

NA SOMBRA DO CASO HAMDAN *VERSUS* RUMSFELD: O DIREITO DOS PRISIONEIROS DA BAÍA DE GUANTÁNAMO AO HABEAS CORPUS¹

IN THE SHADOW OF HAMDAN *v* RUMSFELD: HABEAS CORPUS RIGHTS OF GUANTÁNAMO BAY DETAINEES

Fiona de Londras

Professora da Faculdade de Direito, da Universidade College Cork, Irlanda.

Traduzido por:

Orlindo Francisco Borges[#], Giovanna Maria Sgaria Morais[~]

Resumo: No presente texto a professora Fiona de Londras faz uma análise jurisprudencial dos casos relativos aos detentos de Guantánamo, discutindo questões relativas à supressão de direitos humanos e o impasse entre o Congresso Norte-americano e a Suprema Corte sobre a competência para a análise dos pedidos de hábeas corpus de estrangeiros detidos em razão da “Guerra contra o Terror”.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Habeas Corpus; Conflito de Jurisdição; Rights Enforcing Decision; Baía de Guantánamo.

Abstract: In this article the professor Fiona de Londras analyses the jurisprudence of the cases related to the Guantánamo Bay detents, discussing issues about the human rights suppression and the question between the U.S Congress and the Supreme Court about the jurisdiction to receive the habeas corpus petitions from the aliens detained in the “War against the Terror”.

Keywords: Human Rights; Habeas Corpus; Jurisdiction Stripping; Rights Enforcing Decision; Guantánamo Bay.

Introdução

Salid Ahmed Hamdan é um cidadão iemenita capturado em 2001 no Afeganistão. O governo dos Estados Unidos alega que ele admitiu ser motorista particular e guarda-costas de Osama bin Laden e, depois de três anos detido, acusaram-no pelo crime de conspiração para a prática de atos de terrorismo. As acusações eram para terem

¹ Esse artigo foi publicado originariamente em inglês em: “Irish Criminal Law Journal [(2007) 17(2) ICLJ 8] (publicado por Thomson Round Hall, Irlanda)”. E é aqui publicado em português com a gentil permissão de Thomson Round Hall e de Fiona de Londras.

[#] Revisor de Panóptica; Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

[~] Revisora de Panóptica; Bacharelada em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

sido ouvidas por uma comissão militar estabelecida por um ato do Poder Executivo² (e não do Poder Legislativo). Logo depois de a Suprema Corte dos Estados Unidos ter concedido o *certiorari* nas ações de *habeas corpus* e *mandamus* de Hamdan, no que se refere à legalidade das comissões militares constituídas antes que ele fosse julgado e à possibilidade de aplicação das Convenções de Genebra ao seu caso: o Congresso aprovou a s. 1005 da Lei de Tratamento ao Detento (*Detainee Treatment Act*), na qual o Governo alegou ter removido da jurisdição da Suprema Corte a competência para se pronunciar sobre esse pedido de *habeas corpus*.

A Suprema Corte valeu-se da interpretação da lei infraconstitucional para concluir que possui a jurisdição para julgar o *habeas corpus* de Hamdan, mesmo havendo argumentos contrários plausíveis. A Corte ainda afirmou que o Presidente Bush não possui autoridade para estabelecer comissões militares e que Hamdan teria o direito à proteção dada pelo artigo 3º da Convenção de Genebra (incorporado pelo direito norte-americano³). Nesse sentido, o caso *Hamdan v Rumsfeld* é reconhecido como uma reprimenda significativa para a administração Bush, no que tange a política de expansão dos poderes do Executivo em tempos de emergência, bem como uma reafirmação da Suprema Corte sobre os bem-estabelecidos limites ao Executivo frente à Constituição dos Estados Unidos⁴; porém, poucos foram os comentaristas que se concentraram no que Hamdan pôde dizer sobre a atitude da Suprema Corte em favor dos direitos individuais durante a “Guerra contra o Terror”.

Este artigo está focado nesta questão e identifica o caso Hamdan como uma “*rights-enforcing*” *decision* (isto é: uma decisão em que o Tribunal tenta garantir os direitos individuais), em oposição à “*democracy-enforcing*” *decision* (isto é: uma decisão em que o Tribunal requer que todas as leis – inclusive as draconianas – sejam legitimadas por meio da imposição proveniente da promulgação de acordo com as regras do sistema constitucional). Entretanto, parece que a Administração encarou o caso Hamdan apenas enquanto uma *democracy-enforcing decision*. Assim, a reação do Congresso e do Executivo sobre o caso demonstrou que a decisão é interpretada como uma maneira de forçar o Presidente a requerer um tipo de autorização que o permita criar comissões militares e que permita a completa exclusão das Cortes Federais acerca das prisões na Baía de Guantánamo como uma maneira eficiente de demonstrar sua desnecessidade. O *habeas corpus* de Hamdan neste artigo, no entanto, é entendido como um caso em que a Suprema Corte se envolveu com a proteção dos direitos dos indivíduos, em oposição à potencial violação permitida pelo Congresso. Isto porque, como o Executivo e o Legislativo falharam na proteção dos direitos dos presos da Baía de Guantánamo à luz do caso *Hamdan* e de outros casos da “Guerra do Terror”, parece que, agora, a única forma da Suprema Corte proteger efetivamente os direitos dos presos da Baía de Guantánamo é reconhecendo-os como tutelados pelo direito constitucional.

1. O *status quo ante*

² Ordem Executiva de Detenção, Tratamento e Julgamento de Determinados Não-Cidadãos na Guerra Contra o Terrorismo, 13 de Novembro, 2001.

³ *Hamdan v Secretário de Defesa Rumsfeld et. a l.* 548 U.S. ____ (2006) – Todos os números de página citados se referem à publicações com votos judiciais.

⁴ Vide, e.g. Spiro, “International Decisions: *Hamdan v Rumsfeld*”, (2006) 11(4) A.J.I.L. 888

O *habeas corpus* no direito americano é multifacetado e complexo, e possui um lugar sagrado na tradição constitucional norte-americana. Logo quando a Constituição foi promulgada o *habeas corpus* era o único direito protegido por ela, mas somente em seus termos negativos. Isso permaneceu assim até a adoção da *Bill of Rights* (efetivada em 1791), em que outros direitos individuais foram incorporados pela Constituição Americana, mas que (como alguns argumentam hoje⁵) não estavam disponíveis para todos⁶. A posição especial do *habeas corpus* continuou inalterada com o desenvolvimento do sistema jurídico americano, mesmo tendo sofrido pressões particulares em momentos de emergência – por exemplo: a famosa suspensão deste direito frente à violação da Constituição, efetuada por Lincoln⁷, bem como quando os nipo-americanos foram presos em massa em centros de detenção e tal direito lhes fora negado durante a Segunda Guerra Mundial⁸. Para se entender como o *habeas corpus* pode se tornar vulnerável em tempos de tensão nacional devem ser traçados seus vários níveis de proteção.

Como dito anteriormente, o *habeas corpus* tem proteção na Constituição americana em seu artigo I(9) (2) (Cláusula de suspensão) que alega: “o privilegio do *Habeas Corpus* não deve ser suspenso, a não ser em Casos de Rebelião ou Invasão em que a Segurança Pública deve requerer tal medida.”

Tal previsão claramente retrata quando o direito ao *habeas corpus* pode ser suspenso. É pacífico que a suspensão deve ser limitada tanto geograficamente quanto temporalmente, devendo, ainda, ser feita expressamente⁹. O que é mais controverso é o fato de a proteção contra a suspensão arbitrária e procrastinatória do *habeas corpus* indicar uma forma de direito constitucional em circunstâncias ordinárias. O Tribunal de Marshall no caso *Ex parte Bollman* interpretou o artigo I (9) (2) como origem de uma obrigação que proovesse meios eficientes pelos quais o *habeas corpus* pudesse ser concedido¹⁰, mas o significado preciso desta declaração tem sido alvo de controvérsias. Isso significa que é necessário um sistema em que cada um possa pleitear pelo *Habeas Corpus* enquanto este direito estiver disponível ou significa que todos os indivíduos são titulares para pleitear pelo *Habeas Corpus* em quaisquer circunstâncias, e, como resultado, este se torna um direito que pode ser exercido?

