
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 8	n. 34	p. 1-254	out./dez. 2008
--	----------------	-------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense de Direito Administrativo

Direção Geral:	Romeu Felipe Bacellar Filho
Direção Editorial:	Paulo Roberto Ferreira Motta
Direção Executiva:	Emerson Gabardo
Conselho de Redação:	Edgar Chiuratto Guimarães Adriana da Costa Ricardo Schier Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (Brasil)	Jorge Luís Salomoni - in memoriam (Argentina)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (Brasil)
Alice Gonzales Borges (Brasil)	José Carlos Abraão (Brasil)	Nelson Figueiredo (Brasil)
Antonello Tarzia (Itália)	José Eduardo Martins Cardoso (Brasil)	Odilon Borges Junior (Brasil)
Carlos Ari Sundfeld (Brasil)	José Luís Said (Argentina)	Pascual Caiella (Argentina)
Carlos Ayres Britto (Brasil)	José Mario Serrate Paz (Uruguai)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (Brasil)
Carlos Delpiazzi (Uruguai)	Juan Pablo Cajarville Peruffo (Uruguai)	Paulo Henrique Blasi (Brasil)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (Brasil)	Juarez Freitas (Brasil)	Paulo Neves de Carvalho - in memoriam (Brasil)
Celso Antônio Bandeira de Mello (Brasil)	Julio Rodolfo Comadira - in memoriam (Argentina)	Paulo Ricardo Schier (Brasil)
Clèmerson Merlin Clève (Brasil)	Luís Enrique Chase Plate (Paraguai)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (Brasil)
Clovis Beznos (Brasil)	Lúcia Valle Figueiredo (Brasil)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (Brasil)
Enrique Silva Cimma (Chile)	Manoel de Oliveira Franco Sobrinho - in memoriam (Brasil)	Rogério Gesta Leal (Brasil)
Eros Roberto Grau (Brasil)	Marçal Justen Filho (Brasil)	Rolando Pantoja Bauzá (Chile)
Fabricio Motta (Brasil)	Marcelo Figueiredo (Brasil)	Sérgio Ferraz (Brasil)
Guilhermo Andrés Muñoz - in memoriam (Argentina)	Márcio Cammarosano (Brasil)	Valmir Pontes Filho (Brasil)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Espanha)		Weida Zancaner (Brasil)
		Yara Stropa (Brasil)

A246 A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum,
2003.

Trimestral

ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

ISSN 1516-3210

1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342

CDU: 33.342

© 2008 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda.
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisora: Lourdes Nascimento
Projeto gráfico e diagramação: Luis Alberto Pimenta
Bibliotecária: Leila Aparecida Anastácio - CRB 2513 - 6ª região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.
Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com a seguinte publicação:

- Revista da Faculdade de Direito

Terrorismo, direitos fundamentais e os aspectos críticos da teoria da Constituição de Emergência

Thiago Cássio d'Ávila Araújo

Procurador Federal da Advocacia-Geral da União (AGU). Mestrando em Direito e Políticas Públicas no Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

Resumo: Após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, promovidos pela Al-Qaeda, o debate no constitucionalismo norte-americano tem como foco central a segurança nacional e os limites às liberdades civis. A doutrina da “Constituição de Emergência” de Bruce Ackerman é analisada neste texto sob a ótica das críticas formuladas pelo constitucionalista norte-americano David Cole. Nas conclusões, acrescentamos nosso ponto de vista.

Palavras-chave: Terrorismo. Direitos fundamentais. Constituição de Emergência.

It should be the purpose of a newly fashioned emergency regime to reassure the public that the situation is under control, and that the state is taking effective shortterm actions to prevent a second strike. This reassurance rationale, as I call it, requires a sweeping revision of the emergency power provisions currently found in many of the world's constitutions.

(Bruce Ackerman)

Where people are detained without any objective basis for suspicion, the possibility that their detention will serve the national security is no more than random.

(David Cole)

1 Introdução¹

O fracasso dos Estados nacionais contemporâneos em garantir eficazes medidas preventivas contra ataques terroristas seria o real motivo para as propostas de modificação do Direito Constitucional, no confronto doutrinário entre segurança e liberdades individuais? É lícito que governos tenham autorização do Parlamento para prender inocentes nos esforços contra o terrorismo, como meio de reafirmação da soberania estatal e instrumento de tranquilização dos cidadãos amedrontados? Como frear, por medidas constitucionalistas, o uso político do medo face ao terror?

¹ O presente artigo foi escrito como trabalho de conclusão da disciplina “Teoria e Realidade dos Direitos Fundamentais”, ministrada pelo Professor Doutor José Levi Mello do Amaral Júnior no Mestrado em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB).

11 de setembro de 2001. O orgulho norte-americano ferido e o próprio sentimento de insegurança conduziram à necessidade de propostas para normatização da segurança pública, de modo a torná-la mais eficiente, principalmente sob a ótica preventista. Entretanto, sabe-se que quanto mais rígido o controle estatal para obtenção de segurança, mais se reduzem liberdades constitucionais. Na busca de solução para os impasses emergentes, constitucionalistas norte-americanos começaram a debruçar-se sobre o tema, e muitos textos relevantes foram publicados.

Nosso foco é a doutrina constitucionalista posterior a 11 de setembro de 2001; nosso setor intelectual é a doutrina constitucionalista norte-americana; nosso marco teórico é o ensaio de Bruce Ackerman, Professor de Direito e Ciência Política da *Yale University*, intitulado “A Constituição de Emergência” e publicado no “*Yale Law Journal*”.² É razoável e conforme aos direitos humanos fundamentais concordar com a doutrina da “Constituição de Emergência”? Existem falhas na proposta de Bruce Ackerman?

Este trabalho se inicia com uma contextualização do debate entre limitações de direitos fundamentais e combate ao terrorismo. Assim, o item 2 foi intitulado “Terrorismo e Constituição: contextualização do debate”. O item 3 traz uma síntese pormenorizada da proposta de Bruce Ackerman contida em seu ensaio “*The Emergency Constitution*”. Por isso, o item 3 foi intitulado “A Constituição de Emergência de Bruce Ackerman”. O item 4 é intitulado “As críticas de David Cole: o ponto cego da Constituição de Emergência”. Refere-se aos principais elementos do conteúdo do ensaio “*The Priority of Morality: The Emergency Constitution's Blind Spot*”, de autoria de David Cole, Professor de Direito no *Georgetown University Law Center*. O item 5 traz nossas “Conclusões”.

2 Terrorismo e direitos fundamentais: contextualização do debate

No primeiro aniversário dos ataques de 11 de setembro, o Presidente George W. Bush prometeu ao povo norte-americano que iria proteger a América,³ mas que tal se daria dentro dos parâmetros constitucionais (“*but we will do so within the guidelines of the Constitution*”), e que o povo americano teria que compreender que, em sua visão, a Constituição era inviolável (“*the American people got to understand that the Constitution is sacred as fas as I'm concerned*”).⁴

² ACKERMAN, Bruce. *The Emergency Constitution*. *Yale Law Journal*, n. 113, p. 1029-1091, 2004. Disponível em: <http://yalelawjournal.org/113/5/1029_bruce_ackerman.html>. Acesso em: 15 jun. 2008.

³ Lembremos que nos Estados Unidos da América a referência a “América” significa o próprio país, e não o continente.

⁴ *60 minutes*. CBS Network, 11 Sept. 2002, apud PIOUS, Richard M. *The war on terrorism and the rule of law*. Los Angeles: Roxbury Publishing Company, 2006. p. 28.

Analisando a questão, Richard Pious inicia seu livro com um questionamento: “Devemos trocar as liberdades civis pela segurança nacional?”,⁵ e em seguida escreve, ao abordar as medidas antiterroristas da administração Bush:

Estamos começando a descer uma ladeira escorregadia que conduzirá à erosão de nossas liberdades civis e diminuída adesão às normas internacionais de direitos humanos? Ou é a resposta da administração Bush ao terrorismo uma resposta racional e eficaz à enormidade da ameaça terrorista com que nos deparamos? Há um papel a ser desempenhado por Cortes e Congresso no sentido de providenciar fiscalização sobre a guerra contra o terror? Ou deveria a administração receber do povo americano poderes para tomar qualquer atitude que considerar necessária para a segurança nacional?⁶

Os questionamentos são pertinentes. Não apenas os cidadãos de outros países, mas também os próprios cidadãos norte-americanos vêm formulando críticas ao modo de proceder da administração Bush em sua “guerra contra o terror”. Em nossas pesquisas, talvez a crítica mais contundente tenha partido de Timothy Lynch, que acusa o governo norte-americano de “*doublespeaking*”.⁷ Em outras palavras, Lynch acusa a administração Bush de mentir para o povo norte-americano e para o mundo, utilizando-se de expressões ambíguas: “É verdade que, logicamente, a desonestidade faz parte da experiência humana, mas “*doublespeak*” é uma variação perniciosa de desonestidade. “Doublespeak” perverte a básica função da linguagem, que é facilitar um entendimento comum entre seres humanos”.⁸

Lynch lista vários exemplos de “*doublespeaking*”, que estariam presentes em expressões como “*Homeland Security*”, “*Asymmetrical Warfare*”, “*Material Witness*”,

⁵ Nossa tradução. No original: Must We Trade Civil Liberties for National Security?. In: PIOUS. *The war on terrorism and the rule of law*, p. 1.

⁶ Nossa tradução. No original consta: “Are we starting down a slippery slope that will lead to erosion of our civil liberties and diminished adherence to international norms of human rights? Or is the Bush administration’s response to terrorism a rational and effective response to the enormity of the terrorist threat that faces us? Is there a role for courts and Congress in providing oversight in the war on terror? Or should the administration be entrusted by the American people with the responsibility of taking whatever action it deems necessary for national security?” (In: PIOUS. *The war on terrorism and the rule of law*, p. 1).

⁷ *Doublespeak* designa a linguagem ambígua, que finge dizer algo, sem significar exatamente aquilo. Por esse recurso de linguagem, ocorre deturpação dos significados, e o negativo se converte em positivo, o que é ruim parece bom, limitando-se, propositadamente, a capacidade crítica do destinatário da mensagem. Nas palavras de William Lutz: “Doublespeak is language that pretends to communicate but really doesn’t. It is language that makes the bad seem good, the negative appear positive, the unpleasant appear attractive or at least tolerable. Doublespeak is language that avoids or shifts responsibility, language that is at variance with its real or purported meaning. It is language that conceals or prevents thought; rather than extending thought, doublespeak limits it” (LUTZ. *The New Doublespeak: Why No One Knows What Anyone’s Saying Anymore*, p. 4).

⁸ Nossa tradução. No original consta: “It is true, of course, that dishonesty has always been a part of the human experience, but doublespeak is a pernicious variation of dishonesty. Doublespeak perverts the basic function of language, which is to facilitate a common understanding between human beings” (In: LYNCH. *Doublespeak and the War on Terrorism*. Cato Institute’s Project on Criminal Justice. *Briefing Papers*, n. 89, 6 Sept. 2006. Disponível em: <<http://www.cato.org/pubs/bp/bp98.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2008).

“National Security”, “Enemy Combatant”, “Imperative Security Internee”, “Debriefing”, “Terrorists” e “Freedom”.

