

## Níveis de legitimidade

*Tiers of Standing*

### Owen Fiss<sup>1</sup>

Professor Sterling Emérito de Direito, Universidade de Yale.

### Versão original:

Owen Fiss (2015) Tiers of standing. Faculty Scholarship Series, n. 5185, p. 89-114. Artigo traduzido com a autorização do autor e editor.

### Tradução

Renan Medeiros de Oliveira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: renanmedeirosdeoliveira@gmail.com

### Revisão

Juliana Cesário Alvim, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: julianacesarioalvim@gmail.com



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

---

<sup>1</sup> Nota do autor: Sou grato à extraordinária pesquisa e assistência editorial de Daniel Rauch.



A Suprema Corte é encarregada de proteger a Constituição, mas não é uma comissão itinerante. Deve esperar que um caso chegue até ela antes de determinar se a Constituição foi violada. Alguém deve alegar que uma política ou prática é inconstitucional e, além disso, mostrar que ele ou ela foi ou provavelmente será prejudicado pela política/prática. Sem essa demonstração de prejuízo, a Corte rejeitará a ação com base na teoria de que a parte que iniciou a ação ou o demandante não tinha “legitimidade” (*standing*), e não avançará na análise do mérito da reivindicação.

A exigência de legitimidade tem sido, por gerações, uma característica firme de nossa tradição constitucional.<sup>2</sup> Doutrinariamente, foi entendida como uma extrapolação do Artigo III da Constituição, que limita a jurisdição do judiciário federal a “casos” ou “controvérsias”<sup>3</sup>. Por sua vez, o Tribunal interpreta esses termos de modo a estendê-los somente às disputas nas quais o autor realmente sofreu um dano.

Deixando o texto de lado, o requisito da legitimidade também foi defendido com base no fato de que ele serve ao princípio constitucional da separação de poderes. Restringir a jurisdição do judiciário a disputas onde o demandante enfrenta uma ameaça de dano real irá, argumenta-se, limitar o judiciário à tarefa de adjudicação e impedir que ele usurpe as funções dos poderes legislativo e executivo, ramos que também têm a prerrogativa, até mesmo o dever, de interpretar a Constituição.

Outros defendem o requisito da legitimidade por motivos mais pragmáticos. Argumenta-se que ele impede que o Judiciário perca tempo em investigações puramente acadêmicas — o que não teria importância prática nem para o

---

<sup>2</sup> Embora o termo “legitimidade” [no original “*standing*”] apareça primeiro nas decisões da Suprema Corte por volta do início do século XX, ele está enraizado em preocupações tão antigas quanto a própria Constituição. Veja HO, Daniel E.; ROSS, Erica L. Did Liberal Justices Invent the Standing Doctrine? An Empirical Study of the Evolution of Standing, 1921–2006. *Stanford Law Review*, v. 62, p. 591-668, 2010.

<sup>3</sup> [N.T.]: A seção 2 do Artigo III assim dispõe: “A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade; a todos os casos que afetem os embaixadores, outros ministros e cônsules; a todas as questões do almirantado e de jurisdição marítima; às controvérsias em que os Estados Unidos sejam parte; às controvérsias entre dois ou mais Estados, entre um Estado e cidadãos de outro Estado, entre cidadãos de diferentes Estados, entre cidadãos do mesmo Estado reivindicando terras em virtude de concessões feitas por outros Estados, enfim, entre um Estado, ou os seus cidadãos, e potências, cidadãos, ou súditos estrangeiros.

Em todas as questões relativas a embaixadores, outros ministros e cônsules, e naquelas em que se achar envolvido um Estado, a Suprema Corte exercerá jurisdição originária. Nos demais casos supracitados, a Suprema Corte terá jurisdição em grau de recurso, pronunciando-se tanto sobre os fatos como sobre o direito, observando as exceções e normas que o Congresso estabelecer.

O julgamento de todos os crimes, exceto em casos de impeachment, será feito por júri, tendo lugar o julgamento no mesmo Estado em que houverem ocorrido os crimes; e, se não houverem ocorrido em nenhum dos Estados, o julgamento terá lugar na localidade que o Congresso designar por lei.”.



funcionamento do governo nem para a vida dos cidadãos comuns. Também se diz que a exigência de legitimidade facilita e fortalece o funcionamento de nosso sistema adversarial, partindo do pressuposto de que as partes ameaçadas de dificuldades pessoais farão apresentações mais enérgicas dos fatos e da lei do que litigantes com interesses meramente abstratos em jogo.

Na prática, os rigores da exigência de legitimidade mudaram com o tempo. Durante a década de 1960, o auge da Corte de Warren, o requisito da legitimidade foi lido permissivamente — muito de acordo com a concepção ampla do poder judiciário predominante na época. A partir de meados da década de 1970, porém, a Corte tornou-se cada vez mais rigorosa ao aplicar a exigência de legitimidade a todos os tipos de casos, inclusive constitucionais. Em particular, o Tribunal se tornou cauteloso em processos judiciais movidos por cidadãos nos quais os demandantes alegaram não ter sofrido danos pessoais além de uma preocupação de que o governo agiu ou poderia agir ilegalmente em breve. Para reduzir tais desafios, a Suprema Corte exigiu cada vez mais que os danos dos demandantes, ou ameaças de danos, fossem palpáveis e particularizados.

Em fevereiro de 2013, mais de uma década na Guerra ao Terror, a Corte continuou na mesma trajetória, mas deu um salto gigantesco quando reformulou o requisito de legitimidade e deu a ele um caráter severo novo e especial nos casos de segurança nacional. Isso ocorreu *Clapper v. Amnesty International USA*,<sup>4</sup> no qual a Corte foi confrontada com o questionamento acerca da constitucionalidade da lei de 2008 que ampliara enormemente o poder de vigilância do governo federal. O questionamento da constitucionalidade levantou questões constitucionais vitais, mas a Corte nunca as enfrentou. Em vez disso, rejeitou a ação por falta de legitimidade, embora, ao fazer isso, afastasse virtualmente a lei de 2008 do controle de constitucionalidade. Ao alcançar esse resultado, *Clapper* formou uma abordagem à justiciabilidade que criou “níveis de legitimidade”: um requisito de legitimidade mais elevado e mais rigoroso — um novo nível — deveria governar os casos de segurança nacional.<sup>5</sup>

Em outros contextos, principalmente a proteção da igualdade e da liberdade de expressão, o conceito de “níveis de escrutínio” é familiar. Nesses casos, a Corte

---

<sup>4</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Clapper v. Amnesty International USA*, 133 S Ct, 2013, p. 1138.

<sup>5</sup> O termo “níveis de legitimidade” foi cunhado por Julie Verloff no meu seminário da primavera de 2013 sobre direito e terrorismo.



frequentemente usa três padrões diferentes para revisar a constitucionalidade das leis: escrutínio estrito (o nível mais exigente), escrutínio intermediário e revisão de base racional (o mais permissivo). Em casos de proteção da igualdade, por exemplo, o escrutínio estrito é reservado para leis que empregam uma categoria suspeita (como raça) ou que restringem o exercício de um direito fundamental (como o direito ao voto). Da mesma forma, em casos de liberdade de expressão, o escrutínio estrito é reservado para medidas que regulam o discurso com base em seu conteúdo, enquanto um menor escrutínio é aplicado para medidas que apenas regulam o discurso com base em seu tempo, lugar ou estilo. Em qualquer caso, no nível elevado, o governo é obrigado a mostrar que a lei em questão foi criada para servir a um propósito convincente e que o meio é estritamente adequado; na verdade, a maneira menos restritiva de atingir esse objetivo. Não é de surpreender que, na prática, o escrutínio estrito tenha se revelado “fatal”:<sup>6</sup> as leis que caem nesse nível são esmagadoramente derrubadas.

Da mesma maneira, *Clapper* parece ter criado um nível especial e elevado de legitimidade para casos de segurança nacional — um nível análogo ao escrutínio estrito. No entanto, no contexto da legitimidade, esse nível estrito ou mais exigente dita um resultado oposto: o processo é indeferido e a lei contestada é mantida em vigor sem uma decisão sobre o mérito. O acesso ao Tribunal é fechado e, como resultado, a Corte se recusa a resolver ou até mesmo a abordar questões constitucionais cruciais levantadas por uma política, desde que seja destinada a promover a segurança nacional. Ao adotar essa nova abordagem em níveis, a Corte falhou em sua responsabilidade, tão essencial em tempos de guerra quanto de paz, de responsabilizar os poderes legislativo e executivo perante a lei.