Esta pergunta foi feita no caso *INS v Cyr*¹¹ em que o ministro *Scalia*, em voto divergente, concordou em seguir *Bollman* em sua conclusão de que a cláusula de suspensão “não é garantia a qualquer conteúdo (ou mesmo a existência) do *habeas corpus*¹²”. A maioria dos votos no caso *St Cyr* não compartilhou dessa opinião e sustentou que a Cláusula de Suspensão cria na verdade o direito positivo à revisão

⁵ Vide, esp., S. Levinson, *Our Undemocratic Constitution: Where the Constitution Goes Wrong (And how We The People can Correct It)*, (Oxford & New York, OUP; 2006), Capítulo 5.

⁶ Veja, em geral, A.R. Amar, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*, (New Haven, Yale University Press, 1998)

⁷ Veja, e.g., C. Federman, *The Body and the State: Habeas Corpus in American Jurisprudence*, (Albany, State University of New York Press, 2006)

⁸ *Korematsu v United States* 323 U.S. 214 (1944)

⁹ *INS v St. Cyr* 533 US 289 (2001)

¹⁰ *Ex parte Bollman* 8 US (4 Cr.) 75, 95 (1807)

¹¹ 533 US 289 (2001)

¹² *ibid.*, 337

do *Habeas Corpus*. A essência contida na Cláusula de suspensão surgiu antes da Suprema Corte apreciar novamente o caso *Hamdan versus Rumsfeld*, quando o ministro Scalia sustentou que “o direito ao *habeas corpus* estava preservado na Constituição¹³”. Aparentemente o que a Constituição fornece é um meio eficaz de contestar a legalidade das prisões. Portanto, isto agora se encontra firmado como uma alternativa adequada para o *habeas corpus* ser suficiente para satisfazer a Cláusula de suspensão¹⁴.

Este direito Constitucional não se estende para todos que estão sob a custódia dos Estados Unidos ao redor do mundo. No caso *Johnson versus Eisentranger* a Suprema Corte sustentou que os estrangeiros presos fora dos Estados Unidos não possuem direitos constitucionais, inclusive o direito ao *habeas corpus*. Isso foi baseado primariamente nas implicações práticas de tal constatação, mas a Corte também traçou vários fatores que forneceram bases legais para a decisão: os petionários são inimigos estrangeiros, que nunca residiram nos Estados Unidos, que foram capturados no estrangeiro e que foram julgados e condenados por comissões militares fora dos Estados Unidos por crimes de guerra cometidos fora de seu território, bem como foram aprisionados todas as vezes fora dos Estados Unidos¹⁵. Assim, se um estrangeiro é preso fora do território norte-americano o *status quo* sugere que ele não possui o direito constitucional ao *habeas corpus*, contudo, isto não significa que ele não tenha direito ao acesso à justiça americana; o *habeas corpus* está disponível para eles de acordo com a legislação que o instituiu.

Com o intuito de dar uma efetividade ao direito ao *habeas corpus*, o Congresso Americano promulgou dispositivos legais em relação ao *habeas corpus* os quais estão substantivamente insertos em 28 USC § 2241. Isso dá aos Tribunais distritais federais americanos a capacidade, “dentro de sua respectiva jurisdição¹⁶”, de analisar petições de *habeas corpus* provenientes daqueles que se encontrem “sob a suposta autoridade dos Estados Unidos¹⁷” e daqueles que alegam “violações dos direitos ou das leis e tratados dos Estados Unidos¹⁸”. Enquanto a legislação claramente se estende para todos dentro do território americano, o *status* para àqueles que se encontram fora do território é incerto. No caso *Johnson versus Eisentrager* a Suprema Corte decidiu que os prisioneiros não possuem direito ao *habeas corpus* e é interessante pensar que este é um importante precedente já que foi decisivo para o emprego da Base Naval da Baía de Guantánamo, em Cuba, para servir de prisão na chamada “Guerra contra Terror¹⁹”. Esta medida baseia-se

¹³ 542 US 507, 558 (2004)

¹⁴ *INS v St Cyr*, supracitado no. 8

¹⁵ 339 US 763, 777 (1950)

¹⁶ 28 USC § 2241(a); Em *Ahrens v Clark* 335 US 188 (1948) a Suprema Corte definiu esse termo com o significado de “com a competência territorial sobre aquelas cortes” (p. 190)

¹⁷ 28 USC § 2241(c)(1)

¹⁸ 28 USC § 2241(c)(3)

¹⁹ Vide ministro Scalia discordando em *Rasul v Bush* 542 U.S. 466, 498-499 (2004) (“Hoje, a Corte pregou uma peça no Executivo, sujeitando a Baía de Guantánamo para a omissão das cortes federais mesmo tendo cogitado que isso jamais havia sido pensado em estar acontecendo com suas jurisdições – e assim fazendo disso um lugar não recomendável para se ter abrigado detentos estrangeiros em tempos de guerra”); Veja também P. Sands, *Lawless World*, (New York; Viking Penguin, 1st American edition, 2005), 144 (“Detentos estavam sendo mantidos em Guantánamo sob alegação de estar situada fora do território soberano norte-americano, e a administração acreditava que este fato geográfico removeria todas as proteções legais – tanto da lei constitucional Americana quanto da lei Internacional”)

substantivamente na localização da prisão, e é pacífico que estrangeiros presos dentro dos Estados Unidos possuem tanto a Constituição americana como a legislação acerca do *habeas corpus* como garantias²⁰. Ocorre que no começo da “Guerra contra o Terror” acreditava-se que os estrangeiros presos fora do território Americano não possuíam nenhum dos dois direitos.

Se, como o governo norte americano afirma, a Baía de Guantánamo estiver atualmente fora do território dos Estados Unidos, parece que os presos estrangeiros se encontram entregues a um “buraco negro jurídico²¹”, segundo o qual nenhuma Corte ou Tribunal possui jurisdição para avaliar a legalidade de sua prisão na ausência de expressa descrição legal que pode, como qualquer legislação, ser repelida pelo Congresso. Em seu voto contrário em *Eisenstrager*, o ministro *Black* foi expressamente avisado sobre a potencial repercussão da decisão da Corte, que afirmava: “a Corte cria um molde doutrinário totalmente indefensável se permitir uma ramificação executiva, decidindo onde os prisioneiros serão julgados e processados, para privar todos os tribunais federais de seu poder para proteger de um encarceramento ilegal proveniente do poder executivo federal²²”.

Parece que esta “doutrina totalmente indefensável” esteve, por meio do uso da Baía de Guantánamo, envolvida no “novo regime jurídico²³” que o Executivo entendeu ser possível perante a lei americana e, por conseguinte, adotado como uma ferramenta essencial para a “Guerra contra o Terror”. A estabilidade do caso *Johnson versus Eisenstrager* como um precedente básico para a interpretação feita pelo governo americano sobre a Baía de Guantánamo ser um lugar além do alcance dos tribunais federais foi abalado pela decisão da Suprema Corte no caso *Rasul versus Bush*.

2. Rasul e suas consequências

Shafiq Rasul, *et al*, estiveram presos na Baía de Guantánamo e impetraram petições de *habeas corpus* nos Estados Unidos, alegando que as Cortes federais possuíam jurisdições legítimas para os ouvir. Esse argumento requeria ou a re-interpretação do caso *Eisenstrager* ou a análise de que a Baía de Guantánamo pertencia ao território dos Estados Unidos. Como a maioria dos argumentos apresentados à Corte concentrava-se na última hipótese, o elemento mais significativo neste caso, para as razões deste artigo, é a análise da territorialidade dos tribunais, a fim de reconhecer a Baía de Guantánamo como um território pertencente aos Estados Unidos, o que seria a forma mais simples e direta para estender os direitos constitucionais àqueles ali detidos.