Pegaremos como exemplo o termo “Imperative Security Internee”. Depois que a Suprema Corte norte-americana declarou ilegal a política do inimigo combatente (“Enemy Combatant”), entendendo que até mesmo os inimigos combatentes que sejam cidadãos americanos mantêm certos direitos — tais como acesso a um advogado e direito a julgamento imparcial — o governo respondeu colocando *novo rótulo* nos prisioneiros. Lynch aponta o caso de Cyrus Kar, um americano de origem iraniana, que foi ao Iraque para filmar um documentário. Foi preso em uma base militar no Iraque, sem qualquer acusação contra si. Quando autoridades militares norte-americanas se viram diante da obrigação de dar informações sobre Kar, e explicar o porquê de não cumprirem o recente posicionamento da Suprema Corte, um porta-voz do Pentágono explicou que Kar não era considerado um “inimigo combatente” (“Enemy Combatant”), mas um “interno de segurança imperativa” (“imperative security internee”).⁹ E Lynch, em tom irônico, desafia: “Essa designação aparentemente significa que até que a Suprema Corte decida que esta nova categoria de pessoas também possui direitos, o governo fará o que bem quiser. Caso a Suprema Corte decida que a *Bill of Rights* se aplica aos ‘imperative security interneers’, o que impedirá o governo de inventar outro rótulo para seus prisioneiros?”¹⁰

Outra questão relevante levantada por Lynch é a utilização, pelo governo, da expressão “Segurança Nacional” (“National Security”). O Presidente Bush chegou a dizer que subsídio agrícola é matéria de segurança nacional, porque a nação tem que comer.¹¹ O problema não está exatamente em definir subsídio agrícola

⁹ Nossa tradução. No original consta: “After the Supreme Court declared the Bush administration’s enemy combatant policy illegal — that even enemy combatants who are American citizens retain certain rights, such as access to a lawyer and an impartial hearing — the government has responded by simply slapping a new label on its prisoners. Cyrus Kar went to Iraq to make a film documentary. Kar is an Iranian American and a former U.S. Navy Seal. He was taken into custody on suspicion of wrongdoing and incarcerated at a U.S. military base in Iraq. Kar was held for several weeks, but no charges were filed against him. When Kar’s family and friends tried to clear up the matter, but got nowhere with letters, phone calls, and meetings, they filed a lawsuit on Kar’s behalf in the United States, which forced government officials to account for their actions. When the U.S. military was confronted with the question of why it had not abided by the recent Supreme Court ruling and given Karr access to legal counsel and a hearing, a Pentagon spokesperson explained that Kar was considered, not an ‘enemy combatant’, but rather an ‘imperative security internee’” (In: LYNCH. *Doublespeak and the War on Terrorism*. Cato Institute’s Project on Criminal Justice. *Briefing Papers*, n. 89, 6 Sept. 2006. Disponível em: <<http://www.cato.org/pubs/bp/bp98.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2008).

¹⁰ Nossa tradução. No original consta: “That designation apparently means that until the Supreme Court rules that this new category of persons retains rights as well, the government will do whatever it wants. Should the Supreme Court rule that the Bill of Rights applies to ‘imperative security interneers’, what is to stop the government from inventing another label for its prisoners?” (In: LYNCH. *Doublespeak and the War on Terrorism*. Cato Institute’s Project on Criminal Justice, *Briefing Papers*, n. 89, 6 Sept. 2006. Disponível em: <<http://www.cato.org/pubs/bp/bp98.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2008).

¹¹ In: ALLEN. Bush Calls Farm Subsidies a National Security Issue; Cattlemen Hear Promises of Continued Support. *Washington Post*, 9 feb. 2002, p. A4, apud LYNCH. *Doublespeak and the War on Terrorism*. Cato

como matéria de segurança nacional (muito embora seja mais *provável* que por trás dessa opção figurem interesses político-econômicos do governo norte-americano), mas em saber-se até que ponto se pode esticar a interpretação de conceitos na “guerra contra o terrorismo”. Preocupantes são as concessões que se fazem possíveis para as deturpações. Daí porque é importante a denúncia de Timothy Lynch a respeito de “*doublespeaking*”. Isso porque, dentre vários outros fatores, a modificação do significado de conceitos por meio de “*doublespeaking*” pode conduzir à violação a direitos fundamentais.

O assunto é manifestamente grave quando nos reportamos à questão da tortura. A pergunta é clássica: os fins justificam os meios? E, além disso, o que é tortura? Aquilo que o governo norte-americano chama de “*debriefing*” é tortura?

Lynch escreve que “*debriefing*” “é o novo eufemismo para interrogatório no terceiro grau”, e afirma ainda que a Agência de Inteligência Central (conhecida pela sigla americana CIA - *Central Intelligence Agency*) utiliza o termo “*debriefing*” para descrever suas práticas.¹²

Simulação de afogamento (“*water boarding*”) é tortura? Numa entrevista entre o então Diretor da CIA,¹³ Sr. Porter Goss, para o âncora da “ABC News”, Sr. Charles Gibson, deu-se o seguinte diálogo:

Charles Gibson: Você sabe... Você sabe o que simulação de afogamento é, correto?

Porter Goss: Eu... Eu sei o que várias coisas são, mas eu não vou comentar.

Charles Gibson: Poderia ser classificado... Poderia ser classificado como tortura?

Porter Goss: Eu não sei. Eu...

Charles Gibson: Bem, de acordo com a definição de tortura que você acabou de dar, de causar dor?

Porter Goss: Deixe-me colocar desta forma. Não irei comentar sobre técnicas individuais que alguém tenha levado adiante como argumento, fruto de sonho, ou algo do tipo. O que nós fazemos, como já disse muitas vezes, é profissional, é legal, proporciona bons resultados e não é tortura.¹⁴

Institute's Project on Criminal Justice, *Briefing Papers*, n. 89, 6 Sept. 2006. Disponível em: <<http://www.cato.org/pubs/bp/bp98.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2008.

¹² No original: “‘Debriefing’ is the new euphemism for interrogation in the third degree.(...) The Central Intelligence Agency is also fond of using the term ‘debriefing’ to describe its practices” (In: LYNCH. *Doublespeak and the War on Terrorism*. Cato Institute's Project on Criminal Justice, *Briefing Papers*, n. 89, 6 Sept. 2006. Disponível em: <<http://www.cato.org/pubs/bp/bp98.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2008).

¹³ Utilizaremos a sigla norte-americana “CIA” por ser mais conhecida, facilitando a leitura.

¹⁴ Nossa tradução. No original: “Charles Gibson: You know, you know what water boarding is, though, right?/Porter Goss: I, I know what a lot of things are, but I am not going to comment./Charles Gibson: Would that come under the heading of—would that come under the heading of torture?/Porter Goss: I don't know. I.../Charles Gibson: Well, under your definition of torture that you just gave me of inflicting pain?/Porter Goss: Let me put it this way, I'm not going to comment on any individual techniques that anybody has brought forward as an allegation or have dreamed up or anything like that. What we do, as I've said many times, is

Cabe a pergunta: a dificuldade do diretor da CIA em explicar o que é tortura decorre da ambiguidade em torno de conceitos, decorrente do “*doublespeaking*” que Lynch denuncia? A questão referente às ambiguidades terminológicas que fragilizam direitos fundamentais parece tão presente na sociedade norte-americana, que vem sendo explorada não apenas na linguagem escrita, mas também pelos meios audiovisuais: o cinema já se apropriou da discussão.

No filme “O Suspeito” (título original: “*Rendition*”), drama dirigido por Gavin Hood, lançado mundialmente em 2007 e que estreou no Brasil em janeiro de 2008, o personagem Anwar El-Ibrahimi (Omar Metwally) é um engenheiro químico egípcio, que reside nos Estados Unidos da América desde a adolescência, casado com a norte-americana Isabella Fields El-Ibrahimi (Reese Witherspoon), e que é preso ainda no aeroporto, ao retornar a este país, vindo de uma viagem a trabalho, por suspeita de haver colaborado com um ataque terrorista ocorrido na África do Sul. A prisão é feita pela CIA, sem qualquer processo judicial, direito de defesa ou mesmo comunicação à família, por ordem da burocrata Corrine Whitman (Meryl Streep). Na prisão da África do Sul, Anwar El-Ibrahimi é torturado pelos agentes locais, sob observação do agente da CIA Douglas Freeman (Jake Gyllenhaal), que não concorda com as “técnicas de investigação” utilizadas. Este diálogo é o retrato da percepção americana referente à questão:

Corrine Whitman: Você é novo nisso, não é?

Douglas Freeman: Essa é minha primeira tortura.

Corrine Whitman: Os Estados Unidos não torturam, Douglas.¹⁵

A relevância do diálogo está em que, a um agente da CIA que presencia cena de tortura, é dito que os Estados Unidos da América não torturam. E o que é dito à população em geral? E, no que mais importa: o filme retrata a realidade?

Não pretendemos partir do pressuposto de que existem práticas de tortura no combate ao terrorismo. Não se trata de um posicionamento ingênuo ou de lava-mãos, apenas não é nosso objetivo discutir isso. Por outro lado, independentemente da questão da tortura, é fato que várias autoridades norte-americanas defendem a viabilidade da *detenção preventiva em massa*, havendo grande risco de que inocentes (principalmente imigrantes em solo norte-americano) permaneçam

professional, is lawful, it yields good results and it is not torture”. (Programa “*Good Morning America*”, transcrição do ABC News, 29 nov. 2005, apud LYNCH. *Doublespeak and the War on Terrorism*. Cato Institute’s Project on Criminal Justice. *Briefing Papers*. Disponível em: <<http://www.cato.org/pubs/bp/bp98.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2008).

¹⁵ Nossa tradução. No original: Corrine Whitman: “— *You are new to this, aren’t you?!*” Douglas Freeman: — *This is my first torture.* / Corrine Whitman: *The United States does not torture, Douglas*”.

encarcerados por motivos de segurança nacional (as denúncias da imprensa e os julgamentos da Corte Suprema americana sobre os presos de “*Guantánamo Bay*” são relevantes exemplos).

A questão central deste artigo é: existem *dúvidas* sobre a proteção de direitos fundamentais e a atuação do governo norte-americano na luta contra o terrorismo. No plano teórico, o que nos interessa é um objeto de estudo muito bem definido: *que teoria constitucional queremos na solução de questões como liberdades civis e segurança nacional?*

A matéria é profunda. Em palestra proferida na *Columbia Law School* em 12 de novembro de 2007, Sandra Day O’Connor (ex-juíza da Suprema Corte Americana, que proferiu voto vencedor no caso *Hamdi v. Rumsfeld*) disse, a respeito das questões que envolvem a “guerra contra o terror”: “São assuntos muito difíceis em parte porque se reportam à essência do que queremos dizer quando usamos termos como ‘cidadão’, ‘nação’ e ‘liberdade’”.¹⁶ Por sua vez, Russell Hardin (Professor de Política na *New York University* e Professor de Ciência Política na *Stanford University*) bem delimitou a questão central do conflito constitucional, que agora se analisa neste texto, quando escreveu que “a preocupação central da grande tradição das liberdades civis é como estruturar um Estado para proteger as pessoas umas das outras sem interferir em suas vidas além do necessário para manter a ordem social”.¹⁷

Observe-se, porém, que o debate entre liberdade e segurança não é novo na doutrina constitucional norte-americana. James Madison, um dos mentores da Constituição norte-americana, já se pronunciava sobre o assunto: “Ao moldar um governo que deve ser administrado por homens sobre homens, a grande dificuldade reside nisto: você tem que capacitar o governo a controlar os governados; e em seguida, obrigá-lo a controlar a si mesmo”.¹⁸

A novidade não está nem mesmo na limitação de liberdades individuais *em razão de terrorismo*. Em 1919, após explosão de bombas em oito cidades dos

¹⁶ Nossa tradução. No original: “They are very difficult issues in part because they go to the very core of what we mean when we use terms like ‘citizen’, ‘nation’, ‘liberty’” (O’CONNOR. *Balancing Security, Democracy and Human Rights in an Age of Terrorism*. In: PIORE. *Civil Rights in an age of terrorism. The Record. News and ideas for the Columbia Community*. Disponível em: <<http://www.columbia.edu/cu/record/archives/vol33/vol3305.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2008).

¹⁷ Nossa tradução. No original: “The focal concern of the great civil libertarian tradition is how to design a state to protect people against each other while not interfering in their lives beyond what is necessary to maintain social order” (In: HARDIN, Russell. *Civil liberties in the era of mass terrorism. The Journal of Ethics*, 8, p. 77-95. Holanda: Kluwer Academic Publishers, 2004. Disponível em: <<http://www.nyu.edu/gsas/dept/politics/faculty/hardin/research/CivLiberties.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2008).

¹⁸ Nossa tradução. No original: “In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself” (In: HAMILTON; JAY; MADISON. *The Federalist*, Indianápolis, n. 51, (The Gideon Edition), p. 269).

