
A ARTE DA GUERRA: A CLÁUSULA ‘COMMANDER IN CHIEF’ E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO SISTEMA NORTE-AMERICANO

*ART OF WAR: THE COMMANDER IN CHIEF CLAUSE AND THE
PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWER IN THE AMERICAN SYSTEM*

Andrea de Quadros Dantas Echeverria

Advogada da União lotada na Secretaria-Geral de Contencioso/Brasília

Bacharel em Ciência Política – Universidade de Brasília

Especialista em Globalização, Justiça e Segurança Humana – ESMPU em parceria com a Univ. Bochum.

Mestre em Direito das Relações Internacionais – Centro Universitário de Brasília

SUMÁRIO: Introdução; 2 Legislativo - A Constituição norte-americana; 3 Judiciário – Os precedentes da Suprema Corte; 4 Executivo – As ações presidenciais; 4.1 O Presidente Bush; 4.2 O Presidente; 5 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: Um dos pilares fundamentais dos sistemas democráticos é o princípio constitucional dos freios e contrapesos, o qual vem sendo constantemente desafiado no ordenamento político-jurídico norte-americano, em razão do crescimento do poder de seu Presidente, especialmente em tempos de guerra. Nesse contexto, o presente artigo pretende analisar o argumento de ampliação da autoridade presidencial como *'commander in chief'* em detrimento das competências do Congresso norte-americano, revisando a atuação dos três poderes. Desse modo, nas três partes do artigo serão estudados: o texto constitucional e suas principais interpretações doutrinárias (legislativo); os julgamentos da Suprema Corte que estabeleceram a divisão de atribuições do Congresso e do Presidente em tempos de guerra (judiciário); e por fim, as ações presidenciais que demonstram a crescente ampliação da sua autoridade (executivo), em especial, a teoria dos poderes de guerra de Bush e o recente discurso do Presidente Barack Obama, reafirmando a exclusividade de seu poder como *'commander in chief'*.

ABSTRACT: One of the fundamental pillars of democratic systems is the constitutional principle of checks and balances, which has been constantly challenged by the American political and legal system, because of the growing power of the President, especially in times of war. In this context, this paper analyzes the argument for expansion of presidential authority as commander in chief over the powers of Congress, reviewing the performance of the three powers. Thus, *this three-part article will be focused on:* the constitutional text and its main doctrinal interpretations (legislative), the Supreme Court's judgments that established the division of responsibilities between Congress and President in wartime (judiciary), and finally, the presidential actions demonstrating the growing expansion of its authority (executive), in particular, Bush's theory of war powers and President Barack Obama's recent speech, reaffirming the uniqueness of his power as commander in chief.

INTRODUÇÃO

Em 31 de dezembro de 2012, o Presidente norte-americano Barak Obama aprovou o Ato de Autorização da Defesa Nacional para o ano de 2012 (*National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2012*), que além de estabelecer os recursos destinados às Forças Armadas, reafirmou os poderes presidenciais para a detenção indefinida de suspeitos de terrorismo, dentre outras medidas de contraterrorismo.

Entretanto mais controverso do que a própria a lei, foi o discurso do Presidente quando da aprovação da norma. Ao reafirmar as suas competências como *'commander in chief'*, a administração Obama se aproxima cada vez mais da antiga orientação Bush de concentração de poderes e, conseqüente, enfraquecimento do sistema constitucional de freios e contrapesos.

Nesse contexto, pretende-se verificar o crescimento dos poderes presidenciais em detrimento das competências do Congresso norte-americano sob o discurso da segurança nacional e do combate ao terrorismo, destacando como tal concentração de poderes estaria minando um dos principais pilares da democracia.

Seguindo a ideia de análise do princípio da separação dos poderes, o presente artigo está tripartido, de modo a estudar tal princípio sob o enfoque do Legislativo, do Judiciário e do Executivo. A primeira parte é dedicada aos artigos da Constituição norte-americana que tratam das competências do Presidente e do Congresso, bem como dos excepcionais poderes conferidos ao Presidente pela denominada cláusula *'commander in chief'*.

Posteriormente, a doutrina da separação dos poderes é aprofundada mediante a revisão dos principais julgamentos proferidos pela Suprema Corte referentes à divisão de competências entre Executivo e Legislativo, com o intuito de demonstrar um crescente desequilíbrio de forças, mediante a tendência de fortalecimento da autoridade presidencial em tempos de guerra.

A terceira parte conterá um pequeno histórico das ações presidenciais que demonstram a contínua concentração de poderes desde os ataques ao World Trade Center, em 11 de setembro de 2001, com especial destaque à *teoria de desenvolvida pela administração Bush*. Por fim, também serão objeto de estudo as ações empreendidas pelo atual Presidente Barack Obama. Entretanto, considerando os limites do trabalho, tal parte terá como foco a promulgação do Ato de Autorização da Defesa Nacional, em conjunto com o discurso presidencial reafirmando sua autoridade como *'commander in chief'*.

As considerações finais destinam-se a provocar uma reflexão acerca das mudanças que a contínua concentração de poderes pode gerar no sistema político norte-americano.

1 LEGISLATIVO – A CONSTITUIÇÃO NORTE-AMERICANA

A Constituição norte-americana, assim como a maioria dos demais sistemas constitucionais democráticos, estabelece em seus artigos I, II e III uma equânime divisão de poderes. Entretanto, verifica-se uma crescente expansão dos poderes presidenciais¹, em especial sobre o manto da denominada cláusula do *‘commander in chief’*.

Inicialmente, é interessante destacar que o sistema jurídico-político norte-americano foi estruturado de modo suplantando a personalização do Poder Executivo, tão comum nos sistemas monárquicos, substituindo-a pela impessoalidade da lei². Entretanto, o envolvimento constante do país em situações excepcionais de guerra ou outros tipos de hostilidades internacionais tem gerado discussões acerca de uma indevida usurpação de competências do Congresso pelo Presidente.

Destaca-se especialmente como seria a separação de competências entre esses dois poderes no que se refere a assuntos relacionados diretamente com a guerra. De início, o fato de a própria Constituição norte-americana delegar inúmeros poderes de guerra ao Congresso seria suficiente para demonstrar a observância do princípio dos freios e contrapesos também em situações de emergência.

Nesse sentido, a Constituição norte-americana, em seu artigo I, estabelece as diversas competências do Congresso, inclusive aquelas relacionadas à manutenção das Forças Armadas e à promulgação de leis que as regulamentem.

De fato, o artigo I, seção 8, cláusulas 11-14 da Constituição³ estabelecem ser do Congresso o poder de declarar a guerra, de emitir

1 HAN, Lori Cox. Introducing: Studying the Presidency. In: HAN, Lori Cox (Org). *New Directions in the American Presidency*. New York: Taylor & Francis, 2011. p. 1-11, p.1;

2 ADLER, David Gray. The Presidency and the Constitution. In: HAN, Lori Cox (Org). *New Directions in the American Presidency*. New York: Taylor & Francis, 2011. p. 12-33. p. 12;

3 Artigo I, seção 8, *in verbis*: “*The Congress shall have power To lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common defence[^{note 1}] and general Welfare of the United States; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States; [...]*
To define and punish Piracies and Felonies committed on the high Seas, and Offenses against the Law of Nations; To declare War, grant Letters of Marque and Reprisal, and make Rules concerning Captures on Land and Water; To raise and support Armies, but no Appropriation of Money to that Use shall be for a longer Term than two Years; To provide and maintain a Navy;
To make Rules for the Government and Regulation of the land and naval Forces;

cartas de registro de propriedade e de retaliação⁴, convocar o exército e a marinha, bem como de regular as forças armadas e as formas de captura em solo ou em mar. Tais poderes eram bem conhecidos no Direito Internacional quando da promulgação da Carta norte-americana, o que parecia permitir a interferência do Congresso em assuntos essencialmente de política internacional e de guerra, limitando os poderes presidenciais⁵.

Desse modo, o texto constitucional indicaria que as decisões táticas e de estratégia militar, ainda que em tempos de guerra, não seria de competência exclusiva do Presidente. Na realidade, a Constituição teria delegado ao Congresso as atribuições mais tendentes a violar qualquer norma de direito internacional, consistente especificamente no poder de emitir cartas de registro de propriedade e de retaliação e estabelecer as formas de capturas dos inimigos⁶.

Nesse ponto, é interessante observar que durante a Guerra Civil norte-americana, as questões referentes a tratamento e transferências de prisioneiros eram resolvidas pelo Congresso, sendo que tal prerrogativa lhe restou assegurada por aquela competência de regulamentar as capturas em solo ou mar, a qual foi efetivamente exercida pelo Congresso nos conflitos posteriores⁷.