Infelizmente, o elemento território do julgamento foi mal desenvolvido. O que justifica isso é o foco na natureza do acordo entre Estados Unidos e Cuba em relação à Baía de Guantánamo. Pelo arrendamento original, os Estados Unidos reconhecem a “soberania” de Cuba sobre a base na área de 45 milhas quadradas, enquanto Cuba reconhece que “os Estados Unidos devem exercer completo controle e jurisdição

²⁰ *INS v St. Cyr*, above n. 8; *Zadvydas v Davis et. al.* 533 US 678 (2001)

²¹ Esse termo foi utilizado por Lord Phillips para descrever a Baía de Guantánamo em *Abassi v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2002] EWCA Civ. 1598 (Neutral Citation), para.22. Vide também J. Steyn, “Guantanamo Bay: The Legal Black Hole”, (2004) 53(1) I.C.L.Q. 1

²² Ob. cit, no. 14, 795

²³ Statement of Deputy Attorney General, John Yoo, quoted in *Sydney Morning Herald*, May 12, 2002

sobre a área²⁴. Um tratado em 1934 assegurou que o arrendamento continuaria vigente “desde que os Estados Unidos não abandonassem²⁵” a área. Por meio de uma análise clássica da propriedade arrendada pode-se argumentar que, como um perpétuo arrendatário, os Estados Unidos tinham direitos de propriedade abrangentes sobre a Baía de Guantánamo, o que, combinado com a exclusiva jurisdição concedida e conhecida no arrendamento, dava aos Estados Unidos um alto grau de operacionalidade soberana sobre esta área.

É importante ressaltar que a declaração do governo americano sobre o caso *Rasul* rejeita expressamente a idéia de que a Baía de Guantánamo está em território americano, alegando que “o caso *Eisentrager* não pode ser considerado como fundamento de que a base naval de Guantánamo está sob controle dos Estados Unidos. *Eisentrager* por si só deixa claro que soberania, não mero controle, é a pedra de toque dessa regra jurisdicional²⁶”. A questão claramente se volta sobre o significado de soberania que foi adotado, mas se soberania tem a ver com domínio e jurisdição, em ao menos algum grau, então, é difícil negar que Cuba possui apenas uma soberania imaginária; e isso vai de encontro com a tese defendida pelos Estados Unidos²⁷.

Discursando sobre este ponto o ministro Stevens, ao demonstrar o voto da Corte referiu-se ao caso *Foley Brothers Inc. versus Filardo*²⁸, em que a decisão da Suprema Corte foi no sentido de que o princípio da não aplicação extraterritorial da legislação²⁹ “certamente não possui aplicação por força da lei do *habeas corpus* em relação às pessoas detidas dentro da jurisdição territorial dos Estados Unidos³⁰”. Conforme os termos do acordo de arrendamento que concedeu aos Estados Unidos a completa jurisdição da Baía de Guantánamo, esta era considerada parte da “jurisdição territorial” dos Estados Unidos. A legislação do *habeas corpus*, então, foi aplicada. Concordando com o julgamento, o ministro Kennedy foi além, assegurando que “o que importa é o incontestável e o indefinido controle que os Estados Unidos têm exercido durante muito tempo sobre a Baía de Guantánamo³¹”. Para todas as intenções e razões, ele concluiu que a Baía de Guantánamo é um território não incorporado aos Estados Unidos. Assim, detentos de lá poderiam ao menos se valer da lei do *habeas corpus*³².

²⁴ Lease of Lands for Coaling and Naval Stations, February 23, 1903, US-Cuba, Article III T.S. No. 418.

²⁵ Tratado definindo relações com Cuba, 29 de Maio, 1934, US-Cuba, Art. III, 48 Stat. 1683, TS, No. 866

²⁶ *Rasul v Bush*, Relatório aos réus, 14

²⁷ Soberania é, logicamente, um termo altamente contestado que tende a carecer de uma definição precisa; no entanto os conceitos de domínio e jurisdição são o centro dos principais conceitos legais de soberania. Os limites espaciais impossibilitam uma análise mais profunda do conceito de soberania cf Nagan & Hammer, “The Changing Character of Sovereignty in International Law and International Relations”, (2004) 43(1) Colum. J. Transnat'l. L. 141, esp. p.p. 144-145

²⁸ 336 US 281 (1949)

²⁹ É bem definida presunção da legislação não ter efeito extraterritorial: *EEOC v Arabian American Oil Company* 499 US 244, 248 (1991)

³⁰ *Rasul*, Ob. cit. no. 18, 480

³¹ *ibid.* at 487

³² “A Baía de Guantánamo é em qualquer questão prática território dos Estados Unidos, e o é afastado de quaisquer hostilidades”, *ibid*

Este “território não incorporado” significa a possibilidade de extensão da aplicação do *habeas corpus* e de outros direitos aos presos da Baía de Guantánamo, uma conclusão que este artigo argumenta ser tão necessária quanto possível num futuro próximo. Interpretando o efeito do caso *Rasul*, a ministra Joyce Hens Green sustentou que estão assegurados aos presos da Baía de Guantánamo os Direitos Constitucionais e os direitos previstos pelas Convenções de Genebra³³. Esta interpretação sobre o caso *Rasul* não foi uniforme – em outros dois casos do Distrito de Colúmbia, nenhum desses foi reconhecido no resultado do caso³⁴ – mas isso demonstra que o caso *Rasul* pode ser visto como uma forma de solidificar a extensão das proteções constitucionais para os presos de Guantánamo.

Esta conclusão não foi bem vinda a todos, todavia, logo após o caso *Rasul* as searas do direito e da política ficaram saturadas de pareceres e de erudição, muitos dos quais clamando por uma interferência legislativa para desfazer a decisão. Quando o Congresso apresentou a Lei de Autorização da Defesa Nacional no ano fiscal de 2006³⁵, requerendo que fossem assegurados fundos que permitissem a continuidade das operações no Afeganistão e no Iraque, os senadores John McCain e Lindsey Graham decidiram aproveitar essa oportunidade para atacar as emendas (o que eram, na realidade, pequenos atos em si), as quais tratavam de duas grandes crises junto a Guerra contra o Terror: as condições da prisão e o interrogatório dos suspeitos de terrorismo, e a viabilidade do *habeas corpus* para os presos da Baía de Guantánamo. Esta emenda se tornou a Lei de Tratamento dos presos de 2005.

Em relação à jurisdição sobre os presos da Baía de Guantánamo, o Senador Graham sugeriu a *jurisdiction-stripping*, previsão que, expressava, originariamente, a retirada da jurisdição dos tribunais federais para considerar tanto a pendência quanto o futuro das petições de *habeas corpus* impetradas em favor de presos da Baía de Guantánamo. 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-americano³⁶; entretanto este deve ser distinguido da suspensão do *habeas corpus* constitucional. Esta última emenda a lei, que está de acordo com os Poderes do Congresso; e a primeira suspende um direito constitucional, o que é somente aceito quando os termos da Cláusula de Suspensão são satisfeitos. As condições do Senador Graham foram firmadas pelo caráter único da *jurisdiction-stripping*.

