaminar a questão, a partir de um caso de um cidadão cubano condenado

---

[340] *USA Patriot Act*, Seção 412(a), conferindo nova redação ao *United States Code*, Seção 1101 e seguintes do título 8, com inclusão da Seção 236A(a)(6), p. 81.

[341] Os dois casos, que foram julgados conjuntamente e reunidos em uma única decisão pela Corte, são: *Zadvydas v. Davis* (185 F. 3d 279) e *Ashcroft v. Ma* (208 F. 3d 815). Nos dois processos, ficou evidente a dificuldade na repatriação: Kestutis Zadvydas nasceu num campo de refugiados lituanos em território ocupado pelo exército alemão (que posteriormente seria parte da Lituânia), e não foi recebido pela Alemanha ou pela Lituânia (por não ser considerado cidadão alemão ou lituano). Kim Ho Ma, por seu turno, nasceu no Cambodja mas foi transferido, aos dois anos de idade, para um campo de refugiados na Tailândia, do qual partiu para as Filipinas e posteriormente para os Estados Unidos. Não há acordo de repatriação entre Estados Unidos e Cambodja. Os dois envolvidos nos casos haviam cumprido suas respectivas penas. A Suprema Corte ordenou a libertação de ambos. Na interpretação de Marcia Coyle, "os juízes da Suprema Corte mandaram uma clara mensagem ao Congresso e ao poder executivo, no sentido de que há limites ao seu poder de controle sobre a imigração, mesmo quando aumenta o sentimento anti-imigração" (COYLE, 2001, p. 1). Convém apenas acrescentar que o julgamento ocorreu por cinco votos a quatro. Cf., acerca da composição e da divisão entre juízes da Corte em vários temas ligados à interpretação da Constituição norte-americana, o tópico anterior do presente capítulo.

na Flórida. Os argumentos orais serão apresentados à Corte em abril de 2004, com publicação da decisão prevista para ocorrer antes do recesso que se inicia em julho[342].

Torna-se possível, então, em rápida síntese, indicar o núcleo das modificações empreendidas pelo *Patriot Act* no que se refere ao tratamento dos imigrantes em território norte-americano:

- Possibilidade de detenção imediata, por ordem do Secretário de Justiça, sem a formalização de acusação por até sete dias. Procedida a acusação por violação a normas de imigração, o estrangeiro poderá permanecer detido por períodos sucessivos (sem limite) de seis meses, bastando, para tanto, que o Secretário de Justiça renove a certificação original.

- A revisão judicial desse *status* é limitada a um tipo de procedimento perante determinadas Cortes federais, sem direito do acusado a assistência judiciária gratuita. O Secretário de Justiça não está obrigado a comunicar ao acusado o motivo e os fundamentos de sua detenção.

- Duas modalidades de prisão por prazo indeterminado são previstas: (i) quando o estrangeiro, mesmo tendo sido vencedor no procedimento administrativo referente às violações legais, possa ser considerado (ainda pelo Secretário de Justiça) uma ameaça à segurança nacional, da comunidade ou de qualquer pessoa e (ii) quando não houver a possibilidade, num futuro "razoavelmente previsível" de repatriamento de estrangeiro deportado.

Cabe aduzir, ainda, que a versão original do projeto de lei apresentado pelo Governo Federal era ainda mais rigorosa do que a norma aprovada pelo Congresso (ou, na assertiva vigorosa de Dworkin, "ainda pior"). Atente-se para a narrativa acerca dos principais aspectos que acabaram sendo modificados pelo Poder Legislativo:

---

[342] As informações, prestadas pela Agência *Associated Press*, foram retiradas do *Washington Post*, 16.01.2004, p. 1-2.

> O projeto originalmente enviado ao Congresso, em 18 de setembro de 2001, era ainda pior do que a versão final da lei. Pelo projeto, seria permitida a utilização, em tribunais norte-americanos e contra cidadãos norte-americanos, de informação obtida mediante escutas telefônicas realizadas em território estrangeiro que seriam consideradas inconstitucionais nos Estados Unidos, seria possível o congelamento de ativos de pessoas acusadas de terrorismo mesmo antes que elas fossem julgadas, bem como permitida a detenção indefinida quando o Secretário de Justiça declarasse apenas a existência de "razões para acreditar" (ao invés de "razoáveis indícios") em suspeita de terrorismo (DWORKIN, 2002a, p. 15, n. 1)

Consoante já observado, a iniciativa de detenção de estrangeiros – especialmente com perfil de origem árabe ou religião muçulmana – iniciou-se logo após os ataques de 11 de setembro. O FBI envolveu-se numa radical investigação que conduziu a cerca de 1200 detenções em território norte-americano. Evidentemente, o *USA Patriot Act*, desde sua gênese, buscou oferecer suporte legal para as ações dos órgãos de investigação. Várias questões constitucionais surgem a partir da atuação dos entes governamentais – elas estão ainda pendentes de decisão pelas Cortes norte-americanas, em meio a várias ações que suscitam abusos e violações constitucionais após as detenções determinadas e levadas a efeito pelo Governo Federal.

Uma fonte de informações importante relacionada à prática governamental posterior aos atentados de 11 de setembro encontra-se numa auditoria realizada por um inspetor independente para o Departamento de Justiça. O relatório da auditoria – que se limitou aos centros prisionais localizados no Brooklin, NY e em Paterson, NJ – foi divulgado em 2 de junho de 2003, e traz duras críticas à atuação governamental. Eis os principais problemas apontados pelo inspetor Glenn Fine:

(a) Condições de encarceramento – Alguns estrangeiros permaneceram algemados e presos por correntes de ferro ligadas aos membros inferiores por todo o tempo em que estiveram detidos. Muitos ficaram confinados entre 23 e 24 horas por dia em suas celas, sendo obrigados a dormir com as lâmpadas ininterruptamente acesas.

(b) Abuso verbal – Foram constatados episódios de abuso verbal pelos agentes penitenciários. Alguns relatos foram conservados, como o de um guarda que teria dito a estrangeiros detidos: "Vocês sentirão dor. Algumas pessoas acreditam que vocês estão ligados ao que ocorreu no *World Trade Center*, portanto não esperem ser bem tratados".

(c) Ausência de informação e dificuldade de acesso a defesa – Em regra, as autoridades de imigração deixaram de comunicar aos detentos os motivos de seu aprisionamento, o que inviabilizou a compreensão das acusações que foram imputadas, bem como dificultou o contato com advogados de defesa.

(d) Tratamento genérico – Segundo o inspetor responsável pela auditoria, pouco esforço foi empreendido para que fosse feita uma separação entre imigrantes que tinham alguma suspeita da prática de atos terroristas e aqueles estrangeiros que foram detidos por pequenas violações de normas de imigração (como expiração de visto). Todos acabaram submetidos a tratamento similar àquele verificado em presídios de segurança máxima.

Indagado acerca dos resultados da auditoria – que incluiu a emissão de vinte e uma recomendações para aperfeiçoamento de sua atuação – o Departamento de Justiça pronunciou-se por meio da porta-voz Barbara Comstock, que, em resposta às críticas formuladas, declarou que o Departamento utilizou:

> todos os meios legais disponíveis para proteger norte-americanos inocentes de ataques terroristas. Não há razão para pedir desculpas por termos procurado todos os possíveis caminhos legais para proteger o público norte-americano de novos ataques terroristas. Todos os detidos eram estrangeiros em situação ilegal[343].

Parece útil, assim, num primeiro momento, ilustrar pontualmente algumas das situações concretas ocorridas após os atentados, para, a seguir, buscar situar a discussão em torno da Constituição norte-americana.

[343] Os dados referentes ao relatório de Glenn Fine e a declaração da porta-voz do Departamento de Justiça foram extraídos da reportagem preparada pela MSNBC com apoio da agência *Reuters* (MSNBC News, 2.06.2003).

O Suspeito Saudita e os dados da Investigação

Na manhã do dia 12 de setembro de 2001, agentes do FBI dispunham de algumas razões para imaginar que estavam prestes a evitar um ato de terrorismo de alto teor destrutivo, similar, na forma e no planejamento, aos ataques verificados no dia anterior.

Os dados até então obtidos não deixavam margem a maiores dúvidas: *Al-Badr al-Hazmi*, um cidadão da Arábia Saudita residente em San Antonio (Texas) havia adquirido cinco bilhetes para um vôo entre San Antonio e San Diego (Califórnia); todos os passageiros eram de origem árabe, segundo indicavam seus nomes; as passagens foram adquiridas pelo mesmo serviço *on-line* utilizado pelos supostos seqüestradores dos vôos de 11 de setembro; havia um histórico, rastreado pelo FBI, de vultosas quantias de dinheiro provenientes do Oriente Médio para a conta-corrente de Al-Badr; alguns dias antes, em San Antonio, dois suspeitos de terrorismo haviam sido detidos tentando embarcar num trem com grande quantia de dinheiro e portando canivetes, o que indicava a existência de uma potencial célula terrorista em San Antonio; e, para completar, dois dos possíveis seqüestradores do dia anterior também tinham o sobrenome al-Hazmi.

Al-Badr al-Hazmi foi detido numa busca do FBI em sua residência, no dia 12 de setembro de 2001, algemado e levado a um centro de detenção em New York (não muito distante do local em que foram edificadas as torres do *World Trade Center*). Lá, ele permaneceu seis dias trancafiado numa solitária, sem acesso ao seu advogado (que, residente em San Antonio, simplesmente não tinha o menor conhecimento do paradeiro de seu cliente). Al-Badr ficou por mais doze dias detido, sem que lhe fosse informado o motivo de seu aprisionamento.

Quando agentes do FBI finalmente submeteram-no a interrogatório, perceberam a completa ausência de conexão entre o suspeito e qualquer prática de ato terrorista. Al-Badr

era um médico radiologista, que havia adquirido bilhetes aéreos para que ele e sua família comparecessem a um congresso médico em San Diego. Ele não tivera nenhum contato com os dois suspeitos antes detidos em San Antonio. As altas somas em sua conta bancária eram destinadas ao pagamento de seu período de residência no Centro de Ciências da Saúde da Universidade do Texas. E, soube-se depois, al-Hazmi é um dos nomes mais comuns na Arábia Saudita.

Esclarecidos os fatos, Al-Badr foi libertado. Não seria exagerado dizer que, mesmo tendo sido submetido a uma detenção inteiramente desprovida de sentido, ele ainda pode ser considerado um privilegiado no contexto posterior aos atentados, pois permaneceu encarcerado por dezoito dias[344].

Outros investigados não tiveram a mesma sorte.

Vistos, E-mails e Detenções

Sami Omar Al-Hussayen é um estudante de ciência da computação no Estado de Idaho. Ele está preso desde fevereiro de 2003, por uma violação de seu visto de estudante. No dia 9 de janeiro de 2004, foi formalizada uma acusação formal contra Al-Hussayen. Segundo os agentes do FBI encarregados da investigação, ele propagou pela internet mensagens pregando a guerra santa e prestou serviços de arrecadação de fundos para entidades ligadas ao terrorismo internacional. Porém, conforme seu advogado de defesa, nenhuma nova informação justificaria o atraso no indiciamento, a não ser a intenção clara do FBI em manter seu cliente aprisionado. Ainda consoante o advogado, toda a acusação criminal tem por fundamento a presença de mensagens na caixa postal de Al-Hussayen. O que é surpreendente – ainda consoante a versão da defesa – é o fato de que não foram mensagens enviadas por ele,

[344] As informações referentes à detenção de Al-Badr foram extraídas do relato fornecido por Andrew Gumbel, correspondente do jornal britânico *The Independent* em Washington (GUMBEL, 2001, p. 1-2).

e sim recebidas. O início do julgamento de Al-Hussayen está marcado para 17 de fevereiro de 2004 (prazo passível de adiamento). Se for considerado culpado, ele pode ser condenado a uma pena de até quinze anos de prisão. Sua família – esposa e filhos – tem prazo até 6 de março próximo para deixar o território norte-americano[345].

Mesmo infrações leves de procedimentos de imigração, que nunca ensejaram a abertura de procedimento que envolvesse detenção, passaram a ser tratadas de modo diferente. Autoridades de imigração constataram um intervalo de dez dias entre o término do visto de turista e o início do visto permanente de *Ali al-Maqtari*, cidadão iemenita casado com uma norte-americana. Ele foi detido em 15 de setembro de 2001 e permaneceu encarcerado por oito semanas, num presídio federal do Tennessee. Segundo Andrew Gumbel, é o tipo de infração que, antes dos eventos de 11 de setembro, seria resolvida mediante uma "simples troca de correspondência"[346].

Mazen al-Najjar, cidadão palestino residente nos Estados Unidos por mais de vinte anos, portador de um título de doutor outorgado por uma universidade norte-americana e com três filhos nascidos nos Estados Unidos, havia sido detido, em 1997, por expiração de seu visto. O Departamento de Justiça havia suspeitado de ligações de Mazen com organizações terroristas; porém, um juiz entendeu inexistentes indícios do alegado vínculo com o terrorismo e determinou sua libertação. Logo após os atentados de 11 de setembro, ele organizou um movimento de coleta de sangue em apoio às vítimas dos ataques. Durante o evento, ele foi detido pelo FBI e submetido à solitária. O Departamento de Justiça alegou que sua libertação seria uma ameaça à segurança nacional. Quando indagado acerca do teor das

[345] Cf. reportagem realizada pela CNN, 12.01.2004, p. 1-2.

[346] Relato fornecido por Gumbel (2001, p. 2). As circunstâncias da detenção de Ali al-Maqtari são descritas por Dworkin, a partir do depoimento prestado pelo próprio Ali ao Comitê Judiciário do Senado norte-americano: "Aparentemente ele foi preso porque sua esposa vestia uma touca em estilo árabe, porque ele e sua esposa conversavam entre eles numa língua estrangeira — o francês — e porque ambos carregavam canivetes, que ele utilizava no seu emprego em um mercado e ela na sala de expedição de uma escola para crianças" (DWORKIN, 2002a, p. 14).

acusações eventualmente dirigidas contra Mazen, um assistente do Secretário de Justiça afirmou claramente que o Governo norte-americano não estava interessado no conteúdo da acusação. Ele então explicitou o motivo da detenção:

> O que estamos fazendo é simplesmente utilizar nossos procedimentos ou nossa discricionariedade com a maior abrangência possível, para retirar das ruas aquelas pessoas suspeitas de engajamento em atividade terrorista[347]

Condições adversas, abusos e o encontro com a morte num presídio em New Jersey

Yazeed al-Salmi, estudante da Arábia Saudita, foi detido durante dezessete dias em três instituições penitenciárias distintas, localizadas em San Diego, Oklahoma e New York. Yazeed teve negados seus pedidos de contato com a família, foi proibido de escovar os dentes e tomar banho e foi confinado em encarceramento na solitária. Nos primeiros dias de detenção, agentes federais afirmaram que ele não era suspeito da prática de atos terroristas. Ele relatou abuso verbal pelos agentes penitenciários. Segundo Yazeed, os agentes "não chamam o prisioneiro pelo seu nome; eles simplesmente falam: '*f****** *terrorist*'" (GUMBEL, 2001, p. 3).

Akhil Sachdeva permaneceu detido por quatro meses, sem acusação formal, na instalação penitenciária localizada em Passaic County, New Jersey. Ele relatou as condições de seu encarceramento em entrevista à rede CNN:

> Fui trancafiado por um período de quatro meses em New Jersey. No período inicial – provavelmente dez dias – nenhum dos prisioneiros recebeu qualquer objeto, nem mesmo uma escova de dente. Na minha pequena cela, havia 43 prisioneiros e apenas um lavatório. Junto com pessoas acusadas de violação

[347] A declaração de Viet Dinh, assistente do Secretário de Justiça, e a descrição dos eventos que marcaram a detenção de Mazen al-Najjar constam do artigo de Dworkin publicado no *New York Review of Books* acerca das repercussões do *Patriot Act* no constitucionalismo norte-americano. Dworkin afirma que as informações foram retiradas de uma transmissão da CNN, ocorrida em 12 de janeiro de 2002 (cf. DWORKIN, 2002a, p. 15-16, n. 2).

> a leis de imigração, conviviam condenados por triplo homicídio e por crimes relacionados a drogas[348]

Sachdeva, que hoje reside em Toronto, e outros detidos após o 11 de setembro ingressaram com uma *class action* em face de várias autoridades governamentais norte-americanas – inclusive o Secretário de Justiça John Ashcroft – alegando maus-tratos. A ação está sendo conduzida pelo Centro para os Direitos Constitucionais, instituição de defesa dos direitos civis e das liberdades públicas com base em New York.

Muhammed Rafiq Butt era um cidadão paquistanês, e foi detido logo após os atentados de 11 de setembro por expiração de seu visto. Os poucos relatos existentes acerca de seu paradeiro indicam que ele procurava arrecadar fundos para custear seu retorno ao Paquistão. Ele permaneceu um mês no presídio federal de Kearny, New Jersey, desprovido de assistência judiciária, sem recursos financeiros e sem haver recebido visitas. Muhammed foi encontrado morto em sua cela, no dia 23 de outubro de 2001, aos cinqüenta e cinco anos de idade. Como afirma Laura Flanders, a ausência de contato e comunicação com o mundo exterior pode ter contribuído para o desfecho. A mesma autora questiona: "caso ele recebesse maior atenção, poderia ter obtido recursos para adquirir um bilhete de volta para casa?"[349].

Essa discussão em torno da publicidade – e da participação da mídia na cobertura das detenções de imigrantes – retornaria em outra situação, referente a um clérigo muçulmano acusado de apoiar atividades terroristas.

---

[348] Entrevista concedida a Bill Hemmer, da rede de televisão CNN, em 14 de janeiro de 2004, reproduzida na página do mesmo grupo (CNN, 2004a, p. 1-2).

[349] Cf., para a descrição da trajetória de Muhammed Rafiq Butt, Flanders (2001, p. 1-2). Gumbel, em seu relato, menciona o mesmo evento (2001, p. 2).

Imprensa, visibilidade e terrorismo

Um caso que atraiu a atenção de vários setores da mídia e de ativistas em defesa dos direitos civis nos Estados Unidos envolveu um clérigo muçulmano de nacionalidade libanesa, *Rabih Haddad*.

O debate gerado em torno da deportação de Haddad é especialmente importante para a pesquisa acerca do tratamento dos imigrantes no contexto posterior ao 11 de setembro, pois é muito provável que este seja o *único* caso em que os processos administrativo e judicial relacionados às causas da deportação foram públicos. A partir da trajetória de Haddad – e dos documentos que emergiram das decisões tomadas no caso – é possível situar algumas das ações governamentais norte-americanas em matéria de imigração e combate ao terrorismo.

Haddad, na qualidade de autoridade religiosa do islamismo, desenvolveu um reconhecido trabalho comunitário em Ann Arbor, Michigan – cidade próxima a Detroit, região em que se concentra uma expressiva parcela da população de origem árabe dos Estados Unidos. No entanto, Haddad deixou expirar seu visto de turista e foi detido, em 14 de dezembro de 2001, pelas autoridades de imigração. Assim que as investigações tomaram seu curso, o FBI passou a suspeitar que a instituição de caridade administrada por Haddad – a *Global Relief Foundation* – estivesse envolvida no auxílio ao financiamento de atividades da Al-Qaeda.

A partir daí, o procedimento administrativo envolvendo Haddad foi classificado, pelos órgãos de imigração, como de "interesse especial". Cabe, então, um rápido esclarecimento acerca dessa categoria de casos de imigração. A fonte disponível para tal explicação é uma decisão judicial proferida no caso Haddad, que trouxe à tona importantes

informações acerca da política governamental de tratamento de casos de suspeita de atividade terrorista por parte de imigrantes[350].

Segundo relata o voto proferido pelo tribunal, os fatos ocorridos posteriormente aos atentados de 11 de setembro foram os seguintes: no dia 21 de setembro de 2001, o principal responsável pelos procedimentos voltados à imigração nos Estados Unidos – o *Chief Judge* Michael Creppy – emitiu uma orientação, endereçada a todos os demais juízes de imigração norte-americanos[351] (a chamada "diretriz Creppy"), solicitando a tramitação secreta de todos os casos considerados de "interesse especial". O sigilo inclui as seguintes providências: todos os procedimentos de imigração de "interesse especial" são vedados ao público em geral, à imprensa, aos familiares e amigos do acusado. Todos os documentos do caso são mantidos em sigilo, só podendo ser exibidos ao advogado ou representante legal do acusado (e apenas quando não se tratar de documentos considerados de acesso restrito). Os juízes de imigração não podem sequer divulgar se o caso está tramitando e tampouco se há data prevista para audiência[352].

Como o caso Haddad foi classificado como de "interesse especial", todos os procedimentos foram mantidos em sigilo. A família de Haddad, membros de sua comunidade e um Deputado Federal, John Conyers[353], requereram a abertura do procedimento de imigração, o que foi negado pelas autoridades responsáveis. Inconformados, o próprio

---

[350] O precedente – que será retomado adiante – é uma decisão proferida pelo tribunal federal de recursos estabelecido em Cincinatti, OH: *Detroit Free Press, et. al. v. Ashcroft, et. al.* 2002 FED App. 0291P (6th Cir). Decisão obtida diretamente na página oficial do tribunal (*US Circuit Court of Appeals for the Sixth Circuit*), disponível em <http://www.ca6.uscourts.gov> (último acesso em: 14.01.04).

[351] A designação do cargo de juiz aos responsáveis pelos casos de imigração não significa que eles estejam inseridos no Poder Judiciário. Trata-se de jurisdição administrativa, submetida à autoridade do Departamento de Justiça (cf. *Detroit Free Press, et. al. v. Ashcroft, et. al.*). Tanto é assim que sempre se praticou, nos Estados Unidos, a revisão judicial do procedimento administrativo. É exatamente esse tipo de revisão que o *USA Patriot Act* buscou limitar, como visto acima.

[352] *Detroit Free Press, et. al. v. Ashcroft, et. al.*, p. 4-5.

[353] Partido Democrata – Estado de Michigan.

Haddad, o Deputado John Conyers e quatro jornais de Michigan[354] ingressaram com ação mandamental na corte federal de primeiro grau de jurisdição para que o procedimento de deportação de Haddad fosse aberto ao público. A juíza responsável pela corte, Nancy Edmunds, acolheu o pedido, e ordenou às autoridades de imigração o fim do sigilo no procedimento. O Governo Federal recorreu da decisão. Uma turma de três juízes de apelação apreciou o caso e, em deliberação unânime, manteve integralmente a decisão da corte de primeiro grau[355].

Não houve recurso à Suprema Corte e acabou por prevalecer a decisão do tribunal de recursos. Os procedimentos de deportação de Haddad foram todos públicos.

Haddad permaneceu detido por dezenove meses, na maior parte do tempo em Chicago, confinado a uma cela solitária; seu acesso a advogados foi impedido em alguns dias, dificultado em outros, e as visitas familiares foram permitidas esporadicamente[356].

Nenhum vínculo de Haddad com atividades terroristas foi provado; mesmo assim, ele teve negado seu pedido de asilo político e foi deportado, diante da violação de seu visto, em 14 de julho de 2003, tendo retornado ao Líbano (logo em seguida, sua família seguiu o mesmo destino)[357].

O desfecho do episódio foi objeto de severas críticas formuladas pelo Deputado John Conyers, que é membro do Comitê Judiciário da Câmara dos Deputados. Em carta dirigida a Tom Ridge, Secretário responsável pelo Gabinete de Segurança Interna, Conyers asseverou que a atuação governamental no episódio foi nitidamente insatisfatória. Isso

---

[354] São eles: *Detroit Free Press*, *Herald Co.*, *Detroit News* e *Metro Times*.

[355] Ver esclarecedor relato propiciado pelo jornal britânico *The Guardian* (LEFT, 2002, p. 1).

[356] Informações constantes do *Detroit Free Press* (ROBINSON, 2002, p. 1).

[357] Cf. a esclarecedora síntese – com citação de reportagens em vários órgãos de imprensa norte-americanos – que pode ser encontrada no *Website* mantido pelo Comitê de Defesa da Declaração de Direitos da cidade de Lane, Oregon, disponível em: <http://www.lanerights.org/haddad.htm>, último acesso em: 18.01.04.

porque, como já observado, Haddad foi considerado suspeito de terrorismo, mas sequer chegou a ser acusado formalmente da prática de atos terroristas (mesmo na ampla acepção trazida pelo *Patriot Act*). Daí a enfática crítica de Conyers, como se vê por uma passagem da carta enviada a Tom Ridge:

> Se os agentes de imigração submetidos ao seu departamento estiverem certos, o seu gabinete deixou partir uma pessoa com laços verossímeis com o terrorismo. Se os agentes estiverem equivocados, o Sr. Haddad foi uma vítima de culpabilidade por associação e foi expulso ilegalmente de uma comunidade em que ele desempenhou um papel construtivo como líder espiritual[358].

O sigilo das detenções e de seus procedimentos continua na pauta de discussões do Judiciário norte-americano. Dois precedentes que envolvem o papel da Corte Suprema têm essa matéria como núcleo central.

Restrição da informação, identidade em segredo e a função da imprensa

Verificou-se, pela descrição do caso de Rabih Haddad, que, após os atentados de 11 de setembro, consolidou-se uma orientação governamental de caráter oficial, referente à manutenção do sigilo de procedimentos de imigração considerados de "interesse especial" – esse é o núcleo da "diretriz Creppy". Diante dessa circunstância, a quase totalidade dos procedimentos que se iniciaram a partir da detenção de mais de 1200 estrangeiros logo após os ataques de 11 de setembro passou a ocorrer sob o manto do sigilo. A obtenção de informações a respeito desses processos é uma tarefa árdua, na medida em que sequer os tribunais federais em que tramitam os feitos ajuizados por alguns dos detentos divulgam dados sobre os processos. A exceção, como visto, é o caso Haddad.

Essa política governamental está sendo questionada perante a Corte Suprema norte-americana, e o veículo para tal discussão é um caso oriundo da Flórida.

---

[358] Texto da carta conforme citada pela agência *Associated Press* (*Detroit Free Press*, 17.07.2003, p. 1).

Mohamed Kamel Bellahouel é um cidadão argelino residente em Miami e casado com uma norte-americana. Nenhum vínculo com o terrorismo parece existir. Mesmo assim, Bellahouel permaneceu detido por cinco meses, entre outubro de 2001 e fevereiro de 2002. A razão de sua detenção: haver servido refeições a Mohamed Atta e Marwan al-Shehhi, dois supostos seqüestradores das aeronaves utilizadas nos ataques de 11 de setembro. Bellahouel trabalha como garçom, e o FBI descobriu que ele atendera Atta e Al-Shehhi. Assim, Bellahouel nem chegou a ser acusado de envolvimento com o terrorismo – ele foi detido como testemunha.

Não se sabe com maiores detalhes o conteúdo da ação que Bellahouel moveu em face de autoridades governamentais questionando as circunstâncias de sua detenção. O processo corre em sigilo. Por um equívoco cometido por um funcionário de uma corte federal – as fontes até aqui consultadas não indicam de que tribunal se trata –, alguns detalhes do feito foram tornados públicos, inclusive o nome do autor da ação[359].

Tendo sido revelado o caso por um jornal da Flórida, a rede de comunicação CNN obteve uma entrevista com Bellahouel, que declarou: "O que houve foi injusto e desumano. Há uma grande parcela de discriminação envolvida" (cf. MEARS, 2004a, p.1).

O feito tramitou, em todos graus de jurisdição, em regime de sigilo. A imprensa ou o público não tiveram acesso aos documentos ou às decisões já proferidas[360]. Sabe-se que o caso foi direcionado, em grau de recurso na Suprema Corte, a partir de requerimento formulado por Bellahouel. Quando o Governo Federal foi chamado a responder ao recurso, o Advogado-Geral dos Estados Unidos, Theodore Olson, encaminhou um pedido à Corte

[359] Cf. relato empreendido por Mears (2003a, p. 1).

[360] Além do próprio Bellahouel e de autoridades governamentais, houve a adesão de outros litigantes no processo: "o recurso de Bellahouel foi endossado por vários grupos empresariais de comunicação, incluindo a CNN. Esses grupos submeteram à Corte uma petição na última semana, afirmando que a abertura das audiências 'protege os interesses da imprensa e do público'" (MEARS, 2004a, p. 2).

solicitando que o procedimento fosse conduzido sob sigilo. Consoante informa Bill Mears, a Suprema Corte "conservou, em algumas ocasiões, partes de casos em sigilo por razões de privacidade ou segurança nacional, mas é extremamente raro que todo o procedimento permaneça em segredo" (MEARS, 2004a, p .1).

Em 23 de fevereiro de 2004, a Suprema Corte decidiu não apreciar o recurso interposto por Bellahouel (ver MEARS, 2004c, p. 1)[361].

Um outro processo judicial referente à detenção de estrangeiros chegou à Suprema Corte para deliberação na temporada 2003-2004. Trata-se de uma ação civil ajuizada por várias entidades associativas em face do Departamento de Justiça norte-americano. Os autores postulam: (i) a divulgação ao público dos nomes dos estrangeiros detidos após os atentados de 11 de setembro em virtude da investigação anti-terror; (ii) divulgação das datas em que foram realizadas as buscas, detenções e libertações dos imigrantes investigados pelo Governo Federal; e (iii) divulgação dos nomes dos advogados dos estrangeiros que foram detidos[362].

A Corte federal que analisou o feito em primeiro grau deferiu os pedidos (i) e (iii), assinando o prazo de quinze dias para que o Departamento de Justiça divulgasse a lista dos estrangeiros detidos e os seus respectivos procuradores. A juíza prolatora da decisão, Gladys Kessler, ressaltou, contudo, ser permitido aos detentos manter-se no anonimato, caso assim prefiram, bastando uma comunicação à Corte nesse sentido[363]. Em grau de recurso, contudo, uma turma julgadora, composta por três juízes de um tribunal federal de recursos baseado no Distrito de Columbia, decidiu, por dois votos a um, reformar a determinação emitida pelo

---

[361] Como se sabe, a Suprema Corte delibera, em sessão fechada, acerca da conveniência, ou não, de examinar as petições submetidas à sua apreciação.

[362] Informações extraídas do texto da decisão proferida em primeiro grau: *Center for National Security Studies et. al. v. United States Department of Justice*, Ação Civil n° 01-2500, *United States District Court for the District of Columbia*, prolatada em 02.08.2002. Decisão obtida diretamente na página oficial da Corte de primeiro grau, disponível em: <http://www.dcd.uscourts.gov./01-2500.pdf> (último acesso em: 14.01.04).

[363] *Center for National Security Studies et. al. v. United States Department of Justice*, p. 47.

juízo de primeiro grau, por considerar "razoável" o argumento do Departamento de Justiça, de que organizações terroristas poderiam beneficiar-se das informações trazidas a público e comprometer os esforços governamentais na luta contra o terror[364].

Inconformadas, as entidades autoras da ação interpuseram recurso perante a Suprema Corte, suscitando questões constitucionais envolvidas no sigilo das detenções – especialmente a liberdade de expressão e de imprensa. Entre os órgãos que propuseram a demanda estão a *American Civil Liberties Union* (ACLU), a *Human Rights Watch*, a Anistia Internacional e várias outras associações ligadas à defesa dos direitos civis[365]. Além dos demandantes, outros vinte e três órgãos de imprensa – incluindo a CNN e o *Washington Post* – endereçaram petição à Corte endossando o apelo das autoras. A Corte Suprema, contudo, em decisão divulgada em 12 de janeiro de 2004, denegou seguimento ao recurso – ou seja: entendeu não ser conveniente o pronunciamento da Corte sobre a matéria –, mantendo, assim, os efeitos da decisão do tribunal federal de recursos (LANE, 2004a; MEARS, 2004b).

É importante salientar que a deliberação da Suprema Corte não significa que os *fundamentos* da decisão do tribunal regional tenham sido *aceitos* pelo tribunal supremo. Trata-se apenas de uma decisão – discricionária, que prescinde de fundamentação e sem lavratura de acórdão – que entende inadequada, no presente momento, a análise da matéria em último grau de jurisdição. Ações individuais de estrangeiros detentos podem chegar à Suprema Corte e ser escolhidos para análise pormenorizada (ao contrário do ocorrido com o caso de Bellahouel).

---

[364] Cf. relato do caso trazido por Charles Lane (2004b, p. 1).

[365] Entre as entidades demandantes há um órgão de luta contra a discriminação de árabes-americanos, uma associação de advogados de imigrantes, a associação nacional dos advogados criminais de defesa, um comitê para a liberdade de imprensa e o periódico *The Nation*. Para uma relação completa das entidades autoras, cf. *Center for National Security Studies et. al. v. United States Department of Justice*, p. 1, n. 1.

De toda maneira, a própria discussão trazida pela ação civil obrigou o Governo Federal a esclarecer ao menos o número de estrangeiros detidos na luta anti-terror. Esse dado nunca havia sido inteiramente revelado pelo Governo, que se limitou a divulgar uma lista parcial com as origens dos imigrantes detidos. A partir da decisão proferida em primeiro grau e das informações prestadas pelo Departamento de Justiça à Suprema Corte, tornou-se possível esboçar um quadro um pouco mais definido das detenções desencadeadas pelo combate ao terrorismo.

Os imigrantes detidos dividem-se em três categorias: (a) suspeitos de envolvimento com o terrorismo detidos por violações de normas de imigração; (b) suspeitos da prática de crime federal, que foram posteriormente acusados perante o Judiciário; (c) pessoas detidas como testemunhas.

Cabe verificar a destinação concedida a essas três classes de imigrantes detidos, consoante as informações prestadas pelo Departamento de Justiça à Corte Suprema:

(a) O Governo reconhece ter detido 762 estrangeiros por questões ligadas a normas de imigração (como expiração do visto, por exemplo), mas recusa-se a fornecer seus nomes, a identidade de seus procuradores e os fatos e datas relacionados às detenções.

(b) Foram divulgados os nomes de 100 estrangeiros acusados da prática de crimes federais, tendo permanecido em sigilo a sua cidadania, as datas e locais de suas detenções e eventuais libertações.

(c) Não há dados acerca das 50 pessoas detidas na condição de testemunhas materiais.

Como o Departamento de Justiça reconhece haver detido em torno de 1200 estrangeiros – e a soma das cifras acima declinadas totaliza 912 indivíduos –, constata-se uma incompletude clara nas informações prestadas à Corte; há cerca de trezentas pessoas detidas

sobre as quais não existe simplesmente nenhum dado fornecido pelo Poder Executivo (LANE, 2004a, p. 2).

3.2.4 O "estrangeiro inimigo": detenções, autoridade governamental e a Constituição

A narrativa das detenções empreendidas pelo Departamento de Justiça após o 11 de setembro revela, em *primeiro* lugar, uma ação mais agressiva dos órgãos de investigação, que passaram a recorrer à pura e simples detenção desde que constatada qualquer infração – por menor que fosse – a normas de imigração. A declaração do assistente do Secretário de Justiça, acima transcrita, representa com fidelidade a nova política governamental: "retirar suspeitos das ruas", mesmo que para tanto seja necessária a imputação de infrações leves como violações de visto. As condições de detenção atingiram uma severidade inédita em casos dessa natureza.

E, em *segundo* lugar, fica evidenciado, pela leitura de alguns dispositivos do *USA Patriot Act*, que a nova legislação significou a ratificação, pelo Congresso, dos fundamentos da política anti-terror do Executivo, que foram explicitados logo após os atentados. Recorde-se que a "diretriz Creppy", recomendando fortemente a adoção de sigilo em casos de "interesse especial", foi exarada no dia 21 de setembro de 2001. O *Patriot Act* veio, então, respaldar a expansão dos poderes de investigação do Executivo – e a limitação do controle exercido pelos demais poderes e pela sociedade em geral.

Enfim, em *terceiro* lugar, ficou suficientemente demonstrado o alvo preferencial do combate ao terrorismo: o estrangeiro[366]. As trajetórias individuais traçadas acima revelam

[366] Um exemplo marcante da forma de tratamento dispensado aos imigrantes é fornecido numa reportagem especial da revista *Newsweek*. Eyad Alrababah, um estrangeiro que havia tido contato com dois dos supostos seqüestradores das aeronaves do 11 de setembro em eventos religiosos numa mesquita, procurou o escritório local do FBI em Virgínia para revelar às autoridades o que havia visto e ouvido. Mesmo tendo procurado

o rigor e a seletividade da ação governamental: a dificuldade de acesso a defesa, a indiferenciação de *status* entre os detidos e a insistência na manutenção do sigilo das operações de detenção por razões de segurança apontam para uma padronização: o "inimigo", para recuperar uma categoria do léxico político que retornou à ordem do dia, passou a ser o estrangeiro[367].

Está presente, então, o desafio posto pela lei anti-terror ao constitucionalismo norte-americano. De fato, várias provisões legislativas exigem uma redefinição do sistema de direitos previsto na Constituição dos Estados Unidos – tanto no célebre *Bill of Rights* como na própria estrutura do poder estatal. Isso foi constatado em relação à garantia constitucional da privacidade e à liberdade de expressão.

Cabe, assim, indagar: no atual estágio da investigação – ou seja, na discussão em torno das detenções de cidadãos estrangeiros em território norte-americano –, quais são as questões constitucionais levantadas pelo *USA Patriot Act*? Que tipo de controvérsia passará a concentrar a atenção dos tribunais, do Congresso e da sociedade civil?

Observa-se, pela dimensão das modificações empreendidas no tratamento legal e administrativo da situação dos imigrantes, a incidência de três questões constitucionais fundamentais: (1) as detenções permitidas pelo *USA Patriot Act* e praticadas pelo Poder Executivo enfrentadas sob a ótica do *devido processo legal*; (2) a atribuição de poderes ao Executivo – com diminuição das possibilidades de acesso ao Poder Judiciário – a partir da

---

colaborar com as investigações, Eyad foi indiciado pelas autoridades de imigração e estava, em fins de setembro de 2002, sujeito a deportação. Ouvida sobre o caso, Nancy Luque, advogada especializada na defesa de imigrantes muçulmanos, declarou: "Se começarmos a tratar os muçulmanos moderados dessa forma, transformaremos todos em inimigos de nosso país" (DOWNEY, HIRSCH *et. al.*, 2002, p. 34).

[367] David Cole diagnosticou essa tendência. Sua mais recente obra é intitulada *Enemy Aliens*, e discute a percepção da diferença como uma linha demarcatória entre os direitos dos cidadãos e dos não-cidadãos (COLE, 2003). Ver o comentário publicado no *Village Voice*, no qual é ressaltada a complexa relação dos norte-americanos com os estrangeiros. Conforme asseverado pelo autor da resenha: "a perseguição inclemente dos Estados Unidos da América em relação aos comunistas, asiáticos, anarquistas e terroristas levantou pouca

doutrina dos *freios e contrapesos*; e (3) a *liberdade de imprensa*, diante do sigilo imposto a procedimentos de imigração e deportação.

1.

Uma das disposições constitucionais mais difundidas mundialmente – a partir do texto da Carta norte-americana – é a garantia do devido processo legal. Numa afirmação histórica dos direitos individuais, os autores do *Bill of Rights* – o corpo das dez primeiras Emendas à Constituição norte-americana, ratificadas em 1791 – enfatizaram a necessidade de estabelecer salvaguardas voltadas à presença do cidadão em juízo. Eis a redação da Quinta Emenda à Constituição:

> 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[368]

Transcorrida a primeira metade do século XIX, foi desencadeada a Guerra Civil norte-americana, que terminou com a vitória do Norte sobre os confederados do Sul. Uma das conseqüências da reconstrução da nação após o conflito foi a adoção das Emendas n° 13, 14 e 15 à Constituição, ratificadas entre 1865 e 1870. A Décima-Quarta Emenda repete, em seu item 1, o texto acima destacado.

Assim, a garantia do devido processo legal é uma das pedras de toque do constitucionalismo norte-americano. Ela consta do *Bill of Rights* e foi expressamente reiterada

---

resistência de um público condicionado a temer os bárbaros que se aproximam dos portões" (FAHIM, 2003, p. 1). Cf., também, o relato propiciado por Sanford Levinson (2001).

[368] Sem grifo no original (COX, 1998, p. 125).

nas emendas da reconstrução. E, como visto, ela impõe que ninguém será privado da liberdade sem o devido processo legal.

Como isso se aplica aos estrangeiros detidos com apoio no *USA Patriot Act*?

A Suprema Corte, como verificado acima, não se pronunciou sobre a constitucionalidade das detenções realizadas pelo Governo norte-americano após os ataques de 11 de setembro. Mas a decisão proferida em *Zadvydas* e *Ma*, a que se fez menção anteriormente, pode ser um interessante guia para a definição do *status* dos imigrantes e da aplicabilidade da Quinta Emenda.

Relembre-se a situação tratada em *Zadvydas* e *Ma*: cidadãos estrangeiros deportados, que já haviam cumprido pena por condenação criminal nos Estados Unidos, que não haviam sido repatriados e permaneciam detidos indefinidamente. O Governo considerava ser possível e legal a detenção por prazo indeterminado – mesmo após o cumprimento da pena no processo criminal –, até que os obstáculos para a deportação fossem removidos.