EUA, praticamente ao mesmo tempo, o Departamento de Justiça (“*Justice Department*”) prendeu centenas de estrangeiros (os chamados “*Palm Raids*” — numa clara alusão a Alexander Mitchell Palmer, *United States Attorney General*, no governo de Woodrow Wilson), em evidente caso de prisão preventiva em massa. Vários deles, interrogados sem direito a advogados, foram acusados de violação às leis de imigração e associação a partidos comunistas, e deportados. Não se provou o envolvimento de *nenhum* desses estrangeiros com as explosões havidas.¹⁹ A prisão de *milhares* de árabes e muçulmanos depois dos ataques de 11 de setembro, portanto, não são uma “solução” inovadora. Note-se, ademais, que o terrorismo em solo norte-americano nem sempre provém de estrangeiros, sendo notoriamente terroristas as ações do matemático americano Theodore John Kaczynski (o “*Unabomber*”), que perduraram de 1978 a 1995, para citar um exemplo. Mas, ao menos pelo que alegam alguns norte-americanos, *algo de diferente* ocorreu em 11 de setembro de 2001. O “Relatório da Comissão 11 de Setembro”, formada por dez membros (5 Democratas e 5 Republicanos), afirma, já no prefácio: “11 de setembro de 2001 foi um dia de choque e sofrimento sem precedentes na história dos Estados Unidos da América. A nação não estava preparada. Como isso aconteceu, e como podemos evitar que tragédia assim ocorra novamente?”²⁰

Bruce Ackerman apresenta uma *proposta constitucionalista* à problemática. É o que analisaremos no próximo item.

3 A “Constituição de Emergência” de Bruce Ackerman

Para situações de crise/emergência, há muito que se fala sobre “suspensão da Constituição” ou “poderes extraconstitucionais”. O que nos interessa como objeto de estudo, portanto, não é a originalidade de Ackerman, mas sim a *proposta* que formula como desenho para um regime constitucional de emergência.

Ackerman parte do pressuposto de que os ataques terroristas estão só começando. Afirma textualmente: “Os ataques terroristas serão uma parte recorrente de nosso futuro. (...). O ataque de 11 de setembro é o protótipo para muitos eventos que irão colocar em desordem o século XXI”.²¹ Porém, o texto de Ackerman sugere que para *defender* as liberdades civis (no longo prazo) deve

¹⁹ As informações são de David Cole. The Priority of Morality: The Emergency Constitution’s Blind Spot. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, June. 2004, p. 1754-1755.

²⁰ Estados Unidos da América. *The 9/11 Commission Report (Final Report of the National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States)*. Prefácio, p. XV. Disponível em: <<http://www.9-11commission.gov/report/911Report.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2008.

²¹ Nossa tradução. No original: “Terrorist attacks will be a recurring part of our future. (...) The attack of September 11 is the prototype for many events that will litter the twenty first century” (In: ACKERMAN, Bruce. The Emergency Constitution. *Yale Law Journal*, n. 113, p. 1029, 2004).

ser possível ao governo tomar medidas de segurança em tempos de emergência. Na opinião de Ackerman:

Para evitar um ciclo repetido de repressão, os defensores da liberdade devem considerar uma doutrina de orientação mais pesada — que permitiria medidas de emergência de curta duração, mas que trace um desenho contra restrições permanentes. Acima de tudo, devemos evitar que políticos explorem o pânico momentâneo para impor limitações de longa duração sobre a liberdade.²²

Como se vê, claramente Ackerman discursa contra políticos que queiram se aproveitar de situações de pânico. Afirma ainda que o uso da expressão “guerra contra o terrorismo” (“*war on terrorism*”) é inapropriada, porque guerra se faz entre Estados soberanos, conhecendo-se com certeza o inimigo (as Forças Armadas do país inimigo), diferentemente de uma “guerra contra o terror”, onde qualquer indivíduo pode ser considerado inimigo (e aí reside o perigo às liberdades).

A questão que se impõe é: como criar um regime constitucional que simultaneamente limite poderes políticos de forma adequada e atenda ao conteúdo de segurança, sem atentar contra as liberdades básicas do ser humano? Mas essa questão Ackerman não responde por completo. A “Constituição de Emergência” está mais preocupada com o *prazo* das medidas de emergência que exatamente com seu conteúdo:²³ “O desenho de um regime constitucional para um estado de emergência limitado é um assunto traiçoeiro. A menos que cuidadosas precauções sejam tomadas, as medidas de emergência possuem o hábito de continuar por muito mais tempo que o necessário”.²⁴

Desta maneira, Ackerman se preocupa principalmente, embora não exclusivamente, em criar um *sistema formal* que impeça o abuso da demora desnecessária do estado de emergência. É fundamental compreender isto: Ackerman está preocupado com a detenção por *tempo indeterminado e indeterminável* de qualquer pessoa, mas *não é a detenção do inocente em si que o incomoda*. Sua preocupação é o

²² Nossa tradução. No original: “To avoid a repeated cycle of repression, defenders of freedom must consider a more hard-headed doctrine—one that allows short-term emergency measures but draws the line against permanent restrictions. Above all else, we must prevent politicians from exploiting momentary panic to impose long-lasting limitations on liberty” (In: ACKERMAN, Bruce. *The Emergency Constitution*. *Yale Law Journal*, n. 113, p. 1030, 2004).

²³ Muito embora fosse injusto dizer que Ackerman faz uma proposta meramente formal, sem qualquer conteúdo material, tendo-se em vista, por exemplo, que radicalmente se posiciona contra a tortura, é notória sua maior preocupação com o tempo de duração das medidas de emergência, tendo-se em vista que o ponto alto de seu texto é a proposta do “*supermajoritarian escalator*”, que abordaremos logo mais. Aliás, essa preocupação exagerada de Ackerman com o prazo de duração das medidas de emergência é um dos pontos fracos de sua teoria, na opinião de David Cole, autor que também analisaremos.

²⁴ Nossa tradução. No original: “Designing a constitutional regime for a limited state of emergency is a tricky business. Unless careful precautions are taken, emergency measures have a habit of continuing well beyond their time of necessity” (In: ACKERMAN. *The Emergency Constitution*. *Yale Law Journal*, n. 113, p. 1030, 2004).

prazo. Para Ackerman, o ponto central do seu ensaio é *permitir* a detenção de suspeitos de terrorismo (sem as proteções criminais usuais, quais sejam, necessidade do Estado demonstrar, para prisão preventiva, a *causa provável* ou a *suspeita razoável*), porém evitando-se o abuso no *tempo*. E escreve:

Chame de “função de reafirmação” (“*reassurance function*”): quando um ataque terrorista coloca a soberania efetiva do Estado em dúvida, o governo deve agir visivelmente e decisivamente para demonstrar a seus cidadãos aterrorizados que a fenda foi apenas temporária, e que está tomando ações agressivas para conter a crise e lidar com a perspectiva de repetição. Mais importante, minha proposta para uma constituição de emergência autoriza o governo a deter suspeitos sem as proteções usuais do direito criminal de causa provável ou suspeita razoável. O governo pode muito bem reivindicar outros poderes para realizar a “*reassurance function*”, mas ao desenvolver meu argumento, focarei na outorga de poderes extraordinários de detenção como paradigma.

Meu objetivo é desenhar uma moldura constitucional para um estado de emergência temporário que capacite o governo a cumprir a “*reassurance function*” sem causar prejuízo de longo prazo a direitos individuais.²⁵

Ackerman propõe mesmo uma re-racionalização da emergência. Diz ele que os sistemas tradicionais de emergência lidam com a “*existential rationale*”, invocada pela ameaça de uma invasão inimiga ou uma conspiração interna objetivando substituir o regime vigente.²⁶ No entanto, segundo Ackerman, as ameaças terroristas não desencadeiam a “*existential rationale*”, requerendo a articulação de uma moldura (*framework*) diferente para os poderes de emergência. É que, no terrorismo, existe uma forte ameaça física à população (e matança de milhares de pessoas num só ataque), mas os terroristas não substituem os governantes, não lhes tomam o poder. Ackerman entende que, em razão da permanência dos governantes no poder, estes se tornariam muito fortes perante a população, no longo prazo, através das medidas para debelar o medo. É aí que Ackerman posiciona seu argumento da “*reassurance rationale*”:

²⁵ Nossa tradução. No original consta: “Call it the reassurance function: When a terrorist attack places the state’s effective sovereignty in doubt, government must act visibly and decisively to demonstrate to its terrorized citizens that the breach was only temporary, and that it is taking aggressive action to contain the crisis and to deal with the prospect of its recurrence. Most importantly, my proposal for an emergency constitution authorizes the government to detain suspects without the criminal law’s usual protections of probable cause or even reasonable suspicion. Government may well assert other powers in carrying out the reassurance function, but in developing my argument, I shall be focusing on the grant of extraordinary powers of detention as the paradigm. My aim is to design a constitutional framework for a temporary state of emergency that enables government to discharge the reassurance function without doing long-term damage to individual rights” (In: ACKERMAN. *The Emergency Constitution*. *Yale Law Journal*, n. 113, p. 1037, 2004).

²⁶ A Constituição Federal brasileira de 1988 é um claro exemplo de adoção da “*existential rationale*” quando prescreve o “estado de sítio” e o “estado de defesa” para situações de emergência. Desde já advertimos o leitor que Ackerman não considera tais mecanismos, já existentes em Constituições de vários países do mundo, propícios (no sentido de eficazes) à manutenção da ordem constitucional em caso de terrorismo. Veremos a seguir.

Deveria ser o objetivo de um regime de emergência mais atual reafirmar ao público que a situação está sob controle, e que o Estado está tomando ações efetivas de curto prazo para evitar um segundo ataque. Essa “*reassurance rationale*”, como a denomino, requer uma revisão profunda das provisões de poderes de emergência encontradas em muitas das Constituições do mundo.²⁷

Assim, em Ackerman, é preciso propor um novo modelo, de regime constitucional de emergência para o terrorismo, propício às Constituições dos vários países do mundo,²⁸ baseado na “*reassurance rationale*”, ao invés de confiar-se nos regimes tradicionais, baseados na “*existential rationale*”, pela básica razão de que o poder não é o objetivo a ser atingido pelos terroristas e, governos sob ataque, porém cada vez mais fortes e sem ameaça de queda, partiriam para medidas de segurança exageradas sem qualquer controle temporal. A preocupação de Ackerman é com o governo fortalecido pelo terrorismo, no longo prazo:

A última coisa que queremos é autorizar o Presidente a fazer o que quer que considere necessário pelo tempo que achar apropriado.²⁹ Para ele se tornaria muito fácil transformar o pânico emergente após um horrível ataque em uma máquina de repressão burocrática e regência baseada em autoritarismo. Deveríamos estar buscando, ao contrário, por modelos inovadores que tornem difícil que as medidas de emergência saiam do controle, destruindo a moldura de governo com poderes limitados que supostamente deveriam proteger.³⁰

Para Ackerman:

Este diagnóstico estabelece um desafio diferente para o desenho constitucional. De acordo com a “*existential rationale*”, parece um grande luxo preocupar-se demais com o destino das liberdades políticas e civis no longo prazo: se a ordem constitucional se desintegrar, estará a cargo de alguém mais se preocupar com o longo prazo. Contudo, de acordo com a “*reassurance rationale*”, o regime irá seguir adiante, mesmo que cambaleando, e o desafio é prevê-lo

²⁷ Nossa tradução. No original: “It should be the purpose of a newly fashioned emergency regime to reassure the public that the situation is under control, and that the state is taking effective shortterm actions to prevent a second strike. This reassurance rationale, as I call it, requires a sweeping revision of the emergency power provisions currently found in many of the world’s constitutions” (In: ACKERMAN. The Emergency Constitution. *Yale Law Journal*, n. 113, p. 1031, 2004).

²⁸ Embora admitindo que esse “projeto comum” assumirá diferentes formas em diferentes culturas constitucionais. No original: “This common project will assume different forms in different constitutional cultures” (In: ACKERMAN. The Emergency Constitution. *Yale Law Journal*, n. 113, p. 1040, 2004).