A proposta do senador Graham passou no Senado com seu intuito original, mas no que tange ao seu potencial efeito retroativo foi rapidamente questionado, principalmente pelo senador Carl Levin. Em resposta, a emenda foi reformulada, ostensivamente para remover seu efeito retroativo. A versão final foi incluída na

³³ *Em re Guantanamo Detainees Cases* 355 F. Supp. 2d 443, 457, 478-79 (D.D.C. 2005)

³⁴ *Khalid v Bush*, 355 F. Supp. 2d 311, 315 (D.D.C. 2005); *Hamdan v Rumsfeld* 415 F.3d 33 (D.C. Cir. 2005)

³⁵ S. 1042, 109th Cong. (2005)

³⁶ Vide, e.g. *Ex parte McCordle* 74 US 506 (1869); *United States v More* 3 Cranch 159 (1805); *Ex parte Yerger* 75 US (8 Wall.) 85 (1869); *United States v Klein* 80 US 128 (1871); *The “Francis Wright”* 105 U.S. 381 (1881); *Yakus v United States* 321 US 414 (1944); *Flast v Cohen* 392 US 83 (1968); G. McDowell, *Curbing the Courts: The Constitution and the Limits of Judicial Power*, (Baton Rouge & London; Louisiana State University Press, 1988; G. Gunther, “Congressional Power to Curtail Federal Court Jurisdiction: An Opinionated Guide to the Ongoing Debate” (1984) 36 Stan. L. Rev. 895; J. Alexander, “Jurisdiction-Stripping in the War on Terror” (2006) 2(2) Stan. J. C.R. & C. L. 6

s.1500 (e) da Lei de Tratamento de presos de 2005, emenda 28 USC §2241 que retirou de todos os tribunais, dos ministros da Suprema Corte e de juizes a competência para analisar os pedidos de *habeas corpus*, ou qualquer outra ação contra os Estados Unidos proveniente de qualquer estrangeiro preso na Baía de Guantánamo³⁷. A Lei também colocou o *Combatant Status Review Tribunals*³⁸ (CSRT) (o qual, *inter alia*, determina se alguém é “combatente ilegal” ou não) em uma base legal e fez com que suas decisões fossem suscetíveis de revisão somente nos tribunais federais do Distrito de Colúmbia, com os procedimentos que antes da CSRT intentavam ser uma alternativa para a revisão do *habeas corpus*³⁹.

É importante dizer que a Lei especifica, em regra, que isto entrará em vigência no dia de sua aprovação (s.1005 (h)(1)) e que em particular os dispositivos relacionados à revisão federal das decisões do *Combatant Status Review Tribunal* e das Comissões Militares aplicando-a tanto nos pedidos de *habeas corpus* futuros quanto nos pendentes (s.1005(h))⁴⁰. É essa distinção que aparentemente sugere que a promulgação da *jurisdiction-stripping* não se aplicaria às petições pendentes de *habeas corpus*.

Apesar da intenção legislativa aparentemente desobstruída de que a prescrição da *jurisdiction-stripping* não se deve aplicar aos casos pendentes, o Presidente Bush interpretou-a como tendo efeito retroativo⁴¹. De acordo com essa interpretação, o governo afirma que todos os casos pendentes, incluindo o de *Hamdan*⁴², devem ser banidos por falta de jurisdição⁴³.

3. *Hamdan versus Rumsfeld*

Seguindo o caso *Rasul*, as decisões do Tribunal Federal do Distrito de Colúmbia, e a Lei de Tratamento dos Presos, *Hamdan* se tornou um caso que teria quase o *status* de ícone. O caso não era mais sobre um peticionário. Era, particularmente, uma oportunidade para que a Suprema Corte criasse claras diretrizes sobre a permissibilidade da ação do Congresso que obstruiu o envolvimento judicial na conduta da “Guerra contra o Terror” e para esboçar sua visão sobre os direitos individuais dos detentos da Baía de Guantánamo. A questão da jurisdição é claramente relevante; a não ser que a Suprema Corte tenha concluído que teria jurisdição para analisar esse caso, nenhuma das questões acerca das Comissões

³⁷ s. 1005(e)(1)

³⁸ Algo como um tribunal de recursos para o *status* de combatentes (N.R.).

³⁹ s. 1005(e)(2)

⁴⁰ Effective Date: (1) IN GENERAL- This section shall take effect on the date of the enactment of this Act. (2) REVIEW OF COMBATANT STATUS TRIBUNAL AND MILITARY COMMISSION DECISIONS- Paragraphs (2) and (3) of subsection (e) shall apply with respect to any claim whose review is governed by one of such paragraphs and that is pending on or after the date of the enactment of this Act.

⁴¹ Presidente George W. Bush, Declaração do presidente na assinatura da H.R. 2863, Departamento de Defesa, Emergency Supplemental Appropriations to Address Hurricanes in the Gulf of Mexico, and Pandemic Influenza Act 2006 (December 30, 2005)

⁴² Moção dos réus para o abandono da causa por falta de jurisdição, *Hamdan v Rumsfeld*, (12 de Janeiro, 2006) (hereafter Resp. Mot. Diss.)

⁴³ Carta de Robert Loeb (Consultor do governo dos Estados Unidos) para Mark Langer (Escrevente da Corte de Apelação de DC) 3 de janeiro, 2006. O governo arguiu que a s. 1005 teve o efeito de tirar o efeito de retirar os pedidos pendentes em um número de casos, incluindo em particular os casos *Boumedienne v Bush* (05-5062) e *Al Odah v United States* (05-5064) na Corte de DC.

Militares ou da extensão permissível de poder do Executivo que o caso em tela levantou poderiam lhe ter sido endereçadas. Dada a centralidade dessa decisão inicial, não deveria ser surpreendente o fato de o efeito promovido pela Lei de Tratamento dos Presos de 2005, ter-se tornado o foco da argumentação legal no caso.

A manobra do governo em negar o pedido com base na falta de jurisdição, focalizou-se, principalmente, na assertiva de que a prescrição da “*jurisdiction-stripping*” na Lei de Tratamento dos Presos foi aplicada tanto nos *habeas corpus* em andamento como nos futuros pedidos dos presos da Baía de Guantánamo. Isso se baseou em uma série de fatores.

Primeiro, o governo argüiu que havia uma longa linha de precedentes que sustentaram a noção de que todas as prescrições de “*jurisdiction-stripping*” aplicam-se aos casos pendentes⁴⁴. Apesar de Hamdan não ter contestado a existência dessa linha de precedentes, ele argüiu que eles apenas se aplicariam quando os cânones ordinários da interpretação estatutária fossem insuficientes⁴⁵. Nesse caso, argumentou Hamdan, a diferença lingüística entre a prescrição da data inicial em relação à prescrição da “*jurisdiction-stripping*” e o recurso sobre o dispositivo da decisão final deveria conduzir a Corte a emitir uma presunção negativa. Noutras palavras, pelo motivo de as duas disposições terem sido desenvolvidas contemporaneamente, a diferença na linguagem não pode ser simplesmente lida em voz alta ou considerada por alto; ela significa algo. Nesse caso, significa que a prescrição da “*jurisdiction-stripping*” não era para ser aplicada retroativamente enquanto a jurisdição exclusiva dos tribunais do Distrito de Colúmbia em relação aos recursos sobre os tribunais de Guantánamo estava por ser aplicada.

Segundo, o governo argüiu que o Congresso tinha a intenção de que a linha do precedente de efeito retroativo deveria ser seguida e as petições de *habeas corpus* pendentes no momento da promulgação da Lei do Tratamento dos Presos deveriam ser afetados pela s. 1005⁴⁶. Esse argumento foi sustentado por uma peça de *amicus curiae* feita pelos senadores Graham e Kyl⁴⁷ que pretendia apresentar um exato retrato dos debates acerca do dispositivo, mas foi contraditada, em reivindicação de Hamdan, de acordo com a história legislativa do dispositivo⁴⁸; o senador Levin questionou precisamente em favor da remoção do efeito retroativo da provisão de “*jurisdiction-stripping*”. Como resultado, a apresentação pelo governo da história legislativa feita foi, na melhor das hipóteses, equivocada, e Hamdan promoveu uma

⁴⁴ Resp. Mot. Diss., Ob. cit n.40, com fé em *Landgraf v USI Film Products* 511 U.S. 244 (1994); *Republic of Austria v Altmann* 541 US 677 (2004); *Bruner v United States* 343 US 112, 116-117 (1952)

⁴⁵ Contestação à petição dos réus em favor da moção para o abandono da causa, 31 de janeiro, 2006, 6 (hereafter Pet. Opp.), com fé em *Lindh v Murphy* 521 US 320 (1997)

⁴⁶ “Porque o Congresso estava bem atento quanto a regra em vigor nesta Corte de que provisões que retirem a jurisdição aplicam-se em casos pendentes a não ser àqueles expressamente salvaguardados pelas *saving clauses*, o Congresso não tem necessidade de especificar que a lei afasta a jurisdição dos pedidos de *habeas* aos casos *pendentes*” – Resp. Mot. Diss., Ob. cit no. 40, 18

⁴⁷ Relatório dos Senadores Graham e Kyl como *Amicus Curiae* em apoio aos réus; Fevereiro, 2006

⁴⁸ Pet. Opp., Ob. cit no. 43, 8-12; 18-19; 22-23

reivindicação baseado inteiramente em um colóquio *post hoc* que apresentou um debate fictício⁴⁹.