Contrariando inteiramente a interpretação governamental, a Suprema Corte deixou registrado, em primeiro lugar, quanto ao aspecto constitucional das detenções indefinidas:

> Uma norma que permitisse detenção indefinida suscitaria sérias questões de ordem constitucional. A idéia de liberdade como proteção contra o encarceramento está no eixo central da liberdade protegida pela cláusula do devido processo legal. A detenção determinada pelo Governo viola o devido processo legal; o que não ocorre quando a perda de liberdade é determinada num processo penal com salvaguardas procedimentais adequadas ou quando uma justificativa especial ultrapassa o interesse individual na liberdade[369].

Poder-se-ia perguntar: a garantia do devido processo legal abrange um estrangeiro em território norte-americano? E se ele se encontrar em situação irregular?

A Corte enfrentou essas questões sob o seguinte ângulo:

> Assim que um cidadão estrangeiro ingressa no país, sua situação legal se modifica, pois a cláusula do devido processo legal se aplica a todas as pessoas nos Estados Unidos, incluindo estrangeiros, e não interessa se a sua presença em solo norte-americano é legal ou ilegal, temporária ou permanente[370].

Consoante salientado anteriormente, a decisão proferida em *Zadvydas* e *Ma* tem como quadro de referência a ordem normativa preexistente ao *USA Patriot Act*. Uma das razões utilizadas em *Zadvydas* e *Ma* para que fosse rejeitada a detenção indefinida foi a ausência de determinação do Congresso nesse sentido. Como também foi possível observar, o *Patriot Act* – aprovado pelo Congresso – prevê duas modalidades de detenção indeterminada no tempo. A questão, portanto, se apresenta: isso será suficiente para a constitucionalidade da norma? Basta a intenção do Poder Legislativo de estipular formas de detenção indefinida?

A resposta a essas indagações será construída gradativamente, ao longo da atividade interpretativa de partes interessadas, teóricos do direito, instituições ou pessoas que se manifestem na qualidade de *amicus curiae* e das cortes federais.

De toda maneira, se for invocado o conjunto de medidas constantes do *Patriot Act* – detenção que se justifica por mera existência de indícios, dependente apenas de certificação pelo Secretário de Justiça (que pode ser renovada), limitação do acesso ao Poder Judiciário e ainda duas modalidades explícitas de detenção indefinida –, percebe-se que a restrição da liberdade resultante da aplicação da lei anti-terror não está respaldada por garantias procedimentais efetivas. E, como assentado em *Zadvydas* e *Ma*, o princípio do devido processo legal se estende a todos os estrangeiros em território norte-americano, independentemente de seu *status* legal. Daí o acerto da afirmação de Nancy Chang: "é difícil evitar a conclusão de que o *Patriot Act* privará os cidadãos de sua liberdade sem a observância do devido processo legal" (CHANG, 2001, p. 9).

---

[369] *Zadvydas v. Davis*, p. 1-2.

2.

Refletindo uma tendência que pode ser observada na totalidade do *USA Patriot Act*, os órgãos pertencentes ao Poder Executivo tiveram fortemente ampliada sua esfera de ação no que diz respeito à detenção e ao controle de imigrantes. Foi possível constatar, na análise da norma ora empreendida, que: (i) a detenção de um imigrante depende apenas de uma certificação do Secretário de Justiça; e (ii) a possibilidade de questionamento dessa certificação em juízo foi severamente limitada pelo *Patriot Act*, já que ficou restrita – expressamente, como assinalado supra – a um tipo de procedimento (que não propicia assistência judiciária gratuita pelo Estado) e a determinadas Cortes federais.

Isso significa que um estrangeiro poderá ser privado do exercício de sua liberdade sem a observância do devido processo legal *e sem amplo acesso a um órgão judicial independente*. Como assinalado por Dworkin:

> Entre as políticas adotadas pela administração, o aspecto mais arrogante de todos é a recusa ao mínimo controle das decisões do Executivo pelo Judiciário, pelo Congresso ou por algum outro poder dotado de independência (DWORKIN, 2003a, p. 9)

Exatamente essa assimetria – essa hipertrofia dos poderes da administração, em detrimento da função judicial, com fundamento na necessidade da luta contra o terrorismo – constituiu o principal argumento para que, no caso *Center for National Security Studies et. al. v. United States Department of Justice*, a Corte Federal do Distrito de Columbia determinasse a divulgação, pelas autoridades e imigração, das identidades dos estrangeiros detidos e de seus procuradores.

Merece ser transcrita uma parte essencial da argumentação tecida pela Juíza Gladys Kessler:

---

[370] *Zadvydas v. Davis*, p. 11.

> 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 sempre dentro das limitações legais e constitucionais que distinguem uma democracia de uma ditadura[371]

O caráter problemático da detenção indefinida que não esteja sujeita a revisão judicial também foi destacado na fundamentação lançada pela Corte Suprema em *Zadvydas* e *Ma*:

> A única proteção procedimental que pode ser encontrada aqui reside em procedimentos administrativos, nos quais cabe ao estrangeiro o ônus de provar que ele não é perigoso, sem direito a revisão judicial efetiva num estágio posterior [...] A Constituição deve evitar a concessão, a um órgão administrativo, de autoridade (insuscetível de revisão) para decidir matérias que comprometam direitos fundamentais[372].

A noção de separação de poderes é constitutiva do Estado moderno. Trata-se de uma das premissas essenciais do constitucionalismo – em qualquer acepção que se confira ao termo[373]. Ela parte do pressuposto de que, num regime político moderno, não há esferas de poder isentas de controle e limitação, quer pela sociedade, quer por outros centros de poder no Estado. Na expressiva ponderação de Dorsen, Rosenfeld, Sajó e Baer, observa-se o alcance da idéia de separação dos poderes:

Hoje é amplamente aceito que o poder governamental precisa ser compartilhado, para que se evite qualquer tipo de concentração de poder que conduziria, inevitavelmente, à tirania. Isso foi afirmado, de forma revolucionária, no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: "A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição" – ou seja, não existe

---

[371] *Center for National Security Studies et. al. v. United States Department of Justice*, p. 3-4.

[372] *Zadvydas v. Davis*, p. 2.

[373] Cf. as concepções de constitucionalismo propostas por Michel Rosenfeld e Louis Henkin, invocadas na introdução do presente trabalho.

regime constitucional quando a separação de poderes não esteja presente (DORSEN, ROSENFELD, SAJÓ e BAER, 2003, p. 212)

E, como salientou Madison (ou Hamilton, pois a autoria não está confirmada) no célebre ensaio nº 51 do Federalista, a forma de evitar a concentração de poderes consiste na estipulação, num documento constitucional, de mecanismos de controle intercambiáveis entre os poderes do Estado:

> 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 (MADISON ou HAMILTON, 1989, p. 163)

Trata-se, na linguagem da teoria política norte-americana, da idéia de *checks and balances*[374], inteiramente incorporada à estrutura da Constituição norte-americana[375].

Não há como deixar de reconhecer, logo, na esteira da afirmação lançada por Dworkin, que a disciplina atual dos procedimentos de detenção de estrangeiros não se insere nos limites da doutrina dos freios e contrapesos. O enorme espaço de discricionariedade conferido ao Poder Executivo (personificado no Secretário de Justiça) soma-se à redução – intencional – dos poderes de revisão pelo Poder Judiciário.

---

[374] Já foi notado que a utilização de expressões como "pesos", "freios" ou "mecanismos" constitui uma perceptível influência das concepções centrais e do vocabulário típico da Revolução Científica, que, em seu apogeu, concentrou-se na Inglaterra do século XVII. De formas e graus diferentes, Hobbes, Locke e Hume foram influenciados pelo alcance e repercussão da física newtoniana. Essa ordem de idéias ocupou um papel preponderante no desenho do governo federal e da Constituição norte-americana. Obviamente, o assunto ensejaria, num momento próprio, um tratamento mais aprofundado. Para alguns estudos que privilegiam essa circulação de idéias, cf. Cohen (1995, p. 196-280), McClelland (2000, p. 296-310) e Tannenbaum e Schultz (1998, p. 138-149).

[375] No cenário norte-americano, a divisão e atribuição de tarefas de freios e contrapesos está refletida na própria arquitetura da Constituição: o artigo I indica a função e atribuições do Poder Legislativo, o artigo II faz o mesmo em relação ao Poder Executivo e o artigo III trata do Poder Judiciário (cf. COX, 1998, p. 108-119).

3.

Como foi possível perceber pela invocação da passagem da decisão proferida pela Juíza Gladys Kessler, um dos fatores essenciais a um governo constitucional é a existência de dispositivos de controle da função pública[376]. E esse objetivo só é alcançado quando os atos governamentais são expostos publicamente, o que atrai a atenção e o controle de instituições sociais e de outros órgãos estatais.

Num regime político moderno, a imprensa responde por uma parcela importante desse mecanismo de controle. Daí a proteção constitucional da liberdade de expressão – que abrange a liberdade de imprensa, expressamente citada no texto da Primeira Emenda à Constituição norte-americana (acima transcrita).

A dimensão da proteção constitucional à liberdade de imprensa foi estabelecida de modo abrangente com o célebre precedente de 1971 da Corte Suprema que envolveu a controvérsia em torno dos *Pentagon Papers*[377]. Tratava-se de documentos secretos, obtidos pelo *New York Times* e pelo *Washington Post*, referentes ao engajamento dos Estados Unidos na Guerra do Vietnã. O Governo norte-americano havia obtido uma ordem judicial proibindo a veiculação das informações contidas nos documentos. A Suprema Corte, em revisão do caso, permitiu a divulgação do teor dos documentos nos órgãos de imprensa. O voto condutor estabelece claramente a proteção da Primeira Emenda como veículo de controle público sobre as atividades do Executivo:

> Agora, pela primeira vez em 182 anos, desde a fundação da República, os tribunais federais são instados a declarar que o sentido da Primeira Emenda não decorre do próprio texto, significando, ao invés disso, que o Governo pode suspender a publicação de notícias atuais que têm vital importância para o povo deste país [...] Com a Primeira Emenda, os Pais Fundadores destinaram à imprensa livre a proteção de que ela realmente necessita para

[376] Trata-se da expressão inglesa "*accountability*", que não possui correspondência exata na língua portuguesa. Optou-se, aqui, pelo desdobramento da palavra numa expressão composta, com finalidade explicativa.
[377] *New York Times Co. v. United States* 403 US 713 (1971).

> desempenhar seu papel essencial em nossa democracia. A imprensa precisava servir os governados, não os governantes. Assim, o poder governamental de censurar a imprensa foi abolido, tendo sido mantido, de forma permanente, o poder da imprensa de censurar o Governo [...] No meu ponto de vista, longe de merecer qualquer condenação por seu corajoso trabalho de reportagem, o New York Times, o Washington Post e outros jornais devem ser louvados por terem servido ao propósito visualizado de modo tão claro pelos Pais Fundadores. Ao revelar as atividades do Governo que conduziram à guerra do Vietnã, os jornais fizeram, de modo altivo, exatamente aquilo que os Fundadores esperaram e confiavam que eles fizessem[378]

O caso remonta ao ano de 1971. Nos tempos atuais, com a mudança de mentalidade e de postura trazida com a legislação anti-terror, qual será a extensão da proteção judicial à liberdade de imprensa? Esse importante debate constitucional surgiu, como observado acima, a partir da "diretriz Creppy", que resultou no tratamento sigiloso de inúmeros (e indeterminados) procedimentos de detenção e deportação de imigrantes.

No estágio imediatamente posterior aos atentados, evidenciou-se uma diminuição no grau de publicidade das informações relacionadas às atividades governamentais. Não é um bom momento para a Primeira Emenda.

Mas, ainda que a Suprema Corte, no caso *Center for National Security Studies et. al. v. United States Department of Justice*, tenha rejeitado o processamento do apelo interposto por várias entidades de defesa dos direitos civis – e apoiado por expressiva quantidade de órgãos de comunicação –, para que fossem tornadas públicas informações quanto às detenções determinadas no cenário posterior aos atentados, um outro episódio trouxe elementos importantes para a experiência constitucional à luz da liberdade de imprensa.

No excepcional caso Rabih Haddad, em que prevaleceu a publicidade, a liberdade de imprensa foi assegurada a partir da atuação de um grupo interessante e plural: um congressista, quatro jornais locais, a comunidade em que Haddad vivia e a congregação muçulmana uniram-se e postularam judicialmente a abertura dos procedimentos de violação

[378] *New York Times Co. v. United States*, p. 2-3.

de normas de imigração e deportação. O pleito foi deferido pela corte federal de primeiro grau e inteiramente mantido pelo tribunal federal de recursos.

Como foi possível observar, Haddad acabou deportado por violação do prazo de seu visto, já que nenhuma acusação relacionada a atividade terrorista foi sequer formalizada. É cedo – demasiadamente cedo – para tal afirmação, mas é possível que o esforço empreendido por Haddad (e pelas pessoas que ingressaram com a ação judicial) represente, no futuro, um símbolo da luta pela liberdade da imprensa em tempos de crise. Alguns dos argumentos lançados pelo Juiz Keith Damon merecem ser reproduzidos:

> Nos dias de hoje, o Poder Executivo procura excluir do público essa garantia constitucional [de liberdade de imprensa], retirando suas ações do controle público. Contra os não-cidadãos, o Governo postula o poder de deportar secretamente uma classe de pessoas, que ele mesmo rotula, unilateralmente, como casos de "especial interesse". O Poder Executivo almeja separar pessoas das suas próprias raízes, longe da observação do público e a portas fechadas. As democracias morrem por detrás de portas fechadas. A Primeira Emenda, por intermédio de uma imprensa livre, protege o direito do povo de saber que o seu governo age de forma justa, legal e adequada em procedimentos de deportação [...]
>
> Hoje, estamos em condições de refletir acerca do nosso compromisso com esses valores democráticos, assegurando que nosso governo permaneça submetido ao controle popular e que os direitos estipulados na Primeira Emenda não sejam comprometidos sem autorização. Procedimentos abertos, com uma imprensa vigorosa e questionadora, têm o papel de assegurar a durabilidade da nossa democracia[379]

Poucos relatos atingiram um grau tão elevado de perspicácia em relação ao cenário do constitucionalismo norte-americano após os atentados de 11 de setembro. Nos fundamentos da decisão proferida pela *United States Court of Appeals for the Sixth Circuit* encontram-se inseridas algumas das principais questões constitucionais até aqui abordadas: a diferença entre o cidadão norte-americano e o estrangeiro; a deliberada tentativa do Executivo de afastar o controle público de seus atos; a garantia do direito a revisão judicial por um órgão

[379] *Detroit Free Press, et. al. v. Ashcroft, et. al.*, p. 3-4 e 53-54.

independente e imparcial; e o os elementos centrais do constitucionalismo na contemporaneidade.

Esclarecido, por ora, o desafio lançado ao constitucionalismo pelas medidas legislativas adotadas pelos Estados Unidos logo após os eventos do 11 de setembro, é chegado o momento de lançar o olhar sobre algumas das práticas – realizadas independentemente de autorização congressual – também adotadas no cenário constitucional norte-americano.

IV – DESDOBRAMENTOS DO COMBATE AO TERRORISMO. AÇÃO MILITAR. PRISIONEIROS, TRIBUNAIS MILITARES E COMBATENTES INIMIGOS

Até aqui, foram destacados elementos da reação norte-americana aos ataques terroristas *no plano da legislação e administração* locais. Numa primeira etapa, foram enfatizados alguns aspectos da legislação anti-terror – o *USA Patriot Act* – e sua repercussão no constitucionalismo. Tal análise foi empreendida a partir de três campos de atuação legislativa – modificação nos poderes de investigação, criação de um tipo penal intitulado "terrorismo doméstico" e tratamento reservado aos estrangeiros em território norte-americano – que apresentaram um sério desafio a vários princípios fundamentais contemplados na Constituição norte-americana: proteção à privacidade, liberdade de expressão, devido processo legal, separação de poderes e liberdade de imprensa. Em seguida, foram brevemente salientados alguns outros componentes do contexto recente de combate ao terrorismo que se refletem na experiência constitucional: a investigação seletiva mediante a padronização de cidadãos por raça ou religião, o ataque à liberdade de expressão direcionado às manifestações de membros de universidades e a reorganização do Governo Federal norte-americano, com a tentativa de ampliação dos poderes atualmente existentes de investigação e restrição ainda maior das possibilidades de acesso ao Poder Judiciário.

Convém recordar, entretanto, o caráter global e abrangente dos ataques terroristas, seu significado e sua repercussão em âmbito mundial[380]. Uma análise do constitucionalismo a partir dos eventos de 11 de setembro não poderá restringir-se à cena local ou à jurisdição

territorial norte-americanas. Após a concretização dos atentados, os Estados Unidos engajaram-se em duas campanhas militares internacionais, como parte do que foi amplamente intitulado "Guerra ao terror": Afeganistão (em outubro de 2001) e Iraque (março de 2003). Como já salientado anteriormente, a presente investigação não tem como objetivo central a análise dos conflitos armados sob o ponto de vista do direito ou da política internacional[381]. Porém, um elemento em especial, uma conseqüência das campanhas militares norte-americanas – não só as oficialmente declaradas, mas também as atividades de investigação, inteligência e detenção de supostos terroristas em vários países do globo – tem enorme repercussão no constitucionalismo contemporâneo e na experiência constitucional norte-americana.

Trata-se da discussão em torno da disciplina legal e tutela judicial aplicáveis aos *prisioneiros capturados* nas campanhas militares, particularmente a do Afeganistão. Como foi amplamente noticiado, cerca de 660 prisioneiros foram conduzidos a um campo na ilha Guantánamo, em Cuba, sem que lhes fosse concedido o *status* de prisioneiros de guerra ou o acesso a tribunais do sistema judicial norte-americano. Além disso, o Departamento de Defesa dos Estados Unidos divulgou uma série de regras atinentes ao julgamento desses prisioneiros por *tribunais militares*. Surgiu, também, em meio aos esforços de guerra, uma categoria jurídica para definir alguns indivíduos que se encontram em poder das forças norte-americanas: o *combatente inimigo*.

Pode-se antever, então, o enorme impacto de tais posturas no constitucionalismo contemporâneo. Noções que vêm formando o corpo central das premissas do constitucionalismo, como a percepção de que só é possível a retirada da liberdade de alguém mediante um processo em que se tenha acesso a ampla defesa e com observância do devido

[380] Cf., a esse respeito, a introdução do presente trabalho.

processo legal; o princípio da igualdade; a separação entre órgão de acusação e órgão de julgamento; a recusa da submissão de qualquer pessoa a tratamento desumano ou degradante. Todas essas construções modernas enfrentam um enorme desafio ao início do século XXI. Afinal, como ressaltado por Michael Ratner, "A reação do governo norte-americano ao 11 de setembro pode ser considerada a ameaça mais séria à liberdade que enfrentamos em muitos anos" (RATNER, 2003, p. 1514).

Nenhum evento foi mais visível do que os ataques terroristas de 11 de setembro. As imagens das aeronaves chocando-se com as duas torres na parte sul de Manhattan e a posterior implosão dos edifícios circularam pelo globo terrestre com uma rapidez incrível e marcaram, definitivamente, o imaginário e a representação simbólica do mundo[382]. Até então, sabia-se que um determinado líder religioso saudita, da corrente wahabista, vinha direcionando declarações desafiadoras aos Estados Unidos e a Israel, e tinha, supostamente, planejado atentados contra alvos norte-americanos, como sedes de embaixadas no Quênia e na Tanzânia e um navio de guerra norte-americano. No 11 de setembro, isso mudou: a face do terror tornou-se visível e atacou alvos simbolicamente poderosos[383].

Nos primeiros dias de janeiro de 2002, uma outra imagem surpreenderia o mundo e ensejaria fortes reações contrárias: a partir de um registro obtido pela agência *Associated Press*, datada de 18 de janeiro de 2002, vários jornais em diversos países veicularam a seguinte fotografia: nove homens ajoelhados sobre a brita, todos com a cabeça voltada para o chão, vestindo uniformes alaranjados, mãos algemadas, pernas acorrentadas, protetores

---

[381] Ver, quanto a esse enfoque, os esclarecedores artigos de Jordan Paust (2002, 2003a, 2003b) e o texto de John Cerone (2002).

[382] A reação imediata de setores da intelectualidade foi permeada por enorme polêmica, desde a conferência de Karlheinz Stockhausen em Hamburgo – qualificando, num contexto de análise estética, os atentados como "a maior obra de arte já realizada" – até o artigo de Jean Baudrillard no *Le Monde*, que discute a dimensão estética e simbólica do evento e sua repercussão e ressalta a "fulgurância inesquecível das imagens" dos ataques de 11 de setembro. Para o núcleo da reflexão de Stockhausen, cf. Lentricchia e McAuliffe (2002, p. 349-359) e Mattéi (2002, p. 11-23). Ver também o artigo de Baudrillard (2002, p. 403-415).

[383] Cf., acerca da dimensão simbólica do evento, a introdução deste trabalho.

auriculares e máscaras para a face. Dentro do recinto – uma pequena área circundada por cercas de arame –, soldados norte-americanos os vigiam; é possível visualizar um galpão com telhado e outros soldados ao fundo[384].

Quem eram aquelas pessoas? Que lugar era aquele? Por que estavam submetidas a tantas restrições?

Gradativamente foram surgindo algumas respostas: aqueles homens figuravam entre os primeiros prisioneiros do campo de detenção montado pelo exército norte-americano na ilha de Guantánamo. Numa primeira etapa, cerca de 80 prisioneiros foram alocados no que se convencionou chamar "campo raio-X", já existente à época da campanha militar no Afeganistão. À medida em que novos prisioneiros eram feitos ao longo da guerra contra o terror, foi aumentando o número de detentos em Guantánamo. Em abril de 2002, foi construída uma nova edificação – o "campo delta" – e fechado o campo "raio-X" (MEEK, 2003, p. 6). Estima-se que a população de detentos no campo delta totalizasse, em fevereiro de 2004, cerca de 660 pessoas[385]. Como salientou Michael Ratner, a situação dos prisioneiros de Guantánamo é um exemplo marcante "dos piores aspectos do que eu considero a investida legal contra nossas liberdades desencadeada a partir do 11 de setembro" (RATNER, 2003, p. 1520).

Para que se possa obter uma visão esclarecedora acerca das questões constitucionais suscitadas a partir do tratamento dos prisioneiros em Guantánamo, é necessário abordar vários componentes da estratégia anti-terror estabelecida, principalmente,

---

[384] Na imprensa brasileira, a foto foi divulgada, entre vários outros periódicos, na Folha de São Paulo (21.01.2002, p. A9).

[385] O *The Guardian* de 11 de janeiro de 2004 fala em "650 ou mais" prisioneiros (ALLEN, 2004, p. 1). Em 13 de janeiro de 2004, o *Washington Post* mencionava a existência de 680 detentos na ilha (MINTZ, 2004, p. 2). A CNN, em 10 de novembro de 2003, aludia a "cerca de 660" detentos, e não houve nenhuma alteração dessa cifra desde então (cf. MEARS, 2003b, p. 1). A mesma rede de comunicações reitera a cifra de 660 prisioneiros, a partir da *Associated Press*, em reportagem veiculada em dezembro de 2003 (CNN, 18.12.2003, p. 1). Por fim, a decisão da *US Court of Appeals for the Ninth Circuit* que trata sobre o caso, prolatada em 18 de dezembro de 2003, ressalta a inexistência de dados oficiais quanto ao número de prisioneiros e, citando fontes jornalísticas, assegura

pelo Departamento de Defesa norte-americano. Em primeiro lugar, é fundamental apresentar a discussão em torno do *status* dos prisioneiros segundo normas internacionais. Em segundo lugar, é preciso contemplar o debate acerca dos tribunais militares estabelecidos para julgamento dos detentos. Num terceiro momento, convém abordar a criação da categoria do "combatente inimigo" e a controvérsia em torno dos direitos dos cidadãos apreendidos nessa situação.

4.1 Prisioneiros de Guerra ou Réus em Processos Criminais?

É importante salientar, inicialmente, a ausência de fontes oficiais relacionadas à situação dos detentos em Guantánamo. O Departamento de Defesa reconhece, em alguns documentos judiciais – especialmente a resposta ao apelo dirigido à Suprema Corte por um grupo de prisioneiros –, a existência de indivíduos capturados em campanhas militares no campo delta de Guantánamo. Não há, contudo, um levantamento oficial com as identidades e nacionalidades dos detentos. A reconstrução desses elementos recorre a duas fontes principais (as únicas disponíveis para qualquer pesquisador): reportagens publicadas na imprensa[386] e peças processuais[387].

A maioria dos cerca de 660 detentos de Guantánamo procede do campo de batalha do Afeganistão. Com a rápida derrubada do regime político sustentado pelo grupo

---

haver em Guantánamo "mais de seiscentos cativos". *Gherebi v. Bush et. al.*, N° 03-55785, p. 3. Decisão obtida diretamente na página oficial do tribunal: <http://www.ca9.uscourts.gov> (último acesso em: 21.01.04).

[386] Como, por exemplo, o *Special Report* publicado na edição do *Guardian* de 6.12.2003; trata-se de um criterioso relato jornalístico que ilumina vários aspectos cruciais da situação em Guantánamo. O autor da reportagem esteve na ilha e obteve entrevistas com detentos que já foram libertados (cf. MEEK, 2003). Além disso, outro documento relevante é a extensa entrevista concedida ao *Observer* pelos *Tipton Three*, ou seja, três cidadãos britânicos (Asif Iqbal, Ruhal Ahmed e Shafiq Rasul) que foram detidos em Guantánamo, libertados em março de 2004 e devolvidos à Grã-Bretanha (ver ROSE, 2004).

[387] Duas ações envolvendo os prisioneiros foram julgadas por tribunais federais norte-americanos. A primeira delas – *Khaled Al Odah et. al. v. United States of America et. al.*, N° 02-5251 – tramitou perante o *US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit* (decisão proferida em 11.03.2003, disponível em: <http://laws.findlaw.com/dc/025251a.html>, último acesso em: 31.12.2003). A segunda demanda é a citada anteriormente, *Gherebi v. Bush* (cf. supra).

fundamentalista Taliban, a facção oposta no cenário local afegão – na verdade, uma reunião de várias lideranças tribais, lingüísticas e étnicas intitulada "Aliança do Norte" – repassou às forças armadas norte-americanas uma série de indivíduos capturados durante o combate (que se estendeu de outubro a dezembro de 2001). Alguns desses indivíduos formaram o primeiro grupo que chegou em Guantánamo em janeiro, trazidos por aviões militares norte-americanos, e ocuparam o campo raio-X. Ao longo de 2002, novos prisioneiros foram incorporados e, como já dito, o campo delta foi inaugurado.

É fundamental assinalar, contudo, que o campo delta não é uma prisão de afegãos e paquistaneses. Trata-se de uma população bem mais diversificada. Em primeiro lugar, pelo fato de vários cidadãos oriundos de países que não o Afeganistão e o Paquistão terem aderido às fileiras do Taliban (alguns alegam ter sido obrigados a lutar). Há, por exemplo, nove cidadãos britânicos, dois cidadãos australianos, um cidadão russo e um cidadão sueco capturados em combate e enviados a Guantánamo[388]. Em segundo lugar, observou-se, já em 2003, que os detentos da ilha não eram apenas oriundos da campanha militar afegã. Vários suspeitos de terrorismo foram detidos em outros países e entregues aos Estados Unidos, sendo posteriormente levados a Guantánamo. Já foram registrados indivíduos capturados na África e na Bósnia. Logo, se considerados esses dois fatores – multiplicidade nacional dos combatentes e origens diversas dos detentos – será possível verificar que existem em Guantánamo prisioneiros de cerca de 40 nacionalidades diferentes, que falam 18 idiomas distintos[389].

Cabe, agora, esclarecer: por que Guantánamo? Qual a razão para a escolha desse pequeno enclave na América Central?

---

[388] Há também alguns cidadãos norte-americanos que lutaram com o Taliban. Como nenhum deles está em Guantánamo, eles serão objeto de enfoque nos próximos itens.
[389] Cf. Meek (2003).

Essa é uma questão vital para o conhecimento do destino dos prisioneiros e para o aclaramento da estratégia e da argumentação norte-americanas na guerra ao terrorismo. E ela se resume a uma filigrana do direito internacional.

Os Estados Unidos obtiveram domínio territorial sobre a base naval de Guantánamo a partir de 1903, quando celebraram um acordo com Cuba. Nesse ajuste, ficou expressamente reconhecida a *soberania* cubana sobre o território da base, mas sua *jurisdição e controle* permaneceram com os Estados Unidos, sob um regime de arrendamento. O acordo foi renovado, nos mesmos termos, em 1934, e permanece até hoje nesse sistema dual: *soberania* cubana e *jurisdição e controle* norte-americanos[390].

Trata-se, então, de uma situação *sui generis*: os detidos foram levados à base por militares norte-americanos, estão confinados em instalações construídas e mantidas por norte-americanos, cumprem ordens e rotinas diárias estabelecidas pelo comando militar norte-americano. De fato, a única razão para estarem encarcerados é o seu suposto envolvimento num conflito militar com forças norte-americanas.

Mas, para o Governo Federal norte-americano, eles não estão em território soberano norte-americano. O resultado é decisivo para seu *status* legal: o Departamento de Defesa considera que os prisioneiros não têm direitos previstos no ordenamento jurídico norte-americano e tampouco têm acesso às cortes de justiça norte-americanas.

Cabe, logo, a indagação: se os detidos de Guantánamo não podem recorrer ao rol de direitos e aos tribunais norte-americanos, então, necessariamente, eles devem ser considerados prisioneiros de guerra, estando sujeitos, nessa condição, às normas internacionais aplicáveis, especialmente as Convenções de Genebra?

---

[390] Para tais informações, cf. *Khaled Al Odah et. al. v. United States of America et. al.*, p. 7-8.

Para o Governo Federal norte-americano, a resposta é também negativa. O Departamento de Defesa – e, por conseguinte, todo o aparato militar – não considera os detentos de Guantánamo como prisioneiros de guerra, mas como "combatentes ilegais". O resultado é uma negação dupla: os detentos não têm nenhum direito previsto na Constituição ou nas leis norte-americanas e tampouco encontram-se sujeitos às previsões estipuladas nas Convenções de Genebra sobre prisioneiros de guerra.

Consoante bem salientado por Dworkin, essas Convenções são "uma série complexa de acordos e protocolos que foram ratificados por 156 nações, no mínimo" (DWORKIN, 2003a, p.15). E, ainda na interpretação do mesmo autor, há, no texto das Convenções, dois grupos de indivíduos que podem ser tomados como prisioneiros num conflito: (i) aqueles capturados em atividade militar, a serviço da potência inimiga em relação à qual uma nação entrou em guerra e (ii) a população civil.

Nos termos da Terceira Convenção – a Convenção de Genebra relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra – os integrantes do grupo (i) podem ser tratados como prisioneiros de guerra, desde que preencham alguns requisitos: haver lutado sob as ordens de um comando, carregar armas abertamente, utilizar algum tipo de uniforme ou insígnia e haver combatido na conformidade das leis e costumes de guerra[391]. Tais combatentes, pelos termos da Convenção, estão submetidos ao tratamento de prisioneiro de guerra, o que significa, em suma, ser julgado em condições similares às utilizadas pelas forças armadas da nação que os capturou; ser aprisionado em instalações similares às existentes e nas condições praticadas pela nação responsável pela sua detenção; ser submetido a tratamento humano, o que pressupõe abrigo, alimentação, vestuário e assistência médica; não ser submetido a tortura,

[391] Terceira Convenção de Genebra, art. 4º (CICV, 1992, p. 63-65).

punição corporal, humilhação ou tratamento degradante, mesmo se suspeitos da prática de crimes de guerra como o assassinato de civis[392].

No caso dos indivíduos detidos que se enquadram no grupo (ii), ou seja, de população civil aprisionada por alguma força militar, a via oferecida pelas Convenções é o seu tratamento na condição de criminosos. Mas isso não implica mera submissão às leis da nação eventualmente vitoriosa. As Convenções de Genebra estipulam uma série de direitos a serem observados nos julgamentos realizados nas nações captoras. Além disso, o que é importante: são prerrogativas *também aplicáveis* aos prisioneiros inseridos no grupo (i), só que, no caso dos prisioneiros de guerra, exercitáveis em tribunais militares, e não em cortes civis. Esses direitos são, na correta síntese de Marie Dyhrberg a partir da leitura da Terceira e Quarta Convenções de Genebra, os seguintes:

- ser informado dos termos da acusação que lhe é imputada, no início da detenção e numa linguagem que lhe seja compreensível;
- ser considerado inocente até a prova da culpabilidade;
- ser julgado sem atraso indevido;
- ser ouvido por um órgão decisório imparcial;
- ser julgado por um tribunal regularmente constituído (que pode ser um tribunal civil ou militar, a depender do grupo a que pertencer o prisioneiro)
- preparar e apresentar sua defesa;
- indicar testemunhas;
- não ser solicitado a testemunhar contra si mesmo ou confessar ser culpado;
- presenciar o seu julgamento;

[392] Terceira e Quarta Convenções de Genebra (CICV, 1992, p. 62-179). Cf. a explanação desses direitos em Dyrhberg (2002, p. 2-3).

- ser condenado apenas pelo crime que ele próprio cometeu;
- não ser punido mais de uma vez pelo mesmo ato;
- ser condenado apenas pelos atos que eram considerados crimes ao tempo da prática desses atos;
- estar sujeito a uma pena que não seja mais rigorosa do que a permitida pela lei vigente à época da prática do ato criminoso;
- ser informado acerca do direito a recorrer, bem como dos prazos a ele inerente;
- recorrer e solicitar perdão ou suspensão da execução da sentença;
- ter suspensa a execução de qualquer sentença que envolva a pena de morte por seis meses, contados a partir da notificação da Potência Protetora (DYRHBERG, 2002, p. 5-6; DWORKIN, 2003a, p. 15-16)

Esses são os *standards* mínimos aplicáveis a prisioneiros de guerra, quer estejam inseridos nos grupos (i) ou (ii) acima descritos. Dois caminhos se apresentam, portanto: submissão a tribunais militares ou julgamento em cortes civis do Estado que detém o indivíduo sob custódia. Nas duas hipóteses, aplicam-se normas protetivas contidas em convenções internacionais.

No caso dos prisioneiros de Guantánamo, o Governo Federal norte-americano entende que há, pelas normas internacionais, um *terceiro tipo* de prisioneiro: o "combatente ilegal", que não estaria sujeito a nenhuma das duas formas de julgamento até aqui explicitadas[393]. É com base nessa interpretação – que não encontra amparo numa leitura

[393] Como explicitado por Dworkin: "A administração Bush interpreta esses dispositivos [da Terceira e Quarta Convenções de Genebra] como se eles permitissem uma terceira categoria, que passou a ser chamada de 'combatentes ilegais': aqueles que não estão sujeitos ao *status* e ao tratamento como prisioneiros de guerra porque, por exemplo, não usam uniformes ou não obedecem às leis de guerra, mas que podem ser detidos sem acusação criminal porque pegaram em armas como membros de um grupo organizado" (DWORKIN, 2003a, p. 16).

coerente das Convenções de Genebra[394] – que os detentos de Guantánamo vêm sendo privados tanto dos direitos estabelecidos nas normas internacionais quanto dos dispositivos constitucionais e legais constantes do ordenamento jurídico norte-americano.

E, o que é fundamental: consoante os expressos termos do artigo 5º da Terceira Convenção de Genebra, se surgirem dúvidas acerca do *status* de prisioneiro de guerra de indivíduos capturados em ação beligerante, um "tribunal competente" será instado a decidir a controvérsia[395]. Assim, um órgão judicial deverá reconhecer, ou não, aos eventuais capturados o *status* de prisioneiro de guerra. Porém, como lembrado por Dworkin, o Governo Federal norte-americano recusa-se a reconhecer a necessidade de estipulação da situação dos prisioneiros por um tribunal competente e "alega não existir qualquer dúvida de que os detidos [em Guantánamo] não estão sujeitos ao *status* de prisioneiros de guerra" (DWORKIN, 2003a, p. 16).

Exatamente em função dessa qualificação encontrada pelo Governo Federal norte-americano, alguns detentos – representados por familiares ou entidades da sociedade civil – procuraram amparo da jurisdição norte-americana, mediante a impetração de *habeas corpus*. Duas ações merecem alusão. Numa decisão unânime, uma turma de três juízes do tribunal federal de recursos para o *District of Columbia Circuit* negou a ordem postulada por Khaled Al Odah (e outros onze prisioneiros oriundos do Kwait), Rasul, Habib e dois outros detentos[396], sob o argumento de que nenhum tribunal norte-americano teria jurisdição sobre o caso, por se tratar, segundo o tribunal, de ação ajuizada por cidadãos estrangeiros localizados em território estrangeiro (a base de Guantánamo). De outra parte, o tribunal federal de recursos para o *Ninth Circuit*, numa decisão tomada de forma majoritária por uma turma julgadora (dois votos contra um), deliberou em sentido contrário. O tribunal, apreciando o

[394] Cf. a análise empreendida por Jordan Paust (2003a, especialmente p. 510-514).
[395] Terceira Convenção de Genebra, art. 5º (CICV, 1992, p. 65).
[396] Eram três casos distintos, que foram consolidados num só. Cf. *Khaled Al Odah et. al. v. United States of America et. al.*, p. 2-3

caso de um cidadão líbio, entendeu que o *status* dos prisioneiros de Guantánamo, tal como descrito pelo Governo norte-americano nas peças trazidas à Corte e nas audiências orais, era inaceitável, pois levantava sérios problemas sob a ótica do direito internacional e da ordem constitucional interna. E, de modo inteiramente diverso do estabelecido no caso *Khaled Al Odah*, o tribunal sediado na Califórnia explicitou a premissa de que, para efeitos práticos e de definição da jurisdição, Guantánamo é território soberano norte-americano[397].

Mesmo antes da decisão do tribunal de recursos para o *Ninth Circuit*, a Suprema Corte já havia aceito decidir a controvérsia em torno dos prisioneiros de Guantánamo. Em 10 de novembro de 2003, a Corte havia concordado em apreciar os apelos interpostos pelos litigantes dos casos que foram apreciados pelo tribunal de recursos para o *DC Circuit*. O feito será submetido a audiência para apresentação das teses das duas partes e a decisão é aguardada para junho de 2004[398].

Essa é, então, a situação dos cerca de 660 detentos de Guantánamo até o mês de fevereiro de 2004: não são considerados prisioneiros de guerra (o que afasta a incidência das Convenções de Genebra), não estão sujeitos à jurisdição ordinária norte-americana e tampouco foram submetidos ao tribunal previsto no artigo 5º da Terceira Convenção de Genebra para definição do seu *status* legal.

É hora de formular, então, uma outra indagação relevante: se os prisioneiros mantidos em Guantánamo não têm acesso ao sistema judicial norte-americano ou a tribunais internacionais de guerra (em que lhes sejam assegurados os direitos das Convenções de

---

[397] *Gherebi v. Bush et. al.* (9th Cir).

[398] Eis a ordem emitida pela Corte ao aceitar apreciar os apelos, bem como os limites impostos à apreciação dos casos: "Os pedidos para *writs of certiorari* são concedidos, limitados à seguinte questão: se falta às cortes norte-americanas jurisdição para apreciar contestações à legalidade da detenção de estrangeiros capturados no exterior por força de conflitos militares e encarcerados na Base Naval de Guantánamo, Cuba. Os casos estão reunidos e os argumentos orais terão a duração de uma hora". Suprema Corte, 03-334 e 03-343. Ver: <http://washingtonpost.findlaw.com/supreme_court/orders/2003/111003pzor.html>, último acesso em: 21.01.04.

Genebra), que órgão será responsável pelo seu processamento e julgamento? O processo obedecerá a que tipo de regras? Quais são as garantias do acusado?

4.2 Tribunais Militares: adoção, repercussão, definição das regras de funcionamento

A solução foi oferecida pelo Governo norte-americano sob a forma de uma ordem militar assinada pelo Presidente George W. Bush: indivíduos suspeitos de pertencer à rede Al-Qaeda ou que tenham cometido (ou pretendam cometer) atos de terrorismo que possam afetar os Estados Unidos serão julgados por tribunais militares[399].

É fundamental assinalar, de antemão, que tais tribunais militares *não são as cortes marciais* já existentes nos Estados Unidos à época da emissão da ordem militar presidencial. Tal confusão, na qual incorreram alguns órgãos de comunicação, gerou protestos por parte de advogados e ex-juízes que desenvolveram atividades perante as cortes marciais. Esses profissionais alegam que o sistema de justiça militar desenvolvido ao longo da prática política norte-americana possui grande semelhança com a jurisdição civil, e assegura aos litigantes ampla defesa, presunção de inocência, publicidade dos atos processuais e condenação apenas quando há convicção que ultrapasse a mera suspeita ou dúvida[400]. Tal juízo encontra respaldo em estudo preparado pelo *Chief Justice* Earl Warren, que enfatiza o papel da Justiça Militar norte-americana na concretização, em seus julgamentos, das garantias preconizadas no *Bill of Rights* (WARREN, 1962, p. 188-190).

