

Segunda Parte – Estudo de caso

Capítulo 6 - Os combatentes inimigos e o governo Bush: o papel da suprema corte na política externa do governo Bush (2001-2008)

Cristina Carvalho Pacheco

SciELO Books / SciELO Livros / SciELO Libros

PACHECO, C. C. Os combatentes inimigos e o governo Bush: o papel da suprema corte na política externa do governo Bush (2001-2008). 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. 221-249. ISBN: 978-85-7798-233-2. Available from: doi: [10.7476/9788577982332.0007](https://doi.org/10.7476/9788577982332.0007). 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 6

OS COMBATENTES INIMIGOS E O GOVERNO BUSH: O PAPEL DA SUPREMA CORTE NA POLÍTICA EXTERNA DO GOVERNO BUSH (2001-2008)¹

Cristina Carvalho Pacheco

Introdução

O presente capítulo volta-se para a análise do papel da Suprema Corte no cenário posterior ao 11 de Setembro de 2001, quando a Guerra ao Terror passou a dominar a agenda da política externa de George W. Bush (2001-2008). O foco volta-se para as interações entre Judiciário, Executivo e Legislativo, de modo a salientar as manobras presidenciais e reformas legislativas empreendidas nas ações que visavam a proteção dos direitos nos tribunais.

O período se destaca por ter provocado uma das mudanças mais rápidas na história da política externa dos Estados Unidos. O tom da campanha presidencial de Bush para as eleições de 2000 era de cautela ao tratar temas como o uso da força militar no exterior ou a participação do país nos processos de *nation building*. O ataque ao

¹ O presente capítulo foi elaborado como parte das atividades do GPD-CEIPOC no quadro do projeto do INCT-INEU. Foi resultado de uma pesquisa de Pós-Doutoramento realizada junto ao CLALS, da American University, sob a supervisão de Matthew M. Taylor, com financiamento da CAPES-Fubright, e publicado na Carta Internacional de 2015, edição. Gostaria de agradecer os comentários feitos por Adriano Marangoni, Alexandre C. C. Leite, Claudia T. Peixoto e Elias David Morales Martinez, durante a confecção do texto, cujo resultado final é de minha total responsabilidade.

*World Trade Center*² tornou-se um momento definitivo para a política externa do seu governo. Forneceu uma “oportunidade” para que a administração Bush travasse uma guerra internacional contra o terrorismo, cujo efeito imediato foi redirecionar o pensamento do país em assuntos internacionais.

Por se constituir um novo tipo de guerra, a primeira guerra do séc. XXI, direcionada a um inimigo sem face, sem território, contra o qual já não mais servia a mera estratégia da retaliação, era necessário instaurar uma estrutura a longo prazo para obter sucesso. E essa estrutura foi obtida por meio da elaboração de um conjunto de medidas normativas, algumas delas originadas no próprio Executivo federal, outras com o apoio do Legislativo, mas que compartilhavam um único objetivo: atribuir maior autonomia ao presidente da República para lidar com a Guerra Global ao Terror.

Dentre as medidas tomadas pela administração Bush tem-se a elaboração do termo “combatente inimigo”, utilizado para enquadrar os suspeitos de terrorismo apenas através da palavra do presidente. Outro ponto importante envolveu a aplicação das Convenções de Genebra aos presos em questão. Por não se tratar de uma guerra convencional entre Estados-nação, a aplicação de tais convenções não seria necessária. Seguindo o fluxo de discussão de velhas e novas categorias de guerra, um importante debate envolveu a articulação entre os conceitos de ação preemptiva e guerra preventiva. Criou-se também uma estrutura de detenção na Base Naval de Guantánamo e, por fim, um novo sistema de Tribunais Militares foi designado para tratar suspeitos de terrorismo.

Guantánamo localiza-se em Cuba e foi ocupada pelos Estados Unidos em tratado estabelecido entre os dois países em 1903³. O

² Além dos dois aviões que se chocaram contra as torres do *World Trade Center*, o 11 de Setembro de 2001 incluiu a queda de um avião no Pentágono, a sede do Departamento de Defesa, localizado nos arredores de Washington, D.C., e a queda de um quarto avião em um campo aberto na Filadélfia. Aproximadamente três mil pessoas morreram nestes atentados.

³ Conhecido como “Platt Amendment”, tal tratado encontra-se em sua extensão no endereço a seguir: <http://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=true&doc=55>

acordo feito no início do século XX, após a guerra entre Espanha e Estados Unidos, define Cuba como detentora da soberania sobre a área arrendada, que concede aos EUA jurisdição e controle plenos durante o período de sua ocupação. Mas não define que período é esse. Tal particularidade coloca Guantánamo em uma condição muito particular que merece destaque no processo particular da Guerra ao Terror: a aparente “anomalia legal” de Guantánamo serve a um propósito muito preciso para os interesses americanos no exterior. Na avaliação de Hernandez-Lopez (2008), quatro são os objetivos que envolvem a anomalia legal de Cuba: (1) os Estados Unidos evitam exercer sua soberania no exterior; (2) limitam os incidentes de soberania ao território cubano; (3) evitam os limites constitucionais pela autoridade no exterior; e (4) protegem, no exterior, os interesses que sejam estratégicos. E o caso Boumediene serve a essa anomalia exatamente. Para defender que os presos tenham acesso ao *habeas corpus* e tenham seus direitos protegidos pela Constituição dos EUA, a Corte se depara com o fato de que os EUA exercem uma soberania de fato em Guantánamo.

Parte desses esforços foram questionados nas cortes federais. E, pela via recursal, alguns chegaram à Suprema Corte americana, em um conjunto de decisões que ficou conhecida como *detainee decisions*. O primeiro grupo engloba os casos *Hamdi v. Rumsfeld* (UNITED STATES, 2004a), *Rumsfeld v. Padilla* (UNITED STATES, 2004b) e *Rasul v. Bush* (UNITED STATES, 2004c), todos julgados no mesmo dia, 28 de junho de 2004. Dois anos depois, outro caso foi julgado, *Hamdan v. Rumsfeld* (UNITED STATES, 2006b). E o último caso julgado ainda no governo Bush foi *Boumediene v. Bush* (UNITED STATES, 2008), cuja decisão foi proferida em 2008. Em cada um destes casos, a Corte estabeleceu limites aos poderes da administração Bush para deter suspeitos de terrorismo. Os casos julgados em 2004 forçaram o governo a implementar tribunais que confirmassem a condição de combatentes inimigos dos presos de Guantánamo. A decisão de 2006 não reconheceu os procedimentos aplicados pelas Comissões Militares, que violavam

não apenas a legislação doméstica como também as Convenções de Genebra. Em 2008, a Corte entendeu que os presos de Guantánamo tinham seus direitos protegidos pela Constituição dos EUA. Cada uma destas decisões provocou no governo Bush a elaboração de uma nova estratégia.

É este o cenário em que o presente capítulo se propõe a mergulhar de modo a discutir o papel do Judiciário na política externa dos EUA. Neste sentido, estabelece um diálogo com as abordagens individualistas tratadas no primeiro capítulo, cuja proposta consiste em ver o juiz como um ator político, cuja decisão judicial se constitui em uma ação política. As regras jurídicas são acionadas pelo juiz na medida em que se tornam instrumentos para atingir o seu objetivo individual. Afasta-se um pouco, visto que não se volta apenas para as decisões individuais dos juízes mas para a decisão final da Corte, ou seja a Suprema Corte em si, como um ator político, inserido no jogo político no qual participa, ainda que de maneira indireta e não tão incisiva, na produção da política externa dos EUA.