Tal interpretação seria corroborada com a competência constitucionalmente conferida ao Congresso de definir os crimes contra a Nação, bem como de criar cortes federais responsáveis pelo julgamento de casos envolvendo questões de direito internacional. Assim, uma leitura literal do texto constitucional parece indicar a necessidade de uma real divisão de atribuições mesmo durante as hostilidades⁸.

To provide for calling forth the Militia to execute the Laws of the Union, suppress Insurrections and repel Invasions; [...]."

4 Apenas a título de esclarecimento: "A letter of marque or reprisal in eighteenth-century international law permitted the bearer, frequently a private party, to seize property or people of a foreign nation in order to redress an injury or harm inflicted by that nation. Such letters were widely used during maritime conflicts dating back to the thirteenth century. The term capture under eighteenth-century international law generally referred to the seizure of property, and perhaps people, during war". WUERTH, Ingrid Brunk. *International Law and Constitutional Interpretation: The Commander in Chief Clause Reconsidered*. Michigan Law Review, v. 106, n. 1, p. 61-100, outubro, 2007. p. 84.

5 Ibidem, p. 83.

6 Ibidem, p. 90.

7 Ibidem, p. 95.

8 LOBEL, Jules. *Conflicts Between the Commander in Chief and Congress: Concurrent Power over the Conduct of War*. Ohio State Law Journal, v. 69, p. p. 391-467, 2008. p. 395.

As vicissitudes práticas geradas pelas circunstâncias excepcionais de um cenário de guerra, e, portanto, de exceção, acabaram por fortalecer os poderes presidenciais em detrimento do Congresso. Para melhor analisar essa sobreposição de poderes, imprescindível uma prévia análise da denominada cláusula ‘*commander in chief*’.

Tal cláusula está prevista no artigo II, que estabelece as várias atribuições do Poder Executivo, em especial os poderes presidenciais, que estão previstos na seção 2 desse mesmo artigo. A citada cláusula (cláusula 1, seção 2, artigo II) estabelece que o “*Presidente é o comandante do Exército e da Marinha dos Estados Unidos*”⁹. Embora a Constituição não afirme expressamente, tal cláusula é o fundamento do poder presidencial de atuar de forma exclusiva nas questões de política externa.

Uma expressiva corrente doutrinária norte-americana defende que o poder conferido ao Presidente como ‘*commander in chief*’ lhe permitiria recusar a execução de leis e tratados que fossem conflitantes com sua autoridade constitucional¹⁰. Nesse sentido, tal cláusula funcionaria como restrição constitucional aos demais poderes, impedindo especialmente a interferência do Congresso no comando presidencial das Forças Armadas¹¹.

Por outro lado, considerando-se especialmente as circunstâncias excepcionais da denominada ‘guerra ao terror’, encontra-se a corrente teórica oposta que afirma que o Presidente, ao contrário, tem o dever de “*cuidar para que as leis sejam fielmente executadas*”¹², não lhe sendo permitido, mesmo em tempos de guerra, desobedecer qualquer norma interna ou violar, de forma unilateral, um tratado internacional, devendo obter uma aprovação do Congresso se for o caso¹³. Para essa corrente, afirmar que a autoridade presidencial lhe permite recusar a

9 Texto integral da Constituição: “*The President shall be Commander in Chief of the Army and Navy of the United States, and of the Militia of the several States, when called into the actual Service of the United States; he may require the Opinion, in writing, of the principal Officer in each of the executive Departments, upon any Subject relating to the Duties of their respective Offices, and he shall have Power to grant Reprieves and Pardons for Offenses against the United States, except in Cases of Impeachment.*” U.S. Constitution, art. II, seção 2, cláusula 1.

10 KU, Julian G. *Is There an Exclusive Commander-in-Chief Power?* The Yale Law Journal Pocket Part, v.115, n. 84, p. 84-87, 2006. p. 1. No ponto, é interessante ressaltar que mesmo o Presidente Bill Clinton recusou o cumprimento de uma lei em 1999, mantendo as tropas norte-americanas no Kosovo após a data limite fixada pelo Congresso, ao argumento a competência para comandar tropas no exterior seria exclusiva do Presidente, como *commander in chief*.

11 Ibidem, p. 2.

12 Texto original: “*take Care that the Laws be faithfully executed*”. U.S. Constitution, artigo II, seção 3.

13 A corrente doutrinária majoritária norte-americana entende que o Congresso tem o poder para violar tratados internacionais que tratam de matérias de sua competência nos termos do artigo I da Constituição. No caso a violação seria efetivada pela promulgação de uma lei em sentido contrário ao que estabelecido

execução de leis e tratados é tornar ilusório seu dever de fiel obediência previsto na Constituição, resultando em um verdadeiro desequilíbrio entre os poderes legislativo e executivo¹⁴, que condena o próprio sistema constitucional de freios e contrapesos.

No caso, a generalidade dos termos da cláusula permite ambas as interpretações, sendo, portanto, imprescindível aprofundar tal discussão por intermédio do estudo das decisões da Suprema Corte, bem como das ações presidenciais.

2 JUDICIÁRIO – OS PRECEDENTES DA SUPREMA CORTE

A Constituição norte-americana, promulgada em 17 de setembro de 1787, possui originalmente apenas 7 artigos, tendo sido posteriormente promulgadas 27 emendas constitucionais. Entretanto, o texto constitucional que estabelece as atribuições dos poderes Legislativo e Executivo nunca foi alterado¹⁵.

Nesse contexto, e considerando em especial tradição do *common law* e da *stare decisis* do sistema jurídico norte-americano, a análise da suposta ampliação dos poderes presidenciais não pode ser realizada sem a devida revisão dos julgamentos da Suprema Corte acerca do princípio da separação dos poderes, em especial dos conflitos entre os artigos I e II da Constituição.

O primeiro precedente que teria estabelecido alguma forma de interpretação do sistema de freios e contrapesos foi o caso *Ex Parte Milligan*¹⁶, na qual a Suprema Corte teria afastado a ingerência do Congresso sobre a autoridade militar do Presidente¹⁷.

Ocorrido durante a Guerra Civil norte-americana, tal julgamento trata da possibilidade um cidadão residente de Indiana, que supostamente era membro de uma organização conspiratória que estaria planejando atos de sabotagem contra o Norte, ser julgado perante a jurisdição militar.

O argumento do governo sustentava que a autoridade do Presidente como *commander in chief* lhe conferia a competência para

no tratado. JINKS, Derek e SLOSS, David. *Is the President Bound by the Geneva Conventions?* Cornell L. Rev. v. 97, n. 395, 2004. p. 7.

14 Ibidem, p. 41.

15 Interessante ressaltar que o artigo II já foi objeto de emendas constitucionais, as quais não alteraram as competências de tal poder. A 20ª emenda alterou o método de eleição presidencial, enquanto que 25ª emenda estabeleceu uma forma diferente de sucessão presidencial.

16 ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Ex parte Milligan*, 71 U.S. 2 (1866).

17 KU, op. cit., p. 2.

estabelecer o julgamento de civis por tribunais militares¹⁸. Ademais, o memorial governamental afirma que, tendo a guerra começado, o Presidente era “o único juiz das exigências, necessidades, e obrigações, e da sua extensão e duração”¹⁹, e que as garantias previstas na Quarta, Quinta e Sexta Emendas não se aplicavam aos tempos de guerra, pois seriam meras previsões para a paz.

Nesse julgamento, a Corte afirmou que o Congresso não teria competência para aprovar uma lei que “interferisse com o comando das forças ou a condução das campanhas de guerra”. Tal poder e obrigação pertencem ao Presidente como “commander in chief”²⁰. Apesar de confirmar a competência presidencial no comando das Forças Armadas, a Suprema Corte manteve a eficácia das emendas constitucionais, destacando ainda que a força da Constituição deveria “proteger todas as classes de homens, em todos os tempos e sob qualquer circunstância”²¹.

Por essa razão, tal caso é lembrado, paradoxalmente, “tanto como o caso que construiu os poderes presidenciais de guerra como aquele que afirmou a inviolabilidade da Constituição em tempos de crise”²².

Após a Guerra Civil norte-americana, as atribuições do Congresso, em especial aquelas referentes à captura de prisioneiros de guerra, permitiram que o Legislativo interferisse efetivamente na condução das hostilidades vivenciadas por aquele país, funcionando em cooperação com a atuação presidencial.

