

**ESTADO DE EXCEÇÃO E AMEAÇA A DIREITOS  
FUNDAMENTAIS: A DISCUSSÃO EM TORNO DOS  
PODERES DO PRESIDENTE DOS ESTADOS  
UNIDOS DA AMÉRICA NOS CASOS DE  
GUERRA E DE COMBATE AO TERROR  
A Tese do Presidencialismo Unitário de  
John Yoo e seus Críticos**

***STATE OF EXCEPTION AND THE THREAT TO FUNDAMENTAL  
RIGHTS: THE DISCUSSION OF PRESIDENTIAL POWERS IN  
WAR TIMES AND IN THE WAR ON TERROR  
John Yoo's Unitary Presidentialism Thesis and its Critics***

ARNALDO SAMPAIO DE MORAES GODOY<sup>1</sup>

RESUMO: O texto explora o tema do estado de exceção no contexto da permanente ameaça a direitos fundamentais. Tem-se como ponto de partida a reação norte-americana aos ataques terroristas que os Estados Unidos da América sofreram em 11 de setembro de 2001. Explora-se o pensamento de John Yoo, professor na Faculdade de Direito da Universidade da Califórnia (Berkeley), que trabalhou no Governo George W. Bush, e que é autor de ampla produção intelectual de tentativa de justificação da reação norte-americana, bem como de vários pareceres jurídicos, nesse mesmo sentido. Explora-se também excertos e impugnações de Jack Goldsmith, que trabalhou com John Yoo. Conclui-se que a tese do estado de exceção, no caso, centrada na ideia de presidencialismo unitário, é instrumento de permanente ameaça a direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de Exceção; Presidencialismo Unitário; Combate ao Terrorismo; Direitos Fundamentais; John Yoo; Jack Goldsmith.

---

*Artigo recebido em 23.07.2014. Pareceres emitidos em 29.09.2014 e 03.10.2014.*

*Artigo aceito para publicação em 06.10.2014.*

<sup>1</sup> Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP (São Paulo/SP). Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP (São Paulo/SP). Pós-doutor em Teoria Literária pela Universidade de Brasília – UnB (Brasília/DF). Professor visitante na Faculdade de Direito da Universidade da Califórnia (Berkeley - CA, Estados Unidos). Consultor-Geral da União. [asmgodoy@gmail.com](mailto:asmgodoy@gmail.com)

**ABSTRACT:** The paper explores the concept of *state of exception* in the context of a permanent threat to the fulfillment of fundamental rights. The paper has as a departure point the North-American reaction towards the terrorists, whose action was unleashed on September, the 11th, 2001. It explores John Yoo's ideas. Yoo is a Law Professor at Berkeley and by the time he was a member of the staff of Bush administration. Yoo had also written many a memoranda concerning the issue. The paper also explores Jack Goldsmith, a paramount critic of Yoo's ideas and action. The paper concludes that the *state of exception* thesis is a permanent threat to the fulfillment of the agenda of fundamental rights.

**KEYWORDS:** *State of Exception*; Unitary Presidentialism; Fight against Terrorism; Fundamental Rights; John Yoo; Jack Goldsmith.

**SUMÁRIO:** Introdução e Contornos do Problema; 1. A Tese do Presidencialismo Unitário de John Yoo e as Tentativas de Justificativa do Desrespeito a Direitos Fundamentais; 2. As Denúncias de Jack Goldsmith, o Departamento de Estado e a Impugnação às Teses do Presidencialismo Unitário; Conclusões; Bibliografia.

**SUMMARY:** Introduction and the Surroundings of Problem; 1. John Yoo's Presidential Unitary Thesis and the Efforts to Justify the Politics of Non-compliance towards Fundamental Rights; 2. The Accusations of Jack Goldsmith, the State Department and the Criticism of the Unitary Presidentialism Thesis; Conclusion; Bibliography.

## **INTRODUÇÃO E CONTORNOS DO PROBLEMA**

Os poderes do presidente norte-americano nos casos de segurança nacional, política externa e ameaça ou crise eminente presumem-se *poderes emergenciais*. Os críticos dessa presunção de atuação governamental apontam perigo, especialmente para conquistas da agenda dos direitos fundamentais, especialmente quando o presidente norte-americano age em segredo, unilateralmente, e com base em informações inadequadas ou equivocadas<sup>2</sup>. Entre os presidentes norte-americanos, Harry Truman deu início a uma ação presidencial unilateral e independente do Congresso, quando determinou a invasão da Coreia. Um pouco antes, Franklyn Delano Roosevelt fizera algo parecido, ao longo da segunda guerra mundial, ordenando o confinamento de japoneses que viviam na costa oeste.

Os críticos dessa discricionariedade exagerada apontam que a adoção de medidas emergenciais sem oitiva do Congresso norte-americano revela desrespeito para com a segurança jurídica, atentado à fórmula da divisão dos poderes, de algum modo efetivamente ameaçando direitos<sup>3</sup>. Medidas de exceção seriam tomadas, segundo os defensores da política norte-americana do governo Bush, com base em resoluções do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas. Crítica-se essa premissa, no entanto, porquanto essa autorização não substituiria comando constitucional que demandasse autorização do Congresso, no que se refere a atuação presidencial, no caso de guerra, e de combate ao terrorismo.

---

<sup>2</sup> Cf. Louis Fisher, prefácio, in EDELSON, Chris. *Emergency Presidential Power - From Drafting the Constitution to the War on Terror*. Madison: The University of Wisconsin Press, 2013.

<sup>3</sup> Cf. Louis Fisher, cit.

É esse o pano de fundo do presente ensaio. No proscênio, explora-se o pensamento de John Yoo, presentemente professor na Faculdade de Direito da Universidade da Califórnia, Berkeley. Yoo nasceu em Seoul, na Coreia do Sul, em 1967, emigrando para os Estados Unidos ainda criança, com seus pais. Estudou História em Harvard e Direito em Yale. Domina a história norte-americana, conteúdo conceitual que utiliza na concepção de teses jurídicas. Yoo trabalhou no Departamento de Justiça dos Estados Unidos, de 2001 a 2003, época que redigiu pareceres que lhe valeram o epíteto de o advogado que teria justificado atos de tortura supostamente infligidos a acusados de práticas de terrorismo<sup>4</sup>. Yoo, nesse contexto, seria apontado como o jurista que subsidiara a atuação do governo norte-americana na guerra contra o terrorismo.

No presente ensaio apresenta-se do ideário de Yoo, bem como um conjunto de impugnações a essas ideias, identificadas especialmente em Jack Goldsmith, que trabalhou com Yoo no governo norte-americano. No núcleo, o ensaio acrescenta discussão, ainda que indireta, ao recorrente tema do estado de exceção como elemento argumentativo de enfrentamento à agenda dos direitos fundamentais.

Medidas necessárias de combate a ameaças de terrorismo poderiam autorizar a relativização do respeito aos direitos fundamentais? No presente ensaio argumenta-se em sentido contrário à essa possibilidade. Medidas supostamente necessárias de combate a ameaças de comunismo precisam respeitar a agenda dos direitos fundamentais, justamente porque esses direitos não são relativos ou parciais, ainda que essa afirmativa coloque-nos o risco de adesão a um fundamentalismo disfarçado<sup>5</sup>.

No entanto, as fórmulas argumentativas de John Yoo, firme em aspectos de história, justificam que se conheça as linhas centrais de seu raciocínio, bem como o método empregado. John Yoo argumenta com precisão. É também o tema da relação entre os intelectuais e o poder. De qualquer modo, contesta-se, no presente ensaio, o argumento de que o estado de exceção justificaria atuação presidencial ilimitada, em detrimento da afirmação da agenda dos direitos fundamentais, ainda que se reconheça a habilidade argumentativa do professor da Universidade de Berkeley, aqui estudado.

O problema central do artigo consiste no enfrentamento da concepção de que uma construção argumentativa bem elaborada seja condição necessária e suficiente para justificar conjunto de iniciativas que ameacem a plenitude

---

<sup>4</sup> A presente pesquisa foi realizada na Faculdade de Direito da Universidade da Califórnia-Berkeley, em janeiro e fevereiro de 2014. Inclusive, decorre de conversa pessoal com John Yoo, com quem várias das questões aqui colocadas foram discutidas. As teses de John Yoo encontram-se, basicamente, além dos memorandos, em YOO, John. *Crisis and Command - A History of Executive Power from George Washington to the Present*. New York: Kaplan, 2011.

<sup>5</sup> A expressão é de Ingo Wolfgang Sarlet. Conferir SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais - uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 460.

da defesa dos direitos fundamentais. A pesquisa justifica-se no contexto da necessidade da construção de objeções teóricas à utilização pura e simples de argumentos de fundo histórico que resultem em discursos de apologia à limitação e ao alcance dos direitos fundamentais. Trata-se de contribuição ao estudo do tema do estado de exceção.

## **1. A TESE DO PRESIDENCIALISMO UNITÁRIO DE JOHN YOO E AS TENTATIVAS DE JUSTIFICATIVA DO DESRESPEITO A DIREITOS FUNDAMENTAIS**

No contexto de várias denúncias de amplo conhecimento, e também no ambiente que seguiu aos ataques terroristas contra os Estados Unidos, alguns suspeitos (inclusive cidadãos norte-americanos) teriam sido presos sem que se respeitasse o devido processo legal. A tortura teria sido utilizada em interrogatórios. A vigilância de suspeitos teria sido conduzida, ilegalmente, sem autorização judicial. Pareceres jurídicos secretos teriam justificado atuação ostensiva da presidência dos Estados Unidos. Por outro lado, e esse o argumento contrário, temia-se que essas ações unilaterais ameaçariam o sistema político norte-americano<sup>6</sup>.