²⁹ Ackerman está aqui criticando o art. 16 da Constituição Francesa da Quinta República.

³⁰ Nossa tradução. No original: “The last thing we want is to authorize the President to do whatever he considers necessary for as long as he thinks appropriate. This makes it far too easy for him to transform the panic following a horrific attack into an engine of sustained authoritarian rule and bureaucratic repression. We should be searching instead for innovative designs that make it difficult for emergency actions to spiral out of control, destroying the framework of limited government that they were supposed to protect” (In: ACKERMAN. The Emergency Constitution. *Yale Law Journal*, n. 113, p. 1040, 2004).

com ferramentas para uma resposta efetiva no curto prazo sem causar prejuízos desnecessários no longo prazo.³¹

Veremos a seguir os principais pontos da doutrina da “Constituição de Emergência”.

3.1 *Checks and balances*

Ackerman entende que sua abordagem depende crucialmente da construção de um sistema político de freios e contrapesos, principalmente em razão dos milhares de inocentes que serão detidos conforme poderes de emergência que objetivam evitar um segundo ataque terrorista. Para tanto, Ackerman sugere a criação de dois institutos jurídicos básicos em seu sistema emergencial: (i) o “*supermajoritarian escalator*”; (ii) o controle minoritário da informação. Ambos serão abordados a seguir.

3.1.1 “*Supermajoritarian escalator*”

A liberdade do Executivo (em algumas Constituições européias) em declarar a emergência, e continuá-la por longos períodos, é um erro fatal, na visão de Ackerman, que neste parágrafo profere a essência da doutrina que propõe:

O estado de emergência deveria expirar, ao menos que receba aprovação da maioria. Mas isso é só o começo. O apoio da maioria deveria servir para sustentar a emergência por um tempo curto — dois ou três meses. A continuação deveria requerer uma escalada de supermaioria em cascata: sessenta por cento para os próximos dois meses; setenta para o mês seguinte; oitenta por cento a partir de então.³²

É a chamada “*supermajoritarian escalator*”. Para Ackerman, a necessidade de se repetir periodicamente a aprovação, pelo Parlamento, serve como defesa contra uma perigosa normalização da emergência, sugerindo a pergunta: “É este estado de emergência realmente necessário?”. Por outro lado, a escalada majoritária põe, constitucionalmente, o regime de emergência na trilha para a extinção,

³¹ Nossa tradução. No original: “This diagnosis sets a different challenge for constitutional design. According to the existential rationale, it seems a great luxury to worry too much about the long-run fate of civil and political liberties: If the constitutional order disintegrates, it will be up to somebody else to worry about the long run. According to the reassurance rationale, however, the regime is going to stagger onward, and the challenge is to provide it with the tools for an effective short-run response without doing unnecessary long-run damage” (In: ACKERMAN. *The Emergency Constitution*. *Yale Law Journal*, n. 113, p. 1040, 2004).

³² Nossa tradução. No original: “The state of emergency then should expire unless it gains majority approval. But this is only the beginning. Majority support should serve to sustain the emergency for a short time—two or three months. Continuation should require an escalating cascade of supermajorities: sixty percent for the next two months; seventy for the next; eighty thereafter” (In: ACKERMAN. *The Emergency Constitution*. *Yale Law Journal*, n. 113, p. 1047, 2004).

assegurando que seja provisório. Após alguns poucos meses de escalada majoritária, as *minorias* tornam-se mais importantes, inclusive chegando a forte poder de veto, podendo derrubar o estado de emergência com apenas 21% dos votos.

E quanto maior os abusos do Executivo, maior a pressão sobre os parlamentares. Mas, numa tese oposta, porém do mesmo raciocínio, o Executivo evitará cometer abusos e mesmo reconhecerá mais rapidamente as injustiças, pois terá que convencer o Parlamento de votar favoravelmente à continuação do regime emergencial. Eis as esperanças de Ackerman com o “*supermajoritarian escalator*”.

3.1.2 Controle minoritário da informação

Ackerman defende que as minorias tenham acesso às informações do Executivo, já que este estaria tentado a esconder informações a respeito de injustiças específicas típicas de detenção preventiva em massa. A minoria deveria estar bem informada para poder decidir melhor se se juntaria à maioria, na autorização periódica de extensão do regime de emergência.

O constitucionalista chega mesmo a propor como funcionariam os “comitês de vigilância”. Os membros dos partidos políticos de *oposição* teriam garantida para si a *maioria* dos assentos, com influência na composição da Mesa. Ao comitê caberia decidir quanta informação seria compartilhada mais amplamente, embora não possam seus integrantes revelar tudo o que sabem. Estes fariam o “meio-de-campo” entre segredo e publicidade, podendo inclusive reter segredos frente aos demais parlamentares, ainda que solicitados a revelar o que sabem, e ainda que em sessão secreta.³³

3.2 Compensação financeira

Por razões de *justiça*³⁴ e *eficiência burocrática*,³⁵ Ackerman defende que os inocentes sejam indenizados pelo tempo que ficaram detidos.

A compensação por razões de justiça é compreensível por mera intuição.

Já quanto à eficiência burocrática, escreve Ackerman que a compensação terá *efeitos sistêmicos* (“*systemic effects*”), porque os burocratas, pensando no orçamento, não gastariam toda a verba disponível devotando-as a deter mais suspeitos do que na tarefa de determinar a provável culpa daqueles já detidos.

³³ Quanto a segredos serem mantidos pelos membros do “Comitê de Vigilância” em relação aos demais parlamentares, veja-se este trecho: “The oversight committees also should be explicitly required to give a report to their colleagues, in secret session if necessary, as part of the debate on each two-month extension. Even here, they can hold back particularly sensitive details to reduce the risks of damaging leaks” (In: ACKERMAN. The Emergency Constitution. *Yale Law Journal*, n. 113, p. 1052, 2004).

³⁴ In: ACKERMAN. The Emergency Constitution. *Yale Law Journal*, n. 113, p. 1046, 2004.

³⁵ In: ACKERMAN. The Emergency Constitution. *Yale Law Journal*, n. 113, p. 1065, 2004.

3.3 O papel dos juízes

Ackerman é contra deixar nas mãos de juízes a decisão gerencial sobre emergências. Ackerman aponta o espanto dos constitucionalistas com a decisão de Hugo Black, juiz da Corte Suprema, no caso *Korematsu v. United States*:

Se Hugo Black desmoronou na tarefa, seus sucessores farão algo de melhor? Outra má decisão terá muito piores conseqüências. A guerra contra o Japão teve fim; a guerra contra o terror não terá.

O resultado é a normalização das condições de emergência — a criação de precedentes legais que autorizam medidas opressivas por tempo indeterminado.³⁶

Assim, Ackerman é contrário à participação de juízes nas decisões gerenciais emergenciais, e mais uma vez defende a necessidade de um novo modelo constitucional, avisando, porém, que seu modelo é para o terrorismo ocasional (“*episodic terrorism*”), não servindo para situações como aquela enfrentada por Israel (em estado de emergência há décadas, desde sua criação).³⁷ No entanto, Ackerman afirma que, embora os juízes não possam construir um regime emergencial adequado, possuem estes um papel vital na tarefa de mantê-lo, e propõe dois níveis de atuação judicial em sua “Constituição de Emergência”: (i) macrogerenciamento; (ii) microjulgamento.

3.3.1 Macrogerenciamento

“Os juízes deveriam dar uma segunda opinião sobre a decisão inicial do Presidente e do Parlamento de declarar um estado de emergência?” — pergunta-se Ackerman, para em seguida responder que é cético a uma intervenção judicial imediata.³⁸ Após um ataque terrorista, a decisão política é a melhor por ser mais rápida, não havendo tempo para uma revisão judicial. No entanto, Ackerman entende que os juízes têm um papel no macrogerenciamento da emergência constitucional: tal se daria quando, sendo derrotado no Parlamento, pela minoria, o Presidente ou Primeiro-Ministro tentasse continuar com o estado de emergência, buscando apoio popular. A oposição dos juízes ao regime emergencial transformaria a natureza da batalha política, transformando o governante em

³⁶ Nossa tradução. No original: “If Hugo Black fell down on the job, will his successors do any better? Another bad decision will have much worse consequences. The war with Japan came to an end, but the war against terror will not. The result is the normalization of emergency conditions — the creation of legal precedents that authorize oppressive measures without any end” (In: ACKERMAN. *The Emergency Constitution*. *Yale Law Journal*, n. 113, p. 1043, 2004).

³⁷ Cf.: ACKERMAN. *The Emergency Constitution*. *Yale Law Journal*, n. 113, p. 1045, 2004.

³⁸ No original: “Should judges be asked to second-guess the initial decision by the President or Parliament to declare a state of emergency? I am skeptical about the wisdom of immediate judicial intervention” (In: ACKERMAN. *The Emergency Constitution*. *Yale Law Journal*, n. 113, p. 1066, 2004).

inimigo de toda a ordem constitucional. A população, Ackerman dá a entender, se voltaria contra o governante, por não estar disposta a sacrificar o Estado de Direito (“*rule of law*”).

A “Constituição de Emergência” também autorizaria a concessão de *habeas corpus* logo após expirado o estado de emergência.

Por outro lado, a participação judicial também seria relevante se o Executivo abusasse da sonegação de informações ao “Comitê de Vigilância”, controlado pela minoria parlamentar.

3.3.2 Microjulgamento

Com o término da emergência, os promotores³⁹ deveriam soltar todos aqueles cuja detenção não possa ser sustentada por confiável evidência de envolvimento criminoso. Para Ackerman, isso faria com que os promotores, cientes da provisoriedade do estado de emergência em razão do “*supermajoritarian escalator*”, buscassem imediatamente por provas, e quando uma análise probatória inicial conduzisse a um vácuo de provas, os próprios promotores funcionariam como poderoso *lobby* em favor da libertação dos detidos.

Do lado dos juízes, Ackerman escreve que “Tão logo o Legislativo tome a iniciativa [de acabar com a emergência], os juízes irão reassumir seu papel normal no processo criminal, garantindo direitos individuais e proporcionando o devido processo legal”.⁴⁰ Ackerman é contrário, note-se bem, à participação dos juízes quando do início das prisões: “Não sou a favor de imediatas oitivas judiciais para avaliar as evidências para detenção em casos individuais”.⁴¹ Todavia, embora o juiz não devesse avaliar *evidências*, poderia haver audiência para ouvir o promotor sobre prisões específicas, para avaliar as *suspeitas* que as motivam.⁴²

³⁹ Embora no Brasil nem todos os membros do Ministério Públicos sejam chamados de “promotores”, havendo várias outras denominações (Procurador de Justiça, Procurador da República, etc.), optaremos por tal vocábulo para aludirmos aos “*prosecutors*” norte-americanos do texto de Ackerman.

⁴⁰ No original: “Once the legislature has taken the lead, judges will resume their normal role in the criminal process, safeguarding individual rights and providing due process of law” (In: ACKERMAN. The Emergency Constitution. *Yale Law Journal*, n. 113, p. 1069, 2004).

⁴¹ O parágrafo está assim redigido: “Begin by recalling that other aspects of our proposal will already provide some protection. The compensation provisions give the security services a bureaucratic interest in releasing innocent detainees, and the clear prospect of the termination of the emergency regime creates a similar incentive for government lawyers. Within this context, I do not favor immediate judicial hearings that weigh the evidentiary basis for detention in individual cases” (In: ACKERMAN. The Emergency Constitution. *Yale Law Journal*, n. 113, p. 1070, 2004).

⁴² Essa diferença entre *suspeita* (audiência inicial) e *evidência* (audiência de 45 a 60 dias após prisão) é crucial para entender a proposta de Ackerman sobre o funcionamento do Judiciário. Escreve Ackerman sobre a prisão abusiva baseada em ânimo pessoal: “While proving animus is always difficult, the procedural framework will make it possible. Although an evidentiary hearing may be deferred for forty-five or sixty days, the emergency constitution requires an immediate judicial hearing at which the prosecution must state the grounds of suspicion that support the detention” (In: ACKERMAN. The Emergency Constitution. *Yale Law Journal*, n. 113, p. 1075, 2004).

