

## Segunda Parte – Estudo de caso

Capítulo 7 - A suprema corte norte-americana após o 11 de setembro

Stephen I. Vladeck

SciELO Books / SciELO Livros / SciELO Libros

VLADECK, S. I. A suprema corte norte-americana após o 11 de setembro. In: KOERNER, A., org. *Política e direito na suprema corte norte-americana: debates teóricos e estudos de caso* [online]. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2017, pp. 251-278. ISBN: 978-85-7798-233-2. Available from: doi: [10.7476/9788577982332.0008](https://doi.org/10.7476/9788577982332.0008). Also available in ePUB from: <http://books.scielo.org/id/rwcyd/epub/koerner-9788577982332.epub>.



All the contents of this work, except where otherwise noted, is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International license](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Todo o conteúdo deste trabalho, exceto quando houver ressalva, é publicado sob a licença [Creative Commons Atribuição 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Todo el contenido de esta obra, excepto donde se indique lo contrario, está bajo licencia de la licencia [Creative Commons Reconocimiento 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

# CAPÍTULO 7

## A SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA APÓS O 11 DE SETEMBRO<sup>1</sup>

Stephen I. Vladeck

### Introdução

De maneira bem simples, o ponto crucial da dissidência enigmática do ministro Robert H. Jackson na infame decisão de *Korematsu*<sup>2</sup> na Suprema Corte dos Estados Unidos foi que as Cortes Federais – e a Suprema Corte em particular – deveriam evitar proferir decisões em casos de guerra que envolvessem o acionamento de reivindicações de exigência<sup>3</sup>. Na visão de Jackson, tais disputas apresentaram ao Judiciário duas alternativas igualmente desagradáveis: defender a conduta do governo e, assim, arriscar as consequências de atribuir uma licença legal para uma reivindicação de necessidade militar em um caso julgado em última instância (o que terminou acontecendo no

---

<sup>1</sup> Tradução: Anna Beatriz Leite Henriques; Revisão técnica: Cristina Carvalho Pacheco. Uma revisão editada em inglês desse ensaio foi publicado originalmente, com o título “The Passive-Aggressive Virtues”, em *Columbia Law Review*, vol. 111, out, 20, 2011, pp. 122-140”. Eugene Rostow chamou isso de “um ensaio fascinante e fantástico no niilismo”. Eugene V. Rostow, *Os Casos Americanos Japoneses – Um Desastre*, 54 *Yale L. J.* 489, 510 (1945).

<sup>2</sup> *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 242–48 (1944) (Jackson, J., dissenting).

<sup>3</sup> Como o ministro Jackson colocou em passagem célebre: “Uma ordem militar, apesar de inconstitucional, não está apta a durar mais do que uma emergência militar... Mas uma vez que uma opinião judicial racionaliza tal ordem para mostrar que ela está em conformidade com a Constituição, ou ainda racionaliza a Constituição para demonstrar que ela sanciona tal ordem, a Corte, por todo o tempo, validou o princípio da discriminação racial em processo criminal e o princípio de transplantar cidadãos americanos. O princípio, então, repousa como uma arma carregada pronta para as mãos de qualquer autoridade que possa apresentar uma alegação plausível para uma questão urgente.” *Id.* at 246.

caso *Korematsu*), ou invalidar o ato contestado, e arriscar ser ignorado pelo Executivo – talvez à custa substancial do poder e da legitimidade da Corte<sup>4</sup>. Dadas as opções, o ministro Jackson concluiu que a única manobra vencedora foi não agir<sup>5</sup>.

Esse entendimento pode auxiliar na explicação acerca do histórico da Corte no que se refere à Guerra do Vietnã. Como exhaustivamente documentado por outros autores<sup>6</sup>, entre 1965 e 1973 a Corte considerou praticamente todas as maneiras concebíveis (e algumas previamente inconcebíveis)<sup>7</sup> para evitar decisões sobre o mérito envolvendo questão fundamental acerca da natureza legal ou do escopo da guerra.

É bem verdade que a Corte ouviu várias disputas *relacionadas* à guerra<sup>8</sup>, muitas das quais compõem nos tempos atuais parte do acervo institucional da Justiça, como no caso dos *Pentagon Papers*<sup>9</sup>, *Cohen v. California*<sup>10</sup>, e *Estados Unidos v. O'Brien*<sup>11</sup>. Mas a cada vez que um

<sup>4</sup> Ver, e.g., Dennis J. Hutchinson, “The Achilles Heel” of the Constitution: Justice Jackson and the Japanese Exclusion Cases, 2002 Sup. Ct. Rev. 455, 489-90 (2002) (percebendo o medo de Jackson de que o Executivo poderia recusar-se a agir em conformidade com a ordem judicial concedendo auxílio aos detentos se a ordem militar fosse constitucionalmente imprecisa).

<sup>5</sup> Stephen I. Vladeck, Justice Jackson, the Memory of Internment, and the Rule of Law After the Bush Administration, in *When Governments Break the Law: The Rule of Law and the Prosecution of the Bush Administration* 183, 185 (AUSTIN SARAT & NASSER HUSSAIN eds., 2010).

<sup>6</sup> Ver, e.g., Rodric B. Schoen, *A Strange Silence: Vietnam and the Supreme Court*, 33 Washburn L.J. 275, 278–303 (1994) (cada caso do Vietnã é detalhado de modo a apresentar reivindicações de inconstitucionalidade e a recusa da Suprema Corte em intervir); ver também Sanford V. Levinson, *Fidelity to Law and the Assessment of Political Activity* (Ou, Can a War Criminal Be a Great Man?), 27 Stan. L. Rev. 1185, 1190–91 (1975) (resenha) (“The United States Supreme Court systematically refused to subject any phase of the Vietnam War to legal analysis.”).

<sup>7</sup> Ver, e.g., *Schlesinger v. Holtzman*, 414 U.S. 1321, 1322 (1973) (Marshall, ministro da Corte de Circuito, mantém a ordem de Corte Distrital em resposta à ordem do ministro Douglas, levantando a estadia imposta pela Corte do Segundo Circuito e destacando a concordância telefônica de outros sete ministros).

<sup>8</sup> Apesar da Corte não ter tratado da constitucionalidade do recrutamento, tratou, em uma série de casos resultantes de condenações criminais, de questões de interpretação estatutária com respeito ao *status* de limitador de consciência. E.g., *Clay v. United States*, 403 U.S. 698, 700, 704 (1971); *Gillette v. United States*, 401 U.S. 437, 447 (1971); *Welsh v. United States*, 398 U.S. 333, 343 (1970); *United States v. Seeger*, 380 U.S. 163, 165–66 (1965).

<sup>9</sup> *N.Y. Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971) (*per curiam*).

<sup>10</sup> 403 U.S. 15 (1971).

<sup>11</sup> 391 U.S. 367 (1968).

litigante (incluindo o estado de Massachusetts, que tentou invocar a jurisdição original da Corte em um caso excepcional)<sup>12</sup> procurou contestar a legalidade das atividades americanas no Sudeste da Ásia ou os meios pelos quais os soldados eram recrutados, a Corte se esquivou, recusando-se a revisar decisões de Cortes inferiores (praticamente todas as que concluíram que tais disputas não eram judiciáveis)<sup>13</sup>. E enquanto muitas das decisões da Corte voltadas a não decisão provocaram frequentes divergências agudas<sup>14</sup>, tais divergências não tiveram efeito visível na maioria da Corte, que endureceu seu posicionamento contra a intervenção ao mesmo tempo em que a guerra se arrastava<sup>15</sup>.

Quaisquer que sejam os méritos da abordagem da Corte para o caso do Vietnã, uma maneira de entendê-la é vê-la como o pleito defendido pelo professor Alex Bickel para contenção judicial na edição de 1961 da *Harvard Law Review Foreword*<sup>16</sup>. Enfatizando a

<sup>12</sup> *Massachusetts v. Laird*, 400 U.S. 886, 886 (1970) (mem.) (nega autorização para arquivar a carta de reclamação original). Nenhum dos outros desafios à guerra foram trazidos tanto (1) por um estado ou (2) diretamente na Suprema Corte.

<sup>13</sup> E.g., *Mitchell v. Laird*, 488 F.2d 611, 616 (D.C. Cir. 1973); *DaCosta v. Laird*, 448 F.2d 1368 (2d Cir. 1971), cert. negado, 405 U.S. 979 (1972); *Orlando v. Laird*, 443 F.2d 1039, 1043-44 (2d Cir.), cert. negado, 404 U.S. 869 (1971); *Berk v. Laird*, 429 F.2d 302, 305-06 (2d Cir. 1970); *Mora v. McNamara*, 387 F.2d 862, 862 (D.C. Cir.), cert. negado, 389 U.S. 934 (U.S. 1967); *Luftig v. McNamara*, 373 F.2d 664, 665-66 (D.C. Cir.), cert. negado, 387 U.S. 945 (1967).

<sup>14</sup> Ver, e.g., *Holtzman v. Schlesinger*, 414 U.S. 1316, 1320 (1973) (Douglas, ministro da Corte de Circuito) ("Os méritos da presente controvérsia são, portanto, para dizer o mínimo, substanciais, uma vez que a negação do pedido perante mim catapultaria nossos aviadores, assim como os camponeses do Camboja, para a zona de morte."); ver também *Sarnoff v. Shultz*, 409 U.S. 929, 929-32 (1972) (Douglas, J., discordando da negação de *certiorari*); *DaCosta*, 405 U.S. at 979-81 (Douglas, J., discordando da negação de *certiorari*); *Massachusetts v. Laird*, 400 U.S. at 886-900 (Douglas, J., discordando da negação de licença para arquivar uma carta de reclamação original); *Hart v. United States*, 391 U.S. 956, 956-60 (1968) (Douglas, J., discordando da negação de *certiorari*); *Holmes v. United States*, 391 U.S. 936, 936-49 (1968) (Douglas, J., discordando da negação de *certiorari*); *Mora v. McNamara*, 389 U.S. 934, 935-39 (1967) (Douglas, J., discordando da negação de *certiorari*); *Mitchell v. United States*, 386 U.S. 972, 972-74 (1967) (Douglas, J., discordando da negação de *certiorari*).