Tal afirmação pode ser confirmada com a leitura do julgamento *Little v. Barreme*, ocorrido durante a quase guerra com a França²³. Uma importante peculiaridade é que não houve a declaração de guerra formal

18 ROSSITER, Clinton Lawrence. *The Supreme Court and the Commander in Chief*. Reino Unido: Cornell University Press, 1976. p. 27.

19 ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Ex parte Milligan*, 71 U.S. 2 (1866). p. 18. Trecho original do julgamento: “He (the president) is the sole judge of the exigencies, necessities, and duties of the occasion, their extent and duration”.

20 LOBEL, op. cit., p. 393.

21 ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Ex parte Milligan*, 71 U.S. 2 (1866). p. 121. Trecho original do julgamento: “The Constitution of the United States is a law for rulers and people, equally in war and in peace, and covers with the shield of its protection all classes of men, at all times, and under all circumstances”.

22 Tradução livre do trecho: “Today, of course, we remember this case for its construction of the President’s war powers as well as for its celebrated defense of the inviolability of the Constitution in time of crises”. ROSSITER, op. cit., p. 31.

23 A quase guerra com a França foi um conflito naval entre os Estados Unidos e a França, entre 1798 e 1800, provocado pela captura de navios norte-americanos pelos franceses durante a guerra entre Inglaterra e França. SIDAK, J. Gregory, *The Quasi War Cases—And Their Relevance to Whether Letters of Marque and Reprisal Constrain Presidential War Powers*. Harvard Journal of Law & Public Policy, v. 28, n. 2, p. 465-500, 2005. p.480/481.

pelo Congresso, nem a solicitação nesse sentido pelo então Presidente, John Adams, em resposta ao confisco francês de navios americanos.

O caso trata especificamente dos danos devidos ao proprietário de um navio erroneamente capturado pelo Capitão George Little, comandante da fragata norte-americana. A discussão centrou-se na legalidade da ação do comandante em face do conflito entre o ato de delegação do poder presidencial do Congresso e a interpretação presidencial do alcance desse ato²⁴. A Suprema Corte entendeu que a interpretação dada pelo Executivo fora contrária às prescrições contidas no ato do Legislativo, razão pela qual o ato era ilegal, e condenou o governo ao pagamento dos danos²⁵.

Restou, então, estabelecido que o Congresso teria autoridade para estabelecer restrições *na condução das operações militares em uma guerra não declarada, estando o próprio Presidente restrito a tais limites*. Entretanto, o Ministro Marshall afirmou que somente houve ilegalidade do ato presidencial porque o ato do Legislativo havia sido expresso quanto ao modo de execução da ordem de captura dos navios. Assim, havendo indicação expressa do Legislativo, o Executivo estaria a ele vinculado, do contrário, “*o silêncio do Congresso deixaria o Presidente livre para agir*”²⁶.

Quando da Guerra de 1812, no julgamento *Brown v. United States*, questionou-se novamente a legalidade do ato do governo norte-americano em contraponto à autorização conferida pelo Congresso. Nesse caso, a questão referia-se à possibilidade do governo apropriar-se de uma propriedade britânica confiscada com fundamento em um embargo autorizado pelo Congresso.

Nesse precedente, a Suprema Corte afirmou a ausência de autoridade do Presidente para determinar o confisco de propriedade privada dentro dos Estados Unidos, pois o ato do Legislativo que declarou a guerra não conferia tal poder ao Presidente. Tal julgamento confirma a visão do Ministro Marshall de que o Congresso tem poderes constitucionais para agir durante a guerra, de modo que o poder presidencial seria definido por uma referencia negativa de autoridade legislativa²⁷.

24 Ibidem, p. 490-491.

25 Ibidem, p. 492.

26 Tradução livre do trecho: “*congressional silence leaves the President free to act*”. Ibidem, p. 492.

27 Nesse sentido: “*President’s power would be defined by negative reference to legislative authority*”. VLADECK, Stephen I. *Congress, the Commander-in-Chief, and the Separation of Powers After Hamdan*. American University, WCL Research Paper No. 08-03, 2007. p. 13.

No entanto, a teoria da separação dos poderes alcançaria seu apogeu no mais importante caso sobre o assunto já julgado pela Suprema Corte, o precedente *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*. A Suprema Corte deveria analisar a constitucionalidade de uma ordem executiva do então Presidente Truman, que determinara o confisco da propriedade privada de uma siderúrgica.

Novamente, visando assegurar o sistema de freios e contrapesos, a maioria da Suprema Corte, seguindo voto do Justice Black, afirmou que a ordem de confisco era equivalente à edição de uma lei e, portanto, uma competência legislativa²⁸, de modo que o Presidente nunca poderia exercer constitucionalmente tal autoridade, exceto se explicitamente autorizado pelo Congresso²⁹. Já os Ministros Frankfurter e Burton estabeleceram a impossibilidade de ato presidencial contrário ao que estabelecido pelo Congresso.

No presente caso, o Congresso, ao delegar a competência para Presidente para estabelecer procedimentos confiscatórios, manteve expressamente sua autoridade para determinar quando e onde seria autorizado o confisco de propriedade em casos de emergência. Desse modo, restava clara a invasão da competência legislativa pelo ato presidencial³⁰.

Na oportunidade, o Ministro Jackson assim resumiu o julgamento, consolidando a teoria sobre a separação dos poderes³¹:

1. When the President acts pursuant to an express or implied authorization of Congress, his authority is at its maximum, for it includes all that he possesses in his own right plus all that Congress can delegate. In these circumstances, and in these only, may he be said (for what it may be worth), to personify the federal sovereignty. If his act is held unconstitutional under these circumstances, it usually means that the Federal Government as an undivided whole

28 De acordo com a corrente majoritária, a Constituição não teria conferido ao Presidente qualquer autoridade para criar leis de forma unilateral (“an exercise of the lawmaking power”). JINKS, e SLOSS. op. cit., p. 40.

29 VLADECK, op. cit., p. 14.

30 In verbis: “The controlling fact here is that Congress, within its constitutionally delegated power, has prescribed for the President specific procedures, exclusive of seizure, for his use in meeting the present type of emergency. Congress has reserved to itself the right to determine where and when to authorize the seizure of property in meeting such an emergency. Under these circumstances, the President’s order of April 8 invaded the jurisdiction of Congress. It violated the essence of the principle of the separation of governmental powers. Accordingly, the injunction against its effectiveness should be sustained.” ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952).

31 Considerando a relevância do julgamento, optei por citar literalmente.

lacks power. A seizure executed by the President pursuant to an Act of Congress would be supported by the strongest of presumptions and the widest latitude of judicial interpretation, and the burden of persuasion would rest heavily upon any who might attack it.

2. When the President acts in absence of either a congressional grant or denial of authority, he can only rely upon his own independent powers, but there is a zone of twilight in which he and Congress may have concurrent authority, or in which its distribution is uncertain. Therefore, congressional inertia, indifference or quiescence may sometimes, at least as a practical matter, enable, if not invite, measures on independent presidential responsibility. In this area, any actual test of power is likely to depend on the imperatives of events and contemporary imponderables rather than on abstract theories of law.

3. When the President takes measures incompatible with the expressed or implied will of Congress, his power is at its lowest ebb, for then he can rely only upon his own constitutional powers minus any constitutional powers of Congress over the matter. Courts can sustain exclusive Presidential control in such a case only by disabling the Congress from acting upon the subject. Presidential claim to a power at once so conclusive and preclusive must be scrutinized with caution, for what is at stake is the equilibrium established by our constitutional system.³²

Restou, assim, estabelecido que qualquer ampliação da autoridade presidencial necessitaria de um ato de delegação do Congresso. Na ausência de lei, a competência presidencial é exatamente aquela que lhe é conferida pela Constituição, havendo, entretanto, uma zona de incerteza (*'zone of twilight'*) onde as competências seriam concorrentes. Por fim, se o ato presidencial conflitar com a vontade (expressa ou implícita) do Congresso, seus poderes são mínimos (*'lowest ebb'*), pois nesse caso a autoridade presidencial está reduzida em função dos poderes constitucionais do Congresso.

Há duas questões essenciais que passaram a definir o sistema de freios e contrapesos norte-americano. Primeiro, há uma prevalência da autoridade presidencial em caso de silêncio do Congresso; segundo, embora com uma autoridade em seu nível mínimo, haveria uma

32 ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952).

possibilidade de um ato constitucional presidencial contrário a vontade do Congresso, especialmente se a lei fora promulgada naquela zona de incerteza³³.

Assim, apesar da suposta derrota do governo, restou consignado que o Presidente possui um poder exclusivo como *'commander in chief'* que não pode ser limitado pelo Congresso, em especial no tocante à política externa³⁴. Ao afirmar a existência dessa autoridade presidencial mínima, que permitiria uma atuação contrária ao que estabelecido pelo Congresso, o Justice Jackson abre a denominada *'caixa de pandora da separação dos poderes'*³⁵.