---

[399] Ordem militar exarada em 13 de novembro de 2001, publicada no *Federal Register* em 16 de novembro de 2001, p. 57833, Seção 2(a)(1)(i)(ii)(iii). Fonte: <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/11/20011113-27.html>, último acesso em: 26.01.04.

[400] Consoante reportagem publicada no *The New York Times*, na qual foram ouvidos advogados e ex-juízes componentes de cortes marciais (GLABERSON, 2001, p. 1-3).

Observa-se, pois, que os tribunais militares ora em discussão *não* são: (i) tribunais internacionais já estabelecidos ou em curso de desenvolvimento perante organismos internacionais; (ii) tribunais estaduais ou federais norte-americanos; e (iii) cortes marciais pertencentes à estrutura da Justiça Militar norte-americana.

Trata-se, portanto, de uma forma de jurisdição criada *posteriormente* à prática dos atos que serão submetidos à sua cognição. Antes dos atentados de 11 de setembro e da campanha militar liderada pelos Estados Unidos no Afeganistão, não existia, em território norte-americano ou fora dele, nenhum tribunal militar do tipo criado pela ordem presidencial de 13 de novembro de 2001.

Como esses tribunais não existiam na práxis militar norte-americana, foi necessário estabelecer as regras de composição, funcionamento, processamento e deliberação dos órgãos militares. Tais prescrições constam da ordem militar presidencial. Esses são os principais aspectos da jurisdição a ser exercida pelos tribunais militares:

- não são aplicáveis a cidadãos norte-americanos;
- as regras e exigências associadas ao exame da prova utilizadas nos processos penais submetidos aos tribunais federais norte-americanos não se aplicam aos tribunais militares;
- não é necessário, para a condenação, que o acusado seja considerado culpado apenas quando o tribunal fundamentar sua decisão numa convicção que supere a dúvida razoável;
- os tribunais podem processar e julgar acusados de forma secreta;
- a decisão precisa ser revista pelo Presidente da República ou pelo Secretário de Defesa;
- o *quorum* mínimo para condenação é de dois terços da composição do tribunal;

- as demais regras de processamento e julgamento serão definidas pelo Secretário de Defesa[401]

Assim que foi divulgada, a ordem militar recebeu severas críticas. Além dos profissionais ligados à Justiça Militar, inúmeros professores de faculdades de direito existentes nos Estados Unidos protestaram contra a arbitrariedade das normas e a ausência de base constitucional ou legal para sua emissão. Em artigo publicado no *New York Review of Books* em 28 de fevereiro de 2002, Dworkin assinalou, abordando a regulamentação dos tribunais militares constante da ordem presidencial: "Esse é o tipo de 'julgamento' que nós costumamos associar àqueles praticados pelas mais ilegais entre todas as ditaduras totalitárias" (DWORKIN, 2002, p. 3). Judith Resnik, professora em Yale, aduz que o termo "tribunal" não deveria ser aplicado aos órgãos criados pela ordem presidencial, "pois dariam a esses órgãos uma legitimidade que eles não merecem" (RESNIK, 2002, p. 1). David Cole, da Faculdade de Direito da Universidade de Georgetown enfatizou, em vários pronunciamentos

veiculados na imprensa, que os tribunais militares contrariam a Constituição norte-americana, na medida em que não houve declaração formal de guerra pelos Estados Unidos, o que impede a implantação desse tipo excepcional de corte militar (cf. HENTOFF, 2001, p. 3-4). Harold Hongju Koh, também professor em Yale, reitera que os tribunais militares comprometem todo o histórico engajamento dos Estados Unidos com os preceitos do Estado de Direito, exatamente num momento em que esse engajamento é fundamental (KOH, 2002, p. 58). E, por fim, uma interessante e reveladora declaração de Phillip Haymann, da Faculdade de Direito de Harvard: "Em meu entendimento, esses tribunais refletem o receio de que não possamos obter provas para condenar os acusados" (cf. HENTOFF, 2001, p. 3).

[401] Cf. ordem militar de 13.11.2001, Seções 1 e 4.

Vários ativistas em prol da defesa de direitos civis e advogados envolvidos com essas discussões manifestaram sua desaprovação. Michael Ratner, presidente do Centro de Direitos Constitucionais, sustentou que os tribunais são desnecessários, ilegais, autoritários e contrários a normas internacionais ratificadas pelos Estados Unidos (RATNER, 2003, p. 1515-1517). Nat Hentoff, articulista do *Village Voice* e histórico defensor dos direitos civis e liberdades públicas, assegurou que a ordem presidencial "destrói a Constituição por meio dos tribunais militares" (HENTOFF, 2001, p. 2). Norman Siegel, advogado militante em causas relacionadas às liberdades públicas, pondera que um dos aspectos mais criticáveis da ordem militar consiste na ausência de qualquer possibilidade de recurso a tribunais pertencentes ao Poder Judiciário norte-americano, o que significa uma redução drástica das garantias processuais concedidas, ao longo do século XX, aos litigantes em geral, o que inclui aqueles que não são cidadãos norte-americanos (SIEGEL, 2001, p. 1-2).

Tal reação, contudo, não impediu que houvesse movimentos em defesa dos tribunais militares, tanto pelo Governo (o que seria de se esperar) como por alguns teóricos e professores que ostentam credenciais "liberais". Desafiado por seus críticos, o Presidente George W. Bush reafirmou, num encontro com procuradores federais em Washington, seu compromisso com os tribunais militares, e proferiu a seguinte frase: "Não-cidadãos norte-americanos que planejam e/ou cometem assassinatos em massa são mais do que suspeitos de crimes. São combatentes ilegais que procuram destruir nosso país e nosso modo de vida"[402]. Em outro evento público realizado alguns dias depois, o Presidente Bush assinalou, em defesa de sua política anti-terror, que "Em tempos de guerra, o presidente precisa dispor da capacidade de proteger os interesses de segurança nacional e a segurança do povo norte-americano". E, em seguida, forneceu a principal razão para a instalação dos tribunais militares: o sigilo. Segundo o Presidente, as cortes judiciais ordinárias não são foros

adequados para processamento e julgamento de suspeitos de terrorismo, pois uma ação criminal poderia expor ao público informações sigilosas de inteligência e, desse modo, comprometer a capacidade do Governo de manter os Estados Unidos em segurança[403].

Enquanto o Presidente Bush justificava a criação dos tribunais militares, ocorria, em Washington, uma sessão de uma subcomissão no Senado acerca da política governamental anti-terror. E, nessa ocasião, como recordam Bumiller e Seelye, os tribunais militares despertaram "reações imprevisíveis no espectro ideológico" norte-americano. Os professores Laurence Tribe (Harvard) e Cass Sunstein (Chicago) assentiram com a adoção de tribunais militares para as circunstâncias presenciadas após os ataques de 11 de setembro; ambos manifestaram sua concordância com a declaração do Senador Charles Schumer[404], no sentido de que "há necessidade dos tribunais militares e algum grau de sigilo é também necessário"[405]. E, por outro lado, Timothy Lynch, membro do Instituto Cato, uma entidade privada que manifestou apoio às políticas do Governo Bush, foi a voz dissonante na sessão do Senado. Segundo Lynch, um fator preocupante na arquitetura dos tribunais militares é o fato de que eles confundem as figuras do acusador e do juiz (ambos indicados pelo Secretário de Defesa). Para ele, "Ninguém está acima da lei, nem mesmo um presidente que dispõe de altíssimas taxas de aprovação" (BUMILLER e SEELYE, 2001, primeira página).

À medida em que o debate prosseguia, fortaleceu-se a corrente crítica aos tribunais militares. Um movimento, iniciado na Faculdade de Direito de Yale, culminou com

---

[402] Declaração reproduzida em O Estado de São Paulo de 30.11.2001, a partir de informações da *Reuters* e da *Associated Press*.

[403] Declarações prestadas em solenidade realizada em Orlando, Flórida, em 4 de dezembro de 2001, consoante relato do *New York Times* (BUMILLER e SEELYE, 2001, primeira página).

[404] Partido Democrata – Estado de New York.

[405] Cf. Bumiller e Seelye (2001, primeira página). As manifestações favoráveis de Tribe e Sunstein foram confirmadas em outros escritos. Para Sunstein, a posição do Governo ao estabelecer os tribunais é "razoável" (SUNSTEIN, 2002, p. 2). Tribe defende uma maior participação do Congresso na fixação de regras para os tribunais militares e uma certa cautela na utilização desses tribunais, mas, ao mesmo tempo, considera justificada a redução dos direitos dos acusados e reitera a frase atribuída a Robert Jackson, de que a Constituição não é um

a redação de uma carta dirigida ao Presidente do Comitê Judiciário do Senado, subscrita por mais de 700 professores de direito ao longo dos Estados Unidos, em que os tribunais militares são qualificados como uma ameaça à separação dos poderes, violação a padrões internacionais de tratamento de prisioneiros e afronta a documentos internacionais ratificados pelos Estados Unidos[406].

Em 21 de março de 2002, o Departamento de Defesa tornou pública a regulamentação da ordem presidencial referente aos tribunais militares[407]. E alguns dos dispositivos da regulamentação parecem ter conferido alguma razão aos críticos da ordem presidencial. Ainda que a norma emitida pelo Secretário de Defesa tenha apenas a intenção de estabelecer procedimentos para funcionamento dos tribunais militares – e não modificar a ordem presidencial – fica claro, pela leitura da norma regulamentadora, que houve sensíveis alterações em relação à orientação originária.

As principais modificações foram: (i) passou a ser exigida votação unânime, entre sete juízes, para condenação à morte, sendo mantido o *quorum* de dois terços para outras penas[408]; (ii) a condenação precisa basear-se em convicção "além da dúvida razoável" de que o acusado é culpado[409]; e (iii) o acusado pode escolher, além do corpo de advogados designados pelo Departamento de Defesa, outro advogado civil para sua defesa[410].

Além disso, ficou estabelecido, em dois preceitos diferentes da norma, que as audiências serão públicas[411]. Foi também explicitado o direito dos acusados de terem as sentenças do tribunal militar revistas por um grupo de oficiais militares (que pode incluir civis

---

"pacto suicida"; Tribe utiliza a expressão em dois textos, nos quais fica evidenciado seu apoio à idéia dos tribunais militares (TRIBE, 2001a, p. 5-6; 2001b, p. 8).

[406] YALE LAW SCHOOL, 2001. Ver anexo.

[407] *Military Commission Order n° 1*.

[408] *Military Commission Order n° 1*, Seção 6(F)(G).

[409] *Military Commission Order n° 1*, Seção 5(C).

[410] *Military Commission Order n° 1*, Seção 4(C)(3)(a)(b).

comissionados) designado pelo Secretário de Defesa[412]. Ficaram mantidos os procedimentos de revisão da sentença pelo próprio Secretário de Defesa e pelo Presidente da República[413].

E é exatamente nesses dois pontos que reside a discordância de alguns autores com a decisão de estabelecimento dos tribunais militares. Como assinala Dworkin, em texto redigido logo após a divulgação da normatização do Secretário de Defesa, ainda permanecem, na disciplina dos tribunais militares, desafios ao constitucionalismo e à prática constitucional norte-americana (cf. DWORKIN, 2002b, p. 1-2). Isso porque, em primeiro lugar, o comprometimento com a publicidade é bastante relativizado ao longo do texto da norma regulamentadora. Pela norma de 21 de março de 2002, o juiz responsável pelo procedimento pode, a qualquer momento, conferir sigilo ao feito, em bases bastante amplas[414]. E, em segundo lugar, subsiste a negação de acesso a tribunais civis. Como foi possível observar, há previsão de recurso a um grupo de oficiais militares nomeado pelo próprio Secretário de Defesa. Assim, não há propriamente uma revisão judicial. Isso significa que não há recurso cabível – dirigido a um órgão judicial independente – contra uma decisão do tribunal militar que limite o acesso do acusado e de sua defesa a determinados documentos ou então determine, discricionariamente, que o procedimento deva ser fechado ao público, por uma das razões já indicadas.

Na avaliação de Jonathan Turley, professor de direito constitucional na Universidade George Washington, as normas do Departamento de Defesa, ainda que assegurem a condenação mediante convicção que supere a dúvida razoável, favorecem

---

411 *Military Commission Order n° 1*, Seções 5(O) e 6(B)(3).

412 *Military Commission Order n° 1*, Seção 6(H)(4).

413 *Military Commission Order n° 1*, Seção 6(H)(5)(6).

414 Segundo a norma do Departamento de Defesa, o procedimento pode se tornar secreto quando: (i) houver informação confidencial ou passível de ser considerada confidencial; (ii) se verificar informação protegida contra divulgação não-autorizada, por lei ou outra norma; (iii) for necessário proteger a segurança física dos participantes dos procedimentos dos tribunais, incluindo testemunhas; (iv) estiverem presentes fontes, atividades ou métodos de investigação ou inteligência; e (v) houver outros interesses de segurança nacional. Cf. *Military Commission Order n° 1*, Seção 6(B)(3).

nitidamente a acusação, na medida em que permitem a admissibilidade de provas que não seriam aceitas no sistema judicial norte-americano[415]. Para Turley, "A acusação pode produzir a prova que bem entender...As normas são bastante dissimuladas" (cf. HUUS, 2003, p. 2).

E, por fim, uma declaração do advogado-geral do Departamento de Defesa, imediatamente subseqüente à divulgação da norma regulamentadora da ordem presidencial, é particularmente importante. Segundo William Haynes II, um detento absolvido pelos tribunais militares pode continuar aprisionado, mesmo após o julgamento. Para Haynes, o fato de os prisioneiros mantidos pelos Estados Unidos representarem um grupo de "pessoas perigosas" justifica a detenção por prazo indeterminado, no mínimo até o final da guerra contra o terrorismo, que não tem um prazo final ou termo estabelecido; a manutenção da detenção é defendida com os seguintes argumentos: "quando alguém está tentando assassiná-lo ou assassinar o seu povo, e você o captura, você pode mantê-lo sob custódia"[416].

Seja como for, os trabalhos para implantação efetiva do sistema de tribunais militares prosseguem. No dia 30 de dezembro de 2003, foi indicado o oficial responsável pela supervisão do funcionamento dos tribunais militares. Trata-se do general aposentado John Altenburg, Jr., nomeado para o cargo pelo Secretário de Defesa. Foram definidos também quatro membros para o grupo de oficiais responsável pela revisão das decisões dos tribunais militares. Seis detentos de Guantánamo teriam sido apontados como os primeiros a serem submetidos aos tribunais (não há ainda confirmação acerca dos nomes e nacionalidades de todos os acusados). Foram indicados dois advogados de defesa, pelo Pentágono, para futuros acusados: Salim Ahmed Hamdan (cidadão iemenita) e David Hicks (cidadão australiano)[417]. E, finalmente, duas denúncias foram formalizadas, em 24 de fevereiro de 2004, contra dois

[415] De fato, a norma regulamentadora dispõe, em termos extremamente vagos, que será aceito como prova tudo aquilo "que tenha valor probante para uma pessoa razoável". *Military Commission Order n° 1*, Seção 6(D)(1).
[416] As declarações de William Haynes II constam de reportagem realizada pelo *New York Times* (SEELYE, 2002, p. 1)
[417] Para informações constantes deste parágrafo, ver CNN, 31.12.2003, com material produzido pela *Associated Press*.

detentos: Ali Hamza Ahmed Sulayman al Bahlul (do Iêmen) e Ibrahim Ahmed Mahmoud al Qosi (da Líbia). Os dois – que teriam contatos com Osama Bin Laden e com a al-Qaeda – são acusados da prática de crimes de guerra e de conspiração; nenhuma outra informação sobre o estágio ou processamento da denúncia foi disponibilizada (v. CNN, 2.02.2004, p. 1).

Mas mesmo essa nomeação enfrenta um obstáculo: os advogados militares nomeados pelo Departamento de Defesa não concordam com as regras estabelecidas para os tribunais, e consideram algumas delas inconstitucionais. Cinco advogados pertencentes ao grupo que fará a defesa dos prisioneiros de Guantánamo apresentaram uma petição à Suprema Corte norte-americana, na qualidade de *amicus curiae*, no processo referente à legalidade das detenções de Guantánamo[418]. Segundo a petição, o atual sistema de regras alusivo aos tribunais militares confere excessivo poder ao Presidente da República e confunde as funções de acusação e julgamento. Na petição, é particularmente ressaltado – e criticado – o fato de a decisão final não ser passível de questionamento num tribunal civil. Um dos autores da petição, Charles Swift, é o advogado designado para proceder à defesa de Salim Ahmed Hamdan[419].

4.3 O "Combatente Inimigo" e o Desafio à Jurisdição Civil

As duas conseqüências da política anti-terror norte-americana observadas acima – encarceramento de "combatentes ilegais" na base de Guantánamo e estipulação de julgamento por tribunais militares constituídos mediante ordem presidencial – tinham um claro verniz diferenciador: trata-se de medidas expressamente destinadas a estrangeiros. A ordem presidencial é explícita a partir de seu próprio título: "O Presidente emite ordem militar –

[418] *Khaled Al Odah et. al. v. United States of America et. al.*, citado acima.
[419] Cf., para todas essas informações, MINTZ, 2004, p. A07.

Detenção, tratamento e julgamento de determinados não-cidadãos na Guerra contra o Terrorismo"[420]. Isso também ocorre com a prisão de Guantánamo – estão encarcerados na base naval exclusivamente cidadãos estrangeiros.

Porém, alguns desdobramentos do combate ao terrorismo ensejaram a necessidade de novas classificações. Isso porque três cidadãos norte-americanos foram aprisionados, em momentos e situações diferentes, mediante a acusação de vínculo com as forças do Taliban ou colaboração com a rede Al-Qaeda. A solução encontrada pelo Governo Federal norte-americano para tal estado de coisas foi a criação, em dois dos casos narrados, de uma nova categoria de cidadão sujeito a detenção: o "combatente inimigo". Como o *status* de "combatente inimigo" significa a completa ausência de direitos de defesa e revisão judicial, há evidente impacto sobre o constitucionalismo.

A partir da emissão da ordem presidencial e da regulamentação dos tribunais militares pelo Departamento de Defesa, a conclusão só poderia ser uma: o *status* de "combatente inimigo" estaria diretamente ligado à condição de "combatente ilegal". Assim, os prisioneiros de Guantánamo, capturados como "combatentes ilegais" pelas forças norte-americanas, seriam declarados "combatentes inimigos" pelo Comandante-em-Chefe das forças armadas dos Estados Unidos e enfim submetidos a processamento e julgamento perante os tribunais militares[421].

Essa percepção, contudo, tornou-se no mínimo inexata. Num movimento surpreendente, dois cidadãos norte-americanos foram declarados "combatentes inimigos", o que trouxe nova discussão quanto à estratégia de combate ao terrorismo do Governo Federal norte-americano. A controvérsia será decidida pela Suprema Corte, como será visto a seguir.

---

[420] Ordem militar de 13.11.2001, título e Seção 2(a): "O termo 'indivíduo sujeito a esta ordem' significa um indivíduo que não é cidadão norte-americano".

O caso de *Yaser Esam Hamdi* é emblemático. Hamdi foi capturado pelas forças armadas norte-americanas no *front* de batalha do Afeganistão e encaminhado até Guantánamo. Constatou-se, ali, que ele havia nascido no Estado da Louisiana e, portanto, era cidadão norte-americano, estando fora do campo de incidência da ordem militar presidencial (a qual, como já mencionado, é expressamente destinada a não-cidadãos).

A solução encontrada pelo Governo norte-americano foi a de declarar, por decreto presidencial, Yaser Esam Hamdi como "combatente inimigo" dos Estados Unidos da América. Com tal qualificação, Hamdi foi transferido para uma prisão situada no interior de um navio de guerra norte-americano, ancorado em Norfolk, Virgínia. A partir dessa transferência, ocorrida em abril de 2002, Hamdi teve negada a possibilidade de comunicação com seu advogado, não está sujeito a nenhuma acusação formal e não mantém qualquer contato com o mundo exterior[422].

Frank Dunham Jr., defensor público baseado no Estado da Virgínia, ingressou com *habeas corpus* em face do Secretário de Defesa, postulando a revisão, por uma corte federal, do *status* de "combatente inimigo". Em duas ocasiões diferentes, o juízo de 1° grau *deferiu* o pedido, ordenando ao Governo norte-americano a apresentação de provas e documentos que justificassem a detenção indefinida, nas condições já narradas, de um cidadão norte-americano. Nas duas oportunidades, o Governo Federal recorreu a um tribunal de recursos – a *United States Court of Appeals for the Fourth Circuit*, situada em Richmond – , que determinou a suspensão da ordem e a manutenção do sigilo requerido pela defesa. Analisando o feito à luz da deliberação do tribunal de recursos, o juízo de 1° grau persistiu em

---

[421] É o que parece indicar a e Seção 2(a) da ordem militar de 13.11.2001, que dispõe ser atribuição do Presidente da República "determinar, de tempos em tempos", aqueles indivíduos submetidos à ordem militar.

[422] No jargão judicial norte-americano, Hamdi está sendo mantido "*incommunicado*". Cf. a decisão proferida pela *United States District Court for the Eastern District of Virginia* em 14 de agosto de 2002 na ação ajuizada por Hamdi: *Hamdi v. Rumsfeld* (*Civil Action* n° 2:02cv439), p. 1. Disponível em: <www.findlaw.com>, último acesso em: 22.12.2003.

seu entendimento no sentido de que os únicos indícios trazidos pelo Departamento de Defesa eram insuficientes para justificar a detenção de Hamdi. A corte de primeiro grau ordenou, então, que o Governo Federal apresentasse novos documentos, em audiência com a presença do juiz e das partes, que pudessem ensejar o exame acerca da pertinência, ou não, da designação de Hamdi como "combatente inimigo"[423].

O Governo não cumpriu a ordem de imediato e interpôs recurso à *US Court of the Appeals for the Fourth Circuit*. O tribunal reformou a decisão de origem e conferiu razão aos argumentos lançados pelo Governo Federal. Numa decisão proferida pela votação unânime dos três componentes de uma turma julgadora, ficou assentado que o Presidente da República, na qualidade de Comandante-em-Chefe da nação, detém o poder de aprisionar indivíduos que, tendo sido capturados em combate, representem ameaça à segurança nacional. A Corte prossegue afirmando que, em tempos de guerra, é alta a "deferência" reservada ao Poder Executivo para conduzir assuntos de política externa. Eis um aspecto central da fundamentação do voto:

> É incontroverso que Hamdi foi capturado em uma zona de combate ativo num teatro de operações localizado no exterior. A declaração apresentada pelo Governo [designando Hamdi como combatente inimigo] fornece base suficiente para a conclusão de que o Comandante-em-Chefe ordenou a detenção de Hamdi de forma constitucional, por força dos poderes de guerra a ele deferidos pela Constituição dos Estados Unidos. Nenhuma outra investigação é necessária ou adequada. O caso é devolvido com instruções para indeferimento da petição [de *habeas corpus*][424]

A controvérsia, contudo, não havia sido esgotada. Os tribunais federais de recursos norte-americanos permitem que uma decisão turmária seja reexaminada em grau de

---

[423] *Hamdi v. Rumsfeld* (*District Court*), p. 2.

[424] *Hamdi v. Rumsfeld*, No. 02-7338, 4th Circuit, 8.1.2003, p. 5-6. Disponível em: <www.findlaw.com>, último acesso em: 21.1.200.

recurso pela composição plena do tribunal, desde que um número mínimo de integrantes da corte aceite rever o tema[425]. O caso Hamdi foi então submetido ao plenário do tribunal de recursos de Richmond, que deliberou, por oito votos contra quatro, em manter a decisão da turma sem qualquer modificação. Segundo o voto majoritário, "Hamdi está detido de acordo com leis e costumes de guerra consagrados no tempo. Nada há de ilegal nisso"[426]. O voto reitera os amplos poderes concedidos ao Presidente da República na qualidade de Comandante-em-Chefe[427].

Em voto divergente anexado à decisão, a juíza Diana Gribbon Motz assinalou:

> 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 a pertinência dessa designação. Essa decisão não encontra amparo na Constituição ou em 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[428].

Houve recurso à Suprema Corte, que decidiu, em 9 de janeiro de 2004, apreciar o caso[429]. A apresentação de argumentos orais provavelmente ocorrerá em abril, com a divulgação da decisão da Corte até junho de 2004[430]. Em 2 de dezembro de 2003, houve uma

---

[425] Na práxis forense norte-americana, é o que se denomina de reexame do caso *en banc*.

[426] *Hamdi v. Rumsfeld*, No. 02-7338, 4th Circuit, *en banc,* 9.7.2003, p. 16. Decisão obtida diretamente na página oficial do tribunal: <http://www.ca4.uscourts.gov> (último acesso em: 22.01.04). É interessante notar que houve uma grande participação de professores universitários de várias faculdades de direito dos Estados Unidos como *amici curiae* no caso em apreço. Em apoio à tese do recorrente (Hamdi), *cento e quarenta e dois* professores ofereceram argumentos à corte; entre esse grupo, figuram dois proeminentes professores de Yale, Bruce Ackerman e Judith Resnik. Por outro lado, apresentaram manifestação favorável à tese do Governo Federal *quatro* professores, entre eles Ruth Wedgwood, também da Universidade Yale. Cf. *Hamdi v. Rumsfeld*, No. 02-7338, 4th Circuit, *en banc*, p. 1-15.

[427] Esses poderes estão previstos no artigo II, Seção 2, da Constituição norte-americana: "O Presidente será o Comandante-em-Chefe do Exército e da Marinha dos Estados Unidos, e também da Milícia dos diversos Estados, quando convocadas ao serviço ativo dos Estados Unidos; ele poderá pedir a opinião, por escrito, do principal responsável por cada um dos Departamentos do Executivo, sobre assuntos relativos às respectivas atribuições, e terá o poder de indulto e graça por delitos contra os Estados Unidos, exceto os casos de *impeachment*" (cf. COX, 1998, p. 116-117).

[428] *Hamdi v. Rumsfeld*, No. 02-7338, 4th Circuit, *en banc,* 9.7.2003, p. 58/59.

[429] O caso é *Hamdi, Yaser e. et al. v. Rumsfeld*, nº 03-6696. Disponível em: <http://supreme.lp.findlaw.com/supreme_court/orders/2003/010904pzr.html>, último acesso em: 21.01.04.

[430] Cf. descrito pela CNN (9.1.2004, p.2). As informações relacionadas ao caso *Hamdi* foram extraídas dos textos das decisões proferidas até o momento e das seguintes edições da CNN: 8.1.2003, 10.7.2003 e 2.12.2003.

inesperada modificação na posição do Departamento de Defesa: excepcionalmente, foi deferida a Hamdi a audiência com seu advogado. Segundo declaração do Pentágono, todo o trabalho de coleta de informação já havia sido concluído, portanto a possibilidade de acesso de Hamdi a um advogado não comprometeria os esforços de investigação da inteligência norte-americana. Porém, em sua declaração, o Departamento de Defesa deixou expresso: "Esse acesso [deferido a Hamdi] não é uma obrigação que decorra do direito interno ou internacional e não deve ser tratado como precedente" (CNN, 2.12.2003, p. 1).

Uma outra situação, também envolvendo um cidadão norte-americano detido na condição de "combatente inimigo", foi enfrentada por um tribunal federal de recursos. A decisão, contudo, não seguiu a mesma direção daquela proferida no caso *Hamdi*.

Trata-se da detenção – e posterior designação do prisioneiro como "combatente inimigo" – de *José Padilla*, cidadão norte-americano. Padilla foi detido em 8 de maio de 2002, no aeroporto O'Hare, em Chicago, quando desembarcava de um vôo proveniente do Paquistão. Inicialmente, Padilla ficou sob a custódia do Departamento de Justiça. Quando o Governo Federal identificou, por fontes de inteligência não-reveladas, que Padilla tomaria parte num plano de fabricação e lançamento de uma bomba radioativa em uma grande cidade norte-americana, ele passou à responsabilidade do Departamento de Defesa. Em 9 de junho de 2002, o Presidente George W. Bush assinou ordem declarando José Padilla um "combatente ilegal", por representar "perigo contínuo, presente e grave à segurança nacional dos Estados Unidos"[431]. Desde então, Padilla está detido "*incommunicado*", numa prisão em um navio de guerra ancorado em Charleston (Carolina do Sul), sem direito a visitas ou contato com advogados.

Como Padilla foi inicialmente aprisionado em New York, na condição de testemunha material em investigação conduzida por um júri (antes de sua transferência para o

Departamento de Defesa), a advogada local Donna Newman foi designada para atuar em defesa de Padilla. Ela impetrou um *habeas corpus* perante uma corte federal de primeiro grau, que deferiu parcialmente a ordem requerida, apenas para permitir a comunicação de Padilla com sua advogada. Ambas as partes recorreram, e a questão foi submetida à *United States Court of Appeals for the Second Circuit*, sediado em New York.

Ao contrário do entendimento manifestado pelo tribunal federal da Virgínia, a Corte de New York – numa decisão de turma proferida por dois votos a um – considerou que a autoridade do Presidente da República como Comandante-em-Chefe não era suficiente para permitir a detenção indefinida de um cidadão norte-americano, na forma defendida pelo Governo Federal. Percebe-se, na verdade, que o aspecto crucial para a decisão do tribunal recursal é a *ausência de autorização do Congresso* para as detenções efetuadas sob a condição de "combatente inimigo"[432].

Eis um excerto esclarecedor do texto da decisão:

> Em situações como a presente, na qual o poder do Presidente, de Comandante-em-Chefe das forças armadas, entra em contato com os elementos do Estado de Direito existentes nos Estados Unidos, nós concluímos ser necessária inequívoca autorização do Congresso para a detenção de cidadãos norte-americanos em solo norte-americano, pois o "*Non-Detention Act*", 18 U.S.C. § 4001(a) (2000), proíbe tal tipo de detenção quando não esteja presente autorização congressual[433]

O tribunal determinou, então, o retorno do feito à corte de primeiro grau, com a orientação para que a ordem de *habeas corpus* seja concedida, com a libertação de Padilla no prazo de trinta dias. A decisão do tribunal deixou clara a possibilidade de transferência de Padilla para autoridades de investigação não-militares, para que sejam, eventualmente,

---

[431] Ordem presidencial assinada em 9 de junho de 2002, Washington, DC. Fonte: <www.findlaw.com>, último acesso em: 21.01.04.

[432] *Padilla v. Rumsfeld*, nº 03-2235(L) e 03-2438(Con), decidido em 18.12.2003. Disponível em: <http://news.findlaw.com/cnn/docs/padilla/padillarums121803opn.pdf>, último acesso em: 21.01.04.

[433] *Padilla v. Rumsfeld*, p. 4.

apresentadas acusações criminais, ou ainda, a detenção de Padilla como testemunha material em algum procedimento criminal já instaurado perante um júri. Porém, a decisão deixa expresso, ao final: "Em qualquer das hipóteses, Padilla terá direito às proteções constitucionais usufruídas por todos os outros cidadãos"[434].

O tribunal de New York assinalou, na fundamentação do voto, que a situação encontrada em *Padilla* é sensivelmente diferente daquela verificada em *Hamdi*. No caso de Hamdi, trata-se de um cidadão detido em campo de batalha, o que não ocorre com Padilla (que foi preso quando desembarcava num vôo de carreira em Chicago). De toda maneira, há um aspecto fundamental em comum: são cidadãos norte-americanos sob a custódia do Departamento de Defesa detidos sob a autoridade de uma ordem presidencial que os designa como "combatentes inimigos". Como a Suprema Corte já aceitou apreciar o recurso de Hamdi, o Governo Federal comunicou ao tribunal sua disposição em acelerar o procedimento recursal relacionado ao caso *Padilla*, permitindo, assim, que a Suprema Corte aprecie os dois casos em uma só oportunidade (LICHTBLAU, 2004, p. 1)[435]. E, efetivamente, a Suprema Corte aceitou, em 20 de fevereiro de 2004, apreciar o recurso interposto pelo Governo Federal norte-americano (CNN, 20.02.2004). Os argumentos orais serão realizados em 28 de abril de 2004[436].

Um outro caso envolvendo um cidadão norte-americano merece rápida alusão. *John Walker Lindh* lutou ao lado do Taliban e foi detido no Afeganistão, em circunstâncias idênticas às verificadas na detenção de Hamdi. Ao contrário deste, contudo, Lindh não foi declarado "combatente inimigo" e foi processado criminalmente na Justiça Federal norte-

---

[434] *Padilla v. Rumsfeld*, p. 58.

[435] A narrativa do caso *Padilla* baseia-se nas seguintes fontes: Lazarus (2004), Lane (2004a), Davis (2004), Lichtblau (2004), Mariner (2003b), Hirschkorn (2002), Hilden (2002b), MSNBC (18.12.2003) e CNN (10.6.2002).

[436] Informação obtida na página oficial da Suprema Corte norte-americana: http://search.access.gpo.gov/supreme-court/SearchRight.asp?ct=Supreme-Court-Dockets&q1=Padilla+, último acesso em 18.03.04.

americana. Ele declarou-se culpado, num acordo com a acusação, e cumpre pena de prisão numa instituição penitenciária na Califórnia (cf. MARINER, 2003a, p. 1).

Um outro indivíduo suspeito de atividades terroristas – e que, ao contrário de John Walker Lindh, não possui cidadania norte-americana – está sendo processado criminalmente numa corte federal norte-americana. Trata-se de *Zacarias Moussaoui*, cidadão francês de origem marroquina. Moussaoui foi detido em 16 de agosto de 2001 por violações a procedimentos de imigração, após uma denúncia – repassada ao FBI – de que ele, como aluno num curso de pilotagem de aviões, não demonstrava nenhum interesse no aprendizado de técnicas de decolagem ou pouso de aeronaves, insistia em pilotar um jato 747 e pagou toda a instrução em dinheiro vivo.

Moussaoui é a única pessoa indiciada, até o momento, por ações ligadas aos atentados de 11 de setembro. Logo após a apresentação da acusação, disseminou-se forte convicção de que, se não tivesse sido detido anteriormente ao 11 de setembro, ele seria o "20º sequestrador" das aeronaves (cf. DWORKIN, 2002a, p. 4).

O caso, porém, tomou um rumo inesperado. Moussaoui requereu à juíza da Corte Federal de Alexandria, Virgínia – onde tramita o feito – a destituição dos advogados indicados pela Corte para sua defesa e postulou realizar defesa em causa própria, o que foi inicialmente aceito. O processo revelou-se bastante acidentado, com muitos incidentes procedimentais submetidos à *US Court of Appeals for the Fourth Circuit*. Moussaoui pediu o afastamento da juíza do caso e alegou que os advogados designados para sua defesa estariam procurando assassiná-lo. O que se sucedeu posteriormente foi o seguinte: Moussaoui indicou três testemunhas que, segundo ele, comprovariam a inexistência de qualquer vínculo com os ataques do 11 de setembro. Essas testemunhas, contudo, são altos dirigentes da Al-Qaeda, que estão sendo mantidos em locais secretos pelo Governo Federal norte-americano. Desde o

segundo semestre de 2003, discute-se o direito de Moussaoui de indicar o depoimento das testemunhas: a juíza Leonie Brinkema, responsável pela instrução do feito, deferiu o pedido de Moussaoui, salientando que a oitiva das testemunhas não necessita se dar em audiência, sendo possível o depoimento por fita de vídeo ou por satélite[437]. O Governo Federal recorreu da decisão, e o tribunal federal competente (*US Court of Appeals for the Fourth Circuit*) deve divulgar sua decisão final (o que não havia ocorrido até o final do mês de janeiro de 2004). De todo modo, como observam John Yoo e David Cole, é forte a expectativa de que o caso seja encaminhado à Suprema Corte (YOO e COLE, 2003, p. 6). Isso porque o debate gira em torno do direito do acusado a um julgamento rápido e justo, com a produção de prova testemunhal, nos termos da Sexta Emenda à Constituição, acima transcrita.

E, o que é interessante: nem mesmo o Governo defende a tese de que Moussaoui participaria dos atentados de 11 de setembro. Com tal modificação – resultante de investigações posteriores – não há possibilidade de imputação da pena de morte a Moussaoui, como buscaram os procuradores federais no início do processo criminal (CNN, 15.10.2003, p. 1). Resta, como alternativa ao Governo Federal, a retirada da acusação formal contra Moussaoui, sua designação como "combatente inimigo" e seu posterior julgamento por um tribunal militar. Tal possibilidade desperta preocupação em advogados e militantes dos direitos civis, na medida em que, caso concretizada, evidenciaria o menor cuidado dos tribunais militares com garantias procedimentais deferidas aos acusados. Ouvido pela BBC, o professor Scott Silliman, da Universidade Duke, reiterou: a transferência de Moussaoui à jurisdição de um tribunal militar significaria que "o governo não encontrou condições para obter um resultado favorável numa corte criminal e que seria mais fácil conseguir uma

[437] Todos os desdobramentos do caso – com vários documentos aptos para consulta – podem ser verificados na página oficial da Corte Federal de primeiro grau: <http://notablecases.vaed.uscourts.gov/1:01-cr-00455/general/generalpubinfo.html> (último acesso em: 30.01.2004>). O caso é *United States v. Zacarias Moussaoui*. Ação Criminal No. 01-455-A.

condenação no tribunal militar", o que sinalizaria, na opinião de Silliman, uma tendência de evitar o sistema judicial em prol da jurisdição dos recém-criados tribunais militares[438].

E, na verdade, a preocupação expressada pelo Professor Silliman encontra amparo em práticas governamentais. Em junho de 2003, um estudante do Qatar, *Ali Saleh Kalah al-Marri*, inicialmente detido como testemunha material, foi posteriormente classificado como "combatente inimigo" e deslocado para uma prisão num navio de guerra na Carolina do Sul. Segundo Dworkin, a detenção de al-Marri é inteiramente injustificada e carente de provas (DWORKIN, 2003b, p. 2). Para esse mesmo autor, "não se pode excluir a possibilidade de que a modificação no *status* de Marri seja o resultado da pouca consistência da acusação original do governo" (DWORKIN, 2003a, p. 6).

Em síntese conclusiva, o que se percebe é a criação de um *status* jurídico, de "combatente inimigo", que não encontra um perfil definido sequer pelo Governo Federal. Cidadãos norte-americanos detidos em circunstâncias inteiramente diferentes (Hamdi em batalha no Afeganistão, Padilla num aeroporto civil em território norte-americano) são declarados "combatentes inimigos". Um outro cidadão norte-americano é capturado em batalha (Lindh) e processado e julgado por uma corte federal, com todas as garantias destinadas aos litigantes e acusados em geral. Um não-cidadão norte-americano – que se pensava originalmente ligado aos atentados de 11 de setembro – é acusado formalmente num tribunal federal, com direito a defesa, aparições em audiências abertas ao público e todas as garantias processuais. Um outro estrangeiro é detido como testemunha, sem maiores evidências (al-Marri) e subitamente classificado como "combatente inimigo", mantido "*incommunicado*" e sem direito a defesa, não tendo sido acusado formalmente pela prática de qualquer crime.

[438] Cf. Westcott (2003, p. 2). Para mais informações sobre a ação, ver Mariner (2003a).

Verificou-se, então, nesse estágio da investigação, a criação de novas formas e categorias jurídicas destinadas a prover o Governo Federal norte-americano em seu combate ao terrorismo. Inicialmente, foram destacadas as disposições da legislação anti-terror promulgada logo após os atentados (o *Patriot Act*) e suas repercussões na teoria e prática constitucionais. Num segundo momento, foram ilustradas as "novas formas" de luta contra o terrorismo, todas elas adotadas unilateralmente pelo Poder Executivo, sem consulta ou aprovação pelo Congresso: ativação de um campo de prisioneiros na ilha de Guantánamo, previsão (posterior aos atentados de 11 de setembro e aos combates militares no Afeganistão) de instalação e funcionamento de tribunais militares (distintos das cortes marciais já existentes nos Estados Unidos e sem interferência do sistema judicial federal ou estadual norte-americano) e, por fim, aposição da condição de "combatente inimigo" a alguns cidadãos norte-americanos e estrangeiros, o que significa detenção indefinida e privação de todo e qualquer direito previsto ao indivíduo acusado da prática de algum ato ilícito.

Antes de ingressar na conclusão da tese, parece importante aludir a alguns desdobramentos do combate ao terrorismo, tal como executado a partir dos atentados de 11 de setembro.

4.4 O Combate ao Terrorismo e o Constitucionalismo – outros desdobramentos

Nos capítulos III e IV da tese, intentou-se examinar algumas das repercussões das medidas anti-terror adotadas pelo Governo Federal norte-americano sobre o constitucionalismo contemporâneo. Num primeiro momento, foram analisadas questões constitucionais suscitadas por dispositivos da principal norma legislativa destinada a embasar o combate ao terrorismo, a saber, o *USA Patriot Act*. Numa segunda etapa, passou-se à

discussão em torno de ações do Governo Federal norte-americano que se processaram sem a participação do Poder Legislativo – como o encarceramento em massa no campo de Guantánamo, os tribunais militares criados por ordem presidencial e o *status* do "combatente inimigo" aplicado a alguns indivíduos.