Na melhor tradição advocatícia, Hamdan argumentou que mesmo que a Corte tenha perdido a jurisdição para atender aos pedidos de *habeas corpus* com base no 28 USC § 2241, o seu direito constitucional ao *habeas corpus* não havia sido removido, uma vez que não houve exercício legítimo da Cláusula de Suspensão.

Essencialmente, o argumento constitucional de Hamdan foi de que como um detento dentro do território dos Estados Unidos (como definido no caso *Rasul*) ele teria direito tanto ao reexame do *habeas corpus*, sob o prisma do artigo I(9) (2) da Constituição, quanto a meios alternativos adequados, com base no caso *INS v St. Cyr*⁵⁰. Como os mecanismos de revisão estabelecidos pela s. 1005 (a saber, a CSRT) eram inadequados para que a falha deles em permiti-lo ter assegurados os direitos conferidos pela Convenção de Genebra e desafiar a legitimidade das próprias comissões militares⁵¹, Hamdan remanesceu tolhido de seu direito constitucional ao *habeas corpus* apesar do mecanismo da “*jurisdiction-stripping*”. A Suprema Corte, portanto, não foi requerida a negar a moção por falta de jurisdição. Hamdan também argumentou que o seu tratamento foi uma violação da Cláusula de Proteção Isonômica da Quinta Emenda⁵² – um argumento que foi completamente dependente de uma constatação inicial de que a Constituição era relevante à tomada de decisão jurisdicional pela Corte em tudo.

Sem surpresa alguma, o governo negou que Hamdan poderia ter dito ter quaisquer direitos constitucionais sob o artigo I(9) (2) e, além disso, alegou que, mesmo que tivesse dito ter tais direitos, eles não teriam sido violados porque o mecanismo de revisão estabelecido pela Lei de Tratamento dos Presos era adequado. Não parecia haver qualquer esforço por parte do requerido em contestar a segurança da inferência feita a partir do caso *Rasul* de que poderia ser dito ser a Baía de Guantánamo território dos Estados Unidos. De fato, o governo apenas fez referência ao caso *Rasul* no contexto em que ele não desloca a sustentação de *Eisentrager* de que estrangeiros não residentes nos Estados Unidos e detidos no exterior não teriam direitos constitucionais⁵³. Isso, por óbvio, não estava em questão: as partes estavam de acordo nesse ponto, mas divergiram sobre se a Baía de Guantánamo poderia ser considerada fora do território dos Estados Unidos. De acordo com Hamdan, a réplica do governo “desconsiderou a decisão da [Suprema] Corte no caso *Rasul v Bush* de que Guantánamo está dentro da jurisdição territorial dos Estados Unidos⁵⁴” e o julgamento em mesmo sentido proferido pelo ministro Kennedy e que sugeria que os detentos de Guantánamo teriam direitos constitucionais⁵⁵.

⁴⁹ *ibid.*, 10

⁵⁰ Ob. cit n.8

⁵¹ Pet. Opp., Ob. cit no. 43, 21. f.n. 20

⁵² *ibid.*, 38

⁵³ Relatório da réplica em apoio à moção em favor do abandono da causa por falta de jurisdição (hereafter Reply Brief in Support), 19-20

⁵⁴ Tréplica dos querelantes no que tange à moção efetuada pelos réus; 15 de fevereiro, 2006, 9 (citação interna omitida)

⁵⁵ *ibid.*

O voto da Corte trouxe atenção substancial à questão jurisdicional, embora praticamente todo o raciocínio envolvesse análise de leis; as questões constitucionais levantadas por Hamdan foram jogadas para segundo plano. O ministro Stevens, ao entregar o voto da Corte, sustentou que a s. 1005(e) da Lei do Tratamento de Presos não retirava da Suprema Corte a jurisdição de julgar esse caso particular.

A Suprema Corte não aceitou a argumentação do governo de que todas as prescrições de “*jurisdiction-stripping*” teriam automaticamente efeito retroativo. Interpretar o precedente dessa maneira poderia permiti-lo atuar como um “trunfo inflexível⁵⁶”. A abordagem mais apropriada foi a argüida por Hamdan – ao avaliar se princípios comuns de interpretação legislativa são aplicáveis e expõem um significado positivado. Caso não signifiquem, então a presunção de não-jurisdição (que a Corte preferiu descrever como uma não-aplicação da presunção contra o efeito retroativo⁵⁷) pode ser aplicada.

Ao avaliar o significado da s. 1005 mediante princípios comuns de interpretação, a Corte confiou especialmente na narrativa passagem do Congresso da Lei de Tratamento dos Presos de 2005, apresentada por Hamdan e que mostrou haver dúvidas acerca do valor probatório da forma como a história foi apresentada na petição de *amicus curiae* de Graham-Kyl⁵⁸. Os ministros descobriram que havia uma clara intenção, mantida pela linguagem diferenciada na própria lei, para não aplicar a prescrição da “*jurisdiction-stripping*” aos casos pendentes. Por conseguinte, o pedido de Hamdan poderia ter sido ouvido.

A Corte foi cuidadosa ao decidir somente acerca do efeito da s. 1005, nos casos como o de Hamdan, em que não havia nenhuma decisão final de um CSRT sob reexame. Os petionários que receberam e quiseram desafiar uma decisão final sobre o seu *status*, parecem, de acordo com o caso *Hamdan*, a ainda estar limitados à revisão no Distrito de Colúmbia⁵⁹.

4. Uma decisão com força de direito?

Ao alcançar uma conclusão acerca da jurisdição baseada somente na interpretação infraconstitucional, a Suprema Corte não considerou os argumentos sobre constitucionalidade de Hamdan. Dizer isso não significa que a Corte ignorou completamente tais argumentos. O ministro Stevens sustentou expressamente: “nós consideramos desnecessário alcançar os argumentos constitucionais... Ao menos neste caso, que estava pendente no momento em que a Lei de Tratamento dos Presos foi decretada”⁶⁰. Alguns podem argumentar que na ausência da extensão dos direitos constitucionais aos detentos da Baía de Guantánamo, o caso *Hamdan* deveria ser considerado substantivamente sobre os limites do poder Executivo na

⁵⁶ Opinião da Corte, *Hamdan v Rumsfeld*, 18

⁵⁷ *ibid.*, 11

⁵⁸ *ibid.*, 15, n.10

⁵⁹ *ibid.*, 18, n.14; Relatório suplementar do governo endereçando o caso *Hamdan v Rumsfeld*, 1 de agosto, 2006 em *Boumediene et. al. v Bush et. al. Corte de Apelação de DC*, Caso No. 05-5062, consolidado com o No. 05-5063; *Al Rawi & Ors, R (no pedido de) v Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs & Anor.* [2006] EWCA 1279 (12 de outubro, 2006), para.126-129

⁶⁰ Opinião da Corte, *Hamdan v Rumsfeld*, 11

criação de comissões militares sem a intervenção do Congresso⁶¹, em vez de um caso sobre a proteção dos direitos individuais dos presos. A análise infraconstitucional adotada pela Corte contradiz essa interpretação, seja encontrando a jurisdição enquanto os juízes poderiam facilmente ter aceitado a interpretação de Graham e Kyl sobre a Lei de Tratamento dos Presos, seja encontrando a aplicabilidade, pelo menos em parte, das Convenções de Genebra aos detentos de Guantánamo.