### A lei de 2008

A lei de 2008 questionada no caso *Clapper* teve suas origens nas fases iniciais da Guerra ao Terror. No outono de 2001, o presidente George W. Bush emitiu uma ordem executiva secreta estabelecendo o chamado Programa de Vigilância Terrorista. Essa ordem orientou a Agência de Segurança Nacional a interceptar ligações telefônicas

---

<sup>6</sup> GUNTHER, Gerald. Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection. *Harvard Law Review*, v. 86, n. 1, p. 17, 1972.



internacionais entre pessoas nos Estados Unidos e pessoas no exterior que eram suspeitas de ter conexões com a Al Qaeda ou seus aliados. Inicialmente, a ordem do presidente estava fora da visão do público. Em dezembro de 2005, no entanto, o programa foi divulgado publicamente pelo *New York Times* e tornou-se assunto de uma controvérsia acalorada.<sup>7</sup>

Apesar de algumas objeções ao programa se basearem na Quarta Emenda, a principal oposição surgiu do fato de o presidente não cumprir as exigências da Lei de Vigilância de Inteligência Estrangeira (FISA).<sup>8</sup> Essa lei foi adotada pelo Congresso em 1978, na sequência de revelações sobre as atividades de vigilância de longo alcance e em grande parte descontroladas das agências de inteligência americanas. Para atender a essas preocupações, a FISA estabeleceu novos protocolos para a interceptação de comunicações eletrônicas para ou de cidadãos estrangeiros nos Estados Unidos.

Conforme originalmente promulgada, a FISA aplicava-se a qualquer vigilância eletrônica de “agentes” — definidos como “oficiais ou funcionários” de uma “potência estrangeira”, quando usados para coletar “informações de inteligência estrangeiras”.<sup>9</sup> “Potência estrangeira” foi definida para incluir nações estrangeiras e, crucialmente, qualquer “grupo engajado em terrorismo internacional”. “Informações de inteligência estrangeira”, por sua vez, foram definidas para incluir informações sobre “atividades clandestinas de inteligência”, “sabotagem”, “terrorismo internacional” e “a conduta dos assuntos estrangeiros dos Estados Unidos”.<sup>10</sup> A lei de 1978 também previa que, antes de conduzir qualquer vigilância eletrônica regida pela lei, o executivo deve obter permissão de um tribunal especial — o Tribunal de Vigilância de Inteligência Estrangeira (FISC).<sup>11</sup> Este tribunal seria constituído por onze juízes federais em exercício, cada um designado para essa atribuição especial pelo presidente da Suprema Corte (*Chief Justice*) dos Estados Unidos. Cada um desses juízes foi autorizado a agir sozinho, e suas identidades e seus procedimentos deveriam ser mantidos em segredo. A FISA declarou que os

---

<sup>7</sup> RISEN, James; LICHTBLAU, Eric. Bush Lets U.S. Spy on Callers Without Courts. **New York Times**, dez. 2005. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2005/12/16/politics/bush-lets-us-spy-on-callers-without-courts.html>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

<sup>8</sup> [N.T.]: sigla referente ao nome original da Lei em inglês, *Foreign Intelligence Surveillance Act* (Pub L No 95-511, 92 Stat 1783, 50 USC ch 36)

<sup>9</sup> § 101 (a)–(b).

<sup>10</sup> FISA, § 101(b)(2).

<sup>11</sup> [N.T.]: sigla referente ao nome original em inglês, *Foreign Intelligence Surveillance Court*.



procedimentos que estabeleceu seriam o caminho exclusivo pelo qual o executivo poderia reunir informações estrangeiras sobre comunicações eletrônicas.

Ao lançar o Programa de Vigilância Terrorista, Bush ignorou totalmente o FISC, aparentemente violando a FISA. Seu Procurador-Geral, Alberto Gonzalez, inicialmente defendeu essa estratégia com base na teoria de que foi autorizada pela resolução do Congresso de 18 de setembro de 2001.<sup>12-13</sup> Gonzalez afirmou que essa resolução — que autorizava o uso de força militar contra os responsáveis pelo 11 de setembro — implicitamente modificava a FISA, de modo que a revisão do FISC deixou de ser o procedimento exclusivo para a realização de vigilância eletrônica de agentes da Al Qaeda, a potência estrangeira que dirigiu os atentados terroristas de 11 de setembro.<sup>14</sup>

Gonzalez também tratou a resolução de 18 de setembro como uma declaração de guerra contra a Al Qaeda e sustentou que exigir que o presidente se submeta aos procedimentos da FISA interferiu indevidamente em sua prerrogativa constitucional de atuar como comandante-chefe das forças armadas. O Artigo II da Constituição confere ao presidente a autoridade e a responsabilidade de atuar como comandante-chefe. Implícito neste poder, de acordo com Gonzalez, está a autoridade para substituir qualquer estatuto — incluindo o FISA — que interfere indevidamente no cumprimento de seus deveres como comandante-chefe. Assim como o Congresso não pode dizer ao presidente como utilizar as forças armadas, Gonzalez afirma que não poderia instruir o presidente sobre como reunir as informações necessárias para a guerra contra a Al Qaeda.

Em 2007, no entanto, o governo mudou sua estratégia e decidiu que não iria mais ignorar a FISA. Em vez disso, Gonzalez se voltou para o FISC para conseguir o que queria. Em uma carta ao presidente e membro minoritário do Comitê Judiciário do Senado, Gonzalez informou que em 10 de janeiro de 2007 um juiz da FISA emitiu ordens autorizando amplamente as interceptações telefônicas que haviam sido conduzidas anteriormente pelo clandestino Programa de Vigilância Terrorista. Como disse Gonzalez, o juiz da FISA emitiu ordens “autorizando o governo a ter como alvo a coleta de comunicações internacionais para dentro ou fora dos Estados Unidos, onde há uma

---

<sup>12</sup> Autorização para o Uso de Força Militar (AUMF).

<sup>13</sup> [N.T.]: em inglês, *Authorization for Use of Military Force (AUMF)* (Pub L No 107-40, 115 Stat 224 (2001)).

<sup>14</sup> Veja ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US Senate. *Wartime Executive Power and the National Security Agency's Surveillance Authority*. Evidence to Committee on the Judiciary. 109th Cong, 2ª Sessão, 2006, p. 10-15. Disponível em: <<http://perma.cc/N8M6-Z2F4>>. Acesso em: 11 nov. 2018.



causa provável para acreditar que um dos comunicantes é membro ou agente da Al-Qaeda”.<sup>15</sup> À luz desta mudança de rumo, González disse que não haveria necessidade de continuar o Programa de Vigilância Terrorista (embora tenha reafirmado sua crença de que o programa “cumpre integralmente a lei”).

Em abril de 2007, o governo ficou incomodado com a estratégia anunciada apenas alguns meses antes. Considerava que a FISA, como era então, não fornecia ferramentas adequadas para enfrentar a ameaça do terrorismo internacional. Um ponto decisivo veio em março de 2007, quando, no contexto da revisão das ordens originais de janeiro, um juiz da FISA determinou que a autorização para escutas telefônicas sob a lei tinha que ser feita em uma base particularizada ou pessoa a pessoa, e não com base nos motivos amplos previamente aceitos.<sup>16</sup> Isso se mostrou inaceitável para o governo Bush, que então recorreu ao Congresso em busca de nova legislação para “modernizar” a FISA — ou, em outras palavras, para dar às agências de inteligência todo o poder que julgavam necessário.

O Congresso respondeu favoravelmente às propostas da administração. Em 5 de agosto de 2007, foi aprovada a Lei de Proteção da América.<sup>17</sup> Em seus próprios termos, previa-se que a lei expiraria em apenas seis meses e, de fato, expirou (após uma breve prorrogação) em 16 de fevereiro de 2008. Então, em 10 de julho de 2008, o Congresso aprovou uma lei substituta. Esta medida foi apresentada como uma emenda à lei da FISA de 1978, e foi apropriadamente chamada de Lei de Emendas da FISA de 2008.<sup>18</sup> Originalmente, ela estava programada para expirar no final de 2012. Como esperado, no entanto, durante a pendência do caso *Clapper*, ela foi renovada por mais cinco anos e permanecerá em vigor até 2017 — sujeita, é claro, a uma renovação adicional.

A principal inovação trazida pela Lei de Emendas da FISA diz respeito aos estrangeiros localizados no exterior. Conforme promulgado originalmente, a FISA apenas regia as chamadas no ou para os Estados Unidos ou as chamadas roteadas pelos Estados Unidos. Enquanto esta característica da lei de 1978 permaneceu, as emendas de

---

<sup>15</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Congresso dos Estados Unidos. Carta de Alberto R. Gonzales, Procurador Geral, ao Senador Patrick Leahy e ao Senador Arlen Specter, Jan. 2007. Disponível em: <<http://perma.cc/GWU8-JXWP>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

<sup>16</sup> ISIKOFF, Michael. Terror Watch: Behind the Surveillance Debate. *Newsweek*, jul. 2007. Disponível em: <<http://perma.cc/69GQ-U5YM>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

<sup>17</sup> *Protect America Act* (Pub L No 110-155, 121 Stat 552, codified at 50 USC §§ 1801, 1803, 1805).

<sup>18</sup> Pub L No 110-261, 122 Stat 2436, codified at 50 USC § 1881a.



2008 reduziram, quase a ponto de desaparecer, os requisitos de aprovação por um juiz da FISA para interceptações onde o alvo da investigação era um estrangeiro localizado no exterior. Quando tais indivíduos são investigados, o governo precisa apenas alegar que o alvo é um estrangeiro localizado no exterior e que o objetivo da interceptação é coletar informações de inteligência estrangeira. Fundamentalmente, não importava que a outra parte na linha fosse um cidadão americano ou um cidadão estrangeiro admitido legalmente a residir nos Estados Unidos.