Sustenta-se neste capítulo que através de um arcabouço teórico eficiente, embora impreciso em alguns momentos, elaborado a partir do argumento da natureza singular da Guerra ao Terror, o Executivo ampliou significativamente seu poder de ação na arena dos poderes presidenciais de guerra e de política externa. A ampliação desse poder, ainda que balizado em grande medida tanto pelo Legislativo quanto pelo Judiciário, perpetua uma relação de legitimação dos atos executivos que vêm se consolidando desde o início do século XX.

Um novo tipo de guerra

O argumento apresentado pela administração Bush após o atentado às Torres Gêmeas era simples: a Guerra Global ao Terror era um novo tipo de guerra, que envolvia um novo tipo de inimigo. Isso foi reforçado por artigo publicado no *New York Times*, de 27 de setembro de 2001, por Donald Rumsfeld, na época secretário de Defesa,

com o sugestivo título “um novo tipo de guerra”⁴, no qual defendeu a singularidade dessa guerra: não é uma guerra contra um indivíduo, um grupo, uma religião ou um país. O oponente é uma rede global de organizações terroristas e também o são os Estados que a patrocinam. Tampouco o vocabulário é comum ao conflito: a invasão do território inimigo talvez signifique a invasão do seu *cyberspace*. Mas, apesar da sua singularidade, uma característica não se modifica, ressalta Rumsfeld ao final do artigo, “a América permanece indomável”.

Diante deste novo inimigo, Bush agiu rapidamente, e obteve autorização do Congresso Nacional para investir militarmente contra o Afeganistão e posteriormente contra o Iraque, com a aprovação dos seguintes documentos: a “Autorização para Uso de Força Militar” (AUMF – *Authorization for Use of Military Force*) e o “Ato Patriótico” (*Patriot Act of 2001*).

Submetida a votação no Congresso Nacional uma semana após o ataque às Torres Gêmeas, a AUMF é uma resolução conjunta do Executivo e do Congresso, que autoriza o presidente a usar todas as forças necessárias e apropriadas contra nações, organizações e pessoas que tenham planejado, autorizado, cometido ou auxiliado a cometer os ataques terroristas do 11 de Setembro, e também contra aqueles que tenham abrigado essas organizações e pessoas. O escopo da autorização é excepcionalmente amplo, na opinião de Wheeler (2008, p. 06), o que a torna uma arma estratégica na luta travada pelo Executivo federal contra o terrorismo.

Ainda que todo o processo de aprovação dessa norma na esfera federal tenha sido muito rápido, o documento não incorporou uma das *whereas clauses*⁵ em seu preâmbulo, que previa: “Considerando que o presidente tem autoridade sob a Constituição de tomar medidas para impedir e prevenir atos de terrorismo internacional contra os Estados

⁴Tanto Guzzini (2002) quanto Forsythe (2006) defendem a ausência desses “novos” elementos na cruzada contra o terrorismo. Cada um dos argumentos será apresentado ao longo do artigo.

⁵A *Whereas Clause* é uma cláusula geralmente presente no início de um documento legal, no direito americano, que apresenta as pretensões e finalidades daquele documento.

Unidos...". Em artigo de opinião publicado no *Washington Post*, de 23 de dezembro de 2005, o senador Thomas Daschle (democrata-South Dakota) garantiu que a referida cláusula, não prevista no original apresentado pelo governo ao Congresso, foi objeto de manobra para tentar figurar no texto minutos antes da votação no Senado. (DASCHLE, 2005). O problema é que se tal cláusula, aliada à inserção de outras expressões ao longo do texto, estivesse presente na versão final do documento, aprovada pelo Senado, autorizaria o presidente a exercer seus poderes não apenas além-mar, mas até mesmo em solo estadunidense e, potencialmente, contra cidadãos americanos⁶.

Tanto a ampliação do escopo do AUMF como a insistência em permitir que o presidente exerça seus poderes até mesmo contra cidadãos americanos, foram objeto de debate travado entre o Executivo e o Judiciário sobre o papel do presidente no tocante aos assuntos de política externa e poderes de guerra.⁷

A Seção 2 do Artigo II⁸ da Constituição dos Estados Unidos determina que o presidente da República será o comandante em chefe das Forças Armadas. Mas, na percepção do setor jurídico do Executivo federal, tal artigo não define de maneira explícita o escopo de seu poder e, com isso, abre espaço para interpretações e ambiguidades.

Uma destas interpretações está presente em memorando elaborado pelo Departamento de Justiça (GREENBERG, DRATEL, 2005, p. 136) e publicado em fevereiro de 2002, sobre o estatuto jurídico das Forças Militares do Talibã em relação ao Artigo IV da 3ª Convenção de Genebra de 1949⁹. O Departamento de Justiça defende que a autoridade

⁶ A questão de incluir também cidadãos americanos na Guerra ao Terror é debatido em decisões julgadas na Suprema Corte, como os Casos Padilla e Hamdi, analisados a seguir.

⁷ Há uma expressiva literatura sobre isso, mas que neste texto será mencionada tangencialmente.

⁸ A primeira parte da Seção 2 do referido Artigo define que "O presidente será o chefe supremo do Exército e da Marinha dos Estados Unidos, e também da Milícia dos diversos estados, quando convocadas ao serviço ativo dos Estados Unidos. Poderá pedir a opinião, por escrito, do chefe de cada uma das secretarias do Executivo sobre assuntos relativos às respectivas atribuições. Terá o poder de indulto e de graça por delitos contra os Estados Unidos, exceto nos casos de *Impeachment*."

⁹ Este documento será referido novamente quando do tratamento da questão das Convenções de Genebra, mais à frente.

do presidente como comandante em chefe das Forças Armadas em tempos de guerra se sobrepõe a qualquer lei da nação: “O presidente usufrui de total discricção no exercício da autoridade de comandante em chefe e na condução de operações contra forças hostis”.

Consoante tal posicionamento se encontra a expressão utilizada por Bush (2001) em carta enviada aos líderes do Congresso dois dias após ter informado à nação que atacaria o Afeganistão¹⁰. Nessa carta o presidente anunciava a pretensão de assumir sua autoridade constitucional inerente para conduzir os assuntos internacionais enquanto comandante em chefe das Forças Armadas. O referido posicionamento resgatava interpretação aplicada pela Suprema Corte em importante decisão histórica na qual foi apresentada a “Doutrina do Órgão Único”.

Tal doutrina foi emitida em decisão da Corte no *Caso U. S. v. Curtiss Wright*¹¹ (UNITED STATES, 1936). O caso envolvia o descumprimento, por parte da referida empresa, de embargo estabelecido por resolução conjunta entre Congresso e presidente, ao realizar venda de armas para países da América do Sul envolvidos na Guerra do Chaco, o conflito territorial entre a Bolívia e o Paraguai, ocorrido de 1932 e 1935. A Curtiss-Wright, empresa da área de aviação, havia vendido bombardeiros para a Bolívia em 1933. Ao ser acusada de violação do referido embargo, a empresa alegou que as bases deste eram inválidas pois o Congresso havia delegado seus poderes ao Executivo federal em uma área que não poderia ter feito. O ministro Sutherland entendeu que a autoridade nos assuntos internacionais pertencia essencialmente ao Executivo federal que, na sua opinião, “pertencia ao poder muito dedicado, pleno e exclusivo do presidente enquanto órgão único do governo federal no campo das Relações Internacionais. Um poder que não requer para a base de seu exercício um ato do Congresso”.

¹⁰ A declaração de guerra feita pelo Executivo federal e consequente invasão ao Afeganistão ocorreu em 7 de outubro de 2001.

¹¹ Esse caso é objeto de minha pesquisa em curso, com financiamento do CNPq, sobre as decisões referenciais (*landmark cases*) produzidas pela Suprema Corte dos EUA no tocante à política externa no séc. XX.