Em seguida aos ataques terroristas a ação presidencial norte-americana foi potencializada por um conjunto expressivo de documentos que expressavam posições jurídicas. Em 14 de setembro de 2001 o Presidente Bush proclamou o estado de emergência, assumindo as consequências decorrentes<sup>7</sup>. Em 25 de setembro de 2001 John Yoo encaminhou memorando a um assessor direto do Advogado-Geral norte-americano, defendendo a constitucionalidade de medidas de vigilância que então seriam tomadas<sup>8</sup>. No mesmo dia, John Yoo redigiu memorando que foi dirigido a um assessor direto do Presidente dos Estados Unidos, sustentando que o presidente detinha autoridade para conduzir operações militares contra terroristas e nações que os protegessem<sup>9</sup>.

Esse poder foi também objeto de considerações contidas em memorando que John Yoo endereçou a Alberto Gonzalez, que então atuava diretamente com o Presidente dos Estados Unidos; essas considerações foram enviadas em 23 de outubro de 2001; sustentava-se, mais uma vez, a amplitude do poder presidencial no sentido de usar forças militares no combate a terroristas.

Com base nesses memorandos o presidente norte-americano baixou ordem militar, datada de 13 de novembro de 2001, autorizando a detenção e o julgamento de indivíduos – que não eram cidadãos norte-americanos – e que eram acusados de atividades de apoio a grupos terroristas<sup>10</sup>. Esses documentos reverteram movimento da história norte-americana, de mitigação

---

<sup>6</sup> Cf. Louis Fisher, cit.

<sup>7</sup> Proclamation 7463 of September 14, 2001. Federal Register, vol. 66, nº 181.

<sup>8</sup> Esses documentos são acessados no website [www.torturingdemocracy.org](http://www.torturingdemocracy.org). No caso, Memorandum for David S. Kris, September 25, 2001.

<sup>9</sup> Memorandum opinion for the Deputy Counsel of the President, September 25, 2001.

<sup>10</sup> Military Order of November 13, 2001. Federal Register, vol. 66, nº 222.

do poder presidencial. John Yoo passa a ser o campeão da causa da ampliação dos poderes presidenciais.

No passado, os poderes do presidente dos Estados Unidos foram substancialmente limitados, logo após a renúncia de Richard Nixon, no contexto do caso Watergate, por força de algumas leis então votadas pelo Congresso norte-americano<sup>11</sup>. Os defensores da amplitude dos poderes presidenciais sustentam que o presidente dos Estados Unidos detém alguns poderes que seriam efetivamente inerentes ao exercício do cargo. A atuação de Ronald Reagan no caso *Irã-Contras* seria exemplo da aplicação desse conceito. Nesse episódio, sem autorização do Congresso, o governo norte-americano vendeu mísseis para o Irã, também com objetivo de obtenção de apoio para a libertação de reféns norte-americanos que estavam retidos no Líbano. Os recursos obtidos foram enviados também secretamente para grupos da Nicarágua, que lutavam contra o regime sandinista<sup>12</sup>. Trata-se do rumoroso caso *Irã-contras*.

No núcleo do pensamento que favorece a atuação unilateral do presidente dos Estados Unidos encontra-se a tese do *executivo unitário* (*unitary executive*). O presidente não teria sua ação limitada pelo Congresso ou pelo Judiciário. Atuaria de modo soberano no exercício do Poder Executivo, *unitariamente*, do mesmo modo que os poderes Legislativo e Judiciário também soberana e unitariamente atuariam em suas esferas respectivas de competência<sup>13</sup>. Exemplo dessa política de afirmação do Executivo norte-americano colhe-se em 9 de janeiro de 2002, quando John Yoo encaminhou memorando a outro assessor especial de Bush, sustentando a impossibilidade de aplicação de tratados internacionais em favor de agentes ligados ao terrorismo<sup>14</sup>.

No exercício do Poder Executivo, sustenta a tese unitária, é o presidente norte-americano quem dá a última palavra; todo o Executivo ao presidente pertenceria, por isso, unitariamente, ele o chefia. Decisões presidenciais não poderiam ser revistas por outros poderes. Porque cada um dos poderes conta com espaço específico de atuação, não se poderia cogitar do Legislativo ou do Judiciário algum tipo de intervenção nas decisões do Poder Executivo<sup>15</sup>. A tese do *executivo unitário* também sustenta que o Presidente detém poder para a interpretar a Constituição, especialmente no que se refere à compreensão de seus próprios poderes<sup>16</sup>.

A fundamentação constitucional dessa teoria estaria na leitura do art. II da Constituição dos Estados Unidos; refiro-me à chamada *cláusula de investidura* (*vesting clause*). Lê-se no referido art. II que o *Poder Executivo é*

---

<sup>11</sup> Principalmente, o *War Powers Act*.

<sup>12</sup> Cf. EDELSON, Chris, cit., p. 125.

<sup>13</sup> Cf. EDELSON, Chris, cit., loc. cit.

<sup>14</sup> Memorandum for William J. Haynes II, General Counsel, Department of Defense, January, 9, 2002.

<sup>15</sup> Cf. EDELSON, Chris, cit., loc. cit.

<sup>16</sup> Cf. EDELSON, Chris, cit., loc. cit.

*investido no Presidente dos Estados Unidos*. Contrasta-se essa cláusula com a regra do art. I, referente ao Poder Legislativo, e que dispõe que o Congresso é investido no referido Poder Legislativo, *naquilo que previsto na Constituição (herein granted)*<sup>17</sup>.

Quanto ao Congresso haveria, assim, uma restrição no uso de seus poderes. Isto é, o poder do Congresso somente poderia ser exercido naquilo que previsto no art. I da Constituição. Essa *cláusula de investidura* operaria de modo distinto quando aplicada ao Poder Executivo. Não haveria limitações ao exercício do Poder Executivo, como há em relação ao Poder Legislativo, porquanto a cláusula restritiva *naquilo que previsto na Constituição (herein granted)* somente se verifica no artigo constitucional que trata dos poderes do Congresso. Esse pensamento é nuclear na tese do *exercício unitário* da presidência dos Estados Unidos<sup>18</sup>.

Além do que, o art. II, 3, da Constituição dos Estados Unidos, dispõe que o presidente deve *cuidar* para que todas as leis sejam fielmente executadas. Trata-se da *cláusula de zelo (taking care clause)*. E se o presidente deve zelar para que todas as leis sejam fielmente executadas, com mais razão, deveria zelar para que a Constituição seja também fielmente aplicada. A função presidencial, assim, consistiria em se garantir o fiel cumprimento do texto constitucional<sup>19</sup>.

Para os críticos dessa tese do poder unitário do presidente, o que se tem é uma leitura *extraconstitucional* do problema. A *cláusula de investidura* teria sido concebida como um abuso na interpretação literal das disposições constitucionais que tratam do Poder Executivo. Os poderes que a Constituição reserva ao presidente norte-americano também estão efetivamente enunciados, a exemplo do que ocorre com os poderes do Congresso. Ao presidente a Constituição reserva as prerrogativas de comandar o exército, perdoar condenados, assinar tratados internacionais e nomear juízes federais, nesses dois últimos dos casos com a concordância superveniente do Congresso<sup>20</sup>.

O debate transita em torno da indagação sobre a possibilidade de se construir a teoria do poder unitário nos limites do texto constitucional norte-americano. E ainda, vencida essa premissa, deve-se verificar se a teoria do poder unitário se acomoda com a teoria clássica da divisão dos três poderes. Por fim, deve-se investigar se a teoria do poder unitário seria consistente do ponto de vista não apenas jurídico, porém também histórico. E assim, quais seriam as consequências da justificação da teoria do poder unitário no contexto da guerra contra o terror? E de um modo mais amplo, quais as implicações da teoria do poder unitário do presidente no contexto do sistema constitucional norte-americano?

---

<sup>17</sup> Cf. EDELSON, Chris, cit., loc. cit.

<sup>18</sup> Cf. EDELSON, Chris, cit., loc. cit.

<sup>19</sup> Cf. EDELSON, Chris, cit., loc. cit.

<sup>20</sup> Cf. EDELSON, Chris, cit., loc. cit.

O governo norte-americano enfrentou essas questões, conceitual e concretamente, logo após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001. Inicialmente, há um parecer (*memorandum opinion*) de John Yoo, à época trabalhando com o Advogado-Geral (*Attorney-General*) dos Estados Unidos, no Departamento de Justiça, especialmente no setor consultivo (*Office of Legal Counsel*). A exemplo do que ocorre no Brasil com os pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, os pareceres aprovados pelo Presidente dos Estados Unidos também obrigam todos os órgãos e entes da administração federal norte-americana<sup>21</sup>.

Em seguida aos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 o então Vice-Presidente Dick Cheney passou a atuar mais diretamente com o referido setor consultivo do Departamento de Justiça. Pareceres jurídicos são extremamente importantes na cultura burocrática norte-americana. Servidores públicos que pautam suas ações de acordo com esses pareceres entendem-se imunes a eventuais responsabilizações futuras, especialmente criminais<sup>22</sup>.