As emendas de 2008 também autorizaram o FISC a conceder permissões gerais para interceptações que abrangessem grupos de pessoas. A lei também obrigou o tribunal a agir imediatamente (dentro de 30 dias) e a conceder o pedido do governo para uma interceptação se, em sua aplicação, "todos os elementos necessários" estivessem presentes.<sup>19</sup> Nenhuma investigação factual independente deveria ser realizada pelo tribunal da FISA.

### Objções Constitucionais à Lei de 2008

O caso *Clapper* foi finalizado imediatamente após a promulgação das emendas de 2008 à FISA. A acusação se concentrou, em grande parte, no fracasso do Congresso em exigir que o governo obtenha um mandado judicial antes de interceptar conversas telefônicas entre cidadãos americanos e estrangeiros localizados no exterior. Embora o governo fosse obrigado a obter aprovação judicial prévia para vigilância eletrônica, os autores afirmaram que os padrões para conceder essa permissão estavam aquém dos especificados pela Quarta Emenda.<sup>20</sup> Especificamente, o governo não era obrigado a mostrar, como manda a Quarta Emenda, "causa provável" – que há muito tempo tem sido interpretada como sendo uma razão para acreditar que a pessoa específica cujas chamadas devem ser interceptadas tinha cometido, estava cometendo, ou iria cometer um crime.

---

<sup>19</sup> Pub L No 110-261, 122 Stat 2436, 2444, codified at 50 USC § 1881a(a)(i)(3)(A).

<sup>20</sup> [N.T.]: Confira-se o texto traduzido da Quarta Emenda: "O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido, e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de causa provável confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas".



Resolver esse desafio à lei de 2008 exigiria que a Suprema Corte respondesse a questões constitucionais difíceis. Em particular, a Corte teria que determinar se a exigência de mandado da Quarta Emenda se aplica à vigilância eletrônica que visa coletar informações de inteligência estrangeiras. Esta foi uma questão que a Corte havia evitado por décadas e que, por sua vez, foi o resultado de uma relutância ainda mais antiga por parte da Suprema Corte de decidir se os mandados são necessários para a vigilância eletrônica destinada a proteger a segurança nacional.

A Corte prorrogou pela primeira vez o requisito de mandado da Quarta Emenda para escutas telefônicas ou vigilância eletrônica em sua decisão *Katz v. United States* em 1967.<sup>21</sup> Ao elaborar sua decisão, a Corte teve o cuidado de observar que o caso em questão surgiu de uma investigação sobre jogos de azar, um crime doméstico comum, e nenhum outro ponto de vista — de uma forma ou de outra — estava sendo expressado sobre se um mandado satisfazendo as restrições da Quarta Emenda seria necessário se a investigação fosse destinada a proteger a segurança nacional.<sup>22</sup>

A Corte voltou a esta questão não resolvida no chamado caso *Keith* de 1972, um caso que surgiu do atentado a bomba, como parte dos protestos por vezes violentos contra a Guerra do Vietnã, em um escritório da CIA em Ann Arbor, Michigan.<sup>23</sup> Os telefonemas de um dos réus foram interceptados sem um mandado e o procurador-geral defendeu essa ação alegando que ele estivera investigando uma ameaça à segurança nacional. A Corte rejeitou essa argumentação. Ao fazê-lo negou que houvesse uma exceção ao requisito de autorização da Quarta Emenda para investigações destinadas a proteger a segurança nacional. Contudo, passou a distinguir entre dois tipos de ameaças à segurança nacional — interna e externa — e deixou claro que sua decisão se aplicava apenas à primeira categoria. A Corte disse que estava deixando em aberto a questão de saber se um mandado teria sido necessário para reunir informações estrangeiras.<sup>24</sup>

Em vez de esperar que a Corte voltasse à questão pendente em *Keith*, em 1978 o Congresso assumiu a liderança e promulgou a FISA. Nos termos da Quarta Emenda, a

---

<sup>21</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Katz v. United States*, 1967.

<sup>22</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Katz v. United States*, 1967, p. 358, n. 23.

<sup>23</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *United States v. United States District Court*, 1972.

<sup>24</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *United States v. United States District Court*, 1972, p. 308.



lei de 1978 foi um compromisso: exigiu a aprovação judicial para a vigilância destinada a reunir informações de inteligência estrangeira, mas não exigia a ligação com a criminalidade imposta pela insistência da Quarta Emenda na causa provável. De fato, o governo só teria que preencher um atestado mostrando que o propósito da vigilância era reunir inteligência estrangeira e que a pessoa cujas ligações seriam interceptadas era um agente de uma potência estrangeira. A medida de 2008 construiu e, de fato, estendeu a amplitude do ato de 1978. Nos casos em que o alvo era um estrangeiro localizado no exterior, as emendas de 2008 ampliaram os poderes de vigilância do governo ao dispensar a exigência de que ele mostrasse que o alvo é um agente de uma potência estrangeira.

Embora a Suprema Corte nunca tenha se pronunciado sobre a constitucionalidade do ato de 1978, vários tribunais inferiores confirmaram a lei, desde que o “objetivo principal” da interceptação fosse reunir inteligência estrangeira (em oposição a promover um processo criminal).<sup>25</sup> Essas decisões, por sua vez, levaram ao surgimento do chamado teste de objetivo primário, uma medida intermediária destinada a preservar a integridade das regras anunciadas pela Corte em *Katz* e *Keith*. Durante décadas, essa regra foi seguida não apenas pelos tribunais federais inferiores, mas também pelo próprio poder executivo.

As coisas mudaram depois de 11 de setembro de 2001. Na Lei Patriota dos EUA,<sup>26</sup> originalmente adotada logo após os ataques terroristas, o Congresso abandonou o teste de propósito primário, direcionando o FISC a permitir interceptações do governo, desde que a coleta de informação de inteligência estrangeira fosse o objetivo principal (ao contrário do primário) da interceptação. Essa mudança legal em particular comprometeu as proteções de *Katz* e *Keith*, já que qualquer grampo pode ter vários propósitos — incluindo a coleta de informação de inteligência estrangeira e apoio a um processo criminal — e cada um deles pode ser “significativo”. As emendas de 2008 à FISA incorporaram essa ampliação do regime efetuada pela Lei Patriota. Em seguida,

---

<sup>25</sup> Veja-se, por exemplo, ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 4º Circuito de Cortes de Apelação dos Estados Unidos. *United States v. Pelton*, Reporter Volume n. 835, Federal Reporter, 2d series, 1987, p. 1075-1076; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 11º Circuito de Cortes de Apelação dos Estados Unidos. *United States v. Badia*, Reporter Volume n. 827, Federal Reporter, 2d series, 1987, p. 1464; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte Distrital dos Estados Unidos do Distrito Oriental de Nova York. *United States v. Megahey*, Reporter Volume n. 553, Federal Supplement, 1982, afirmado sob o nome ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 2º Circuito de Cortes de Apelação dos Estados Unidos. *United States v. Duggan*, Reporter Volume n. 743, Federal Reporter, 2d series, 1984.

<sup>26</sup> USA PATRIOT Act, (Pub L No 107-56, 115 Stat 272 (2001)).



agravou essa diluição da proteção da privacidade proporcionada por *Katz* e *Keith* ao dispensar a exigência de que o alvo da interceptação fosse um agente de uma potência estrangeira.

Para além das perguntas sobre a exigência do mandado e sua aplicabilidade às investigações que visam reunir inteligência estrangeira ou proteger a segurança nacional, o caso *Clapper* também levantou questões sobre a abrangência das pessoas protegidas pela Quarta Emenda. É verdade que os padrões para obter permissão do FISC para uma interceptação foram significativamente reduzidos pela lei de 2008, mas essa nova regra se aplicou apenas aos casos em que o alvo de uma investigação era um cidadão estrangeiro que vivia no exterior. Quais proteções, se houver, essas pessoas têm sob a Quarta Emenda?

À primeira vista, a resposta do presidente da Suprema Corte, William Rehnquist, escrevendo para a corte em 1990 em *United States v. Verdugo-Urquidez*,<sup>27</sup> parece decisiva: nenhuma. Nesse caso, Rehnquist determinou que uma busca sem mandado por parte dos funcionários norte-americanos na casa no México de um cidadão mexicano não ofenderia a Quarta Emenda, e que, portanto, as provas apreendidas como parte da busca poderiam ser usadas no julgamento nos Estados Unidos daquele cidadão mexicano. Rehnquist se concentrou na frase introdutória da Quarta Emenda, que se refere ao “direito do povo” quando falava sobre a garantia contra buscas e apreensões irracionais. De acordo com Rehnquist, o “povo” consistia apenas nas pessoas com uma conexão voluntária com os Estados Unidos, como cidadãos americanos ou estrangeiros legalmente admitidos a residir nos Estados Unidos. A Quarta Emenda não protegeria outros além desses.

Embora Rehnquist afirmasse estar falando pela Corte, um dos juízes que era necessário para formar a maioria, Anthony Kennedy, escreveu um voto concorrente separado no qual adotou uma concepção mais cosmopolita da Constituição.<sup>28</sup> Kennedy disse que se juntou à opinião do presidente, mas mesmo assim insistiu que os funcionários dos EUA sempre devem agir de forma razoável, não importa onde estiverem agindo ou contra quem. Ele rejeitou a alegação da Quarta Emenda do cidadão mexicano, não porque o indivíduo não tinha os direitos da Quarta Emenda, mas apenas

<sup>27</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *United States v. Verdugo-Urquidez*, 1990.