O curioso é que essa decisão abriu espaço para que os presidentes subsequentes utilizassem os acordos executivos¹² como meio principal para manter sua hegemonia nos assuntos de política externa (ADLER, 1996, p. 27). A utilização dos acordos executivos foi referendada em decisões futuras da Suprema Corte, como nos casos *U.S. v. Belmont* (UNITED STATES, 1937), julgada em 1937, e *U.S. v. Pink* (UNITED STATES, 1941), decidida em 1941. Ambas as decisões, elaboradas a partir de *Curtiss Wright*, podem ser consideradas, na opinião de Adler (1996, p. 29), facilitadoras da tendência de aumento do poder do presidente na arena da política externa, ao menos no que se refere ao uso dos acordos executivos.

O segundo documento aprovado rapidamente após o 11 de Setembro foi o Ato Patriótico¹³, de 24 de outubro de 2001, que autoriza prisões imediatas, rejeita o compartilhamento de processos investigativos e permite o livre acesso a informações particulares e confidenciais, ao mesmo tempo que suprime, em grande parte das medidas ali contidas, o devido processo legal. Esta lei teve, em 26 de maio de 2011, durante a presidência de Barack Obama, sua validade estendida por mais quatro anos.

Estes dois documentos compõem, ao lado da Estratégia de Segurança Nacional¹⁴ (*National Security Strategy - NSS*), o que se

¹² Embora não estivessem previstos na Constituição dos EUA, tampouco nas discussões dos “federalistas”, os decretos executivos começaram a ser validados pela Suprema Corte nas decisões proferidas nos *Casos Belmont e Pink*. No primeiro caso, o ministro Sutherland validou um decreto executivo emitido por Franklin Delano Roosevelt, que negociava a recuperação de investimento realizado por metalúrgica russa em um banco nos EUA antes da Revolução Russa de 1917. Com o restabelecimento das relações diplomáticas entres os dois países em 1933, a URSS solicitou ajuda dos EUA para tentar recuperar os ativos que, agora, pertenciam ao país, uma vez que a empresa havia sido nacionalizada. A validade desse documento foi resgatada em 1942, no segundo caso, *Pink*. Nele, o ministro Douglas invocou a doutrina do órgão único, bem como o reconhecimento do poder do decreto executivo. Ambas as decisões fazem parte, em conjunto com o *Caso Curtiss Wright*, da pesquisa que realizei junto ao CNPq, referida em nota anterior.

¹³ Em inglês, forma o acrônimo pelo qual ficou conhecido: USA PATRIOT Act: Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism.

¹⁴ Preparada periodicamente pelo Executivo federal e endereçada ao Congresso, a Estratégia de Segurança Nacional contém as principais preocupações de segurança nacional e, neste momento do cenário do país, particularmente, como o governo lidará com os “combatentes inimigos”.

convencionou chamar de “Doutrina Bush”. Talvez a *NSS*, lançada pelo Executivo em setembro de 2002, constitua o documento no qual tal “doutrina” se encontra mais acentuada. A Doutrina Bush¹⁵ contém quatro elementos, na sistematização proposta por Jervis (2003, p. 366): (a) a forte crença no papel determinante que a política doméstica tem na definição da política externa dos EUA; (b) a vontade de agir unilateralmente, quando necessário; (c) a percepção de que grandes ameaças só podem ser combatidas através de políticas novas e vigorosas, com destaque para a guerra preventiva; e, por fim, (d) como um resumo desses elementos, o sentimento dominante de que a paz e a estabilidade exigem a afirmação da supremacia dos EUA na política mundial.

As Convenções de Genebra

Por ser uma nova modalidade de guerra, nela não caberia a aplicação de regras já estabelecidas, e aplicadas em guerras “convencionais”, o caso das Convenções de Genebra. Esse argumento foi defendido por Alberto Gonzalez, advogado-geral da União, em recomendação endereçada ao presidente Bush no início de 2002. Pfiffner (2008, p. 126) ressalta que Colin Powell, secretário de Estado na época, questionou as razões para tal posicionamento. A não aplicação das Convenções, na percepção de Powell¹⁶, traria prejuízos significativos à administração do ponto de vista da reação internacional a tal medida. Bush publicou memorando em 7 de fevereiro de 2002, no qual determinou a não aplicação de tais provisões aos prisioneiros da Al Qaeda visto

¹⁵ Singh (2006, p. 12) entende que a doutrina, ainda que não tenha sido formalmente articulada pelo presidente Bush, possui quatro elementos-chave, um pouco distintos dos elementos propostos por Jervis: (a) a guerra preventiva; (b) a relação entre, de um lado, as armas de destruição em massa e, do outro, o terrorismo catastrófico; (c) a mudança de regime dos Estados falidos; e (d) a promoção da democracia.

¹⁶ Colin Powell, secretário de Estado de Bush Jr., compareceu à ONU em 05 de fevereiro de 2003 para defender a invasão ao Iraque, com base em provas “irrefutáveis e inquestionáveis” da existência de armas de destruição em massa. Essa alegação se comprovou falsa e Colin Powell se afastou do governo em 2004. Nas últimas eleições presidenciais, em 2008, Powell declarou seu apoio a Barak Obama.

não se constituir em uma das partes do referido documento. Com isso, o Executivo federal desobrigava a sua inteligência de aplicar aos suspeitos detidos os direitos pertinentes a um “prisioneiro de guerra”.

Mas esta não foi a única norma de direito internacional que a administração Bush não seguiu. Permitiram também a utilização de técnicas agressivas de interrogatório por setores da inteligência militar americana, consideradas por outros setores dentro do país, e por diversos outros países do mundo, como “tortura”. Mas esta questão foi cuidadosamente trabalhada pelo setor jurídico da administração Bush, após solicitação da CIA do que seria interpretação legal do termo “tortura”, como definido no Código Legal americano¹⁷ que implementa, ao seu próprio modo, as Convenções de Genebra.

As Convenções de Genebra requerem que nenhum tipo de tortura seja aplicável a prisioneiros de guerra visando a obtenção de qualquer informação. Já a Convenção contra Tortura¹⁸, também da ONU, elaborada em 1984, da maneira como foi ratificada nos EUA, enfatiza que nenhuma circunstância excepcional, seja um estado de guerra, apenas sua ameaça, instabilidade política interna ou qualquer outro tipo de emergência pública, pode ser invocada de modo a justificar a tortura. O Ato de Proteção das Vítimas de Tortura de 1991¹⁹, aprovado pelo Congresso dos EUA define tortura como um ato cometido por uma pessoa agindo sob a regra da lei com a clara intenção de aplicar dor física ou mental ou sofrimento severo em pessoa sob sua custódia ou controle físico.

Jay Bybee²⁰, na época assistente do advogado geral da União, Alberto Gonzalez, redigiu um dos memorandos mais controversos

¹⁷ O termo encontra-se definido em sua versão em inglês no *United States Code, Title 18, Crimes and Criminal Procedure, Chapter 113C, Torture*, § 2340. Para maiores detalhes: <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/2340>

¹⁸ Para maiores detalhes sobre essa Convenção, ver: <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cat.pdf>

¹⁹ O ato localiza-se em <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c102:H.R.2092.ENR>:

²⁰ Foi nomeado para o cargo em novembro de 2001 e permaneceu até março de 2003, quando passou a ocupar o cargo de juiz federal da Corte de Apelações do 9º Circuito. Disponível em <http://www.fjc.gov/public/home.nsf/hisj>. Acessado em 31/01/2014.

do período, atualmente conhecido como “Torture Memo”. Nele, Bybee interpreta as passagens acima de modo a considerar a definição de tortura como um ato que imprime dor equivalente em intensidade com a dor que acompanha uma injúria física séria, como falha dos órgãos, prejuízo das funções corporais ou até mesmo morte. Essa definição restrita acabou permitindo um amplo conjunto de ações brutais²¹ que seriam consideradas como tortura pela Anistia Internacional, *Human Rights Watch*, e até mesmo pelo Departamento de Justiça.