<sup>15</sup> Esse período também coincidiu com uma significativa mudança no conjunto de membros da Corte. O ministro chefe Burger substituiu o ministro chefe Warren em 1969; o ministro Blackmun substituiu o ministro Fortas em 1970; Powell substituiu Black em 1972; e o então ministro Rehnquist substituiu Harlan em 1972. Tanto em conjunto quanto individualmente, os novos Ministros não eram mais simpáticos – e, em alguns casos, até mesmo antipáticos – às reivindicações dos pleiteantes nesses casos.

<sup>16</sup> Alexander M. Bickel, *The Supreme Court, 1960 Term—Foreword: The Passive Virtues*, 75

“ampla área de escolha aberta à Corte em decidir se, quando e como adjudicar”<sup>17</sup>, a tese de Bickel em “As Virtudes Passivas” era a de que as Cortes Federais, em geral – e a Suprema Corte, em particular – poderiam se tornar instituições ainda mais poderosas e respeitadas através da confiança em argumentos jurídicos como meio de evitar decisões constitucionais controversas com base no mérito, deixando a resolução de tais disputas para a seara política. Se a jurisprudência da Corte referente ao Vietnã era virtuosa ou não, a conclusão de que ela era passiva é inescapável<sup>18</sup>.

Em contraste, narrativas mais recentes sobre o papel das Cortes Federais na Guerra ao Terror realçam seu envolvimento *ativo*, destacado pelo papel da Suprema Corte no caso dos detentos. De fato, alguém pode facilmente identificar pelo menos seis decisões da Suprema Corte em casos diretamente decorrentes das políticas militares de detenção do pós-11 de Setembro<sup>19</sup>, e quatro outras que, embora não estreitamente relacionadas, são igualmente relevantes<sup>20</sup>. Desta ma-

---

Harv. L. Rev. 40, 40–79 (1961).

<sup>17</sup> Id. at 79; ver também Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* 111–98 (2d ed. 1986) (no qual expõe a tese das “virtudes passivas”).

<sup>18</sup> Ver de forma geral: John Hart Ely, *War and Responsibility: Constitutional Lessons of Vietnam and Its Aftermath* (1993) (resumo questões legais levantadas – e não resolvidas – por conflitos no Sudeste da Ásia).

<sup>19</sup> *Kiyemba v. Obama*, 130 S. Ct. 1235, 1325 (2010) (*per curiam*) (que trata do reenvio de petições de *habeas corpus* trazidas por detentos de Guantánamo em decorrência de “mudanças nos fatos subjacentes”); *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723, 732–33 (2008) (que manteve os detentos de Guantánamo protegidos pela Cláusula de Suspensão); *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006) (que manteve as Comissões Militares reunidas para processar detentos de Guantánamo não poderiam proceder uma vez que a comissão tinha violado o Código Uniforme de Justiça Militar e as Convenções de Genebra); *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507, 509 (2004) (pluralidade de opinião) (que advogou o direito de “um cidadão mantido nos Estados Unidos como inimigo combatente tenha oportunidade significativa de contestar a base factual para aquela detenção perante um tomador de decisão neutro”); *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466, 478 (2004) (que sustentou que as Cortes Federais têm jurisdição para ouvir os desafios dos detentos de Guantánamo à legalidade da detenção); *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U.S. 426, 430 (2004) (que negou a rejeição de *habeas corpus* de cidadãos americanos designados como inimigos combatentes em termos procedimentais).

<sup>20</sup> Ver *Clapper v. Amnesty Int’l*, 133 S. Ct. 1138 (2013) (alegando que os pleiteantes não possuíam posição de desafiar programas de vigilância secreta do governo porque eles não podiam provar que estavam sujeitos a tal vigilância); *Ashcroft v. al-Kidd*, 131 S. Ct. 2074, 2085 (2011) (sustentando “uma prisão objetivamente sensata e detenção de uma testemunha importante nos

neira, muitos dos que criticam ou elogiam a Corte pelos seus esforços ao longo dos últimos treze anos parecem ter algo em comum: a crença de que, qualquer que seja o mérito, a Corte tem se exposto em um dos debates constitucionais mais críticos de nosso tempo<sup>21</sup>.

Neste ensaio ofereço uma visão bem mais cínica da atuação da Corte desde o 11 de Setembro. Embora os ministros tenham agido repetidamente de modo a afirmar e a preservar o papel institucional das Cortes Federais de maneira mais geral, eles se mostraram relutantes em engajar o conteúdo das políticas antiterrorismo, especialmente nos casos em que tais políticas estão relacionadas a supostos casos de abuso de liberdades civis individuais. Muito embora a Corte<sup>22</sup>, em quatro decisões diferentes, assegurou que as Cortes Federais desempenhavam um papel central na revisão de detenções de não cidadãos em Guantánamo<sup>23</sup>, ela também se recusou a aceitar casos que suscitassem questões de detenção com base no mérito, incluindo o padrão substantivo para detenção<sup>24</sup>, o peso evidente sobre o governo<sup>25</sup>, a relevância *vel*

---

termos de um mandado validamente obtido não pode ser desafiado como inconstitucional com base em alegações de que a autoridade que efetuou a prisão tinha uma motivação imprópria”); *Holder v. Humanitarian Law Project*, 130 S. Ct. 2705, 2712 (2010) (apoando, como aplicado aos pleiteantes, constitucionalidade do estatuto federal proibindo provisão de apoio a organizações terroristas estrangeiras); *Ashcroft v. Iqbal*, 129 S. Ct. 1937, 1942–43 (2009) (sustentando que o réu falhou em declarar pedido no qual era privado de direitos constitucionais claramente estabelecidos em custódia federal).

<sup>21</sup> Ver, e.g., Benjamin Wittes, *Law and the Long War: The Future of Justice in the Age of Terror* 15–16 (2008) (“What the Supreme Court has done is carve itself a seat at the table.”); Richard Klingler, *The Court, the Culture Wars, and Real Wars*, *A.B.A. Nat’l Security L. Rep.*, June 2008, at 1, 4 (argumentando que *Boumediene* poderia ser interpretado como “o abandono da verdadeira separação dos poderes e a tradição da deferência jurídica ao Congresso e ao Executivo em questões diplomáticas e militares).

<sup>22</sup> O enfoque deste capítulo é certamente mais normativo, focado nas decisões produzidas pela Corte nos casos propostos. Vale ressaltar, contudo, a preocupação em perceber a Corte como produtora de efeitos políticos nas suas decisões, e nesse sentido, aproxima-se dos trabalhos institucionalistas elencados no primeiro capítulo.

<sup>23</sup> Ver *Kiyemba*, 130 S. Ct. at 1235 (retendo o caso porém sugerindo habilidade para revisar detenções seguindo procedimentos de cortes inferiores); *Boumediene*, 553 U.S. at 732–33 (revisando detenção em Guantánamo em bases constitucionais); *Hamdan*, 548 U.S. at 567 (revisando detenção à luz do Código Uniforme de Justiça Militar e da Convenção de Genebra); *Rasul*, 542 U.S. at 485 (afirmando a jurisdição da Corte para revisar detenções em Guantánamo).

<sup>24</sup> E.g., *Al-Bihani v. Obama*, 131 S. Ct. 1814 (2011) (mem.).

<sup>25</sup> E.g., *Al Odah v. United States*, 131 S. Ct. 1812 (2011) (mem.).

*non* do direito internacional<sup>26</sup>, se os detentos têm direito a aviso-prévio e uma audiência antes de suas transferências para um terceiro país<sup>27</sup>, e várias outras questões procedimentais<sup>28</sup>. Além do mais, a Corte se recusou a considerar reivindicações de ex-detentos de Guantánamo de que sofriam maus tratos, deixando intacta uma decisão da Corte do Circuito de D.C. que sustentava que os réus tinham direito a imunidade qualificada e que os requerentes falharam em indicar uma causa viável de ação<sup>29</sup>. Tomadas em conjunto, essas decisões foram interpretadas (inclusive por juízes no Circuito de D.C.<sup>30</sup>) como reflexo da relutância de parte dos juízes em fazer qualquer coisa *vis-à-vis* Guantánamo, exceto afirmar sua jurisdição.

Tal padrão foi bem mais dominante em casos não relacionados a Guantánamo. Neles a Corte se recusou a revisar uma série de decisões de cortes inferiores de que cada uma dependia de diferentes argumentos jurídicos para se esquivar de reivindicações decorrentes da alegada “rendição extraordinária” de não cidadãos do governo americano a países onde foram torturados<sup>31</sup>. Similarmente, a Corte também se recusou a revisar decisões de cortes inferiores que apon-tavam vários entraves judiciais a desafios ao programa de escutas

<sup>26</sup> E.g. *Al-Bihani*, 131 S. Ct. at 1814.

<sup>27</sup> E.g. *Khadr v. Obama*, 131 S. Ct. 2900 (2011) (mem.); *Kiyemba*, 130 S. Ct. at 1880.

<sup>28</sup> Ver, e.g., *Rasul v. Myers*, 130 S. Ct. 1013, 1014 (2009) (mem.) (negando revisão de pedidos de danos trazidos por ex-detentos de Guantánamo).

<sup>29</sup> E.g. *Rasul v. Myers*, 563 F.3d 527, 528, 532 (D.C. Cir. 2009), cert. negado, 130 S. Ct. 1013 (2009). Mas ver também *Gul v. Obama*, No. 10-5117, 2011 WL 2937166, at \*1 (D.C. Cir. July 22, 2011) (sustentando que ex-detentos não poderiam continuar buscando suas petições de *habeas corpus* uma vez libertos de Guantánamo).