<sup>28</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *United States v. Verdugo-Urquidez*, 1990, p. 275.



porque os funcionários dos EUA, dentro do significado da Quarta Emenda, agiram razoavelmente.

Desenvolvimentos posteriores só diminuíram ainda mais a força da postura rígida de Rehnquist em *Verdugo-Urquidez*. Na decisão da Suprema Corte de 2008 em *Boumediene v. Bush*,<sup>29</sup> Kennedy, escrevendo então a opinião da maioria, concluiu que um estatuto federal que negava *habeas corpus* aos estrangeiros detidos em Guantánamo violava a Constituição. Na superfície, Kennedy parecia menos motivado por uma consideração pelos direitos constitucionais dos prisioneiros do que por uma consideração pela separação de poderes — a necessidade de preservar o papel do Judiciário na análise da legalidade das detenções do executivo. No entanto, a implicação de *Boumediene* pelos direitos dos prisioneiros de Guantánamo era inconfundível, pois não haveria sentido em proteger a autoridade do Judiciário para rever a legalidade das detenções de executivos e, portanto, para preservar o *habeas corpus*, a menos que se pudesse presumir que os prisioneiros de Guantánamo — todos estrangeiros originalmente apreendidos no exterior e agora presos no exterior — possuíam alguns direitos constitucionais.

Por fim, os advogados que levaram o caso *Clapper* decidiram não testar os limites de *Verdugo-Urquidez*. Em vez disso, eles escolheram nomear como autores os cidadãos americanos que residem e trabalham nos Estados Unidos — uma categoria de pessoas inquestionavelmente protegida pela Quarta Emenda. Embora os poderes de vigilância específicos que eles desafiaram fossem limitados a casos em que o alvo da investigação era estrangeiro no exterior, qualquer ligação telefônica ou comunicação eletrônica deveria ter outra parte na linha, e essa parte poderia muito bem ser um americano. Sob a lei de 2008, o cidadão americano não pode ser o alvo da investigação e, por essa razão, pode ser referido como uma “vítima incidental” da interceptação. No entanto, isso é puramente uma classificação técnica e não diminui o significado da interceptação ou da invasão de seu direito à privacidade. As informações pessoais ou privadas da vítima incidental são tão vulneráveis quanto as do alvo.

Desde o início, a FISA buscou regulamentar interceptações que exigiam acesso a instalações localizadas nos Estados Unidos. Ela criou um procedimento para conceder ao executivo autorização para fazer chamadas telefônicas de e para os Estados Unidos,

---

<sup>29</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Boumediene v. Bush*, 2008.



bem como ligações entre partes localizadas em países estrangeiros, mas que fossem encaminhadas pelos Estados Unidos. Os autores da legislação original estavam conscientes dos riscos que tal concessão de autoridade criou para o direito à privacidade dos americanos. Portanto, eles exigiram que o procurador-geral, ao solicitar autorização do FISC para uma interceptação, atestasse sob juramento que “não haveria probabilidade substancial de que a vigilância adquirisse o conteúdo de qualquer comunicação da qual uma pessoa dos Estados Unidos é parte”.<sup>30</sup> (“Pessoas dos Estados Unidos” é uma categoria que inclui cidadãos americanos e estrangeiros legalmente admitidos a residir nos Estados Unidos.)

Após as alterações de 2008 da FISA, no entanto, o procurador-geral não precisou atender a essa norma. Em vez disso, só precisou assegurar ao juiz da FISA quais procedimentos estavam em vigor para “impedir a aquisição intencional de qualquer comunicação na qual o remetente e todos os destinatários pretendidos são conhecidos no momento da aquisição, localizados nos Estados Unidos”.<sup>31</sup> A introdução de um requisito de intencionalidade e o uso da palavra “todos” (em oposição a “qualquer”) diminuiu profundamente a proteção dos interesses de privacidade de pessoas que vivem e trabalham nos Estados Unidos, incluindo cidadãos americanos.

Estrategicamente, mudar o foco de estrangeiros localizados no exterior para americanos trabalhando e morando nos Estados Unidos pretendia evitar a necessidade de reexaminar *Verdugo-Urquidez*. No entanto, criou uma dificuldade de outro ramo da doutrina da Quarta Emenda: há muito se estabeleceu, pelo menos em processos criminais ordinários, que embora a causa provável deva ser mostrada para o alvo da interceptação, a declaração de qualquer um que se envolver em uma conversa com um alvo adequadamente coberto por um mandado pode ser usada pelo governo em um processo criminal contra essas outras pessoas.<sup>32</sup> Em outras palavras, as chamadas

---

<sup>30</sup> FISA (Pub L No 95-511, 92 Stat 1783, at 1787) § 102 (a)(1)(B).

<sup>31</sup> FISA (Pub L No 110-261, 122 Stat 2439, § 702(d)(1)(B), codified at 50 USC) § 1881a(d)(1)(B).

<sup>32</sup> Veja, por exemplo,

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte Distrital dos Estados Unidos do Distrito de Delaware. *United States v. Perillo*, Reporter Volume n. 333, Federal Supplement, 1971, p. 919-921, citando ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Alderman v. United States*, Reporter Volume n. 394, 1969, p. 175, n. 10 (julgando constitucional o uso do governo de conversas entre o alvo da vigilância e um terceiro em um processo criminal subsequente do terceiro, onde a vigilância foi realizada em conformidade com um mandado que se aplica apenas ao alvo da vigilância). Veja também ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *United States v. Kahn*, 1974, p. 157 (sustentando que a interceptação do governo de telefonemas incriminadores pela esposa de um alvo de vigilância, e o subsequente uso



vítimas acidentais de uma escuta devidamente autorizada não são protegidas pela regra de exclusão.

Permanece, porém, a questão de saber se essa regra, formada no contexto de um processo criminal, se aplicaria em *Clapper*, onde o problema não era a regra excludente, mas uma concessão de autoridade, que representava um perigo muito maior para a privacidade dos cidadãos americanos cujas chamadas seriam interceptadas com base na teoria de que eles eram meras vítimas incidentais da interceptação. Em particular, sob as emendas de 2008, o alvo da interceptação da FISA não precisa ser um indivíduo — pode consistir em categorias amplas ou grupos de estrangeiros, como “afegãos afiliados à Al Qaeda”. As emendas também eliminaram a necessidade de estabelecer para o alvo a causa provável — suspeita de criminalidade — contemplada por *Katz* e *Keith*. Em vez disso, o governo teria apenas que dar razões para acreditar que os alvos eram cidadãos estrangeiros localizados no exterior e que um propósito significativo da interceptação era reunir informações de inteligência estrangeiras. O limite para uma interceptação é drasticamente menor do que o da lei original de 1978 e, como consequência, as chamadas vítimas incidentais — cidadãos americanos ou estrangeiros residindo legalmente nos Estados Unidos que falam com estrangeiros no exterior — estão mais do que nunca expostos a interceptações de suas conversas particulares.

### Os Demandantes e Seu Dano

Os demandantes — todos cidadãos americanos que residiam e trabalhavam nos Estados Unidos — tinham interesses profissionais que os levaram a estar em contato regular com pessoas que estavam no Oriente Médio. Como parte da Guerra ao Terror, esses indivíduos eram, cada um, alvos prováveis de vigilância e escutas telefônicas do governo. Alguns dos demandantes eram pesquisadores de direitos humanos; outros eram jornalistas; outros ainda eram advogados. De fato, um dos advogados estava, na época em que o processo foi julgado, representando perante uma comissão militar em

---

dessas ligações em um processo criminal contra a esposa, não violava a Quarta Emenda, embora o governo não tivesse estabelecido uma causa provável em relação à esposa antes de começar a vigilância).



Guantánamo, Khalid Sheik Mohammad, o suposto mentor dos ataques de 11 de setembro.

A maioria dos desafios da Quarta Emenda surge em um processo criminal em que o acusado procura excluir ou suprimir evidências obtidas em violação da Constituição. Tais casos não apresentam nenhuma dúvida sobre justiciabilidade: quaisquer que sejam os méritos da reivindicação, o indivíduo que alega violação da Quarta Emenda certamente foi pessoal e diretamente ferido e, portanto, tem legitimidade. Além desses casos, no entanto, os questionamentos acerca da constitucionalidade com base na Quarta Emenda também foram feitos contra as leis que concedem ao governo autoridade para realizar certas práticas de vigilância.<sup>33</sup> Em tais casos, a questão é se a concessão legal de autoridade em si ofende a Quarta Emenda, porque a legislação não limita a autoridade para realizar vigilância nas circunstâncias que a Quarta Emenda permite.