Se o agente público prendeu alguém por *razões pessoais ou racistas*, poderá ser punido posteriormente. O mesmo controle judicial inicial se daria se a Promotoria se aproveitasse do estado de emergência para prender suspeitos de crimes comuns (Promotores perderiam a licença, na sugestão de Ackerman). A audiência inicial também serviria para conferir identidade burocrática ao detido. Note-se, porém, que Ackerman não fala em decisão judicial *pro* liberdade nestas audiências iniciais. Seu ponto é o funcionamento adequado do sistema:

Exemplos de reclamações individuais indubitavelmente se acumularão para revelar outras práticas problemáticas na medida em que a experiência se desenvolver no tempo. O desafio tanto para as Cortes como para as Agências é aprender desta experiência e tomar medidas posteriores que farão a administração da emergência algo ao menos tolerável, se nunca satisfatória.⁴³

Após 45 a 60 dias, os promotores deveriam trazer ao juiz prova concreta (“*evidence*”) de envolvimento do detido em terrorismo (“*conspiracy*”, no original).

Os juízes teriam ainda relevante papel contra a tortura. “A decência, não a inocência, deve ser a principal preocupação. Não torturem os detidos. Isso deve ser regra absoluta, e os juízes devem reforçá-la vigorosamente”.⁴⁴ Trata-se de expressa crítica de Ackerman ao Professor Alan Dershowitz, que propõe que a questão da tortura deveria ser resolvida por autorização judicial (“*torture warrants*”), para casos extremos.⁴⁵

Para Ackerman, os juízes poderiam constituir Conselhos que visitariam os detidos. Isso reprimiria torturas feitas pelo governo.

Os detidos poderiam ter acesso a advogados, mas estes praticamente se limitariam a colher provas em favor do detido, que só seriam usadas após o fim do período de emergência.

Apenas em uma hipótese Ackerman sugere que os juízes poderiam decidir sobre a prisão, exigindo *evidências* para tanto. Se após 60 dias o detido fosse solto por falta de provas, mesmo perdurando o estado de emergência, para que este pudesse voltar a ser preso legalmente, deveria a acusação apresentar evidência nova e concreta de envolvimento criminoso, e submeteria a prisão às normas do direito penal comum.

⁴³ No original: “Patterns of individual complaints will undoubtedly accumulate to reveal other problematic practices as experience develops over time. The challenge for both courts and agencies is to learn from this experience and take ongoing measures that will make emergency administration tolerable, if never satisfactory” (In: ACKERMAN, Bruce. *The Emergency Constitution*. *Yale Law Journal*, n. 113, p. 1076, 2004).

⁴⁴ No original: “Decency, not innocence, should be their overriding concern. Do not torture the detainees. That should be an absolute, and judges should enforce it rigorously” (In: ACKERMAN, Bruce. *The Emergency Constitution*. *Yale Law Journal*, n. 113, p. 1071, 2004).

⁴⁵ Alan Dershowitz é Professor da *Harvard University*. Para aprofundamento em suas idéias sobre tortura, conferir seu livro *Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, publicado pela *Yale University Press*, p. 142-163, 2002.

4 As críticas de David Cole: o ponto cego da Constituição de Emergência

O Ensaio de David Cole formula severas críticas à doutrina da “Constituição de Emergência” de Bruce Ackerman. Divide-se em três partes, que pretende atacar três bases principais da doutrina de Ackerman: (i) suas premissas; (ii) sua eficácia; (iii) sua moralidade.

4.1 Críticas às premissas

Na Parte I do Ensaio, David Cole critica três das premissas de Ackerman na doutrina da “Constituição de Emergência”: (i) subestimação dos tribunais e superestimação das legislaturas como guardiães da liberdade; (ii) crença que o “*supermajoritarian escalator*” proporciona solução universal para a “pegadinha”⁴⁶ dos poderes emergenciais; (iii) afirmação do caráter de curta duração das emergências.

4.1.1 Cortes e legislaturas: subestimação dos tribunais e superestimação das legislaturas como guardiães da liberdade⁴⁷

Cole identifica que a principal troca que Ackerman propõe é eliminar a revisão judicial contemporânea da legalidade da detenção, a ser substituída por um “*supermajoritarian escalator*”.

Apesar dos eventuais enganos cometidos pelo Judiciário americano (como não ter questionado a suspensão do *habeas corpus* por Abraham Lincoln na Guerra Civil, o resultado do julgamento do caso *Korematsu* e a internação de japoneses na II Guerra Mundial, dentre outros exemplos), David Cole acredita que não se pode ignorar o papel desempenhado pelos tribunais. Estes, mesmo que tenham feito deferências ao Executivo em períodos de emergência, também cumprem função educativa, com a evolução jurisprudencial, limitando o que possa ser feito nas próximas situações de emergência.

Para Cole, o método do “*Common Law*” permite ajustes baseados nas lições da experiência e, diferentemente do ramo político, que pode e realmente ignora os pleitos daqueles que não têm poder, os tribunais têm a obrigação de ouvir os argumentos de todos aqueles que alegam terem sido prejudicados. Além disso, os tribunais devem apresentar razões para suas decisões (*dever de fundamentação*) o que, por força do *stare decisis*, restringe o que pode ser feito pelo Executivo em futuras emergências. E Cole alega, ainda, para destruir a base argumentativa

⁴⁶ No original a palavra usada foi “*conundrum*”. O dicionário Michaelis traduz o vocábulo como “enigma, charada”. Pensamos que “pegadinha” dá o tom irônico que David Cole parece querer aplicar ao texto.

⁴⁷ COLE, David. The Priority of Morality: The Emergency Constitution’s Blind Spot. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, p. 1761-1768, jun. 2004.

de Ackerman, em relação ao caso *Korematsu*, que a decisão tem sido invocada frequentemente apenas como lembrança de uma lição sobre o que *não* fazer em situações de emergência.

Reconhece Cole, é verdade, que Ackerman não afastou por inteiro a revisão judicial da prisão, já que tal seria possível após determinado prazo (que Ackerman sugere entre 45 a 60 dias). O controle judicial de legalidade, assim interpretamos, dar-se-ia num período *posterior remoto*, e não *antes* ou *imediatamente após* a prisão. O fim seria a punição dos agentes que tivessem efetuado prisões ilegais.

O problema, aponta Cole, é que, como Ackerman expressamente autorizaria a detenção sem qualquer base objetiva para suspeitas,⁴⁸ não fica claro o que uma detenção ilegal seria... Ackerman, segundo Cole, só dá dois exemplos de detenção ilegal, como a prisão por motivos pessoais ou por motivos racistas.⁴⁹ Então, critica Cole, "(...) até mesmo detenções inteiramente arbitrárias pareceriam ser permissíveis, contanto que não fossem baseadas somente em ânimo pessoal ou racial".⁵⁰

Na visão de Cole, não bastasse ser o Judiciário mais indicado para apreciar detenções preventivas, sob um *prisma positivo*, o Legislativo ainda seria menos indicado, sob um *prisma negativo*. Por estarem mais diretamente envolvidos com assuntos políticos, e por geralmente darem suporte às ações do Presidente da República, os congressistas seriam menos confiáveis no dever de proteção das liberdades.⁵¹ E Cole apresenta um argumento forte em favor do controle judicial de prisões:

⁴⁸ Aqui vai um comentário importante: Cole e Ackerman não usam a palavra "suspeita" no mesmo sentido. No texto de Ackerman, "suspeita" independe de provas, sendo diferente de "evidência". Cole usa "suspeita" como algo mais sólido, baseado em evidências. Essa distinção é fundamental para compreender-se adequadamente as críticas de Cole ao sistema constitucional de emergência proposto por Ackerman.

⁴⁹ Faremos justiça a Ackerman, para corrigir Cole, no sentido de que aquele apontou ainda a ilegalidade da prisão feita sob a proteção do estado de emergência, porém para crimes comuns sem qualquer relação com terrorismo. Para Ackerman, isso seria um abuso. No original: "A more systemic problem may arise if criminal prosecutors use emergency powers as a shortcut for ordinary procedures. Even though the prosecutor may not have enough evidence to move against a suspected car thief, why not call him a terrorist and subject him to immediate detention and interrogation? In these cases, structural remedies are even more important than damages: Not only should errant prosecutors lose their licenses to practice law, but errant prosecutorial offices should be required to take systematic steps to assure that such abuses do not recur" (In: ACKERMAN, Bruce. *The Emergency Constitution*. *Yale Law Journal*, n. 113, p. 1075, 2004). Entretanto, concordamos com Cole no sentido de que haveria margem para prisões arbitrárias no sistema proposto por Ackerman. Aliás, o próprio Ackerman reconhece esse "furo" em sua teoria. A propósito, ver nossa nota de rodapé nº 42.

⁵⁰ Nossa tradução. No original: "The only examples Ackerman posits — those driven by personal animus or based exclusively on race — are likely to be so rare as to be entirely inconsequential. Since the whole point of Ackerman's proposal is to authorize detention without suspicion, even wholly arbitrary detentions would appear to be permissible, so long as they were not based solely on personal or racial animus" (In: COLE, David. *The Priority of Morality: The Emergency Constitution's Blind Spot*. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, p. 1763-1764, jun. 2004).

⁵¹ Eis interessante trecho do texto de Cole sobre o assunto: "If anything, legislatures seem even less reliable than courts as protectors of liberty during times of crisis. The legislature generally rallies around the President, spurs him on, grants him expansive powers, and ratifies his initiatives: While a judicial decision comparing the Executive's conduct during the Palmer Raids to that of a "mob" was instrumental in checking this abuse of power, Congress's only response to the raids was to threaten impeachment of Acting Secretary of Labor

É especial falta de sabedoria dispensar as Cortes quando o assunto é o poder estatal de trancar seres humanos. Regra geral, os detidos tendem a não ter muita influência política ou simpatia do público; se tivessem, não seriam detidos em primeiro lugar. É improvável, portanto, que pessoas detidas consigam atenção dos ramos políticos; os únicos detidos que conseguiram atenção do Presidente Lincoln durante a Guerra Civil foram aqueles poucos que tinham influentes conexões políticas. Para uma pessoa atrás das grades, as Cortes são geralmente a única esperança, porque constituem o único ramo do governo obrigado a considerar a legalidade da prisão.⁵²

Para atacar Ackerman e seu exemplo do caso *Korematsu*, Cole lembra ainda que, durante a Segunda Guerra Mundial, o Congresso norte-americano, repetidamente, *destinou recursos para gerenciamento de campos de concentração de japoneses*.⁵³

David Cole não acredita em fantasias. Reconhece que as Cortes também estão suscetíveis a pressão política em tempos de crise, mas defende que estas estão mais protegidas contra influências políticas do que o Parlamento, e, a propósito, não há alternativa.⁵⁴

4.1.2 Solução universal do “*supermajoritarian escalator*”⁵⁵

Cole também critica a pretensão de Ackerman de propor um regime de emergência que seria destinado às “Constituições do mundo”, porque os poderes emergenciais não são iguais. Dentro mesmo da República norte-americana, após 11 de setembro, o governo norte-americano apontou diversas medidas (ex: esforços para limitar acesso a alvos potenciais; uso de medidas administrativas para combater o financiamento de grupos terroristas; uso potencializado das forças militares para capturar, prender e julgar o “inimigo”, etc.), que demandam diferentes assuntos normativos para o conflito liberdade-segurança, e apenas

Louis Post when he intervened to overturn many of the resulting deportations” (In: COLE. The Priority of Morality: The Emergency Constitution’s Blind Spot. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, p. 1764, jun. 2004).