<sup>30</sup> Ver, e.g., Hon. A. Raymond Randolph, Remarks at the University of Oklahoma Institute for the American Constitutional Heritage (Mar. 25, 2011), [http://fvbpps-flash.ou.edu/videoplayer/videoplayer6.html?source=rtmp:/vod/IACH\\_Symposium/IACH\\_Symposium\\_Dinner.flv](http://fvbpps-flash.ou.edu/videoplayer/videoplayer6.html?source=rtmp:/vod/IACH_Symposium/IACH_Symposium_Dinner.flv).

<sup>31</sup> Ver, e.g., *Mohamed v. Jeppesen Dataplan, Inc.*, 614 F.3d 1070, 1073 (9th Cir. 2010) (*en banc*) (rejeição baseada na doutrina dos segredos de estado), cert. negado, 131 S. Ct. 2442 (2011); *Arar v. Ashcroft*, 585 F.3d 559, 563 (2d Cir. 2009) (*en banc*) (rejeição pela falha em declarar o pedido de *Bivens*), cert. negado, 130 S. Ct. 3409 (2010); *El-Masri v. United States*, 479 F.3d 296, 299-300 (4th Cir.) (rejeição baseada na doutrina dos segredos de estado), cert. negado, 552 U.S. 947 (2007).

telefônicas não autorizadas da NSA<sup>32</sup>. E a Corte ainda não encontrou uma convicção digna no pós-11 de Setembro; até juízes de instâncias inferiores enfatizaram a importância e a inovação de algumas das questões procedimentais e evidências em relação às quais suas decisões foram confrontadas<sup>33</sup>.

Até mesmo nas raras ocasiões em que a Corte concedeu *certiorari* em um caso de terrorismo não relacionado a detenção militar no pós-11 de Setembro, ela o fez apenas para reverter decisões de cortes inferiores que decidiram contra o governo – com cada regulamento da Suprema Corte interrompendo a reivindicação de auxílio do pleiteante<sup>34</sup>. De forma sucinta, desde o 11 de Setembro a Suprema Corte encontrou exatamente *uma* política antiterrorismo aparentemente ilícita; mesmo assim, o defeito era apenas a ausência de autorização do Congresso – e neste caso a votação foi de 5-3<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Ver *Am. Civil Liberties Union v. NSA*, 493 F.3d 644, 648 (6th Cir. 2007) (rejeição baseada na falta de sustentação) cert. negado, 552 U.S. 1179 (2008); cf. *Am. Civil Liberties Union v. United States*, 538 U.S. 920, 920 (2003) (mem.) (negando autorização à ACLU para intervir a fim de entrar com pedido de *certiorari*, desafiando a decisão da Corte de Revisão da Vigilância de Inteligência Estrangeira, que apoiava a constitucionalidade do programa de escutas telefônicas em *In re Sealed Case*, 310 F.3d 717, 719–20 (FISA Ct. Rev. 2002) (*per curiam*)).

<sup>33</sup> Ver, e.g., *In re Terrorist Bombings of U.S. Embassies in E. Afr.*, 552 F.3d 157, 167 (2d Cir. 2008) (sustentando que, por uma questão de primeira impressão, “o requerimento de garantia da Quarta Emenda não controla buscas conduzidas fora do país”) cert. negado, 130 S. Ct. 1050 (2010); *United States v. Abu Ali*, 528 F.3d 210, 269 (4th Cir. 2008) (reconhecendo a natureza difícil do processo), cert. negado, 129 S. Ct. 1312 (2009); *United States v. Afshari*, 426 F.3d 1150, 1155 (9th Cir. 2005) (sustentando constitucionalidade de convicção para o fornecimento de apoio material a organizações terroristas designadas, muito embora o réu não pudesse atacar colateralmente a designação da organização em questão), cert. negado, 549 U.S. 1110 (2007); *United States v. Moussaoui*, 382 F.3d 453, 455 (4th Cir. 2004) (reconhecendo que “questões [relacionadas ao acesso das testemunhas dos inimigos combatentes] não admite respostas fáceis”) cert. negado, 544 U.S. 931 (2005); ver também *United States v. Afshari*, 446 F.3d 915, 915–22 (9th Cir. 2006) (Kozinski, J., contrário à negação de novo interrogatório *en banc*) (argumentando que a Corte não deveria hesitar “em dar uma olhada mais profunda na constitucionalidade de certos procedimentos relacionados à guerra ao terror”).

<sup>34</sup> E.g., *Clapper v. Amnesty Int’l*, 133 S. Ct. 1138 (2013); *Ashcroft v. al-Kidd*, 131 S. Ct. 2074, 2085 (2011); *Holder v. Humanitarian Law Project*, 130 S. Ct. 2705, 2731 (2010); *Ashcroft v. Iqbal*, 129 S. Ct. 1937, 1954 (2009).

<sup>35</sup> Ver *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557, 593–94, 635 (2006) (invalidando Comissões Militares estabelecidas pelo presidente Bush com base em sua inconsistência com a autoridade que o Congresso forneceu).



Diante da experiência com o Vietnã, a primeira reação é considerá-la apenas a história se repetindo – que, pelas mesmas razões que dirigiram o comportamento da Corte durante a Guerra do Vietnã, é melhor para a Suprema Corte, enquanto instituição, evitar casos dessa natureza, e, para as Cortes Federais em geral, evitar decidir tais processos com base no mérito. Nessa visão, independente de uma abordagem jurisprudencial ser normativamente defensível como matéria tratada em primeira instância, ela não é original, isso pra dizer o mínimo. Nas próximas seções, busco demonstrar que essa visão é incorreta – que a abordagem da Suprema Corte para a Guerra ao Terror tem sido original e que parece refletir aquiescência substantiva na maioria das políticas governamentais antiterrorismo, independentemente da intenção dos ministros. De fato, ao afirmar repetidamente sua autoridade apenas para contornar os méritos, a Corte não tem sido nem ativa nem passiva, mas passivo-agressiva. Certamente, outros autores documentaram esse padrão bifurcado no trabalho da Corte desde o 11 de Setembro. Mas esse ensaio dá um passo crítico além, ao sugerir que, quaisquer que sejam os méritos da tese de Bickel, há um perigo fundamental às virtudes passivo-agressivas na tomada de decisão judicial, especialmente em tempos de guerra: quanto mais tênues forem as linhas entre guerra e paz – e, no presente contexto, entre guerra e crime – mais as Cortes estarão agindo até mesmo quando se recusarem a fazê-lo.

### **O trabalho da Suprema Corte do pós-11 de Setembro**

Por uma questão de brevidade, e porque há outros resumos melhores disponíveis, não fornecerei aqui uma visão abrangente da jurisprudência sobre o terrorismo da Suprema Corte no pós-11 de setembro. Se alguém contar (como eu o faço) ambas as curtas opiniões *per curiam* no caso *Kiyemba v. Obama*<sup>36</sup> e a decisão em *Holder v. Humanitarian Law Project*<sup>37</sup>, a Corte proferiu dez decisões “de

<sup>36</sup> 130 S. Ct. 1235 (2010) (*per curiam*).

<sup>37</sup> 130 S. Ct. 2705 (2010).

mérito” nesse campo: essas duas, juntamente com *Padilla* 138, *Rasul* 39, *Hamdi* 40, *Hamdan* 41, *Boumediene* 42, *Iqbal* 43, *al-Kidd* 44, e *Clapper* 45. Em vez de analisar essas decisões (e outras) em *seriatim*, a primeira parte deste capítulo oferece um esboço do trabalho da Corte na área.

## A. Jurisdição e Autopreservação Institucional

Virtualmente, todo o trabalho da Corte nos casos de detentos pode ser imprecisamente caracterizado como tendendo à jurisdição e/ou à preservação do papel das Cortes Federais<sup>46</sup>. Obviamente, *Boumediene* é a mais famosa manifestação desse tema, uma vez que a Corte sustentou, no caso, que os detentos de Guantánamo eram protegidos pela Cláusula de Suspensão e que o Congresso havia violado essa provisão ao retirar a jurisdição de *habeas corpus* sem fornecer uma alternativa adequada<sup>47</sup>. É preciso analisar de maneira minuciosa a opinião do ministro Kennedy para enxergar a importância que a preservação de um papel judicial significativo teria na decisão<sup>48</sup>, ou a

<sup>38</sup> *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U.S. 426 (2004).

<sup>39</sup> *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004).

<sup>40</sup> *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004) (pluralidade de opiniões).

<sup>41</sup> *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006).

<sup>42</sup> *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008).

<sup>43</sup> *Ashcroft v. Iqbal*, 129 S. Ct. 1937 (2009).

<sup>44</sup> *Ashcroft v. al-Kidd*, 131 S. Ct. 2074 (2011).

<sup>45</sup> *Clapper v. Amnesty Int'l*, 133 S. Ct. 1138 (2013).

<sup>46</sup> Por não se referir diretamente à Guerra ao Terror, o caso *Munaf v. Geren*, 553 U.S. 674 (2008) não foi incluído, apesar de ter sido uma decisão “de tempos de guerra” dada que ele surgiu da detenção militar de dois cidadãos norte-americanos durante as hostilidades em curso no Iraque. Mas mesmo se o caso *Munaf* estivesse incluído, não há dúvidas que se enquadra nos seguintes pontos: A Corte sustentou, unanimemente, a jurisdição das Cortes Federais sobre tais reivindicações (apesar de uma divisão de autoridade na Corte do Circuito de D.C.) e rejeitou algumas das reivindicações substantivas do requerentes, enquanto deixou as questões mais importantes para custódia. *Id.* at 685–88, 703 & n.6. Mas ver também *Omar v. McHugh*, 646 F.3d 13, 15 (D.C. Cir. 2011) (sustentando que o REAL ID Act de 2005 remove validamente a jurisdição federal sobre tais reivindicações).