Demandado pela presidência dos Estados Unidos, no sentido de esclarecer os poderes presidenciais no contexto da luta contra o terror, John Yoo redigiu parecer que a administração federal norte-americana compreendeu como justificativo da detenção e julgamento de suspeitos contra o terrorismo, da possibilidade da utilização de vários métodos de interrogação de suspeitos, bem como de uma autorização ampla para a espionagem de inimigos. A tese de John Yoo indicaria que o presidente dos Estados Unidos não precisaria do Congresso para declarar guerra ou para tomar medidas contra os terroristas ou mesmo contra suspeitos de ligação com esses grupos<sup>23</sup>.

Em 25 de setembro de 2001 John Yoo encaminhou um memorando ao Advogado-Geral respondendo questionamentos sobre a constitucionalidade da autoridade presidencial para conduzir operações militares contra os terroristas e nações que os apoiavam<sup>24</sup>. John Yoo concluiu pela abrangência da autoridade presidencial para tomar medidas e efetivar ações militares em resposta aos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001. O presidente, concluiu John Yoo, deteria amplo poder com previsão constitucional, no sentido de usar a força militar norte-americana contra os terroristas, seus aliados, bem como contra os suspeitos da prática de atos definidos como terroristas<sup>25</sup>.

Segundo John Yoo o Congresso norte-americano havia reconhecido os poderes inerentes do presidente, em casos emergenciais, quando da discussão e da aprovação de lei que tratava dos poderes presidenciais em época de guerra, ainda em 1973. Em favor da tese desse reconhecimento do Congresso,

---

<sup>21</sup> Cf. EDELSON, Chris, cit., loc. cit.

<sup>22</sup> Cf. EDELSON, Chris, cit., loc. cit.

<sup>23</sup> Cf. EDELSON, Chris, cit., loc. cit.

<sup>24</sup> YOO, John. *Memorandum Opinion* de 25 de setembro de 2001, *apud* EDELSON, Chris, cit., p. 131-138.

<sup>25</sup> Cf. YOO, John, cit., loc. cit.

prossegue John Yoo, teria-se também uma resolução do Legislativo norte-americano, baixada em 14 de setembro de 2001<sup>26</sup>.

Pode-se se constatar que o Congresso norte-americano, ao longo da chamada guerra contra o terror, produziu amplo conjunto de normas<sup>27</sup>. Legislou sobre negação de autorização para entrada no país de alguns estrangeiros, sobre armas químicas e biológicas, sobre sequestros e assaltos contra agentes políticos, sobre explosivos e posse de artigos perigosos. Quanto ao terrorismo propriamente dito, fixou uma definição, dispôs também sobre penalidades, atos transfronteiriços, transações financeiras, jurisdição e combate a pessoas e Estados que apoiassem grupos terroristas. Tratou da assistência internacional na luta contra terroristas, de segurança de diplomatas, do controle e da eliminação de armas biológicas. Produziu também norma disciplinando o pagamento de recompensas por informações relativas a atos de terrorismo e de espionagem. A segurança em portos e aeroportos também foi matéria pelo Congresso norte-americano então tratada, a exemplo ainda de regras gerais de defesa nacional.

O texto normativo norte-americano que revela o maior comprometimento do Congresso com a luta contra o terror data de 2001. Trata-se do *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*, o *PATRIOT ACT*. Neste importantíssimo (e muito criticado) texto legal cuida-se da melhora da segurança doméstica norte-americana. Dispõe-se sobre a melhora dos sistemas de vigilância, sobre o combate a lavagem internacional de dinheiro, sobre a proteção de fronteiras. O núcleo conceitual dessa lei é a remoção de obstáculos a investigação do terrorismo, também no que se refere à tentativa de melhora nos serviços de inteligência.

Para John Yoo o presidente dos Estados Unidos teria poder não apenas para retaliar contra qualquer pessoa, organização ou governo suspeito de envolvimento com os ataques terroristas nos Estados Unidos, mas também contra Estados suspeitos de proteção ou apoio às organizações terroristas responsáveis pelos ataques de 11 de setembro<sup>28</sup>.

Essas conclusões foram fundamentadas no texto, na estrutura e na história da Constituição dos Estados Unidos. O art. II, seção 2, da Constituição dos Estados Unidos dispõe que o presidente é o Comandante-em-Chefe, isto é, o Comandante Supremo, nos casos de guerra. Neste mesmo artigo se lê que o presidente detém todo o Poder Executivo. E se o Congresso *declara a guerra*, argumenta John Yoo, o presidente *faz a guerra*. Para John Yoo, declarações de guerra de há muito seriam obsoletas<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> Cf. YOO, John, cit., loc. cit.

<sup>27</sup> Um levantamento pormenorizado dessas leis se encontra em ALEXANDER, Yonah; BRENNER, Edgar H. (ed.) *U.S. Legal Response to Terrorism*. Ardsley: Transnational Publishers, Inc, 2002.

<sup>28</sup> Cf. YOO, John, cit., loc. cit.

<sup>29</sup> Cf. YOO, John, cit., loc. cit.

No argumento de John Yoo o procedimento na guerra deveria ser flexível, propiciando-se ação mais rápida, decisiva, sem os constrangimentos e demora do processo legislativo regular. A decisão relativa ao emprego da força militar seria, nessa linha de raciocínio, executiva por natureza<sup>30</sup>.

Para John Yoo, a condução dos negócios estrangeiros e a vigilância da segurança nacional seriam dois domínios centrais na atividade presidencial norte-americana. John Yoo consignou em seu parecer que os Estados Unidos já teriam feito intervenção militar em outros países cerca de 200 vezes; e que por volta de 125 vezes não teria provocação ou autorização do Congresso norte-americano. Exemplificou com a decisão de Harry Truman fazer guerra contra a Coreia do Norte, sem provocar o Congresso. Na referida guerra, 142 mil norte-americanos teriam morrido<sup>31</sup>.

Segundo se lê no parecer de John Yoo, estaria além de qualquer questionamento o fato de que o presidente detém plenos poderes constitucionais para efetivar ações militares que julgue necessárias e apropriadas para responder aos ataques terroristas que os norte-americanos sofreram em 11 de setembro de 2001. Essa afirmação se fazia, segundo Yoo, à luz do texto e da história da constituição norte-americana, bem como de sua interpretação, tanto por administrações anteriores, quanto pelo Judiciário; além do que, era inegável prática reiterada do Poder Executivo<sup>32</sup>.

John Yoo apresentou, assim, quatro argumentos que justificariam a imediata ação presidencial no combate ao terrorismo, com todas as consequências, independentemente de autorização do Congresso. Como *comandante-supremo* o presidente poderia agir. O Congresso teria competência para *declarar guerra*, e não para *fazer guerra*; esta última decisão seria exclusiva do Presidente. A Suprema Corte dos Estados Unidos já decidiu que o Executivo (e o presidente em especial) e o único setor do governo autorizado para agir no campo das relações internacionais. Por fim, havia notícias de cerca de 125 intervenções de guerra nas quais o presidente teria agido, independentemente de autorização do Congresso<sup>33</sup>.

Os críticos de John Yoo argumentam que o parecer justificativo da atuação presidencial não passa de uma petição em favor do Executivo. Argumentam que Yoo teria deixado de indicar no parecer vários argumentos adversos, inclusive da Suprema Corte. Teria deliberadamente deixado de citar um caso,

---

<sup>30</sup> Cf. YOO, John, cit., loc. cit.

<sup>31</sup> Cf. YOO, John, cit., loc. cit.

<sup>32</sup> Cf. YOO, John, cit., loc. cit. No original: *"In light of the text, plan and history of the Constitution, its interpretation by both past Administrations and the Courts, the longstanding practice of the Executive branch, and the express affirmation of the President's constitutional authorities by Congress, we think it beyond question that the President has the plenary constitutional power to take such military actions as he deems necessary and appropriate to respond to the terrorist attacks upon the United States on September 11, 2001"*.

<sup>33</sup> Cf. EDELSON, Chris, cit., loc. cit.

da época de Truman, relativo a uma *ordem executiva* de intervenção em siderúrgica, quando se limitou muito precisamente a autoridade presidencial<sup>34</sup>.

Os críticos observam que John Yoo teria citado a opinião do Juiz Jackson, ainda como Advogado-Geral, e não como Juiz da Suprema Corte, quando decidira de modo contrário ao Executivo. Quanto ao argumento histórico, sustentam os críticos de Yoo, que há passagem no *Artigo Federalista 69*, atribuído a Alexander Hamilton, na qual se lê que os poderes do presidente eram inferiores aos poderes de um rei. O rei podia declarar e fazer a guerra. No modelo da Constituição norte-americana a guerra precisa ser declarada pelo Congresso, e somente em seguida o Executivo poderia de fato fazê-la<sup>35</sup>.

E no que se refere às mencionadas 125 intervenções militares que não dependeram do Congresso, os críticos de John Yoo afirmaram que foram intervenções menores, de pequena importância, a exemplo de caça a bandidos, a ladrões de gado e a piratas<sup>36</sup>. Assim, ocorrera, por parte de John Yoo, um tremendo exagero.

Para John Yoo os ataques que os norte-americanos sofreram em 2001 exigiriam uma reinterpretação das regras de guerra. Inclui-se nessa tentativa de retomada conceitual as formas de legitimação e poderes de ataque, de vigilância e de uso de técnicas de interrogatório<sup>37</sup>. O apelo ao argumento histórico é muito forte em John Yoo. Por exemplo, Yoo argumenta que, como comandante-em-chefe, o Presidente Bush teria autoridade para decidir, em tempos de guerra, sobre táticas e estratégias; George Washington, Andrew Jackson, Abraham Lincoln e Franklyn Delano Roosevelt assim já o fizeram, eventualmente com apoio do Congresso, e eventualmente sem esse apoio<sup>38</sup>. Assim, para Yoo, há precedentes históricos que justificariam atuação agressiva por parte do presidente dos Estados Unidos.