Considerado por Pfiffner (2008, p. 124) um defensor histórico dos direitos humanos, os Estados Unidos tiveram em George W. Bush não apenas o primeiro presidente do país a defender a não aplicação das Convenções de Genebra para tratar prisioneiros de guerra como também o primeiro e único presidente, até o presente momento, a defender publicamente o direito de torturar seus detentos.

O termo “combatente inimigo”

Em conformidade com o que alegou ser seu poder constitucional exclusivo em assuntos de política externa e poderes de guerra, Bush emitiu uma ordem militar em 13 de novembro de 2001 (GREENBERG, DRATEL, 2005, p. 25) na qual autorizava a criação de Tribunais Militares para processar qualquer indivíduo não cidadão que tivesse auxiliado de alguma forma os atos terroristas do 11 de Setembro.²² A ordem militar seguia de perto o modelo estabelecido por Franklin Delano Roosevelt (1933-1945), que nomeou um Tribunal Militar em 1942 para processar oito sabotadores alemães, conhecido como *Ex Part Quirin*. (UNITED STATES, 1942).

²¹ Não serão listados aqui os itens considerados tortura e os excluídos dessa noção, embora isso se encontre no referido documento. Para maiores detalhes, consultar <http://www2.gwu.edu/~nsarchiv/torturingdemocracy/documents/theme.html>. O mesmo *site* lista outros documentos produzidos no período da Administração Bush. Alguns, contudo, encontram-se censurados.

²² Fisher (2013, p. 203) alerta para o fato que, dentro dos Estados Unidos, essa ordem militar atingia potenciais 18 milhões de pessoas.

Nesse caso, a Suprema Corte se referiu aos oito alemães como “combatente ilegais”, um termo aplicado àqueles que entram no país, na condição de civis, para executar uma determinada ação ilegal. Na referida situação, Roosevelt também concentrou significativo poder, ao nomear o Tribunal, selecionar os juízes, os promotores e o Conselho de Defesa, e ser autoridade de revisão final. O Conselho de Defesa de Roosevelt, composto por generais e coronéis, além de promotores, estava subordinado à Presidência da República. E os crimes de guerra tampouco foram definidos pelo Legislativo, o mesmo ocorrendo com a sentença. Ambos foram definidos a partir de interpretação executiva do que seria um direito de guerra. (FISHER, 2013, p. 205).

Já o governo Bush estabeleceu uma política em relação aos prisioneiros após o 11 de Setembro que previa a detenção em Guantánamo, a recusa na atribuição de um crime aos detentos, a sua incomunicabilidade com o mundo exterior, extraindo-lhes o direito de acesso a advogados, bem como resguardando o direito de mantê-los em cárcere por tempo indeterminado ou de trazer a questão a um tribunal. Na opinião de Amman (20014, p. 267), o problema foi quando Bush aplicou a mesma regra a cidadãos americanos, como nos Casos Hamdi e Padilla, apresentados a seguir. Não há no Caso Quirin argumentos que justifiquem a prisão por tempo indeterminado.

Embora o termo “combatente inimigo” (“*enemy combatant*”) não seja considerado novo (WHEELER, 2008), por já ter sido referido no caso *Ex Parte Quirin*, ainda que sob nomenclatura um pouco distinta, “combatente ilegal” (“*unlawful combatant*”), John Yoo, assistente do procurador-geral durante o governo Bush, entre os anos de 2001 e 2008, defendeu que tal categoria não fosse aplicada aos suspeitos de terrorismo.

Independentemente da relação entre um termo e outro, não é possível deixar de ressaltar algumas particularidades da categoria “combatente inimigo”: não se encontra definido no *Uniform Code of Military Justice*; tampouco em qualquer outro documento legal. O

mesmo inexistente no direito internacional. Qualquer pessoa que lute em qualquer tipo de conflito militar organizado pode ser considerada combatente inimigo. Mas isso não significa que num conflito militar já não existam categorias predefinidas, como espiões, sabotadores e guerrilheiros, exemplos frequentemente considerados combatentes ilegais. (WHEELER, 2008, p. 24).

Apesar da ressalva feita por Yoo, a administração Bush decidiu adotar posicionamento expresso em memorando do Departamento de Justiça (GREENBERG, DRATEL, 2005, p. 136), em fevereiro de 2002, e designar automaticamente os soldados do Taliban e da al Qaeda como combatentes inimigos. Assinado por Jay Bybee e endereçado a Alberto R. Gonzales, emitia parecer sobre o estatuto jurídico das Forças Militares do Taliban em relação ao Artigo IV da 3ª Convenção de Genebra de 1949.

Na opinião de Wheeler (2004, p. 24), o termo contribuiu para causar confusão, posto que a designação correta seria “inimigos combatentes ilegais” (*unlawful enemy combatants*). Como muitas decisões tomadas por essa administração, a aplicação de tal terminologia foi feita por um círculo relativamente pequeno de conselheiros da Casa Branca. O círculo também decidiu que tal designação seria feita pelo presidente da República, como parte do seu poder executivo inerte enquanto comandante em chefe das Forças Armadas. E não estava sujeita à revisão por outro ator ou instituição governamental. (GREENBERG, DRATEL, 2005, p. 03²³)

Outro ponto que merece destaque é como o significado dessa categoria flutua ao longo da presidência de George W. Bush. Inicialmente foram designados como tais os soldados que pertenciam ao Taliban e al Qaeda, conforme o documento citado. Já em novembro de 2002, o Departamento de Defesa definiu como combatente inimigo “um

²³ Memo de John Yoo para Timoty Flanigan: The President's Constitutional Authority to conduct military operations against terrorists and nations supporting them.

indivíduo que, sob as leis e costumes de uma guerra, pode ser detido pela duração do conflito armado”.

As decisões da Suprema Corte referentes aos “combatentes inimigos”

1. Caso Hamdi

Tão logo as Torres Gêmeas foram atingidas, Bush defendeu a natureza singular e diferenciada do conflito, cuja resposta seria elaborada a longo prazo. Nesse caso, os detentos do conflito seriam mantidos por tempo indeterminado? Isso foi discutido quando do julgamento de Yasser Hamdi, pela Suprema Corte, em 28 de junho de 2004. Nascido nos EUA, Hamdi mudou-se para a Arábia Saudita ainda criança e juntou-se às forças do Taliban em julho 2001. Foi capturado no final do mesmo ano no Afeganistão e, em virtude de sua filiação ao Taliban, foi considerado combatente inimigo e transferido para Guantánamo em janeiro de 2002. Uma vez identificado como cidadão americano, foi transferido para uma prisão na Carolina do Sul, onde foi mantido incomunicável. O governo alegou que a designação “combatente inimigo” permitia detê-lo indefinidamente sem nenhuma acusação formal. (WHEELER, 2008, p. 27). A petição de *habeas corpus* alegava que sua cidadania americana lhe garantia direitos constitucionais que estavam sendo violados, como a 5^a e a 14^a Emendas à Constituição Federal do país.²⁴ A Corte Federal de Circuito²⁵ rejeitou os argumentos fornecidos por Hamdi e permitiu que o governo desconsiderasse completamente

²⁴ A 5^a Emenda institui um conjunto de garantias contra o abuso da autoridade estatal, como o julgamento por um Grande Júri, o direito de evitar a autoincriminação, o direito de ser julgado apenas uma vez pelo mesmo fato e o direito ao devido processo legal. (UNITED STATES, 1787). Por sua vez, a 14^a Emenda requer que os Estados forneçam proteção igual à lei a todas as pessoas que se localizem dentro de sua jurisdição.