Evidentemente, a pesquisa até aqui empreendida não poderia pretender o esgotamento do tema. Ela é apenas um passo inicial. Outros assuntos voltados à repercussão das medidas anti-terror no constitucionalismo moderno podem – e devem – ser enfocados em investigações futuras. Buscar-se-á, nas linhas que se seguem, *indicar* alguns caminhos possíveis para posterior aprofundamento.

4.4.1 Teoria e prática da tortura

Logo após os atentados de 11 de setembro, uma surpreendente discussão chegou às páginas dos jornais e revistas norte-americanos. A partir de um artigo do jornalista Jonathan Alter publicado na edição da *Newsweek* de 5 de novembro de 2001, iniciou-se um debate em torno da licitude do uso da tortura como forma de evitar novos ataques terroristas. Segundo Alter, "um pouco de tortura funciona claramente", como poder-se-ia constatar mediante episódios em que terroristas foram torturados e ataques futuros foram frustrados, na Jordânia e nas Filipinas. Alter cita o exemplo de Israel, que "legalizou" a tortura até 1999, num procedimento em que a coerção física era autorizada judicialmente, em requerimentos formulados caso-a-caso[439]. Alter endossa a tese de Alan Dershowitz, um renomado advogado, que passou a defender essa "legalização" da tortura, afirmando, em síntese, ser contra tal

[439] Alter conclui seu artigo afirmando: "Mesmo enquanto continuamos a condenar abusos aos direitos humanos em todo o mundo, precisamos manter uma postura aberta sobre determinadas medidas de combate ao terrorismo, tais como interrogatório psicológico autorizado judicialmente. E termos que pensar também em transferir alguns suspeitos para nossos aliados menos sensíveis, mesmo que isso seja hipócrita. Ninguém disse que isso seria bonito" (ALTER, 2001, p. 2). Sobre a repercussão do artigo de Alter, cf. Dávila (2001) e Porter (2001).

prática, "mas, se vamos fazer isso, é melhor que seja com autorização judicial" (cf. ALTER, 2001, p. 2).

Alguns outros autores – inclusive da teoria jurídica norte-americana – passaram a se pronunciar sobre o tema. Num polêmico artigo publicado na revista *Dissent* – conhecido veículo de divulgação da literatura de esquerda normalmente externa ao *mainstream* da imprensa norte-americana –, Sanford Levinson propõe que o tema seja analisado de forma direta e deixa entrever, em várias passagens, a ocorrência de situações críticas em que a tortura possa ser justificada para o fim de evitar algum tipo de catástrofe (como um ataque que possa vitimar uma grande quantidade de pessoas)[440]. Richard Posner, por outro lado, mesmo discordando da "legalização" da tortura defendida por Dershowitz, alega que, em situações extremas, a tortura "deve ser usada – e será usada – para obter informação" acerca da realização de um ataque terrorista (POSNER, 2002, p. 3).

O dado interessante acerca dessa série de artigos – especialmente os de Jonathan Alter e Sanford Levinson, assim como as reiteradas manifestações de Alan Dershowitz – é o fato de que eles não defendem frontalmente a prática da tortura, mas apenas sustentam a necessidade de "discutir" o tema. O resultado dessa postura é assim analisado por Slavoj Zizek:

> Em suma, esses debates, esses chamados a "manter uma mentalidade aberta", são para todo liberal autêntico o sinal de que os terroristas estão vencendo. E, de certa forma, artigos como o de Alter, que não defendem abertamente a tortura, mas a apresentam como um tema legítimo de debate, são ainda mais perigosos do que endossar explicitamente a tortura: enquanto pelo menos neste momento o endosso explícito seria chocante demais e portanto rejeitado, a mera apresentação da tortura como meio legítimo nos permite cortejar a idéia enquanto mantemos a consciência limpa ("É claro que sou contra a tortura, mas discuti-la não fere ninguém!") (ZIZEK, 2001, p. 15)

[440] Ver Levinson (2003a). As teses de Levinson são frontalmente rebatidas, na mesma edição de *Dissent*, por Richard Weisberg (2003b) e Henry Shue (2003). Essas críticas, por sua vez, são analisadas por Levinson (2003b), em resposta. Em seminário organizado pela *Cardozo Law School*, Richard Weisberg volta a classificar a abordagem de Sanford Levinson como "influente, mas controversa e equivocada" (WEISBERG, 2003a, p. 1494).

A passagem da teoria à prática deu-se, previsivelmente, de forma rápida, tanto no contexto doméstico norte-americano quanto no *front* militar externo. Como observado no capítulo III, as condições de encarceramento dos estrangeiros detidos por suspeita de terrorismo aproximam-se, em muitos casos, do conceito de tortura. Além das circunstâncias já narradas, há alguns testemunhos relevantes. Randall Hamud, advogado de Yazeed al-Salmi (que teve seu caso descrito no capítulo III), denunciou à rede CNN que um outro detido no mesmo presídio teria sofrido tortura. Yazeed teria constatado a presença de vários ferimentos no corpo desse detento, que alegou haver sido agredido pelos guardas da instituição prisional (v. KAST, 2001, p. 1).

No mesmo sentido, consoante disposto no relatório apresentado pelo auditor Glenn Fine (também aludido no capítulo anterior), foi constatada a prática de lançar detentos contra a parede, torçer-lhes os braços e mantê-los imobilizados, nos membros inferiores e superiores, por extenso período de tempo. São relatados, ainda, episódios de confinamento em solitária com as luzes acesas intinterruptamente (cf. FRIEDEN, 2003, p. 1).

E, por fim, um cidadão de nacionalidade brasileira, Khaled Youssef Mustafa Darwich, que trabalhava como motorista de táxi em Memphis, Tennessee, foi mantido em solitária por 101 dias, tendo sido considerado suspeito em face do parentesco de sua esposa (cidadã norte-americana) com um dos detidos pela autoria do atentado ao *World Trade Center* realizado em 1993. Khaled não foi indiciado ou julgado, tendo sido deportado para o Brasil em 17 de julho de 2002. Ele alega que o extenso período de tempo em que ficou detido na solitária redundou em danos psicológicos e desorientação – a luz ficava ininterruptamente acesa, o acesso a advogado era dificultado, ele não sabia a razão de seu encarceramento, a cela era mantida fria e a alimentação insuficiente (v. SAMORA, 2002, p. 1-8).

No cenário militar, as informações acerca da prática da tortura são escassas, mas significativas. Consoante reportagem publicada no *Washington Post*, uma das estratégias utilizadas pelos órgãos de espionagem e defesa norte-americanos consiste na "entrega" de suspeitos de terrorismo (normalmente pertencentes ao baixo escalão da hierarquia das organizações terroristas) a serviços secretos de países com maior experiência na prática da tortura, como Egito, Jordânia e Marrocos, para que as informações requeridas possam ser extraídas durante interrogatórios (PRIEST e GELLMAN, 2002, p. A01). Esse é um expediente chamado por Slavoj Zizek de "terceirização da tortura" (ZIZEK, 2001, p. 15)

Outros prisioneiros – supostamente ocupantes de funções de comando em organizações terroristas – são mantidos sob custódia das forças armadas norte-americanas e levados a centros de interrogação na base de Bagram, no Afeganistão, ou na ilha de Diego Garcia, no Oceano Índico. As técnicas ali utilizadas incluiriam a administração de drogas, a privação do sono, a escassez na alimentação e a pressão psicológica para extração de informações. Um estratagema algumas vezes empregado consiste na aposição de um "disfarce" no responsável pelo interrogatório, que simularia pertencer ao serviço secreto de algum país que habitualmente permita o uso de tortura contra prisioneiros. Uma série de reportagens na imprensa norte-americana registra essas práticas, oficialmente negadas pelo Governo Federal dos Estados Unidos[441].

Numa extensa reportagem, o jornalista Mark Bowden relata, a partir das fontes disponíveis, como seria o tratamento concedido pelos órgãos militares norte-americanos a Sheikh Mohammed, considerado o membro mais graduado da Al-Qaeda aprisionado até o momento:

[441] Cf., acerca do tema, as seguintes referências, além da reportagem de Priest e Gellman já citada no corpo do texto: Mariner (2004), Risen e Shanker (2003) e Snell (2001).

> Oficiais militares e de inteligência comentam sobre a situação de Sheikh Mohammed apenas de modo indireto e condicional. Porém, é possível saber que quando ele finalmente fosse fixado numa instalação permanente, ele já estaria com os ossos cansados, faminto, machucado, desconfortável e assustado – se não por ele, mas por sua esposa e filhos, que foram presos com ele ou alguns meses depois, a depender da história em que você resolva acreditar. Ele seria advertido de que, caso não cooperasse, seria transferido para uma terceira nação que utilizasse agentes mais diretos e rudes. Ele seria provavelmente trancado despido numa cela sem qualquer vestígio da luz do dia. O espaço dessa cela seria preenchido – noite e dia – com luzes e ruídos berrantes e seria tão escasso que ele não conseguiria manter-se de pé, sentar-se de modo confortável ou reclinar-se inteiramente. Ele seria mantido acordado, com frio e possivelmente molhado. Se tentasse cochilar, ele seria rudemente acordado. Ele seria alimentado de modo irregular e sem freqüência definida, apenas com refeições parcas e insípidas (BOWDEN, 2003, p. 2)

Trata-se, portanto, de um quadro que envolve não apenas uma violação direta à Quinta Emenda à Constituição norte-americana – que veda a prática de tortura como meio para obter confissão –, mas também a inobservância de uma série de normas internacionais das quais os Estados Unidos são signatários. A matéria envolve, portanto, dimensão constitucional, e sua investigação – a partir de um trabalho de pesquisa em torno de várias fontes – poderá ser bastante útil para a teoria e prática do constitucionalismo contemporâneo.

4.4.2 Liberdade de expressão, espionagem interna e a questão racial

Alguns desdobramentos do combate ao terrorismo no cenário político norte-americano merecem destaque, na medida em que oferecem espaço para uma reflexão em torno de elementos cruciais do constitucionalismo.

Em primeiro lugar, a questão ligada à *liberdade de expressão*. Em novembro de 2001, foi amplamente divulgado nos Estados Unidos da América um manifesto intitulado: "*Defending civilization: how our universities are failing America and what can be done about it*". Trata-se de um panfleto de autoria de Jerry L. Martin e Anne D. Neal, publicado pelo

American Council of Trustees and Alumni[442], uma instituição privada, sem fins lucrativos, fundada por Lynne Cheney, esposa do Vice-Presidente norte-americano e pelo Senador Joseph Lieberman[443].

O texto do manifesto salienta a ausência de engajamento de vários setores da academia norte-americana na reação patriótica aos atentados de 11 de setembro. Numa passagem decisiva, os autores condenam professores universitários exatamente em face da pluralidade de entendimentos acerca dos fatores que ensejaram os atentados e da dimensão a ser atribuída à reação norte-americana: "O fato é que a academia é o único setor da sociedade norte-americana que se encontra claramente dividido em sua resposta" (MARTIN e NEAL, 2001, p. 4-5). Segue-se, então, uma relação de 115 passagens atribuídas a diversos professores, estudantes e publicações universitárias, que revelariam a ausência de patriotismo por parte da comunidade acadêmica.

Como seria de se esperar, a iniciativa gerou enorme preocupação no meio universitário. Temores quanto ao advento de um novo macartismo se tornaram explícitos[444]. Como o tema envolve uma relevante discussão em torno da liberdade de expressão – tratada na Primeira Emenda da Constituição norte-americana –, entende-se caracterizado um interessante campo de estudo, que pode incluir o debate em torno do papel desempenhado pela universidade no cenário político e social da contemporaneidade.

Um segundo aspecto do combate ao terrorismo que desperta a atenção do pesquisador voltado ao direito constitucional diz respeito às atividades de *espionagem doméstica*. Inserido na enorme reorganização administrativa que se seguiu aos atentados de 11

---

[442] A íntegra do manifesto está disponível na página oficial do *American Council of Trustees and Alumni*: http://www.goacta.org/publications/reports.html <último acesso em 15 mar 04>.

[443] Partido Democrata – Estado de Connecticut.

[444] Cf., sobre a repercussão do manifesto, os seguintes ensaios e reportagens: Healy (2001), Gonzalez (2001), Berkowitz (2001), Price (2001) e Troyer (2001).

de setembro nos Estados Unidos – e que implicou a criação de um novo Departamento no Poder Executivo Federal, o *Department of Homeland Security* –, o Governo Federal propôs a criação de um programa voluntário intitulado Operação TIPS (abreviatura para *Terrorism Information and Prevention System*). O programa estimularia a observação de residências por trabalhadores que normalmente exercem seus ofícios nas ruas, como carteiros, motoristas de caminhão, entregadores e instaladores de fios e cabos. Esses profissionais seriam convidados a reportar atividades suspeitas em residências, que pudessem prevenir o planejamento de ações terroristas[445].

O programa, oficialmente lançado pelo Governo Federal, esteve exposto na página oficial do Poder Executivo norte-americano. O Congresso, contudo, rejeitou expressamente a criação da Operação TIPS. Na lei que regulamentou a criação do *Department of Homeland Security*, foi inserido um artigo proibindo, de modo explícito, o lançamento da Operação TIPS. Eis o texto do dispositivo, tal como transcrito por Nat Hentoff:

> Seção 880. Proibição do Sistema de Prevenção e Informação sobre o Terrorismo. Toda e qualquer atividade do Governo Federal no sentido da implementação do programa, componente do *Citizen Corps*, conhecido como Operação TIPS (Sistema de Prevenção e Informação sobre o Terrorismo) está, por meio deste dispositivo, proibida (HENTOFF, 2002b, p. 1)

Com a deliberação congressual, a página em que estavam elencados os princípios informadores da Operação TIPS foi retirada do sítio oficial do poder Executivo norte-americano. Ainda assim, é possível obter as informações então lançadas pelo Governo Federal a partir do interessante conteúdo de uma página pessoal da internet, intitulada *The Memory Hole*, destinada a preservar a memória da rede mundial de computadores, como forma de exercício de um controle público sobre programas governamentais. Ali podem ser

[445] Ver, sobre o impacto da proposta governamental relacionada à Operação TIPS, as seguintes referências: Hentoff (2002a) e Sorokin (2002). Consultar também o editorial do jornal *Boston Globe*, em que a iniciativa é comparada às políticas de inteligência típicas da União Soviética dos tempos de Stalin (*Boston Globe*, 17.7.2002).

encontrados o teor da página governamental e diversos artigos, publicados na imprensa norte-americana, sobre o assunto[446]. Fica evidenciado, pelo teor do programa, o ataque à privacidade e a concreta tentativa de utilização, pelo Poder Executivo norte-americano, de formas de investigação e espionagem que invocam os poderes exercidos pelos Estados policiais e arbitrários que permearam alguns dos momentos da história política do século XX.

Uma outra dimensão relevante – e, em todos os sentidos, preocupante – das medidas anti-terror colocadas em ação pelo Governo Federal norte-americano consiste na utilização, em investigações criminais, de *estereótipos étnicos e raciais* para definição dos suspeitos da prática de terrorismo.

Como narrado por Nelson Lund, o Governo Federal, na política criminal estabelecida logo após os atentados de 11 de setembro, resistiu à idéia de permitir que policiais e investigadores seguissem, em suas atividades, critérios étnicos e raciais para localização e detenção de suspeitos da prática de atos terroristas. Contudo, em junho de 2003 a orientação do Departamento de Justiça sofreu uma mudança, com a divulgação de uma diretiva denominada "*Guidance regarding the use of race by federal law enforcement agencies*"[447]. Nesse documento, o Departamento de Justiça divide a orientação aos órgãos de investigação em dois grupos de atividades. O primeiro deles, "Atividades tradicionais de aplicação da lei", mantém a proibição ao uso do *racial/ethnic profiling* nas investigações criminais. Porém, o segundo grupo, "Segurança nacional e integridade das fronteiras", destinado à investigação de atos terroristas, autoriza a aplicação de critérios raciais ou étnicos

[446] Ver: http://www.thememoryhole.org <último acesso em 15 mar 04>.

[447] O inteiro teor da diretiva pode ser encontrado na página oficial do Departamento de Justiça: http://www.usdoj.gov/crt/split/documents/guidance_on_race.htm <último acesso em 15 mar 04>.

na atividade policial, o que significa, em termos práticos, a ênfase em grupos de árabes-americanos, sejam eles cidadãos norte-americanos ou não[448].

Um desdobramento dessa tendência foi a determinação, emitida pelo FBI, para que as universidades norte-americanas fornecessem informações acerca de estudantes oriundos do Oriente Médio que pudessem ensejar investigações relacionadas a atividades terroristas, mesmo sem o conhecimento desses alunos (por exemplo, informações obtidas em entrevistas para admissão na instituição de ensino superior deveriam ser repassadas ao FBI, sem a necessidade de comunicação prévia ao estudante ou de autorização judicial). Várias instituições pronunciaram-se contrariamente a essa iniciativa, alegando sua manifesta ilegalidade[449].

A estatura constitucional dessa discussão é clara, na medida em que o tratamento diferenciado de uma parcela de cidadãos, a partir de sua raça ou origem étnica, parece contrariar o disposto na Décima-Quarta Emenda à Constituição norte-americana.

4.4.3 O contexto Europeu (I): a Grã-Bretanha e o combate ao terrorismo

Consoante verificado pelo teor dos capítulos III e IV, o presente trabalho voltou-se essencialmente ao exame da reação norte-americana aos atentados de 11 de setembro de 2001, por alguns motivos: (i) o conjunto de medidas anti-terror (legislativas e executivas) mais completo e abrangente foi aquele adotado pelos Estados Unidos da América, que foram o alvo direto dos ataques; (ii) como salientado no capítulo II, a idéia moderna de constituição surge nos Estados Unidos, com a afirmação das noções de supremacia constitucional e controle de constitucionalidade; (iii) após a aprovação de extensa legislação anti-terror, várias

[448] Para uma visão contrária ao uso de estereótipos raciais ou étnicos, ver Lund (2003). Para uma opinião favorável, cf. Smith (2003).
[449] Cf. Orton (2002), Eggen (2002) e CNN (10.01.2003).

discussões acerca do teor de dispositivos constitucionais foram desencadeadas nas cortes federais norte-americanas, num processo de deliberação bastante variado e plural; (iv) a dimensão da reação dos Estados Unidos ultrapassa claramente as fronteiras nacionais daquele Estado, em virtude da forte influência exercida pelo constitucionalismo norte-americano no contexto mundial; (v) alguns dos principais aspectos constitucionais desencadeados pela reação norte-americana envolvem elementos de direito internacional, como a situação dos estrangeiros detidos com base no *USA Patriot Act* e, especialmente, o *status* legal dos prisioneiros mantidos no campo de Guantánamo.

Por todas essas razões, a análise até aqui empreendida concentrou-se no cenário constitucional norte-americano. Entretanto, um tema relevante para futuras investigações está relacionado ao contexto da Grã-Bretanha atual.

Ao contrário da imensa maioria dos regimes políticos existentes, a Grã-Bretanha não dispõe de uma constituição escrita, que contenha as principais opções políticas do Estado e que estipule procedimentos diferenciados para sua alteração[450]. Como é bastante difundido, a constituição britânica é *costumeira*, *material* e *histórica*, sendo baseada em convenções, costumes parlamentares e concepções historicamente reiteradas acerca dos poderes e atribuições dos vários ramificações estatais. É importante notar, contudo, na esteira da digressão histórica proposta no capítulo I, que a herança inglesa revelou-se fundamental para a história do constitucionalismo, em face da tensão entre a Coroa e os barões – iniciada com a Conquista Normanda – que possibilitou, ao longo da história inglesa, a formação de um *corpus* de liberdades e direitos que viriam, posteriormente, ser consagrados na expressiva maioria das constituições modernas.

[450] Cf. comentário sobre a exceção britânica – que resistiu às ondas de constitucionalismo do século XX – na introdução da tese.

Além disso, foi possível observar, pela narrativa constante do capítulo II, o papel decisivo desempenhado pela idéia de direitos e liberdades (tipicamente inglesas) compartilhada pelos habitantes das colônias da América do Norte. A postura ambivalente da Revolução Americana em relação à herança inglesa é uma chave importante para a compreensão do processo de ruptura com a metrópole e da construção da Constituição Federal norte-americana.

A inexistência de uma constituição formalmente elaborada no cenário político e social britânico conduziu, como bem assinalam Jeffrey Jowell e Dwan Oliver, a uma espécie de congelamento da teoria constitucional britânica no tempo. Segundo esses autores, a concepção de constituição foi fixada, na Grã-Bretanha, pelos publicistas do período vitoriano – Alfred Venn Dicey e Sir Walter Bagehot – e permaneceu inalterada, em suas linhas gerais, durante a maior parte do século XX. Essa concepção ressalta o aspecto costumeiro da constituição britânica e aponta dois pilares que fundamentariam o regime constitucional britânico: a supremacia do Parlamento e o *common law*. É fundamental observar, entretanto, que, na concepção diceyiana, os juízes do *common law* não estão autorizados a proceder à invalidação de atos do Parlamento, exatamente em face da doutrina da supremacia do Legislativo[451].

A partir de 1997, no entanto, um processo de transformação histórica na constituição britânica inicia seu curso. Consoante descrito, com propriedade, por Anthony King, uma série de modificações no regime político da Grã-Bretanha teve como resultado a redefinição do sentido da constituição tradicional britânica; na concisa avaliação de King, a constituição histórica da Grã-Bretanha, tal como verificada ao longo do século XX, "está morta" (KING, 2001, p. 81). No mesmo sentido, Jeffrey Jowell e Dawn Oliver, ao

[451] A obra principal de Dicey, *The Law of the Constitution*, foi publicada em 1885. Cf. Jowell (2000, p. 3-22), Bradley (2000, p. 23-58) e Dicey (1982). Para uma crítica isolada, no século XX, à teoria constitucional de Dicey, cf. a obra de Sir Ivor Jennings, influenciada pelos círculos keynesianos londrinos e tendente à condenação dos aspectos liberais da obra de Dicey. Ver, a esse respeito, Jennings (1948, esp. p. 285-297).

apresentarem a quarta edição de sua obra voltada ao estudo da constituição britânica, apontam para um processo histórico de mudança constitucional (JOWELL e OLIVER, 2000, p. v-x)[452].

O impulso para a modificação constitucional possui evidente fundamento social e político. Na verdade, o processo de diferenciação do direito permaneceu – e ainda permanece – no mínimo incompleto na Grã-Bretanha, em face da forte intrincação entre os sistemas jurídico e político: a mais alta Corte de Justiça britânica (os *Law Lords* da Casa dos Lordes) pertence à estrutura do Poder Legislativo, o governo é formado pelo partido majoritário na Câmara dos Comuns (devendo-se considerar a pouca inclinação dos partidos políticos britânicos à formação de governos de coalizão) e todo e qualquer ato do Parlamento pode ser alterado por maioria simples. Não há previsão, no direito britânico – com exceção de algumas poucas hipóteses, referentes a normas da União Européia –, de *judicial review* incidente sobre atos parlamentares. Mesmo em relação ao direito aprovado pela União Européia, a atuação dos juízes britânicos é bastante reticente quanto à possibilidade de anulação de legislação local (cf. KING, 2001, p. 59-60).

Desde a década de 1980, existe na Grã-Bretanha um movimento político organizado que visa à adoção, pelo regime político britânico, de uma constituição rígida, nos moldes existentes nos Estados Unidos da América e em vários outros Estados. Em março de 2004, o movimento contava com 83.380 filiados[453].

Evidentemente, a discussão em torno dos aspectos constitucionais do direito da Grã-Bretanha envolve inúmeros desdobramentos teóricos e conceituais, que não podem aqui

---

[452] Começa a se formar, de fato, uma literatura relacionada à mudança na constituição britânica. Além das obras de Dawn e Oliver e King, já mencionadas, merecem ser destadas as reflexões empreendidas por Michael Zander (1996), Scarman (1992), Gordon (2002, p. 327-357) e Catterall, Kaiser e Walton-Jordan (2000), assim como a publicação especial preparada pelo Centro de Direito Público da Universidade de Cambridge (CHANCE, 1998).

[453] O movimento, intitulado *Charter 88*, dispõe de página na internet com acesso a vários documentos e trabalhos acadêmicos ligados ao tema da constituição britânica. Ver: http://www.charter88.org.uk/ <último acesso em 15 mar 04>.

ser aprofundados. De toda maneira, não há maiores dúvidas acerca do momento de *constitutional change* vivido pela Grã-Bretanha a partir de 1997.

E, precisamente em meio a esse processo de modificação constitucional, foram desencadeados os ataques de 11 de setembro de 2001, que impulsionaram – como visto na introdução desta tese – a adoção de medidas legislativas anti-terror em vários Estados. Em dezembro de 2001, foi aprovado o *Anti-Terrorism Act* pelo Parlamento britânico. A tramitação do projeto que resultou na lei foi, em si, bastante interessante do ponto de vista da história do direito. A proposição original apresentada pelo Governo Tony Blair continha elementos bastante polêmicos, como a possibilidade de aprisionamento sem determinação judicial (por prazo indeterminado), a previsão de enorme discricionariedade das forças policiais para a realização de buscas e escutas telefônicas e, ainda, a estipulação de um delito destinado a punir atos de "ódio racial". Todas as iniciativas levantaram uma série de preocupações entre ativistas de direitos humanos, preocupados especialmente com a possibilidade de um endurecimento do tratamento a ser concedido à enorme população islâmica existente na Grã-Bretanha. De modo surpreendente, a Casa dos Lordes rejeitou várias dessas previsões, e remeteu o projeto de volta à Câmara dos Comuns para reapreciação. Após uma grande parcela de negociação com o Governo – e de debate na imprensa –, a lei anti-terror foi aprovada, com alterações em relação ao projeto original (a previsão de crime de "ódio racial" foi retirada do texto final).

Mesmo assim, a versão definitiva da legislação continua a despertar a atenção de vários setores da sociedade britânica. O Secretário de Estado foi autorizado a deter suspeitos de prática de terrorismo indefinidamente, sem necessidade de apresentação de denúncia; aumentou o poder de investigação dos órgãos policiais e de inteligência; foi facilitada a obtenção de escutas telefônicas e interceptação de dados; e, principalmente, o Parlamento

autorizou o Governo a suspender a aplicação, em território britânico, de determinadas disposições da Convenção Européia de Direitos Humanos. Não por acaso, a Grã-Bretanha foi o único membro da União Européia a tomar tal providência[454].

A partir de 2003, começaram a surgir denúncias de desrespeito aos direitos humanos que teria sido perpetrado pelas operações anti-terror dos órgãos governamentais britânicos. Há, inclusive, uma situação similar àquela verificada nos Estados Unidos da América: quatorze suspeitos de terrorismo estão detidos indefinidamente, sem a apresentação de qualquer denúncia formal, em condições consideradas precárias por vários órgãos de defesa dos direitos humanos. Essa situação foi classificada, na combativa imprensa escrita britânica, como o "Guantánamo inglês"[455].

O contexto da Grã-Bretanha constitui, portanto, um interessantíssimo campo de estudos para o constitucionalismo contemporâneo. A experiência de combate ao terrorismo praticado pelo Exército Republicano Irlandês poderá ser útil para a compreensão da importância da noção moderna de constituição como um limite às pretensões do sistema político. As várias – e crescentemente drásticas – leis anti-terror aprovadas pelo Parlamento Britânico entre as décadas de 1970 e 1990 mostraram-se claramente ineficazes na tentativa de erradicação do terrorismo. Apenas com a abertura de negociações, entabuladas entre o Governo e a minoria católica – com a participação dos protestantes –, gerou a diminuição da atividade terrorista do IRA (*Irish Republican Army*).

Como se sabe, o problema enfrentado pela Grã-Bretanha tornou-se global. Talvez a experiência vivida nos anos de 1970-1990 possa ser instrutiva no contexto europeu contemporâneo – inclusive para a redefinição da própria constituição britânica.

---

[454] Cf. o inteiro teor da norma (*Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001*): UNITED KINGDOM (2001, p. 1-118).

4.4.4 O contexto Europeu (II): os atentados de 11 de março na Espanha

Na manhã de 11 de março de 2004, uma sucessão de atentados simultâneos atingiu três estações ferroviárias em Madrid, causando (segundo números atualizados até 15 de março de 2004), duzentas mortes e ferindo cerca de mil pessoas. No dia 13 de março de 2004, duzentas e sessenta e seis permaneciam hospitalizadas[456].

Consoante noticiado pelo próprio Governo da Espanha, as principais linhas de investigação abertas após os ataques indicavam a participação de uma célula terrorista ligada a grupos fundamentalistas islâmicos, que teriam realizado a operação em represália à participação espanhola na campanha militar – liderada pelos Estados Unidos – que resultou na ocupação do Iraque. No momento em que esta tese era concluída, aumentava o temor, entre outras nações européias, acerca de novos atentados terroristas. Como se pode perceber pela análise dos órgãos de imprensa preparada pelo *Guardian*, vários paralelos com os eventos de 11 de setembro de 2001 foram traçados na Europa e nos Estados Unidos[457].

Ainda que muitos elementos ainda necessitavam ser esclarecidos – ao tempo da redação destas linhas –, os ataques já começavam a desencadear uma discussão acerca das liberdades civis, agora num contexto europeu. Percebendo essa problemática, o Membro do Parlamento britânico Robin Cook, que foi Secretário de Relações Exteriores do Governo Blair até 2001, vislumbrou a possibilidade de restrição aos direitos civis e manifestou-se de forma contrária a tal providência.

---

[455] Uma decisão judicial – que teva ampla repercussão no contexto britânico – decretou a ilegalidade de uma das prisões e a libertação do suspeito (que permaneceu preso por dezesseis meses), o que provocou enorme desconforto e contrariedade no Gabinete Blair. Ver Gillan (2004).

[456] Cf. http://www.terra.es/actualidad/articulo/html/act62969.htm <último acesso em 15 mar 04>. Para uma completa análise e repercussão dos ataques, ver o *Special Report* preparado pelo *The Guardian*: http://www.guardian.co.uk/spain/0,2759,181077,00.html <último acesso em 15 mar 04>.

[457] Cf. http://www.guardian.co.uk/spain/article/0,2763,1168518,00.html <último acesso em 15 mar 04>.

Num artigo publicado no *The Independent* e veiculado na *Folha de São Paulo*, Cook fornece um relato das dificuldades e percalços no combate britânico ao terrorismo, especialmente em relação aos muçulmanos:

> No Reino Unido, existe uma resposta autoritária à ameaça terrorista que acarreta o risco de convencer uma larga seção de nossa sociedade de que ela é mais uma vítima da guerra contra o terrorismo do que um parceiro nessa empreitada. Desde o 11 de Setembro, o número de buscas sob a Lei de Prevenção do Terrorismo se ampliou em cinco vezes, para 30 mil ao ano. A maioria esmagadora dessas buscas acontece em batidas às casas de famílias muçulmanas. As portas são derrubadas, e os moradores, tratados com brutalidade, como suspeitos de terrorismo. Se essa nova onda de batidas domiciliares tivesse resultado em uma carga considerável de provas de terrorismo, talvez o cidadão pudesse dar de ombros e aceitar o inconveniente causado às famílias inocentes como lastimável, mas necessário. Mas a estatística chocante é que menos de 1% das batidas resultou em detenções. Para expressar a situação de outra maneira, 99,5% das batidas contra famílias muçulmanas resultaram em ligação nenhuma com terroristas. Se quiséssemos alienar cidadãos inocentes da guerra contra o terror, seria difícil encontrar uma maneira mais efetiva do que tratá-los como terroristas (COOK, 2004, p. 2).

E, abordando o cerne do problema, Cook alerta para a necessidade de preservação dos direitos e liberdades que estão inseridos na estrutura da sociedade moderna:

> 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. A luta entre uma sociedade aberta e seus inimigos é antiga o bastante para que compreendamos, a essa altura, os riscos de vencer a batalha usando métodos que nos custem as liberdades que estamos tentando proteger. Os insidiosos murmúrios do autoritarismo, ao longo da história, caracterizam a democracia como um luxo do qual não podemos desfrutar diante da violência. Na verdade, as sociedades democráticas se provaram mais fortes, e não mais fracas, diante de ameaças, devido à determinação que compartilham quanto a obter sucesso em nome da causa comum (COOK, 2004, p. 1).

Os trágicos acontecimentos do 11 de março em Madrid levaram a vários desdobramentos. O mais imediato diz respeito às eleições gerais espanholas, que tiveram seu resultado nitidamente afetado pela postura do Governo espanhol em relação às linhas de investigação inicialmente defendidas e pela adesão à coalizão liderada pelos Estados Unidos. Mas, a médio e longo prazo, um dos principais problemas postos pelos atentados de Madrid

consiste no teor da resposta a ser propiciada pela União Européia à ameaça terrorista e na discussão em torno do constitucionalismo contemporâneo.

Cabe, então, passar às considerações finais. Objetivar-se-á compreender o impacto das medidas adotadas no combate ao terrorismo à luz dos conceitos desenvolvidos pelo constitucionalismo moderno.

V – CONCLUSÃO: A REAÇÃO AOS ATENTADOS TERRORISTAS E O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Logo após a concretização dos atentados de 11 de setembro de 2001, era possível constatar que a postura dos Estados Unidos da América em relação ao terrorismo passaria por uma redefinição. Como visto nos capítulos III e IV, as operações policiais, de inteligência e militares comandadas pelo Poder Executivo federal norte-americano iniciaram-se rapidamente e logo desdobraram-se em várias frentes: no plano interno, agressivas ações de investigação tiveram seu curso e foram posteriormente referendadas pela aprovação – em votação rápida e sem maiores discussões no Congresso – do *USA Patriot Act*. No plano internacional, foi lançada a ofensiva militar contra o Afeganistão e, a partir dos prisioneiros feitos naquela campanha, instalou-se um centro de prisioneiros em Guantánamo, que passou a abrigar alguns dos suspeitos na "guerra contra o terrorismo" desencadeada pelo Governo norte-americano.

Como já observado em outro estágio do presente trabalho de investigação, a magnitude e repercussão das ações dos Estados Unidos da América contra o terrorismo abrem um enorme leque de possibilidades de análise para o pesquisador: a nova configuração da geopolítica no Oriente Médio e na Ásia; a atitude dos países da América do Norte e da Europa Ocidental em relação à religião islâmica; a postura assertiva dos Estados Unidos da América nos planos militar e estratégico internacionais; a crise no sistema das Nações Unidas, construído a partir da vitória dos Aliados na segunda grande guerra. Essas são apenas algumas das linhas de investigação que se tornaram viáveis após os atentados de 11 de setembro e seus desdobramentos.

Do ponto de vista da diferenciação do direito, contudo, um aspecto apresenta-se como decisivo: a idéia moderna de constituição. Evidentemente, as medidas anti-terror instituídas pelos Estados Unidos da América afetaram, de modo direto, os aspectos centrais do constitucionalismo moderno. E aqui impõe-se um esclarecimento inicial, no que se refere às conclusões a serem enunciadas. Uma visão comum, disseminada após os eventos do 11 de setembro, sustenta a necessidade de redefinição do "balanço", ou do "equilíbrio" entre dois pólos distintos: liberdade e segurança. Segundo uma afirmação que se tornou corriqueira a partir dos atentados, a dimensão inédita dos ataques terroristas e seu potencial destrutivo obrigariam os Estados Unidos da América a repensar sua estrutura de direitos e liberdades constitucionais: como se trata de um período de guerra, será inevitável a redução de algumas liberdades civis em prol de maior segurança propiciada pelos órgãos estatais. É bastante comum a alusão a um "*trade-off*" entre liberdade e segurança, que deveria oscilar em prol da segurança, como uma conseqüência da ênfase na prevenção de novos ataques. Numa observação que reflete esse senso comum, Edward Lazarus alega que a questão colocada após os ataques é uma espécie de "*lose-lose proposition*": "ou a liberdade ou a segurança, uma das duas terá de ser sacrificada" (LAZARUS, 2004, p. 5).

Tal linha de raciocínio, contudo, não pode ser adotada numa perspectiva histórico-teorética que "leve a sério" a idéia de constituição. Como ressaltou Dworkin, num ensaio publicado em novembro de 2003, muitos norte-americanos acreditam que as medidas anti-terror implementadas pelo Governo Federal representam uma resposta justificada e adequada à ameaça terrorista. Consoante essa formulação, a reação aos ataques de 11 de setembro exigiria "um novo balanço entre liberdade e segurança" (DWORKIN, 2003b, p. 2). Porém, como o próprio Dworkin assinala, esse recurso metafórico "preguiçoso", ainda que bastante

difundido, é uma falsa tentativa de simplificação de um problema que não se resolve mediante a mera escolha entre duas alternativas (DWORKIN, 2003a, p. 8)[458].

Na verdade, como alertado por Dworkin, a política central implementada pelo Governo Federal norte-americano não pode ser classificada com o auxílio desse pretenso "balanço" entre liberdade e segurança. Tampouco se trata de um movimento de redução ou restrição de direitos, supostamente motivado em face de um contexto de guerra. Segundo Dworkin, as medidas anti-terror adotadas pelo Governo Federal norte-americano podem ser descritas, de modo adequado, mediante uma expressão: "segurança acima de tudo"[459]. Para o mesmo autor, é esse primado da "segurança acima de tudo" que justifica, aos olhos da administração federal, a necessidade de sigilo em procedimentos de investigação (especialmente aqueles dirigidos aos estrangeiros), a diminuição das hipóteses de controle judicial, a figura do "combatente inimigo", os julgamentos nos tribunais militares, a detenção em massa no campo de Guantánamo (DWORKIN, 2003b, p. 2-3).

Nos capítulos III e IV, alguns aspectos dessa luta contra o terrorismo foram enfatizados. Esses elementos, analisados numa perspectiva mais abrangente, revelam um primeiro resultado da "guerra contra o terror": a des-diferenciação do sistema do direito. Quer-se ressaltar, com esta observação redigida na linguagem típica da teoria da sociedade moderna de Niklas Luhmann, a conclusão já enunciada nos parágrafos anteriores: não se está diante de uma redução de direitos. O que se desenha, no atual cenário político norte-americano, é uma redefinição dos critérios de auto-reprodução do próprio direito. Um dos resultados da luta contra o terrorismo foi a desformalização da constituição. Essa é mais uma das ironias que podem ser constatadas a partir da experiência histórica recente. Uma ação

---

[458] Cf., acerca da dualidade liberdade-segurança, além dos ensaios de Dworkin já invocados, as análises de Norman Siegel (2001) e o editorial da revista *The Economist* (vol. 366, nº 8314, edição de 8-14 de março de 2003, p. 14).

[459] No original, "*safety absolutely first*" (DWORKIN, 2002b, p. 3).

terrorista que durou uma hora e trinta e cinco minutos, muito provavelmente praticada por um grupo fundamentalista minoritário mesmo no interior da religião islâmica, gerou um resultado talvez jamais imaginado por seus idealizadores: a desconstrução do núcleo do constitucionalismo moderno. Dezenove seqüestradores conseguiram aquilo que fora tentado, sem sucesso, num conflito de âmbito mundial em que milhões de pessoas perderam a vida: solapar as bases da organização do direito moderno[460].

Essa tendência des-diferenciante pode ser verificada sob duas linhas de ação, que serão aqui chamadas de *monopolização* da constituição e de *suspensão* da ordem jurídico-constitucional.

Nas linhas que se seguem, serão apresentadas, em primeiro lugar, essas tendências de des-diferenciação resultantes das medidas de combate ao terrorismo adotadas pelo Governo Federal norte-americano. Em seguida, será o momento de recapitular a reação a tais medidas, quer por meio de algumas decisões judiciais, quer pela mobilização direta de várias comunidades, no âmbito local.

5.1 O Impacto das Medidas de Combate ao Terrorismo no Direito Moderno

5.1.1 Monopolização da constituição

Um dos traços distintivos da noção moderna de constituição é a sua supremacia. Como ficou claramente enunciado na decisão proferida no caso *Marbury v. Madison*, a

[460] Como salientado por John Milbank: "Somos então confrontados com essa indescritível e bizarra mudança no rumo dos acontecimentos, após a qual, em questão de meses um único ataque terrorista conduz à suspensão permanente das liberdades antigas anglo-saxãs, incluindo o habeas corpus, tanto na Grã-Bretanha como nos Estados Unidos" (MILBANK, 2002, p. 311)

constituição, como documento legal que se coloca acima das normas ordinárias, representa um limite e um horizonte para a prática de qualquer ato legislativo, governamental ou jurisdicional. Sem essa característica fundamental – a supremacia –, a constituição não seria uma inovação importante no processo de diferenciação do direito. Numa famosa passagem do texto da decisão, Marshall apresenta a alternativa: ou as constituições modernas são documentos legais de tipo superior ou "são absurdas tentativas da parte do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável".