No centro do argumento de John Yoo a tese de que os terroristas não lutariam em nome de uma nação; Yoo entende que os grupos terroristas formam uma rede que pretende reformas políticas e sociais no Oriente Médio. Alguns de seus membros, como Osama Bin Laden, haviam liderado a resistência à ocupação soviética no Afeganistão<sup>39</sup>. Não se poderia, assim, para quaisquer efeitos, inclusive no sentido de aplicação de tratados internacionais, equiparar-se a ação terrorista a uma determinada ação política estatal.

O apoio do Congresso, para John Yoo, era fato efetivamente consolidado. A autorização para o uso de força militar, *Authorization for Use of Military Force (AUMF)*, ainda que não fosse uma declaração de guerra pelo nome,

---

<sup>34</sup> Cf. EDELSON, Chris, cit., loc. cit.

<sup>35</sup> Cf. EDELSON, Chris, cit., loc. cit.

<sup>36</sup> Cf. EDELSON, Chris, cit., loc. cit.

<sup>37</sup> Cf. YOO, John, *Crisis and Command*, cit, p. XV.

<sup>38</sup> Cf. YOO, John, *War by other means*, cit., p. XI.

<sup>39</sup> Cf. YOO, John, cit., loc. cit.

o seria indubitavelmente, em seus *propósitos*<sup>40</sup>. Ainda que com denominações distintas, ter-se-ia idêntico resultado. John Yoo argumentou também que a utilização das regras gerais do sistema da proteção dos direitos seria ineficiente em tempos de guerra. São normas de pequena flexibilidade e que que redundariam na proteção dos terroristas<sup>41</sup>; na opinião de John Yoo, bem entendido.

A Convenção de Genebra impõe uma série de garantias para os prisioneiros de guerra- *prisoners of war-POWs*. Porém, com apoio em parecer de John Yoo, em 18 de janeiro de 2002 o presidente George W. Bush decidiu que não aplicaria as referidas regras da Convenção de Genebra em favor dos prisioneiros de guerra que estavam em Gantamano<sup>42</sup>. O argumento de John Yoo consiste na consideração de que a Convenção de Genebra se aplicaria tão somente a situações de guerra *entre Estados*, e não no enfrentamento de grupos terroristas<sup>43</sup>. É justamente esse o núcleo do argumento que sustentou.

John Yoo entende que advogados de direitos humanos e críticos liberais<sup>44</sup> do governo Bush se enganariam ao afirmar que as regras da Convenção de Viena deveriam ser aplicadas no contexto da luta contra o terrorismo. A segurança interna, insiste John Yoo, não conta com instrumentos adequados, no enfrentamento de grupos terroristas; seria essa também mais uma razão para a imprestabilidade da aplicação das disposições da Convenção de Viena<sup>45</sup>.

Referindo-se a Bob Woodward, jornalista que criticou duramente as políticas de George W. Bush no combate ao terrorismo, John Yoo observou que havia nesses críticos liberais um profundo erro de concepção no que se refere a natureza da guerra contra o terror<sup>46</sup>. John Yoo argumenta também no sentido de que durante uma guerra não se poderia falar propriamente em *assassinato do inimigo*. Para John Yoo, Martin Luther King foi assassinado; isto é, não se estava em guerra, e o ato que resultou na morte do pastor e ativista não poderia em nenhum momento se qualificado como um ato de guerra. Nesse sentido, afirma John Yoo, matar um chefe de um determinado governo em tempos de paz também seria um assassinato. Porém, insistia, uma medida que levasse ao assassinato de Osama Bin Laden em tempo de guerra não seria a mesma coisa. Essa diferenciação, entre assassinato em tempo de paz e destruição de inimigo em tempo de guerra, argumenta John Yoo,

---

<sup>40</sup> Cf. YOO, John, cit., p. 11.

<sup>41</sup> Cf. YOO, John, cit., p. 15.

<sup>42</sup> Cf. YOO, John, cit., p. 39.

<sup>43</sup> Cf. YOO, John, cit., p. 43.

<sup>44</sup> No contexto da ciência política norte-americana o termo *liberal* qualifica sentido distinto do que entendemos no Brasil. No modelo norte-americano o liberal é aquele que defende ideária distinto do pensamento conservador. No modelo norte-americano um liberal pode ser identificado – inclusive – com o pensamento de esquerda.

<sup>45</sup> Cf. YOO, John, cit., p. 47.

<sup>46</sup> Cf. YOO, John, cit., p. 51.

seria a justificativa maior para que o presidente norte-americano articulasse e realizasse medidas fortes contra terroristas<sup>47</sup>.

John Yoo argumentou também no sentido de que não se trata de se investigar como um mundo imaginário de liberdades civis estaria sendo destruído pelas políticas do governo Bush em tempo de guerra. Simplesmente, para John Yoo, não se viveria mais nesse mundo imaginário. Os poderes do governo se expandiram. E os direitos de privacidade foram enormemente limitados, menos como resultado da ação do governo dos Estados Unidos, e muito mais como resultado da expansão da tecnologia da informação<sup>48</sup>.

E porque a rede de terroristas poderia ser descoberta e alcançada mediante o exame de telefonemas, de correios eletrônicos, de monitoramento de viagens, de propriedade de bens, de histórias familiares comuns, e de encontros, deveriasse garantir ao governo norte-americano mecanismos para esse acompanhamento<sup>49</sup>. Fins justificando meios, pelo que, de algum modo, o realismo político que remonta ao diplomata florentino seria retomado.

Os autores da Constituição dos Estados Unidos teriam construído um modelo presidencial cujo traço mais marcante seria a independência para a repressão aos ataques contra a Nação. Não haveria na constituição norte-americana um pormenorizado elenco de procedimentos legais de ação; a Constituição, afirma John Yoo, garante efetivos poderes ao presidente<sup>50</sup>.

Quanto à prisão de Guantanamo, John Yoo argumentou que as regras de guerra permitem a captura e a detenção do inimigo, sem que se tenha um julgamento prévio; o objetivo da detenção do inimigo consistiria em se retirá-lo do combate. Não se pode cogitar da exigência de um julgamento substancialmente formal, continua John Yoo, porque os detidos não estariam sob custódia que tenha causa na punição quanto ao cometimento de um crime. Estariam detidos até o fim das hostilidades, quando então seriam liberados; esta seria a diferença entre a detenção para cumprimento de pena (que exige julgamento) e a detenção para retirada do inimigo do campo de combate (que não exige julgamento)<sup>51</sup>.

A judicialização das detenções fez com a Suprema Corte revertesse julgamento anterior que fixava a linha geral de entendimento da matéria<sup>52</sup>. Os julgamentos relativos às detenções mudaram substancialmente a linha de atuação do judiciário norte-americano. Na Suprema Corte daquele país, o caso *Korematsu* foi exemplo emblemático de aceitação de poderes amplos, em favor do presidente dos Estados Unidos<sup>53</sup>.

---

<sup>47</sup> Cf. YOO, John, cit., p. 58.

<sup>48</sup> Cf. YOO, John, cit., p. 98.

<sup>49</sup> Cf. YOO, John, cit., p. 105.

<sup>50</sup> Cf. YOO, John, cit. p. 127.

<sup>51</sup> Cf. YOO, John, cit. p. 129.

<sup>52</sup> Cf. YOO, John, cit., p. 130.

<sup>53</sup> IRONS, Peter. *A People's History of the Supreme Court*. New York: Penguin Books, 1999, p. 353 e ss.

O caso Korematsu foi discutido e julgado em 1944. Durante a Segunda Guerra Mundial, japoneses e seus descendentes foram internados em campos fechados, em San Leandro, na Califórnia<sup>54</sup>, num contexto de histeria, que os norte-americanos viveram no tempo da guerra. Fred Korematsu (que nasceu em Oakland, Califórnia, em 1919), era de ascendência japonesa, e foi um dos internados nos referidos campos. Provocou a Suprema Corte pretendendo responsabilizar o governo norte-americano pelos sofrimentos pelos quais passou durante o internamento. Invocando razões de Estado, eventualmente justificadas pelo perigo da guerra que então se enfrentava, a Suprema Corte justificou e sufragou o internamento<sup>55</sup>. Temia-se que o judiciário se transformasse em um instrumento de políticas militares<sup>56</sup>.

A questão foi novamente debatida, ao longo da guerra contra o terrorismo, especialmente quanto a prisão que os norte-americanos mantêm em Cuba. A restrição a liberdades fundamentais, no ambiente que seguiu ao ataque terrorista às torres de Nova Iorque é assunto explorado, entre outros, por Bruce Ackerman, para quem o terrorismo é uma técnica, e assim o era também a *blitzkrieg*- guerra relâmpago dos alemães<sup>57</sup>.

E como não se poderia fazer guerra contra a *blitzkrieg*, não se poderia, por igual razão, fazer-se guerra contra o terrorismo. Não se pode guerrear uma técnica. Para Ackerman, uma constituição emergencial deveria ser pensada para se fazer a guerra contra os terroristas que derrubaram as torres gêmeas, bem como poderia ser utilizada em situações semelhantes, respeitando-se, efetivamente, as liberdades civis. Para Ackerman, o sucesso dos terroristas da Al-Qaeda fora a inegável demonstração da falibilidade norte-americana<sup>58</sup>. Tese virtualmente oposta a de John Yoo.