<sup>47</sup> *Boumediene*, 553 U.S. at 798.

<sup>48</sup> Ver, e.g., Stephen I. Vladeck, *Boumediene's Quiet Theory: Access to Courts and the Separation of Powers*, 84 *Notre Dame L. Rev.* 2107, 2111 (2009) (argumentando que “o dano que o estatuto [em discussão no caso *Boumediene*] causou ao papel das cortes foi, no mínimo, relevante, se não

concomitante hesitação da Corte em oferecer qualquer parâmetro para tribunais de instância inferior sobre como proceder sob custódia<sup>49</sup>. Assim, não é surpresa que os ministros tenham se negado a interceder em todos os casos após o *Boumediene* externos à Corte do Circuito de D.C., mesmo com advogados e páginas editoriais acusando as Cortes de Apelação de minar a decisão de 2008 da Corte<sup>50</sup>.

Apesar da pouca atenção dada aos demais casos, isso se encaixa no panorama em questão. Assim, a trilogia dos casos *Padilla I*, *Hamdi* e *Rasul*, de 2004, configurou uma situação na qual o detento foi processado na Corte errada, mas ficou livre para ser questionado no fórum adequado<sup>51</sup>; sustentou também que, pelo estatuto, as Cortes Federais *poderiam* receber petições de *habeas corpus* trazidas por detentos de Guantánamo (sem opinião expressa sobre os méritos de tais reivindicações)<sup>52</sup>; e, por fim, sustentou que as Cortes Federais tinham um papel significativo a desempenhar na revisão da detenção de “inimigos combatentes” dos cidadãos americanos, mesmo se tais detenções tivessem sido autorizadas pelo Congresso (e mesmo se os ministros se recusassem a explicar que papel seria esse)<sup>53</sup>. Há muito mais a ser dito (e o foi) sobre essas três decisões, mas o tema comum parece ser a afirmação simultânea do poder judicial da Corte e a relutância em decidir os casos à sua frente com base em critérios mais limitados – mesmo enquanto vários ministros deram indícios sobre suas visões quanto ao mérito<sup>54</sup>. Deste modo, quando o governo

---

central, para a análise constitucional”).

<sup>49</sup> Ver *Boumediene*, 553 U.S. at 796 (“Essas e outras questões remanescentes estão dentro da competência e da *expertise* da Corte do Distrito para tratá-las em primeira instância”).

<sup>50</sup> Ver, e.g., Editorial, *A Right Without a Remedy*, N.Y. Times, Mar. 1, 2011, at A26 (“A Corte de Apelações de D.C. restringiu dramaticamente a sustentação de *Boumediene*”). Ver Stephen I. Vladeck, *The D.C. Circuit After Boumediene*, 41 Seton Hall L. Rev. 1451 (2011) [hereinafter Vladeck, D.C. Circuit] (documentando e analisando as críticas à jurisprudência do Circuito de D.C.).

<sup>51</sup> *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U.S. 426, 430 (2004).

<sup>52</sup> *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466, 485 (2004).

<sup>53</sup> *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507, 509 (2004) (pluralidade de opiniões). Embora o governo fosse abandonar esse argumento, sua alegação inicial no caso *Hamdi* foi que a detenção dele era categoricamente não revisável. *Hamdi v. Rumsfeld*, 296 F.3d 278, 283 (4th Cir. 2002).

<sup>54</sup> Ver, e.g., *Rasul*, 542 U.S. at 483 n.15 (“As alegações dos requerentes...descrevem

transferiu Padilla para uma detenção criminal pouco antes do retorno do seu caso à Corte em 2006, os ministros negaram *certiorari* por uma votação de 6-3. Apesar da negação, o ministro Kennedy enfatizou, para o trio sem precedentes que incluía ele próprio, o ministro Roberts e o ministro Stevens<sup>55</sup>, que Padilla estaria autorizado a solicitar recurso judicial caso o governo tentasse retorná-lo à detenção militar, e que a Suprema Corte continuaria disponível para remediar quaisquer danos, mas não se pronunciaria sobre os méritos da (agora finda) detenção militar de Padilla<sup>56</sup>.

*Hamdan* também pode ser visto como, pelo menos, parcialmente pertinente a esse tema, uma vez que, no caso, a maioria rejeitou o argumento do governo de que o Congresso, no Ato de Tratamento do Detento (ATD)<sup>57</sup>, de 2005, despojou a Suprema Corte de jurisdição sobre a apelação de Hamdan<sup>58</sup>. Obviamente, o ATD foi promulgado depois que a Corte concedeu o *certiorari*<sup>242</sup> e, como exposto a seguir, *Hamdan* foi impelido por – e finalmente ligado a – diferentes questões. Entretanto, tanto na trilogia de 2004 quanto no caso *Boumediene*, a Corte preservou sua habilidade de alcançar o mérito, quer no mesmo caso ou em questões futuras.

---

inquestionavelmente ‘custódia em violação à Constituição ou às leis ou tratados dos Estados Unidos’. (citando 28 U.S.C. § 2241(c)(3) (2000)); *Padilla*, 542 U.S. at 464 n.8 (Stevens, J., divergindo) (“Eu acredito que o Ato de Não Detenção profbe – e a Resolução Conjunta para Autorização do Uso da Força Militar não autoriza – a prolongada e incommunicável detenção de cidadãos americanos presos nos Estados Unidos”. (citações omitidas)).

<sup>55</sup> Nenhuma outra opinião durante os cinco termos que os ministros Roberts e Stevens foi assinada somente pelos dois e pelo ministro Kennedy. De fato, apenas uma opinião não majoritária parece ter sido assinada pelos três – a discordância do ministro Roberts no caso *Dolan v. United States*, 130 S. Ct. 2533, 2544 (2010), que também foi acompanhada pelo ministro Scalia.

<sup>56</sup> *Padilla v. Hanft*, 547 U.S. 1062, 1063–64 (2006) (Kennedy, J., concordando com a negação de *certiorari*); ver também *al-Marri v. Spagone*, 129 S. Ct. 1545, 1545 (2009) (mem.) (abandonando a decisão *en banc* da Corte do Quarto Circuito, que sustentava a detenção militar de não cidadãos presos dentro do território dos Estados Unidos à luz de sua acusação criminal e a transferência para custódia civil).

<sup>57</sup> Pub. L. No. 109-148, 119 Stat. 2680 (codificado como emendado nas seções 10, 28, e 42 U.S.C. (2006)).

<sup>58</sup> *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557, 572–84 (2006).

Talvez a melhor evidência para o tema da autopreservação da Corte na jurisprudência do pós-11 de Setembro seja sua manobra em relação aos uigures, grupo de mulçumanos turco-chineses detidos em Guantánamo. Pouco após *Boumediene*, a Corte do Circuito de D.C. considerou que eles não poderiam mais continuar detidos como inimigos combatentes<sup>59</sup>. Mas um júri separado considerou, subsequentemente, que eles não tinham direito de serem liberados para os Estados Unidos, apesar da reivindicação de que muitos deles não poderiam ser reassentados em outros lugares<sup>60</sup>. Assim, a Corte concedeu *certiorari* para decidir “se a corte federal, exercendo jurisdição de *habeas corpus*, tem poder para ordenar a liberação de prisioneiros mantidos na Baía de Guantánamo, onde a detenção Executiva é indefinida e sem autorização na lei, e a liberação aos Estados Unidos é o único recurso efetivo possível”<sup>61</sup>.

Em decorrência do fato de que cada detento recebia ofertas de reassentamento em outro país, os ministros enviaram o caso de volta à Corte do Circuito de D.C. para reconsideração<sup>62</sup>. Depois que a Corte de Apelações aderiu à sua análise original<sup>63</sup>, a Suprema Corte negou o *certiorari*, com o ministro Breyer explicando, em voto seguido também pelos ministros Kennedy, Ginsburg e Sotomayor, que:

[E]ssas ofertas, a falta de qualquer desafio significativo quanto às suas adequações e o comprometimento incontestável do governo de continuar a trabalhar para reassentar os requerentes transformam as reivindicações dos requerentes. Sob as atuais circunstâncias, não vejo obstáculo imposto pelo governo para a liberação oportuna dos requerentes e seu apropriado reassentamento... Entretanto, caso as circunstâncias mudem,

<sup>59</sup> Parhat v. Gates, 532 F.3d 834, 836 (D.C. Cir. 2008).

<sup>60</sup> Kiyemba v. Obama, 555 F.3d 1022, 1028–29 (D.C. Cir. 2009).

<sup>61</sup> Kiyemba v. Obama, 130 S. Ct. 1235, 1235 (2010) (*per curiam*) (citação omitida).

<sup>62</sup> *Id.*

<sup>63</sup> Ver Kiyemba v. Obama, 605 F.3d at 1047–48 (“[C]omo nossa opinião original indicou, mesmo se os requerentes tivessem uma boa razão para rejeitar as ofertas, eles não teriam direito algum de ser liberados dentro dos Estados Unidos”).

os requerentes podem, obviamente, levar novamente suas questões originais (ou questões correlatas) tanto para cortes de instância superior quanto para esta Corte<sup>64</sup>.

Em outras palavras, uma vez que a Corte não foi mais confrontada com a ameaça de poder judicial levantada pelo espectro de indivíduos que não podiam ser nem detidos nem soltos, a revisão não mais se configurava como garantia. As manobras em *Kiyemba*, em conjunto com os casos *Hamdi*, *Padilla* e *Boumediene*, forneceram mais evidências circunstanciais da aparente abordagem da Corte: enquanto o poder das Cortes Federais para agir nas reivindicações dos detentos não estava ameaçado, o mérito não exigia a atenção dos ministros, e não poderia ser deixado para o ramo político – ou, em caso de falha destes, para as cortes inferiores.