É esse desdobramento que Luhmann aponta como decisivo no processo de diferenciação do direito. Por isso a constituição deve ser vista como uma aquisição evolutiva. De uma forma improvável em termos históricos, foi possível circunscrever a comunicação voltada ao direito ao interior do próprio sistema, tendo a constituição como parâmetro para a validade de toda a produção normativa, o que também serve ao sistema político, na medida em que deixa à política a função de produzir decisões coletivamente vinculantes, enquanto o direito (por meio das organizações que estão no centro do sistema jurídico – os tribunais) alcança seu autofechamento operacional, que permite a auto-reprodução de seus próprios elementos.

Do ponto de vista institucional, são necessários aparatos adequados para a manutenção dessa aquisição evolutiva. Do ponto de vista interno ao sistema do direito, a constituição, desde seu primeiro exemplar moderno – a Constituição Federal norte-americana – prevê um sofisticado sistema de freios e contrapesos que tem como objetivo a recíproca limitação entre as divisões do poder estatal. Como foi visto no capítulo III, trata-se de uma idéia que marcou o início do constitucionalismo moderno; alguns ensaios fundamentais do *Federalista* têm como eixo central a defesa desse sistema de controles múltiplos, que evite o monopólio da aplicação e interpretação da constituição por um ramo isolado da estrutura do Estado. Pois bem, a jurisdição constitucional é apenas um desses controles. Mas é uma

estipulação crucial para a idéia moderna de constituição – e que, como visto, não estava explicitamente prevista no texto constitucional, tendo-se desenvolvido historicamente ao longo de dois séculos.

Algumas das medidas de combate ao terrorismo adotadas pelo Governo Federal norte-americano contrariam frontalmente o núcleo da idéia de controle recíproco entre poderes. A doutrina dos freios e contrapesos parece não se aplicar a uma série de iniciativas governamentais implantadas a partir dos ataques de 11 de setembro. Merecem ser recordadas, então, as principais restrições impostas pelas medidas anti-terror norte-americanas ao controle judicial dos atos governamentais, tais como descritas no capítulo III da presente investigação:

(a) A afirmação, constante de carta enviada por membro do Departamento de Justiça a alguns senadores durante a tramitação do projeto de lei que resultou na aprovação do *USA Patriot Act*, no sentido de que as salvaguardas estipuladas na Quarta Emenda a todos os cidadãos devem ceder diante da autoridade do Presidente da República, na condição de comandante-em-chefe da nação.

(b) A extensão, aos órgãos de investigação internos, das prerrogativas até então exclusivas dos órgãos de espionagem, para obtenção de mandados judiciais destinados à realização de buscas e escutas telefônicas, o que retira o controle judicial das atividades de persecução penal e permite a utilização de padrões menos rígidos de investigação para justificar a emissão de mandados que envolvam a invasão de privacidade dos cidadãos.

(c) A possibilidade de atraso na notificação a cidadãos investigados acerca do cumprimento de um mandado. Ao contrário da situação verificada anteriormente à vigência do *USA Patriot Act*, a definição em torno da razoabilidade do lapso de tempo em que o atraso seja permitido permanece sob a esfera do Poder Executivo norte-americano, por meio do Departamento de Justiça.

(d) A extraordinária liberdade concedida aos investigadores federais norte-americanos para a emissão de um mandado que vise à interceptação de informações eletrônicas, via *e-mail* ou internet, sendo suficiente uma simples declaração de que a informação a ser obtida será relevante para os fins da investigação.

(e) A ausência de supervisão judicial acerca da troca de informações entre órgãos de inteligência e investigação norte-americanos, o que inclui o intercâmbio de listas contendo o nome de possíveis suspeitos. Logo após a disseminação dessa prática, algumas listas fugiram ao controle das autoridades federais e estaduais e chegaram a ser repassadas a empresas.

(f) A concessão de enormes poderes ao Secretário de Justiça para certificação de estrangeiros como possíveis terroristas, o que significa detenção obrigatória. Nos termos da legislação aprovada em outubro de 2001, basta a renovação dessa certificação para que um estrangeiro permaneça detido. Procedimentos perante o juízo de imigração são vedados e mecanismos de controle judicial são severamente restritos (em termos territoriais e procedimentais).

(g) Insistência no sigilo como fundamental para a regular condução das atividades de inteligência e investigação, o que resultou na emissão de uma diretriz ordenando o sigilo em todos os procedimentos que envolvam deportação de suspeitos de terrorismo, aplicáveis inclusive a demandas eventualmente ajuizadas perante o Poder Judiciário.

O que há em comum entre os itens ora enumerados? Em que medidas essas ações podem afetar a estrutura institucional inerente ao constitucionalismo moderno?

Em todas as hipóteses aqui aludidas, verifica-se uma concentração de atribuições no Poder Executivo norte-americano. Mas não é apenas isso. Observa-se, também, uma postura coerente no sentido de evitar a incidência de quaisquer controles externos – seja pelo Poder Judiciário, seja pela opinião pública, por intermédio da imprensa – sobre os atos

governamentais[461]. A concretização dessa atitude significa, em termos práticos, que o Governo Federal norte-americano não está limitado por nenhum outro poder em sua política anti-terror. Atos de investigação, detenção e deportação de estrangeiros estão inteiramente isentos de controle, e vários campos de atuação de órgãos de investigação domésticos encontram-se igualmente desprovidos de limite, ou, na melhor das hipóteses, submetidos a procedimentos de supervisão judicial bem pouco rigorosos.

A sociedade moderna, como se sabe, é marcada pela crescente complexidade. A transição da forma de diferenciação por estratificação para a sociedade funcionalmente diferenciada significa, antes de tudo, a percepção de que a sociedade moderna não tem centro ou vértice. Não há um princípio – religioso, moral ou político – que possa figurar como ponto de "união" ou "coesão" entre as várias "partes" de um todo homogêneo. A forma de diferenciação da sociedade moderna – que começa a se manifestar, consoante já observado, no final do século XVIII na Europa – representa uma resposta (obtida num contexto histórico improvável) à crise da concepção hierarquizante e estratificadora da sociedade, e traz, como resultado de seu processo histórico, uma conseqüência: a crescente abstração de seus conceitos e a radical secularização da comunicação social. Como observado por Menelick de Carvalho Netto:

> Ora, a produção e a reprodução dessa sociedade altamente complexa tornou-se possível não pela nossa efetiva e permanente participação nas decisões públicas, mas, ao contrário, como demonstra Niklas Luhmann, por um processo interno de diferenciação e especialização funcionais da sociedade em diversos subsistemas sociais (CARVALHO NETTO, 2003a, p. 144)

[461] Eventuais requerimentos apresentados por comissões das Casas do Congresso ou relatórios de auditorias revelam-se, ainda, pouco proveitosos, na medida em que não obrigam a qualquer alteração das posturas governamentais, pois as sugestões, recomendações ou advertências podem ser aceitas (ou não) pelo Governo Federal. Como foi narrado no capítulo III, o relatório independente que apontou sérias irregularidades na investigação, detenção e tratamento de estrangeiros não foi bem recebido pelo Governo Federal, que justificou os atos por ele praticados com base na necessidade de evitar novos ataques terroristas.

No que diz respeito ao sistema jurídico, é fundamental, para sua auto-reprodução e constante replicação de seu código, a circulação de comunicação social voltada ao direito, o que ocorre mediante uma pluralidade de figuras jurídicas (como, por exemplo, a norma jurídica, as decisões dos tribunais, o contrato) e de instituições. Mas é especialmente importante que os tribunais sejam as organizações que figurem no centro do sistema; consoante uma conhecida formulação luhmanniana, um dos traços distintivos da atividade dos tribunais é o fato de que eles não podem recusar-se a decidir as controvérsias que lhe são submetidas. E, ainda, a notável abstração das normas constitucionais – e, mais caracteristicamente, aquelas qualificadas como direitos fundamentais – confere maior dimensão à atuação dos tribunais em situações concretas trazidas à sua cognição[462].

Entretanto, no contexto político norte-americano que se formou após os ataques de 11 de setembro, percebe-se uma sensível modificação no papel dos tribunais. Consoante narrado no capítulo III, o Governo Federal norte-americano, com o intuito de implantar as medidas anti-terror de forma efetiva, obteve a aprovação, em poucos dias, do projeto de lei que resultou no *USA Patriot Act* e, a partir de então, passou a atuar livre de qualquer controle.

Como salientado, com enorme propriedade, por Giancarlo Corsi, uma das principais vantagens estruturais da idéia moderna de constituição consiste no elevado grau de abstração dos direitos fundamentais, que permitem, *dentro* de uma previsão genérica de liberdade e igualdade, a enorme variedade de *diferenças* e *inclusões/exclusões* que caracterizam o constitucionalismo construído após a Modernidade[463]. Isso permite a

[462] Para um aprofundamento do papel dos tribunais no sistema jurídico, cf. Luhmann (1999, p. 237-269 e 1990), Corsi (2001a, esp. p. 176-180) e Campilongo (2002, p. 121-183).

[463] Como salientado por Menelick de Carvalho Netto: "Aqui eu gostaria de começar a tratar explicitamente da questão dos desafios postos hoje aos direitos fundamentais. O primeiro e grande desafio, a meu ver, é sabermos que se, por um lado, os direitos fundamentais promovem a inclusão social, por outro e a um só tempo, produzem exclusões fundamentais. A qualquer afirmação de direitos corresponde uma delimitação, ou seja, corresponde ao fechamento do corpo daqueles titulados a esses direitos, à demarcação do campo inicialmente invisível dos excluídos de tais direitos" (CARVALHO NETTO, 2003a, p. 144-145). Ver, quanto ao tema, o fundamental ensaio de Raffaele De Giorgi (1998, p. 113-132).

convivência, *no mesmo arcabouço constitucional*, de diversas concepções de vida, de diferentes inclinações políticas, religiosas e morais, num pluralismo que parece ser uma das marcas do constitucionalismo contemporâneo[464].

É essa dimensão plural, essa riqueza conceitual, essa imensa e improvável variabilidade estrutural do direito moderno que são colocados em risco quando se opera um quadro de *monopolização* da constituição. Uma das aquisições evolutivas do processo de construção da noção moderna de constituição está na auto-limitação recíproca entre os sistemas do direito e da política – que *só* é possível com a presença da constituição como mecanismo de acoplamento estrutural. Num contexto de vigência de um texto constitucional, a atuação de um dos setores da organização estatal sem a presença de mecanismos institucionais de controle representa, em última análise, a transformação da constituição num mero instrumento de força.

Vale, aqui, a advertência de Isabela, lançada num tribunal da Viena retratada por Shakespeare: "É grande coisa ter de um gigante a força, mas é bárbaro, como gigante, usá-la" (*Medida por Medida*, 2º ato, cena II).

5.1.2 Suspensão da ordem constitucional

Algumas das políticas anti-terror adotadas pelo Governo Federal norte-americano não podem ser simplesmente classificadas como exemplos da monopolização da constituição pelo Poder Executivo. Na verdade, é difícil encontrar uma definição jurídica que possa explicar o curso de alguns acontecimentos. Fenômenos como a detenção indefinida de estrangeiros suspeitos de terrorismo, o encarceramento em massa no campo localizado na ilha de Guantánamo, a estipulação do *status* de "combatente inimigo" e o processamento e

[464] Ver, neste aspecto, as duas importantes reflexões de Michel Rosenfeld (2003, 2001).

julgamento por tribunais militares criados *ex post facto* escapam inteiramente ao poder de descrição do léxico jurídico.

Isso ocorre porque, nessas situações, operou-se uma *suspensão da ordem constitucional* e, por conseqüência, de todo o direito. Como se sabe, existe uma literatura, na teoria da Constituição alemã, que remonta às obras de Carl Schmitt da década de 1920, que relaciona o poder do soberano à possibilidade de declarar o "estado de exceção", ou seja, a completa suspensão da ordem jurídica. Evidentemente, a declaração desse "estado de exceção", mesmo para a doutrina schmittiana, seria justificada apenas em graves momentos de crise política. Assim, para Giorgio Agamben, o estado de exceção "vem a ser a resposta imediata do Estado diante dos conflitos internos mais graves" (AGAMBEN, 2003, p. 5). O exemplo histórico que vem à mente é o decreto emitido por Adolf Hitler em 28 de fevereiro de 1933, que suspendeu as liberdades individuais com o recurso ao célebre artigo .... da Constituição de Weimar. Segundo Agamben, o referido decreto "jamais foi revogado, de modo que se pode, do ponto de vista jurídico, considerar o conjunto do Terceiro Reich como um estado de exceção que durou 12 anos" (id.)[465].

A Constituição Federal norte-americana não possui, por sua vez, um dispositivo similar àquele da Constituição de Weimar, que permita a declaração de um estado de emergência. Isso não impediu, evidentemente, que o Governo Federal implantasse, de modo unilateral, uma forma de tratamento a determinados grupos de pessoas que só encontra paralelo em regimes totalitários (que vivem em permanente estado de exceção). Na verdade, como lembra Agamben, "não é necessário que o estado de emergência seja declarado no sentido técnico da palavra" (AGAMBEN, 2003, p. 5). Assim, torna-se compreensível a

[465] A original teoria do estado de exceção de Agamben é melhor desenvolvida na sua principal obra (AGAMBEN, 2002). Quanto à doutrina clássica do estado de exceção, cf. Schmitt (1968, 1996), Caldwell (2002, p. 85-119) e Hirst (1987, p. 15-26).

criação de categorias e conceitos de difícil inserção em qualquer vocabulário jurídico – como o "combatente inimigo", o "combatente ilegal" e a "detenção indefinida".

Na vigorosa manifestação de John Milbank, esse aspecto pode ser claramente observado. Milbank refere-se a uma declaração do Secretário de Defesa norte-americano, Donald Rumsfeld, no sentido de que guerrilheiros do *Taliban* deveriam ser "assassinados ou aprisionados", diante de seu envolvimento nos atentados do 11 de setembro. Como registrado por Milbank, se essa responsabilidade pela morte de milhares de pessoas fosse efetivamente demonstrada, seus autores deveriam ser detidos e julgados. Porém, "está implícita na declaração de Rumsfeld uma suspensão de toda a ordem jurídica, incluindo as normas de justiça criminal *e* as normas de justiça militar" (MILBANK, 2002, p. 310).

No mesmo sentido, Agamben situa na declaração do estado de exceção a justificativa para algumas das medidas anti-terror adotadas pelo Governo Federal norte-americano:

> A significação profunda do estado de exceção como uma estrutura original pela qual o direito inclui em si o vivo por meio de sua própria suspensão se revelou em toda a sua clareza com a "military order" que o presidente dos Estados Unidos decretou em 13 de novembro de 2001. Tratava-se de submeter os não-cidadãos suspeitos de atividades terroristas a jurisdições especiais que incluíam sua "detenção ilimitada" ("indefinite detention") e sua transferência ao controle de comissões militares [...]
>
> 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, 2003, p. 5).

Como registrado por Milbank, o discurso proferido pelo Presidente George W. Bush ao Congresso Nacional norte-americano, reunido em sessão conjunta no dia 20 de setembro de 2001, representa a primeira oportunidade, "desde que Hitler anunciou a fundação

do Terceiro Reich", em que um "estado de perpétua emergência" é declarado (MILBANK, 2002, p. 309-310). Uma das principais carcterísticas dessa suspensão da ordem jurídica encontra-se exatamente na sua indeterminação.

Essa é, portanto, uma característica distintiva do estado de emergência desencadeado após os atentados de 11 de setembro; ele deixa de ser aplicável a um contexto localizado de crise e se torna um padrão para a reorganização da política e do direito. Eis a reflexão de Giorgio Agamben:

> 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, 2003, p. 5).

Como já foi várias vezes explicitado por representantes do Governo Federal norte-americano, a "guerra contra o terror" foi desencadeada sem qualquer estipulação ou previsão para seu término[466]. Trata-se de uma percepção disseminada, inclusive, nos meios de comunicação de massa que circulam nos Estados Unidos: uma determinada capa da revista *Time* contém a seguinte manchete: "*Why the war on terror will never end*". Por detrás das letras, a foto de uma multidão de pessoas – todas segurando, em frente aos seus rostos, a mesma máscara com a estampa de Osama Bin Laden (muitas das silhuetas exibem trajes típicos de sacerdotes muçulmanos)[467].

---

[466] No discurso perante o Congresso, o Presidente Bush afirma: "Nossa guerra contra o terrorismo começa com a al-Qaeda, mas não termina aí. Ela só se encerrará quando todo e qualquer grupo terrorista de alcance global for encontrado, detido e derrotado" (BUSH, 2001, p. 4).

[467] *Time* (vol. 161, nº 21, edição de 26 de maio de 2003, capa e p. 29).

Isso significa que a suspensão do direito que afeta, particularmente, os prisioneiros de Guantánamo, é também uma suspensão *do tempo*. Já se completaram dois anos da instalação do campo de detenção, e a situação dos seus internos continua indeterminada: não são prisioneiros de guerra, não estão sujeitos à jurisdição civil norte-americana e tampouco serão processados pela Justiça Militar. Em março de 2004, apenas dois dos cerca de 640 prisioneiros de Guantánamo haviam sido formalmente denunciados (perante os tribunais militares criados pelo Governo Federal)[468]. Os demais continuam encarcerados *sem qualquer previsão* acerca de sua libertação ou de sujeição aos tribunais militares. Essa circunstância torna o confinamento em Guantánamo ainda mais penoso. No *Special Report* preparado pelo *Guardian*, foi entrevistado o psicólogo Daryl Matthews, residente no Havaí, que permaneceu um mês prestando assistência psicológica aos detentos. Ele ressalta a vital diferença entre a situação dos ocupantes de uma prisão típica do sistema criminal norte-americano e o *status* dos prisioneiros de Guantánamo:

> Em Guantánamo existe um nível adicional de stress, que acredito seja único... Internos de uma prisão normal permanecem concentrados em questões como o prazo para o cumprimento da pena, o contato com seus advogados, e a realização de esforços construtivos que facilitem a saída do presídio. São expedientes importantes que os prisioneiros utilizam como forma de lidar com o stress gerado pelo confinamento. Já estes detentos [de Guantánamo] não podem fazer nada disso (MEEK, 2003, p. 7).

E, de modo explícito, representantes do Governo Federal norte-americano declararam que alguns prisioneiros, *mesmo se absolvidos* pelos tribunais militares, poderão continuar detidos após o julgamento, por prazo indeterminado. Segundo William Haynes II (um dos principais advogados que atuam na preparação das regras para os tribunais militares), alguns prisioneiros deverão permanecer em Guantánamo até o final da guerra contra o terror, a qual, como advertido pela reportagem do *New York Times*, "não tem um final à vista"

[468] Segundo informações da agência *Reuters*, os dois detentos indiciados são Ali Hamza Ahmed Sulayman al Bahlul, do Iêmen, e Ibrahim Ahmed Mahmoud al Qosi, cidadão sudanês. As acusações

(SEELYE, 2002, p. 1)[469]. Consoante a afirmação de Haynes, "se tivéssemos um julgamento neste momento, é possível que algum prisioneiro fosse processado e absolvido das acusações imputadas, mas isso não significa que ele será automaticamente libertado". Para Haynes, os detidos de Guantánamo são "pessoas perigosas", portanto seria justificável sua detenção mesmo após a absolvição no julgamento realizado perante o tribunal militar (cf. SEELYE, 2002)[470].

Essa extrema margem de liberdade que o Governo Federal se auto-concedeu, mediante a declaração do estado de exceção, justifica, então, a forma de tratamento dos prisioneiros em seu poder. Como eles foram despidos de todo e qualquer direito – submetidos, na expressão de Agamben, à pureza e violência da "vida nua" –, tudo que lhes for deferido pelo Governo será visto como simples concessão. Confrontados com a ausência de normatividade, os suspeitos de terrorismo presos por certificação do Secretário de Justiça, os detentos mantidos no campo de Guantánamo e os "combatentes inimigos" podem desfrutar apenas das prerrogativas deferidas por seus captores. Eles estão inteiramente submetidos à vontade e ao juízo de discricionariedade do Governo Federal norte-americano. Um prisioneiro francês descreveu, em termos esclarecedores, a situação em Guantánamo: "Se você quiser uma definição deste lugar", ele propõe, "é que você não tem direito a ter direitos" (MEEK, 2003, p. 2).

---

foram apresentadas em 24 de fevereiro de 2004. O número estimado de detentos em Guantánamo, em 15 de março de 2004, orbitava em torno de 640 indivíduos (cf. DUNHAM, 2004, p. 1).

[469] Um dos tópicos principais do discurso do Presidente Bush na última comunicação do "Estado da União" – cerimônia anual em que o Chefe do Executivo comparece ao Congresso para discursar perante os membros das duas Casas – dizia respeito à manutenção da luta contra o terrorismo. Como várias provisões do *Patriot Act* contêm a chamada *sunset clause* (possuem vigência até 31 de dezembro de 2005), Bush houve por bem solicitar (em 20 de janeiro de 2004) ao Congresso a prorrogação da norma, mesmo que, quando o discurso foi proferido, ainda subsistissem vinte e três meses de efetiva vigência da lei (cf. HENTOFF, 2004, p. 1).

[470] O Secretário de Defesa Donald Rumsfeld reiterou, em 4 de março de 2004, a viabilidade da detenção indefinida de prisioneiros em Guantánamo: "Rumsfeld considerou apropriada a detenção de suspeitos de terrorismo estrangeiros em Guantánamo, sem acusação formal ou assistência judiciária. Perguntado se alguns suspeitos permaneceriam detidos por mais um período de anos, Rumsfeld respondeu, 'Alguns poderiam permanecer'" (DUNHAM, 2004, p. 1).

E o discurso dos Departamentos de Justiça e Defesa tem sido uníssono: os prisioneiros capturados na guerra contra o terrorismo não merecem o mesmo tratamento concedido aos cidadãos acusados sob as leis norte-americanas. John Ashcroft, referindo-se aos prisioneiros de Guantánamos e aos "combatentes inimigos", deixou assentado: "Nós não acreditamos que um combatente inimigo possa desfrutar de todas as salvaguardas previstas para as pessoas acusadas, em nosso sistema judicial, da prática de algum crime"[471]. Donald Rumsfeld, por sua vez, afirma que os prisioneiros capturados em campanhas militares pelos Estados Unidos serão tratados em condições similares às previstas nas Convenções de Genebra, "mesmo que eles não mereçam" (DUNHAM, 2004, p. 2). Numa resposta clara – e de teor revelador – John Ashcroft assinala que os inimigos "merecem algumas condições de humanidade" (CNN,18.12.2002, p. 1).

O vácuo deixado com a declaração do estado de exceção é preenchido, portanto, de modo seletivo pelo Governo. Assim se justifica a "jurisdição" prestada pelos tribunais militares (sem paralelo com qualquer outra instituição judiciária civil, militar, nacional ou internacional) e a "concessão" de algumas prerrogativas aos "combatentes inimigos". Com efeito, uma das declarações que chamou a atenção dos juízes da *Court of Appeals for the Ninth Circuit* foi a afirmação, formulada nos debates orais que precederam o julgamento do caso *Gherebi v. Bush*[472], no sentido de que, para o Governo norte-americano, os detentos de

[471] Cf. CNN (18.12.2002, p. 1). Comentando tal declaração, Patricia Williams, que leciona na Faculdade de Direito da Universidade Columbia, ressalta: "Há uma boa quantidade de itens nessa declaração que nos preocupa bastante. O raciocínio é assustadoramente circular, na medida em que Ashcroft qualifica suspeitos que ainda não foram condenados como 'terroristas'. Trata-se de presunção de culpa anterior ao julgamento. Nosso sistema, que estipula o princípio de que todos são inocentes até prova em contrário, está longe da perfeição, mas propicia uma barreira fundamental contra a sede furiosa por uma vingança rápida – que é um erro fatal, mesmo quando cometido em nome da autoproteção" (WILLIAMS, 2001, p. 3).

[472] Precedente discutido no capítulo IV.

Guantánamo não tinham direito a formular nenhuma reivindicação – seja ela qual fosse – perante os tribunais norte-americanos[473].

> Após encerrado todo o processo de interrogatório de Yaser Hamdi e José Padilla, o Departamento de Defesa permitiu que ambos os "combatentes inimigos" tivessem acesso a seus advogados (de cujo contato foram privados por dois anos). Nos dois casos, o Departamento de Defesa qualificou a visita dos advogados como uma concessão do Governo Federal, e efetivamente agiu de modo coerente com tal situação: os encontros tiveram duração determinada previamente, foram presenciados (todo o tempo) por membros das Forças Armadas, foram gravados com vídeo e áudio e as anotações realizadas pelos advogados foram fotocopiadas (v. HIRSCHKORN, 2004 e BOHN, 2004)[474].

A excepcionalidade das medidas adotadas faz com que seja necessária uma tentativa de explicação das razões que se encontram no pano de fundo das ações empreendidas pelo Governo Federal norte-americano na luta contra o terror.

A partir da análise de depoimentos e discursos dos líderes governamentais norte-americanos, é possível constatar que os juízos formulados em relação à guerra contra o terrorismo – que justificou, como assinalado, a declaração do estado de exceção – podem ser inseridos em três campos semânticos: a distinção amigo-inimigo, o componente religioso da reação anti-terror e a presença da idéia de vingança. Após uma breve investigação em torno da reiteração desses núcleos de sentido, será recuperada a importância, para os fins da presente pesquisa, da diferenciação do direito na sociedade moderna.

---

[473] Consoante a narrativa de Joanne Mariner: "Nos termos da posição defendida pelo governo no caso, os detentos não possuem, de modo algum, o direito de questionar as ações norte-americanas relacionadas a Guantanamo. A representação do governo insistiu, durante os debates orais, para que a jurisdição federal fosse denegada, mesmo se os postulantes argumentassem que seus captores tivessem cometido 'atos de tortura' em Guantanamo ou estivessem 'executando sumariamente os detentos'" (MARINER, 2004, p. 1).

[474] Ao conduzir o processo de encarceramento e questionamento dos "combatentes inimigos", o Governo Federal recusa-se, por óbvio, a prestar esclarecimentos a qualquer outro setor do Estado ou da sociedade, inclusive o Poder Judiciário. A postura governamental é equacionada nos seguintes termos por Stuart Taylor Jr: "O problema com a forma que a administração conduz os casos de Hamdi e Padilla não está no recurso à detenção militar, mas sim na recusa em admitir a obrigação de produzir *um mínimo de evidências* que ligue Hamdi e Padilla à Al Qaeda. Por ora, essa parece ser a mensagem dirigida aos tribunais: 'Vocês não podem deferir a essas pessoas o acesso a advogados, porque isso pode interferir nos interrogatórios. De qualquer maneira, os advogados não poderiam fazer nada por eles mesmo, já que eles não têm nenhum direito. Vocês, juízes, não têm

(1)

Numa passagem amplamente citada e comentada na imprensa mundial de seu discurso perante o Congresso Nacional, o Presidente Bush traça uma diferenciação radical entre a postura dos Estados Unidos da América e os grupos terroristas (incluindo-se eventuais nações que apóiem o terrorismo). A polarização amigo-inimigo fica evidente pela ausência de alternativas disponíveis. Eis o excerto da manifestação de Bush no Congresso:

> Nossa resposta vai muito além da retaliação imediata e de ataques isolados. Os norte-americanos não devem ter a expectativa de que apenas uma batalha será travada – será uma longa campanha, diferente de qualquer outra já vista. Ela pode incluir ofensivas dramáticas, transmitidas pela televisão, e operações dissimuladas, que podem permanecer em segredo mesmo quando bem-sucedidas. Nós dificultaremos o financiamento do terroristas, jogaremos uns contra os outros, atacaremos em todos os lugares, até não mais existir refúgio ou repouso. E perseguiremos nações que propiciem auxílio ou abrigo ao terrorismo. 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 (BUSH, 2001, p. 5)[475]

E, de fato, a principal justificativa para a tramitação em segredo de processos que envolvam a suspeita de terrorismo (como visto no capítulo III) e para o completo isolamento dos chamados "combatentes inimigos" repousa no perigo, sempre enfatizado pelos órgãos governamentais norte-americanos, de fornecer ou deixar transparecer informações importantes ao "inimigo". Segundo já ressaltado no capítulo III, o Secretário de Justiça havia lançado uma advertência aos congressistas: se o processo de aprovação do projeto de lei referente ao *USA Patriot Act* fosse prolongado, "o sangue das futuras vítimas do terrorismo estaria nas suas mãos" (COLE e DEMPSEY, 2002, p. 151). Em outra ocasião, na declaração à

---

o direito de questionar as conclusões do presidente. Nós vamos decidir como definir 'combatente inimigo' e quem se encaixa nessa definição. E nós não cometemos erros'" (TAYLOR JR., 2002, p. 4).

[475] Num outro trecho, o mesmo raciocínio é reforçado: "Convidamos todas as nações a unir-se a nós. Nós solicitaremos – e será necessário – o apoio de forças policiais, serviços de inteligência e sistemas bancários em todo o mundo. Os Estados Unidos são gratos pelo fato de que muitas nações e organizações internacionais já se manifestaram – com simpatia e apoio. Nações da América Latina, Ásia, África, Europa, do mundo islâmico.

imprensa alusiva à situação de José Padilla, John Ashcroft mencionou o fato de que Padilla "treinou com o inimigo" (CNN, 10.6.2002). Questionado, pelo Congresso Nacional, acerca das informações que o Governo Federal tinha em mãos antes dos atentados de 11 de setembro, o Vice-Presidente Dick Cheney advertiu, em tom ameaçador, "que os Democratas poderiam estar auxiliando o inimigo na insistência em investigar assuntos que o Governo prefere manter em segredo" (DEAN, 2002, p. 1).

Um dos aspectos inovadores da atual campanha contra o terror é o deslocamento da posição do inimigo. Consoante a lúcida descrição proposta por Robert Bellah, uma expressiva parcela da identidade nacional norte-americana fundou-se, historicamente, no confronto com o outro – qualificado como inimigo. No século XX, esse foi um papel desempenhado, de modo predominante, pelos comunistas, quer no próprio cenário norte-americano, quer no plano internacional (Ásia, África, América Latina)[476]. Com a reorganização do mapa político mundial, após a queda dos regimes de socialismo real, a figura do "outro", que esteja apto a figurar na condição de "inimigo", dissipou-se. Daí a ênfase na perseguição aos estrangeiros que estejam inseridos no território norte-americano[477].

Fica explicada, nesse contexto, a declaração – constante do discurso de Bush aqui invocado – de que a campanha contra o terror será "diferente de qualquer outra já vista". Como assinalado por John Milbank: "Desapareceu a perspectiva de um inimigo exterior, real [...] Ausente o inimigo externo, o inimigo agora precisa ser interno, espreitar-se em todo lugar. Afastada a possibilidade de sua emergência ocasional, agora a guerra tem de ser perpétua, direcionada contra o perigo interno" (MILBANK, 2002, p. 307).

Talvez a Carta da OTAN reflita da melhor maneira a postura mundial: atacar um de seus membros significa atacar todos" (BUSH, 2001, p. 6).

[476] Bellah menciona expressamente os conflitos – nos quais os Estados Unidos estiveram engajados – ocorridos no Vietnã, na Indonésia, na Guatemala, no Chile e no Congo (BELLAH, 2002, p. 257-258).

[477] Ressalte-se o tratamento concedido aos estrangeiros suspeitos de prática de atos terroristas (invocado no capítulo III) e a volta do *racial profiling* nas investigações referentes à luta anti-terror (mencionada no capítulo IV).

Fica também evidenciada a rígida distinção entre "bem" e "mal" que parece governar algumas das manifestações dos líderes políticos norte-americanos. Um bom exemplo é fornecido por declarações do próprio Presidente Bush. Como narrado por Robert Bellah, Bush passou a qualificar Osama Bin Laden como "o mal" em reiterados pronunciamentos à imprensa. Numa entrevista concedida logo após os atentados de 11 de setembro, Bush foi indagado acerca das razões pelas quais os responsáveis pelos ataques "teriam ódio" em relação aos norte-americanos. Ele então afirmou não compreender a razão dos atentados, já que, consoante suas palavras, "nós somos tão bons" (BELLAH, 2002, p. 261)[478].

Para que se possa compreender a origem dessas distinções, talvez seja importante investigar algumas outras dimensões do discurso dominante no Poder Executivo norte-americano.

(2)

Por mais que a retórica oficial do Governo Federal norte-americano procure afirmar que a guerra contra o terrorismo não significa combater o Islã, o fato é que o "inimigo" parece ter sido definido a partir de inclinações religiosas. Num excerto decisivo do discurso proferido no Capitólio, Bush assevera:

> O rumo deste conflito não pode ser conhecido, e seu resultado é incerto. Liberdade e medo, justiça e crueldade sempre estiveram em guerra, e nós sabemos que Deus não é neutro em relação a essas escolhas. Queridos cidadãos, nós enfrentaremos a violência por meio da justiça paciente – certos da correção da nossa causa, e confiantes nas vitórias que virão. Em tudo que

[478] Numa outra oportunidade, também narrada por Bellah, ficou caracterizada a "missão" da qual Bush se vê imbuído. Após a realização de cerimônia religiosa em memória das vítimas dos atentados, Bush prometeu "livrar o mundo do mal". Bellah – que é um dos mais conceituados e premiados sociólogos norte-americanos – aduz: "Uma repórter do *San Jose Mercury News* solicitou meu comentário sobre essa declaração, e eu ponderei acerca da improbabilidade de 'livrar o mundo do mal'. Ela então disse: 'Eu não consigo sequer livrar a minha vizinhança do mal'. E eu repliquei: 'Eu não consigo sequer livrar o meu coração do mal'" (BELLAH, 2002, p. 260)

> está diante de nós, que Deus nos conceda sua sabedoria e que Ele continue a zelar pelos Estados Unidos da América" (BUSH, 2001, p. 8)[479].

Com apoio na minuciosa análise procedida por Steven Erickson, pode-se constatar a ascendência dos princípios religiosos do Presidente Bush na fundamentação das ações militares norte-americanas. Como é bastante conhecido, Bush tornou-se fervorosamente cristão em meados da década de 1980, quando lutava contra o alcoolismo. Para Erickson, "as mais profundas inclinações políticas de Bush – em relação às quais ele sequer deve possuir muita consciência, mas que são a fonte de sua força política e o conectam à sua base – são teocráticas" (ERICKSON, 2004, p. 2)[480].

Numa condenação que circulou por vários jornais ao redor do mundo, o ensaísta e escritor John Le Carré procurou associar o discurso religioso da administração Bush à política externa norte-americana. Em meio a veementes protestos contra a campanha militar do Iraque – desencadeada meses após a redação do artigo –, Le Carré parece haver apreendido a lógica excludente e bipolar das inclinações religiosas do Presidente norte-americano:

> O discurso religioso farisaico que vai enviar as tropas americanas à guerra é talvez o aspecto mais nauseante dessa surreal guerra que está por vir. Bush possui o monopólio sobre as revelações de Deus. E Deus tem opiniões políticas muito específicas. Deus escolheu a América para salvar o mundo de qualquer maneira que agradar à América. Deus escolheu Israel para ser o foco da política norte-americana para o Oriente Médio, e qualquer pessoa que queira contestar essa idéia é: a) anti-semita; b) antiamericana; c) favorável ao inimigo; e d) terrorista (LE CARRÉ, 2003, p. A 18)

---

[479] Para um inspirado comentário acerca desta parte do discurso de Bush, com especial menção à recusa do Presidente ao "direito de Deus à neutralidade", ver o ensaio de Sérgio Paulo Rouanet (2001, p. 48-58).

[480] Erickson prossegue: "Essa inclinação não se reflete apenas nas conhecidas mensagens – inseridas em discursos – destinadas à sua base, como as referências evangélicas às 'boas notícias' e (como no Estado da União de 2003) ao 'poder de realizar maravilhas', ou ainda por ele ter expressado, em algumas oportunidades, sua convicção de que a fé é o único passaporte para a eternidade (certa vez ele disse a um repórter judeu, de um jornal de Austin, que apenas os cristãos podem ser aceitos no céu). O presidente acredita ser ele mesmo um instrumento de Deus, assim como seus mais devotos seguidores – dois entre cinco eleitores de Bush em 2000 consideram-se cristãos evangélicos. A natureza absoluta de suas crenças religiosas, e a defesa de Bush no sentido de que os valores da democracia secular submetem-se, ao final das contas, aos valores cristãos, fazem com que, de modo inevitável, ele veja a democracia com uma desconfiança latente" (ERICKSON, 2004, p. 2).

Intimamente ligada a essa forte influência religiosa na definição do "inimigo", está a natureza da punição a ser infligida.

(3)

Não por acaso, anseios de vingança podem ser também constatados no combate ao terrorismo. Cabe voltar a atenção, mais uma vez, para o discurso proferido por Bush em 20 de setembro de 2001. Em dois momentos distintos – no início e no final do pronunciamento –, ele refere-se à "ira" gerada pelos atentados, e menciona a necessidade de se encontrar uma resposta à altura do mal causado pelos inimigos:

> Hoje somos um país despertado para o perigo e convocado a defender a liberdade. Nosso luto transformou-se em ira, e a ira em determinação. Se nós chamaremos nossos inimigos à justiça ou levaremos a justiça aos nossos inimigos, isso não interessa – o que interessa é que a justiça será feita.
>
> [...]
>
> Um grande mal foi feito contra nós. Sofremos enormes perdas. E em nosso luto e ira encontramos nossa missão e nosso momento. Liberdade e medo estão em guerra. O progresso da liberdade humana – a grande realização de nosso tempo, assim como a grande esperança de todos os tempos – agora depende de nós. 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. Nós não nos cansaremos, não faltaremos, não falharemos (BUSH, 2001, p. 1 e 8).

Algumas declarações dos principais líderes políticos norte-americanos refletem, de modo inequívoco, o anseio de vingança contra os supostos terroristas. Referindo-se aos prisioneiros mantidos no campo de Guantánamo, o Vice-Presidente Dick Cheney afirmou tratar-se "da pior parte de um lote muito ruim", enquanto Donald Rumsfeld, Secretário de Defesa, asseverou, durante uma visita ao campo delta, que os detentos poderiam ser descritos "como os assassinos mais perigosos, bem-treinados e odiosos da face da Terra"[481]. Em outra oportunidade, indagado pelo *The Independent* sobre as condições existentes em Guantánamo,

[481] As declarações de Cheney e Rumsfeld constam de reportagem divulgada pela *Associated Press*, reproduzida no MSNBC News (edição de 06.05.2003).

Rumsfeld indicou, de modo claro, a existência de uma noção de represália na forma com a qual os detentos seriam tratados: "Eu não tenho a mínima preocupação acerca do tratamento [dos prisioneiros de Guantánamo]. O modo pelo qual estão sendo tratados é muito melhor do que a forma com a qual eles trataram qualquer outra pessoa" (ROBERTS, 2002, p. 1).

É conveniente lembrar que os detentos de Guantánamo serão julgados por tribunais militares inteiramente subordinados ao Secretário de Defesa (que definiu as regras de processamento e julgamento, como visto no capítulo IV). Os responsáveis pela acusação e os advogados de defesa são indicados pelo Secretário de Defesa. Os julgamentos serão revistos pelo Secretário de Defesa. Não é possível o recurso a outros tribunais, a não ser ao próprio Secretário de Defesa. E esse mesmo Secretário de Defesa já emitiu seu juízo – coletivo – a respeito dos prisioneiros de Guantánamo.

Num depoimento historicamente relevante, Terry Waite – cidadão britânico, enviado especial do Arcebispo de Canterbury, e que ficou preso como refém por um grupo terrorista em Beirute, entre 1987 e 1991 – alertou para o perigo de se reduzirem as proteções legais mínimas aos prisioneiros de Guantánamo. Ele pergunta: "Como fui mantido em condições muito similares, estou assustado com a forma que nós – como países que se intitulam civilizados – estamos tratando esses detentos. Isso é justiça ou vingança?" (WAITE, 2002, p. 1).

(4)

De modo algum, a presença maciça, no cenário político contemporâneo, de discursos de teor maniqueísta e absolutizante – que operam mediante polaridades do tipo amigo-inimigo, bom-mau e clamam por vingança quando aparentam buscar justiça – chega a surpreender o observador. É até certo ponto previsível que essas imagens ganhem força num momento de enfrentamento e superação de uma perda inexplicável de vidas. Numa sociedade

de massa, a utilização de discursos que exaltem o patriotismo, a união em prol do Estado e a segurança nacional é um verdadeiro lugar-comum, tendo sido registradas várias ocorrências (em muitos contextos diversos) na história política do século XX.

O que chama a atenção, na situação vivida após os atentados de 11 de setembro, é a impressionante afirmação na idéia de segurança *em contraposição à vigência da constituição*. Nesse contexto, a formalidade constitucional – e, em conseqüência, o próprio sistema do direito – é vista como um *obstáculo*, uma *barreira*, que em muitas oportunidades precisa ser removida em prol da tutela, da proteção, da garantia da segurança nacional. A retórica nacionalista – já bastante desgastada – é reabilitada, com um alvo pré-definido: a normatividade constitucional.

Esse é o pano de fundo que se oculta na insistência em torno da dicotomia segurança-liberdade. Como mencionado nas primeiras linhas desta conclusão, a explicação-padrão para a justificação das políticas anti-terror norte-americanas vem se localizando na necessidade de "redefinição" do "balanço" entre liberdades civis, por um lado, e segurança nacional, por outro. Não é difícil perceber que, por detrás dessa linha de raciocínio, existe uma suposição que privilegia a *nação* em detrimento da *constituição*.