²⁵ As Cortes Distritais pertencem ao sistema federal de Cortes dos EUA, cuja jurisdição volta-se para a oitava de casos federais, tanto cível como criminal. Existem 94 Cortes Federais de Distrito: uma para cada estado da federação, ao menos, outra para o distrito de Colúmbia e para Porto Rico. Três territórios dos EUA (*Virgin Islands, Guam e Northern Mariana Islands*) também possuem Cortes de Distrito.

o pedido de *habeas corpus*. Diante da decisão desfavorável, Hamdi apelou à Suprema Corte dos EUA (UNITED STATES, 2004a).

A Suprema Corte respondeu as seguintes questões em junho de 2004: (1) O presidente tinha autorização para deter Hamdi?; (2) Hamdi tinha autorização para contestar sua designação de inimigo combatente e, se sim, como?; e (3) O governo tinha permissão para manter Hamdi preso por tempo indeterminado e sem nenhuma acusação específica?

A primeira questão apontou uma forte fratura na Corte: por 5x4, a Corte entendeu que a *Authorization for Use of Military Force* (AUMF) autorizava o presidente a deter Hamdi. Quatro desses ministros, contudo, entendiam que a AUMF não se constituía autorização suficiente para as ações presidenciais, por não ter explicitado situações como as de Hamdi – cidadão americano.

Quanto à designação de Hamdi como um combatente inimigo, a Corte aceitou a definição apresentada pelo governo: “um indivíduo que era parte ou apoiava as forças hostis aos EUA ou suas coalizões no Afeganistão e que tinham se engajado no conflito armado contra os EUA”. Nessa definição, o governo não mais destaca a duração do conflito, mas sim a localização geográfica, elemento que seria rapidamente descartado. Isso porque, em 2007, o Departamento de Defesa o definia como “indivíduo que faça parte ou apoie as forças do Taliban ou da al Qaeda, ou suas forças associadas que estejam engajadas nas hostilidades contra os EUA ou contra os parceiros da coalizão. Isso inclui qualquer pessoa que tenha cometido um ato beligerante ou tenha apoiado diretamente hostilidades em auxílio às forças armadas do inimigo”. A imprecisão de termos como “apoio direto” ou “ato beligerante” foi um dos pontos preocupantes da definição, na opinião de Wheeler (2008, p. 25). E claro, não fez nenhuma referência à duração do conflito, tampouco à limitação geográfica, ampliando ainda mais seu espectro se comparada com as definições anteriores.²⁶

²⁶ Esse problema só seria respondido em 2008, no *Caso Boumediene v. Bush*.

A terceira questão referia-se à extensão do tempo de prisão de um combatente inimigo, mesmo quando se tratasse de um cidadão americano. Regra geral, um preso de guerra capturado durante um conflito é mantido preso pelo tempo que este conflito durar. Uma vez encerrado o conflito, o detento é solto. A Guerra ao Terror, como já frisado pela administração Bush, diferencia-se dos conflitos tradicionais pelo seu caráter global e pela natureza indeterminada do conflito. Neste ponto também a Corte se dividiu. Embora os ministros tenham reconhecido a importância de deter tanto os inimigos legais como os ilegais durante o conflito, a indefinição do tempo constituía um problema em potencial.

2. Caso Padilla

Também nascido nos EUA, Padilla foi preso no aeroporto de Chicago no dia 8 maio de 2002, logo após desembarcar de um voo oriundo do Paquistão, sob suspeita de planejar a explosão de uma “bomba suja”²⁷. Em 9 de junho do mesmo ano foi enquadrado como combatente inimigo e transferido para uma prisão militar em *Charleston*, na Carolina do Sul. No dia 11 de junho seus advogados ingressaram com um pedido de *habeas corpus*, negando tais acusações e demandando que o governo liberasse Padilla. Após sucessivas decisões em instâncias inferiores, seu caso chegou à Suprema Corte (UNITED STATES, 2004b), que anunciou sua decisão em 28 de junho de 2004. Mas antes disso, um conjunto de eventos incomuns envolveram este caso, diferenciando-o do caso anterior.

O governo realizou uma conferência de imprensa divulgando informações referentes ao caso, na qual apresentou Padilla como um soldado da Al Qaeda altamente qualificado cuja missão envolvia o assassinato indiscriminado de um conjunto de pessoas. Quando a

²⁷ Feita de material radioativo, é rústica e de baixo custo, pois possui um princípio de funcionamento simples, como os explosivos convencionais. Mas seu poder de destruição é grande, já que ao ser acionada espalha material radioativo em forma de uma nuvem de poeira que, se transportada pelo vento, atinge uma área bem maior do que a da própria explosão.

Corte anunciou a sua decisão, o argumento vencedor, apresentado por Rehnquist, envolvia duas questões básicas: a) que a Corte de Nova Iorque não era competente para julgar o caso, posto que ele estava preso na Carolina do Norte no momento em que ingressou com o *habeas corpus*; e b) que Rumsfeld, a parte contrária, não era competente nesse caso. Os casos de *habeas corpus* devem ser endereçados diretamente à pessoa que o prendeu, neste caso, o coronel John J. Marr, na época à frente da Prisão Militar da Carolina do Norte. Padilla manteve, contudo, o direito de reiniciar seu processo na Corte Federal de Distrito da Carolina do Norte.

E o fez. A negativa produzida pelos juízes inferiores resultou na apresentação desse caso, mais uma vez, na Suprema Corte, que agora teria condições de decidir seu mérito, posto que as questões formais haviam sido corrigidas. Mas o governo Bush intercedeu novamente e anunciou sua transferência para uma prisão civil, sob novas acusações, agora de crime comum. Com essa medida, Padilla deixava de se enquadrar na condição de combatente inimigo.

Na análise de Wheeler (2008, p. 71), o caso apresenta um dos importantes dilemas da administração Bush: seus poderes presidenciais de guerra incluíam a prisão de terroristas em prisões militares. Contudo, antes do 11 de Setembro, suspeitos de terrorismo eram julgados em cortes criminais, e não militares. A estratégia implementada pela administração neste caso teria importantes implicações para a guerra ao terror, ao mostrar que o governo não pretendia esperar mais um ataque se concretizar. Utilizou todos os meios necessários para prender qualquer suspeito que estivesse nas ruas.

3. Caso Rasul

A terceira e última decisão julgada pela Suprema Corte no mesmo dia que Hamdi e Padilla foi *Rasul v. Bush*²⁸ (UNITED STATES, 2004c).

²⁸ Essa decisão já foi objeto de estudo mais detalhado em artigo no qual propus a análise da relação entre as instituições Judiciário, Legislativo e Executivo durante o período da Guerra ao

Nascido na Inglaterra, Shafiq Rasul foi preso no Afeganistão e transferido para a custódia americana em dezembro de 2001. As circunstâncias de sua prisão não são claras. (WHEELER, 2008, p. 93). Ingressou com pedido de *habeas corpus*, através do *Center For Constitutional Rights*²⁹, na Corte do Distrito de Colúmbia, localizada em Washington, D.C., no início de 2002, questionando a ordem militar emitida por Bush, em 13 de novembro de 2001³⁰, como uma violação não apenas do direito internacional mas também da Constituição dos EUA. Em primeira instância, a Corte do Distrito acatou o argumento do governo federal, sobre a ausência de competência para julgar casos que envolvessem presos de Guantánamo que, por sua natureza particular, é dotada de soberania cubana e jurisdição americana (AMANN, 2004).³¹ Rasul recorreu da opinião da Corte do Distrito à Suprema Corte dos EUA.