## B. Derrotas Governamentais nas Cortes de Apelação

Em contraste ao tema da autopreservação judicial subjacente aos casos discutidos acima, a única maneira de compreender as outras quatro decisões de terrorismo mais importantes da Corte desde o 11 de Setembro vem da sua postura procedimental: como o subtítulo sugere, nos casos *Ashcroft v. Iqbal*, *Holder v. Humanitarian Law Project*, *Ashcroft v. al-Kidd* e *Clapper v. Amnesty Internacional*, a Corte de Apelações decidiu contra o governo e, ou invalidou ou parecia destinada a invalidar, alguns aspectos da política antiterrorista pós-11 de Setembro.

No caso *Iqbal*, por exemplo, a Corte do Segundo Circuito rejeitou amplamente as reivindicações de imunidade qualificada de uma série de oficiais-seniores decorrentes dos alegados maus tratos (e da discriminação contra) um detento, subsequentes à sua prisão, como parte da investigação sobre os ataques de 11 de setembro<sup>65</sup>. A

<sup>64</sup> *Kiyemba v. Obama*, 131 S. Ct. 1631, 1631–32 (2011) (Breyer, J., respeitando a negação de *certiorari*).

<sup>65</sup> *Iqbal v. Hasty*, 490 F.3d 143, 178 (2d Cir. 2007).

Suprema Corte concedeu *certiorari* e reverteu, alegando que Iqbal falhou em pleitear fatos suficientes que apoiassem todas as suas reivindicações<sup>66</sup>. Além disso, em um aspecto bem menos noticiado da opinião do ministro Kennedy, a Corte também aparentou rejeitar categoricamente a disponibilidade de supervisão nas ações de *Bivens*, mesmo se elas não estivessem relacionadas aos potenciais méritos das reivindicações de Iqbal<sup>67</sup>.

Em *Humanitarian Law Project v. Mukasey*, a Corte do Nono Circuito sustentou que várias provisões do estatuto federal de “apoio material”, que criminaliza o fornecimento de apoio material a organizações terroristas estrangeiras<sup>68</sup>, eram inconstitucionais<sup>69</sup>. Em particular, a Corte de Apelações derrubou a proibição do estatuto sobre a prestação de “treinamento”, “serviço” e “outros conhecimentos especializados”, mesmo se isso defendesse outras provisões previamente emendadas pelo Congresso em resposta a decisões anteriores do mesmo caso<sup>70</sup>. A Suprema Corte reverteu de maneira unânime e concluiu que as provisões desafiadas não eram imprecisas, pelo menos quando aplicadas aos pleiteantes<sup>71</sup>, mesmo com o voto dividido de 6-3 sobre se o estatuto violou a Primeira Emenda.

<sup>66</sup> *Ashcroft v. Iqbal*, 129 S. Ct. 1937, 1952 (2009).

<sup>67</sup> Ver id. at 1948–49 (“Em uma...ação de *Bivens* – onde mestres não respondem pelos atos ilícitos dos seus serviços – o termo “responsabilidade supervisora” é um termo errôneo. Na ausência de responsabilidade vicária, cada oficial do Governo... é apenas responsável por sua própria má conduta”); ver também id. págs. 1957–58 (Souter, J., divergência) (descrevendo e criticando a discussão da responsabilidade supervisora).

<sup>68</sup> Ver 18 U.S.C. § 2339B (2006).

<sup>69</sup> Ver *Humanitarian Law Project v. Mukasey*, 552 F.3d 916, 929–30 (9th Cir. 2009) (sustentando que os termos “treinamento”, “serviço” e “pessoal” são “inadmissivelmente vagos”).

<sup>70</sup> Assim como o Nono Circuito explicou em 2009, o *Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act* de 2004 (IRTPA), Pub. L. No. 108-458, § 6603, 118 Stat. 3638, 3762–64, emendou o § 2339B, pelo menos em parte, para responder à decisão anterior da Corte de Apelação no caso *Humanitarian Law Project v. United States Department of Justice*, 352 F.3d 382 (9th Cir. 2003). Ver *Humanitarian Law Project v. Mukasey*, 552 F.3d at 923–24 (detalhando as mudanças feitas pelo IRTPA).

<sup>71</sup> Ver *Holder v. Humanitarian Law Project*, 130 S. Ct. 2705, 2720 (2010) (“O escopo do estatuto de apoio material pode não ser claro em todos os pedidos. Mas o ponto aqui é que os termos estatutários são claros em sua aplicação à conduta proposta dos requerentes, o que significa que o desafio impreciso deles deve falhar”).

Em *a-Kidd v. Ashcroft*, a Corte do Nono Circuito seguiu a rejeição da Corte Distrital de uma moção para descartar um processo de dano, alegando que o então procurador-geral Ashcroft utilizou o estatuto de testemunha fundamental<sup>72</sup> como pretexto para deter suspeitos de terrorismo contra os quais havia provas insuficientes que apoiassem as acusações criminais<sup>73</sup>. Especificamente, a Corte de Apelações sustentou que a Quarta Emenda proíbe prisão preventiva na ausência de causa plausível, e que o procurador-geral não tinha direito a imunidade absoluta ou qualificada<sup>74</sup>. A Suprema Corte mais uma vez revogou a decisão, unanimemente concluindo que Ashcroft tinha direito sim à imunidade qualificada independente de sua conduta ser, de fato, ilegal ou não<sup>75</sup>. Além disso, uma maioria de 5-3 sustentou que, com base no mérito, a alegada conduta de Ashcroft não poderia ter violado a Quarta Emenda, porque a intenção subjetiva fundamental é validamente obtida<sup>76</sup>.

*Al-Kidd* é, talvez, o caso mais revelador, porque a maioria tentou conscientemente resolver a desnecessária questão da Quarta Emenda, uma vez que a sustentação da imunidade qualificada forneceu o mérito além do ponto. Como o ministro Scalia explicou, “embora não seja necessário reverter um julgamento errôneo, o ato de fazê-lo garante que as cortes não isolem decisões constitucionais nas fronteiras da lei da nossa revisão ou que inadvertidamente solape os valores que a imunidade qualificada procura promover<sup>77</sup>”. Assim, *al-Kidd* aparentava ser a rara exceção – o caso em que a Corte fugiu à sua maneira de

<sup>72</sup> Ver 18 U.S.C. § 3144 (2006). A Suprema Corte já havia negado *certiorari* para revisar em apelação direta um dos mais abrangentes endossos do uso da condição de testemunha fundamental por parte do governo no pós-11 de setembro. Ver *United States v. Awadallah*, 349 F.3d 42, 49–51 (2d Cir. 2003) (sustentando que o estatuto federal de vítima material permite prisão e detenção de testemunha de júri), *cert. negado*, 543 U.S. 1056 (2005).

<sup>73</sup> Ver *al-Kidd v. Ashcroft*, 580 F.3d 949, 958, 973 (9th Cir. 2009) (sustentando que o procurador geral Ashcroft não tinha direito à imunidade absoluta ou qualificada).

<sup>74</sup> *Id.*

<sup>75</sup> *Ashcroft v. al-Kidd*, 131 S. Ct. 2074, 2085 (2011).

<sup>76</sup> *Id.* at 2080–83.

<sup>77</sup> *Id.* at 2080.



responder a questão com base no mérito, mesmo que isso não fosse estritamente necessário para a decisão<sup>78</sup>.

Finalmente, no caso *Clapper v. Amnesty International*, uma votação de 5-4 da Corte reverteu decisão proferida pela Corte do Segundo Circuito de que uma série de grupos de liberdades civis, jornalistas e outras partes interessadas se levantou para desafiar a constitucionalidade da provisão central do FISA Amendments Act de 2008 – que os pleiteantes alegaram interceptação autorizada de suas conversas sem a garantia da violação da Quarta Emenda<sup>79</sup>. Em opinião do ministro Alito, a Corte sustentou que os pleiteantes não conseguiram mostrar nenhum dano concreto que sustentasse a situação, a menos que eles pudessem mostrar que a interceptação de suas conversas foi “certamente iminente<sup>80</sup>”. Ironicamente, há apenas três meses, o ex-contratado da NSA, Edward Snowden, revelou que o governo *estava*, de fato, usando as autoridades desafiadas no caso *Clapper* para coletar conversas dos americanos<sup>81</sup>.

Há pouco em comum entre esses quatro casos, além dos seus resultados. Entretanto, como as descrições supracitadas indicam, as decisões de *Iqbal*, *Humanitarian Law Project*, *al-Kidd* ou *Clapper* podem ser vistas como obviamente ativas ou obviamente passivas. Claramente, a Corte sentiu-se compelida a agir em cada caso diante do pedido de revisão do governo. E *Iqbal*, *al-Kidd* e *Clapper* tornaram-se princípios com significados que vão muito além dos fatos. Ainda assim, nem *Iqbal*, *al-Kidd* ou *Clapper* passaram de maneira definitiva

<sup>78</sup> Como os ministros Kennedy, Ginsburg e Sotomayor assinalaram em diferentes opiniões, as suposições factuais contestáveis da Corte tinham o efeito de deixar as questões reais do caso para outro dia. Ver id. at 2085 (Kennedy, J., discordando) (“A sustentação da Corte... deixa sem solução se o uso governamental do Material Witness Statute, nesse caso, foi lícito”); id. at 2087–88 & n.3 (Ginsburg, J., discordando no julgamento); id. pág. 2090 (Sotomayor, J., coincidindo com o julgamento). Assim, mesmo enquanto pretende decidir com base nos méritos, a Corte não resolveu, de fato, a questão legal no centro do caso *al-Kidd*.

<sup>79</sup> 133 S. Ct. 1138 (2013).

<sup>80</sup> *Id.* at 1143.