Uma determinada passagem, extraída de artigo escrito pelo teórico do direito mais lido nos Estados Unidos da América – o professor Richard Posner[482] – ilustra com clareza esse ponto:

---

[482] Merece atenção o trecho transcrito a seguir, extraído de um abrangente perfil de Posner traçado pela revista *New York* (edição de 10 de dezembro de 2001): "Além de suas opiniões polêmicas, Posner é famoso por sua frenética produtividade. Ele publica um livro a cada meia hora. Atualmente com sessenta e dois anos, ele escreveu trinta e um livros, mais de trezentos artigos e cerca de mil e novecentos votos. Ele escreveu livros sobre AIDS, direito e literatura, o impeachment de Clinton, e artigos sobre pornografia, Hegel e a Islândia medieval [...] Ele é, por uma larga margem, o jurista mais citado em artigos acadêmicos – em quantidade quase idêntica à soma dos dois outros autores da lista, Ronald Dworkin e Oliver Wendell Holmes" (MACFARQUHAR, 2001, p. 2).

> Consoante estava claro ao tempo da redação deste artigo, os eventos de 11 de setembro demonstraram que os Estados Unidos estão ameaçados pelo terrorismo internacional, de um modo muito mais intenso do que se imaginava – o país está sob a ameaça de um inimigo sombrio e difuso, que precisa ser combatido com a utilização de medidas policiais e militares. 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.
>
> [...]
>
> Nós somos uma nação que respeita o Estado de Direito, mas antes de tudo nós somos uma nação. (original grifado – POSNER, 2001, p. 2-3)[483].

Consoante advertido por Dworkin, o pretenso *trade-off* entre liberdade e segurança não é uma maneira adequada para descrever a reorganização da política e do direito após os atentados de 11 de setembro. Para Dworkin, o que está em curso é uma política de "segurança acima de tudo", que acaba por provocar uma assimetria entre os direitos assinalados aos cidadãos norte-americanos e os direitos de outros povos:

> Praticamente nenhum norte-americano que não seja originariamente muçulmano ou não possua alguma outra conexão islâmica corre o risco de ser considerado um combatente inimigo e ser trancafiado *incommunicado* durante anos numa prisão militar. O único balanço ou *trade-off* em questão é aquele entre a segurança da maioria e os direitos dos *outros* povos (original grifado – DWORKIN, 2003a, p. 9).

Constatou-se, a partir das análises empreendidas nos capítulos III e IV, que as medidas anti-terror adotadas pelo Governo Federal norte-americano passaram a conter uma clara distinção entre cidadãos e não-cidadãos, entre nacionais e estrangeiros. Esse fenômeno é interpretado da seguinte maneira por Michael Ratner: "Por que não-cidadãos são tratados de

[483] Num contexto editorial bastante improvável – uma popular revista destinada a apreciadores de charutos – um oficial graduado das Forças Armadas, o General Tommy Franks, que funcionou como comandante das operações em terra nas campanhas do Afeganistão e Iraque, afirmou que, na hipótese de um ataque com armas de destruição em massa desfechado no Ocidente, "o pior pode acontecer em nosso país", ou seja, "a população poderá questionar a nossa Constituição e começar a militarizar o nosso país com o objetivo de evitar a repetição de algum outro evento que cause pesadas baixas". O resultado, para Franks, será o gradativo fim da constituição, e "o mundo ocidental, o mundo livre, perderá o que mais estima – a liberdade que pudemos contemplar durante duzentos anos desse grande experimento que chamamos democracia". As declarações de Tommy Franks, prestadas à edição da revista *Cigar Aficionado* que circulou em dezembro de 2003, estão registradas em Foley (2003).

uma forma e os cidadãos de outra? [...] De repente, não-cidadãos não possuem direitos humanos, ou possuem menos direitos humanos que os cidadãos" (RATNER, 2002, p. 1515).

E o debate se volta, então, para o campo dos direitos humanos.

É por intermédio da denegação desses direitos – que fica tão clara pelas medidas referentes à detenção de estrangeiros, ao aprisionamento em Guantánamo, ao julgamento por tribunais militares e à designação do *status* de "combatente inimigo", isso sem falar da prática de tortura – que se pode constatar o radical processo de des-diferenciação do sistema do direito que está em pleno curso. Ao inserir conceitos típicos da política, da moral e da religião – oscilando sempre entre os códigos amigo-inimigo, bem-mal, sagrado-profano –, o discurso dominante que justifica as medidas anti-terror promove uma eliminação da própria comunicação voltada ao direito. E, evidentemente, os direitos humanos – com toda sua carga semântica – tornam-se disponíveis, renunciáveis, inaplicáveis, inadequados.

Com isso quer-se dizer, na esteira da minuciosa reflexão proposta por Gert Verschraegen, que os direitos humanos, na sociedade moderna, constituem um verdadeiro dispositivo de *auto-proteção* da forma de diferenciação funcional da sociedade. Na medida em que os direitos humanos são titularizados por todos, tendo como requisito *apenas* a própria condição de indivíduo, isso significa a não-incidência de critérios de "qualidade" (CORSI, 2001a, p. 181), como o pertencimento a uma dada família, a um estrato da estrutura social ou ainda a exigência de propriedade ou renda (para aquisição e fruição de direitos)[484]. Assim, para Verschraegen, a emergência dos direitos humanos só pode ser compreendida em sua historicidade se for analisada a partir do processo de modificação societal rumo à especialização funcional:

[484] Cf., a esse respeito, a rápida retrospectiva acerca dos fatores de transição historicamente verificados na passagem da forma de diferenciação por estratos para a diferenciação funcional da sociedade moderna, tal como descritos no capítulo II.

> O conceito de diferenciação funcional está no centro da análise luhmanniana referente aos direitos humanos. Segundo Luhmann, a emergência de direitos humanos de dimensão internacional pode ser vista como uma resposta à diferenciação funcional da "sociedade mundial". Diferenciação funcional e a emergência de direitos humanos são, então, processos históricos complementares [...] 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. Mediante, por exemplo, a institucionalização da liberdade religiosa e da liberdade de consciência, a sociedade moderna impede a interferência contínua da religião e da política (VERSCHRAEGEN, 2002, p. 262)

Essa institucionalização de mecanismos como forma de auto-proteção da sociedade contra tendências des-diferenciantes está inteiramente associada à ausência de centralidade que caracteriza a sociedade moderna, bem como à crescente complexidade das relações sistema-ambiente que se desenvolvem a partir da diferenciação funcional (segundo observado no capítulo II). A idéia de constituição é fundamental para a consolidação desse quadro. Atente-se, a esse respeito, para a descrição de Verschraegen:

> Com a consolidação da diferenciação funcional, um novo tipo de auto-limitação surge na forma da constituição. Direitos constitucionais emergem como uma contra-instituição que restringe as tendências colonizantes da política estatal. Mediante direitos e liberdades garantidos constitucionalmente, o sistema político define a área de competência do poder estatal e traça uma linha que o delimita em relação a outras esferas sociais externas à política. Só assim – ou seja, restringindo-se a si mesma por meio da constituição – a política pode desempenhar sua própria função de maneira adequada e reconhecer a autonomia dos outros sistemas[485].

A partir do momento em que se operam a *monopolização* da constituição e a *suspensão* da ordem constitucional, a aquisição evolutiva obtida mediante a formalidade constitucional torna-se desprovida de sentido. Abre-se um espaço para a ausência do direito.

---

[485] A citação prossegue nos seguintes termos: "Essa limitação interna do poder político é ainda mais necessária porque a autonomia de todos os sistemas funcionais vem acompanhada por uma crescente dependência entre eles. O poder político, por exemplo, não pode estar disponível para comercialização, *exatamente porque* as decisões políticas afetam interesses financeiros de grande monta. A independência da jurisdição precisa ser garantida constitucionalmente, *exatamente porque* as decisões judiciais têm grande impacto em outros sistemas funcionais. A liberdade de imprensa precisa ser protegida constitucionalmente, exatamente porque a dependência política em relação aos meios de comunicação em massa vem aumentando, e assim por diante" (VERSCHRAEGEN, 2002, p. 272). Boa parte da reflexão de Verschraegen baseia-se num dos primeiros livros escritos por Luhmann, voltado à teoria dos direitos fundamentais como instituições. Ver Luhmann (2002b).

Por outro lado, não podem ser acionadas, num contexto atual, as estruturas – típicas das formas de diferenciação segmentária e por estratificação – que preenchiam, mediante descrições, procedimentos e símbolos variados, o espaço que era deixado pela incompletude do fechamento operacional do sistema jurídico. Religião, moral, política, costumes e tradições desempenharam esse papel com enorme desenvoltura ao longo de muitos séculos.

Porém, o mundo não pode ser "re-encantado" – ao menos na forma pré-moderna. O que resta, quando a des-diferenciação do direito se dá de modo tão radical, é a assimetria da força pura, que se sobrepõe à especialização funcional e à inexistência de centro social (elementos característicos do processo de diferenciação que conduziu à sociedade moderna).

Assim, as diferenças tornam-se menos evidentes – e o resultado final é que o poder estatal acaba se aproximando de tal forma da lógica terrorista que ele se converte no seu duplo. Trata-se de um movimento que é descrito de modo coerente por Giorgio Agamben:

> No curso de uma neutralização gradual da política e de um progressivo abandono das tarefas tradicionais do estado, a segurança se torna o princípio básico da atividade estatal [...] Um estado que tenha na segurança a sua única tarefa e fonte de legitimação é um organismo frágil; ele pode ser sempre provocado pelo terrorismo – a ponto de tornar-se ele mesmo terrorista.
>
> Quando a política [...] reduz-se à polícia, a diferença entre estado e terrorismo corre o risco de desaparecer. 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. *O risco não é* apenas de desenvolvimento de uma clandestina cumplicidade entre oponentes, mas que a busca por segurança conduza a uma guerra civil mundial que transforme qualquer coexistência civil em algo impossível. Com a nova situação, criada a partir do fim da forma clássica de guerra entre estados soberanos, fica claro que a segurança encontra também o seu fim na globalização: isso significa a idéia de uma nova ordem planetária que é, na verdade, a pior de todas as desordens (original grifado – AGAMBEN, 2001, p. 1)[486]

[486] Consoante observado de modo perspicaz por Robert Bellah, há enormes semelhanças entre os discursos de George W. Bush e Osama Bin Laden. Ambos alegam estar em guerra contra "o mal". Assim, uma guerra prolongada contra o terrorismo tende a aproximar cada vez mais o Estado e os grupos terroristas. Segundo assinalado por Bellah, "O fato de

Ainda que inteiramente acertada, essa percepção não parece ser a forma mais indicada para a conclusão deste exercício de observação em torno do constitucionalismo contemporâneo. Uma das características interessantes – e desafiadoras – da sociedade moderna é a sua intensa complexidade, imprevisibilidade e abertura para novas possibilidades. Entende-se oportuno, então, contemplar, nas linhas finais deste trabalho, alguns episódios relevantes voltados à defesa da constituição, mesmo num contexto hostil.

Afinal de contas, é preciso demonstrar o equívoco contido na afirmação enunciada por outro notável personagem da dramaturgia shakespeariana. Numa declaração peremptória, Dick "o açougueiro" propõe, como "a primeira a coisa a ser feita" pelo governo revolucionário dos trabalhadores, simplesmente "matar todos os advogados" (*Henrique VI*, parte II, 4º ato, cena II). É hora de tentar reverter o audacioso plano de Dick.

5.2 O Constitucionalismo em Tempos de Terror: momentos de reação e construção

Como foi ressaltado na parte final do capítulo III e em todo o capítulo IV, existe um debate que vem sendo travado, ininterruptamente, perante os tribunais federais norte-americanos, acerca dos contornos, dimensão e limites da campanha governamental de combate ao terrorismo. Exatamente pela circunstância de que várias das provisões legislativas e administrativas confrontam diretamente direitos fundamentais estipulados pela Constituição norte-americana, as cortes federais vêm procurando construir uma jurisprudência adequada à nova situação política vivenciada nos Estados Unidos. E, a partir do estudo de algumas das decisões, é possível aferir o grau de autonomia

---

estarmos encorajando vários regimes tirânicos na região da Ásia que pertencia à ex-União Soviética como parte de nossa campanha contra o terrorismo é um padrão bastante familiar, que remonta à guerra fria" (BELLAH, 2002, p. 261). Giorgio Agamben relembra, nessa mesma linha de raciocínio, que "a primeira grande organização de terror criada posteriormente à guerra, a *Organisation de l'Armée Secrète* (OAS), foi fundada por um general francês que se

do sistema do direito em relação às crescentes tendências materializantes e des-diferenciantes que surgem, de modo incessante, do sistema da política.

Cabe invocar, em primeiro lugar, duas decisões que endossam a política de combate ao terrorismo implantada pelo Governo Federal norte-americano. Observe-se, por oportuno, que a análise aqui proposta não se concentra no *resultado* dos casos concretos, ou seja, não é *decisivo* para a argumentação o fato de o Governo haver sido derrotado ou não perante as cortes (até mesmo porque, em alguns dos precedentes a seguir declinados, o resultado é de parcial procedência do pedido, que gerou recurso das duas partes ao órgão jurisdicional revisional). O que interessa, efetivamente, é a tentativa de apreensão do *vocabulário* e da *concepção de constituição* empregados nas decisões.

A primeira decisão que merece destaque foi proferida pela *United States Court of Appeals for the Fourth Circuit*, e diz respeito ao caso *Hamdi*, abordado no capítulo IV[487]. Discutiu-se, naquele processo, o *status* do "combatente inimigo". No caso, Yaser Hamdi, cidadão norte-americano (nascido no Estado da Lousiana) havia sido capturado no campo de batalha do Afeganistão e conduzido até a base de Guantánamo; quando a cidadania norte-americana foi demonstrada, ele foi declarado "combatente inimigo" e mantido encarcerado numa prisão localizada num navio de guerra do porto de Norfolk, Virgínia (o que atraiu a competência do *Fourth Circuit*).

O processo teve como discussão inicial a questão do sigilo. Como será visto mais à frente – durante a discussão dos fundamentos da decisão da Corte de primeiro grau –, o Governo Federal limitou-se a encaminhar um documento em que justificava, em linhas muito gerais, razões de segurança nacional para que Hamdi fosse declarado um "combatente

---

considerava um patriota, e que se convenceu de que o terrorismo era a única resposta viável ao fenômeno da guerrilha na Argélia e na Indochina" (AGAMBEN, 2001, p. 1).

[487] *Hamdi v. Rumsfeld*, No. 02-7338, 4th Circuit.

inimigo". Com base na generalidade e imprestabilidade desse documento – intitulado "declaração Mobbs" – o juízo de 1º grau concluiu que o *status* de combatente inimigo de Hamdi não fora satisfatoriamente demonstrado; a corte de apelações, contudo, reverteu tal entendimento, primeiro numa decisão turmária e posteriormente num pronunciamento *en banc*[488]. No capítulo IV desta tese, foi ressaltada a discrepância entre o fundamento apresentado pela maioria e o voto divergente, durante a apreciação *en banc*.

No presente momento, cabe aprofundar a análise no teor da decisão turmária, que reflete, em diversas passagens, alguns dos melhores exemplos do vocabulário empregado pelo Governo Federal norte-americano para justificar a luta contra o terror. Trata-se, portanto, da constatação da materialização da ordem constitucional, ou seja, da própria des-diferenciação do sistema do direito.

Em suas linhas iniciais, a Corte deixa claro o raciocínio geral a ser seguido na apreciação do caso: em tempos de guerra, o Judiciário se permite um amplo grau de "deferência" (ou seja, respeito, consideração, acatamento) em relação às ações militares empreendidas pelo Poder Executivo:

> Na conformidade do texto constitucional, a Suprema Corte já demonstrou grande deferência aos ramos políticos quando chamada a decidir casos que envolviam matéria sensível referente à política externa ou a assuntos militares [...]
>
> A demarcação, na Constituição, dos poderes de guerra não reflete apenas o conhecimento e a experiência pertencentes ao executivo, mas também, a verdade fundamental no sentido de que aqueles ramos mais submetidos ao controle popular devem encarregar-se da proteção definitiva do mesmo povo e dele solicitar o sacrifício máximo[489]

Em prosseguimento, a decisão, de modo engenhoso, associa essa necessidade de proximidade entre o povo e o Poder Executivo para afirmar, peremptoriamente, a prevalência

[488] *Hamdi v. Rumsfeld*, No. 02-7338, 4th Circuit, *en banc*.
[489] *Hamdi v. Rumsfeld*, No. 02-7338, 4th Circuit., p. 10.

da soberania nacional sobre a própria atividade de jurisdição constitucional. E os fundamentos vão ainda mais longe – ao questionar a idéia de direitos individuais (e sua subsistência) em tempos de guerra:

> Assim, um eventual intrusão do poder judiciário no exercício da realização da guerra seria uma violação ao direito de auto-determinação e autogoverno, num momento em que o cuidado com a defesa comum é o mais crítico. O direito do povo não deixa de ser um direito apenas porque é possuído de modo coletivo [...] As salvaguardas aplicáveis aos norte-americanos em ações e investigações criminais não se movimentam livremente na arena do conflito armado. De fato, se não se puder exercer a deferência em relação ao executivo no que se refere a decisões militares resultantes de julgamento no campo, é difícil definir em que outro lugar essa deferência poderia obtida[490]

O passo subseqüente será, então, a diminuição do espaço de atuação da jurisdição constitucional – e, em última análise, a própria submissão da constituição à nação –, como se percebe pelo seguinte excerto:

> qualquer investigação judicial acerca do status de Hamdi como combatente inimigo no Afeganistão terá de levar em consideração essa deferência, assim como "o reconhecimento de que o governo não tem outra responsabilidade mais séria" do que a proteção dos cidadãos norte-americanos quanto a futuros ataques terroristas[491]

A conclusão do voto traz um elemento fundamental para a compreensão do sentido da decisão. De modo bastante incomum, o tribunal entende pertinente registrar uma manifestação de pesar pelas vítimas dos atentados de 11 de setembro e, após isso, faz referência explícita à "dor" e à "ira" (as quais, segundo a decisão, não teriam norteado o entendimento expresso no voto). A passagem é aqui transcrita:

> Os eventos de 11 de setembro deixaram uma marca indelével. Não se considera equivocado, mesmo por meio dos secos registros dos anais judiciários, lamentar o destino das pessoas que perderam suas vidas naquele dia terrível. 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,

[490] *Hamdi v. Rumsfeld*, No. 02-7338, 4th Circuit., p. 10 e 12.
[491] *Hamdi v. Rumsfeld*, No. 02-7338, 4th Circuit., p. 12.

> 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. Exatamente por isso, pelas razões declinadas, o julgamento de 1º grau deve ser reformado e a petição de *habeas corpus* indeferida. Assim se decide[492].

O dado distintivo desse julgamento – e, em especial, da menção aos atentados de 11 de setembro de 2001 – é a relação dos ataques com a situação de Hamdi, que era o favorecido pela impetração do *habeas corpus*. Como ficou claro no próprio processo, as circunstâncias em que Hamdi foi apreendido são completamente nebulosas. O fato de ele ter sido remetido ao campo de prisioneiros de Guantánamo apenas reforça tal conclusão: os prisioneiros soltos até o momento não tinham qualquer relação com a campanha militar. Estavam apenas "na hora errada e no lugar errado", como parece ter ocorrido com boa parte dos detentos ainda hoje encarcerados na ilha[493]. Mesmo assim, o tribunal de recursos entendeu que era plausível a associação entre os atentados de 11 de setembro e a captura de Hamdi. Trata-se de uma curiosa responsabilização coletiva. À falta de dados concretos, todo e qualquer combatente (ou não) que tenha sido capturado no Afeganistão é responsável pelas mortes resultantes dos ataques de 11 de setembro.

Uma segunda decisão deverá ser também ressaltada. Cuida-se da ação ajuizada no Distrito de Columbia em favor de vários prisioneiros de Guantánamo, na qual se requer a revisão do *status* dos detentos pelo Judiciário Federal norte-americano. O juízo de 1º grau declinou de sua jurisdição, afirmando que os detentos encontram-se em território externo, o que inviabilizaria o deferimento da ordem de *habeas corpus* pleiteada. Submetido o feito à cognição da *United States Court of Appeals for the Columbia Circuit*, a decisão originária foi mantida.

---

[492] *Hamdi v. Rumsfeld*, No. 02-7338, 4th Circuit., p. 26.

[493] Ver os esclarecedores relatos contidos em Meek (2003) e Rose (2004).

A fundamentação da decisão do tribunal de recursos é de teor distinto daquela lançada no caso *Hamdi* pelo *Fourth Circuit*. Aqui, a decisão é essencialmente "técnica", referindo-se a todo o momento a precedentes de outros tribunais e apreciando o tratado de cessão da base naval de Guantánamo aos Estados Unidos da América.

Porém, no último parágrafo do voto, é possível apreender, tal como no caso *Hamdi*, a ampla e irrestrita "deferência" reservada ao Poder Executivo em tempos de guerra – inclusive para certificar o teor de "periculosidade" dos "inimigos" capturados em combate. Atente-se para o trecho conclusivo da decisão:

> O nível da ameaça que um detento possa representar para os interesses dos Estados Unidos, a quantidade de informações de inteligência que ele possa fornecer, as condições sob as quais o detento possa se dispor a cooperar, o efeito deletério que visitas familiares e de advogados possam causar – esses tipos de julgamento foram, tradicionalmente, deixados à discrição exclusiva do Poder Executivo, e assim devem permanecer[494]

Chama a atenção, na passagem ora reproduzida, a *extensão* da deferência conferida ao Executivo – que inclui a escolha de "condições" em que os detentos possam "cooperar". A recusa ao exercício do controle jurisdicional significa, pura e simplesmente, a concessão de um poder ilimitado ao Poder Executivo – por intermédio de seu braço militar – para dispor sobre o destino dos prisioneiros. E o que é irônico: tudo isso ocorre em território estrangeiro, já que, para o tribunal do *DC Circuit*, a soberania da ilha de Guantánamo pertence a Cuba[495].

A partir da linha de argumentação que vem se desenvolvendo ao longo da presente tese, verifica-se que, em situações como as descritas nos dois precedentes (*Hamdi* e *Al Odah*), a jurisdição constitucional demonstra uma tendência a ceder às pressões que se originam do sistema político. Há uma nítida *hierarquização* de prioridades. A mensagem que

[494] *Khaled Al Odah et. al. v. United States of America et. al.*, DC Circuit, N° 02-5251, p. 14.
[495] Ver, no capítulo IV, a discussão em torno do *status* da base naval de Guantánamo.

pode ser extraída da fundamentação lançada nas duas decisões é a seguinte: "a jurisdição constitucional continua existindo, em tese, em tempos de guerra, mas, na concretude das situações de conflito (e de suas conseqüências), cabe ao Poder Executivo, *exclusivamente*, dispor sobre os direitos dos prisioneiros capturados pelas Forças Armadas".

A *barreira* (ou a *limitação*) que deveria ser proporcionada pela constituição ao sistema político é afastada – e assim a comunicação voltada ao direito dilui-se em meio a várias distinções tradicionais formuladas pela política, como, nos casos em discussão, a dicotomia amigo-inimigo. E, com isso, o efeito des-diferenciante dessa modalidade de "deferência" torna-se visível.

Cumpre, agora, enfocar duas outras decisões judiciais, também envolvendo aspectos constitucionais decorrentes do combate ao terrorismo, que, examinadas de modo conjunto, formam um quadro claro, coerente e determinado de *afirmação da idéia moderna de constituição*. Ao contrário dos dois precedentes tratados até o momento, as decisões a seguir invocadas revelam uma acurada consciência das noções de supremacia da constituição e de controle judicial de constitucionalidade.

O primeiro caso a ser abordado diz respeito à situação de José Padilla, declarado "combatente inimigo" por ato presidencial. Segundo já narrado no capítulo IV, a *Court of Appeals for the Second Circuit* exerceu plena jurisdição no *habeas corpus* impetrado em favor de Padilla, e determinou a sua libertação. O Governo Federal apresentou recurso à Suprema Corte, que aceitou analisar o caso. A decisão deverá ser proferida em junho ou julho de 2004.

A principal linha de argumentação adotada no caso *Padilla* é a necessidade de que o Congresso autorize, expressamente, a detenção de cidadãos norte-americanos em virtude de seu envolvimento em conflitos externos. Para o tribunal sediado em New York, os poderes de comandante-em-chefe investidos na figura do Presidente da República não são tão

abrangentes, a ponto de permitir a detenção, em território norte-americano, de um cidadão local, sem a previsão de revisão desse ato pelos tribunais. O que é interessante destacar, contudo, é o fato de que a decisão reconhece a existência de um estado de emergência, *mas nega ao Presidente da República o direito de declará-lo de modo exclusivo, sem participação do Congresso*:

> A Constituição prevê situações em que possa ficar configurada grave emergência de âmbito nacional e contempla significativas restrições às liberdades individuais nesses períodos [...] Neste caso, o Executivo reivindica poderes de emergência que seriam necessários para tornar efetivas tais restrições, mas nós concordamos com Padilla, no sentido de que a Constituição aloca tais poderes no Congresso, e não na figura do Presidente [...] Em síntese, enquanto o Congresso – agindo de modo consistente com a Constituição – pode ter o poder de autorizar a detenção de cidadãos norte-americanos nas circunstâncias verificadas no caso de Padilla, o Presidente, agindo sozinho, não pode[496]

Num outro estágio da fundamentação, o voto prevalente deixa claro o papel a ser desempenhado pelos tribunais na tarefa de controlar o exercício dos poderes – emanados da constituição – pertencentes ao Executivo. É bastante significativo, em termos de história constitucional, o precedente invocado pela corte ao final da transcrição que se segue:

> Porém, argumentar que o Presidente, mesmo em períodos de grave ameaça à segurança nacional ou de guerra, declarada ou não-declarada, pode reivindicar quaisquer dos poderes, expressos ou implícitos, reservados ao Congresso, é uma proposição inteiramente diferente. A deferência devida ao Executivo no exercício de seus poderes de guerra é apenas o início da investigação, não o seu final. Quando os poderes exercitados pelo Comandante-em-Chefe são desafiados (por mais que eles sejam bem-intencionados), na medida em que eles possam colidir com os poderes reservados pela Constituição ao Congresso, os tribunais têm um papel fundamental a desempenhar. *Ver Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)[497]

Um outro aspecto deve ser acentuado, ainda no caso *Padilla*. Como foi observado, a decisão proferida em *Hamdi*, num momento crucial da argumentação, houve por bem lamentar o destino dos mortos nos atentados de 11 de setembro de 2001. E em *Padilla*? Qual seria a postura do tribunal, localizado na parte Sul de Manhattan? Atente-se para a resposta:

---

[496] *Padilla v. Rumsfeld*, nº 03-2235(L) e 03-2438(Con), 2nd Circuit., p. 39.
[497] *Padilla v. Rumsfeld*, nº 03-2235(L) e 03-2438(Con), 2nd Circuit., p. 34.

> Como esse tribunal está sediado a uma curta distância do local que já foi ocupado pelo World Trade Center, nós estamos tão conscientes como qualquer outra pessoa acerca da ameaça que a al Qaeda representa para o nosso país, bem como das responsabilidades que cercam o Presidente e os agentes encarregados da aplicação da lei, no dever de proteger a nação. Contudo, a autoridade presidencial não existe no vácuo, e este caso não envolve saber se essas responsabilidades devem ou não ser agressivamente exercidas, mas se o Presidente está obrigado a dividi-las com o Congresso, consoante as circunstâncias aqui presentes[498]

Em todas as passagens mencionadas, percebe-se uma linha de raciocínio coerente. Ela pode ser assim esboçada:

(a) As circunstâncias são excepcionais, a nação está engajada num conflito com ramificações externas, houve um ataque ao território nacional, *mas* isso não significa que o Presidente, na condição de comandante-em-chefe, possa exercer determinadas responsabilidades que não lhe pertencem, *consoante disposto no texto constitucional*.

(b) Se o Presidente – como ocorrido no caso *Padilla* – houver por bem exercer essas responsabilidades de modo exclusivo e não-autorizado, deverá existir um limite, um controle, uma barreira à sua atuação, como forma de garantir a integridade do texto constitucional.

(c) A partir da tradição inaugurada por *Marbury v. Madison*, fica clara a titularidade dessa incumbência: os tribunais são encarregados de impor limites à atuação presidencial, nos termos da constituição.

Essa visão, essa percepção em relação à supremacia da constituição, aliada ao fundamental papel exercido pelos tribunais mediante a prática do *judicial review*, é claramente visualizada e aprofundada em outra decisão referente às políticas anti-terror desenvolvidas pelo Governo Federal norte-americano.

O precedente envolve o caso *Hamdi*. Logo após a classificação de Yaser Hamdi como "combatente inimigo", um defensor público impetrou *habeas corpus*, alegando ter sido

[498] *Padilla v. Rumsfeld*, nº 03-2235(L) e 03-2438(Con), 2nd Circuit., p. 4.

impedido de visitar o detento, mantido *incommunicado* numa prisão construída num navio de guerra. O caso foi submetido à *United States District Court for the Eastern District of Virginia (Norfolk Division)*, presidida pelo Juiz Robert G. Doumar[499].

Desde o início da tramitação do feito, o Juiz Doumar vem determinando que o Governo Federal demonstre, documentalmente, a necessidade de aposição do *status* de "combatente inimigo" a Yaser Hamdi. Em sucessivas oportunidades, a *Court of Appeals* a que Doumar está submetido (do *Fourth Circuit*, localizada em Richmond) reformou as decisões de 1º grau, em observância ao princípio da "deferência" reservada ao Presidente da República na condução de assuntos militares.

Uma dessas decisões interlocutórias de 1º grau é particularmente significativa para os propósitos da presente investigação. Numa ordem datada do dia 14 de agosto de 2002, o Juiz Doumar aprecia os argumentos do Governo Federal que justificariam, no entendimento do Secretário de Defesa, a manutenção de Hamdi como "combatente inimigo". Doumar passa a desqualificar, parágrafo por parágrafo, a já citada "declaração Mobbs", um relatório apresentado pelo Departamento de Defesa com o intuito de demonstrar a impossibilidade do deferimento da jurisdição civil – com todas as suas conseqüências – ao "combatente inimigo" Hamdi. De modo conclusivo, Doumar afasta a possibilidade de aceitação daquela declaração. Segundo sua argumentação, o documento governamental não traria nenhuma informação adicional, a não ser os já sustentados argumentos voltados à importância do sigilo (por razões de coleta de informações de inteligência) e da proteção da segurança nacional[500].

Para Doumar, uma questão fundamental persiste sem resposta: por que Hamdi foi capturado e posteriormente aprisionado? Nada existe nos autos acerca desse assunto. Daí a

[499] *Hamdi v. Rumsfeld* (*Civil Action* n° 2:02cv439), District Court.
[500] *Hamdi v. Rumsfeld* (*Civil Action* n° 2:02cv439), District Court, *court order*, 14.08.2002, p. 9-14.

preocupação, explicitada na ordem judicial, em saber se ele é "um combatente inimigo, um combatente inimigo em situação ilegal ou apenas um curioso"[501].

Doumar então assinala que, em situações como a daquele caso concreto, há, de fato, uma maior "deferência" às ações do Poder Executivo na condução de assuntos externos e de ordem militar, consoante estipulado pela própria Constituição. Entretanto, prossegue Doumar em sua fundamentação, *isso não significa a impossibilidade de atuação judicial*. Quando direitos e liberdades individuais estejam em risco, é evidente que os tribunais – também por previsão constitucional – possuem a plena autoridade para rever e controlar os atos praticados pelo Poder Executivo. E, no caso *Hamdi*, havia uma forte alegação referente à violação da Quinta Emenda à Constituição, que consagra o direito ao devido processo legal. Assim, conclui Doumar, exatamente *porque* Hamdi é destinatário da Quinta Emenda, torna-se necessário investigar as circunstâncias de sua detenção, o que deve ocorrer perante um tribunal.

Numa vigorosa declaração, Doumar deixa claro que o Governo Federal estaria restringindo informações em seu poder (inclusive por razões de disciplina militar). Aceitar as postulações do Governo, baseadas em relatórios e declarações genéricas, equivaleria, para Doumar, a renunciar "a qualquer coisa semelhante com o *judicial review*", o que transformaria o Judiciário num mero "carimbador" dos atos do Executivo.

E, então, numa notável passagem, Doumar explicita sua concepção em torno da Constituição, do papel dos tribunais, da universalidade dos direitos e da função da jurisdição constitucional:

> Nós precisamos proteger as liberdades daqueles que nos odeiam, o que podemos a princípio achar censurável. Se falharmos nessa tarefa, tornaremo-nos vítimas dos precedentes que criarmos. Nós nos orgulhamos de ser uma nação em que a lei se aplica de modo igual a todos, e não uma nação de homens que tenham pouca ou nenhuma medida. Os senhores da guerra no

[501] *Hamdi v. Rumsfeld* (*Civil Action* n° 2:02cv439), District Court, *court order*, 14.08.2002, p. 5.

> Afeganistão podem ter-se envolvido em atividades de pilhagem e saque. Nós não podemos descer aos seus padrões, se não queremos, nós mesmos, depreciar-nos. Nós devemos preservar os direitos que nos são proporcionados pela Constituição e pelas demais leis – sem isso, nós retornaremos ao caos das normas ditadas pelos homens e não pelo direito. Nossa Constituição foi a primeira a desenvolver um governo de freios e contrapesos. Os poderes legislativo, executivo e judiciário controlam-se reciprocamente[502]

Com essa digressão, constata-se que a prática reiterada da jurisdição constitucional, há cerca de duzentos anos (vale lembrar que *Marbury v. Madison* é de 1803), deixou sua marca no direito norte-americano e não pode ser simplesmente afastada por razões de segurança ou emergência nacional. Por outro lado, verifica-se uma tensão conceitual bastante polarizada entre decisões judiciais que envolvem o mesmo tema – os direitos fundamentais numa perspectiva de ameaça à segurança nacional. Pode-se antever, no fundo do debate, uma tensão latente entre constituição e nação. Daí a ênfase, concedida na presente investigação, à diferenciação do direito na sociedade moderna.

Ademais, é fundamental observar um dado relacionado à suspensão da ordem constitucional norte-americana, no que diz respeito ao *status* dos prisioneiros de Guantánamo. Como foi visto no capítulo IV, a Suprema Corte irá apreciar, até julho de 2004, a discussão em torno da existência de jurisdição dos tribunais norte-americanos em relação aos detentos. De certo modo, a Suprema Corte acabou por atrair para si própria a decisão acerca da possibilidade – ou não – de declaração do estado de exceção[503]. Muitas expectativas se colocam, portanto, quanto à decisão a ser proferida. Não é o caso, porém, de estipular qualquer modalidade de prognóstico em relação ao teor do julgado, até porque é uma situação

---

[502] *Hamdi v. Rumsfeld* (*Civil Action* n° 2:02cv439), District Court, *court order*, 14.08.2002, p. 14.

[503] O autor deste trabalho registra seu agradecimento ao Prof. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, que chamou a atenção para esse ponto durante a qualificação da tese.

bastante original[504]. O que interessa, aqui, é discutir a dimensão do desafio que se impõe à supremacia da constituição.

Num verdadeiro *tour-de-force*, Dworkin propõe uma síntese das medidas anti-terror implementadas pelo Governo Federal norte-americano e suas conseqüências. Cada uma das palavras do texto merece transcrição:

> Vamos rememorar esse catálogo de ações e políticas. A administração Bush agora mantém encarceradas muitas centenas de pessoas, sem acesso a parentes ou advogados, sem indiciamento ou acusação e sem indicação do prazo em que elas serão libertadas (se é que serão libertadas). A administração ameaça algumas dessas pessoas com julgamentos militares secretos, nos quais não estarão presentes muitas das garantias que os tribunais americanos são obrigados, pela constituição, a observar, sem a possibilidade de recurso a algum órgão externo à administração, e ameaça matar os acusados se eles forem condenados nesses processos. A administração afirma que os indivíduos por ela detidos não fazem jus ao *status* e ao tratamento de prisioneiro de guerra, tal como previsto em convenções internacionais. Mas o governo não demonstra a razão pela qual eles são considerados combatentes ilegais e não assegura a eles o direito de provar que não o são, apesar da clara exigência, dessas convenções, de que deve ser realizada uma audiência para aqueles detentos que tenha negado o *status* de prisioneiros de guerra. A administração insiste para que os tribunais aceitem a deliberação do Presidente como definitiva. Ela nega que os tribunais possam exercer qualquer um de seus papéis tradicionais, que são fundamentais na nossa estrutura de separação de poderes, como o de proteger indivíduos contra o poder executivo que atue de modo arbitrário ou ilegal. A administração reivindica o poder de prender qualquer pessoa em qualquer lugar, e mantê-la incomunicável para sempre, entendendo possuir ampla imunidade quanto à sua responsabilidade, que é tradicional, de prestar esclarecimentos sobre qualquer prisão a um tribunal. O que pensaríamos se alguma outra nação reivindicasse e exercesse esses amplos poderes de apreensão e detenção sigilosa e sem qualquer controle? Deveríamos invadir aquele país para acabar com essa profanação dos direitos humanos? (DWORKIN, 2003a, p. 7-8)

[504] Antes dos atentados de 11 de setembro, o *Chief Justice* William Rehnquist publicou um livro acerca da situação dos direitos e liberdades individuais em tempos de guerra. De certo modo, há um temor quanto à inclinação a ser explicitada por Rehnquist, que defende abertamente a restrição de direitos em momentos de ameaça à segurança nacional (ver REHNQUIST, 1998). Outro fator de preocupação é o léxico utilizado pela corrente majoritária da Corte nos casos referentes ao federalismo, analisados no capítulo III. Segundo afirmado por John Noonan, Jr., muitas das passagens dos casos posteriores a *Lopez* – com sua ênfase na idéia de soberania "que permanece intacta" e imunidade dos estados – sugerem que a Corte está revigorando o universo conceitual da época dos Artigos da Confederação (cf. NOONAN JR., 2002). Aliás, nessa direção é o voto vencido do Juiz Souter transcrito no capítulo III.a

Ainda que o exercício da jurisdição constitucional seja um instrumento essencial para a manutenção da diferenciação do direito na sociedade moderna, o impressionante ímpeto com que as medidas anti-terror vem sendo implementadas (e adotadas) fazem crer que os tribunais, por si só, não poderão resistir às pressões des-diferenciantes que advêm da prática política, dos discursos de fundo religioso, das rotulações étnicas e raciais. Como lembrado por Sanford Levinson, em artigo escrito pouco depois dos atentados de 11 de setembro: "É ingenuidade acreditar que a Suprema Corte irá anular qualquer ação governamental que receba aval do Congresso e do Presidente e seja considerada necessária e adequada para proteger os norte-americanos contra a ameaça terrorista"[505].

Em conclusão, Levinson adverte: "Se nossas liberdades precisam de proteção, a nós mesmos cabe protegê-las" (LEVINSON, 2001, p. 8).

Essa convocação parece ter sido ouvida por algumas comunidades norte-americanas. De modo silencioso, o conselho da cidade de Ann Arbor, Michigan (onde residia Rabih Haddad, que teve seu processo descrito no capítulo III), aprovou, em janeiro de 2002, uma resolução em que condenava o uso de *racial profiling* em investigações e exortava o Governo Federal a observar as garantias previstas no *Bill of Rights* para os cidadãos e não-cidadãos, especialmente a Quinta Emenda, que contempla o direito ao devido processo legal[506].

O movimento contrário às políticas anti-terror foi crescendo lentamente, passou a ser divulgado – e adotado – pela ACLU (*American Civil Liberties Union*) e tomou proporções consideráveis. Até o dia 19 de março de 2004, 272 cidades e 3 estados haviam aprovado resoluções contrárias às políticas anti-terror do Governo Federal, em muitos casos requerendo

[505] Levinson (2001, p. 8). De fato, as duas questões constitucionais que serão submetidas à Suprema Corte dizem respeito a políticas unilaterais do Poder Executivo, sem qualquer participação do Congresso. Cf. capítulo IV da tese, para maiores esclarecimentos sobre os casos.
[506] Ver Dean (2003, p. 1-4).

a revogação ou modificação do *USA Patriot Act*. A cidade de New York aprovou sua resolução, mediante votação unânime no conselho local[507].

Qualquer prognóstico acerca do teor e do resultado desse movimento – que é, ademais, essencialmente descentralizado e alimentado por convicções as mais diversificadas e contrastantes – seria, evidentemente, precoce. Porém, é surpreendente a dimensão da luta pelos direitos, que ocorreu de modo inteiramente espontâneo. Dois aspectos merecem ser salientados, ainda que de forma breve e provisória:

(1) A existência de uma memória coletiva, que reconhece abusos cometidos pelas autoridades governamentais no passado e identifica os direitos a serem defendidos no texto da Constituição. Como afirmado pelo professor Bill Strickland, veterano de lutas pelos direitos civis nas décadas de 1950 e 1960, durante a votação de uma resolução em defesa do *Bill of Rights*, "o Patriot Act é um perigo para todos nós" (HENTOFF, 2003, p. 1).