A Suprema Corte entendeu que o estatuto do *habeas corpus* confere às Cortes distritais jurisdição para ouvir os pedidos que questionavam a legalidade das prisões de Guantánamo. O argumento vencedor, redigido pelo ministro Stevens, considerava que, embora não se encontrasse tecnicamente dentro dos EUA, a Base Naval era, para todos os propósitos, parte dos EUA. E até mesmo os detentos não cidadãos possuíam o direito de ingressar com pedido de *habeas corpus* nas Cortes distritais. Com isso, reverteu as decisões inferiores. Wheeler (2008, p. 96) considera que tal decisão foi um aviso ao Congresso e ao presidente para que tivessem o cuidado de garantir alguma instância de recurso (*due process*) aos presos de terrorismo detidos em Guantánamo.

Se foi um aviso ou não, não há como negar que as três decisões em conjunto provocaram uma reação imediata no Executivo federal

Terror: Para maiores detalhes, ver Pacheco (2011)

²⁹ Fundada em 1966 por advogados que representavam os movimentos pelos direitos civis no Sul, é uma organização sem fins lucrativos com longo histórico de proteção dos direitos civis. Tem tido participação importante no caso dos detentos de Guantánamo. Para maiores informações, sugere-se o site: <http://ccrjustice.org/missionhistory>.

³⁰ Essa ordem foi objeto de análise quando da discussão acerca do termo “combatente inimigo”.

³¹ A questão será mais detalhada no *Caso Boumediene*.

que, através de seu Departamento de Defesa (UNITED STATES, 2004d), lançou, na semana seguinte à decisão, uma ordem executiva estabelecendo os Tribunais para Revisão do Estatuto de Combatente (*Combatant Status Review Tribunal* – CSRT)³², cuja função consistia em determinar se os detidos de Guantánamo se enquadravam na categoria “combatente inimigo”, qualquer que ela fosse. O termo assumia aqui o significado de “um indivíduo que seja parte ou tenha apoiado as forças do Talibã ou da Al Qaeda, ou forças associadas que estiveram engajadas nas hostilidades contra os EUA ou coalizões associadas a eles”.

Todos os detentos de Guantánamo enquadravam-se na definição acima e foram julgados por esse Tribunal. Das 572 audiências ocorridas entre agosto de 2004 e junho de 2007, 93% dos presos foram enquadrados na categoria. (SODER, 2009). O governo também adicionou ao processo uma revisão anual dos detentos, que visasse determinar se eles continuavam qualificando-se como tal. Para Wheeler (2008, p. 39), não se tratava apenas de uma reação do governo à decisão da Corte, mas uma reação extremamente rápida. Em mais de 80% dos casos a audiência foi julgada no mesmo dia em que o processo iniciou. Para Wheeler (2008, p. 41), essa rapidez no processo oferece um indício consistente da ausência de presunção de inocência para os presos. Na sua opinião, as audiências serviram para determinar se tais presos ainda poderiam ser considerados combatentes inimigos.

Talvez em razão da pretensão em buscar um papel mais proeminente na Guerra ao Terror, o fato é que o Congresso Nacional aprovou, em setembro de 2005, o Ato de Tratamento dos Prisioneiros (DTA – *Detainee Treatment Act of 2005*). Tal ato proibia o tratamento desumano de detentos e limitava o acesso dos advogados aos presos e o direito dos presos de ingressar com ações em Cortes federais,

³² Os procedimentos previstos no CSRT diferem significativamente do devido processo legal garantido aos presos comuns que se encontram submetidos à Constituição dos EUA. Cada detento tem um militar designado como seu representante pessoal, cuja função é auxiliá-lo ao longo das audiências, mas não possuem o direito a um conselheiro legal. Cada tribunal é composto por três oficiais militares e um deles é um juiz militar. O detento tem o direito de estar presente em todos os procedimentos do tribunal e tem direito a um intérprete se necessário.

atribuindo competência exclusiva à Corte de Apelações do Distrito de Colúmbia para rever as decisões produzidas a partir dos CSRT. (SODER, 2009, p. 07).

4. Caso Hamdan

Em 2006, a Suprema Corte não reconheceu os procedimentos aplicados pelas Comissões Militares no julgamento do caso *Hamdan v. Rumsfeld* (UNITED STATES, 2006b), o primeiro caso a chegar na Corte no qual o detento tinha alguma relação com Osama Bin Laden: era seu motorista. (ELLIS, 2009, p. 163).

As Comissões Militares foram instituídas por George W. Bush na ordem militar publicada em 13 de novembro de 2001. A criação de Tribunais Militares não é algo novo na história dos EUA³³. E, no caso particular da Guerra ao Terror, foi considerada inconstitucional (UNITED STATES, 2006b). De acordo com o argumento vencedor, apresentado pelo ministro Stevens, a instauração de tais tribunais requer aprovação do Congresso Nacional. Para o governo, como já visto, o poder presidencial inerente permitia essa autorização. Este argumento não foi endossado pela Corte, que também considerou que as Comissões Militares violavam tanto o UCMJ quanto o Artigo Comum III das Convenções de Genebra. Ademais, a Corte mostrou preocupação com alguns procedimentos aplicados pelo Tribunal, como a exclusão do detento de sua própria audiência e a possibilidade de utilizar testemunho obtido por meios coercitivos contra o mesmo. Tais tribunais não estavam devidamente constituídos, concluiu a Corte.

Diante dessa negativa, a administração Bush reagiu agressivamente, visando compensar os efeitos negativos da decisão. (WHEELER, 2008, p. 127). Duas foram as estratégias do governo: a) através de sucessivas conferências de imprensa, suavizou o caráter desfavorável

³³ Herdadas da tradição britânica, foram implementados durante a Guerra de 1812, reapareceram na Guerra entre EUA e México em 1846, e também durante a Guerra Civil, 1861, para julgar os conspiradores do assassinato de Lincoln. Já no século XX, os Tribunais foram instituídos logo após o ataque a Pearl Harbour, em 1941.

da decisão, ressaltando os pontos positivos do governo nas interpretações dos ministros; e b) buscou apoio para seus posicionamentos nas omissões deixadas pela decisão. O que só foi possível, segundo Wheeler (2008, p. 128), porque a Corte falhou no destaque de pontos importantes da questão: 1) Na defesa do Artigo Comum III das Convenções de Genebra, a Corte não deixou claro se tais provisões também se aplicavam aos suspeitos detidos; 2) A Corte não se posicionou quanto à autoridade constitucional inerente do presidente para convocar Tribunais Militares nas situações de ausência de autorização congressional; 3) A Corte não esboçou nada específico acerca dos procedimentos mínimos necessários para garantir aos detentos um nível apropriado de *due process* em uma audiência militar; e, por último, a Corte não determinou por quanto tempo o governo poderia manter presos tais suspeitos de terrorismo sem acusá-los ou processá-los. O silêncio da Corte foi traduzido pela administração como um elogio ao seu posicionamento.

Quatro meses após a decisão, Bush assinou o Ato das Comissões Militares (*Military Commission Act of 2006* – MCA), aprovado pelo Congresso Nacional em 27 de setembro de 2006. O ato legalizava as Comissões Militares, cinco anos após sua criação. Mas não apenas isso. Destacava o poder que as Cortes possuíam de ouvir apelações de combatentes inimigos não cidadãos. Para Ellis (2009, p. 176), embora o ato tenha sido bem sucedido na inserção de direitos como o do réu estar presente durante o julgamento militar, passou a considerar combatente inimigo todos aqueles que tinham propositadamente e materialmente apoiado hostilidades contra os EUA.