A partir de então, a Suprema Corte legitimou o argumento de que o Presidente tem uma autoridade constitucional independente para criar leis federais por ações unilaterais do Executivo³⁶.

A chegada do século XXI traz consigo o maior ataque terrorista aos Estados Unidos e inicia uma série de reações por parte, especialmente, do Poder Executivo, resultando no discurso de ampliação dos poderes presidenciais, como será melhor estudado no tópico seguinte.

O fato é que a Suprema Corte foi novamente desafiada a estabelecer os critérios para tentar manter o equilíbrio de poderes, agora na excepcional situação de uma constante 'guerra ao terror'.

No caso *Hamdi v. Rumsfeld* discutiu-se a autoridade presidencial para determinar a prisão de um cidadão norte-americano suspeito de terrorismo (e classificado como combatente inimigo), baseada na Autorização para Uso da Força Militar em contraposição ao Ato de Não Detenção, anteriormente aprovado pelo Congresso Nacional. A Suprema Corte dividiu-se quanto a legalidade da detenção de Hamdi, sendo que o voto vencedor³⁷ ressaltou que tal autorização conferia competência ao Presidente dos Estados Unidos para utilizar *"usar todos os meios necessários e forças apropriadas"* contra as pessoas e organizações associadas ao ataque terrorista de 11 de setembro.

Apesar disso, foi reconhecido o direito do detido de acesso a um advogado e de ser informado sobre fundamentos de fato que justificariam sua classificação, bem como a oportunidade de rebater as afirmações

33 VLADECK, op. cit., p. 18.

34 KU, op. cit., p. 2.

35 Nesse sentido: *"Jackson may well have opened something of a Pandora's Box vis-à-vis the separation of powers, especially in cases involving claims to inherent presidential power"*. VLADECK, op. cit., p. 18.

36 No caso, o Presidente pode inovar no ordenamento jurídico por meio de dois principais instrumentos: acordos executivos e ordens unilaterais (sole executive agreements and unilateral executive orders). JINKS e SLOSS, op. cit., p. 39.

37 Ministra O'Connor, seguida pelos Ministros Rehnquist, Kennedy e Breyer;

governamentais antes que fosse tomada uma decisão neutra, enfatizando que a autorização para detenção emitida pelo Congresso está sujeita tanto ao devido processo legal como à revisão judicial³⁸. Ressaltou, a Suprema Corte, por fim, que “*o estado de guerra não é um cheque em branco para o Presidente quando se trata de direitos de cidadãos norte-americanos*”³⁹.

A Suprema Corte optou por uma decisão equilibrada que garantisse tanto os direitos individuais dos cidadãos norte-americanos como os poderes excepcionais necessários ao Executivo para combater o terrorismo, ressaltando a possibilidade de interferência judicial sobre a autoridade presidencial⁴⁰.

A teoria da separação dos poderes ganha, assim, novos contornos que sugerem que, em se tratando de poderes de guerra, a cláusula ‘*commander in chief*’ pode retirar a competência do Congresso para legislar sobre determinados assuntos. “*O problema, é claro, é que não existe um ponto final*”⁴¹, não apenas em função da generalidade dos termos da cláusula como também em face da indeterminação temporal e geográfica da guerra.

Outro importante precedente seria o julgamento *Hamdan v. Rumsfeld*, no qual se discute a legalidade do julgamento de suspeitos de terrorismos pelas comissões militares criadas pelo Executivo, sem obediência aos princípios estabelecidos no Código da Justiça Militar (*Uniform Code of Military Justice/UCMJ*). Novamente, o governo norte-americano sustentou ser inerente à competência do Presidente – como ‘*Commander in Chief*’ – estabelecer comissões militares⁴². A Suprema Corte afirmou que a Autorização para o Uso de Força Militar (AUMF) não conferia competência ao Presidente para criar comissões militares

38 KAMENS, Jeremy C. *Hamdi v. Rumsfeld*. In: GREENBERG, Karen J.; DRATEL, Joshua L., (Orgs). *Enemy Combatant Papers: American Justice, the Courts, and the War on Terror*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 176.

39 ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004). In: GREENBERG, Karen J.; DRATEL, Joshua L., (Orgs). *Enemy Combatant Papers: American Justice, the Courts, and the War on Terror*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 178/389. p. 344

40 WINDLE, Bub. *Resolving Legal Issues in the War on Terror: Habeas Corpus, the Supreme Court, and Combatant Status Review Tribunals*. University of Nebraska Lincoln, 2008. p. 6.

41 Tradução livre do trecho: “*The problem, of course, is that there is no stopping point*”. VLADECK, Stephen I. *Congress, the Commander-in-Chief, and the Separation of Powers After Hamdan*. American University, WCL Research Paper No. 08-03, 2007. p. 26.

42 Memorial do governo (Government’s memo in support of motion to dismiss) ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006). In: GREENBERG, Karen J.; DRATEL, Joshua L., (Orgs). *Enemy Combatant Papers: American Justice, the Courts, and the War on Terror*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 397/658. p. 437;

em desacordo com as normas estabelecidas pelo Código de Justiça Militar (UCMJ) e pela Convenção de Genebra⁴³.

Além do reconhecimento da jurisdição por parte da Suprema Corte, que demonstrou o correto funcionamento do sistema constitucional de freios e contrapesos, impondo limites à atividade do Executivo⁴⁴, tal precedente retomou a teoria do Ministro Marshall presente nos julgamentos *Little v. Barreme* e *Brown v. United States*⁴⁵, restaurando o princípio da separação dos poderes.

Entretanto, a suposta vitória da defesa no caso Hamdan não produziu qualquer resultado prático ou mesmo jurídico efetivamente favorável, ante a promulgação de uma nova lei (Lei de Comissões Militares de 2006/MCA) que substituiu a Lei de Tratamento dos Presos e retirou expressamente a jurisdição das cortes americanas para receber qualquer pedido de habeas corpus de “*estrangeiro detido pelos Estados Unidos que tenha sido determinado pelo governo Norte-americano como inimigo combatente ou que aguarde essa determinação*”⁴⁶.

O interessante é que nesse caso, a concentração de poderes nas mãos do Presidente foi articulada em conjunto com o Congresso e em clara oposição ao que decidido pela Suprema Corte, o que demonstra a importância da tripartição dos poderes na manutenção do sistema de freios e contrapesos como um dos pilares da democracia.

Percebe-se, assim, que apesar da importância do Poder Judiciário na manutenção do sistema constitucional de freios e contrapesos, o fato

43 Decisão da Suprema Corte. Trecho do voto do Ministro Stevens: “*Together, the UCMJ, the AUMF, and the DTA at most acknowledge a general Presidential authority to convene military commissions in circumstances where justified under the “Constitution and laws,” including the law of war. Absent a more specific congressional authorization, the task of this Court is, as it was in Quirin, to decide whether Hamdan’s military commission is so justified. It is to that inquiry we now turn. (...) These simply are not the circumstances in which, by any stretch of the historical evidence or this Court’s pre-cedents, a military commission established by Executive Order under the authority of Article 21 of the UCMJ may lawfully try a person and subject him to punishment.*” ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006).

44 McMILLAN, Joseph M. *Hamdan v. Rumsfeld*. In: GREENBERG, Karen J.; DRATEL, Joshua L., (Orgs). *Enemy Combatant Papers: American Justice, the Courts, and the War on Terror*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 393-397. p. 395;

45 VLADECK, op. cit., p. 29-34.

46 “SEC. 7. HABEAS CORPUS MATTERS. (e)(1) No court, justice, or judge shall have jurisdiction to hear or consider an application for a writ of habeas corpus filed by or on behalf of an alien detained by the United States who has been determined by the United States to have been properly detained as an enemy combatant or is awaiting such determination”. ESTADOS UNIDOS. Public Law 109-366 (Military Commissions Act), de 17 de outubro de 2006. Authorize trial by military commission for violations of the law of war, and for other purposes.

é que mesmo a Suprema Corte não conseguiu estabelecer de forma clara a divisão de atribuições entre o Legislativo e o Executivo.

Desse modo, as decisões judiciais parecem contribuir para que a zona de incerteza da teoria da separação dos poderes seja frequentemente utilizada para ampliar os poderes presidenciais, o que pode ser comprovado pelo estudo das ações presidenciais.