⁵² Nossa tradução. No original: “It is especially unwise to dismiss the courts when it comes to the state’s power to lock up human beings. As a general rule, detainees tend not to have much political influence or public sympathy; if they did, they would not be detained in the first place. Detainees therefore are unlikely to get the attention of the political branches; the only detainees who got President Lincoln’s attention during the Civil War were those few with influential political connections. For a person behind bars, the courts are generally the only hope, because the courts are the only branch of government obligated to consider the legality of his detention” (COLE, David. The Priority of Morality: The Emergency Constitution’s Blind Spot. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, p. 1766, jun. 2004).

⁵³ Em suas exatas palavras: “During World War II, Congress repeatedly appropriated funds to run the Japanese internment camps” (COLE, David. The Priority of Morality: The Emergency Constitution’s Blind Spot. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, p. 1764, jun. 2004).

⁵⁴ Em suas exatas palavras: “Courts are of course no panacea; like all human institutions, they are subject to immense political pressure in times of crisis. But courts are surely less susceptible to those pressures than the politically responsive legislature and Executive, and thus there may well be no better alternative” (COLE, David. The Priority of Morality: The Emergency Constitution’s Blind Spot. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, p. 1767-1768, jun. 2004).

⁵⁵ COLE, David. The Priority of Morality: The Emergency Constitution’s Blind Spot. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, p. 1768-1773, jun. 2004.

alguns poucos desses assuntos poderiam ser resolvidos pelo “*supermajoritarian escalator*”. Cole ironiza, dizendo que “Ackerman procura uma bala mágica onde não há nenhuma”.⁵⁶

Além disso, uma das críticas mais fortes que Cole faz à proposta de Ackerman está na relação entre os poderes emergenciais do Executivo e o controle do tempo de duração do estado de emergência e conteúdo das medidas a serem adotadas, através do “*supermajoritarian escalator*”. Escreve Cole a respeito das propostas de Ackerman:

Sua solução é criativa e, se adotada, poderia até funcionar: o “*supermajoritarian escalator*” poderia realmente ser bem-sucedido na tarefa de pôr um fim ao estado de emergência de uma maneira tempestiva. Mas os limites temporais são apenas *um* problema com poderes emergenciais, e a solução para o assunto temporal deixa sem resposta a questão mais difícil que é precisamente quais poderes materiais deveriam ser atribuídos ao governo durante o período emergencial.⁵⁷

Ao comentar sobre prisões preventivas na história dos Estados Unidos (Palmer Raids, campos de concentração para japoneses e o arrastão Ashcroft), Cole argumenta: “O que estava errado com esses esquemas não era a *duração* da detenção, mas o fato de que a detenção não era, para todos os propósitos práticos, baseada em suspeitas”.⁵⁸

4.1.3 Duração das emergências⁵⁹

O “*supermajoritarian escalator*” de Ackerman baseia-se numa premissa

⁵⁶ Nossa tradução. No original: “(...), Ackerman seeks a magic bullet where there is none” (In: COLE. The Priority of Morality: The Emergency Constitution’s Blind Spot. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, p. 1757, jun. 2004).

⁵⁷ Nossa tradução. No original: “His solution is creative and, if adopted, might even work: The supermajoritarian escalator might actually succeed in putting an end to states of emergency in a timely manner. But time limits are only one problem with emergency powers, and a solution to the durational issue leaves unanswered the more difficult question of precisely what substantive powers ought to be assigned to the government for the duration of the emergency” (In: COLE. The Priority of Morality: The Emergency Constitution’s Blind Spot. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, p. 1756, jun. 2004).

⁵⁸ Mais uma vez queremos lembrar que Cole não usa o vocábulo “suspeita” no mesmo sentido de Ackerman. Cf. nossa nota de rodapé nº 47. Com relação à citação acima transcrita no corpo do artigo, não se pense, com isso, que David Cole defende prisão por tempo indeterminado, *ad eternum*. Fica claro no texto original que ele quer dar ênfase ao *conteúdo substancial* da prisão preventiva, demonstrando que Ackerman preocupou-se apenas, ou ao menos em maior grau, com a questão temporal. No original, o texto completo está assim redigido: “What was wrong with these schemes was not the duration of detention but the fact that detention was for all practical purposes suspicionless: Thousands of people who posed no danger were nonetheless rounded up, not based on objective, individualized suspicion, but often based in significant part on their perceived racial, ethnic, religious, or political identities. Developing rules to limit the duration of emergency powers is thus necessary but hardly sufficient to the design of an emergency regime. No matter how long they last, emergency powers pose a host of difficult tradeoffs, between values of liberty, privacy, autonomy, and equality on the one hand, and those of efficacy, efficiency, and security on the other. Those tradeoffs cannot be sidestepped or solved by supermajoritarian escalators” (In: COLE. The Priority of Morality: The Emergency Constitution’s Blind Spot. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, p. 1769, jun. 2004).

⁵⁹ COLE, David. The Priority of Morality: The Emergency Constitution’s Blind Spot. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, p. 1773-1775, jun. 2004.

(falsa) de que emergências são provavelmente de curta duração. A preocupação de Ackerman de que o governo se torne muito forte no longo prazo, fez-lhe conceber a idéia do “*supermajoritarian escalator*” para limitar, no tempo, o estado de emergência. O problema, para Cole, é que:

De fato, há substancial evidência de que não é provável que emergências tenham vida curta como Ackerman coloca. Considere-se a experiência do período posterior a 11 de setembro nos Estados Unidos. Mais de dois anos após os ataques,⁶⁰ Osama Bin Laden permanece livre, a Al-Qaeda continua uma ameaça mortal, novas medidas de segurança são adotadas quase semanalmente, e o governo repetidamente teve que emitir sinais de alerta e cancelar muitos vôos aéreos (apesar das substanciais reclamações por agir assim). A realidade é que pelo tempo que uma organização de terroristas devotada e treinada planeje assassínatos de tantos civis inocentes quantos puder, a ameaça continua.⁶¹

Por outro lado, argumenta Cole, a experiência de outras nações ilustra o potencial para duração de longo prazo das emergências.⁶²

Apesar dos argumentos de Ackerman, que conduzem à idéia de controle de continuidade do estado de emergência pela minoria parlamentar (principalmente no momento em que se tornam necessários 80% dos votos para continuidade do estado de emergência), Cole não considera louvável a iniciativa: “O requerimento de 80% significa que depois de seis ou sete meses, 21% dos representantes da nação poderiam romper com os poderes de emergência, mesmo quando 79% decidissem prosseguir”.⁶³ E lança uma pergunta pragmática: “Especialmente quando se tratam de emergências inerentemente imprevisíveis, por que a maioria se comprometeria previamente a tal esquema?”⁶⁴

⁶⁰ Lembramos que o artigo de David Cole foi publicado em 2004.

⁶¹ Nossa tradução. No original: “In fact, there is substantial evidence that emergencies are not likely to be as short-lived as Ackerman posits. Consider the post-September 11 experience in the United States. More than two years after the attacks, Osama bin Laden remains at large, al Qaeda continues to pose a deadly threat, new security measures are adopted almost weekly, and the government has repeatedly had to issue heightened alerts and cancel many airplane flights (despite suffering substantial criticism each time it does so). The reality is that as long as a trained and devoted organization of terrorists has designs on killing as many innocent civilians as it can, the threat continues” (In: COLE. *The Priority of Morality: The Emergency Constitution’s Blind Spot*. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, p. 1774, jun. 2004).

⁶² Interessante notar que Israel é país de exemplo tanto de Ackerman (nota de rodapé n° 40 do Ensaio “*The Emergency Constitution*”) quanto de Cole (p. 1774). É que Israel está em estado de emergência desde sua criação, em 1948, conforme já noticiamos. Enquanto Ackerman sustenta que o estado de emergência deve ser temporário, servindo para “terrorismo episódico” (p. 1045), Cole sustenta que o estado de emergência deve ser real, adaptando-se ao tempo necessário para reestabelecer a ordem. O que para Ackerman é uma grande vantagem da “Constituição de Emergência”, para Cole é exatamente uma das grandes falhas do “*supermajoritarian escalator*”.

⁶³ Nossa tradução. No original: “The eighty-percent requirement means that after six to seven months, twenty-one percent of the nation’s representatives could disband emergency powers even when seventy-nine percent agree that emergency conditions continue” (In: COLE. *The Priority of Morality: The Emergency Constitution’s Blind Spot*. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, p. 1774, jun. 2004).

⁶⁴ Nossa tradução. No original: “Especially when it comes to inherently unpredictable emergencies, why would the majority ever precommit to such a scheme?” (In: COLE, David. *The Priority of Morality: The Emergency Constitution’s Blind Spot*. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, p. 1775, jun. 2004).

4.2 Críticas à eficácia

A Parte II do Ensaio volta-se aos detalhes, procurando apontar as falhas da doutrina Ackerman sob o ponto de vista da eficácia, que seriam: (i) os limites que Ackerman prescreve não fariam nada para responder aos abusos de detenção preventiva que, segundo Cole, se tornaram tão evidentes no período posterior a 11 de setembro; (ii) o sistema de Ackerman de compensação financeira, após a detenção, falha quando confrontado com questões básicas — como quem merece e por que merece a compensação; (iii) muitas e talvez a maioria das prisões preventivas nunca seriam afetadas pelo “*supermajoritarian escalator*”, porque ocorreriam nas semanas iniciais seguintes aos ataques.

4.2.1 Os abusos de detenção preventiva⁶⁵

Para Cole, “mesmo que a proposta de Ackerman se tornasse lei, faria pouco para restringir a real prática de detenção preventiva em emergências”.⁶⁶ Ou seja, a proposta de Ackerman simplesmente não funcionaria. As anteriores campanhas de Palmer e Ashcroft mostram que a prisão preventiva em massa não requer um regime de emergência, pois outros diplomas legais foram usados (por exemplo, legislação criminal e de imigração). O Executivo, portanto, escolhendo operar por outros meios, não precisaria se preocupar com o “*supermajoritarian escalator*”. Poderia, por exemplo, utilizar-se da seção 412 do “*USA Patriot Act*”.

4.2.2 O que a inocência tem a ver com tudo isso?⁶⁷

Com essa pergunta provocativa Cole inicia um tópico inquietante, em que afirma que o conceito de inocência em Ackerman não está bem definido. E se o sujeito sofresse prisão preventiva sem suspeita fundada, em razão de terrorismo, e acabasse condenado por outro crime qualquer? A condenação seria válida? Cole entende que não, porque não havia motivo para a prisão preventiva que conduziu às provas. Mas a crítica de Cole é que Ackerman não esclareceu tais pontos.

E quem receberia a compensação financeira por ser inocente e ter ficado preso? E, no outro extremo, se o sujeito fosse preso por forte e fundada suspeita de envolvimento com terrorismo e fosse declarado inocente ao final... Aquele que no atual regime não faria *jus* a qualquer indenização (posto que presentes

⁶⁵ COLE, David. The Priority of Morality: The Emergency Constitution's Blind Spot. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, p. 1775-1780, jun. 2004.

⁶⁶ Nossa tradução. No original: “Even if Ackerman's proposal were to become law, it would likely do little to restrain the actual practice of preventive detention in emergencies” (In: COLE. The Priority of Morality: The Emergency Constitution's Blind Spot. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, p. 1775, jun. 2004).

⁶⁷ COLE, David. The Priority of Morality: The Emergency Constitution's Blind Spot. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, p. 1780-1784, jun. 2004.

os pressupostos da prisão preventiva no direito comum), seria financeiramente recompensado.