5. Caso Boumediene

O último caso julgado pela Suprema Corte foi *Boumediene v. Bush* (UNITED STATES, 2008). Cidadão bósnio nascido argelino, Lackdar Boumediene foi preso na Bósnia juntamente com mais quatro suspeitos, a pedido do governo dos EUA, que alegava participação na explosão

da embaixada americana em Sarajevo³⁴. Mas a Suprema Corte bósnia decidiu soltá-los, por insuficiência de provas. Uma vez soltos, as forças militares americanas os capturaram e conduziram para Guantánamo, em janeiro de 2002. Submetido ao CSRT, Boumediene foi considerado combatente inimigo em 21 de setembro de 2004. (ELLIS, 2009, p. 181). Ingressou com pedido de *habeas corpus* na Corte do Distrito de Colúmbia, e teve seu pedido encaminhado à Suprema Corte em dezembro de 2007. A questão endereçada à Corte era se os detidos em Guantánamo, de estatuto estrangeiro, possuíam direito constitucional ao *habeas corpus*. A resposta, proferida em junho de 2008, em um placar apertado (5x4) foi afirmativa. Esta decisão permitiu que os presos de Guantánamo tivessem seus direitos protegidos pela Constituição dos EUA. Boumediene foi solto em 2009 por insuficiência de provas, e atualmente mora no sul da França, com sua família. Os outros quatro detentos tiveram sua liberdade decretada em 20 novembro de 2008, pelo juiz Richard J. Leon, da Corte do Distrito de Colúmbia, que entendeu que o governo federal não possuía provas suficientes para mantê-los presos.

Considerações finais

O 11 de Setembro definiu os contornos da agenda da política externa dos EUA a partir do Executivo federal. Sob a alegação do poder presidencial inerente garantido constitucionalmente, a administração Bush agiu de maneira unilateral na busca por uma resposta rápida ao primeiro grande ataque sofrido em solo americano no século XXI.

A estratégia utilizada teve como ponto de partida a particularidade da Guerra ao Terror, que se tornou um artifício importante para reinterpretar e modificar argumentos antigos já conhecidos das relações entre as instituições americanas ao longo de sua história

³⁴ O curioso é que os únicos incidentes encontrados envolvem o ataque à embaixada em 2011. A consulta foi feita a documento produzido pelo Departamento de Estado que lista ataques "significativos" à diplomacia americana entre 1998 e 2011. Para maiores detalhes: <http://www.state.gov/documents/organization/211361.pdf>

no século XX. Apesar de antigos, o termo “combatente inimigo” ou a aplicação da Convenção de Genebra permitiram uma ampliação significativa nas reivindicações de poder por parte do Executivo federal. Tal prática, que resultou na produção de um número significativo de acordos presidenciais unilaterais, impediu que o Senado federal tivesse seu papel no tradicional *checks and balances* americano, além de subverter o esquema constitucional básico estabelecido na Convenção da Filadélfia. A balança definitivamente pendeu para o Executivo nos anos subsequentes aos ataques.

Mas os esforços empreendidos pelo Executivo foram questionados nas Cortes federais. Alguns desses questionamentos chegaram à Suprema Corte. Suas decisões, quando consideradas em seu conjunto, limitaram lenta e gradualmente os poderes autoatribuídos pelo Executivo, forçando a oitiva do Legislativo. Privados de quaisquer direitos enquanto prisioneiros de guerra, os detidos de Guantánamo foram balizados por um avanço legal da Corte americana, ainda que paulatino. A Corte obrigou o Executivo a implementar Tribunais que julgassem os presos devidamente como combatentes inimigos, em 2004. Dois anos depois, reconheceu a violação às Convenções de Genebra. E por último, em 2008, permitiu que os detentos fossem julgados em juízo sua prisão por tempo indeterminado.

Muito embora tenham sido vitórias importantes do ponto de vista dos direitos dos presos, na medida em que minimizaram as disparidades e reestabeleceram direitos mínimos, no tocante à política externa, conduziram o Executivo a agir de maneira diversa da inicialmente planejada.

A resposta à primeira decisão se deu através da implementação dos Tribunais de Revisão do Estatuto de Combatente (CSRT). Se por um lado seguiu a decisão da Corte, o fez sem qualquer tipo de consulta ao Legislativo. Na prática, o Tribunal funcionou apenas para confirmar se os presos de Guantánamo ainda se enquadravam na categoria de “combatentes inimigos” alguns anos após suas prisões. A reação do

Legislativo apareceu apenas um ano depois, através da elaboração do Ato de Tratamento dos Prisioneiros (DTA), que limitava o acesso dos advogados à Corte de Apelações do Distrito de Colúmbia.

Em 2006, a Corte não reconheceu os procedimentos aplicados pelas Comissões Militares, por não atenderem à necessidade de consulta ao Legislativo. Também considerou que tais Comissões violavam não apenas a legislação doméstica mas também as Convenções de Genebra. Nesse caso, a reação do Executivo foi ainda mais agressiva que antes: utilizou-se da imprensa para suavizar o caráter desfavorável da decisão e aproveitou-se das brechas deixadas pela decisão proferida pela Corte. O silêncio da Corte nestas questões foi traduzido pela administração como um elogio ao seu posicionamento. Do ponto de vista normativo, o governo, em conjunto com o Legislativo, aprovou a Lei das Comissões Militares (MCA), legalizando seu estabelecimento, cinco anos após sua criação.

O terceiro e último pronunciamento da Corte durante a administração Bush se deu em 2008, através do reconhecimento do direito dos detentos de questionarem em juízo o tempo de sua detenção. Embora esta decisão não tenha produzido uma reação imediata do governo, que ao tempo da decisão já se encontrava praticamente em final de mandato, a posição final da Corte provocou intenso debate acerca do papel de Guantánamo na política externa dos Estados Unidos. A anomalia de Guantánamo tem permitido que os EUA evitem, de maneira efetiva, a proteção a direitos individuais dos presos da Guerra ao Terror. Ao evitar a soberania além-mar, ao mesmo tempo acaba por reservar autoridade para exercer influência significativa no exterior. E a Suprema Corte garantiu, com sua decisão, a continuidade dessa condição.

O fechamento de Guantánamo estava dentre as bandeiras da candidatura de Obama à Presidência da República em 2008. Muito embora tenha sustentado essa proposta quando da sua posse, em janeiro de 2009, até o presente momento a prisão continua funcionando.

Em junho do corrente ano, os EUA trocaram cinco presos do comando do Taliban que se encontravam em Guantánamo pelo sargento Bowe Berghdal, mantido em cativeiro pelo período de cinco anos. Essa medida foi defendida por Obama, mesmo reconhecendo que os presos que voltaram à liberdade podem atacar os EUA num futuro próximo.

Referências bibliográficas

ADLER, David G. (1996). Court, Constitution, and Foreign Affairs. In: ADLER, David G., GEORGE, Larry N. (Eds) *The Constitution and the conduct of American Foreign Policy*. Kansas, University Press of Kansas, p. 19-56.

AMANN, Diane M. Guantanamo. (2004). *Columbia Journal of Transnational Law*. New York, Vol. 42, p. 263-348. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=951875>>. Acesso em: 15 out. 2008.

BUSH, George W. (2001). *President's Letter to Congress on American Response to Terrorism*. October 9. Disponível em <<http://georgew-bush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/10/20011009-6.html>>. Acesso em 14 fev. 2014.

COX, Michael. (2002). American power before and after 11 September: dizzy with success? *International Affairs*. Vol. 78, N. 2, p. 261-276.