Em tais casos, os demandantes podem solicitar uma sentença declarando a concessão de autoridade inconstitucional. Além disso, como aconteceu em *Clapper*, os demandantes podem solicitar uma liminar que impeça o governo de exercer o poder conferido pela lei. Normalmente, uma liminar proíbe o réu de praticar determinado curso de conduta e, implicitamente, cria uma ameaça no caso de desrespeito às violações dessa proibição. A proibição e a ameaça de desacato vigoram a partir do momento em que a liminar é emitida e permanecem em vigor até que o juiz a dissolva. Nesse sentido, a liminar rege o futuro, e é por isso que muitas vezes é considerado um remédio prospectivo. Uma distinção deve ser feita, entretanto, entre a ação que é regida pela liminar e o ato supostamente ilícito que serve como pressuposto para a emissão da liminar.

O ato ilícito que é a base para a emissão da liminar pode ser aquele que, no momento da ação, provavelmente ocorrerá no futuro. Um exemplo desse tipo de medida pode ser encontrado na ação judicial para impedir o assassinato de Anwar Al-Aulaki. Ele era um cidadão americano vivendo e trabalhando no Iêmen que, em 30 de setembro de 2011, foi morto como resultado de um ataque de drones lançado pelos Estados Unidos. No ano anterior a esse ataque, Naser Al-Aulaki, pai de Anwar, temendo que seu filho estivesse em uma “lista de mortes” mantida pelo governo dos EUA,

---

<sup>33</sup> Veja, por exemplo, ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Berger v. State of N.Y.*, 1967.



instaurou uma ação no tribunal do distrito federal, em Washington, DC, pedindo uma liminar para evitar isso.<sup>34</sup> O demandante alegava que tal assassinato privaria Anwar de sua vida sem o devido processo legal.

Embora uma liminar possa ser baseada, como no caso *Aulaki*, em um dano futuro, ela não precisa, necessariamente, ser. Em alguns momentos, o ato ilícito já pode ter ocorrido e a liminar procuraria evitar que o dano se repetisse e também erradicar os efeitos do dano. Por exemplo, um indivíduo rejeitado em um emprego com base na raça pode solicitar uma liminar proibindo tal discriminação de ocorrer novamente. A liminar também pode ordenar que a empresa garanta a contratação individual, que seria retroativa ao tempo da rejeição inicial.

O ato que o demandante pretende declarar ilegal e proibir de ocorrer também pode acontecer no momento em que o processo é apresentado (ou, talvez, em um momento antes). Nesse caso, a liminar solicitada buscaria conter um dano atual. Por exemplo, imagine um processo cautelar ajuizado imediatamente após um estado aprovar uma lei proibindo abortos. Nesse caso, o presente dano consistiria na ameaça que um médico enfrentará se fizer um aborto, independentemente de quando esse aborto for realizado, seja um momento após a promulgação da lei ou em algum momento no futuro.

Os demandantes de *Clapper* ajuizaram o processo logo após a promulgação da lei de 2008 e, como no caso imaginário do aborto, eles alegavam um dano atual. Para ter sucesso no mérito, teriam que mostrar que a concessão de autoridade contida na lei de 2008 era ilegal — que autorizava vigilância em condições mais fracas do que aquelas permitidas pela Quarta Emenda. Para estabelecer que eles tinham legitimidade para reclamar desse dano, também precisariam mostrar que a concessão de autoridade provavelmente seria usada pelo governo. Dada a história da lei de 2008 e suas origens no Programa de Vigilância Terrorista, haveria poucas dúvidas sobre esta questão.

O presidente Bush lutou arduamente pela promulgação da lei de 2008, insistindo que sem o alargamento de seus poderes, o governo não teria meios adequados para identificar e responder às ameaças terroristas. Seu sucessor compartilhou essa visão. Como senador, Barack Obama votou a favor da medida e, como presidente, agiu de forma a indicar que também acreditava que o governo

---

<sup>34</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Tribunal de Apelações dos Estados Unidos do Distrito de Columbia. *Al-Aulaqi v. Panetta*, Reporter Volume n. 35, Federal Supplement, 3d series, 2014.



precisava dos poderes concedidos sob a lei de 2008. De fato, mesmo quando o caso *Clapper* estava pendente perante a Suprema Corte, a lei de 2008 foi, a pedido de Obama, renovada por mais cinco anos. É provável que o poder concedido sob essas circunstâncias seja utilizado.

Com efeito, o requisito da legitimidade, como convencionalmente entendido, não apenas exige que o poder concedido seja usado; também exige que os demandantes demonstrem que esse poder será usado contra eles. Em *Clapper*, isso significava provar, com suficiente verossimilhança, que o poder recém-criado seria usado para interceptar telefonemas nos quais os demandantes eram parte. É importante ressaltar que a conjectura implícita nesse entendimento do ônus que os demandantes enfrentam — só podemos falar de probabilidades — deriva não do fato de que sua reivindicação diz respeito ao que o governo poderia fazer em algum momento futuro, mas do segredo da ação do governo: de modo geral, ninguém sabe se suas chamadas estão sendo interceptadas e, como resultado, os demandantes só podem supor — ainda que seja uma suposição boa ou informada — se suas chamadas estão sendo interceptadas. Em tais circunstâncias, tudo o que pode ser razoavelmente exigido dos demandantes é que eles mostrem que há um risco substancial de que algumas de suas ligações sejam interceptadas pelo governo sob os procedimentos estabelecidos pela lei de 2008.

Em *Clapper*, esse ônus parecia amplamente satisfeito. As atividades profissionais dos demandantes — advogados, jornalistas, pesquisadores de direitos humanos — foram descritas com particularidade na denúncia. Essas atividades exigiam que os demandantes se comunicassem regularmente com pessoas no Oriente Médio que eram suspeitas de pertencerem a grupos terroristas, ou com amigos e parentes de membros de organizações terroristas, ou com pessoas que poderiam estar familiarizadas com as práticas de recrutamento ou ataques planejados de organizações terroristas. Tais comunicações ocorreram mais comumente por telefone. Assim, mesmo se fosse presumido que os demandantes não eram alvos das interceptações do governo, as pessoas no exterior com quem eles estavam em contato por telefone provavelmente eram alvos das interceptações aprovadas pela FISA. Como resultado, os demandantes de *Clapper* enfrentaram rotineiramente o risco — um risco substancial — de que o governo ouvisse o que eles estavam dizendo e o que estava sendo dito a eles.



É certo que o governo tem muitas maneiras diferentes de conduzir investigações terroristas e não pode, em qualquer caso, usar os poderes específicos concedidos pela lei de 2008 ao investigar indivíduos no exterior com os quais os demandantes se comunicam regularmente. No mundo da vigilância secreta, tudo é possível. Mas quando o poder executivo pressionou pela medida de 2008 e sua renovação, o fez com base no fato de que os poderes que já possuía eram inadequados, e que mais era necessário. Essa demanda insistente por novas formas de autoridade de vigilância deveria ser tomada como uma indicação confiável de que a autoridade eventualmente criada pela promulgação de 2008 seria, com toda probabilidade, usada, e que, dado o foco particular da Guerra ao Terror, seria usada contra pessoas com quem os demandantes falam regularmente ao telefone.

Em princípio, o governo pode processar criminalmente uma das partes de uma conversa telefônica interceptada sob a autoridade criada pela lei de 2008, mesmo que ela não fosse o alvo original. Durante uma discussão oral perante a Suprema Corte, o procurador-geral assegurou aos Juízes que se tal acusação se seguisse, o acusado seria informado da interceptação, e, então, quaisquer objeções da Quarta Emenda à interceptação poderiam ser apresentadas e, se tivessem mérito, provas obtidas da interceptação poderiam ser excluídas do julgamento. Como se viu, mostrou-se difícil para o procurador-geral cumprir sua promessa — seu controle dos advogados encarregados dos processos de segurança era mais atenuado do que ele imaginava.<sup>35</sup> Eventualmente, porém, sua garantia aos juízes se tornou política departamental, e em dois processos, um no Colorado<sup>36</sup> e outro no Oregon,<sup>37</sup> os acusados foram notificados de que suas

---

<sup>35</sup> SAVAGE, Charlie. Door May Open for Challenge to Secret Wiretaps. **New York Times**, out. 2013. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2013/10/17/us/politics/us-legal-shift-may-open-door-for-challenge-to-secret-wiretaps.html>>. Acesso em: 11 nov. 2018 (detalhando alguns dos desafios de garantir a conformidade com a mudança de política anunciada pelo Advogado Geral).

<sup>36</sup> Este caso envolveu a notificação pré-julgamento dada a um réu acusado de fornecer apoio material a um grupo terrorista localizado no Uzbequistão. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte Distrital dos Estados Unidos do Distrito de Colorado. Order Denying Motion to Suppress Evidence Obtained or Derived Under FISA Amendments Acts or for Discovery, n. l:12-cr-00033-JLK, 19 Nov. 2015.