A decisão dos ministros de que eles tinham a jurisdição para receber o pedido de *habeas corpus* de *Hamdan* foi tanto vital quanto controverso. Vital porque era o meio pelo qual a materialidade dos argumentos de *Hamdan* (sobre a legalidade das comissões militares e a titularidade dos direitos protegidos pelas Convenções de Genebra) poderia ser ouvida e considerada pela Corte. Richard Posner escreveu que o *habeas corpus* é o meio pelo qual outros direitos são garantidos⁶²; conseqüentemente, sem a jurisdição para o *habeas corpus*, a Corte não poderia considerar as reivindicações de outros direitos pelos detentos. A decisão foi controversa devido o fato dos argumentos apresentados pelo governo serem tão fortes quanto os argumentos apresentados por *Hamdan*. Dada a tradicional submissão do Judiciário frente ao Executivo em tempos de guerra ou emergência, os mais conservadores poderiam esperar que a Suprema Corte viesse a aceitar os argumentos apresentados e recuaria afastando os argumentos de *Hamdan*⁶³. Ao se recusar a fazer isso, a Corte mostrou que não queria ser inteiramente excluída da Baía de Guantánamo e repetiu sua rejeição como no caso *Rasul* de que a base naval estava além da lei.

⁶¹ Sobre isso, a Suprema Corte em *Youngstown Sheet & Tube Co. v Sawyer* (343 U.S. 579 (1952)) considerou que, enquanto decidia quando o Executivo poderia exercer seu poder inerente na oposição de decretos Congressionais, seriam três categorias de casos – (a) quando o presidente estivesse agindo no adiamento de um comando congressional explícito ou implícito; (b) quando o presidente estivesse agindo na ausência do comando congressional ou em negação deste; (c) quando o presidente estivesse agindo na clara oposição de uma negação expressa de um comando explícito ou implícito. Em relação aos três casos referidos, *Dames & Moore v Regan* (453 US 654 (1981)) representou um caso em que a Suprema Corte encontrou a autorização implícita com fundamento na primeira categoria em que não existiu claramente, e foi tradicionalmente vista como como diluidora das classificações de *Youngstown* e indicadora da vontade judicial em encontrar fracos materiais no caso de poderes relativos a relações exteriores e segurança nacional. Koh, por exemplo, alega que *Dames & Moore* “radicalmente rompeu com a visão de *Youngstown* sobre a participação institucional equilibrada no processo de segurança nacional... [tornando]... mais fácil de encontrar a aprovação do Congresso e mais difícil para ele expressar sua oposição institucional” – H. Koh, *The National Security Constitution: Sharing Power After the Iran-Contra Affair*, (New Haven & London; Yale University Press, 1990), 142. *Hamdan* aparenta sustentar algo distinto de *Dames & Moore* e, se faz importante, encontrar uma incompatibilidade expressa com a autorização do Congresso (onde o próprio *Youngstown* apenas encontrou inconsistências implícitas). Se, como Koh sugere, *Dames & Moore* “enviaram ao presidente a mensagem errada. No que se refere ao compreender crises nacionais, a Corte sugeriu que o presidente deveria agir primeiro, para então procurar por “cheques em branco” assinados pelo Congresso já existentes, em vez de procurar específicas prioridades ou imediata subsequente aprovação legislativa de decisões controversas,” (140) *Hamdan* enviou a mensagem contrária: pegue a autorização primeiro, então haja com essa autorização.

⁶² R. Posner, *Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency*, (Oxford & New York, OUP; 2006), 56.

⁶³ Vide em particular a crítica que a Corte supostamente voltou atrás em respeito a esse caso desenvolvido em Yoo & Ku, “*Hamdan v. Rumsfeld: The Functional Case for Foreign Affairs Deference to the Executive Branch*” (2006) 23 *Const. Comm.* 179.

Apesar de ser fundamental a questão jurisdicional do caso *Hamdan* a decisão não foi definitivamente conhecida como uma “rights-enforcing decision”. De fato, a maioria dos comentaristas reconhece o caso *Hamdan* como aquele focado quase que exclusivamente na certeza de que o que quer que seja feito em relação a suspeitos de terrorismo é feito de acordo com o devido processo legal. Esta visão do caso bem pode resultar do fato de que ele não se aliou a uma análise constitucional da situação e dos direitos dos detentos de Guantánamo – a jurisdição foi encontrada com base na interpretação infraconstitucional, e os direitos dos presos foram direitos incorporados pela legislação doméstica, uma vez confrontada com o direito consuetudinário internacional dos direitos humanos ou direitos constitucionais. A abstenção da interpretação constitucional deve ser entendida neste contexto, no entanto. Ao fazer uma leitura contextual, a discussão desse artigo resulta em um potencial entendimento do caso *Hamdan* como uma forte decisão de proteção aos direitos individuais.

Lidar somente com as provisões infraconstitucionais permitiu à Suprema Corte encontrar direitos básicos de proteção aos presos sem reverter à proteção constitucional relativamente onerosa. Ao encontrar a jurisdição, a Corte abriu questões de padrões mínimos nos termos do *inter alia* na condução das comissões militares na Baía de Guantánamo e criou a situação de que poderiam sustentar que o artigo 3º das Convenções de Genebra é aplicável e não se satisfaz com a existência das comissões, como elas eram. O artigo 3º não é de maneira alguma uma referência vinculante para satisfazer os anseios dos detentos, apesar de ser uma referência. Essa é a questão material. Além disso, é uma referência que se aplicaria aos detentos cujas petições fossem excluídas da jurisdição da Corte com base na Lei de Tratamento dos Presos. Assim, a Corte criou uma situação em que poderia exigir um padrão particular de tratamento e procedimento para os detidos que não estivessem muito onerados, sem requerer a dificuldade e a potencialidade de um exercício de “equilíbrio inapropriado” para o seu estabelecimento, mas independente disso protegeria o indivíduo. A Suprema Corte era, claramente, ciente do potencial para este elemento de sua decisão inacabada – A Corte estava bem ciente de que isto não requereria mais do que um decreto legislativo⁶⁴ – porém poderia ter sido visto para que desistisse do desafio antes da Administração: “Poderíamos encontrar facilmente direitos constitucionais aqui, mas escolhemos não o fazer. Atenda a esses padrões mínimos e estaremos satisfeitos; falhe ao fazer isso e seremos obrigados a encontrar direitos constitucionais para esses detentos”.

É razoável supor que os ministros da Suprema Corte teriam consciência das dificuldades práticas e operacionais que teriam os Estados Unidos em encontrar direitos constitucionais. Por muito tempo se argumentou que a Baía de Guantánamo era essencial para a conclusão bem sucedida do projeto de assegurar a segurança dos Estados Unidos⁶⁵, não se interessando quanto à visão única dessa representação, é improvável que a Suprema Corte Norte-americana faria qualquer coisa para criar um impedimento não razoável para este objetivo. Os casos da II Guerra Mundial concentraram nas dificuldades práticas que se encontrariam se os detidos estrangeiros presos no exterior estivessem na situação de pedir o *habeas*

⁶⁴ Isso é refletido na opinião do ministro Breyer, concordando, que “nada previne o presidente de retornar ao Congresso para buscar a autorização que ele acredita ser necessária” – p. 1 da concordância do ministro Breyer.

⁶⁵ *Johnson v Eisentrager*, Ob. Cit n.14

corpus infraconstitucional nos E.U.A.⁶⁶ Quando a Corte no caso *Hamdan v Rumsfeld*⁶⁷ recusou-se a atender à reivindicação de que preocupações similarmente onerosas seriam criadas para encontrar direitos infraconstitucionais em favor dos presos de Guantánamo, é compreensível que seriam relutantes em dar uma proteção especial àqueles detentos com direitos constitucionais. Embora os detidos não se beneficiassem de toda a proteção dos direitos constitucionais (o caso *Hamdan* estabeleceu que a corte deveria aplicar o que é conhecido como "o cálculo Mathews" (*Mathews Calculus*) para decidir a extensão dos direitos apreciados por terroristas suspeitos⁶⁸), a busca por direitos constitucionais ainda é algo sério que cria padrões um tanto quanto imutáveis para situações futuras. A relutância da Corte em ir à Constituição é particularmente compreensível quando se considera que era completamente desnecessário fazer dessa maneira – o Congresso já tinha incorporado um padrão adequado, mas não oneroso, de tratamento com a adoção da Convenção de Genebra. É conseqüentemente lógico que essa seria a preferência da Suprema Corte.