A relação das liberdades civis com a guerra que os norte-americanos travam com esse *terrorismo* fundamentalista<sup>59</sup> é assunto recorrente nas ciências sociais norte-americanas contemporâneas, um dos pontos que divide as opiniões<sup>60</sup>, assunto que também provoca preocupação no constitucionalismo daquele país<sup>61</sup>. Retoma-se, de certa maneira, o intenso debate sobre o *estado de exceção*<sup>62</sup>.

---

<sup>54</sup> REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Vintage Books, 2001, p. 144.

<sup>55</sup> Cf. IRONS, Peter, cit., loc. cit.

<sup>56</sup> SEMONCHE, John E. *Keeping the Faith - A Cultural History of the U. S. Supreme Court*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1998.

<sup>57</sup> ACKERMAN, Bruce. *Before the Next Attack - Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*. New Haven: Yale University Press, 2006.

<sup>58</sup> Cf. ACKERMAN, Bruce, cit.

<sup>59</sup> ALI, Tariq. *The Clash of Fundamentalisms - Crusades, Jihads and Modernity*. London & New York: Verso, 2002.

<sup>60</sup> BERMAN, Morris. *Dark Ages America - The Final Phase of Empire*. New York & London: W. W. Norton & Company, 2006.

<sup>61</sup> TUSHNET, Mark. *A Court Divided - The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*. New York: W. W. Norton & Company, 2005.

<sup>62</sup> Conferir, entre outros, BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de Exceção Permanente - Atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004. Em tema conexo, o *estado de*

John Yoo trata as situações da guerra contra o terror como um arranjo institucional que se presta para enfrentar uma circunstância excepcional. Para John Yoo, todas as decisões que o governo tomou logo em seguida aos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 foram corretas. Os Estados Unidos estavam em guerra<sup>63</sup>. A guerra contra o terrorismo seria uma guerra diferente também porque as regras que a informam não são familiares<sup>64</sup>. Não se poderia utilizar as regras da justiça criminal comum, absolutamente válidas em tempo de paz, para situações excepcionais de guerra<sup>65</sup>.

Assim, a melhor maneira de se evitar um novo ataque terrorista, argumentou John Yoo, consistiria em se gastar menos energia na reengenharia do governo e em se gastar muito mais energia no combate sistemático aos grupos terroristas<sup>66</sup>.

Nos argumentos de John Yoo encontra-se um profundo conhecimento de história norte-americana. É justamente das pequenas nuances desse conhecimento enciclopédico que John Yoo retira a força de sua lógica argumentativa. Pode não se concordar com suas conclusões, mas não se pode deixar de se assombrar com a clareza e com o refinamento de sua linha de raciocínio. John Yoo é um mestre no uso da história como argumento convincente no direito e na ciência política. É esse seu grande legado metodológico, ainda que não se concorde com suas teses.

Para John Yoo os autores da Constituição dos Estados Unidos conceberam um modelo no qual ao presidente cabe as decisões sobre segurança nacional<sup>67</sup>. As qualidades que definem o Executivo seriam a energia, a velocidade, a decisão e a atuação discreta. Essas qualidades são indispensáveis nas situações de emergência<sup>68</sup>. Essa autoridade, no entanto, segundo John Yoo, deveria ser orientada para o bem da nação. O mal uso dessa autoridade pode ser exemplificado com Richard Nixon, que pretendia se valer dos poderes presidenciais com objetivos pessoais<sup>69</sup>.

---

exceção particularmente no contexto da história constitucional alemã, CALDWELL, Peter C. *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law - The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*. Durham: Duke University Press, 1997. SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Tradução de Elisete Antoniuk. MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001. Conferir também, AGAMBEM, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004. Tradução de Iraci D. Poleti. AGAMBEM, Giorgio. *Homo Sacer - Sovereign Power and Bare Life*. Stanford: Stanford University Press, 1998. Tradução de Daniel Heller-Roazen. DURANTAYE, Leland de la. *Giorgio Agambem - A Critical Introduction*. Stanford: Stanford University Press, 2009, especialmente p. 335-365.

<sup>63</sup> Cf. YOO, John, cit., p. 231.

<sup>64</sup> Cf. YOO, John, cit., p. 232.

<sup>65</sup> Cf. YOO, John, cit., p. 233.

<sup>66</sup> Cf. YOO, John, cit., p. 242.

<sup>67</sup> Cf. YOO, John, *Crisis and Command*, cit., p. XVI.

<sup>68</sup> Cf. YOO, John, cit., p. XVIII.

<sup>69</sup> Cf. YOO, John, cit., p. XIX.

O que definiria um presidente é sua ação. Os grandes presidentes da história norte-americana teriam historicamente se revelado positivamente por seus feitos<sup>70</sup>. As dificuldades que enfrentaram, e o modo como em face delas agiram, é que os caracteriza comparativamente. Theodore Roosevelt teria afirmado que se não fosse a Guerra Civil as pessoas não se lembrariam de Abraham Lincoln. John Yoo também contesta a tese de Richard Neustadt, para quem os presidentes seriam virtualmente fracos<sup>71</sup>; o único poder presidencial, sustentava Neustadt, era a persuasão. Para John Yoo os poderes do presidente são densos e radicam na Constituição<sup>72</sup>.

As origens do executivo unitário e forte estariam em linha conceitual da ciência política que remontaria a James Madison, ao Barão de Montesquieu, a Blackstone, a John Locke e, mais no passado, a Nicolau Maquiavel, o diplomata florentino acima mencionado<sup>73</sup>. E deve-se reconhecer também que os poderes presidenciais cresceram exatamente na medida em que a posição do presidente como líder do partido e da maioria dos eleitores o tornou uma pessoa pública mais evidente<sup>74</sup>. O presidente sintetiza, em sua pessoa, o que as pessoas reputam como o próprio governo.

Os críticos mais radicais do poder presidencial, argumenta John Yoo, pretenderiam um impossível retorno a um idealizado sistema de governo que não existe a mais de 100 anos. Os críticos do poder presidencial, sustenta Yoo, ignoram as complexidades da administração pública contemporânea<sup>75</sup>. A Constituição dos Estados Unidos disporia sobre um Poder Executivo que detém um poder efetivo e flexível, e a história do país teria mostrado, segundo John Yoo, que não pode haver limitações a esse poder, em situações emergenciais<sup>76</sup>.

Para se compreender o que os autores da Constituição dos Estados Unidos entendiam por Poder Executivo deve se examinar o pensamento constitucional da época em que a constituição norte-americana foi debatida e aprovada<sup>77</sup>. O texto de 1797 foi precedido de um primeiro acordo entre os Estados membros, o que resultou na criação de uma federação, na qual o Executivo era fraco, e que não se sustentou como elemento de unidade e de fortalecimento entre os colonos que se libertaram da Inglaterra em 1776<sup>78</sup>.

O fracasso daquele primeiro arranjo institucional reabilitou a concepção de um executivo estrutural e substancialmente forte, rejeitando-se uma primeira

---

<sup>70</sup> Cf. YOO, John, cit., p. XX.

<sup>71</sup> NEUSTADT, Richard E. *Presidential Power and the Modern Presidents - the Politics of Leadership from Roosevelt to Reagan*. New York: The Free Press, 1991.

<sup>72</sup> Cf. YOO, John, cit., p. XX.

<sup>73</sup> Cf. YOO, John, cit., p. XXIII.

<sup>74</sup> Cf. YOO, John, cit., p. XXVII.

<sup>75</sup> Cf. YOO, John, cit., p. XXVIII.

<sup>76</sup> Cf. YOO, John, cit., loc. cit.

<sup>77</sup> Cf. YOO, John, cit., p. 3.

<sup>78</sup> Cf. YOO, John, cit. p. 9.

e ingênua visão revolucionária de que o Executivo deveria ser controlado pelo Legislativo<sup>79</sup>.

No contexto de concepção das várias constituições estaduais norte-americanas deu-se preferência a arranjos políticos marcados por executivos fortes, eleitos pelo povo e com poderes constitucionais independentes<sup>80</sup>. Enfatizando o problema que decorria da necessidade de se definir os poderes presidenciais, John Yoo afirmou que o que mais preocupou os constituintes da Filadelfia, além do calor do verão, fora o tema da definição e do desenho do Poder Executivo<sup>81</sup>. A presidência, pelo que John Yoo conclui de seus estudos dos debates dos delegados constituintes, seria dotada de energia e centrada em quatro pilares: unidade, duração, suporte financeiro e poderes efetivos<sup>82</sup>; alcançava-se, assim, a condição necessária para bem governar<sup>83</sup>.

Alguns constituintes defendiam um presidente fraco, com poucos poderes. Afirmou-se que o chefe do executivo não poderia se transformar em um *feto da monarquia*<sup>84</sup>. Depois de uma semana de discussão os delegados concordaram que um único indivíduo deveria chefiar o Executivo<sup>85</sup>. John Yoo argumenta que a presença de George Washington foi muito importante no processo de ratificação da Constituição.

Foi George Washington quem permitiu que se compreendesse o presidente como chefe da Nação em operações militares, detentor de papel de liderança na condução, discussão e assinatura de tratados, bem como, e talvez principalmente, como o detentor do poder absoluto para executar as leis<sup>86</sup>. Observa John Yoo que a expectativa de que George Washington seria eleito o primeiro presidente dos Estados Unidos ajudou na ratificação do artigo da Constituição que tratava dos poderes do presidente<sup>87</sup>.