<sup>37</sup> Nesse caso, um estudante da Universidade do Estado de Oregon foi condenado por tentar usar uma arma de destruição em massa. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte Distrital dos Estados Unidos do Distrito de Oregon. **United States v. Mohamud**, Reporter Volume n. 941 Federal Supplement, 2d series, 2013. Meses depois de sua condenação, o réu foi informado de que informações obtidas ou derivadas da FISA tradicional poderiam ter sido aumentadas por informações coletadas sob as disposições da lei de 2008. Government's Supplemental FISA Notification, ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte Distrital dos Estados Unidos do Distrito de Oregon. **United States v Mohamud**, n. 3:10-CR-00475-KI, 19 Nov. 2013. A sentença que nega a moção é apresentada em ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte Distrital dos Estados Unidos do Distrito de Oregon. Opinion and Order, **United States v. Mohamud**, No 3:10-CR-00475-KI, 19 Mar. 2014. Em um terceiro caso envolvendo um indivíduo acusado de fornecer apoio material a uma organização terrorista, o



ligações haviam sido interceptadas sob as previsões da lei de 2008. Em ambos os casos, a validade da lei de 2008 foi levantada em moções para suprimir evidências derivadas dessas interceptações, mas elas foram negadas. No entanto, mesmo que as moções tivessem sido concedidas, isso não eliminaria o perigo constitucional central representado pela lei de 2008, pois a Quarta Emenda procura proteger a privacidade das conversas telefônicas — não apenas o uso em um julgamento criminal das provas coletadas através de uma interceptação de tal conversa.

Embora grande parte do litígio da Quarta Emenda decorra da exclusão de provas em julgamentos criminais, a regra de exclusão que torna as provas inconstitucionalmente inadmissíveis no julgamento deve ser vista apenas como um meio de melhorar a proteção da Constituição à informação privada. Negar ao governo os benefícios da violação da Quarta Emenda é razoável e o governo terá muito menos incentivos para transgredir a privacidade protegida constitucionalmente. No entanto, a proteção fornecida pela regra de exclusão faz pouco para proteger a privacidade de todos os jornalistas, advogados e ativistas americanos que são “vítimas acidentais” de espionagem dirigida a estrangeiros suspeitos de terrorismo ou com ligações com terroristas. Na época em que o processo foi iniciado, os demandantes temiam que suas ligações fossem interceptadas e ajustaram seu comportamento de acordo — interrompendo completamente as conversas telefônicas ou limitando-as de maneira significativa. A chance de que uma moção para suprimir possa eventualmente ser concedida em um processo criminal que ainda não tenha sido apresentado, e que possa não envolver nenhum dos demandantes, faz pouco para reduzir a substancialidade do perigo representado por uma interceptação e perda de privacidade que esses indivíduos enfrentaram quando ajuizaram o processo e continuaram a enfrentar durante os cinco anos em que o caso tramitou nos tribunais federais. Tal proteção especulativa da regra de exclusão não seria uma razão para negar a eles a legitimidade. Em suma, os conceitos

---

governo forneceu a notificação necessária depois que o acusado já havia se declarado culpado, mas Loretta Lynch, então Procuradora dos EUA para o Distrito Oriental de Nova York, na teoria de que ele havia perdido seu direito de apelar se declarando culpado, recusou a esse indivíduo a oportunidade de retirar seu fundamento ou de outra forma atacar a condenação. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte Distrital dos Estados Unidos do Distrito Oriental de Nova York. Letter from Loretta E. Lynch, United States Attorney, to Agron Hasbajrami, Fev. 2014. Disponível em: <<https://www.documentcloud.org/documents/1028728-hasbajrami-supplemental-notice-2-24-2014.html>>. Acesso em: 11 nov. 2018. Para mais discussões sobre esses casos, veja DONOHUE, Laura K. Section 702 and the Collection of International Telephone and Internet Content. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 38, p. 251, n. 565, 2015.



tradicionais de legitimidade sugeririam que os demandantes do *Clapper* tinham claramente direito a uma decisão sobre os méritos.

### Reformulando o Teste de Legitimidade?

Em uma decisão apertada, de cinco contra quatro, a Corte *Clapper* chegou a uma conclusão diferente, negando a legitimidade dos demandantes. O ministro Samuel Alito foi o relator do voto dos cinco. No entanto, até mesmo essa fraca maioria estava fragmentada internamente: embora cinco ministros concordassem em desprover a ação por falta de legitimidade, havia discordância entre eles quanto ao padrão adequado a ser aplicado.

Ao longo de grande parte de seu voto, o ministro Alito afirmou que os demandantes não tinham legitimidade porque não estabeleceram que o dano alegado era "certamente iminente".<sup>38</sup> Essa fórmula, e, em particular, a palavra "iminente", sugere o dano que os demandantes de *Clapper* reclamaram era uma das que eles temiam que poderia ocorrer no futuro. Mas esse não era, de fato, o caso. Em vez disso, os demandantes estavam preocupados com os danos que experimentaram no presente a partir de práticas de vigilância instituídas pelo governo no momento em que o processo foi iniciado. Eles estavam alegando um dano atual. Essas práticas poderiam continuar no futuro ou, de fato, poderiam ser iniciadas em alguma data posterior, mas a alegação dos demandantes não era sobre o futuro. Pelo contrário, dado o sigilo do programa de vigilância, a alegação deriva do medo inevitável, atualmente sentido, de que as pessoas com as quais os demandantes conversavam regularmente eram, de fato, alvos de escutas permitidas pela lei de 2008. No entanto, mesmo que a pretensão dos demandantes pretendesse descrever um dano futuro — tornando a palavra "iminente" apropriada —, a palavra "certamente" pareceria descabida. Como o ministro Breyer disse em seu voto dissidente, ninguém pode ter certeza sobre o futuro.

De qualquer forma, é duvidoso que o padrão "certamente iminente" de Alito tenha o apoio da maioria dos juízes. Pelo menos um juiz que apoiou o indeferimento — pode ter havido mais — parecia não querer concordar com esse teste. Isto é

---

<sup>38</sup> Por exemplo, ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Clapper v. Amnesty Int'l USA*, 2013, p. 1143 (citação internacional omitida).



expressivamente revelado na nota de rodapé nº 5 do voto de Alito, que declara: “Nossos casos não exigem uniformemente que os demandantes demonstrem que é literalmente certo que os danos que eles identificam ocorrerão”.<sup>39</sup> É importante ressaltar a substância desta nota de rodapé, seu estilo literário, o fato de citar a linguagem usada no corpo do voto de Alito e depois se referir ao teste rejeitado como “claramente iminente” (“*clearly impending*”) e não como “certamente iminente” (“*certainly impending*”), cada um desses elementos sugerindo que a nota de rodapé não foi escrita pelo próprio Alito, mas por outro juiz, um que tenha insistido que isso fosse incluído no voto de Alito como condição para votar no mesmo sentido.

Depois de se distanciar do teste “certamente iminente”, a nota de rodapé nº 5 invoca o que pode ser considerado como o teste do “risco substancial” (“*substantial risk*”), embora haja uma ambiguidade quanto ao risco. Dado que o processo foi iniciado com a promulgação da lei, em minha visão, o risco que precisa ser determinado é o risco a que os autores estão expostos atualmente. A nota de rodapé nº 5, no entanto, fala do risco a que os demandantes *serão* expostos, como se o que os demandantes temessem fosse um dano futuro. “Em alguns casos”, explica a nota de rodapé, “encontramos legitimidade em um 'risco substancial' de que o dano ocorra”.<sup>40</sup> Essa versão do teste de “risco substancial” é então aplicada e a nota de rodapé conclui que os demandantes falharam.

O significado doutrinário da nota de rodapé nº 5 não é claro. No mínimo, podemos dizer que Alito não tinha a maioria para o teste “certamente iminente”, e que pelo menos um juiz que aderiu à sua opinião aplicou o teste mais apropriado de “risco substancial” (que foi defendido de forma elaborada pelo ministro Breyer em sua dissidência). Por outro lado, ao aplicar o teste de “risco substancial”, a Justiça ou os

<sup>39</sup> Na íntegra, a nota de rodapé afirma: “Nossos casos não exigem de maneira uniforme que os demandantes demonstrem que é literalmente certo que os danos que eles identificam ocorrerão. Em alguns casos, constatamos legitimidade com base em um 'risco substancial' de que o dano ocorrerá, o que pode levar os demandantes a incorrer em custos razoáveis para mitigar ou evitar esse dano. *Monsanto Co. v Geertson Seed Farms*, 561 US 139, —, 130 S.Ct. 2743, 2754–2755, 177 L.Ed.2d 461 (2010). Veja também *Pennell v City of San Jose*, 485 US 1, 8, 108 S.Ct. 849, 99 L.Ed.2d 1 (1988); *Blum v Yaretsky*, 457 US 991, 1000–1001, 102 S.Ct. 2777, 73 L.Ed.2d 534 (1982); *Babbitt v Farm Workers*, 442 US 289, 298, 99 S Ct 2301, 60 L.Ed.2d 895 (1979). Mas, na medida em que o padrão de 'risco substancial' é relevante e é distinto do requisito de 'claramente iminente', os réus ficam aquém desse padrão, à luz da cadeia de deduções atenuada necessária para encontrar dano. Veja acima, em 1148-1150. Além disso, os demandantes arcam com o ônus de pleitear e provar fatos concretos mostrando que a ação real do réu causou o risco substancial de dano. Os demandantes não podem confiar na especulação sobre 'as escolhas irrestritas feitas por atores independentes fora da corte'. *Defenders of Wildlife*, 504 US, at 562”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Clapper v. Amnesty Int'l USA*, 2013, p. 1150, n. 5.

<sup>40</sup> Idem.