Naturalmente, essa afirmação descansa na premissa de que a Suprema Corte acharia inapropriado permitir a continuação do status de "Buraco Negro Jurídico" (*Legal Black Hole*) da Baía de Guantánamo; supõe que os juízes sentiram que alguns padrões básicos de tratamento e procedimento seriam requeridos no campo. As Cortes devem estar preocupadas com estas questões em situações de tempo de guerra que pode parecer para muitos, demasiadamente grande a afirmação a ser meramente adotada, dada principalmente a tradição da submissão do Judiciário em tempos de conflitos armados. No entanto, a visão da Suprema Corte no que se refere ao bem estar individual, mesmo em tempos de guerra, se encaixa facilmente com as tradições filosóficas da jurisprudência americana. A leitura do caso *Hamdan* sugere que a Suprema Corte se preocupou na garantia de algum level de proteção básica aos detentos de Guantánamo se apóia nessa simples idéia: todos os seres humanos são titulares de algum tipo de proteção com base apenas em sua própria humanidade. Essa classe de *júris dictio* "rights-speak" pode ser mais associada com um discurso de direitos internacionais do que um discurso de estrangeiros sob a legislação constitucional doméstica nos Estados Unidos. A jurisdição do *habeas corpus* conseqüentemente importa, pois se a Corte não pode ouvir os casos dos detentos de Guantánamo, logo não tem acesso às questões relativas à proteção da dignidade dos presos que ali se encontram. Portanto, jurisdição é um pré-requisito para a reivindicação de direitos individuais, bem como a significância da decisão da Suprema Corte em encontrar jurisdição quando poderia ter facilmente sustentado o contrário a ser apreciado.

⁶⁶ *ibid.*

⁶⁷ *Hamdi v Rumsfeld* 542 U.S. 507 (2004)

⁶⁸ *ibid.* at 528-529 – " O mecanismo ordinário que usamos para contrapesar sérias decisões em que hajam interesses opostos, e para determinar os procedimentos necessários para garantir que 'um cidadão não será privado de vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal' é o teste que articulamos em *Mathews v. Eldridge*. *Mathews* [424 US 319 (1974)] afirma que o devido processo em qualquer instância é determinado pelo sopesamento 'dos interesses privados que serão afetados pela ação oficial' contra certos interesses do governo 'incluindo a função envolvida' e o fardo que o governo deve enfrentar ao garantir o amplo processo. O cálculo de *Mathews* então contempla o equilíbrio judiciário desses conceitos, por meio de uma análise do 'risco de uma privação errada' dos interesses individuais se o processo for reduzido e o 'provável valor, de qualquer, direito adicional ou substituto ser salvaguardado" (citação interna omitida).

Ao decidir a questão jurisdicional com base apenas no direito infraconstitucional, o padrão de proteção, praticamente menos oneroso, do artigo 3º das Convenções de Genebra foram prescritos. A Suprema Corte teria encontrado a jurisdição a partir da análise dos padrões constitucionais impostos que seriam, quase que certamente, menos flexíveis e mais onerosos. O caso *Hamdan*, por nossa interpretação, representa uma tentativa da Suprema Corte em fazer o que era certo para os detentos como seres humanos, bem como para a Administração como beligerantes em uma difícil e longa guerra. É também, no entanto, um sinal de que a Corte não tolerará a completa exclusão do Judiciário federal da Baía de Guantánamo.

5. Na sombra do caso *Hamdan*

Se a Administração apreciou o caso *Hamdan* como uma decisão essencialmente preocupada com a proteção dos direitos individuais (*rights-enforcing decision*), o meio mais efetivo da manutenção da fé nessa natureza era incluir o Judiciário nas questões relativas aos detentos. Se a Administração procedeu em retirar a jurisdição de uma maneira mais cuidadosa do que a que foi feita com a Lei de Tratamento dos Presos, isso indicaria a rejeição de qualquer interpretação do caso *Hamdan* como uma decisão de proteção aos direitos individuais, e seria um símbolo de que os ramos do Executivo e do Legislativo vêem o caso como uma decisão de proteção à democracia (*democracy-enforcing decision*) e desejam perpetuar a exclusão de apreciação dessas questões pelo Judiciário.

Ficou claro rapidamente que o último seria o posicionamento favorito da Administração. Pouco tempo foi gasto no esboço da legislação que se “preocuparia” (ou se omitiria) que a decisão do caso *Hamdan* em ambos os termos se encontraria relativa ao art. 3º das Convenções de Genebra e à jurisdição do *habeas corpus*. Porque como já esboçado anteriormente, a questão da jurisdição alimenta naturalmente a questão da efetividade da proteção dos direitos individuais, a provisão da retirada de jurisdição introduzida na sombra do caso *Hamdan* deveria ter uma preocupação particular.

A 7ª sessão (a) da Lei de Comissões Militares de 2006 substitui a s.1005 da Lei de Tratamento dos Presos e retira expressamente a jurisdição 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”. Tal determinação é expressamente dita para “aplicar a todos os casos, sem exceção, a partir da promulgação desta Lei” e diz respeito de qualquer forma com a relação dos Estados Unidos com os estrangeiros detidos desde o 11 de Setembro de 2001. Além disso, a s.10 abrange os combatentes ilegais detidos em Guantánamo àqueles detidos em qualquer lugar.

Esta é claramente uma provisão de retirada de jurisdição mais ampla que a s.1005: é expressamente retroativa; não se limita à Baía de Guantánamo, se aplica àqueles determinados como combatentes ilegais e, crucialmente, a todos aqueles que aguardam a sua determinação. Dada a natureza expansiva desta provisão, é um tanto quanto surpreendente ter atraído tão pouca atenção enquanto esta lei estava sendo discutida. Não era assim até o impasse entre a Administração e os senadores Graham, Warner e McCain relativas às Convenções de Genebra ao resolverem observar atentamente a s.7. Apesar da emenda do Senador Arlen Specter para

remover a provisão, o voto fechado do Senado para a lei foi derrotado em 51 contra 38 votos, e a s.7 continuou. A lei tramitou nas duas casas e foi assinada pelo presidente em 17 de outubro de 2006 como a Lei das Comissões Militares de 2006⁶⁹.

A resposta legislativa ao caso Hamdan foi, conseqüentemente, em promulgar a legislação possibilitando o Executivo realizar mais ou menos o que desejava, da forma que desejava em relação às prisões e as comissões militares, assim removendo qualquer contestação de que estas funções não estão na autorização dos poderes do Executivo. A Lei das Comissões Militares abriu a possibilidade de que o caso Hamdan não era nada além do que uma decisão de proteção à democracia, que essencialmente permite os ramos políticos fazerem o que desejarem desde que autorizados pela legislação. Esta é certamente a visão do caso Hamdan e da Lei das Comissões Militares expressa nas palavras do professor John Yoo: “[...] O Congresso e o Presidente não tomaram à força o poder da Corte mentindo. Eles disseram à Corte, de todo efeito, para se afastar da Guerra contra o Terror, lhe retirou a jurisdição para apreciar os *habeas corpus* dos inimigos estrangeiros, e disseram não haver nada de errado com as comissões militares. Foi a primeira vez desde o “New Deal” que o Congresso afastou tão completamente o poder das cortes sobre uma categoria de casos. É também a primeira vez desde a Guerra Civil que a visão do Congresso sobre os poderes da Corte sobre o *habeas corpus* em tempos de guerra se ajusta devido a discordância com suas decisões.”⁷⁰