George Washington apoiou-se em extensa colaboração de James Madison (que à época da discussão da constituição norte-americana contava com 38 anos). Segundo John Yoo, Madison fora um construtor de coalizações. Madison organizava os cenários e a movimentação dos atores políticos da época, sempre movendo-os de acordo com seus objetivos. Madison atuava por intermédio de comitês e comissões, comandando-as, ainda que muito discretamente<sup>88</sup>. Para Madison, defende John Yoo, os poderes inerentes que o presidente detinha o autorizavam a dispensar subordinados<sup>89</sup>.

---

<sup>79</sup> Cf. YOO, John, cit., p. 51.

<sup>80</sup> Cf. YOO, John, cit., p. 15.

<sup>81</sup> Cf. YOO, John, cit., p. 19.

<sup>82</sup> Cf. YOO, John, cit., p. 40-41.

<sup>83</sup> Cf. YOO, John, cit., p. 43.

<sup>84</sup> Cf. YOO, John, cit., p. 21.

<sup>85</sup> Cf. YOO, John, cit., p. 23.

<sup>86</sup> Cf. YOO, John, cit. p. 35.

<sup>87</sup> Cf. YOO, John, cit. p. 53.

<sup>88</sup> Cf. YOO, John, cit. p. 57-58.

<sup>89</sup> Cf. YOO, John, cit. p. 59.

George Washington lutou por um Executivo forte, especialmente quanto à atuação na política externa<sup>90</sup>. A declaração da neutralidade norte-americana em face do conflito entre a França e a Inglaterra é da premissa exemplo importante; revela-se o poder do presidente em assuntos de relações internacionais<sup>91</sup>. Segundo John Yoo, o presidente George Washington teria conciliado independência constitucional com auto-controle institucional, realizando um modelo de Poder Executivo Republicano que seus sucessores iriam seguir<sup>92</sup>.

No início do século XIX, Thomas Jefferson, ainda que defensor de uma maior autonomia para as unidades federadas, pregou também o fortalecimento do Executivo. Jefferson teria inventado o *spoil system*, modelo norte-americano de preenchimento de cargos públicos (que hoje já não mais vigora), por intermédio do qual o partido que ganha a eleição leva os todos os cargos públicos, como se empregos fossem o espólio da vitória na eleição<sup>93</sup>.

Para John Yoo, quanto a Thomas Jefferson, e mais significativamente, no que se refere à independência do Poder Executivo em relação ao Congresso, pode se ilustrar com o processo de compra da Louisiana, negociado com os agentes de Napoleão Bonaparte. Thomas Jefferson dobrou o tamanho dos Estados Unidos, ganhou o controle permanente do rio Mississippi e da cidade de Nova Orleans, bem como conseguiu que França e Espanha deixassem de ser uma ameaça à segurança norte-americana nas regiões do oeste do país<sup>94</sup>, e não esperou autorização do Congresso.

Também para John Yoo, Andrew Jackson deu continuidade a essa fórmula de fortalecimento do Poder Executivo. Homem de seu tempo, contraditório, principalmente porque se declarava democrata, Jackson duelou, possuiu escravos, teria matado índios. Comportamento inaceitável em nosso contexto contemporâneo. Segundo John Yoo, Andrew Jackson odiava os ingleses; na guerra da revolução quando foi prisioneiro, se recusou a limpar as botas de um oficial inglês, que o atingiu na face com uma espada. Jackson nunca perdeu a afronta. Também sem autorização do Congresso, Andrew Jackson ocupou a Flórida, enfrentando a Espanha<sup>95</sup>.

Andrew Jackson também não se submetia ao Judiciário. Como resultado de uma discussão que algumas nações indígenas levaram a Suprema Corte, o Juiz Marshall determinou que Andrew Jackson removesse os nativos de uma determinada área. Verificando a dificuldade da tarefa, Jackson teria dito que Marshall mesmo deveria cumprir a ordem, desde que ele a havia dado...<sup>96</sup> Segundo John Yoo, Andrew Jackson teria reconstruído a presidência, a qual

---

<sup>90</sup> Cf. YOO, John, cit. p. 73.

<sup>91</sup> Cf. YOO, John, cit. p. 92.

<sup>92</sup> Cf. YOO, John, cit. p. 97.

<sup>93</sup> Cf. YOO, John, cit. p. 105.

<sup>94</sup> Cf. YOO, John, cit. p. 117.

<sup>95</sup> Cf. YOO, John, cit. p. 145.

<sup>96</sup> Cf. YOO, John, cit. p. 156.

entendia como independente do Congresso, de modo que pudesse exercer livremente suas prerrogativas constitucionais<sup>97</sup>.

Abraham Lincoln teria seguido a mesma senda. Segundo John Yoo, a grandeza de Lincoln decorreria de seus confrontos com escolhas trágicas. O presidente da guerra civil teria afirmado que jamais controlou os eventos de sua vida; pelo contrário, teria vivido pelos eventos controlado<sup>98</sup>. Lincoln teria respondido as crises que ameaçavam a vida da Nação<sup>99</sup>. Durante a guerra civil Lincoln restringia direitos individuais e liberdades civis, em favor de um conceito de segurança interna, então seriamente ameaçado<sup>100</sup>.

Durante a guerra civil norte-americana mais de 400 mil prisioneiros de guerra teriam sido capturados, de ambos os lados. Lincoln insistia na teoria de que os estados do sul eram parte da União; todos os confederados ainda eram cidadãos norte-americanos. Porém, usou as forças do governo para matar e capturar soldados do sul. Destruíu e confiscou propriedades de confederados e, portanto, de cidadãos norte-americanos. Impôs a lei marcial nos territórios confederados na medida em que os ocupava. Os prisioneiros não tinham direito a um julgamento. Os civis que viviam no território dos confederados não tinham direito a requerer indenizações pelos danos materiais que sofreram com a destruição de suas propriedades. Os estados confederados não gozariam do direito de enviar senadores e deputados ao Congresso com o controle que sobre eles exerceu a União<sup>101</sup>.

Lincoln determinou a prisão de civis e os deteve como inimigos de guerra<sup>102</sup>. Ao fim do conflito, e ao longo do período de reconstrução, Lincoln pensava em ditar todos os termos de acordos futuros, com base no poder constitucional de perdão, do qual era titular<sup>103</sup>.

No século XX, Franklyn Delano Roosevelt teria radicalmente alterado a engenharia institucional do funcionamento do Poder Executivo. Ao adequar a presidência ao moderno Estado administrativo que marcou sua longa passagem pela Casa Branca, Roosevelt quis comprovar que um governo forte poderia prover os norte-americanos de segurança econômica<sup>104</sup>.

Roosevelt enfrentou uma Suprema Corte hostil no início da implantação de seu programa de governo, o *New Deal*<sup>105</sup>; a Suprema Corte queria limitar os poderes regulatórios de Roosevelt<sup>106</sup>. Os direitos dos japoneses e dos descendentes de japoneses que viviam na costa oeste foram limitados,

---

<sup>97</sup> Cf. YOO, John, cit. p. 189.

<sup>98</sup> Cf. YOO, John, cit. p. 199.

<sup>99</sup> Cf. YOO, John, cit. p. 201.

<sup>100</sup> Cf. YOO, John, cit. p. 224.

<sup>101</sup> Cf. YOO, John, cit. p. 225.

<sup>102</sup> Cf. YOO, John, cit. p. 231.

<sup>103</sup> Cf. YOO, John, cit. p. 234.

<sup>104</sup> Cf. YOO, John, cit. p. 257.

<sup>105</sup> Cf. YOO, John, cit. p. 259.

<sup>106</sup> Cf. YOO, John, cit. p. 265.

campos de confinamento foram criados, situação levada à Suprema Corte no caso Korematsu, quando se reconheceu os poderes ilimitados de Roosevelt, em situações emergenciais<sup>107</sup>.

Para John Yoo, a guerra e as emergências demandam que o presidente exerça seus poderes constitucionais de um modo mais amplo do que em tempos de paz<sup>108</sup>. É o que a experiência histórica indubitavelmente registra com George Washington, Thomas Jefferson, Andrew Jackson, Abraham Lincoln e Franklyn Delano Roosevelt. John Yoo pretende inserir George W. Bush na lista.

No tempo da guerra fria, as relações entre a presidência norte-americana e a segurança nacional contaram com os mesmos contornos que a experiência histórica reserva para os momentos de crise e de emergência, segundo John Yoo. A luta contra União Soviética demandou paciência para atuação presidencial em múltiplas dimensões, a exemplo de alianças e intervenções militares, ajuda a governos estrangeiros, ações secretas e movimentos diplomáticos que redundaram em coerção econômica<sup>109</sup>.

John Yoo procurou exemplificar essa atuação com Harry Truman, que decidiu não prolongar a presença norte-americana em determinado ponto do território coreano, depois de uma movimentação que contrariava os chineses, então alinhados com a Coreia do Norte. O General Douglas Mac Arthur criticou a decisão de Truman. Como resposta, Truman o exonerou, mesmo levando em conta que Mac Arthur era um herói da segunda guerra mundial<sup>110</sup>.

Durante a guerra fria houve dramática expansão dos poderes presidenciais nos Estados Unidos, ainda que se tenha verificado mudança também fundamental na organização da presidência. De acordo com John Yoo essa mudança se deu por causa de um aumento de expectativas em relação as responsabilidades do governo federal em questões internas, bem como quanto ao papel dos Estados Unidos na liderança mundial<sup>111</sup>.