<sup>81</sup> Ver, e.g., Stephen I. Vladeck, Big Data Before and After Snowden, 7 J. Nat'l Sec. L. & Pol'y 333 (2014).

na *validade* da conduta do governo *vis-à-vis* os pleiteantes; e o caso *Humanitarian Law Project* insinuou que as provisões questionadas podem muito bem incorrer em problemas da Primeira Emenda. Assim, a Corte se autoafirmou novamente, embora para fazer pouco mais do que endossar a posição do governo, negar ajuda e retroceder.

### C. Casos “de mérito”, concedidos e negados

Como sugerido pelo caso *al-Kidd*, mesmo quando a Corte analisou o direito substantivo em questão nos casos de terrorismo no pós-11 de setembro, ela o fez de maneira superficial. Em *Hamdi*, por exemplo, ambas as sustentações da Corte foram extremamente limitadas, com a pluralidade cuidadosamente circunscrevendo sua sustentação de que a Autorização para Uso da Força Militar (AUFM)<sup>82</sup> permitiu a detenção de Hamdi<sup>83</sup>, e destacando que, embora “alguma evidência” fosse insuficiente, os mecanismos reais para resolver as reivindicações de Hamdi poderiam – e deveriam – ser decididos por cortes inferiores<sup>84</sup>.

E em *Hamdan*, o único caso em que a Corte categoricamente invalidou uma política antiterrorismo pós-11 de setembro, os ministros se esforçaram para enfatizar a natureza limitada da sua conclusão – transformando-se na ausência de autorização estatutária para comissões militares<sup>85</sup>. Como colocado pelo Juíz Breyer, “nada impede que o presidente volte ao Congresso para procurar a autoridade que ele acredita ser necessária<sup>86</sup>”, o que foi exatamente o que aconteceu em seguida<sup>87</sup>.

<sup>82</sup> Pub. L. No. 107-40, 115 Stat. 224 (2001) (codificado em 50 U.S.C. § 1541 (2006)).

<sup>83</sup> *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507, 517 (2004) (pluralidade de opiniões).

<sup>84</sup> *Id.* at 537–39.

<sup>85</sup> Ver *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557, 593 & n.23 (2006) (observando que a sustentação centrou-se na ausência de autorização estatutária).

<sup>86</sup> *Id.* em 636 (Breyer, J., concordando); ver também *id.* at 637 (Kennedy, J., concordando em parte) (“Se o Congresso, após as considerações devidas, considera apropriado mudar os estatutos de controle, em conformidade com a Constituição e outras leis, ele tem o poder e a prerrogativa para fazê-lo”).

<sup>87</sup> Ver *Military Commissions Act of 2006*, Pub. L. No. 109-366, 120 Stat. 2600 (codificado como emendado nas seções dispersas de 10, 18 ou 28 U.S.C.) (autorizando o uso das comissões militares).

O exposto não pretende sugerir que nenhum direito substantivo emergiu dessas decisões. Pelo contrário, a análise do caso *Hamdi* sobre o relacionamento entre a *AUFM* e as leis de guerra tem sido uma questão crítica na litigância em curso na Corte do Circuito D.C. decorrente de Guantánamo<sup>88</sup>, e sua indiscutível rejeição do padrão de “alguma evidência” é também o provável culpado pela adoção relutante das Cortes de Apelação de um padrão preponderante nesses casos<sup>89</sup>. Similarmente, a conclusão de *Hamdan* de que a Guerra ao Terror não é um conflito armado internacional que fere o Artigo 3 da Convenção de Genebra foi importante<sup>90</sup>, assim como o repúdio mais sutil da Corte para as alegações vindas do Executivo acerca do poder presidencial irrevogável<sup>91</sup>. Mesmo com os passos cuidadosos tomados pela Corte, ela enviou mensagens indiretas e veladas ao Poder Executivo que, sem dúvida, tiveram impacto salutar nos parâmetros da política antiterrorismo subsequente.<sup>92</sup> Talvez nunca saibamos o papel exercido pelas declarações da autoridade judicial no remodelamento da conduta governamental após o 11 de Setembro, mas não é preciso esforço nenhum para perceber a maneira como a abordagem governamental mudou após cada uma dessas decisões – inclusive em questões sobre as quais a Suprema Corte não havia fornecido nenhum tipo de

<sup>88</sup> Ver, e.g., *Al-Bihani v. Obama*, 619 F.3d 1, 1 (D.C. Cir. 2010) (Sentelle, C.J., e Ginsburg, Henderson, Rogers, Tatel, Garland, & Griffith, JJ., concordando na negação de audiência *en banc*) (sugerindo que a discussão da relevância do direito internacional era *dicta* e, portanto, negava-se a reconsiderá-la), *cert. negado*, 131 S. Ct. 1814 (2011).

<sup>89</sup> Ver, e.g., *Al-Adahi v. Obama*, 613 F.3d 1102, 1104–05 & n.2 (D.C. Cir. 2010) (adotando o padrão de preponderância para o caso mas negar-se a manter esse padrão é legalmente necessário), *cert. negado*, 131 S. Ct. 1001 (2011). Ver, de forma geral, Vladeck, D.C. Circuit, nota de rodapé 49 (documentando o criticismo da Corte de Apelação em relação ao governo por não defender o padrão de “alguma evidência”).

<sup>90</sup> Ver *Hamdan*, 548 U.S. págs. 629–31.

<sup>91</sup> Ver *id.* at 593 & n.23; ver também Stephen I. Vladeck, *Congress, the Commander-in-Chief, and the Separation of Powers After Hamdan*, 16 *Transnat'l L. & Contemp. Probs.* 933, 958–61 (2007) (discutindo maiores implicações da nota de rodapé 23 na decisão do caso *Hamdan*).

<sup>92</sup> Em um artigo anterior, eu me referi à abordagem da Corte em relação à detenção como reflexo da forma de “incrementalismo adulator”, com a Corte enviando mensagens mais fortes à medida do tempo – e visto que as mensagens antigas pareciam ter sido desconsideradas. Ver Stephen I. Vladeck, *The Long War, the Federal Courts, and the Necessity/Legality Paradox*, 43 *U. Rich. L. Rev.* 893, 909 (2009) (revisão de livro).

orientação. Assim, não é possível argumentar – e eu não sugiro – que as sustentações da Corte nesses casos não tenham dramaticamente moldado pelo menos *alguns* aspectos da política antiterrorista nos últimos treze anos, especialmente no que se refere a detenção, tratamento e julgamento de inimigos combatentes.

Por mais importantes que essas decisões tenham sido, elas são as exceções que provam a regra, já que a Corte recusou-se a passar por cima da validade de quaisquer outra iniciativa antiterrorismo anterior. Como apontado acima<sup>93</sup>, as negações envolvem casos que emergem de rendição extraordinária, escutas telefônicas ilegais e uma série de outras práticas e políticas controversas do pós-11 de setembro. E, pelo menos em processos civis, as decisões de cortes inferiores que os ministros se recusaram a interferir repousavam em vários princípios jurídicos conhecidos – incluindo posicionamento, irrelevância, a doutrina da questão política e a iteração de “restrição ao litígio” dos privilégios de segredo de Estado – para executar auxílio sem passar por cima da legalidade da conduta governamental desafiada<sup>94</sup>.

Assim, exceto em casos que implicam o poder das Cortes Federais, ou aqueles em que o governo perdeu nas Cortes de Apelação, a Suprema Corte tem tido pouco a dizer sobre a legalidade oculta de praticamente todas as iniciativas antiterroristas do governo no pós-11 de setembro.

### **As virtudes da passividade judicial na Guerra ao Terrorismo**

De maneira alguma sou o primeiro a identificar esse padrão de tomada de decisão da Suprema Corte do pós-11 de setembro. Em 2008, por exemplo, o professor Jenny Martinez atribuiu essa bifurcação à secular distinção entre processo e substância, sugerindo que uma série de fatores contribuíram para o foco da Suprema Corte no

<sup>93</sup> Ver notas 30-32.

<sup>94</sup> Ver Stephen I. Vladeck, *The New National Security Canon*, 61 Am. U. L. Rev. 1295 (2012).

processo, em detrimento da substância<sup>95</sup>. E ano passado, Richard Fallon descreveu a “disparidade digna de nota” surgindo da “justaposição da assertividade da Corte em sustentar jurisdição judicial com seus direitos substantivos reticentes<sup>96</sup>”. Dada a quantidade de acadêmicos que chegaram à mesma conclusão<sup>97</sup>, o padrão descritivo aparenta ser objetivamente inatacável.

Reveladoramente, entretanto, descrever o padrão não significa, necessariamente, criticá-lo. O professor Fallon, por exemplo, fez tudo, menos elogiar a discrição da Corte, sugerindo que ela ampliou de maneira cautelosa as margens pelas quais o poder judicial pode operar. Em parte, e como resultado, mais decisões substantivas e possivelmente mais reconhecimento de direitos substantivos podem agora estar em perspectiva<sup>98</sup>. Para efeito semelhante, outros sugeriram que a abordagem relativamente passiva da Corte para as questões antiterrorismo pós-11 de setembro possa ter tido um impacto benéfico nos bastidores, moldando a política governamental mesmo sem fornecer regulamentos legais claros<sup>99</sup>.

Mas há razões para discutir sobre esse louvor à restrição da Corte desde o 11 de Setembro. Para começar, a passividade do presente difere substancialmente da passividade que marcou a Corte na Era Vietnã. E em qualquer caso, há uma diferença crítica entre passividade na

<sup>95</sup> Jenny S. Martinez, *Process and Substance in the “War on Terror,”* 108 *Colum. L. Rev.* 1013 (2008).

<sup>96</sup> Richard H. Fallon, Jr., *The Supreme Court, Habeas Corpus, and the War on Terror: An Essay on Law and Political Science*, 110 *Colum. L. Rev.* 352, 391 (2010).