3 EXECUTIVO – AS AÇÕES PRESIDENCIAIS

É fato que, em tempos de guerra, há uma tendência à concentração de poderes no Executivo em detrimento, em especial do Legislativo, mas também em relação do Judiciário. Teoricamente, a balança de poderes deveria ser restaurada assim que encerradas as hostilidades. Entretanto, a partir do século XX, tal equilíbrio não foi devidamente reestabelecido, permanecendo uma concentração de poderes⁴⁷.

Com os ataques terroristas ao World Trade Center, inicia-se um novo século marcado pelas ações presidenciais tendentes a afirmar que a autoridade do Presidente como *'commander in chief'* é superior às competências constitucionais do Congresso e até mesmo do Judiciário.

3.1 O PRESIDENTE BUSH

Embora seja cedo para se afirmar categoricamente, parece ser um consenso a afirmação de que o principal legado da era Bush foi exatamente a expansão dos poderes presidenciais⁴⁸. Tal legado inicia-se com a escalada dos poderes do Executivo, apenas três dias após os ataques ao *World Trade Center*, quando o Congresso promulga a Autorização para o Uso de Forças Militares (*Autorization to Use Military Force/AUMF*), conferindo autoridade ao Presidente para *"usar todos os meios necessários e forças apropriadas"* no combate ao terrorismo.

Entretanto, a teoria da concentração de poderes na figura presidencial somente seria expressamente defendida com a edição dos denominados 'Memorandos de Tortura' (*Torture Memos*), o qual afirma ter o Presidente, como *commander in chief*, uma autoridade plena e única na utilização das forças militares⁴⁹.

A teoria desenvolvida pela administração Bush sustenta que a cláusula *'commander in chief'* confere ao Presidente autoridade para

47 JINKS; SLOSS, op. cit., p. 1.

48 HAN, op. cit., p. 2.

49 ADLER, op. cit., p. 17.

controlar toda a condução da guerra⁵⁰. Tal doutrina afasta expressamente qualquer ingerência do Legislativo ao afirmar que “*Congresso não pode mais interferir na condução pelo Presidente dos interrogatórios dos inimigos combatentes*”⁵¹. Nesse sentido, o citado memorando defende a legalidade da utilização de quaisquer métodos de interrogatório considerado apropriado para “*obter o melhor resultado perante o inimigo*”⁵².

Os defensores de uma maior concentração de poderes nas mãos do Presidente afirmam que seriam de seu exclusivo poder a decisão sobre como, onde e quando interrogar os suspeitos, pois tais táticas seriam tão importantes como onde e quando alocar as tropas⁵³.

Embora tal argumento de exclusividade presidencial na condução da guerra não fosse particularmente novo, o fundamento teórico que tornara ilimitado o poder presidencial foi o reconhecimento da possibilidade de o Presidente descumprir qualquer lei ou tratado que representasse uma restrição à autoridade presidencial⁵⁴. Sob tal fundamento, a cláusula ‘*commander in chief*’ pôde ser exaustivamente utilizada pela administração Bush para derrubar qualquer restrição legislativa na condução das operações militares⁵⁵.

Além desse argumento, outra técnica comumente utilizada pela administração Bush foi a detenção de estrangeiros suspeitos de atos terroristas fora do território norte-americano, em regra, na Baía de Guantánamo, de modo a negar-lhe o direito à utilização do *habeas corpus*⁵⁶. Tal questão foi primeiramente levada a Suprema Corte quando

50 BARRON, David J.; LENDERMAN, Martin S. *The Commander in Chief at the Lowest EBB: Framing the Problem, Doctrine, and Original Understanding*. Harvard Law Review, v. 121, n. 3, p. 689-804, janeiro, 2008.p. 705. O autor de tais memorandos, John Yoo, é um dos principais defensores da teoria pro-Executivo dos poderes de guerra, que afirma que a Constituição criou um sistema flexível de poderes de guerra, o qual confere ao Presidente – como commander in chief – competência até mesmo para declarar a guerra (YOO, John. *War and the Constitutional Text*. The University of Chicago Law Review, Vol. 69, No. 4 (Autumn, 2002), pp. 1639-1684, p. 1640).

51 Tradução livre do trecho: “*Congress can no more interfere with the President’s conduct of the interrogation of enemy combatant*” (OLC 2002 Torture Opinion)

52 Tradução livre do trecho: “*best prevail against the enemy*” (OLC 2002 Torture Opinion)

53 LOBEL, op. cit., p. 394.

54 VLADECK, op. cit., p. 21.

55 BARRON e LENDERMAN, op. cit., p. 706.

56 O governo norte-americano afirmou que os prisioneiros, como estrangeiros detidos fora dos Estados Unidos, não são alcançados pela jurisdição de qualquer corte dos Estados Unidos, ressaltando que o privilégio do litígio não se estende aos estrangeiros sob custódia militar que não tenham qualquer presença de qualquer território que os Estados Unidos detenha soberania, como já afirmado pela Suprema Corte, quando do julgamento do precedente *Johnson v. Eisentrager*. ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004).

do julgamento *Rasul v. Bush*, tendo sido reconhecido pela primeira vez sua jurisdição sobre os *habeas corpus* impetrados em favor daqueles detidos na Baía de Guantánamo.

Entretanto, consoante já ressaltado, a administração Bush apressou-se em apresentar uma solução para o problema: a criação de Tribunais de Revisão do Status de Combatente (*Combatant Status Review Tribunal/CSRT*), que tinham por função analisar quais detidos estariam inseridos na condição de combatente inimigo⁵⁷; e a aprovação da Lei de Tratamento dos Presos de 2005, que retirava dos tribunais federais a jurisdição sobre os *habeas corpus* impetrados em favor dos detidos em Guantánamo⁵⁸.

Ainda sobre a ampliação dos poderes presidenciais, destaca-se a possibilidade de deter cidadãos norte-americanos como combatentes inimigos em contraposição ao disposto na U.S.C § 400I (a) que proíbe a detenção de qualquer cidadão ‘*exceto se de acordo com alguma lei do Congresso*’⁵⁹, sob o argumento de que a detenção de suspeitos encontra-se no núcleo essencial do poder constitucional conferido ao ‘*commander in chief*’.

Analisando especificamente tal prerrogativa presidencial, a Suprema Corte, no já citado julgamento *Hamdi v. Rumsfeld*, confirmou que a competência para combater o terrorismo – delegada ao Presidente pela Autorização do Uso da Força Militar – implicitamente também autoriza a detenção de inimigos combatentes, conceito esse que incluiria ‘*aqueles que participam ou apóiam as forças hostis aos Estados Unidos ou de suas coalizões*’ no Afeganistão ou aqueles que se envolvem no conflito armado contra os Estados Unidos independente de sua nacionalidade⁶⁰.

Utilizando-se da generalidade do termo “*todos os meios necessários e forças apropriadas*” da Autorização do Uso da Força Militar, a administração Bush lançou um ‘programa de vigilância de terroristas’ que previa a monitoração de telefonemas e emails sem a devida ordem

57 MARGULIES, Joseph. *Rasul v. Bush*. In: GREENBERG, Karen J.; DRATEL, Joshua L, (Orgs). *Enemy Combatant Papers: American Justice, the Courts, and the War on Terror*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 3-7. p. 4.

58 ELSEA, Jennifer K. e GARCIA, Michael John. *Enemy Combatant Detainees: Habeas Corpus Challenges in Federal Court*. Congressional Research Service, 2010. Disponível em <<http://www.fas.org/sgp/crs/natsec/RL33180.pdf>>. Acesso em: 05 agos. 2010. p. 1. No mesmo sentido: “O conceito do ato legislativo que retira dos tribunais federais a jurisdição do *habeas corpus* está consolidado e totalmente aceito junto ao ordenamento jurídico norte-americano”, mas tal questão não será aprofundada, pois como já ressaltado o objetivo da presente dissertação não é a análise do sistema jurídico norte-americano. LONDRAS, Fiona de. Na Sombra do Caso Hamdan v. Rumsfeld: O Direito dos Prisioneiros da Baía de Guantánamo ao Habeas Corpus. *Panóptica*, v. 2, n. 13, p. 241-258, 2009. p. 247.

59 Tradução livre: “*except pursuant to an Act of Congress*”. BARRON e LENDERMAN op. cit., p. 706.

60 KAMENS, op. cit., p. 176.

judicial por um prazo de cinco anos, em clara oposição ao disposto na Lei de Vigilância de Inteligência Estrangeira (*Foreign Intelligence Surveillance Act/FISA*). O argumento baseou-se na suposta revogação parcial dessa lei pelo ato de autorização⁶¹.