Para John Yoo o ativismo do Judiciário ameaçaria o bom funcionamento da presidência. A competência mais importante do presidente, segundo John Yoo, seria o apoio e a defesa da Constituição. John Yoo, nesse passo, pensa exatamente como Carl Schmitt, constitucionalista alemão que polemizou com Hans Kelsen na década de 1920, a propósito de se identificar quem deveria exercer o controle de constitucionalidade<sup>112</sup>. O presidente, para John Yoo, é quem deveria ser o guardião da Constituição. Os presidentes, de acordo com John Yoo, não poderiam permitir que o Judiciário decida sobre a constitucionalidade das leis, do mesmo modo como não poderiam tolerar

---

<sup>107</sup> Cf. YOO, John, cit. p. 310.

<sup>108</sup> Cf. YOO, John, cit. p. 325.

<sup>109</sup> Cf. YOO, John, cit. p. 331.

<sup>110</sup> Cf. YOO, John, cit. p. 337.

<sup>111</sup> Cf. YOO, John, cit. p. 385.

<sup>112</sup> SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Tradução de Geraldo de Carvalho.

que o Congresso defina como indicar juízes, assinar tratados ou exercer as funções de comandante-em-chefe, especialmente em épocas de guerra<sup>113</sup>.

Yoo defende, de alguma maneira, uma fórmula de ativismo presidencial. Independentemente de suas filiações partidárias, argumenta John Yoo, os presidentes norte-americanos da época da guerra fria agiram basicamente do mesmo modo. O ativismo presidencial se desdobrou em ações secretas pelo mundo, em intervenções militares, sempre com o objetivo nunca disfarçado de se conter a União Soviética<sup>114</sup>.

John Yoo discorda do cientista político Richard Neustadt, para quem os presidentes devem barganhar, mas não deveriam exercer poderes constitucionais de um modo ilimitado<sup>115</sup>. Para John Yoo, as altas expectativas em relação ao governo devem, por outro lado, garantir que o presidente detenha poderes também de fato<sup>116</sup>.

John Yoo exerceu proeminente papel no Departamento de Estado, junto ao *Office of Legal Counsel-OLC*, algo que no Brasil lembraria a Consultoria-Geral da União. Esse órgão, *OLC*, elabora pareceres, por intermédio dos quais se interpretam arcanas questões constitucionais e se resolvem disputas internas na Administração<sup>117</sup>.

## **2. AS DENÚNCIAS DE JACK GOLDSMITH, O DEPARTAMENTO DE ESTADO E A IMPUGNAÇÃO ÀS TESES DO PRESIDENCIALISMO UNITÁRIO**

Um relato negativo e contundente do *Office of Legal Counsel-OLC* nos foi deixado por Jack Goldsmith, advogado norte-americano que lá atuou por 10 meses<sup>118</sup>. Goldsmith fora próximo a John Yoo; ambos faziam parte de um grupo de intelectuais conservadores conhecidos pela Revista *Foreign Affairs* como os *novos soberanistas*<sup>119</sup>. Segundo Goldsmith, John Yoo exerceu papel importante no Conselho de Guerra de Bush. John Yoo, ainda de acordo com Goldsmith, redigiu pareceres que pretendiam justificar tudo o que a administração Bush fizera ao longo da fase inicial do combate ao terrorismo<sup>120</sup>.

A passagem de Goldsmith pelo Departamento de Estado teria sido dramática. Logo no início de seu trabalho, Goldsmith fora demandado a propósito da aplicabilidade da Convenção de Viena em relação a terroristas do Iraque; a resposta era exigida com rapidez<sup>121</sup>. Para Goldsmith o *OLC* estava *dentro* do Executivo, em ambiente específico de poucas regras e de baixa

---

<sup>113</sup> Cf. YOO, John, cit. p. 395.

<sup>114</sup> Cf. YOO, John, cit. p. 396.

<sup>115</sup> Cf. YOO, John, cit. p. 399.

<sup>116</sup> Cf. YOO, John, cit. p. 404.

<sup>117</sup> Cf. YOO, John, *War by Other Means*, cit., p. 19.

<sup>118</sup> GOLDSMITH, Jack. *The Terror Presidency - Law and Judgement Inside the Bush Administration*. New York and London: W. W. Norton and Company, 2007.

<sup>119</sup> Cf. GOLDSMITH, Jack, cit., p. 21.

<sup>120</sup> Cf. GOLDSMITH, Jack, cit., p. 23.

<sup>121</sup> Cf. GOLDSMITH, Jack, cit., p. 32.

necessidade de transparência<sup>122</sup>. Goldsmith divergiu de John Yoo e afirmou que a Convenção de Genebra se aplicaria a todos os detentos no contexto do combate ao terrorismo<sup>123</sup>. Preocupou-se enormemente, porquanto duvidava que a Casa Branca iria acatar sua opinião<sup>124</sup>. Havia no Departamento de Estado, de acordo com Goldsmith, uma cultura de aversão ao risco jurídico após os episódios de 11 de setembro<sup>125</sup>.

Na impressão de Jack Goldsmith o governo substituiu análises jurídicas por julgamentos políticos em um obsessivo comprometimento de expandir os poderes presidenciais<sup>126</sup>. A exemplo de Bruce Ackerman, para quem não se pode falar em *luta contra o terrorismo* (justamente porque o terrorismo é uma tática de guerra, e não uma nação, isto é, não se pode lutar *contra o terrorismo* do mesmo modo que não se poderia lutar *contra a Blitzkrieg alemã*), Goldsmith insistia no sentido metafórico da argumentação da Casa Branca. Cuida-se de uma formulação tipicamente abstrata, a exemplo de guerras contra a pobreza, contra as drogas ou contra o crime<sup>127</sup>.

Entre os vários episódios que provocaram muita discussão nesse contexto da guerra contra o terrorismo, pode-se mencionar o caso Jose Padilla. Trata-se de um norte-americano de origem porto-riquenha, preso no aeroporto de Chicago, ao descer de um voo oriundo do Paquistão, em 8 de maio de 2002. Segundo o governo norte-americano, Padilla tinha planos de explodir uma bomba de efeitos radioativos. Em primeira instância, decidiu-se que o governo tinha poderes e competência para prendê-lo, ainda que as provas fossem supostamente frágeis.

A questão chegou à Suprema Corte norte-americana, que em 28 de junho de 2004 decidiu com base em preliminares, sem tocar no mérito da questão, limitando-se a afirmar que o tribunal de Nova Iorque não tinha competência para julgar o caso e que o habeas corpus deveria ter sido impetrado contra o diretor da prisão na qual Padilla se encontrava, e não contra o Secretário da Defesa. A questão dos poderes presidenciais não foi resolvida<sup>128</sup>.

A propósito, há notícias de que Jose Padilla ajuizou ação contra John Yoo, acusando-o de tê-lo privado de seus direitos constitucionais de defesa. Trata-se de uma ação civil por danos. John Yoo invocou em defesa a imunidade do executivo por responsabilidade pessoal de agente público por danos eventualmente causados.<sup>129</sup>

---

<sup>122</sup> Cf. GOLDSMITH, Jack, cit., p. 33.

<sup>123</sup> Cf. GOLDSMITH, Jack, cit., p. 39.

<sup>124</sup> Cf. GOLDSMITH, Jack, cit., p. 43.

<sup>125</sup> Cf. GOLDSMITH, Jack, cit., p. 94.

<sup>126</sup> Cf. GOLDSMITH, Jack, cit., p. 102.

<sup>127</sup> Cf. GOLDSMITH, Jack, cit., p. 103.

<sup>128</sup> WHEELER, Darren A. *Presidential Power in Action - Implementing Supreme Court Detainee Decisions*. New York: Palgrave MacMillan, 2008. p. 53 e ss.

<sup>129</sup> BRUFF, Harold H. *Bad Advice - Bush Lawyers in the War of Terror*. Lawrence: University Press of Kansas, 2009. p. 293.

Para Goldsmith, que se transformou em um grande crítico das políticas que John Yoo defendia, a Administração tentava levar ao limite seus poderes discricionários. O governo norte-americano teria desrespeitado todas as limitações constitucionais e legais para o tratamento de prisioneiros de guerra<sup>130</sup>. Goldsmith observou que se impressionava com o número de advogados que trabalhava do governo, defendendo essas políticas, o que nos dirige para interessante debate relativo ao papel do advogado público que atua no Executivo<sup>131</sup>.

Logo no início de sua curta passagem pelo Departamento de Estado norte-americano, Goldsmith entendeu que os pareceres até então vigentes deveriam ser revistos<sup>132</sup>. Sua orientação não foi seguida. Acreditava, no entanto, que no futuro o governo Bush poderia ser comparado aos governos Lincoln ou Roosevelt<sup>133</sup>, especialmente dada a tendência que a historiografia revela, no sentido de se minimizar os excessos cometidos<sup>134</sup>. À luz dessa compreensão, qualifica-se curioso paradoxo; isto é, as conclusões de Goldsmith não seriam muito distintas das conclusões de Yoo.

Goldsmith observou que John Yoo não foi o primeiro advogado a fazer pareceres posteriormente repudiados. Edward Bates, que fora o Advogado-Geral de Abraham Lincoln teria justificado a suspensão do habeas corpus<sup>135</sup>. Para Goldsmith, John Yoo destacava-se como um jovem professor que conhecia profundamente o direito de guerra. Lecionava em Berkeley, uma faculdade de muito prestígio. Possui enorme charme pessoal e é extremamente persuasivo ao explicitar sua visão dos vários problemas enfrentados<sup>136</sup>.