<sup>97</sup> E.g., Neal Devins, *Talk Loudly and Carry a Small Stick: The Supreme Court and Enemy Combatants*, 12 *U. Pa. J. Const. L.* 491 (2010); John Ip, *The Supreme Court and House of Lords in the War on Terror: Inter Arma Silent Leges?*, 19 *Mich. St. J. Int’l L.* 1 (2010); Mark S. Kende, *The U.S. Supreme Court, the War on Terror, and the Need for Thick Constitutional Review*, 80 *Miss. L.J.* 1539 (2011); Joseph Landau, *Muscular Procedure: Conditional Deference in the Executive Detention Cases*, 84 *Wash. L. Rev.* 661 (2009).

<sup>98</sup> Fallon, nota de rodapé 95, págs. 396–97.

<sup>99</sup> Ver, e.g., Trevor W. Morrison, *The Middle Ground in Judicial Review of Enemy Combatant Detentions*, 45 *Willamette L. Rev.* 453, 471 (2009) (“A Corte possui uma variedade de ferramentas interpretativas que a capacitam a combinar deferência substancial aos setores políticos com, pelo menos, alguns limites modestos e provisionais sobre o Poder Executivo... E na medida em que duvidamos da habilidade da Corte de fixar os limites externos da guerra e poderes relacionados de qualquer maneira satisfatoriamente durável, que é o caminho que não deveríamos seguir”).

forma de abandono do campo, e passividade mesmo após reafirmações contínuas de um papel judicial forte. Essa abordagem pode muito bem refletir uma conclusão bastante desconcertante sobre o propósito da revisão judicial em tempos de guerra – como se sua existência se justificasse para, principalmente, se não exclusivamente, se perpetuar.

### A. Passividade em tempos de guerra: o Vietnã e o 11 de setembro

A passividade bem documentada da Corte durante o conflito no Vietnã centrou-se quase que inteiramente em duas distintas – mas relacionadas – questões legais: a legalidade subjacente da guerra (e de aspectos particulares disso) e a constitucionalidade do recrutamento<sup>100</sup>. Embora houvesse inúmeras possibilidades do conflito se ramificar para a linha de frente, as questões legais que a Corte evitou foram questões de guerra por excelência, governando o recrutamento de tropas e a legalidade da sua disposição. Assim, os grupos mais afligidos pelas decisões de não decidir foram os cidadãos enviados para lutar e os membros do Congresso que sentiram que o presidente estava usurpando sua autoridade constitucional. Em termos práticos, isso significou que, quanto mais longa fosse a guerra, maior seria pressão política contra o conflito - e menor a ideia de que aquela intervenção judicial seria o único recurso disponível.

Em contraste à Guerra no Vietnã<sup>101</sup>, as políticas antiterrorismo no centro da Guerra ao Terror foram: (a) objeto de implementação *doméstica* amplamente difundida; e (b) frequentemente direcionadas a não cidadãos, grupo com eleitorado bem mais fraco<sup>102</sup>. Quer

<sup>100</sup> Ver notas de rodapé 12-14 (coletando fontes).

<sup>101</sup> Uma questão similar ao tipo de questões com as quais a Corte foi confrontada durante a Guerra do Vietnã é levantada pelo contínuo uso de tropas norte-americanas na Líbia, não obstante a expiração do “relógio” fornecido pela Resolução dos Poderes de Guerra, 50 U.S.C. § 1544(b) (2006). Cf. *Campbell v. Clinton*, 203 F.3d 19, 20 (D.C. Cir. 2000) (sustentando que petição dos membros do Congresso, desafiando a constitucionalidade da participação dos Estados Unidos na OTAN nos bombardeios aéreos no Kosovo, não era questionável em juízo).

<sup>102</sup> A saliência doméstica de políticas tais como as escutas telefônicas não autorizadas, garantias

em contexto de rendição extraordinária, detenção de testemunha fundamental, escutas ilegais ou outros programas governamentais controversos, a realidade é que os recursos políticos têm sido efetivamente indisponíveis para as vítimas do fracasso governamental na guerra ao terrorismo. Além do mais, as questões legais que surgiram após o 11 de Setembro têm uma permanência que as separa de crises de segurança nacional anteriores, pelo menos na medida em que a ameaça representada pelo terrorismo internacional permanece uma fixação nos anos e décadas subsequentes.

Finalmente, e diferentemente da Guerra do Vietnã (ou de qualquer outro conflito norte-americano), a guerra ao terrorismo coloca em tensão dois significados conflitantes para avaliar a legalidade da conduta governamental: o paradigma da guerra e o paradigma de aplicação da lei<sup>103</sup>. Como resultado disso, muitos desses casos suscitam questões legais com implicações para o reforço comum da lei, quer em contexto de vigilância, interrogatórios, detenção e extradição ou até de acusação<sup>104</sup>. Ao contrário de períodos de guerra anteriores, essas

---

FISA, cartas de segurança nacional e até detenção foi bem documentada. Para mais informações sobre a questão da cidadania, ver Neal Katyal, *Equality in the War on Terror*, 59 Stan. L. Rev. 1365, 1366, 1392 (2007) (observando que “[d]esde os ataques de 11 de setembro, o governo tem repetidamente escolhido *aliens* para desaprovação especial” e argumentando que “dividindo nossos padrões legais com base em estranheza, estamos, na realidade, pondo em perigo nossa própria segurança e interesse nacional”). Dawinder S. Sidhu, *First Korematsu and Now Aschcroft v. Iqbal: The Latest Chapter in the Wartime Supreme Court’s Disregard for Claims of Discrimination*, 58 Buff. L. Rev. 419, 423 (2010) (argumentando que a Suprema Corte, no caso *Aschcroft v. Iqbal* “errou em encontrar alegações comuns de que o governo se engajou no desenho geral dos perfis de muçulmanos e árabes” e, como resultado, “o caso... vai provar o governo com maior amplitude para instituir programas de segurança e políticas discriminatórias”).

<sup>103</sup> Ver, e.g., Robert Chesney & Jack Goldsmith, *Terrorism and the Convergence of Criminal and Military Detention Models*, 60 Stan. L. Rev. 1079, 1100–20 (2008) (discutindo a convergência de critérios procedimentais e substantivos para detenção em detenções militares e julgamentos criminais de civis).

<sup>104</sup> Para trazer dois exemplos, considere a decisão da Corte do Quarto Circuito no caso *Abu Ali*, que sustentou que ele não violou a Cláusula de Confrontação contida na Sexta Emenda para permitir, em julgamento, o uso de depoimento em vídeo contra o réu por oficiais de inteligência saudita, *United States v. Abu Ali*, 528 F.3d 210, 238 (4th Cir. 2008), *cert. negado*, 129 S. Ct. 1312 (2009), e a decisão da Corte de Revisão FISA de 2008 reconhecendo, pela primeira vez, um “sistema de vigilância estrangeiro”, uma exceção à Warrant Clause da Quarta Emenda, *In re Directives* [texto editado]\* Nos termos da Seção 105B da Foreign Intelligence Surveillance Act, 551 F.3d 1004, 1012 (FISA Ct. Rev. 2008). Não deve ser difícil ver como ambas as decisões

questões não irão necessariamente expirar e decisões judiciais que não passarão pelo mérito deixarão necessariamente essas políticas intactas para o futuro.

Eu não pretendo dar muita ênfase a esse ponto, uma vez que certamente há exemplos de questões de liberdade civil que surgiram durante a Guerra do Vietnã, em que preocupações comparáveis eram articuladas. O ponto crítico é a interseção única: indeterminação temporal da guerra ao terrorismo com sua fusão aos paradigmas militar e criminal. Diferentemente do que ocorreu na Segunda Guerra Mundial, quando o ministro Jackson poderia se consolar na visão que a emergência passaria<sup>105</sup>, ou no Vietnã, quando o Congresso defendeu o presidente, a verdade é que nem o tempo ou pressões políticas submeterão tais questões legais<sup>106</sup> à discussão. Naquele contexto, as não decisões podem emprestar a sanção que as Cortes se negaram a oferecer formalmente, dada a ausência de recursos alternativos substanciais. Para ser exato, esse pode ser o objetivo da Corte – mas também pode não ser. O ponto crítico para fins presentes é que, uma vez ausente a resolução da subjacente legalidade dessas medidas, nenhuma lei impede oficiais do governo de repeti-las. Essa passividade judicial quando as questões não resolvidas são disputas de separação de poder, que só podem surgir na circunstância única de guerra em um campo de batalha estrangeiro, é uma coisa, mas passividade em face de políticas governamentais controversas que alegadamente

---

poderiam ser facilmente aplicadas em casos de não terrorismo.

<sup>105</sup> Ver, e.g., Robert H. Jackson, *Wartime Security and Liberty Under Law*, 1 *Buff. L. Rev.* 103, 115–16 (1951) (refletindo na decisão do caso *Korematsu*).

<sup>106</sup> Sobre a potencial indeterminação da Guerra ao Terror (e suas consequências), ver Mary L. Dudziak, *Law, War, and the History of Time*, 98 *Calif. L. Rev.* 1669, 1671 (2010) (argumentando “a concepção de tempo que foi embutida quando se pensa na tensão entre lei e guerra e a prática da guerra no século vinte”). Quando a improbabilidade da pressão política servir como peso significativo aos abusos frutos das políticas antiterrorismo, suspeito que é suficiente apontar a reação do Congresso ao programa de escutas telefônicas não autorizadas – i.e., imunizar os provedores de telecomunicações por quaisquer violações da lei federal que possam ter ocorrido como resultado. *FISA Amendments Act of 2008*, Pub. L. No. 110-261, 122 Stat. 2436 (codificado como emendado na seções de 18 e 50 U.S.C.).



afetam direitos individuais, e que talvez não tenham outra solução, é algo completamente diferente.