Outro exemplo da utilização da teoria Bush que resultou na concentração de poderes é o reconhecimento da possibilidade de utilização de tortura em métodos de interrogatórios dos combatentes inimigos em clara ofensa ao disposto na Lei Federal 18 U.S.C. §2340⁶². Embora posteriormente o Presidente Bush tenha aprovado a Lei de Tratamento dos Presos de 2005, que bania a utilização de tratamento degradante, cruel ou desumano aos indivíduos sob custódia, não há como precisar a efetiva exclusão desse tipo de interrogatório, considerando que tais documentos não são públicos.

Por fim, em inúmeras ocasiões, o Presidente Bush invocou o seu poder como ‘*commander in chief*’ para, ao assinar as leis, sugerir que suas disposições não seriam cumpridas quando em conflito com sua autoridade presidencial para a condução das operações militares⁶³.

3.2 O PRESIDENTE BARACK OBAMA

Em seu discurso de posse, o Presidente Barack prometeu abandonar as controvertidas técnicas de contraterrorismo adotadas por seu antecessor Bush, bem como fechar a prisão de Guantánamo. Contudo, nesse caso, o discurso não ultrapassou a forma das palavras, tendo o Presidente Obama, ao contrário, mantido o legado Bush de ampliação dos poderes presidenciais.

Sem entrar na discussão acerca da utilização ou não de métodos não convencionais de interrogatório na captura e morte de Osama Bin Laden, até mesmo porque o Presidente optou pelo silêncio – sequer negando ou afirmando o uso de tais métodos –⁶⁴, o fato é que até mesmo o discurso presidencial vem sofrendo mudanças visíveis.

O fato mais recente que provocou inúmeras controvérsias acerca dos limites do poder presidencial na condução das operações militares foi a aprovação do Ato de Autorização da Defesa Nacional para o ano de 2012 (*National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2012*), o qual

61 BARRON; LENDERMAN, op. cit., p. 712.

62 Ibidem, p. 707.

63 Ibidem, p. 711.

64 Nesse sentido: “*Since that speech, however, Obama has been virtually silent on counterterrorism issues, including torture*”. MARGULIES, Joseph. *Speak, Obama*, The New Republic, 05/05/2011.

reafirma, de forma clara e expressa, todos os poderes supostamente conferidos ao Presidente pelo Ato de Autorização para o Uso das Forças Militares (*Authorization of Use of Militar Force/AUMF*).

Apesar do discurso oficial, tanto do Legislativo como do Presidente, destacar que tal lei não autoriza qualquer ampliação do poder presidencial, a afirmação expressa da possibilidade de detenção indefinida de qualquer pessoa suspeita de envolvimento em atos terroristas parece indicar o contrário. Contudo o mais surpreendente foi o discurso presidencial afastando as reduzidas interferências do Legislativo sobre a condução da guerra ao terror.

Referida lei, em seu subtítulo D, denominado Contraterrorismo, seção 1021 afirma a autoridade do Presidente, como comandante das Forças Armadas, para a detenção de pessoas suspeitas de atos terroristas⁶⁵. Dispõe, ainda, tal seção que tais pessoas serão detidas com fundamento nas leis de guerra, o que significa a possibilidade de detenção sem direito a julgamento até o fim da denominada guerra ao terror⁶⁶, e que eventual julgamento será processado pelas comissões militares.

As críticas a tal dispositivo foram tamanhas, que o próprio Presidente Obama, em seu discurso de justificativa de aprovação da lei, ressaltou que o ato não implica qualquer aumento do poder presidencial e que sua administração iria “interpretar a seção 1021 de modo a assegurar que qualquer detenção estivesse de acordo com a Constituição, as leis da guerra ou qualquer outra lei aplicável”⁶⁷.

65 Na definição do ato: “(b) COVERED PERSONS.—A covered person under this section is any person as follows: (1) A person who planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on September 11, 2001, or harbored those responsible for those attacks. (2) A person who was a part of or substantially supported al-Qaeda, the Taliban, or associated forces that are engaged in hostilities against the United States or its coalition partners, including any person who has committed a belligerent act or has directly supported such hostilities in aid of such enemy forces”. ESTADOS UNIDOS. Public Law 112-81 (National Defense Authorization Act (NDAA) for Fiscal Year 2012), de 31 de dezembro de 2011.

66 O ato afirma a possibilidade de detenção até o fim das hostilidades autorizadas pelo Autorização de Uso da Força Militar, o que seria equivalente ao que conhecemos como ‘guerra ao terror’, *verbis*: “(c) DISPOSITION UNDER LAW OF WAR.—The disposition of a person under the law of war as described in subsection (a) may include the following: (1) Detention under the law of war without trial until the end of the hostilities authorized by the Authorization for Use of Military Force. (2) Trial under chapter 47A of title 10, United States Code (as amended by the Military Commissions Act of 2009 (title XVIII of Public Law 111-84)). (3) Transfer for trial by an alternative court or competent tribunal having lawful jurisdiction. (4) Transfer to the custody or control of the person’s country of origin, any other foreign country, or any other foreign entity.” ESTADOS UNIDOS. Public Law 112-81 (National Defense Authorization Act (NDAA) for Fiscal Year 2012), de 31 de dezembro de 2011.

67 Tradução livre do trecho: “My Administration will interpret section 1021 in a manner that ensures that any detention it authorizes complies with the Constitution, the laws of war, and all other applicable law”. OBAMA,

Ainda acerca da regulamentação do contraterrorismo, a seção 1022 prevê a custódia militar de estrangeiros capturados no curso das hostilidades previstas na AUFM. Em seu discurso, embora o Presidente critique a possibilidade de custódia militar e destaque a “*potencial criação de incerteza*”, acaba por afirmar que tal dispositivo poderá ser interpretado de forma a evitar prejuízo as operações bélicas e de contraterrorismo, conferindo a necessária flexibilidade para a proteção da segurança nacional⁶⁸.

Percebe-se, assim, que o ato efetivamente amplia a autoridade presidencial no tocante a detenção de pessoas suspeitas de envolvimento em atos terroristas, sendo interessante considerar especialmente a afirmação do Presidente Obama que tal seção acaba por conferir uma ampla autoridade ao executivo para melhor implementar a forma de detenção de suspeitos de terrorismo.

Assim, o discurso presidencial fundamenta-se exatamente na liberdade de interpretação de tal ato pelo executivo, de modo a evitar qualquer comprometimento das atividades de contraterrorismo, destacando sua competência para estabelecer os procedimentos e prazos para as citadas detenções. Nesse sentido, *verbis*:

I have concluded that section 1022 provides the minimally acceptable amount of flexibility to protect national security. Specifically, I have signed this bill on the understanding that section 1022 provides the executive branch with broad authority to determine how best to implement it, and with the full and unencumbered ability to waive any military custody requirement, including the option of waiving appropriate categories of cases when doing so is in the national security interests of the United States. As my Administration has made clear, the only responsible way to combat the threat al-Qa'ida poses is to remain relentlessly practical, guided by the factual and

Barack. *Statement by the President on H.R. 1540, the National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2012*. Washington, White House, 31 de dezembro de 2011.

68 Segue na íntegra o parágrafo do discurso do Presidente Obama sobre a seção 1022: “*Section 1022 seeks to require military custody for a narrow category of non-citizen detainees who are “captured in the course of hostilities authorized by the Authorization for Use of Military Force.” This section is ill-conceived and will do nothing to improve the security of the United States. The executive branch already has the authority to detain in military custody those members of al-Qa’ida who are captured in the course of hostilities authorized by the AUMF, and as Commander in Chief I have directed the military to do so where appropriate. I reject any approach that would mandate military custody where law enforcement provides the best method of incapacitating a terrorist threat. While section 1022 is unnecessary and has the potential to create uncertainty, I have signed the bill because I believe that this section can be interpreted and applied in a manner that avoids undue harm to our current operations*”. OBAMA, op. cit.

legal complexities of each case and the relative strengths and weaknesses of each system. Otherwise, investigations could be compromised, our authorities to hold dangerous individuals could be jeopardized, and intelligence could be lost. I will not tolerate that result, and under no circumstances will my Administration accept or adhere to a rigid across-the-board requirement for military detention. I will therefore interpret and implement section 1022 in the manner that best preserves the same flexible approach that has served us so well for the past 3 years and that protects the ability of law enforcement professionals to obtain the evidence and cooperation they need to protect the Nation.

My Administration will design the implementation procedures authorized by section 1022(c) to provide the maximum measure of flexibility and clarity to our counterterrorism professionals permissible under law. And I will exercise all of my constitutional authorities as Chief Executive and Commander in Chief if those procedures fall short, including but not limited to seeking the revision or repeal of provisions should they prove to be unworkable.