Cole critica severamente, por *incongruência lógica*, a proposta de Ackerman de permitir ao governo prender suspeitos sem causa provável ou mesmo suspeita razoável (i.e., baseada em evidências), mediante um sistema de recompensa financeira. Argumenta Cole:

Essa solução falha em conciliar uma contradição fundamental em sua proposta: Ackerman quer autorizar a detenção sem suspeita, mas ao mesmo tempo quer prevenir a detenção de pessoas inocentes. O problema é que se a detenção sem suspeita for expressamente autorizada, não haverá nada de ilegal em deter pessoas inocentes. E, da mesma maneira, se é errado deter pessoas inocentes, como o programa de recompensas de Ackerman parece sugerir, por que se livrar do marco da exigência de suspeita em primeiro lugar?⁶⁸

David Cole critica ainda a proposta de Ackerman de que os inocentes sejam financeiramente recompensados e o governo tenha *ação de regresso* contra os terroristas considerados culpados.⁶⁹ Esse argumento de Ackerman geraria alguns problemas, como a enorme dificuldade em recuperar-se vultosas somas monetárias de pessoas condenadas e presas, e, além disso, poder-se-ia estimular condenações exageradas para diminuir as indenizações a serem pagas, prejudicando inocentes.⁷⁰

4.2.3 O que o “*supermajoritarian escalator*” tem a ver com tudo isso?⁷¹

O raciocínio de Cole nos parece incontestável: como a maioria das pessoas seria presa no período imediatamente posterior aos ataques terroristas, e considerando-se que se passariam meses até que o “*supermajoritarian escalator*” passasse a exigir 60% ou 80% de aprovação parlamentar, a grande maioria dos indivíduos seriam soltos não em razão do “*supermajoritarian escalator*”, mas sim em razão da expiração do prazo limite de prisão, que o próprio Ackerman estipulou entre

⁶⁸ Nossa tradução. No original: “Yet this solution fails to reconcile a fundamental contradiction in his proposal: Ackerman wants to authorize detention without suspicion, but at the same time wants to deter detention of innocent persons. The problem is that if detention without suspicion is expressly authorized, there is nothing illegal about detaining innocent persons. And by the same token, if it is wrong to detain innocent persons, as Ackerman’s compensation scheme seems to imply, why dispose of the threshold requirement of suspicion in the first place?” (In: COLE. The Priority of Morality: The Emergency Constitution’s Blind Spot. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, p. 1757, jun. 2004).

⁶⁹ Essa proposta de Ackerman está na nota de rodapé nº 88 de seu já mencionado Ensaio “*The Emergency Constitution*”.

⁷⁰ Em nosso entender, Ackerman se contradiz, novamente, pois sua idéia de “ação regressiva” depõe contra a “eficiência burocrática” que ele argumenta advir dos gastos com compensação. Veja-se item 3.2 deste artigo.

⁷¹ COLE, David. The Priority of Morality: The Emergency Constitution’s Blind Spot. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, p. 1784, jun. 2004.

45-60 dias! Para Cole, “Examinada, a real implementação da proposta de Ackerman revela-se um hospedeiro de falhas estruturais e contradições internas”.⁷²

4.3 Críticas à moralidade⁷³

Escreve David Cole: “No fundo, o que é mais problemático sobre a proposta de Ackerman é seu julgamento normativo implícito: que é permissível trancar seres humanos sem demonstrar que são realmente perigosos a fim de ‘reafirmar’⁷⁴ o público norte-americano no despertar de um ataque terrorista”.⁷⁵

A Parte III do Ensaio traz três críticas morais à doutrina Ackerman da “Constituição de Emergência”: (i) autorizar detenção preventiva sem suspeita fundada é, com efeito, autorizar a inexistência de ordem legal (“*lawlessness*”), violando-se o Direito norte-americano e os direitos humanos na ordem internacional; (ii) qualquer esquema aceitável de detenção preventiva deve prever revisão judicial *durante* a prisão, não somente após a prisão já estar terminada, como quer Ackerman; (iii) não é admissível estabelecer-se uma função terapêutica para a prisão de inocentes no sentido de “reafirmar” a população assustada (Cole atinge o ápice de sua ironia quando diz que a detenção preventiva de Ackerman é “*therapeutic detention*”).

4.3.1 A necessidade da suspeita⁷⁶

Na ótica de Cole, “A detenção preventiva implica que há algo a prevenir-se. É normativa e constitucionalmente aceitável apenas quando há razão para crer que um indivíduo deixado livre represente algum sério perigo”.⁷⁷

A questão é: se a detenção em Ackerman não estiver amparada por parâmetros objetivos que justifiquem a suspeita sobre um indivíduo, de que o mesmo possa representar algum perigo, então, a que propósito preventivo serve a prisão?

⁷² Nossa tradução. No original: “Thinking through the actual implementation of Ackerman’s proposal reveals a host of structural flaws and internal contradictions” (In: COLE. The Priority of Morality: The Emergency Constitution’s Blind Spot. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, p. 1784, jun. 2004).

⁷³ COLE. The Priority of Morality: The Emergency Constitution’s Blind Spot. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, p. 1785-1799, jun. 2004.

⁷⁴ Cole se refere à “*reassurance rationale*” de Ackerman, já abordado neste artigo.

⁷⁵ Nossa tradução. No original: “At bottom, what is most troubling about Ackerman’s proposal is its implicit normative judgment: that it is permissible to lock up human beings without any showing that they are actually dangerous in order to ‘reassure’ the American public in the wake of a terrorist attack” (COLE. The Priority of Morality: The Emergency Constitution’s Blind Spot. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, p. 1785, jun. 2004).

⁷⁶ COLE, David. The Priority of Morality: The Emergency Constitution’s Blind Spot. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, p. 1786-1791, jun. 2004.

⁷⁷ Nossa tradução. No original: “Preventive detention implies that there is something to prevent. It is normatively and constitutionally acceptable only where there is reason to believe that an individual left free poses some serious danger” (COLE. The Priority of Morality: The Emergency Constitution’s Blind Spot. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, p. 1786, jun. 2004).

Cole até admite algum tipo de diminuição das exigências de demonstração de suspeição sobre um indivíduo, para tornar menos rigorosos os critérios que determinem a legalidade da prisão em razão de terrorismo; não concorda é com a abolição total desta necessidade demonstrativa.⁷⁸

Como Cole bem observa, várias outras nações rejeitam a prisão preventiva sem suspeita *fundada*. Até mesmo Israel, que há décadas convive com o terrorismo, já decidiu, em *habeas corpus*, que a detenção preventiva “requer que a autoridade coatora possua uma base de evidências suficiente para estabelecer suspeita contra o indivíduo detido (paciente)”.⁷⁹

4.3.2 A necessidade de revisão judicial⁸⁰

Cole reconhece que Ackerman quer apenas diferir a análise judicial da legalidade da detenção, não excluí-la por completo. Mas escreve: “Conforme apontado acima, porque a autoridade da detenção preventiva de Ackerman não requer qualquer base objetiva de suspeita para a detenção, para começar, resta incerto o que uma revisão judicial *a posteriori* realizaria”.⁸¹

Outro brilhante argumento de Cole se dá com relação à tortura. Ackerman expressamente se posiciona contra a tortura em seu texto, e o faz em crítica ao Professor Alan Dershowitz, que, como já vimos, defende a tortura em situações extremas, desde que haja uma “ordem judicial de tortura” (“*torture warrant*”). Então, escreve Cole, atacando Ackerman: “A detenção preventiva obviamente não se classifica na mesma categoria da tortura. Mas a detenção arbitrária ou sem suspeita fundada se aproxima. Como observado pelo Comitê de Direitos Humanos, a detenção arbitrária, como a tortura, viola uma norma peremptória do direito internacional, significando que não pode ser justificada nem mesmo nas emergências”.⁸²

⁷⁸ No original consta: “The stakes in an emergency may well justify temporary detention on a less stringent showing of dangerousness than would be required during normal times. But to dispense altogether with the threshold requirement of suspicion makes no sense” (COLE. The Priority of Morality: The Emergency Constitution’s Blind Spot. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, p. 1787, jun. 2004).

⁷⁹ H.C. 3239/02, Marab v. IDF Commander in the W. Bank, 57(2) P.D. 349, 364, *apud* COLE, David. The Priority of Morality: The Emergency Constitution’s Blind Spot. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, p. 1789, jun. 2004, nota de rodapé nº 142.

⁸⁰ COLE. The Priority of Morality: The Emergency Constitution’s Blind Spot. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, p. 1791-1795, jun. 2004.

⁸¹ Nossa tradução. No original: “And as noted above, because Ackerman’s preventive detention authority would not require any objective basis of suspicion for detention in the first place, it is unclear what post hoc judicial review would accomplish” (In: COLE. The Priority of Morality: The Emergency Constitution’s Blind Spot. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, p. 1792, jun. 2004).

⁸² Nossa tradução. No original: “Preventive detention plainly does not fall into the same category as torture. But *suspicionless* or *arbitrary* detention comes close. As the Human Rights Committee has noted, arbitrary detention, like torture, violates a peremptory norm of international law, meaning that it cannot be justified even in emergencies” (In: COLE. The Priority of Morality: The Emergency Constitution’s Blind Spot. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, p. 1795, jun. 2004).

É como se Cole estivesse perguntando: se Ackerman é contra a tortura, como pode aceitar a prisão de inocentes? Isso não se assemelharia a tortura?

4.3.3 A detenção terapêutica

Para Ackerman, as medidas de emergência são postas para reafirmar à população que a soberania está no comando e pode responder eficazmente aos ataques (“*reassurance rationale*”). Cole acusa Ackerman de utilizar as bases utilitaristas mais cruéis, ferindo o “imperativo categórico” de Kant, usando pessoas como meio, e não como fim, violando inclusive as próprias versões utilitaristas mais sofisticadas (John Rawls) e ainda por cima gerando mais insegurança, já que, se inocentes estão detidos, onde estão os terroristas? A “*reassurance rationale*” não se sustenta na própria teoria de Ackerman. Aliás, como bem observado por Cole, “Deveras, a detenção preventiva sem suspeita fundada para reafirmar o público parece violar até mesmo a própria moldura de Ackerman para uma ordem política moralmente justa”.⁸³

5 Conclusões

Ackerman, ao que parece, teve boas intenções (ao menos é o que ele tenta demonstrar logo no início de seu Ensaio). Sua idéia, com a propositura da doutrina da “Constituição de Emergência”, é limitar o uso político de situações críticas, e, digamos assim, evitar males maiores que o próprio ataque terrorista, prevendo possibilidades de controle constitucional para as ações do Executivo.

No entanto, se a intenção era boa, a escolha constitucional foi péssima. Por várias razões, a proposta de Ackerman é *injustificável*. Primeiro, porque pôr inocentes na prisão apenas para acalmar o resto da população, e para ingressar numa espécie de *loteria investigativa*, como queremos chamar a prisão preventiva em massa sem evidências de envolvimento dos indivíduos em atividade terrorista, é grave desrespeito aos direitos humanos. Segundo, porque pretender que a prisão de inocentes em massa, de forma preventiva, possa ser reparada por um programa de recompensas financeiras, é quase permitir ao Estado a compra da liberdade de seres humanos. E sem pagamento à vista, mas a crédito! O reparo financeiro, ademais, é insuficiente, porque existem várias outras máculas derivadas desse tipo de prisão, como grave dose de *stress*, eventual surgimento de doenças psiquiátricas ou mesmo físicas, perturbação ou até desfazimento de laços familiares e de amizade, sem mencionar a condição que o inocente carregará

⁸³ Nossa tradução. No original: “Indeed, suspicionless preventive detention to reassure the public appears to violate even Ackerman’s own framework for a morally just political order” (In: COLE. The Priority of Morality: The Emergency Constitution’s Blind Spot. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, p. 1798, jun. 2004).

pelo resto da vida de ter sido preso por suposto envolvimento com terrorismo (ainda que tal suposição se dê sem indícios sérios).

Ackerman faz um *discurso de gabinete*, esquecendo-se da realidade humana nas ruas. Várias outras maneiras de controle, numa *democracia*, podem ser eficazes para prisões preventivas em massa. Se o uso político de situações de crise fosse a justificativa para o Executivo cometer desrespeitos à legislação, poder-se-ia provocar o *impeachment* do Presidente da República por atentar contra direitos humanos. É bem verdade que a maioria parlamentar seria necessária, enquanto que no “*supermajoritarian escalator*” a minoria tem o poder. Mas, se não se puder confiar na democracia em situações de grave violação de direitos humanos em massa pelo próprio Presidente da República, então, em que momento se haveria de confiar no Congresso, e para que função institucional mais relevante este serviria?