DASCHLE, Thomas. (2005). Power We didn't grant. *Washington Post*. Washington, D.C., 23 dez., p. A21.

ELLIS, Richard. (Ed.). (2009). *Judging Executive Power*. Plymouth, UK: Rowman & Littlefield Publishers.

FISHER, Louis. (2013). *Presidential War Power*. Kansas, University of Kansas Press, 3rd Ed, Revised.

FORSYTHE, David P. (2006). United States Policy toward Enemy Combatant in the "War on Terrorism". *Human Rights Quarterly*. Vol. 28, N. 2, p. 465-491.

GREENBERG, Karen J., DRATEL, Joshua, L. (Eds.). (2005). *The Torture Papers: The Road to Abu Ghraib*. Cambridge, Cambridge University Press.

GUZZINI, Stefano. (2002). Foreign Policy without Diplomacy: The Bush Administration at a crossroads. *International Relations*. Vol. 16, N. 2, p. 291-297.

HERNANDEZ-LOPEZ, Ernesto. (2008). Boumediene v. Bush and Guantánamo, Cuba: Does the empire strike back? IN: *Southern Methodist University Law Review*. Legal Studies Research Paper Series. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1224262> Acesso em 25/10/2008.

JERVIS, Robert. (2003). Understanding the Bush Doctrine. *Political Science Quarterly*, New York, Vol. 118, N. 3, p. 365-388.

KEGLEY Jr., Charles W., RAYMOND, A. Gregory. (1992). Must we fear a post-cold war multipolar system? *The Journal of Conflict Resolution*. Vol. 36, N. 3, p. 573-585.

KRAUTHAMMER, Charles. (1990/1991). The Unipolar Moment. *Foreign Affairs*. Vol. 70, N. 1, p. 23-33.

PACHECO, Cristina Carvalho. (2011). Os “Combatentes Inimigos” e o Governo Bush: As relações entre Executivo, Legislativo e Judiciário entre 2001 e 2008. *Mediações*. Vol. 16, N. 2, p. 72-88.

PFIFFNER, James P. (2008). The Contemporary Presidency: Constraining Executive Power: George W. Bush and Constitution. *Presidential Studies Quarterly*. Vol. 38, N. 1, p. 123-143.

ROTH, Kenneth. (2008). The Law of War in the War on Terror: Washington’s abuse of ‘enemy combatant’. *Foreign Affairs*. Vol. 83, N. 1, p. 02-07.

RUMSFELD, Donald H. (2001). A New Kind of War. *New York Times*. New York, 27 set. Disponível em <<http://www.nytimes.com/2001/09/27/opinion/27RUMS.html>>. Acesso em 29 jan. 2014.

SAVAGE, David G. (2004). Executive Decisions: Supreme Court considers Presidential Power's Limits in War on Terrorism. *ABA Journal*. Vol. 90, N. 3, p. 24-26.

SCHLESINGER, James. (1992/1993). Quest for a post-cold war Foreign Policy. *Foreign Affairs*. Vol. 72, N. 1, p. 17-28.

SINGH, Robert. (2006). The Bush Doctrine. In: BUCKLEY, Mary; SINGH, Robert (Ed.). *The Bush doctrine and the war on terrorism: global responses, global consequences*. London: Routledge, p. 12-31.

SMITH, Steve. (2002). The End of the Unipolar Moment? September 11 and the future of world order. *International Relations*, Vol. 16, N. 2, p. 171-183.

SODER, Kirsten. (2009). The Supreme Court, the Bush Administration and Guantanamo Bay. *SIPRI Background Paper*. Solner, Suécia. Disponível em <http://books.sipri.org/files/misc/SIPRIBP0901.pdf> Acesso em 10 ago 2010.

TUCIDIDES. (1987). *História da Guerra do Peloponeso*. Brasília, Editora da Unb, 2ª ed.

UNITED STATES. (1787). *Constitution*. Washington, D.C. Disponível em <<http://loc.gov/law/help/usconlaw/index.php>>. Acesso em 15 out. 2008.

_____. (1936) Supreme Court. 299 U.S. 304. *United States v. Curtiss-Wright Export Corp*. Rapporteur: Minister George Sutherland. Washington, D.C., 21 dec. 1936. Disponível em <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/299/304>>. Acesso em 15 out. 2008.

_____. (1937). Supreme Court. 301 U.S. 324. *United States v. Belmont*. Rapporteur: Minister George Sutherland. Washington, D.C., 03 May 1937. Disponível em <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/301/324>>. Acesso em 15 out. 2008.

_____. (1941). Supreme Court. 315 U.S. 203. *United States v. Pink*. Rapporteur: Minister William Orville Douglas. Washington, D.C., 02 Feb. 1941. Disponível em <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/315/203>>. Acesso em 15 out. 2008.

_____. (1942). Supreme Court. 317 U.S. 1. *United States v. Cox. (Ex parte Quirin)*. Rapporteur: Chief Justice Harlan F. Stone. Washington, D.C., 31 July. Disponível em <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=317&invol=1> Acesso em 15 out. 2008.

_____. (2001). Congress. *Authorization for Use of Military Force*. Public Law 107-40 [S. J. RES. 23], Washington, D.C. Disponível em <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c107:H.J.RES.114>: Acesso em 15 out. 2008.

_____. (2002). *National Security Strategy of 2002*. Disponível em <<http://www.state.gov/documents/organization/63562.pdf>>. Acesso em 15 out. 2008.

_____. (2004a). Supreme Court. 542 U.S. 507. *Hamdi et al. v. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al.* Washington, D.C.: 28 june 2004. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/03-6696.ZS.html> Acesso em 15 de out. 2008.

_____. (2004b). Supreme Court. 542 U.S. 426. *Rumsfeld, Secretary of Defense v. Padilla et al.* Washington, D.C.: 28 june 2004. Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/03-1027.ZS.html> Acesso em 15 out. 2008.

_____. (2004c). Supreme Court. 321 F. 3d 1134. *Rasul et al. v. Bush, President of the United States, et al.* Rapporteur: Minister John Paul Stevens, Washington, D.C.: 28 june 2004. Disponível em: < <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/03-334>>. Acesso em 15 out. 2008.

_____. (2004d). Department of Defense. *Order Stabilishing Combatant Status Review Tribunal*. Washington, D.C. Disponível em: <http://www>.

defense.gov/news/jul2004/d20040707review.pdf Acesso em 15 out. 2008.

_____. (2006a). Congress. Public Law 109-366. *Military Commissions Act of 2006*. Washington, D.C., 17 Oct. Disponível em <<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/D?c109:15:./temp/~c109JuvRKH:>>. Acesso em 15 out. 2008.

_____. (2006b). Supreme Court. 548 U.S. 557. *Salim Ahmed Hamdan v. Donald H. Rumsfeld*. Rapporteur: Minister John Paul Stevens, Washington, D.C.: 29 June 2006. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/05-184.ZO.html>>. Acesso em 15 out. 2008.

_____. (2008). Supreme Court. 553 U.S. 723. *Lakhdar Boumediene et al v. George W. Bush*. Rapporteur: Minister Anthony M. Kennedy, Washington, D.C.: 12 June 2008. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/06-1195.ZS.html>>. Acesso em: 15 out. 2008.

WALT, Stephen M. (2001-2002). Beyond bin Laden: Reshaping U.S. Foreign Policy. *International Security*. Vol. 26, N. 3, p. 56-78.

WHEELER, Darren A. (2008). *Presidential Power in Action: Implementing Supreme Court Detainees Decisions*. New York, Palgrave MacMillan.

YOO, John. (2006). *War by Other Means*. New York, Atlantic Monthly Press.