(2) A pouca divulgação concedida ao movimento pela grande imprensa norte-americana. Quase não há reportagens a respeito do tema, e as informações disponíveis estão presentes em páginas da internet mantidas por movimentos sociais (como a ACLU) ou por comitês de defesa de direitos civis (como a página o do condado de Lane, Estado do Oregon, que contém uma impressionante quantidade de textos, matérias jornalísticas e informações sobre a luta pelos direitos civis em tempos de terror[508])

A partir dessa rápida alusão aos movimentos espontâneos de reação à implantação de políticas anti-terror, vem à mente uma constatação importante, ligada ao próprio rumo histórico tomado pela Modernidade, com sua tendência à secularização, sua abertura para o futuro, sua ênfase no indivíduo: o fato de que, nos tempos atuais, tudo pode ser fruto de uma decisão. Desde o retorno ao universo conceitual e simbólico pré-moderno, que recorre a

[507] Cf. informações trazidas em: <http://www.aclu.org/safeandfree/> (último acesso em 19.03.04).
[508] Ver: <http://www.lanerights.org> (último acesso em 19.03.04).

algumas dicotomias que se imaginavam datadas (como bem-mal, amigo-inimigo, sagrado-profano), até a afirmação do pluralismo, multiculturalismo e da tolerância – que decorrem de uma forma de diferenciação societal que prescinde da afirmação de um centro ou um sentido –, tudo depende de escolhas que são feitas em momentos históricos distintos, contingentes e singulares.

Ao longo da presente investigação, procurou-se caracterizar a dimensão das escolhas a serem feitas e os seus possíveis desdobramentos. Talvez a história tenha algo a dizer a respeito dos dilemas do constitucionalismo na contemporaneidade. Um interessante comentário de Robert Bellah ilustra esse ponto. Ao definir o que considera a "mais notável realização histórica" propiciada pelos Estados Unidos da América, Bellah afirma ser:

> o compromisso original de criar uma sociedade baseada na crença de que "todos os homens são criados iguais" e o processo gradual que estendeu essa idéia original para incluir todos aqueles que, no todo ou em parte, foram deixados de fora, especialmente as minorias raciais e étnicas e as mulheres (BELLAH, 2002, p. 261)

Se, ao que parece, a constituição, como aquisição evolutiva da sociedade moderna, encontra-se pressionada por tendências des-diferenciantes, talvez seja o momento de reforçar as bases de sua fundação. Na atualíssima advertência formulada pelo *Chief Justice* Warren, é necessário, em tempos de crise, angústia e incerteza – quando surgem pretensões governamentais arbitrárias e inconstitucionais – reafirmar o compromisso da sociedade com os princípios do *Bill of Rights*, pois, quando se insiste em demasia no desejo de segurança, perde-se a habilidade de ser livre (WARREN, 1962, p. 203).

VI – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

6.1 Livros, Capítulos de Livros e Periódicos

ADAMS, John. Thoughts on Government. *In*: PEEK JR., George (org.). *The political writings of john adams* – representative selections. New York: The Liberal Arts Press, 1954.

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

AMMERMAN, David. The crisis of Independence. *In*: GREENE, Jack. POLE, J. R. (ed.). *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 1994(b).

_____. The tea crisis and its consequences, through 1775. *In*: GREENE, Jack. POLE, J. R. (ed.). *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 1994(a).

ANDERSEN, Niels Akerstrom. *Discursive analytical strategies* – understanding Foucault, Koselleck, Laclau, Luhmann. Bristol: Policy Press, 2003.

APPLEBY, Joyce. Thomas Jefferson. *In*: GREENE, Jack. POLE, J. R. (ed.). *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 1994.

ARATO, Andrew. Construção constitucional e teorias da democracia*. Lua nova – Revista de Cultura e Política.* n° 42. São Paulo: Cedec, 1997.

ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. Autonomia universitária e civilização – dimensões do debate atual. *In*: ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão (org.). *Redefinindo a relação entre o professor e a universidade:* emprego público nas instituições federais de ensino?. Brasília: Faculdade de Direito da UnB/CESPE, 2002(b).

_____. Direito e sociedade no Oriente antigo: Mesopotâmia e Egito. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Fundamentos de história do direito*. 2. ed. revista e ampliada, 3ª tiragem. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002(a).

ARKES, Hadley. Lochner v. New York and the cast of our laws. *In:* GEORGE, Robert P. (ed.) *Great cases in constitutional law.* Princeton: Princeton University Press, 2000.

ASHLEY, Maurice. *The English civil war.* Gloucestershire: Thames & Hudson, 2001.

BAILYN, Bernard. *As origens ideológicas da revolução americana*. Trad. Cleide Rapucci. Bauru: Edusc, 2003.

BAKER, Keith Michael. Constituição. *In*: FURET, François. OZOUF, Mona. *Dicionário Crítico da Revolução Francesa*. Trad. Henrique de Araújo Mesquita. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.

BALL, Terence. FARR, James. HANSON, Russell L. (ed.). *Political innovation and conceptual change.* Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

BALL, Terence. POCOCK, J.G.A. (ed.). *Conceptual change and the constitution*. Kansas: University Press of Kansas, 1988.

BAUDRILLARD, Jean. L'Esprit du Terrorisme. Trad. Michel Valentin. *South Atlantic Quarterly.* Vol. 101, n° 2 (Special issue: dissent from the Homeland – Essays after September 11). Durham: Duke University Press, primavera de 2002.

BELLAH, Robert. Seventy-Five Years. *South Atlantic Quarterly.* Vol. 101, n° 2 (Special issue: dissent from the Homeland – Essays after September 11). Durham: Duke University Press, primavera de 2002.

BELSKY, Martin H. The Rehnquist Court – a Review at the End of the Millenium. *In*: BELSKY, M. (org.). *The rehnquist court:* a retrospective. Oxford: Oxford University Press, 2002.

BELZ, Herman. *A living constitution or fundamental law?:* american constitutionalism in historical perspective. Lanham, MD: Rowman & Littlefield, 1998.

BERMAN, Harold J. *La formación de la tradición jurídica de occidente.* Trad. Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

BETS, Robin. HARROP, Sylvia. Education. *In*: BELCHEM, John. PRICE, Richard (ed.). *A dictionary of nineteeth-century history*. London: Penguin Books, 1996.

_____. Universities. *In*: BELCHEM, John. PRICE, Richard (ed.). *A dictionary of nineteenth-century history*. London: Penguin Books, 1996.

BLOCH, Marc. *Introducción a la historia*. 1. ed., 17ª reimpressão. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

_____. *Os reis taumaturgos* – o caráter sobrenatural do poder régio, França e inglaterra. Trad. Júlia Mainardi. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

BOBBIO, Norberto. *Ensaios escolhidos*. Trad. Sérgio Bath. São Paulo: C. H. Cardim, [s.d.]

BOLINGBROKE, Viscount (Henry St John). *Political writings.* Editado por David Armitage. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BONWICK, Colin. *The american revolution.* London: The Macmillan Press, 1991.

BOSI, Alfredo. "O tempo e os tempos". *In*: NOVAES, Adauto (org.). *Tempo e história*. São Paulo: Sec. Mun. de Cultura/Companhia das Letras, 1994.

BOWEN, James. Education. *In*: BLACK, Jeremy. PORTER, Roy (ed.). *A dictionary of eighteenth-century history*. London: Penguin Books, 1996.

BRADLEY, Anthony. The sovereignty of Parliament. *In*: JOWELL, Jeffrey. OLIVER, Dawn (ed.). *The changing constitution*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2000.

BRASIL. *Decisões constitucionais de marshall*. Trad. de Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BRAUDEL, Fernand. *Escritos sobre a história*. Trad. J. Guinsburg e Tereza Cristina Silveira da Mota. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.

BRETONE, Mario. *História do direito romano*. Trad. Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh. Lisboa: Editorial Estampa, 1998.

BRIGGS, Asa. *A social history of england*. 3. ed. London: Penguin Books, 1999.

BRONOWSKI, J. MAZLISCH, Bruce. *A tradição intellectual do ocidente.* Trad. Joaquim João Braga Coelho Rosa. Lisboa: Edições 70, 1960.

BURKE, Peter. *A revolução francesa da historiografia*: a escola dos annales, 1929-1989. Trad. Nilo Odália. São Paulo: Unesp, 1991.

BURKE, Peter (org.). *A escrita da história* – novas perspectivas. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1992

CAENEGEM, Raoul van. *The birth of the english common law.* 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

_____. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Trad. Carlos Eduardo Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CALDWELL, Peter. *Popular sovereignty and the crisis of german constitutional law*: the theory and practice of weimar constitutionalism. Durham and London: Duke University Press, 1997.

CALHOON, Robert. Loyalism and neutrality. *In*: GREENE, Jack. POLE, J. R. (ed.). *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 1994.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Política, sistema e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANNON, John (ed.). *Oxford dictionary of british history.* Oxford: Oxford University Press, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CARP, E. Wayne. Demobilization and national defense. *In*: GREENE, Jack. POLE, J. R. (ed.). *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 1994.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Fórum administrativo*. Ano I. Nº 1. Belo Horizonte: Forum, março de 2001.

_____. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Notícia do Direito Brasileiro*. Nova Série. Nº 6. Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, jul/dez de 1998.

CATTERALL, Peter. KAISER, Wolfram. WALTON-JORDAN, Ulrike (ed.). *Reforming the constitution:* debates in twentieth-century britain. London: Frank Cass, 2000.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo:* uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CERONE, John. Status of Detainees in International Armed Conflict, and their Protection in the Course of Criminal Proceedings. *ASIL* – the american society of international law. Janeiro de 2002. Disponível em: <www.asil.org/insights/insigh81.htm>. Acesso em: 7 out 2002.

CHAFFIN, Robert J. The Townshend Act crisis, 1767-1770. *In*: GREENE, Jack. POLE, J. R. (ed.). *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 1994.

CHALMERS, Alan. *A fabricação da ciência*. Trad. Beatriz Sidou. São Paulo: Unesp, 1994.

CHANCE, Clifford (ed.). *Constitutional reform in the united kingdom:* practice and principles. Cambridge: Hart Publishing/The University of Cambridge Centre for Public Law, 1998.

CHANG, Nancy. *The USA Patriot Act:* what's so patriotic about trampling on the bill of rights? Center for constitutional rights. Novembro de 2001. Disponível em: <http://www.ccr-ny.org/v2/reports/listing.asp>. Acesso em: 6 mar 2004.

COHEN, I. Bernard. *Science and the founding fathers* – science in the political thought of jefferson, franklin, adams, and madison. New York: W.W. Norton & Company, 1995.

COLE, David. *Enemy Aliens* – double standards and constitutional freedoms in the war on terrorism. New York: The New Press, 2003.

COLE, David. DEMPSEY, James X. *Terrorism and the constitution:* sacrificing civil liberties in the name of national security. New York: The New Press, 2002.

COLISH, Marcia L. *Medieval foundations of the western intellectual tradition* – 400-1400. New Haven and London: Yale University Press, 1998.

CONROY, David. Development of a revolutionary organization, 1765 – 1775. *In*: GREENE, Jack. POLE, J. R. (ed.). *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 1994.

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, janeiro-junho de 2001(a).

_____. Valores y derechos fundamentales en perspectiva sociológica. *Metapolítica*. Nº 20. México: outubro-dezembro de 2001(b).

COUNTRYMAN, Edward. Social protest and the revolutionary movement, 1765 – 1776. *In*: GREENE, Jack. POLE, J. R. (ed.). *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 1994.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco* – vínculos com o futuro. Trad. Juliana Neuenschwander Magalhães et. al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. Estado e direito no fim do século. *Cadernos da Escola do Legislativo*. Trad. Juliana Neuenschwander Magalhães. Vol. 4. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, julho/dezembro de 1995.

_____. O risco na sociedade contemporânea. Trad. Cristiano Paixão Araujo Pinto, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. *Revista Seqüência*. Ano 15. Nº 28. Florianópolis: CPGD-UFSC, junho de 1994.

DE LIBERA, Alain. *A filosofia medieval*. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

DICEY, A.V. *Introduction to the study of the law of the constitution*. Indianapolis: Liberty Fund, 1982.

DOGLIANI, Mario. *Introduzione al diritto constituzionale.* Bologna: Mulino, 1994.

DORSEN, Norman. ROSENFELD, Michel. SAJÓ, András. BAER, Susanne. *Comparative constitutionalism* – cases and materials. St. Paul: Thomson West, 2003.

DOSSE, François. *A história à prova do tempo* – da história em migalhas ao resgate do sentido. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Unesp, 2001

_____. *A história em migalhas* – dos annales à nova história. Trad. de Dulce A. Silva Ramos. Campinas: Unicamp/Ensaio, 1992.

DRY, Murray. The debate over ratification of the Constitution. *In*: GREENE, Jack. POLE, J. R. (ed.). *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 1994.

DUBY, Georges. *As três ordens ou o imaginário do feudalismo*. 2. ed. Trad. Maria Helena Costa Dias. Lisboa: Estampa, 1994.

DUBY, Georges. *Idade média, idade dos homens* – do amor e outros ensaios. Trad. Jônatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

_____. *Sociedades medievais* – lição inaugural proferida no collège de france, em 4 de dezembro de 1970. Trad. Augusto Joaquim. Lisboa: Terramar, 1999.

DUBY, Georges e LACLOTTE, Michel (coord.). *História artística da europa* – a idade média. Tomo I. Trad. Mário Dias Correia. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

DWORKIN, Ronald. Rights and Terror. *In*: DWORKIN, Ronald. NAGEL, Thomas. *Colloquium in legal, political and social philosophy*. 10 de janeiro de 2003(a). Disponível em <http://www.law.nyu.edu/clppt/program2003/readings/dworkin.pdf>. Acesso em: 7 mar 2004.

_____. Terror & the Attack on Civil Liberties. *The New York Review of Books*. New York, Vol. 50, número 17, novembro de 2003(b). Disponível em <http://www.nybooks.com/articles/16738>. Acesso em: 11 dez 2003.

_____. The Threat to Patriotism. *The New York Review of Books*. New York, Vol. 49, número 3, fevereiro 2002(a). Disponível em <http://www.nybooks.com/articles/15145>. Acesso em: 7 mar 2004.

_____. The Trouble with the Tribunals. *The New York Review of Books*. New York, Vol. 49, número 7, abril de 2002(b). Disponível em <http://www.nybooks.com/articles/15284>. Acesso em: 11 dez 2003.

DYHRBERG, Marie. The War on Terror vs. The Rule of Law – a Matter of Human Rights... and Justice for All? *8th International Criminal Law Congress.* Melbourne, 2002. Disponível em <http://mariedyhrberg.com/articles/The_War_on_Terror.html>. Acesso em: 31 dez 2003.

EASTMAN, John. Narrowing the nation's power: the Supreme Court sides with the States by Judge John T. Noonan. *Engage.* Vol. 4, n° 2. Washington D.C., outubro de 2003.

EISENBERG, José. Mudança Conceitual, Transformação Social, e a Filosofia Política da Modernidade. Trabalho apresentado no XXII Encontro Anual da ANPOCS em Caxambu, 27 a 31 de outubro de 1998. Disponível em <http://www.clacso.edu.ar/~libros/anpocs/eisen.rtf> . Acesso em: 10 dez 2003.

ELSTER, Jon. Constitutional Bootstrapping in Philadelphia and Paris. *In*: ROSENFELD, M. (ed.) *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy* – theoretical perspectives. Durham and London: Duke University Press, 1998.

ELSTER, Jon. SLAGSTAD, Rune (ed.). *Constitutionalism and democracy* – studies in rationality and social change. Cambrigde: Cambridge University Press, 1988.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lengua de los derechos* – la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa. Madrid: Alianza, 2001.

EVERDELL, William R. *Os primeiros modernos*. Trad. Cynthia Cortes e Paulo Soares. Rio de Janeiro, São Paulo: Record, 2000.

FARR, James. Conceptual change and constitutional innovation. *In*: BALL, Terence e POCOCK, J.G.A. (ed.). *Conceptual change and the constitution*. Kansas: University Press of Kansas, 1988.

_____. Understanding conceptual change politically. *In:* FARR, James. BALL, Terence. HANSON, Russell L. (ed.). *Political innovation and conceptual change.* Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

FEHRENBACHER, Don E. The Dred Scott Case. *In*: GARRATY, John A. (ed.). *Quarrels that have shaped the constitution*. New York: Harper & Row, 1988.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución* – de los antiguos a los modernos. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

_____. Stato e costituzione. *In:* FIORAVANTI, M. (org.). *Lo stato moderno in europa* – istituzioni e diritto. Roma-Bari: Laterza, 2003.

_____. *Stato e costituzione:* materiali per una storia delle dottrine costituzionali. Torino: Giappichelli Editore, 1993.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. de Roberto C. Machado e Eduardo J. Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999.

FOURQUIN, Guy. *Senhorio e feudalidade na idade média*. Trad. de Fátima Martins Pereira. Lisboa: Edições 70, 1978.

FRANCO JÚNIOR, Hilário. *A idade média* – nascimento do Ocidente. 6ª reimpressão. São Paulo: Brasiliense, 1999.

FRIED, Michael S. Federalism & Separation of powers. *Engage.* Vol. 4, n° 2. Washington D.C., outubro de 2003.

FRIEDRICH, Carl. *Perspectiva histórica da filosofia do direito*. Trad. de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.

FRUCHTMAN JR., Jack. Common Sense. *In*: GREENE, Jack. POLE, J. R. (ed.). *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 1994.

GARRATY, John A. The Case of the Missing Commissions. *In*: GARRATY, John A. (ed.). *Quarrels that have shaped the constitution*. New York: Harper & Row, 1988.

GASCOIGNE, John. University. *In*: BLACK, Jeremy. PORTER, Roy (ed.). *A dictionary of Eighteenth-Century History*. London: Penguin Books, 1996.

GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade*. Trad. Magda Lopes. 4. ed. São Paulo: Unesp, 1993.

_____. *As conseqüências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

_____. O fim da globalização? *Política democrática* – revista de política e cultura (número especial: Terrorismo X Democracia). Ano I, n° 2. Brasília: Fundação Astrojildo Pereira, 2001.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed. Trad. de A.M. Botelho Hespanha e I.M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GILSON, Etienne. *A filosofia na idade média*. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

GOMBRICH, E. H. *A história da arte.* Trad. Álvaro Cabral. 16. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1999.

GOMES FILIPE, Rafael. *Modernidade, crítica da modernidade e ironia epistemológica em max weber.* Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

GORDON, Scott. *Controlling the state* – constitutionalism from ancient Athens to today. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2002.

GREENE, Jack. Ongoing disputes over the prerogative, 1763 – 1776. *In*: GREENE, Jack. POLE, J. R. (ed.). *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 1994(b).

_____. The origins of the new colonial policy, 1748 – 1763. *In*: GREENE, Jack. POLE, J. R. (ed.). *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*. Oxford; Cambridge, MA: Blackwell, 1994(a).

GRIFFIN, Stephen M. *American constitutionalism:* from theory to politics. Princeton: Princeton University Press, 1996.

HALLIDAY, F. E. *England* – a concise history. London: Thames & Hudson, 2000.

HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. *The federalist.* Chicago: The University of Chicago/Encyclopaedia Britannica, 1989.

HAMOWY, Ronald. Rights. *In*: GREENE, Jack. POLE, J. R. (ed.). *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 1994(b).

_____. The Declaration of Independence. *In*: GREENE, Jack. POLE, J. R. (ed.). *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 1994(a).

HENKIN, Louis. The rebirth of constitutionalism. *In:* ROSENFELD, Michel (ed.). *Constitutionalism, identity, difference and legitimacy:* theoretical perspectives. Durham and London: Duke University Press, 1994.

HIBBERT, Christopher. *The story of england*. London: Phaidon, 2000.

HIGGINBOTHAM, Don. George Washington. *In*: GREENE, Jack. POLE, J. R. (ed.). *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*. Oxford; Cambridge, MA: Blackwell, 1994c.

_____. The War for Independence, after Saratoga. *In*: GREENE, Jack. POLE, J. R. (ed.). *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 1994b.

_____. The War for Independence, to Saratoga. *In*: GREENE, Jack. POLE, J. R. (ed.). *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 1994a.

HILL, Christopher. *O mundo de ponta-cabeça:* idéias radicais durante a revolução inglesa de 1640. 4ª reimpressão. Trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

_____. *Origens intelectuais da revolução inglesa*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

HIRST, Paul. Carl Schmitt's decisionism. *Telos.* N° 72 (Special issue on Carl Schmitt). New York: Telos Press, verão de 1987.

HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. *In:* ELSTER, Jon. SLAGSTAD, Rune (ed.). *Constitutionalism and democracy* – studies in rationality and social change. Cambrigde: Cambridge University Press, 1988.

HOLMES, Stephen. LARMORE, Charles. Translator´s introduction. *In:* LUHMANN, Niklas. *The differentiation of society*. Trad. Stephen Holmes e Charles Larmore. New York: Columbia University Press, 1982.

HOLT, J. C. *Magna carta.* 2. ed. Cambridge: Press of the Syndicate of the University of Cambridge, 1994.

HONAN, Park. *Shakespeare* – uma vida. Trad. Sonia Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

HUIZINGA, Johan. *O declínio da idade média*. 2. ed. Trad. Augusto Abelaira. Lisboa: Ulisseia, s.d.

JELLINEK, Georg. *Teoria general del estado.* Trad. Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1970.

JENNINGS, W. Ivor. *The Law and the constitution*. 3. ed. Reimpr. London: University of London Press: 1948.

JOWELL, Jeffrey. The rule of law today. *In*: JOWELL, Jeffrey. OLIVER, Dawn (ed.). *The changing constitution*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2000.

JOWELL, Jeffrey. OLIVER, Dawn (ed.). *The changing constitution*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2000.

KANTOROWICZ, Ernst. *Os dois corpos do rei* – um estudo sobre teologia política medieval. Trad. Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

KAPLANOFF, Mark. Confederation: movement for a stronger union. *In*: GREENE, Jack. POLE, J. R. (ed.). *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 1994(a).

_____. The Federal Convention and the Constitution. *In*: GREENE, Jack. POLE, J. R. (ed.). *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 1994(b).

KAUFMANN, Arthur. Teoría de la justicia. Un ensayo histórico-problemático. *Anales de la cátedra francisco suárez*. Nº 25. Granada: Universidad de Granada, 1985.

KENYON, J. P. (ed.). *The wordsworth dictionary of british history.* Hertfordshire: Wordsworth, 1994.

_____. *The stuart constitution 1603–1688:* documents and commentary. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

KIERNAN, Victor. *Shakespeare* – poeta e cidadão. Trad. Alvaro Hattnher. São Paulo: Unesp, 1999.

KING, Anthony. *Does united kingdom still have a constitution?* London: Sweet & Maxwell, 2001.

KOCH, Amelia W. GRIFFITH Jr., Steven F. "Labor & Employment Law". *Engage.* Vol. 4, n° 2. Washington D.C., outubro de 2003.

KOH, Harold Hongju. Against military tribunals. *Dissent.* Vol. 49, nº 4. New York, outuno de 2002.

KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e crise* – uma contribuição à patogênese do mundo burguês. Trad. Luciana Villas-Boas Castello-Branco. Rio de Janeiro: UERJ/Contraponto, 1999.

_____. *Le futur passé* – contribution à la sémantique des temps historiques. Trad. Jochen Hoock e Marie-Claire Hoock. Paris: Éditions EHESS, 1990.

_____. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. Trad. Manoel Luis Salgado Guimarães. *Estudos históricos.* Vol. 5, n° 10. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1992.

KUTLER, Stanley. *The Supreme Court and the Constitution* – readings in american constitutional history. 3. ed. New York: Norton & Co., 1984.

LAMONT, William M. The Puritan Revolution: a historiographical essay. *In*: POCOCK, J.G.A. SCHOCHET, Gordon. SCHWOERER, Lois. (ed.). *The varieties of british political thought, 1500-1800*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

LE GOFF, Jacques. *A civilização do ocidente medieval*. Vol. I e II. 2. ed. Trad. de Manuel Ruas. Lisboa: Estampa, 1995 (a, b).

_____. *História e memória*. Trad. Irene Ferreira *et al.* 3. ed. Campinas: Ed. Unicamp, 1994.

_____. *Para um novo conceito de idade média* – tempo, trabalho e cultura no ocidente. Trad. Maria Helena da Costa Dias. Lisboa: Estampa, 1993.

LE GOFF, Jacques (org.). *A história nova*. Trad. Eduardo Brandão. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LEACH, Douglas Edward. The British Army in America. *In*: GREENE, Jack. POLE, J. R. (ed.). *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 1994.

LENTRICCHIA, Frank. MCAULIFFE, Jody. *Groundzeroland*. *South Atlantic Quarterly.* Vol. 101, n° 2 (Special issue: dissent from the Homeland – Essays after September 11). Durham: Duke University Press, primavera de 2002.

LEVINSON, Sanford. How to judge future judges. *Dissent.* Vol. 49, nº 4. New York, outuno de 2002.

_____. Sandford Levison Replies. *Dissent*. Vol. 50, nº 3. New York, verão de 2003(b). Disponível em <http://www.dissentmagazine.org/menutest/articles/su03/levinson_reply.htm> Acesso em: 12 jan 2004.

_____. The Debate on Torture: War Against Virtual States. *Dissent*. Vol. 50, nº 3. New York, verão de 2003(a). Disponível em <http://www.dissentmagazine.org/menutest/articles/su03/levinson.htm> Acesso em: 12 jan 2004.

_____. What is the Constitution's role in wartime?: why free speech and other rights are not as safe as you might think. *FindLaw's Writ.* 17 de outubro de 2001. Disponível em: <http://writ.news.findlaw.com/commentary/20011017_levinson.html>. Acesso em: 7 mar 2004.

LIMA LOPES, José Reinaldo. *O direito na história* – lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

LOSEE, John. *Introdução histórica à filosofia da ciência*. Trad. Borisas Cimbleris. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: Itatiaia, 2000.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. Trad. Peter Naumann. *Revista da Ajuris*. Nº 49. Porto Alegre, julho de 1990.

_____. *El derecho de la sociedad.* Tradução de Javier Torres Nafarrate. México, 1999. Manuscrito.

_____. El futuro de la democracia. *In*: LUHMANN, N. *Teoria política en el estado de bienestar*. Trad. F. Vallespín. Madrid: Alianza, 1997.

_____. From System to Form: an Interview with Niklas Luhmann. *Logos*. Vol. 1, n.º 3. Midland Park, NJ: Verão de 2002(a).

_____. *I diritti fondamentali come istituzione.* Trad. Stefano Magnolo. Bari: Dedalo, 2002(b).

_____. *Ilustración sociológica y otros ensayos*. Trad. H. A. Murena. Buenos Aires: SUR, 1973.

_____. La costituzione come acquisizione evolutiva. *In*: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996(a).

_____. *O amor como paixão:* para a codificação da intimidade. Trad. Fernando Ribeiro. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991.

_____. Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system. *Cardozo Law Review*. Vol. 13. Nº 5. New York, março de 1992.

LUHMANN, Niklas. *Osservazioni sul moderno*. Trad. Francesco Pistolato. Roma: Armando Editore, 1995.

_____. *Sociologia del rischio*. Trad. Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 1996(b).

_____. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *The differentiation of society*. Trad. Stephen Holmes e Charles Larmore. New York: Columbia University Press, 1982.

LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. 6. ed. Milano: FrancoAngeli, 1994.

LUND, Nelson. Racial profiling and the war on terrorism. *Engage.* Vol. 4, n° 2. Washington D.C., outubro de 2003.

LUTZ, Donald S. State constitution-making, through 1781. *In*: GREENE, Jack. POLE, J. R. (ed.). *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 1994.

MADDOX, Graham. Constitution. *In:* FARR, James. BALL, Terence. HANSON, Russell L. (ed.). *Political innovation and conceptual change.* Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

MADEIRA, Hélcio Maciel França (tradutor). *Digesto de justiniano* – livro 1. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *História semântica do conceito de soberania*: o paradoxo da soberania popular. Belo Horizonte, 2000. Tese de Doutorado. Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. (inédito).

_____. Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica. *In*: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *Hermenêutica plural* – possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. "Sobre a interpretação jurídica". *Revista de direito comparado*. Vol. 3. Belo Horizonte: Mandamentos, maio de 1999.

MARRAMAO, Giacomo. *Poder e secularização* – as categorias do tempo. Trad. Guilherme A. G. de Andrade. São Paulo: Unesp, 1995.

MARTIN, Jerry L. NEAL, Anne. *Defending Civilization:* how our universities are failing america and what can be done about it. Washington D.C.: American Council of Trustees and Alumni, 2001. Disponível em: <www.goacta.org/publications/Reports/defciv.pdf> Acesso em: 7 mar 2004.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da Idade Média. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Fundamentos de história do direito*. 2. ed. revista e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MATTÉI, Jean-François. A barbárie da inteligência, ou O *ground zero* do pensamento. *In*: ROSENFIELD, Denis L. MATTÉI, Jean-François (ed.). *O terror – Revista Filosofia política.* Série III, n° 4. Porto Alegre; Rio de Janeiro: IFCH/UFRGS; Jorge Zahar, 2002.

MCCLELLAND, John. *A history of western political thought*. London, New York: Routledge, 2000.

MCDONALD, Forrest. *Novus ordo seclorum:* the intellectual origins of the constitution. Kansas: University Press of Kansas, 1985.

_____. *Philadelphia Society Keynote Adress*. Discurso proferido na Philadelphia Society. 3 de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.townhall.com/phillysoc/mcdonwms.htm >. Acesso em: 14 fev 2004.

MCILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Trad. Juan José Echavarría. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

_____. *Constitutionalism and the changing world.* Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

MILBANK, John. Sovereignty, Empire, Capital, and Terror. *South Atlantic Quarterly.* Vol. 101, n° 2 (Special issue: dissent from the Homeland – Essays after September 11). Durham: Duke University Press, primavera de 2002.

MONATERI, Pier Giuseppe. *Il modello di civil law*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1997.

MÜLLER, Harro. Luhmann's Systems Theory as a Theory of Modernity. *New German Critique.* N° 61. New York: Telos Press, inverno de 1994.

MUNRO, Colin R. *Studies in constitutional law.* Londres: Butterworths, 1987.

NAGEL, Kurt. James Otis. *In*: GREENE, Jack. POLE, J. R. (ed.). *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 1994.

NAVAS, Alejandro. *La teoria sociológica de niklas luhmann*. Pamplona: Ed. Univ. de Navarra, 1989.

NÉBIAS BARRETO, Herman. *A petition of right* e o *rule of law.* Belo Horizonte, 2001. Dissertação de mestrado. Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. (inédito).

NEIER, Aryeh. The Military tribunals on trial. *The New York Review of Books*. New York, volume 49, número 2, 14 de fevereiro de 2002. Disponível em: <http://www.nybooks.com/articles/15122> Acesso em: 7 mar 2004.

NOONAN, JR., John T. *Narrowing the Nation's power*: the supreme court sides with the states. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 2002.

NOUSCHI, Marc. *Historia del siglo XX* – todos los mundos, el mundo. Trad. Alicia Martorell. Madrid: Cátedra, 1996.

NOUSCHI, Marc. *Breve atlas histórico do século XX*. Trad. Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, s.d.

OLSON, Allison G. The changing socio-economic and stratgic importance of the colonies to the empire. *In*: GREENE, Jack. POLE, J. R. (ed.). *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 1994.

PAINE, Thomas. *O senso comum e a crise*. Trad. de Vera Lúcia de Oliveira Sarmento. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

_____. *Os direitos do homem* – uma resposta ao ataque do sr. burke à revolução francesa. Trad. Jaime Clasen. Petrópolis: Vozes, 1989.

PARIS, Jean. *Shakespeare*. Trad. de Barbara Heliodora. Rio de Janeiro: José Olympio, 1992.

PARK, Jack. The endangered species act: does it have a stopping point?. *Engage.* Vol. 4, n° 2. Washington D.C., outubro de 2003.

PAUST, Jordan J. Judicial Power to Determine the Status and Rights of Persons Detained Without Trial. *Harvard International Law Review*. Vol. 44. Nº 2. Cambridge, MA, verão de 2003(a).

_____. Use of Armed Force against Terrorists in Afghanistan, Iraq, and Beyond. *Cornell International Law Journal*. Vol. 35. Nº 3. Cornell, inverno de 2002.

_____. War and Enemy Status After 9/11: Attacks on the Laws of War. *The Yale Journal of International Law*. Vol. 28. Nº 2. Cambridge, MA, verão de 2003(b).

PERKINS, Edwin J. Socio-economic development of the colonies. *In*: GREENE, Jack. POLE, J. R. (ed.). *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 1994.

PIRENNE, Henri. *As cidades da idade média*. Trad. de Carlos Montenegro Miguel. Lisboa: Publicações Europa-América, s.d.

POCOCK, J. G. A. *Politics, language & time* – essays on political thought and history. Chicago and London: Chicago University Press, 1989.

_____. *The ancient constitution and the feudal law* – a study of english historical in the seventeenth century – a reissue with a retrospect. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

POCOCK, J. G. A. SCHOCHET, Gordon J. SCHWOERER, Lois G. (ed.). *The varieties of british political thought, 1500-1800).* Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

POLANYI, Karl. *A grande transformação* – as origens da nossa época. Trad. de Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

POOLE, Austin Lane. *From domesday book to magna carta 1087-1216.* 2. ed. New York, Oxford: Oxford University Press, 1993.

RAKOVE, Jack. The Articles of Confederation, 1755 – 1783. *In*: GREENE, Jack. POLE, J. R. (ed.). *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 1994.

RATNER, Mich

ael. Moving away from the rule of law: military tribunals, executive detentions and torture. *Cardozo Law Review*. Vol. 24, n.º 4. New York, abril de 2003.

REIS, José Carlos. *Escola dos annales* – a inovação em história. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. *Nouvelle histoire e tempo histórico* – a contribuição de febvre, bloch e braudel. São Paulo: Ática, 1994.

_____. *Tempo, história e evasão*. Campinas: Papirus, 1994.

RIBEIRO, Renato Janine. Apresentação. *In*: HILL, Christopher. *O mundo de ponta-cabeça:* idéias radicais durante a revolução inglesa de 1640. 4ª reimpressão. Trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

RICHARDS, David A.J. Revolution and constitutionalism in America. *In*: ROSENFELD, M. (ed.) *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy* – theoretical perspectives. Durham and London: Duke University Press, 1998.

ROCHA, Leonel Severo. Direito, complexidade e risco. *Revista Seqüência*. Ano 15. Nº 28. Florianópolis: CPGD-UFSC, junho de 1994(a).

ROCHA, Leonel Severo (org.). *Teoria do direito e do estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994(b).

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

_____. Modern constitutionalism as interplay between identity and diversity. *In*: ROSENFELD, M. (ed.) *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy* – theoretical perspectives. Durham and London: Duke University Press, 1998.

_____. The rule of law, and the legitimacy of constitutional democracy. *Working Paper Series*. Nº 36. New York: Cardozo Law School, março de 2001.

ROSENFIELD, Denis L. MATTÉI, Jean-François (ed.). *O terror – Revista Filosofia política.* Série III, n° 4. Porto Alegre; Rio de Janeiro: IFCH/UFRGS; Jorge Zahar, 2002.

ROSS, Tara. Federalism & Separation of powers: Supreme Court 2002-2003 Term. *Engage.* Vol. 4, n° 2. Washington D.C., outubro de 2003.

ROSSI, Paolo. *A ciência e a filosofia dos modernos*. Trad. Álvaro Lorencini. 1ª reimpr. São Paulo: Unesp, 1992.

_____. *O nascimento da ciência moderna na europa*. Trad. Antonio Angonese. Bauru: EDUSC, 2001.

ROUANET, Sérgio Paulo. Autonomia, modernidade e democracia mundial. *Política Democrática – Revista de Política e Cultura* (número especial: Terrorismo X Democracia). Ano I, n° 2. Brasília: Fundação Astrojildo Pereira, 2001.

RUTLAND, Robert. Bills of Rights and the first tem amendments to the Constitution. *In*: GREENE, Jack. POLE, J. R. (ed.). *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 1994.

SAJÓ, András. *Limiting government* – an Introduction to constitutionalism. New York: Central European University Press, 1999.

SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional* – fundamentos de la democracia constitucional. Madrid: Tecnos, 1998.

SCARMAN, Lord. Why Britain needs a written constitution – Sovereignty lecture given on 20.7.1992. *Charter88*. London, 16 de julho de 2003. Disponível em: <http://www.charter88.org.uk/pubs/sovlecs/scarman.html>. Acesso em: 7 mar 2004.

SCHLÜCHTER, Wolfgang. Politeísmo dos valores. Trad. de Berthold Öelze. *In*: SOUZA, Jessé (org.). *A atualidade de max weber*. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

SCHMITT, Carl. *La dictadura* – desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria. Trad. José Díaz García. Madrid: Revista de Occidente, 1968.

_____. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1996.

SELLERS, Charles. MAY, Henry. MCMILLEN, Neil R. *Uma reavaliação histórica dos estados unidos* – de colônia a potência imperial. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

SHAKESPEARE, William. *O mercador de veneza*. Trad. de Barbara Heliodora. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

SHAW, Peter. John Adams. *In*: GREENE, Jack. POLE, J. R. (ed.). *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 1994.

SHUE, Henry. Response to Sanford Levinson. *Dissent*. Vol. 50, nº 3. New York, verão de 2003. Disponível em <http://www.dissentmagazine.org/menutest/articles/su03/shue.htm> Acesso em: 12 jan 2004.

SIMMONS, R. C. Trade legislation and its enforcement, 1748 – 1776. In: GREENE, Jack. POLE, J. R. (ed.). *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 1994.

SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. Trad. Renato Janine Ribeiro e Laura Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SMITH, Mark W. In defense of common sense: the case for terrorist (not racial) profiling. *Engage*. Vol. 4, n° 2. Washington D.C., outubro de 2003.

SOARES, Rogério Ehrhardt. O conceito ocidental de Constituição. *Revista de Legislação e de Jurisprudência.* Ano 119. N° 3743-3744. Coimbra: Coimbra Editora, junho e julho de 1986.

SPECK, W. A. The structure of british politics in the mid-eighteenth century. *In*: GREENE, Jack. POLE, J. R. (ed.). *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 1994.

STEELE, Ian K. Metropolitan administration of the colonies, 1696-1775. *In*: GREENE, Jack. POLE, J. R. (ed.). *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 1994.

STONER Jr., James R. C*ommon law & liberal theory:* coke, hobbes, & the origins of american constitutionalism. Kansas: University Press of Kansas, 1992.

STOURZH, Gerald. *Constitution*: changing means of the term from the early Seventeenth to the late Eighteenth century. *In*: BALL, Terence e POCOCK, J.G.A. (ed.). *Conceptual change and the constitution*. Kansas: University Press of Kansas, 1988.

SUNSTEIN, Cass R. *Designing democracy* – what constitutions do. Oxford: Oxford University Press, 2001.

_____. Dred Scott v. Sandford and its legacy. *In:* GEORGE, Robert P. (ed.). *Great cases in constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2000.

TANNENBAUM, Donald G. SCHULTZ, David. *Inventors of ideas* – an introduction to western political philosophy. New York: St. Martin's Press, 1998.

TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna* – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Il Mulino, 2003.

TARNAS, Richard. *The passion of the western mind* – understanding the ideas that have shaped our world view. London: Pimlico, 2000.

THOMAS, Peter. The Grenville program, 1763-1765. *In*: GREENE, Jack. POLE, J. R. (ed.). *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 1994(a).

_____. The Stamp Act crisis and its repercussions, including the Quatering Act controversy. *In*: GREENE, Jack. POLE, J. R. (ed.). *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 1994(b).

THOMPSON, E. P. *Senhores & caçadores* – as origens da lei negra. Trad. Denise Bottman. São Paulo: Paz e Terra, 1987.

TREVELYAN, George Macaulay. *La revolución inglesa, 1688-1689*. Trad. Florentino Torner. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

TULLY, Alan. The political development of the colonies after the Glorious Revolution. *In*: GREENE, Jack. POLE, J. R. (ed.). *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 1994.

TUSHNET, Mark. Marbury v. Madison and the theory of judicial supremacy. *In:* GEORGE, Robert P (ed.). *Great cases in constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2000.

VARANO, Vincenzo e BARSOTTI, Vittoria. *La tradizione giuridica occidentale.* Vol. I. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*. Vol. IV. Madrid: Tecnos, 1984.

VERHAEREN, Émile. *Cidades tentaculares*. Trad. José Jerônymo Rivera. Brasília: Thesaurus Editora, 1999.

VERSCHRAEGEN, Gert. Human Rights and Modern Society: A Sociological Analysis from the Perspective of Systems Theory. *Journal of Law and Society.* Vol. 29, nº 2. Oxford and Malden: Blackwell, junho de 2002.