O próprio funcionamento do Judiciário livre e independente concedendo ordens de *habeas corpus* poderia ser suficiente, ao menos numa democracia. Por que Ackerman ao invés de propor o “*supermajoritarian escalator*” não propôs um sistema de “*habeas corpus coletivo de paciente inominado*” (nossa nomenclatura), onde todos os presos preventivamente em massa deveriam ser liberados por decisão da Corte Suprema? Seria muito mais simples, e possivelmente mais inteligente. E se o Presidente da República não cumprisse a determinação judicial, escondendo prisioneiros? A mera descoberta de tal conduta caracterizaria o atentado grave contra a independência dos Poderes e o próprio Estado de Direito, também servindo suficientemente ao impedimento do Presidente da República. E se agentes públicos assumissem a culpa para preservar o Presidente? A doutrina jurídica poderia se antecipar criando tipos penais com severas punições para tais hipóteses, que poderiam ser tipificadas como crimes de responsabilidade. Não nos esqueçamos, ainda, do poder das críticas da imprensa livre, pressão popular, e assim por diante, além do próprio *habeas corpus* individual.

Por outro lado, se não for democrático o país em que se pratiquem prisões preventivas em massa, por que razão se acreditaria no “*supermajoritarian escalator*”? Por que um governo de tendências autoritárias obedeceria a ordens do Parlamento? E existira Parlamento em situação de emergência? Lembremos que a “Constituição de Emergência” de Ackerman é para os vários países do mundo...

Ou seja, a doutrina da “Constituição de Emergência” de Ackerman não tem utilidade nenhuma, seja num país democrático, seja num país autoritário. Muito pelo contrário, ao menos em um país democrático, só serviria para permitir ao Presidente da República que, *legitimado pela própria Constituição*, cometesse a atrocidade de tolher a liberdade de ir e vir (dentre outras) de milhares, talvez milhões de indivíduos *inocentes*.

Não bastasse, a preocupação de Ackerman de justificar sua teoria sob o argumento de que as pessoas deveriam estar protegidas contra uso político de situações de crise é exatamente o maior fundamento para rejeitar a doutrina da “Constituição de Emergência”. O uso político da prisão de inocentes, legitimado pela Constituição, seria muito mais grave. Ackerman quer apagar o fogo jogando nele substância inflamável. É uma contradição absurda! Aliás, contradição tão grande, que é possível pôr-se em xeque até mesmo as intenções de Ackerman: queria proteger direitos ou permitir, por *doublespeaking*, a constitucionalização de um Estado policial (ainda que temporariamente) de vestes democráticas? Eis as palavras prudentes (embora contundentes — e, acreditem, essa é uma junção logicamente possível) de David Cole, quando escreve:

Talvez 11 de setembro tenha “mudado tudo”, incluindo os próprios julgamentos morais de Ackerman, mas eu tenho a esperança de que não tenha alterado nosso compromisso comum de tratar as pessoas como fins em si mesmas. Se esse compromisso continuar, o desejo de reafirmar um público em pânico não pode justificar dispensar-se a suspeita e a revisão judicial tempestiva, os necessários pré-requisitos para qualquer sistema de detenção preventivo sensível e normativamente aceitável. Meu pleito não está em dizer que a prisão preventiva jamais seja justificável, porque claramente a mesma é justificável em apropriadas circunstâncias; meu pleito é o de que a detenção preventiva sem suspeita e sem revisão judicial não se justifica em nome de fazer o público sentir-se melhor.⁸⁴

Aliás, cumpre lembrar que, após algum tempo (seis a sete meses), o “*supermajoritarian escalator*” de Ackerman conduziria a um poder absurdo às minorias. Ora, se o objetivo de Ackerman é proteger a democracia, por que coloca nas mãos de apenas 21% dos representantes da nação a continuidade do estado de emergência, se o pressuposto lógico de toda a doutrina da “Constituição de Emergência” é permitir a proteção dos cidadãos, proporcionando-lhes maior segurança contra ataques terroristas? E se o objetivo de Ackerman é proteger os cidadãos do uso político do medo, não seria correto pensar-se, ao contrário de

⁸⁴ Fica assim esclarecido, portanto, que nem David Cole, nem nós mesmos, estejamos contrários a todo e qualquer tipo de prisão preventiva. Na própria legislação processual penal brasileira, para vários tipos de ilícitos penais, é prevista a possibilidade de decretação de prisão preventiva, que inclusive é aceita pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como constitucionalmente possível. A prisão preventiva em massa na forma proposta por Bruce Ackerman é o que combatemos. No original consta: “Perhaps September 11 “changed everything,” including Ackerman’s own moral judgments, but I hope it did not alter our common commitment to treat people as ends in themselves. If that commitment continues, the desire to reassure a public in panic cannot justify dispensing with suspicion and timely judicial review, the necessary prerequisites to any sensible and normatively acceptable system of preventive detention. My claim is not that preventive detention is never justified, for it clearly is under appropriate conditions; my claim is that preventive detention without suspicion and without judicial review is not justified in the name of making the public feel better” (In: COLE. The Priority of Morality: The Emergency Constitution’s Blind Spot. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, p. 1759, jun. 2004).

Ackerman, que concentrar em 21% do Parlamento poderes para decidir sobre a continuidade da emergência constitucional favorece exatamente o uso político do medo pelos parlamentares da minoria? A proposta de Ackerman é de que a minoria controle o Executivo e o próprio Parlamento, evitando abusos na duração do estado de emergência? Mas, quem protege a população de uma abrupta e antecipada interrupção do estado de emergência pela decisão imatura de uma minoria? Quem controla a minoria? E se a minoria é oposição e, portanto, tem maiores dificuldades em obter vantagens do Executivo, que negociações poderiam ocorrer em detrimento do interesse público (segurança nacional), lembrando ainda que a proposta de Ackerman é para todos os países do mundo, independente do seu grau interno de corrupção?

Ainda, a doutrina de Ackerman é perigosa, porque *justifica a inoperância estatal*. O fato verdadeiro é que o Estado não descobriu ainda mecanismos eficientes para combater o terrorismo. A prisão preventiva em massa nada mais é que a absoluta incompetência do Estado em prender, rapidamente e com evidências suficientes, os verdadeiros culpados de atos terroristas (ao menos quando estes sobrevivem).

A sensação de insegurança é tão grande, que Ackerman parece querer tornar constitucionalmente possível a prisão de inocentes para dar à população a sensação de segurança que lhe falta. Mas isso não é segurança verdadeira. Ora, como se sentir seguro, se além de ser morto ou ferido por um terrorista, um cidadão respeitável ainda pode vir a ser preso pelo Estado por suspeita de terrorismo, e mesmo sem quaisquer indícios contra si? Não bastaria ser honesto; não bastaria também ser e parecer honesto; haveria que parecer honesto, ser honesto e gozar de boa sorte. Ackerman põe a liberdade individual no conteúdo inaceitável da álea, pois apenas com boa sorte não se poderia ser preso. É como se o sistema jurídico passasse a ditar: "Jamais seja um terrorista; jamais pareça um terrorista; jamais esteja no lugar errado e na hora errada". Ora, a segurança jurídica de um sistema normativo advém exatamente da previsibilidade de condutas e respostas estatais, não da álea. Ao invés de um inimigo, o cidadão inocente passa a ter dois. E o pior de tudo é que um desses inimigos agiria protegido pela lei! Se o Presidente da República pode, por meios constitucionalmente autorizados, prender o inocente, afastada a revisão judicial, a quem este apela? Ao Papa? E Bruce Ackerman fala em "*checks and balances*" em sua doutrina...

A doutrina de Ackerman, sob o pretexto de fomentar uma solução baseada no Estado de Direito, é totalmente contrária ao Estado de Direito, que surgiu exatamente para coibir o poder do Soberano de mandar tolher liberdades sem motivo justificável e fato reprovável comprovado. O "*supermajoritarian escalator*", é

bem verdade, parece querer coibir esses atos “absolutistas”. Mas, quando? Depois de meses que o inocente está na prisão? Aí, já terá havido violação à liberdade. Ackerman conseguiu a reprovável proeza de colocar na mesma arena o Estado de Direito em briga com o próprio Estado de Direito.

Concluimos, portanto, que a doutrina de Ackerman da “Constituição de Emergência” é *logicamente falha*, porque contraditória; *humanitariamente injusta*, por legitimar constitucionalmente poderes estatais imorais, permitindo a prisão de inocentes; *juridicamente desprovida de coerência material*, por estar em desacordo, substancialmente, com o Estado de Direito; *politicamente caótica*, por pretender impedir o uso político do medo pelo Executivo, simultaneamente autorizando o mesmo uso político do mesmo medo, pela minoria parlamentar; *socialmente inviável*, por desconsiderar mecanismos democráticos, como o *impeachment*, em prol de uma aventura teórico-constitucionalista cujas conseqüências práticas são rigorosamente imprevisíveis; e, por último, *objetivamente cínica*, porque quer fazer surgir uma sensação de segurança onde só existe a real incapacidade do Estado de construir mecanismos humanitariamente eficazes de prevenção e combate ao terrorismo.⁸⁵

Abstract: After terrorist attacks of September 11, carried out by Al-Qaeda, northamerican constitutional debates have focused on national security and limits to civil liberties. “Emergency Constitution” Ackerman’s doctrine is scrutinized in this article, under northamerican constitutional Professor David Cole’s perspective of the matter.

Keywords: Terrorism. Fundamental Rights. Emergency Constitution.

Referências

ACKERMAN, Bruce. The Emergency Constitution. *The Yale Law Journal*, n. 113, 2004, p. 1029-1091. Disponível em: <http://yalelawjournal.org/113/5/1029_bruce_ackerman.html>. Acesso em: 15 jun. 2008.

ALLEN, Mike. Bush Calls Farm Subsidies a National Security Issue; Cattlemen Hear Promises of Continued Support. *Washington Post*, 9 fev. 9, 2002, p. A4.

COLE, David. The Priority of Morality: The Emergency Constitution’s Blind Spot. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, p. 1753-1800, jun. 2004.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The 9/11 Comission Report (Final Report of the National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States). Prefácio, p. XV. Disponível em: <<http://www.9-11commission.gov/report/911Report.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2008.

⁸⁵ “Objetivamente cínica” é expressão que aqui significa dizer que a *teoria em si* é cínica em seu conteúdo, não significando, de maneira alguma, qualquer análise sobre o caráter do constitucionalista norte-americano Bruce Ackerman enquanto jurista, professor ou pessoa humana.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist*, n. 51 (The Gideon Edition). Indianápolis: Liberty Fund, 2001.

HARDIN, Russell. Civil liberties in the era of mass terrorism. *The Journal of Ethics* 8: 77-95. Holanda: Kluwer Academic Publishers, 2004. Disponível em: <<http://www.nyu.edu/gsas/dept/politics/faculty/hardin/research/CivLiberties.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2008.

LYNCH, Timothy. Doublespeak and the War on Terrorism. Cato Institute's Project on Criminal Justice. *Briefing Papers*, n. 89, 6 Set. 2006. Disponível em: <<http://www.cato.org/pubs/bp/bp98.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2008.

LUTZ, William. *The New Doublespeak: Why No One Knows What Anyone's Saying Anymore*. Nova Iorque: HarperCollins, 1996.

O'CONNOR, Sandra Day. Balancing Security, Democracy and Human Rights in an Age of Terrorism. In: PIORE, Adam. *Civil Rights in an age of terrorism*. *The Record: News and ideas for the Columbia Community*, Columbia University, v. 33, n. 5, 19 Nov. 2007. Disponível em: <<http://www.columbia.edu/cu/record/archives/vol33/vol3305.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2008.

PIOUS, Richard M. *The war on terrorism and the rule of law*. Los Angeles: Roxbury Publishing Company, 2006.

TREVISAN, Rosana (Org.). *Michaelis: moderno dicionário inglês-português, português-inglês*. São Paulo: Companhia Melhoramentos. 2. ed., 7. impressão, 2006.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ARAÚJO, Thiago Cássio d'Ávila. Terrorismo, direitos fundamentais e os aspectos críticos da teoria da Constituição de Emergência. *A&C- Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 34, p. 175-205, out./dez. 2008.