Juízes que insistiram na inclusão da nota de rodapé nº 5 concordaram com a conclusão final de Alito, a saber, que os demandantes não tinham legitimidade. E, ao explicar por que o risco que o demandante alegou não era substancial, o autor da nota nº 5 baseou-se nos mesmos dois fatores que o juiz Alito usou para explicar por que o dano não era "certamente iminente": (1) a reivindicação dos demandantes envolvia também uma cadeia atenuada de inferências para encontrar o dano, e (2) as alegações dos demandantes dependiam muito das especulações sobre as escolhas de atores independentes fora da Corte. Em minha opinião, no entanto, nenhum desses fatores — considerados no teste “certamente iminente” ou no “risco substancial” — oferece base adequada para negar legitimidade aos demandantes.

O primeiro fator usado para justificar o indeferimento por ausência de legitimidade consiste em que os demandantes se apoiam em uma “cadeia atenuada de inferências necessárias para encontrar o dano”.<sup>41</sup> Na verdade, contudo, a cadeia de inferências necessária para mostrar os danos aos demandantes — a interceptação de ligações telefônicas privadas dos demandantes sob os procedimentos autorizados pela lei de 2008 — não é tão atenuada como Alito ou a Justiça ou os juízes responsáveis pela nota de rodapé nº 5 nos fazem acreditar. É verdade que a interceptação de uma conversa telefônica depende de uma decisão do governo de utilizar os poderes que lhe são conferidos pela lei de 2008 e de fazê-lo de maneira a atingir pessoas com as quais os demandantes conversam regularmente por telefone. Mas não há nada improvável sobre essa afirmação. Ela se baseia em uma compreensão concreta das origens da lei de 2008, nos imperativos da Guerra ao Terror e nas atividades profissionais dos demandantes. Embora a Guerra ao Terror possa ter o alcance global que o presidente Bush originalmente afirmara, as operações da Al Qaeda, o principal adversário nessa guerra, estão centradas no Oriente Médio e na região montanhosa entre o Afeganistão e o Paquistão. Os demandantes de *Clapper* regularmente fazem ligações para essas regiões e conversam regularmente com pessoas que provavelmente são suspeitas de ligações com a Al Qaeda ou outras organizações terroristas.

O segundo fator usado para negar a legitimidade dos demandantes, sob o teste “certamente iminente” de Alito e o padrão de “risco substancial” da nota de rodapé nº 5, era a acusação de que os demandantes dependiam de “especulações sobre

---

<sup>41</sup> Idem.



'as escolhas irrestritas' feitas por atores independentes fora do tribunal".<sup>42</sup> Este argumento também é pouco convincente. Os chamados "atores independentes" referidos eram presumivelmente os juízes da FISA a quem o governo deve, sob a lei de 2008, solicitar antes de interceptar os pedidos dos demandantes. É verdade que as chamadas dos demandantes não poderiam ser interceptadas sem a aprovação de um juiz da FISA, e que esses juízes possuem os plenos poderes dos juízes do Artigo III. E por mais que eu não diria que os juízes da FISA, ou qualquer outro juiz do Artigo III, têm "discrição ilimitada", os juízes da FISA têm autoridade para reter a permissão que o governo procura. Embora pelos próprios termos, a lei de 2008 restringe ostensivamente a liberdade dos juízes da FISA — eles devem atender ao pedido do governo se todos os elementos necessários para uma interceptação estiverem presentes —, os quais poderiam declarar a invalidade dessa restrição sob a Quarta Emenda ou pela doutrina que garante separação de poderes (na medida em que é uma interferência inadmissível no poder judicial).

No entanto, embora, teoricamente, o poder dos juízes da FISA para fazer tal decisão não possa ser negado, na prática, as chances de exercer esse poder são bastante remotas. Essa conclusão não se baseia em especulações cínicas — provocadas pelo fato de que os juízes da FISA são escolhidos a dedo pelo presidente da Corte — sobre a capacidade dos juízes federais de resistir ao executivo em seu esforço para investigar o terrorismo internacional. Pelo contrário, é derivado de duas características essenciais do esquema da FISA. Uma é que os juízes da FISA atuam *ex parte* — eles ouvem apenas de um lado (o governo).<sup>43</sup> A outra é que os juízes da FISA não são obrigados a respeitar as restrições da razão pública — eles não anunciam publicamente a decisão nem se exige ou espera-se deles uma justificativa das decisões, por princípio. Ao agir dessa maneira, os juízes da FISA não são diferentes de qualquer outro juiz federal (ou magistrado) que repassa os pedidos de mandados de busca. Ainda assim, a falha em seguir as regras processuais que geralmente regem o exercício do poder judicial torna profundamente

---

<sup>42</sup> Idem.

<sup>43</sup> Dois anos depois de *Clapper*, foi promulgada nova legislação que autorizou os juízes da FISA a designar especialistas em liberdades civis como *amicus curiae* para articular "argumentos jurídicos que promovam a proteção da privacidade individual e das liberdades civis". [Trata-se da lei] "Unindo e Fortalecendo a América Cumprindo os Direitos e Garantindo a Efetividade da Disciplina sobre o Ato de Monitoramento de 2015" [ou Lei de Liberdade dos Estados Unidos] (*Uniting and Strengthening America by Fulfilling Rights and Ensuring Effective Discipline Over Monitoring Act of 2015 (USA Freedom Act)*, (Pub L No 114-23, 129 Stat 268, § 401(4)(C)).



improvável que o poder constitucional possuído pelos juízes da FISA seja exercido de forma a proteger os interesses de privacidade dos demandantes que são garantidos pela Quarta Emenda.

Por essas razões, os dois fatores — a cadeia de causalidade atenuada e o papel dos atores independentes nessa cadeia — oferecidos pelo autor da nota nº 5 para explicar por que, mesmo sob o teste de risco substancial, o caso *Clapper* deve ser indeferido por falta de legitimidade parece pouco convincente. Além disso, estou preocupado, como de fato os juízes deveriam estar, com as consequências práticas da aplicação desse teste, pois ele isolaria efetivamente a lei de 2008 de qualquer controle de constitucionalidade. No corpo de seu voto, o Ministro Alito aborda essa contingência e sua disposição em fazê-lo é totalmente apropriada, pois a perspectiva de isolar da lei de 2008 do controle de constitucionalidade parece ainda mais evidente em seu teste "certamente iminente". Em seus próprios termos — pelo uso da palavra "certamente" — o teste de Alito inevitavelmente teria esse efeito.

Ao confrontar essa objeção, a primeira estratégia de Alito foi minimizar a chance de que o perigo se materializasse em qualquer momento. Para esse fim, ele evocou vários cenários que podem fornecer um controle de constitucionalidade da lei — um julgamento constitucional de um juiz da FISA quando o governo pede permissão para interceptar um telefone; uma decisão de um juiz federal que preside um julgamento criminal que concede uma moção de supressão quando uma parte em uma conversa interceptada é processada criminalmente; ou um processo perante o tribunal da FISA quando um provedor de serviços de comunicação eletrônica se opõe a uma ordem concedendo acesso a suas instalações. No entanto, embora todos esses cenários imaginários sejam possíveis, eles poderiam surgir apenas nas circunstâncias mais incomuns e, mesmo que algum dia o fizessem, a lei de 2008 já teria prejudicado os demandantes e outros na posição dos demandantes. Temendo que suas conversas telefônicas sejam interceptadas, os demandantes serão especialmente cautelosos ou talvez decidam abrir mão da conversa telefônica e organizar suas vidas de modo a ter conversas-chave cara a cara.

Depois de tentar minimizar o risco de que a decisão da Corte e seu teste "certamente iminente" afastasse a lei de 2008 do controle de constitucionalidade, Alito expressou uma indiferença a tal resultado. Alito disse que, mesmo se ele admitisse que o indeferimento da ação dos demandantes na verdade afastaria a lei de 2008 do



controle de constitucionalidade, tal consequência, se materializada, seria uma irrelevância legal, já que “a suposição de que se os réus não tem legitimidade para processar ninguém teria de se posicionar não é uma razão para se encontrar legitimidade”.<sup>44</sup>

Como um assunto puramente técnico, o juiz Alito está correto: a legitimidade, sob a doutrina tradicional, é uma exigência legal independente. No entanto, as consequências práticas de tal resultado oferecem boas razões para examinar todos os passos do raciocínio que o levou a isso — o teste escolhido para se posicionar e a maneira como foi aplicado. Alito devia estar preocupado, não indiferente, com as consequências práticas prováveis do teste que ele aplicaria e a decisão de indeferir o processo dos demandantes por falta de legitimidade.

O que poderia justificar tal indiferença? Alito via a sua aplicação extravagante do requisito de legitimidade como promotora da separação de poderes. Segundo Alito, a separação de poderes dita que o Judiciário tenha cuidado para não se intrometer nos outros ramos do governo. Tal leitura considera a separação de poderes como um princípio “negativo” — uma restrição ao poder judicial. Nessa perspectiva, uma decisão que tem o efeito de afastar a lei de 2008 do controle de constitucionalidade coincide com o que Alito toma como o principal requisito da separação de poderes — que o judiciário deveria deixar os outros ramos do governo sozinhos — e essa coincidência pode explicar sua indiferença à consequência prática de sua decisão ou o teste “certamente iminente” em si.