VEYNE, Paul. *Como se escreve a história*. Trad. Alda Baltar e Maria Auxiliadora Kineipp. 3ª ed. Brasília: UnB, 1995.

VIGNAUX, Paul. *A filosofia na idade média*. Trad. Maria Jorge Figueiredo. Lisboa: Editorial Presença, 1994.

WARREN, Earl. The Bill of Rights and the Military. *New York Law Review. Vol.* 37. New York, 1962.

WEBER, Max. *Economia y sociedad* – esbozo de sociología comprensiva. Trad. José Echavarría *et alli*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

_____. *El político y el científico*. Trad. Francisco Rubio Llorente. 8ª reimpressão. Madrid: Alianza, 1986.

WEISBERG, Richard H. Introduction to the conference on fundamentalisms, equalities, and the challenge to tolerance in a post-9/11 environment. *Cardozo Law Review*. Vol. 24, n.º 4. New York, abril de 2003(a).

_____. Response to Sanford Levinson. *Dissent*. Vol. 50, nº 3. New York, verão de 2003(b). Disponível em <http://www.dissentmagazine.org/menutest/articles/su03/weinsberg.htm> Acesso em: 12 jan 2004.

WELLS, Robert V. Population and family in early America. *In*: GREENE, Jack. POLE, J. R. (ed.). *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*. Cambridge, MA: Blackwell, 1994.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. de A.M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

WOLFF, Philippe. *Outono da idade média ou primavera dos tempos modernos?* Trad. Edison Heldt. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

WOLOCH, Isser. *Eighteenth-Century Europe:* tradition and progress, 1715-1789. New York; London: Norton & Company, 1982.

WOOD, Gordon. Creating the Revolution. *The New York Review of Books*. New York, Vol. 50, nº 2, fevereiro de 2003.

_____. *The creation of the american republic – 1779-1787*. Chapel Hill and London: The University of North Carolina Press, 1998.

ZANDER, Michael. *A bill of rights?* 4. ed. London: Sweet & Maxwell, 1996.

6.2 Matérias Publicadas em Órgãos de Imprensa

AGAMBEN, Giorgio. A zona morta da lei. Caderno *Mais!*. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 16 de março de 2003, p. 5-8.

_____. On Security and Terror. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. Trad. Soenke Zehle. 20 de setembro de 2001. Disponível em: <http://www.egs.edu/faculty/agamben/agamben-on-security-and-terror.html>. Acesso em: 7 mar 2004.

ALLEN, Kate. Guantanamo Bay: Two years too many. *The Observer.* 11 de janeiro de 2004. Disponível em: <http://observer.guardian.co.uk/comment/story/0,6903,1120508,00.html>. Acesso em: 7 mar 2004.

ALTER, Jonathan. Time to think about torture. *Newsweek.* Edição de 5 de novembro de 2001. Disponível em: <http://www.sweetliberty.org /issues/war/safety/torture1.htm>. Acesso em: 15 mar 2004.

ARENA, Kelli. The Foreign Intelligence Surveillance Court. *CNN.com.* 23 de agosto de 2002(a). Disponível em: <http://www.cnn.com/2002/LAW/08/23/inv.fisc.explainer/>. Acesso em: 7 mar 2004.

_____. U.S. watch list has 'taken on life of its own,' FBI says. *CNN.com.* 20 de novembro de 2002(b). Disponível em: <http://www.cnn.com/2002/LAW/11/19/fbi.watch.list/index.html> Acesso em: 7 mar 2004.

ARENA, Kelli. BOHN, Kevin. Justice appeals court ruling limiting information sharing. *CNN.com*. 23 de agosto de 2002. Disponível em: <http://www.cnn.com/2002/LAW/08/23/intelligence.ruling/index.html>. Acesso em: 7 mar 2004.

BERKOWITZ, Bill. Lynne Cheney's campus crusade: Second Lady's ACTA launches campaign against 'Blame America First' academics. *WorkingForChange*. 19 de novembro de 2001. Disponível em: <http://www.workingforchange.com/article.cfm?ItemID=12355> Acesso em: 7 mar 2004.

BOHN, Kevin. "Dirty bomb" suspect gets conditional lawyer access. *CNN.com*. 11 de fevereiro de 2004. Disponível em: <http://www.cnn.com/2004/LAW/02/11/padilla.attorney.access/index.html>. Acesso em: 11 fev 2004.

BOSTON GLOBE. *Ashcroft v. americans*. Editorial. 17 de julho de 2002. Disponível em <http://www.commondreams.org/views02/0717-01.htm>. Acesso em: 12 jan 2004.

BOWDEN, Mark. The Dark Art of Interrogation. *The Atlantic Monthly*, Vol. 292. N° 3. Outubro de 2003. Disponível em <http:// www.theatlantic.com/issues/2003/10/bowden.htm.> . Acesso em: 8 jan 2004.

BRIDIS, Ted. FBI Issues Alert Against Almanac Carriers. *AP Wire*. 29 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.mercurynews.com/mld/mercurynews/7593539.htm>. Acesso em: 7 mar 2003.

BUMILLER, Elisabeth. SEELYE, Katharine Q. Bush defends wartime call for tribunals. *New York Times*. New York: 5 de dezembro de 2001, p. 1. Disponível em: <http://www.nytimes.com>. Acesso em: 7 mar 2004.

CNN. *American-born man's effort to appeal 'enemy combatant' status rejected.* 10 de julho de 2003. Disponível em: <http://edition.cnn.com/2003/LAW/07/10/enemy.combatants.ap/index.html> Acesso em: 11 jul 2003.

CNN. *Americans may be held as 'enemy combatants,' appeals court rules.* 8 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.cnn.com/2003/LAW/01/08/enemy.combatants/index.html>. Acesso em: 7 mar 2004.

CNN. *Ashcroft statement on 'dirty bomb' suspect.* 10 de junho de 2002. Disponível em: <http://www.cnn.com/2002/US/06/10/ashcroft.announcement/index.html>. Acesso em: 7 mar 2004.

CNN. *Ashcroft: US "securing freedom".* 18 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://www.cnn.com/2002/US/12/17/ashcroft.terror.rights/index.html>. Acesso em: 18 dez 2002.

CNN. *December arguments scheduled in Moussaoui case:* panel to review decision about 9/11 evidence. 16 de outubro de 2003. Disponível: <http://64.236.16.20/2003/LAW/10/15/moussaoui.case/>. Acesso em: 6 mar 2004.

CNN. *Enemy combatant 'now knows he has a case', attorney says*. 3 de fevereiro de 2004. Disponível em: <http://us.cnn.com/2004/LAW/02/03/enemy.combatant.ap/index.html> Acesso em: 7 mar 2004.

CNN. *Federal appeals court overturns part of key 1996 anti-terrorism law.* 4 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.cnn.com/2003/LAW/12/04/anti.terrorlaw.ap/index.html>. Acesso em: 7 mar 2004.

CNN. *Foreign students fret over INS tracking*. 10 de Janeiro de 2003. Disponível em: <http://www.cnn.com/2003/EDUCATION/01/10/tracking.students.ap/index.html> Acesso em: 11 jan 2003.

CNN. *Pentagon allows detained citizen to see lawyer*: man captured in Afghanistan was declared enemy combatant. 2 de dezembro de 2003. Disponível em:

<http://www.cnn.com/2003/LAW/12/02/hamdi.lawyer.access/index.html>. Acesso em: 7 mar 2004.

CNN. *Post-9/11 detainee: 'This shouldn't be repeated.* 14 de janeiro de 2004. Disponível em: <http://edition.cnn.com/2004/LAW/01/14/cnna.sachdeva/>. Acesso em : 7 mar 2004.

CNN. *Rumsfeld defends general who commented on war and Satan.* 17 de outubro de 2003. Disponível: <http://us.cnn.com/2003/US/10/16/rumsfeld.boykin.ap/index.html>. Acesso em: 7 mar 2004.

CNN. *Special Report – War Against Terror – Day of Terror – A 21st century "day of infamy"*. Disponível em: <http://edition.cnn.com/SPECIALS/2001/trade.center/day.section.html>. Acesso em: 8 mar 2004.

CNN. *Student pleads innocent to terror charge.* 12 de janeiro de 2004. Disponível em: <http://www.cnn.com/2004/LAW/01/12/terror.indictment.ap/>. Acesso em: 6 mar 2004.

CNN. *Supreme court backs states against feds*. 29 de maio de 2002. Disponível em: <www.cnn.com/2002/LAW/05/29/scotus.staterights.ap/index.html>. Acesso em: 29 maio 2002.

CNN. *Supreme Court expands review of U.S. war on terror:* Case of U.S.-born man captured in Afghanistan increases scrutiny of Bush policies. 9 de janeiro de 2004. Disponível em: <http://www.cnn.com/2004/LAW/01/09/scotus.enemy.combatant/index.html>. Acesso em: 7 mar 2004.

CNN. *Suspect may face fewer legal rights than in criminal court system.* 10 de junho de 2002. Disponível em: <http://www.cnn.com/2002/LAW/06/10/enemy.combatant/index.html>. Acesso em: 7 mar 2004.

CNN. *U.S. authorities capture 'dirty bomb' suspect:* his associate captured in Pakistan, U.S. officials say. 10 de junho de 2002. Disponível em: <http://www.cnn.com/2002/US/06/10/dirty.bomb.suspect/index.html>. Acesso em: 7 mar 2004.

CNN. *U.S. charges alleged bin Laden aides*. 25 de fevereiro de 2004. Disponível em: <http://us.cnn.com/2004/LAW/02/24/military.tribunals/index.html>. Acesso em: 25 fev 2004.

CNN. *U.S. moves step closer to opening military trials of terror suspects*. 31 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.cnn.com/2003/LAW/12/31/military.tribunals.ap/index.html>. Acesso em: 7 mar 2004.

CNN. *US court rebukes Bush over Gitmo*. 18 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.cnn.com/2003/LAW/12/18/court.gitmo.ap/index.html>. Acesso em: 7 mar 2004.

CNN. *US Supreme Court to hear dirty bomb case*. 20 de janeiro de 2004. Disponível em: <http://us.cnn.com/2004/LAW/02/20/scotus.enemy.combatant.ap/index.html>. Acesso em: 20 fev 2004.

CNN. *Terror probe raises concerns about civil rights*. Disponível em <http://www.cnn.com/2001/US/10/22/inv.civil.rights/index.html>. Acesso em 22 out 2001.

CNN. *U. S. officer fined for harsh interrogation tactics*. Disponível em <http://www.cnn.com/2003/US/12/12/sprj.nirq.west.ruling/index.html>. Acesso em: 6 set 2002.

COMITÊ DE DEFESA DA DECLARAÇÃO DE DIREITOS DA CIDADE DE LANE, OREGON. *Rabih Haddad Deported*. Lane, Oregon. Disponível em: <http://www.lanerights.org/haddad.htm>. Acesso em: 7 mar 2004.

COOK, Robin. Combate ao terror não pode constranger liberdades. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 14 de março de 2004, Mundo. Disponível em: <http://www.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft1403200409.htm>. Acesso em: 14 mar 2004.

COURRIER INTERNATIONAL. *Dossier: Libertés en Danger*. Paris: 3-9 de janeiro de 2002, p. 24-29.

COYLE, Marcia. Supreme Court trims congress sails on immigrants. *'ACLU Freedom Network Immigrants' Rights*. 2 de julho de 2001. Disponível em: <http://archive.aclu.org/issues/immigrant/nlj_immigration_article.html>. Acesso em: 7 mar 2004.

DÁVILA, Sérgio. Americanos já debatem tortura nas investigações. *Folha OnLine*. São Paulo, 1 de novembro de 2001, Mundo. Disponível em: <http://www.folha.uol.com.br>. Acesso em: 1 nov 2001.

DAVIS, Patricia. Combatant's case before high court; attorney argues lower ruling backs review of hamdi's detention. *Washington Post*. Washington, D.C.: 6 de janeiro de 2004, p. A10. Disponível em: <http://www.washingtonpost.com>. Acesso em: 7 mar 2004.

DEAN, John. Grassroots opposition to rights-infringing antiterrorism tactics. *CNN.com*. 15 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.cnn.com/2003/LAW/09/15/findlaw.analysis.dean.patriot/index.html>. Acesso em: 29 set 2003.

_____. Why Dick Cheney's secrecy scheme for pre-9/11 information makes no sense. *FindLaw's legal commentary*. 24 de maio de 2002. Disponível em: <http://writ.news.findlaw.com/dean/20020524.html>. Acesso em: 12 mar 2004.

DETROIT FREE PRESS. *Conyers demands information on haddad deportation*. 17 de julho de 2003. Disponível em: <http://www.freep.com/news/statewire/sw80936_20030717.htm>. Acesso em: 7 mar 2004.

DOWNEY, Sarah. HIRSH, Michael. A safe haven? *Newsweek.* V. CXL, Nº 14, p. 32-34. New York, 30 de setembro de 2002.

DUNHAM, Will. Guantanamo trials not "kangaroo court" – Rumsfeld. *Reuters*. 4 de março de 2004. Disponível em: <http://www.reuters.com/newsArticle.jhtml?type=worldNews&storyID=4501430&section=news>. Acesso em: 15 mar 2004.

EGGEN, Dan. FBI seeks data on Foreign Students. *Washington Post*, Washington D. C., 25 de dezembro de 2002, p. 01. Disponível em <http://washingtonpost.com/>. Acesso em: 26 dez 2002.

ERICKSON, Steve. George Bush and the Treacherous Country. *LA Weekly*. Edição de 13-19 de fevereiro de 2004. Disponível em: <http://www.laweekly.com/ink/04/12/features-erickson.php>. Acesso em: 16 fev 2004.

FAHIM, Kareem. Author David Cole measures the citizen-noncitizen divide. *The Village Voice.* New York, 12 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.villagevoice.com/issues/0338/fahim.php>. Acesso em: 7 mar 2004.

FEINGOLD, Russ. Why I opposed the anti-terrorism bill. *CounterPunch*. 26 de outubro de 2001. Disponível em: <http://www.counterpunch.org/feingold1.html>. Acesso em: 6 mar 2004.

FLANDERS, Laura. Intelligence failure Media ignores immigrant communities — and immigrants pay the price. *Working For Change*. 30 de novembro de 2001. Disponível em: <http://www.workingforchange.com/article.cfm?itemid=12432>. Acesso em: 7 mar 2004.

FOLEY, Brian J. Don't read on me – act now to save the Constitution. *CounterPunch.* 27/28 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.counterpunch.org/foley12272003.html>. Acesso em: 3 jan 2004.

FOLHA DE S. PAULO. *Fotos de presos suscitam novas críticas.* São Paulo, 21 de janeiro de 2002, Mundo, p. A9.

FOLHA ONLINE. *FBI registra aumento de agressões contra muçulmanos nos EUA.* São Paulo, 26 de novembro de 2002, Mundo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u48362.shtml>. Acesso em: 7 mar 2004.

FOLHA ONLINE. *Senado dos EUA aprova projeto de lei antiterror*. São Paulo, 25 de outubro de 2001. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/inter/reuters/ult27u15722.shl>. Acesso em: 6 mar 2004.

FRIEDEN, Terry. Justice Department details abuse of 9/11 detainees. *CNN.com*, 18 de dezembro de 2003. Disponível em: <http:// www.cnn.com/2003/LAW/12/18/detainees.abused/index.html>. Acesso em: 18 dez 2003.

GILLAN, Audrey. Defeat for Blunkett as judges free detainee. *The Guardian.* London: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://politics.guardian.co.uk/homeaffairs/story/0,11026,1173178,00.html>. Acesso em: 19 mar 2004.

GLABERSON, William. Tribunal comparison taints courts-martial, military lawyers say. *New York Times.* New York: 2 de dezembro de 2001. Disponível em: <http://www.nytimes.com>. Acesso em: 3 dez 2001.

GONZALEZ, Roberto J. Lynne Cheney-Joe Lieberman group puts out a blacklist. *San Jose Mercury News*. 13 de dezembro de 2001. Disponível em: <http://www.commondreams.org/views01/1213-05.htm> Acesso em: 7 mar 2004.

GUMBEL, Andrew. Foreigners are shackled, then jailed and denied their rights in FBI crackdown. *The Independent.* 2 de novembro de 2001. Disponível em: <http://news.independent.co.uk/world/americas/story.jsp?story=102762>. Acesso em: 6 mar 2004.

HEALY, Patrick. Conservatives denounce dissent. *Boston Globe*. 13 de novembro de 2001. Disponível em: <http://www.commondreams.org/headlines01/1113-03.htm> Acesso em: 7 mar 2004.

HENTOFF, Nat. Abandoning the Constitution to military tribunals. *The Village Voice.* New York, 21-27 de novembro de 2001. Disponível em: <http://www.villagevoice.com/issues/0147/hentoff.php>. Acesso em: 7 mar 2004.

_____. The death of Operation TIPS. *The Village Voice.* New York, 13 de dezembro de 2002(a). Disponível em: <http://www.villagevoice.com/issues/0251/hentoff.php>. Acesso em: 12 jan 2004.

_____. The diminishing of John Ashcroft – a bipartisan groundswell of rebellion. *The Village Voice.* New York, 12 de fevereiro de 2004. Disponível em: <http://www.villagevoice.com/issues/0407/hentoff.php>. Acesso em: 16 fev 2004.

_____. We'll all be under surveillance. *The Village Voice.* New York, 6 de dezembro de 2002(b). Disponível em: <http://www.villagevoice.com/issues/0250/hentoff.php>. Acesso em: 12 jan 2004.

HILDEN, Julie. FindLaw Forum: The September terror attacks, the First Amendment and the advocacy of violence. *CNN.com.* 7 de janeiro de 2002(a). Disponível em: <http://edition.cnn.com/2002/LAW/01/columns/fl.hilden.violence.01.07/>. Acesso em: 7 mar 2004.

_____. Why the U.S. will not admit Jose Padilla has constitutional rights. *CNN.com*. 1 de outubro de 2002(b). Disponível em: <http://www.cnn.com/2002/LAW/10/01/findlaw.analysis.hilden.padilla/index.html>. Acesso em: 7 mar 2004.

HIRSCHKORN, Phil. After 22 months, "dirty bomb" suspect sees lawyers. *CNN.com*. 3 de março de 2004. Disponível em: <http://www.cnn.com/2004/LAW/03/03/enemy.combatant.visit/index.html>. Acesso em: 3 mar 2004.

_____. Feds push to keep terror suspect behind bars. *CNN.com*. 12 de outubro de 2002. Disponível em: <http://www.cnn.com/2002/LAW/10/12/padilla.detention/index.html>. Acesso em: 7 mar 2004.

HUMAN RIGHTS WATCH. *"WE ARE NOT THE ENEMY" – Hate Crimes Against Arabs, Muslims, and Those Perceived to be Arab or Muslim after September 11*. United States Report. Vol. 14, nº 6(G), novembro de 2002. Disponível em: <http://www.hrw.org>. Acesso em: 18 ago 2003.

HUUS, Kari. U.S. prison camp may get death row: Pentagon makes final preparations for detainees at Guantanamo. *MSNBC News.* 2 de junho de 2003. Disponível em: <http://msnbc.msn.com/id/3340442/>. Acesso: 6 mar 2004.

JORNAL DO BRASIL. *Lei antiterror tem acordo na Câmara.* Rio de Janeiro: 2 de outubro de 2001, Internacional p. 12.

KAST, Sheilah. Terror probe raises concerns about civil rights. *CNN.com.* 22 de outubro de 2001. Disponível em: <http://www.cnn.com/2001/US/10/22/inv.civil.rights/index.html> Acesso em: 6 jan 2004.

LANCASTER, John. Anti-terrorism bill is approved; bush cheers quick action, but civil liberties advocates are alarmed. *Washington Post*. Washington, D.C.: 13 de outubro de 2001, p. A01. Disponível em: <http://www.washingtonpost.com>. Acesso em: 7 mar 2004.

LANE, Charles. Secrecy allowed on 9/11 detention; High Court declines to hear appeal. *Washington Post.* Washington, D.C.: 13 de janeiro de 2004, p. A01 (2004b). Disponível em: <http://www.washingtonpost.com>. Acesso em: 7 mar 2004.

_____. Showdown on terrorism case; Administration seeks fast track for high court appeal. *Washington Post.* Washington, D.C.: 8 de janeiro de 2004, p. A02 (2004a). Disponível em: <http://www.washingtonpost.com>. Acesso em: 7 mar 2004.

LAZARUS, Edward. Why an appeals court opinion on Jose Padilla is not anti-government. *CNN.com.* 28 de janeiro de 2004. Disponível em: <http://us.cnn.com/2004/LAW/01/28/findlaw.analysis.lazarus.padilla/index.html>. Acesso em: 7 mar 2004.

LAZARUS, Simon. Next: Roe v. Federalism. *Washington Post.* Washington D. C. 23 de novembro de 2003. Disponível em: <www.washingtonpost.com>. Acesso em: 21 dez 2003.

_____. The Court runs amok. *New Democrats Online (NDOL.org)*. Novembro/Dezembro de 2002(b). N° 19. Disponível em: <www.ndol.org/blueprint/2002_nov_dec/25_court.html>. Acesso em: 21 dez 2003.

_____. The most dangerous branch?. *The Atlantic Monthly*. Vol. 289. N° 6. Junho de 2002(a). Disponível em: <www.theatlantic.com/issues/2002/06/lazarus.htm>. Acesso em: 24 maio 2002.

LE CARRÉ, John. Loucura histórica toma conta dos EUA. *Folha de São Paulo*. Caderno Mundo. São Paulo, 26 de janeiro de 2003, p. A18.

LEFT, Sarah. US court rules against secret deportation hearings. *The Guardian.* London: 27 de agosto de 2002. Disponível em: <http://www.guardian.co.uk/usa/story/0,12271,781390,00.html>. Acesso em: 7 mar 2004.

L´HISTOIRE. *10 journées qui ébranlèrent le monde.* Nº 268, capa e p. 32-59. Paris: setembro de 2002.

LICHTBLAU, Eric. U.S. reasserts right to declare citizens to be enemy combatants. *New York Times*. New York: 8 de janeiro de 2004, p. 26. Disponível em: <http://www.nytimes.com>. Acesso em: 7 mar 2004.

LONGESCU, Oana. Who shot the Brussels summit? *BBC News.* London: 17 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/1/hi/programmes/from_our_own_correspondent/3327115.st>. Acesso em: 8 mar 2004.

MACFARQUHAR, Larissa. The Bench Burner – an interview with Richard Posner. *The New Yorker*. New York, 10 de dezembro de 2001. Disponível em: <http:// http://www.iconservatives.org.uk/richard_posner.htm>. Acesso em: 14 jan 2004.

MARINER, Joanne. Battlefield Chicago? In the Padilla case, a federal court says no. *CNN.com*. 23 de dezembro de 2003 (2003b). Disponível em: <http://www.cnn.com/2003/LAW/12/22/findlaw.analysis.mariner.padilla/index.html>. Acesso em: 7 mar 2004.

MARINER, Joanne. Interrogation, torture, the Constitution and the courts. *CNN.com*. 6 de janeiro de 2004. Disponível em <http://www.cnn.com/2004/LAW/01/06/findlaw.analysis.mariner.torture/index.html>. Acesso em: 6 jan 2004.

MARINER, Joanne. Nationality may determine quality of counsel in terror trials. *CNN.com*. 22 de julho de 2003 (2003a). Disponível em: <http://us.cnn.com/2003/LAW/07/22/findlaw.analysis.mariner.moussaoui/index.html>. Acesso em: 7 mar 2004.

MARKOFF, John. SCHWARTZ, John. Bush Administration to propose system for monitoring Internet. *New York Times*. New York, 20 de dezembro de 2002(a). Disponível em: <http://www.nytimes.com/2002/12/20/technology/20MONI.html>. Acesso em: 20 dez 2002.

_____. Falta pouco para o 'Big Brother' do Pentágono. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 24 de dezembro de 2002(b). Disponível em: <http://www.estado.estadao.com.br/editorias/2002/12/24/int016.hmtl>. Acesso em: 21 dez 2002.

MEARS, Bill. Court declines appeal on 9/11 secrecy. *CNN.com*. 23 de fevereiro de 2004(c). Disponível em: <http:// http://us.cnn.com/2004/LAW/02/23/scotus.terror.secrecy/index.html>. Acesso em: 23 fev 2004.

_____. Justice wants detainee case kept secret: Algerian man protesting detention after 9/11. *CNN.com*. 5 de janeiro de 2004(a). Disponível em: <http://www.cnn.com/2004/LAW/01/05/scotus.detainee.secrecy/>. Acesso em: 6 mar 2004.

_____. Supreme Court rejects appeal over secret 9/11 detentions. *CNN.com*. 12 de janeiro de 2004(b). Disponível em: <http://www.cnn.com/2004/LAW/01/12/scotus.terrorism.secrecy/index.html>. Acesso em: 7 mar 2004.

_____. Supreme Court requests government to justify secret detention. *CNN.com*. 5 de novembro de 2003(a). Disponível em: <http://www.cnn.com/2003/LAW/11/05/scotus.detainee.secrecy/>. Acesso em: 7 mar 2004.

_____. Supreme Court will hear first appeals involving Guantanamo detainees. *CNN.com*. 11 de novembro de 2003(b). Disponível em: <http://www.cnn.com/2003/LAW/11/10/scotus.detainees/>. Acesso em: 7 mar 2004.

MEEK, James. People the law forgot (Special Report). *The Guardian*. London, 3 de dezembro de 2003. Disponível em:

<http://www.guardian.co.uk/guantanamo/story/0,13743,1098604,00.html>. Acesso em: 7 mar 2004.

MINOW, Mary. The USA PATRIOT Act and Patron Privacy on Library Internet Terminals. *LLRX.com – The Online Power of Law*. 15 de fevereiro de 2002. Disponível em <http:// www.llrx.com/features/usapatriotact.htm>. Acesso em: 6 mar 2004.

MINTZ, John. Military lawyers question tribunal rules. *Washington Post.* Washington D.C.: 13 janeiro de 2004, p. A07. Disponível em: <http://www.washingtonpost.com>. Acesso em: 7 mar 2004.

MOSS, Michael. FESSENDEN, Ford. America under surveillance: privacy and security; new tools for domestic spying, and qualms. *New York Times.* 10 de dezembro de 2002. Disponível em: <www.nytimes.com/2002/12/10/national/10PRIV.html>. Acesso em: 6 mar 2004.

MSNBC.COM. *Appeals panel rules U.S. citizen not an enemy combatant. Decision could send Padilla to civilian court.* 18 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.msnbc.msn.com/id/3748660>. Acesso em: 7 mar 2004.

MSNBC.COM. *Audit finds fault in 9/11 detentions: Justice Department rejects conclusions by its watchdog.* 2 de junho de 2003. Disponível em: <http://stacks.msnbc.com/news/910255.asp?0sl=-10>. Acesso em: 3 jun 2003.

MSNBC.COM. *Military tribunals but no defendants?* 6 de maio de 2003. Disponível em: <http://stacks.msnbc.com/news/921031.asp#BODY>. Acesso em: 3 jun 2003.

O ESTADO DE SÃO PAULO. *Bush defende tribunal militar: 'Estamos em guerra'*. São Paulo: 30 de novembro de 2001. Disponível em: <http://txt.estado.com.br/editorias/2001/11/30/int030.html>. Acesso em: 7 mar 2004.

ORTON, Joshua. University of Wisconsin will not aid interviews. *CounterPunch.* 11 de dezembro de 2001. Disponível em: <http://www.counterpunch.org/orton1.html>. Acesso em: 10 maio 2002.

PEREIRA JR., Álvaro. Lei reforça vigilância na internet: Carnivore, caixa preta instalada pelo FBI em provedores, já monitora informações na rede. *Folha de São Paulo.* Caderno Mundo. São Paulo: 7 de outubro de 2001, p. A19.

PORTER, Henry. Now the talk is about bringing back torture. *The Observer.* London: 11 de novembro de 2001. Disponível em: <http:// http://observer.guardian.co.uk/comment/story/0,6903,591339,00.html>. Acesso em: 15 mar 2004.

POSNER, Richard A. Security versus civil liberties. *The Atlantic Monthly.* Vol. 288. N° 5. Dezembro de 2001. Disponível em: <http://www.theatlantic.com/issues/2001/12/posner.htm>. Acesso em: 31 mar 2002.

_____. The Best Offense. *The New Republic.* Washington D.C.: 13 de 2 de setembro de 2002. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/news/posner-r-terrorism.html>. Acesso em: 15 mar 2004.

PRICE, David. Academia under attack: sketches for a new blacklist. *CounterPunch.* 21 de novembro de 2001. Disponível em: <http://www.counterpunch.org/dprice2.html> Acesso em: 7 mar 2004.

PRIEST, Dana. GELLMAN, Barton. U. S. Decries Abuse but Defends Interrogations. *Washington Post*. Washington D. C., 26 de dezembro de 2002, p. 01. Disponível em <http://www.washingtonpost.com>. Acesso em: 26 dez 2002.

RESNIK, Judith. We don't need military "tribunals" to sort out the guilty. *CounterPunch.* 22 de janeiro de 2002. Disponível em: <http:// www.counterpunch.org/resnik1.html> Acesso em: 11 maio 2002.

RISEN, James. SHANKER, Thom. Hussein enters Post-9/11 web of prisons. *New York Times*, 18 de dezembro de 2003. Disponível em <http:// www.nytimes.com/2003/12/18/international/middleeast/18SADD.html>. Acesso em: 23 dez 2003.

ROBERTS, Adam. Even our enemies have rights. Britain must stand up for them. US treatment of the Guantanamo Bay prisoners defies international standards. *The Independent.* 20 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://argument.independent.co.uk/commentators/story.jsp?story=115372>. Acesso em: 6 mar 2004.

ROBINSON, Mike. Congressman questions detention of Islamic charity's founder. *Detroit Free Press.* 5 de março de 2002. Disponível em: <http://www.freep.com/news/latestnews/pm7808_20020305.htm>. Acesso em: 7 mar 2004.

ROSE, David. How we survived jail hell (Special Report). *The Observer.* London, 14 de março de 2004. Disponível em: <http:/ http://www.guardian.co.uk/guantanamo/story/0,13743,1169178,00.html>. Acesso em: 15 mar 2004.

SAMORA, Roberto. *Brasileiro preso por quase dez meses após atentados nos EUA quer indenização*. *GloboNews*, 5 de setembro de 2002. Disponível em <http://globonews.globo.com/GloboNews/article/0,6993,A385213-915,00.html>. Acesso em: 06 set 2002.

SANDERS, Bernie. The USA Patriot Act: what are you reading?. *The Baltimore Sun*. 19 de janeiro de 2003. Disponível em: <http://www.commondreams.org/views03/0119-03.htm>. Acesso em: 6 mar 2004.

SCHNEIDER, Karen G. The Patriot Act: last refuge of a scoundrel. *American Libraries Online.* Chicago: março de 2002. Disponível em: <http://www.ala.org/>. Acesso em: 6 mar 2004.

SCHULTZ, Evan P. Memo to Ashcroft: read 'Marbury'. *CounterPunch.* 25 de outubro de 2001. Disponível em: <http://www.counterpunch.org/schultz.html> Acesso em: 7 mar 2004.

SEELYE, Katharine Q. Pentagon says acquittals may not free detainees. *National Association of Criminal Defense Lawyers (NADCL) – Online News Release.* 22 de março de 2002. Disponível em: <http://www.nacdl.org/public.nsf/newsreleases/2002mn015?opendocument>. Acesso em: 7 mar 2004.

SIEGEL, Norman. No to military tribunals: they are not fair. *The Village Voice*. New York, 21-27 de novembro de 2001. Disponível em: <http://www.villagevoice.com/issues/0147/siegel.php>. Acesso em: 6 mar 2004.

SNELL, Karen L. Torture by proxy. *CounterPunch.* 9 de novembro de 2001. Disponível em: <http://www.counterpunch.org/snell1.html >. Acesso em: 10 maio 2002.

SOROKIN, Ellen. Planned volunteer-informant corps elicit "1984" fears. *Washington Times*. 16 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.commondreams.org/headlines02/0716-01.htm>. Acesso em: 12 jan 2004.

SUNSTEIN, Cass. Cass Sunstein, constitutional scholar, discusses the constitutional aspects of military tribunals. *The University of Chicago/In the News.* Chicago: 13 de fevereiro de 2002. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/news/sunstein-tribunals_npr.html>. Acesso em: 7 mar 2004.

TAYLOR JR., Stuart. Maybe the Military should have kept John Walker Lindh. *The Atlantic Online.* 25 de junho de 2002. Disponível em: <http://www.theatlantic.com/politics/nj/taylor2002-06-25.htm>. Acesso em: 1 jul 2002.

TERRA. *Un nuevo fallecimiento eleva a 200 el número de muertos*. 13 de março de 2004. Disponível em: <http://www.terra.es/actualidad/articulo/html/act62969.htm>. Acesso em: 15 mar 2004.

THE ECONOMIST. *Terrorism and civil liberties – heading in the wrong direction.* Vol. 366, Nº 8314, p. 14. London, 8-14 de abril de 2003.

THE GUARDIAN. *"Madrid became Manhattan" – what the spanish papers say*. Disponível em <http://www.guardian.co.uk/spain/article/0,2763,1168127,00.html>. Acesso em: 15 mar 2004.

THE GUARDIAN. *Special Report: September 11 2001*. Disponível em <http://www.guardian.co.uk/september11/0,11209,597544,00.html>. Acesso em: 8 mar 2004.

THE GUARDIAN. *Special Report: Spain*. Disponível em <http://www.guardian.co.uk/spain/0,2759,181077,00.html>. Acesso em: 15 mar 2004.

TIME. *Why the war on terror will never end.* Vol. 161, Nº 21, capa. New York, 26 de maio de 2003.

TRIBE, Laurence. Military tribunals undermine the constitution. *CounterPunch.* 8 de dezembro de 2001(b). Disponível em: <http://www.counterpunch.org/ltribe1.html>. Acesso em: 7 mar 2004.

_____. Why Congress must curb Bush's military courts. *The New Republic Online*. 29 de novembro de 2001(a). Disponível em: <http://tnr.com/121001/tribe121001.html>. Acesso em: 7 out 2002.

TROYER, John. Blacklist Me! *CounterPunch.* 7 de dezembro de 2001. Disponível em: <http://www.counterpunch.org/acta.html>. Acesso em: 7 mar 2004.

WAITE, Terry. Justice or revenge? *CounterPunch.* 23 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.counterpunch.org/waite1.html> Acesso em: 11 maio 2002.

WASHINGTON POST. *High Court to decide fate of imprisoned illegal immigrants.* 16 de janeiro de 2004. Disponível em: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/nation/courts/supremecourt/>. Acesso em: 6 mar 2004.

WESTCOTT, Kathryn. Moussaoui case tests US justice. *BBC News Online.* 26 de setembro de 2003. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/americas/3142206.stm>. Acesso em: 7 mar 2004.

WILGOREN, Jodi. Para os árabes-americanos, sensação de alvos e suspeitos. *O Estado de São Paulo.* São Paulo, 11 de setembro de 2002, seleção de artigos sobre 11/9, p. H5.

WILLIAMS, Patricia. This dangerous patriot's game. *The Observer.* 2 de dezembro de 2001. Disponível em: <http://observer.guardian.co.uk/libertywatch/story/0,1373,610367,00.html>. Acesso em: 4 jul 2002.

WOOD, Gordon. The American Revolution. *PBS Online NewsHour.* 2 de abril de 2002. Disponível em: <http://www.pbs.org/newshour/conversation/jan-june02/wood_4-2.html>. Acesso em: 14 fev 2004.

YALE LAW SCHOOL. *YLS professors and students draft letter criticizing military tribunals.* 12 de dezembro de 2001. Disponível em: <http://www.law.yale.edu/outside/html/Public_Affairs/152/yls_article.htm>. Acesso em: 7 mar 2004.

YOO, John; COLE, David. The Moussaoui Case. *PBS Online NewsHour.* 26 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.pbs.org/newshour/bb/law/july-dec03/moussaoui_9-26.html>. Acesso em: 6 mar 2004.

ZIZEK, Slavoj. A terceirização da tortura. *Folha de São Paulo*. Caderno *Mais!*. São Paulo, 16 de dezembro de 2001, p. 15.

6.3 Decisões Judiciais

United States Supreme Court

Marbury v. Madison 5 US 137 (Cranch) (1803).

Dred Scott v. Sandford 60 US 393 (Howard) (1857).

Lochner v. People of State of New York 198 US 45 (1905).

Adair v. US 208 US 161 (1908).

Hammer v. Dagenhart 247 US 251 (1908).

Debs v. US 249 U.S. 211 (1919).

Adkins v. Children's Hospital of District of Columbia 261 US 525 (1923).

Carter v. Carter Coal Company 298 US 238 (1936).

West Coast Hotel Company v. Parrish 300 US 379 (1937).

United States v. Darby 312 US 100 (1941).

Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951).

Brown v. Board of Education of Topeka, 347 US 483 (1954).

Yates v. United States 354 U.S. 298 (1957).

Mapp v. Ohio, 367 US 643 (1961).

Wong Sun v. United States, 371 US 471 (1963).

Gideon v. Wainwright 372 US 335 (1963).

Griswold v. Connecticut 381 US 479 (1965).

Miranda v. Arizona 384 US 436 (1966).

Brandenburg v. Ohio 395 U.S. 444 (1969).

Bivens v. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics 403 US 388 (1971).

New York Times Co. v. United States 403 US 713 (1971).

Roe v. Wade 410 US 113 (1973).

NAACP v. Claiborne Hardware Co. 458 U.S. 886 (1982).

United States v. Lopez 514 US 549 (1995).

Seminole Tribe of Florida v. Florida 517 US 44 (1996).

Kimel v. Florida Board of Regents 528 US 62 (2000).

United States v. Morrison 529 US 598 (2000).

Board of Trustees of the University of Alabama v. Garrett 531 US 356 (2001).

Zadvydas v. Davis e *Ashcroft v. Ma* 000 US 99-7991 (2001).

US Court of Appeals for the Second Circuit

Padilla v. Rumsfeld. Nº 03-2235(L) e 03-2438(Con) (2003).

US Court of Appeals for the Fourth Circuit

Hamdi v. Rumsfeld. Nº 02-7338 (2003).

Hamdi v. Rumsfeld, *en banc.* Nº 02-7338 (2003).

US Court of Appeals for the Sixth Circuit

Detroit Free Press, et. al. v. Ashcroft, et. al. 2002 FED App. 0291P (2002).

US Court of Appeals for the Ninth Circuit

Humanitarian Law Project v. U.S. Dept. of Justice. Nº 02-55083 (2003).

Gherebi v. Bush et. al. N° 03-55785 (2003)

US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit

Khaled Al Odah et. al. v. United States of America et. al. N° 02-5251 (2003)

United States District Court for the District of Columbia

Center for National Security Studies et. al. v. United States Department of Justice. Civil Action n° 01-2500 (2002).

United States District Court for the Eastern District of Virginia

Hamdi v. Rumsfeld. Civil Action n° 2:02cv439 (2002).

United States v. Zacarias Moussaoui. Criminal Nº 01-455-A (2001).

6.4 Normas internacionais, legislação, outros atos normativos, pronunciamentos oficiais

BUSH, George W. *Address to a Joint Session of Congress and the American People*. Discurso proferido em 20 de setembro de 2001. Disponível em: <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/09/20010920-8.html>. Acesso em 15 mar 2004.

CICV (Comitê Internacional da Cruz Vermelha). *Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949*. Genebra: CICV, 1992.

COX, Richard H. (org.). *Four Pillars of Constitutionalism – the organic laws of the United States*. New York: Prometheus Books, 1998.

UNITED KINGDOM. *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001*. Norwich: The Stationery Office Limited, 2001.

UNITED STATES OF AMERICA. *Guidance Regarding the Use of Race by Federal Law Enforcement Agencies*. Department of Justice – Civil Rights Division. Junho de 2003. Disponível em: <http://www.usdoj.gov/crt/split/documents/guidance_on_race.htm>. Acesso em: 15 mar 04.

UNITED STATES OF AMERICA. *Military Commission Order nº 1*. Department of Defense. 21 de março de 2003. Disponível em: <http://www.defenselink.mil/news/Mar2002/d20020321ord.pdf>. Acesso em: 6 mar 04.

UNITED STATES OF AMERICA. *Military Order*. 13 de novembro de 2001. *Federal Register*, edição de 16 de novembro de 2001, p. 57833, Seção 2(a)(1)(i)(ii)(iii). Disponível em: <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/11/20011113-27.html>. Acesso em: 26 jan 04.

UNITED STATES OF AMERICA. *USA Patriot Act – Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*. Government Printing Office. Disponível em: <http://www.access.gpo.gov/nara/publaw/107publ.html>. Acesso em: 16 jan 2004.

ANEXOS

ANEXO 1

Military order Referente aos Tribunais Militares

ANEXO 2

Carta Redigida por Professores de Faculdades de Direito acerca da *Military order* Presidencial

ANEXO 3

Ordem Presidencial Declarando José Padilla um “Combatente Inimigo”

ANEXO 4

Resolução da cidade de New York em defesa do *Bill of Rights*