Percebe-se, não apenas uma excessiva concentração de poderes, como a inabilidade do Congresso Nacional para exercer a sua função democrática de controle dos atos do Executivo.

Sobre a necessidade de se estabelecer procedimentos de revisão das detenções e protocolos de controle de informação⁶⁹, o Presidente afirma que o ato “*desnecessariamente interfere na competência do executivo para estabelecer o processo de revisão do status dos detidos*”⁷⁰, e que tal seção será interpretada de modo a assegurar ao Secretário de Defesa a discricionariedade acerca da aplicabilidade ou não das seções 1023-1025 aqueles suspeitos detidos⁷¹.

69 A Seção 1023 estabelece a necessidade de revisão periódica dos motivos de detenção daqueles suspeitos detidos em Guantánamo, determinando que tal procedimento deva ser encaminhado ao Congresso, pelo Secretário de Defesa, dentro de 180 dias da promulgação do ato. Visando assegurar um mínimo devido processo legal, o ato determina expressamente que tal procedimento deve esclarecer se determinado suspeito ainda representa uma ameaça à segurança nacional. Já a Seção 1025 determina ao Secretário de Defesa que elabore e submeta ao Congresso, protocolos sobre as comunicações individuais dos detidos em Guantánamo.

70 Tradução livre do trecho: “*Sections 1023-1025 needlessly interfere with the executive branch’s processes for reviewing the status of detainees*”. OBAMA, op. cit.

71 Nesse sentido: “*Going forward, consistent with congressional intent as detailed in the Conference Report, my Administration will interpret section 1024 as granting the Secretary of Defense broad discretion to determine what detainee status determinations in Afghanistan are subject to the requirements of this section*”. OBAMA, op. cit.

As críticas presidências sobre uma suposta usurpação de sua competência é fio condutor do discurso que afirma ainda que como e onde devem ser processados aqueles detidos em Guantánamo é decisão discricionária do Poder Executivo, e que a intromissão do Legislativo representa uma séria violação ao princípio constitucional da separação dos poderes, de modo que os dispositivos em questão serão interpretados de modo a evitar tal conflito, ou seja, de modo a privilegiar a competência do Executivo em detrimento às normas aprovadas pelo Congresso⁷².

O que se percebe do conflito entre o disposto a lei e o discurso presidencial é uma concentração de poderes no Executivo resumida essencialmente na frase em que se afirma que determinados dispositivos serão tratados como não vinculantes⁷³.

O que se espera de uma lei, promulgada após regular trâmite no Congresso e aprovação do Presidente, é exatamente que seus dispositivos sejam obedecidos por toda a nação. Entretanto, ao afirmar expressamente que tal norma poderá ser interpretada como não vinculante para o Executivo, tem-se uma perigosa quebra do princípio constitucional dos freios e contrapesos, afetando a própria democracia norte-americana.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão acerca da concentração de poderes durante períodos de guerra não é nova, especialmente nos Estados Unidos. De fato, em tais períodos, há sempre uma tendência em fortalecer o Executivo em prol da segurança nacional, de forma que tal concentração de poderes

72 Nesse sentido, *verbis*: “Sections 1026-1028 continue unwise funding restrictions that curtail options available to the executive branch. Section 1027 renews the bar against using appropriated funds for fiscal year 2012 to transfer Guantanamo detainees into the United States for any purpose. I continue to oppose this provision, which intrudes upon critical executive branch authority to determine when and where to prosecute Guantanamo detainees, based on the facts and the circumstances of each case and our national security interests. For decades, Republican and Democratic administrations have successfully prosecuted hundreds of terrorists in Federal court. Those prosecutions are a legitimate, effective, and powerful tool in our efforts to protect the Nation. Removing that tool from the executive branch does not serve our national security. Moreover, this intrusion would, under certain circumstances, violate constitutional separation of powers principles. Section 1028 modifies but fundamentally maintains unwarranted restrictions on the executive branch’s authority to transfer detainees to a foreign country. This hinders the executive’s ability to carry out its military, national security, and foreign relations activities and like section 1027, would, under certain circumstances, violate constitutional separation of powers principles. The executive branch must have the flexibility to act swiftly in conducting negotiations with foreign countries regarding the circumstances of detainee transfers. In the event that the statutory restrictions in sections 1027 and 1028 operate in a manner that violates constitutional separation of powers principles, my Administration will interpret them to avoid the constitutional conflict.” OBAMA, *op. cit.*

73 Nesse sentido: “Like section 1244, should any application of these provisions conflict with my constitutional authorities, I will treat the provisions as non-binding”. OBAMA, *op. cit.*

parece se estender além do que seria constitucionalmente tolerável em tempos de paz⁷⁴.

A necessidade de reforço do poder presidencial remonta a Guerra Fria, quando o discurso segurança nacional e urgência internacional coloca ênfase na suposta dualidade entre a eficiência do Presidente e o caos do Congresso, iniciando um processo de aumento da importância dos decretos presidenciais em detrimento, muitas vezes, dos próprios princípios constitucionais⁷⁵.

Desse modo, a sociedade americana parece estar acostumada a viver esse pêndulo, *'tolerando a Constituição do tempo de guerra'*⁷⁶, confiante sempre no retorno à normalidade. Na realidade, a força das instituições democráticas de um país, em especial de sua Constituição, se mostra exatamente quando, embora o Executivo insista na necessidade de continuidade de seus poderes excepcionais, o anseio pela proteção das liberdades civis já começa a impulsionar o pêndulo para o estado de normalidade⁷⁷.

Entretanto que se verifica é uma verdadeira expansão dos poderes do Executivo, em detrimento do Legislativo e do Judiciário, a qual permanece após o término dos conflitos e ressurge com maior força após os ataques terroristas de 11 de setembro.

O que foi possível verificar da análise da atuação dos três poderes é que os Estados Unidos conseguiu coordenar uma concentração de poderes, sem uma formal violação do princípio dos freios e contrapesos, uma vez que as atribuições excepcionais do Presidente são previamente delegadas pelo Congresso⁷⁸, e mesmo quando o Congresso pretende impor alguma restrição à autoridade presidencial, o Presidente

74 DRATEL, Joshua L. *Repeating History: Rights and Security in the War on Terror*. In: GREENBERG, Karen J.; DRATEL, Joshua L., (Orgs). *Enemy Combatant Papers: American Justice, the Courts, and the War on Terror*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. xiii.

75 Nesse sentido: *"The president represented efficiency, Congress, chaos"*. ADLER, op. cit., p. 15.

76 Tradução nossa da expressão: *"tolerating the wartime Constitution"*. GREENBERG, Karen J. *Caught in the War on Terror: Redefining Prisoners in the Post-9/11 Era*. In: GREENBERG, Karen J.; DRATEL, Joshua L., (Orgs). *Enemy Combatant Papers: American Justice, the Courts, and the War on Terror*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. ix.

77 A metáfora do pêndulo é utilizada tanto no texto de Dratel como no de Greenberg, ambos no sentido de que a exceção é sempre um caminho para o retorno à normalidade. Nesse sentido: *"Perhaps it is a sign of progress that while the administration insists that the conflict is ongoing – indeed, without any end in sight – the pendulum swing toward greater protection for civil liberties and human rights appears already to be occurring"*. DRATEL, op. cit., p. xiii/xiv; e *"Accordingly, the pendulum-swinging back to constitutional normality hovers in defiance of physics, waiting for a sign that such a return is viable"*. GREENBERG, op. cit., p. x.

78 SCHEPPELE, Kim Lane. *Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptation of 9/11*. University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, v. 6, n. 5, p. 1-75, 2004. p. 19.

simplesmente afirma que a lei não possui caráter vinculante porque invade sua competência como *'commander in chief'*.

Em tese, o constitucional equilíbrio de poderes poderia ser restaurado pelo Judiciário. Entretanto, a persistente recusa dos tribunais em delimitar o sistema de freios e contrapesos, demonstra que tal Poder não está inclinado a interferir nas disputas entre o Executivo e o Legislativo⁷⁹, em especial no que se refere às suas atribuições em tempos de guerra. Ademais, a celeridade que se exige em uma guerra é incompatível com o tempo que o Judiciário leva para decidir os problemas que lhe são apresentados⁸⁰.

De fato, o estabelecimento de limites precisos de competência nem sempre é uma tarefa fácil, em especial quando se trata das competências excepcionais delimitadas pela cláusula do *'commander in chief'*, por se tratar de um momento específico em que a própria estrutura político-jurídica estaria ameaçada pelo contexto de guerra. Some-se a isso o fato de que em situações de guerra algumas normas constitucionais estarem ofuscadas pela realidade política, o que culmina na tendência de fortalecimento da figura do Presidente⁸¹ em detrimento de determinadas competências do Congresso e, porque não dizer, da própria democracia.