## B. Desmascarando as virtudes da tomada de decisão passivo-agressiva

Embora a discussão acima verse sobre por que a passividade na guerra ao terrorismo pode ser indefensável, há também algo qualitativamente diferente sobre a passividade que caracteriza a abordagem da Corte para questões “de mérito” nos últimos treze anos e que prevaleceram quarenta anos atrás. Na perspectiva de Bickel, a passividade da Corte sinalizou um desejo de deixar questões legais momentâneas nas mãos dos poderes políticos. Na Guerra ao Terror, em contraste, a Corte deixou bem claro que ela se vê como nada menos que um ator igual – e talvez maior – que o Congresso ou o presidente, intervindo quando os setores políticos estivessem tentando minimizar, ou até mesmo marginalizar, a revisão judicial.

Mas qual o ponto de tal intervenção se a Corte não pretende fornecer orientação sobre o mérito, ou para, caso contrário, resolver questões centrais com respeito ao material das políticas antiterrorismo pós-11 de setembro? Há três possibilidades (relacionadas), cada qual dissonante ao qual se refere. Primeiro, é possível que o ponto dessas decisões seja que a Suprema Corte, para afirmar a autoridade institucional do Judiciário Federal, deixa então as questões mais “difíceis” para as cortes inferiores enquanto material de primeira – e última – instância. Assim, a Corte preserva tanto a habilidade das cortes para resolver o problema apresentado quanto deixa um registro histórico em que a Suprema Corte, em particular, não chegou a estabelecer precedente no mérito de uma maneira ou de outra. Nessa visão, se os tribunais inferiores decidiram o mérito de tais casos (como no litígio de Guantánamo pós-*Boumediene*) ou se confiaram nos entraves jurídicos para evitar a questão (como nos casos de rendição e escuta telefônica), as Cortes Federais terão a última palavra, mesmo se a Suprema Corte

não o tenha feito. Obviamente, pelo menos onde as cortes inferiores estão dependendo dos entraves jurídicos, as mesmas preocupações de passividade documentadas acima surgiriam.

Em segundo lugar, é possível que os ministros simplesmente não tenham tratado do “mérito” na questão em que mereceu *certiorari*. Para este fim, a assertividade da Corte nos casos *Hamdi*, *Rasul*, *Hamdan* e *Boumediene* colocou os ministros em posição de agir quando um caso apropriado surgisse, mas isso ainda não aconteceu. Ao invés de deferir conscientemente às cortes inferiores, essa visão sugeriria que a Corte *pretende* supervisionar seus subordinados judiciais, mas ainda não foi impelida a fazê-lo.

Em terceiro lugar, é também possível que pelo menos alguns dos ministros acreditem que as decisões que protegem o papel judicial são um fim em si mesmas – que o mérito não importa, ao menos não na mesma proporção que a prerrogativa da Suprema Corte de forma geral. Assim entendido, o trabalho das cortes inferiores nesses casos é irrelevante ao projeto maior, pelo menos enquanto suas decisões *não* implicam que o papel institucional está avançando.

Independente do que seja dito sobre essas possibilidades, deve-se esclarecer que nenhuma delas é modelo de passividade judicial. Pelo contrário, cada uma indica uma variação do mesmo tema: um comportamento passivo-agressivo, em que a Corte, enquanto instituição, aparenta estar à margem, mesmo continuamente lembrando os atores relevantes do papel que ela pode – e, se provocada, está pronta para – desempenhar. Assim, da perspectiva tanto do governo quanto dos assuntos das políticas governamentais antiterrorismo, as cortes estão lá para servir como equilíbrio nos setores políticos (ao contrário do Vietnã), mas talvez apenas como fins em si mesmas.

Muito embora Bickel, há um século, talvez estivesse certo em exaltar as virtudes da passividade judicial, parece, à primeira vista, que a tomada de decisão judicial passivo-agressiva não é tão virtuosa assim. Afinal de contas, mesmo que a Corte não esteja expressando

uma visão com base no mérito desafiando, *inter alia*, a rendição extraordinária e as escutas telefônicas, o fato de que ela se autoafirmou durante a Guerra ao Terror poderia facilmente passar a impressão que ela considera tais questões *específicas* como ausência de garantia de uma revisão judicial. De fato, no contexto dos casos de alegada tortura a detentos, a Corte se recusou a revisar decisões de cortes inferiores: (1) negando-se a reconhecer a causa de ação; (2) sustentando que a imunidade qualificada impediria a ajuda em qualquer circunstância; e (3) considerando que o privilégio de segredo de Estado previne as cortes de alcançar as questões de causa da ação e de imunidade<sup>107</sup>. O efeito líquido dessas decisões, juntamente com as declarações de poder judicial, é sugerir que as cortes são *capazes* de ouvir pelo menos algumas dessas disputas, mas que jamais existira (ou pelo menos ainda não existiram) uma reivindicação viável para auxílio. Isso significa que a jurisprudência da Corte necessariamente cria uma forma de impunidade funcional, mesmo quando ela se recusa especificamente a dirigir-se à legalidade da conduta governamental<sup>108</sup>. Justaposto à experiência do Vietnã, em que não se poderia chegar a conclusão semelhante sobre como os ministros veriam as alternativas civis para abusos de guerra, o contraste é surpreendente.

Naturalmente, uma possível resposta é que a política antiterrorismo está sendo afetada até pelo *arquivamento* desses processos – que a invocação de jurisdição federal dos pleiteantes está tendo um efeito salutar, mesmo que não esteja produzindo decisões precedentes a respeito do direito substantivo, que define a responsabilidade de oficiais federais por abusos antiterroristas. Nessa visão, a vantagem da tomada de decisão passivo-agressiva é a habilidade secreta da Corte de moldar a conduta governamental sem ter que, publicamente, censurar oficiais específicos do governo. Entretanto, mesmo que houvesse evidência

<sup>107</sup> Ver notas de rodapé 28-30.

<sup>108</sup> Cf. *Pearson v. Callahan*, 129 S. Ct. 808, 813 (2009) (permitindo – se não encorajando – que as cortes se esquivassem da questão sobre qual conduta governamental seria ilegal em processos para danos desde que a ilegalidade não estivesse claramente estabelecida quando a conduta ocorreu).

pública de mudanças na prática do Poder Executivo que sustentasse essa tese, tais mudanças, na prática, seriam – assim como as mudanças governamentais na estratégia de litígio ao longo de alguns dos casos mais famosos dos últimos treze anos – inteiramente voluntárias. Elas podem muito bem produzir o mesmo *resultado*: uma descontinuação de práticas que eram ilícitas. Mas na ausência de precedente judicial, nada além da política do momento impediria futuros presidentes, em resposta a crises futuras, de reivindicar autoridade comparável<sup>109</sup>. Assim, essa virtude central da tomada de decisão passivo-agressiva é também seu vício.

## Conclusão

Na última decisão proferida antes do 11 de setembro, a Suprema Corte, no caso *Zadvydas v. Davis*, sustentou que a Cláusula do Devido Processo impõe um limite presuntivo de seis meses sobre por quanto tempo o governo deve continuar a deter um não cidadão ordenado a – mas que, por diversas razões, não pode – ser deportado<sup>110</sup>. Em uma passagem assustadoramente presciente, o ministro Breyer ofereceu um importante embargo à outrora categórica sustentação da sua opinião majoritária: “Não consideramos terrorismo ou outras circunstâncias especiais onde argumentos especiais podem ser feitos para as formas de prisão preventiva e de deferência elevada para os

<sup>109</sup> A respeito disso, faço companhia àqueles que argumentaram que constrangimentos internos rigorosos dentro do Poder Executivo talvez sejam o meio ideal de proteção da separação dos poderes (e, por implicação, direitos individuais) durante crises de segurança nacional. Ver, e.g., Neal Kumar Katyal, *Internal Separation of Powers: Checking Today’s Most Dangerous Branch from Within*, 115 *Yale L.J.* 2314, 2348 (2006) (“A verificação judicial está destinada a falhar. Ela sempre ocorrerá muito tarde, se fizer falta à Corte *expertise* em muitas áreas, e ela pode intervir quando não deveria e abster-se em momentos em que deveria agir. Por esta razão, ..., uma série de decisões institucionais devem ser feitas para permitir que ambas as fontes da legitimidade executiva – vontade democrática e *expertise* – funcionem simultaneamente”). O Poder Executivo deve sempre *almejar* fazer verificações a seu próprio respeito, mas em momentos mais importantes, essas aspirações não podem ser consideradas adequadas sem os constrangimentos legais subjacentes (e judicialmente obrigatórios) na mesma medida.

<sup>110</sup> 533 U.S. 678 (2001). *Zadvydas* foi um dos quatro casos decididos em 28 de junho de 2001 – último dia do Termo de Outubro de 2000 da Corte – e aparece como o último dos casos contidos no U. S. Reports.

juízos dos poderes políticos no que diz respeito a questões de segurança nacional<sup>111</sup>”.

Basta dizer que a Corte, durante os últimos treze anos, foi repetidamente confrontada com essas “discussões especiais”. Mas a característica mais notável da sua jurisprudência é o quão raramente ela passou, de fato, pelo mérito desses argumentos, quer em casos de detenção ou em processos que desafiam outras políticas antiterroristas. Em vez disso, os anos que se seguiram ao 11 de Setembro foram marcados por repetidas afirmações de autoridade judicial desprovida de resolução de legalidade da questionada conduta governamental. Essa mistura de intervenção judicial agressiva em alguns casos e passividade categórica em outros pode muito bem ser uma nova abordagem para o papel das Cortes Federais em crises de segurança nacional, mas isso desperta a preocupação de que essa revisão judicial passivo-agressiva será mal recebida pelo Poder Executivo, que é simultaneamente confrontado com o espectro da revisão judicial e com um conjunto de casos que desaparecem, em que tais revisões, na verdade, resultam no repúdio da política governamental.

---

<sup>111</sup> Id. at 696.