Se o caso Hamdan tratar-se essencialmente de direitos individuais, a Suprema Corte se encontrará numa delicada situação, dado que a Lei das Comissões Militares de 2006 surgiu antes disso. Resta patente que qualquer busca de jurisdição infraconstitucional para o *habeas corpus* será repudiada pela legislação de retirada de jurisdição, mas se a Suprema Corte se preocupar com direitos, não será facilmente permitida a retirada das cortes federais da história legislativa.⁷¹

Um caminho a ser seguido pela Suprema Corte pode ser em avaliar a legislação internacional na interpretação da s.7. O cânone “*The Charming Betsy*” expressamente requer que “um ato do Congresso jamais poderá ser construído para violar a lei das nações se restarem quaisquer outras construções possíveis”⁷². A lei das nações, também conhecida como Direito Internacional Consuetudinário (inclui alguns (mas nem todos) princípios dos direitos humanos, incluindo o bem estabelecido direito internacional de desafiar a legalidade de uma prisão⁷³). Tem se crescido o consenso de que este direito não pode ser suspenso em tempos de emergência,⁷⁴ assim como a interpretação da s.7 usando o cânone da “*The*

⁶⁹ Direito Público No. 109-366

⁷⁰ J. Yoo, “Sending A Message”, *Wall Street Journal*, Editorial, October 19, 2006

⁷¹ É amplamente sustentada a visão de que a faltam mecanismos para a proteção de direitos, que dificilmente são efetivamente garantidos. De fato, muitos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos incluem o direito ao efetivo “remédio constitucional” para a violação de direitos como um elemento essencial na garantia tanto na reparação quanto na relativização de obrigações tratadas. Veja, e.g. D. Shelton, *Remedies in International Law*, (Oxford, OUP, 2001)

⁷² *Murray v Schooner Charming Betsy* 6 US 64 (1804) per Marshall CJ, 118

⁷³ ICCPR, Article 9(2) & (4); ECHR Article 5(2) & (4); ACHR Article 7(4) & (6); CIS Article 5(2) & (3); Body of Principles for the Protection of All Persons Under any Form of Detention or Imprisonment, Principles 10, 11 & 32

⁷⁴ *Advisory Opinion on Habeas Corpus in Emergency Situations* Inter-American Court of Human Rights, (1987) 11 EHRR 33; *Alegre v Peru* (Human Rights Committee) Communication No.

Charming Betsy” que poderia sugerir que a Lei das Comissões Militares de 2006 é para ser interpretada de maneira que, enquanto mitiga o direito de desafiar efetivamente a legalidade de uma prisão, não o erradica completamente. A dificuldade é que a “*Charming Betsy*” é estabelecida com a premissa básica da suposição de que o Congresso quis atuar em conformidade com os padrões legais internacionais. Esta suposição não é retirada no debate da Emenda *Specter*. Além disso, mesmo que a “*Charming Betsy*” seja aplicada para encontrar o que resta da revisão judicial sobre prisões, isto descansaria nas bases precárias do Direito Consuetudinário Internacional que podem ser substituídas por um ato legislativo subsequente e não fortalecida pela crise ontológica corrente do Direito Internacional Consuetudinário com a academia Norte-americana⁷⁵. A busca pelos direitos constitucionais ao *habeas* seguindo a mais sofisticada versão da análise territorial ao estilo do caso *Rasul* seria preferível porque assim não poderia ser cancelada pelo Congresso (embora, naturalmente, poderia ser suspensa).

Se a Suprema Corte estava para descobrir que o direito constitucional ao *habeas corpus* se estendida aos prisioneiros da Baía de Guantánamo bem parece que estes direitos não seriam afetados pela s.7. A provisão não utiliza termos claros para a suspensão do *habeas corpus*, os pré-requisitos das condições de invasão ou rebelião não estão previstos, e os casos que reconhecem a provisão dessa maneira não a reconhece como uma cláusula de suspensão.⁷⁶ A provisão ainda não alcançou a Suprema Corte, mas a futura decisão dos juízes é clara: ou aplica uma provisão semelhante ao caso *Johnson v Eisentrger* e permanece da maneira que está, resultando na não revisão dos *habeas corpus* dos detentos de Guantánamo; ou aplica a provisão combinada com a razão embrionária do caso *Rasul v Bush* para reconhecer a Baía de Guantánamo como território Norte-americano e, como resultado, esses detentos teriam o direito constitucional ao *habeas corpus* antes da Suprema Corte contra-argumentar a retirada de seus *habeas corpus* infraconstitucionais. Tal conclusão não surgiria sem estas dificuldades – os E.U.A poderiam remover todos os detentos da Baía de Guantánamo e repatriá-los ao sistema prisional de seus países de origem ou re-estabelecer o sistema de prisões secretas da CIA , etc – mas isso seria, no entanto, o próximo passo lógico da Suprema Corte se, como este artigo sugere, nesse caso a lei indicar que a proteção dos direitos daqueles que estão sob a custódia dos Estados Unidos é uma prioridade judicial.

1126/2002, Views adopted November 17, 2005, UN Doc. CCPR/C/85/D/1126/2002; Despouy, Fourth Annual Report and List of States which, since 1 January 1985, have Proclaimed, Extended or Terminated a State of Emergency, UN Doc E/CN.4/Sub.2/1991/28/Rev.1 (1991), pp.44-46; Kooijmans, Report by the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment Pursuant to HRC Res. 1985/33, UN Doc E/CN.4/1986/15, pp.26-28 & 20-25; Chernichenko & Treat, Third Report on the Right to a Fair Trial: Current Recognition and Measures Necessary for its Strengthening, Addendum: Right to Amparo, Habeas Corpus, and Similar Procedures, UN Doc. E/CN/Sub.2/1992/24/Add.3, p.11; General Recommendations of the Special Rapporteur on Torture, UN Doc. A/56/156

⁷⁵ Vide, por exemplo, C. Bradley & J. Goldsmith, “Customary International Law as Federal Common Law: A Critique of the Modern Position” (1997) 110 Harv. L. Rev. 815; B. Clark, “Federal Common Law: A Structural Reinterpretation” (1996) 144 U. Pa. L. Rev. 1245; J. Goldsmith & E. Posner, “A Theory of Customary International Law” (1999) 66 U. Chi. L. Rev. 1113; J. Goldsmith & E. Posner, “Understanding the Resemblance Between Modern and Traditional Customary International Law” (2000) 40 Va. J. Int’l. L. 639

⁷⁶ *Boumediene v United States* and *al Odah v United States* 2007 U.S. App. LEXIS 3682 (20 de fevereiro, 2007); *Hamdan v Rumsfeld* 2006 U.S. Dist. LEXIS 89933 (13 de dezembro, 2006)

6. Conclusão

Na sustentação oral no caso Hamdan, o juiz Breyer descreveu a suspensão do hábeas corpus como “a dificuldade mais terrível e mais importante questão constitucional”.⁷⁷ O cuidado que a Suprema Corte tem mostrado em relação a consideração da relevância dos padrões constitucionais do hábeas corpus aos detentos de Guantánamo é testemunho tanto para a dificuldade quanto à importância da análise constitucional em situações de calamidade nacional e exigências do status de segurança nacional. Entretanto, a Suprema Corte continuou na insistência de que a jurisdição para apreciação dos pedidos de hábeas corpus dos detentos de Guantánamo também demonstra a profunda preocupação com as liberdades individuais na Guerra contra o terror.

No caso *Rasul* a Suprema Corte colocou um claro trajeto em favor dos direitos constitucionais para estes detentos, desde que decidiu não suprimi-los, não em razão do desrespeito aos direitos individuais, mas pelo potencial existente para que estes direitos sejam efetivamente fortalecidos por lei. Ao recusar o recebimento da decisão jurisdicional de natureza de fortalecimento de direitos individuais (*rights-enforcing*) no caso Hamdan, o Congresso americano e o presidente colocaram a Suprema Corte na situação em que o único caminho restante para o efetivo fortalecimento dos direitos individuais é o caminho constitucional.

⁷⁷ Transcrição de argumentação oral, *Hamdan v Rumsfeld*, 28 de março, 2006, 49, linhas 4-5