Resta claro que a cláusula *'commander in chief'*, ao permitir uma excessiva ampliação dos poderes presidenciais, acaba por conferir um caráter autoritário à democracia norte-americana. De fato, o problema aqui não é jurídico, mas sim essencialmente político⁸², na medida em que tal cláusula foi criada para ser acionada de forma excepcional e por períodos determinados, de modo que seu uso constante e perene enfraquece o próprio sistema constitucional, ao estabelecer um verdadeiro desequilíbrio na balança dos poderes.

Ademais, não sendo possível vislumbrar o fim da guerra ao terror, aquele pêndulo que antes oscilava entre o estado constitucional e o estado de exceção, parece agora desafiar a física mantendo-se estancado em um estado de exceção⁸³.

79 Um claro exemplo disso é que, apesar de a Suprema Corte ter afirmado a competência exclusiva do Presidente nos assuntos relacionais a operações de guerra, o fato é que nenhuma lei foi invalidada por ter invadido tais atribuições. LOBEL, op. cit., p. 394.

80 Ibidem, p. 409.

81 LOBEL, Jules. *Conflicts Between the Commander in Chief and Congress: Concurrent Power over the Conduct of War*. Ohio State Law Journal, v. 69, p. 391-467, 2008. p. 408.

82 Respondendo a afirmação: *"Whenever the Commander-in-Chief argument is invoked, critics accuse the administration of lawlessness and even monarchical aspirations. This may be satisfying as a matter of political rhetoric, but it is poor and unpersuasive as a mode of legal argument"* KU, Julian G. *Is There an Exclusive Commander-in-Chief Power?* The Yale Law Journal Pocket Part, v.115, n. 84, p. 84-87, 2006. p. 3.

83 GREENBERG, Karen J. Caught in the War on Terror: Redefining Prisoners in the Post-9/11 Era. In: GREENBERG, Karen J.; DRATEL, Joshua L, (Orgs). *Enemy Combatant Papers: American Justice, the*

REFERÊNCIAS

- ADLER, David Gray. *The Presidency and the Constitution*. In: HAN, Lori Cox (Org). *New Directions in the American Presidency*. New York: Taylor & Francis, 2011.
- BARRON, David J.; LENDERMAN, Martin S. *The Commander in Chief at the Lowest EBB: Framing the Problem, Doctrine, and Original Understanding*. *Harvard Law Review*, v. 121, n. 3, p. 689-804, janeiro, 2008.
- DRATEL, Joshua L. Repeating History: Rights and Security in the War on Terror. In: GREENBERG, Karen J.; DRATEL, Joshua L, (Orgs). *Enemy Combatant Papers: American Justice, the Courts, and the War on Terror*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- ELSEA, Jennifer K.; GARCIA, Michael John. *Enemy Combatant Detainees: Habeas Corpus Challenges in Federal Court*. Congressional Research Service, 2010. Disponível em: <<http://www.fas.org/sgp/crs/natsec/RL33180.pdf>>. Acesso em: 05 agos. 2010.
- GREENBERG, Karen J. Caught in the War on Terror: Redefining Prisoners in the Post-9/11 Era. In: GREENBERG, Karen J.; DRATEL, Joshua L, (Orgs). *Enemy Combatant Papers: American Justice, the Courts, and the War on Terror*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. ix-xii.
- HAN, Lori Cox. Introducing: Studying the Presidency. In: HAN, Lori Cox (Org). *New Directions in the American Presidency*. New York: Taylor & Francis, 2011. p. 1-11.
- JINKS, Derek e SLOSS, David. *Is the President Bound by the Geneva Conventions?* *Cornell L. Rev.* v. 97, n. 395, p. 171-72, 2004.
- KAMENS, Jeremy C. Hamdi v. Rumsfeld. In: GREENBERG, Karen J.; DRATEL, Joshua L, (Orgs). *Enemy Combatant Papers: American Justice, the Courts, and the War on Terror*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- KU, Julian G. *Is There an Exclusive Commander-in-Chief Power?* *The Yale Law Journal Pocket Part*, v.115, n. 84, p. 84-87, 2006.

LOBEL, Jules. Conflicts Between the Commander in Chief and Congress: Concurrent Power over the Conduct of War. *Ohio State Law Journal*, v. 69, p. 391-467, 2008.

LONDRAS, Fiona de. *Na Sombra do Caso Hamdan v. Rumsfeld: O Direito dos Prisioneiros da Baía de Guantánamo ao Habeas Corpus*. *Panóptica*, v. 2, n. 13, p. 241-258, 2009.

MARGULIES, Joseph. *Rasul v. Bush*. In: GREENBERG, Karen J.; DRATEL, Joshua L, (Orgs). *Enemy Combatant Papers: American Justice, the Courts, and the War on Terror*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 3-7.

MARGULIES, Joseph. *Speak, Obama*. *The New Republic*, 05/05/2011

McMILLAN, Joseph M. *Hamdan v. Rumsfeld*. In: GREENBERG, Karen J.; DRATEL, Joshua L, (Orgs). *Enemy Combatant Papers: American Justice, the Courts, and the War on Terror*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 393-397.

OBAMA, Barack. *Statement by the President on H.R. 1540, the National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2012*. Washington, White House, 31 de dezembro de 2011. Disponível em < <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2011/12/31/statement-president-hr-1540>>.

ROSSITER, Clinton Lawrence. *The Supreme Court and the Commander in Chief*. Reino Unido: Cornell University Press, 1976.

SIDAK, J. Gregory, *The Quasi War Cases—And Their Relevance to Whether Letters of Marque and Reprisal Constrain Presidential War Powers*. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 28, n. 2, p. 465-500, 2005.

SCHEPPELE, Kim Lane. *Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptation of 9/11*. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, v. 6, n. 5, p. 1-75, 2004.

VLADECK, Stephen I. *Congress, the Commander-in-Chief, and the Separation of Powers After Hamdan*. American University, WCL Research Paper No. 08-03, 2007.

WINDLE, Bub. *Resolving Legal Issues in the War on Terror: Habeas Corpus, the Supreme Court, and Combatant Status Review Tribunals*. University of Nebraska Lincoln, 2008.

WUERTH, Ingrid Brunk. *International Law and Constitutional Interpretation: The Commander in Chief Clause Reconsidered*. Michigan Law Review, v. 106, n. 1, p. 61-100, outubro, 2007.

YOO, John. *War and the Constitutional Text*. The University of Chicago Law Review, v. 69, n. 4, p. 1639-1684, 2002.

DECISÕES JUDICIAIS

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Little v. Barreme*, 6 U.S. 170 (1804). Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/71/2/case.html>>. Acesso em: 20 jul. 2010.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Ex parte Milligan*, 71 U.S. 2 (1866). Disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=6&invol=170>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Brown v. United States*, 113 U.S. 568 (1885). Disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=256&invol=335>>. Acesso em: 25 mar.. 2012.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952). Disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=256&invol=335>>. Acesso em: 05 abr. 2012.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004). In: GREENBERG, Karen J.; DRATEL, Joshua L, (Orgs). *Enemy Combatant Papers: American Justice, the Courts, and the War on Terror*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 178/389.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004). In: GREENBERG, Karen J.; DRATEL, Joshua L, (Orgs). *Enemy Combatant Papers: American Justice, the Courts, and the War on Terror*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 7/174.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006). In: GREENBERG, Karen J.; DRATEL, Joshua L, (Orgs). *Enemy*

Combatant Papers: American Justice, the Courts, and the War on Terror. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 397/658.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008). Peças de defesa e do governo norte-americano. Disponível em <<http://www.mayerbrown.com/probono/news/article.asp?id=3706&nid=291>>. Acórdão disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=000&invol=06-1195>>; acesso em 10 set. 2010.

LEGISLAÇÃO

ESTADOS UNIDOS. *Public Law 107-40* (Authorization for Use of Military Force), de 18 de setembro de 2001. Joint resolution to authorize the use of United States Armed Forces against those responsible for the recent attacks launched against the United States.

ESTADOS UNIDOS. *Public Law 109-366* (Military Commissions Act), de 17 de outubro de 2006. Authorize trial by military commission for violations of the law of war, and for other purposes.

ESTADOS UNIDOS. *Public Law 112-81* (National Defense Authorization Act (NDAA) for Fiscal Year 2012), de 31 de dezembro de 2011. Authorize appropriations for fiscal year 2012 for military activities of the Department of Defense, for military construction, and for defense activities of the Department of Energy, to prescribe military personnel strengths for such fiscal year, and for other purposes.