Goldsmith deixou o cargo por não concordar com a Administração. Acredita que em estado permanente de emergência que se enfrenta, a melhor esperança para se preservar a segurança e a liberdade é a escolha de líderes que se apeguem em valores constitucionais, mesmo quando tentados a se distanciarem desses mesmos valores<sup>137</sup>.

Nessa linha de raciocínio de Goldsmith, que é contrária a John Yoo, o pensamento de Seth Weinberger, para quem, na guerra contra o terrorismo não se deve dar ao presidente poderes extraordinários de modo indefinido. O Legislativo e o Judiciário devem controlar e supervisionar excessos eventualmente praticados. Poderes extraordinários conferidos ao presidente não poderiam atentar contra a estrutura básica de tripartição dos poderes<sup>138</sup>.

---

<sup>130</sup> Cf. GOLDSMITH, Jack, cit., p. 119-120.

<sup>131</sup> Cf. GOLDSMITH, Jack, cit., p. 130.

<sup>132</sup> Cf. GOLDSMITH, Jack, cit., p. 146.

<sup>133</sup> Cf. GOLDSMITH, Jack, cit., p. 214.

<sup>134</sup> Cf. GOLDSMITH, Jack, cit., p. 213.

<sup>135</sup> Cf. GOLDSMITH, Jack, cit., p. 168.

<sup>136</sup> Cf. GOLDSMITH, Jack, cit., p. 169.

<sup>137</sup> Cf. GOLDSMITH, Jack, cit., p. 216.

<sup>138</sup> WEINBERGER, Seth. *Restoring the Balance - War Powers in an Age of Terror*. Santa Barbara: ABC-Clio, 2009. p. 138.

A hipertrofia da chefia do executivo é recorrente em instâncias ditatoriais, a exemplo do que ocorrera no Brasil, especialmente de 1937 a 1945, bem como de 1964 a 1985. Identicamente, em vários países da Europa Ocidental, ao longo dos anos de 1930 e 1940, a propósito do que ocorrera na Alemanha, na Itália, em Portugal e na Espanha. E como se sabe, construções conceituais sofisticadas teriam sustentado essas ocorrências.

## **CONCLUSÕES**

A tese do presidencialismo unitário, argumento sofisticado que John Yoo concebeu e defendeu, com vistas à legitimação doutrinária da ação norte-americana de combate ao terrorismo, ainda que intelectualmente bem engendrada, coloca em risco a agenda de proteção a direitos fundamentais. Insere-se em um contexto mais amplo de construções conceituais, também efetivamente bem argumentadas (a exemplo de algumas teses de Carl Schmitt), produzidas em épocas de crise e que promovem amplo espectro de enfrentamento à agenda dos direitos fundamentais.

No limite de uma investigação teórica, no campo inusitado da arqueologia das ideias, tem-se (mais uma) complexa relação entre intelectuais e poder, na qual este último é justificado por aqueles primeiros. Pode ser esse o papel que os historiadores do direito no futuro atribuirão a John Yoo, com o benefício do retrospecto, ainda que necessariamente reconhecendo a força argumentativa e a qualidade retórica desse controvertido intelectual.

O embate entre John Yoo e Jack Goldsmith revela intenso dissenso na condução dos arranjos institucionais norte-americanos ao longo da guerra travada contra o terrorismo. John Yoo revela-se como apoiador incondicional da administração Bush, em favor da qual disponibilizou suas notáveis qualidades de jurista, historiador e fino debatedor. Goldsmith criticou recorrentemente os riscos políticos e jurídicos que decorriam de uma aproximação imediatista entre objetivos políticos e instrumentos jurídicos.

John Yoo notabilizou-se na construção de argumentos favoráveis a uma ação imediata do governo norte-americano, na guerra contra o terror, o que lhe causou intensa oposição, inclusive do ponto de vista acadêmico. Por outro lado, deve-se reconhecer, John Yoo mantém-se absolutamente fiel e coerente com o que vem argumentando ao longo dos anos, consolidando reputação de expoente intelectual máximo do pensamento normativo conservador norte-americano.

A tese do presidencialismo unitário revela-se, assim, como mais um instrumento conceitual engendrado em favor da defesa do excepcionalismo político, pelo que, à máxima de Carl Schmitt, para quem soberano é quem decide no estado de exceção, acrescenta-se, no próprio conceito limite de soberania, o chefe de um executivo unitário, supostamente validado. Tem-se mais uma ameaça, entre tantas, à plenitude dos direitos fundamentais, duramente conquistada.

## BIBLIOGRAFIA

- ACKERMAN, Bruce. *Before the Next Attack - Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*. New Haven: Yale University Press, 2006.
- AGAMBEM, Giorgio. *Homo Sacer - Sovereign Power and Bare Life*. Stanford: Stanford University Press, 1998. Tradução de Daniel Heller-Roazen.
- ALEXANDER, Yonah; BRENNER, Edgar H. (ed.) *U.S. Legal Response to Terrorism*. Ardsley: Transnational Publishers, Inc, 2002.
- ALI, Tariq. *The Clash of Fundamentalisms - Crusades, Jihads and Modernity*. London & New York: Verso, 2002.
- BAILYN, Bernard. *The Ideological Origins of the American Revolution*. Cambridge: Harvard University Press, 1992.
- BELOFF, Max. *Thomas Jefferson and American Democracy*. New York: MacMillan, 1962.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de Exceção Permanente - Atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.
- BERMAN, Morris. *Dark Ages America - The Final Phase of Empire*. New York & London: W. W. Norton & Company, 2006.
- BLUM, John Morton. *The Progressive Presidents*. New York & London: W. W. Norton Company, 1982.
- BOBBIO, Norberto. *A Teoria das Formas de Governo*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1992. Tradução de Sérgio Bath.
- BROGAN, Hugh. *The Penguin History of the USA*. London: Penguin Books, 1999.
- BRUFF, Harold H. *Bad Advice - Bush Lawyers in the War of Terror*. Lawrence: University Press of Kansas, 2009.
- CALDWELL, Peter C. *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law - The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*. Durham: Duke University Press, 1997.
- CHASTEEN, John Charles. *Born in Blood & Fire - a Concise History of Latin America*. New York & London: W. W. Norton & Company, 2006.
- CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law. Principles and Policies*. New York: Aspen Law and Business, 2002.
- CHERNOW, Ron. *Alexander Hamilton*. New York: The Penguin Express, 2004.
- CHEVALLIER, Jean-Jacques. *Les Grandes Oeuvres Politiques - de Machiavel à nos Jours*. Paris: Armand Colin, 1996.
- DAHL, Robert A. *How Democratic is the American Constitution?* New Haven & London: Yale University Press, 2003.
- DAHL, Robert A. *On Democracy*. New Haven e London: Yale University Press, 1998.
- DUNNE, Gerald T. *Hugo Black and the Judicial Revolution*. New York: Touchstone Book, 1977.
- DURANTAYE, Leland de la. *Giorgio Agambem - A Critical Introduction*. Stanford: Stanford University Press, 2009.
- EDELSON, Chris. *Emergency Presidential Power - From Drafting the Constitution to the War on Terror*. Madison: The University of Wisconsin Press, 2013.
- ELY, John Hart. *Democracy and Distrust - A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 2005.
- GOLDSMITH, Jack. *The Terror Presidency - Law and Judgement Inside the Bush Administration*. New York and London: W. W. Norton and Company, 2007.
- HARRISON, Ross. *Democracy*. London & New York: Routledge, 1993.
- HOLMES, Stephen. *The Anatomy of Antiliberalism*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- IRONS, Peter. *A People's History of the Supreme Court*, New York: Penguin Books, 1999.
- MISES, Ludwig Von. *Bureaucracy*. Indianapolis: Liberty Fund, 2007.
- MOUFFE, Chantal (Ed.) *The Challenge of Carl Schmitt*. London: Verso, 1999.
- NEUSTADT, Richard E. *Presidential Power and the Modern Presidents - the Politics of Leadership from Roosevelt to Reagan*. New York: The Free Press, 1991.
- NEWMAN, Roger K. *Hugo Black, a Biography*. New York: Fordham University Press, 1997.
- PETERS, Guy B. *The Politics of Bureaucracy - An Introduction to Comparative Public Administration*. London & New York: Routledge, 2010.
- REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Vintage Books, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais - uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SCHMITT, Carl. *O Guardiã da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Tradução de Geraldo de Carvalho.
- SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Tradução de Elisete Antoniuk. MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001. AGAMBEM, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004. Tradução de Iraci D. Poleti.
- SEMONCHE, John E. *Keeping the Faith - A Cultural History of the U. S. Supreme Court*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1998.
- STRAUSS, Leo; CROPSEY, Joseph. *History of Political Philosophy*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1987.
- TILLY, Charles. *Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- TUSHNET, Mark. *A Court Divided - The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*. New York: W. W. Norton & Company, 2005.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracy Realized - The Progressive Alternative*. London: Verso, 1998.
- WEINBERGER, Seth. *Restoring the Balance - War Powers in an Age of Terror*. Santa Barbara: ABC-Clio, 2009.
- WHEELER, Darren A. *Presidential Power in Action - Implementing Supreme Court Detainee Decisions*. New York: Palgrave MacMillan, 2008.
- YOO, John. *Crisis and Command - A History of Executive Power from George Washington to the present*. New York: Kaplan, 2011.
- YOO, John. *War by another means - an Insider's Account of the War on Terror*. New York: Atlantic Monthly Press, 2006.
- ZINN, Howard. *A People's History of the United States*. New York: Harper, 1995.