Ao adotar essa visão, no entanto, Alito ignorou as cruciais dimensões “afirmativas” da doutrina da separação de poderes. A separação de poderes não funciona apenas para preservar os limites entre os três poderes, para impedir que um ramo do governo usurpe a função do outro. Ela também serve a uma função positiva: assegurar que cada ramificação desempenhe sua função atribuída. Assim, enquanto o judiciário não pode usurpar as funções dos outros ramos, é igualmente importante que ele cumpra seu dever designado, a saber, proteger e salvaguardar a Constituição e determinar se a ação dos poderes políticos está de acordo com ela. Assim, eu diria que uma decisão que tem o efeito prático de afastar uma lei do controle de

---

<sup>44</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Clapper v. Amnesty Int’l USA*, 2013, p. 1154, citando ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Valley Forge Christian Coll. V. Americans United for Separation of Church & State, Inc.*, 1982, p. 489.



constitucionalidade interfere no cumprimento desse dever e deveria ser vista dessa forma — com ceticismo.

A ênfase de Alito nas dimensões negativas da separação de poderes e sua disposição em adotar uma regra permanente que teria o efeito de afastar as emendas da FISA de 2008 do controle judicial podem refletir uma deferência familiar que o judiciário mostrou aos ramos políticos em questões de segurança nacional. De fato, logo depois de anunciar que a exigência permanente impede o processo judicial de usurpar o poder dos ramos políticos, Alito acrescentou uma declaração crucial: “frequentemente encontramos uma falta de legitimidade nos casos em que o Judiciário foi solicitado a rever as ações dos poderes políticos em áreas de coleta de informações e relações exteriores.”

Seguindo essa afirmação, Alito cita três casos do início dos anos 1970 — proferidos ao mesmo tempo que *Keith* — nos quais os processos foram indeferidos por falta de legitimidade. Um envolvia o questionamento de uma lei que bloqueava a revisão do Congresso das despesas da CIA;<sup>45</sup> o segundo envolvia o questionamento do programa de coleta de informações do exército;<sup>46</sup> e o terceiro questionou a prática de permitir que membros do Congresso servissem na reserva das forças armadas.<sup>47</sup> Nenhum desses casos procurou aplicar o teste “certamente iminente” de Alito. (Essa fórmula foi derivada de um caso em que um preso questionou uma pena de morte que seria imposta a um companheiro de prisão).<sup>48</sup> Além disso, nenhum desses casos sugeriu que uma exigência mais alta ou mais estrita de legitimidade deveria ser aplicada a casos envolvendo coleta de informações ou assuntos estrangeiros. Alito foi cuidadoso em sua escolha de palavras, como se ele estivesse apenas descrevendo uma prática (ele usa a palavra “frequentemente”). No contexto, no entanto, a mensagem transmitida é prescritiva; é como se Alito estivesse anunciando uma regra que deveria, a partir de então, governar a Corte para avaliar a legitimidade nos contextos de segurança nacional. De fato, esse anúncio, pontuando um nível elevado de legitimidade para casos de segurança nacional, pode muito bem ser o ponto de partida de *Clapper*.

---

<sup>45</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *United States v. Richardson*, 1974.

<sup>46</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Laird v. Tatum*, 1972.

<sup>47</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Schlesinger v. Reservists Comm. to Stop the War*, 1974.

<sup>48</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Whitmore v. Arkansas*, 1990.



Em muitos contextos, estamos acostumados a demandas por contenção judicial ao revisar o trabalho dos outros poderes em casos de segurança nacional. De acordo com essa regra familiar, no conflito entre liberdade e segurança, o judiciário deveria se submeter ao equilíbrio atingido pelos ramos políticos. Alito define o domínio da deferência de forma um pouco diferente — ele fala de “coleta de informações” e “relações exteriores”, em oposição à segurança nacional<sup>49</sup> —, mas pouco se volta para essa diferença. Em ambos os casos, a demanda por deferência aos poderes políticos pode ser contrariada, ou pelo menos moderada, por uma compreensão das dimensões afirmativas da doutrina da separação de poderes — tão vigorosamente reivindicada por *Boumediene v. Bush*.<sup>50</sup> Como esse caso ensina, embora possa ser da responsabilidade dos poderes políticos determinar a natureza e a magnitude da ameaça que a nação enfrenta e qual a resposta apropriada para essa ameaça, continua a ser da responsabilidade do judiciário determinar se o planejamento escolhido pelos poderes políticos está de acordo com a Constituição.

Ao traçar seu planejamento, os poderes legislativo e executivo devem inevitavelmente ter uma visão sobre o significado da Constituição, pois, como os membros do Congresso e o presidente bem entendem, suas ações são limitadas pelas concessões de autoridade e pelos princípios contidos nela. O direito do judiciário de contradizer os julgamentos dos poderes políticos sobre o significado da Constituição não surge de qualquer conhecimento moral possuído por aqueles que detêm o poder judicial — no domínio moral, eles não diferem em nenhum aspecto significativo daqueles que atuam no Congresso ou trabalham na Casa Branca. Pelo contrário, o direito de rever os julgamentos dos ramos políticos sobre questões de direito decorre do fato de que os juízes são limitados, no exercício desse poder extraordinário, pelas restrições da razão pública: devem enfrentar reivindicações que prefeririam ignorar, ouvir de todas as pessoas lesadas, permanecer isolados das agências políticas, conduzir seus negócios publicamente e justificar, por princípio, suas decisões.<sup>51</sup> A adesão às restrições da razão pública autoriza o Judiciário a rever um julgamento sobre a lei que

---

<sup>49</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Clapper v. Amnesty Int'l USA*, 2013, p. 1147.

<sup>50</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Boumediene v. Bush*, 2008.

<sup>51</sup> Para mais sobre o papel da razão pública e da função judicial, veja FISS, Owen M. *The Law as It Could Be*. New York: New York University Press, 2003.



sustenta a ação dos ramos políticos e, sob nosso esquema de governo, esse direito tornou-se uma responsabilidade.

Quando, no contexto da segurança nacional, a Corte se submete ao julgamento dos poderes políticos sobre uma questão constitucional, está falhando no cumprimento desta responsabilidade de controle de constitucionalidade. Quando aplica um teste de legitimidade mais rigoroso em casos de segurança nacional e, em seguida, rejeita o processo por falta de legitimidade, pode parecer que a Corte está cometendo o mesmo erro. De fato, no entanto, acredito que o erro é muito pior, pois a Corte está indeferindo a ação sem considerar o mérito da reivindicação. Esse resultado não apenas frustra e decepciona os demandantes, mas, mais importante, constitui uma ofensa à política, pois, de fato, a Corte se recusou a abordar de qualquer maneira a controversa questão da lei — se as emendas da FISA de 2008 violam a Quarta Emenda — e, assim, se libera de qualquer responsabilidade pelo funcionamento da lei ou pela infração da Constituição que a lei poderia representar. Ao fazê-lo, a Corte pode estar protegendo seu domínio em certos contextos, incluindo aqueles interessados em preservar o chamado capital político da Corte, o que, possivelmente, pode ser necessário para outros empreendimentos.<sup>52</sup> Esse objetivo, no entanto, nunca deveria ser alcançado em detrimento do descumprimento de sua responsabilidade — há muito tempo sua principal responsabilidade, mesmo em tempos de guerra — de responsabilizar os poderes políticos perante a lei.

## Referências

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch**: The Supreme Court at the Bar of Politics. Indiana: Bobbs-Merrill, 1962.

DONOHUE, Laura K. Section 702 and the Collection of International Telephone and Internet Content. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, v. 38, p. 251, n. 565, 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 11º Circuito de Cortes de Apelação dos Estados Unidos. **United States v. Badia**, Reporter Volume n. 827, Federal Reporter, 2d series, 1987, p. 1464.

---

<sup>52</sup> Veja, por exemplo, o famoso voto dissidente do Ministro Robert Jackson em ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Korematsu v. United States**, 1944, p. 248 (Jackson, J, voto dissidente), e BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch**: The Supreme Court at the Bar of Politics. Indiana: Bobbs-Merrill, 1962.



\_\_\_\_\_. 2º Circuito de Cortes de Apelação dos Estados Unidos. **United States v. Duggan**, Reporter Volume n. 743, Federal Reporter, 2d series, 1984.

\_\_\_\_\_. 4º Circuito de Cortes de Apelação dos Estados Unidos. **United States v. Pelton**, Reporter Volume n. 835, Federal Reporter, 2d series, 1987.

\_\_\_\_\_. Congresso dos Estados Unidos. Carta de Alberto R. Gonzales, Procurador Geral, ao Senador Patrick Leahy e ao Senador Arlen Specter, Jan. 2007. Disponível em: <<http://perma.cc/GWU8-JXWP>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Corte Distrital dos Estados Unidos do Distrito de Delaware. **United States v. Perillo**, Reporter Volume n. 333, Federal Supplement, 1971.

\_\_\_\_\_. Corte Distrital dos Estados Unidos do Distrito de Colorado. Order Denying Motion to Suppress Evidence Obtained or Derived Under FISA Amendments Acts or for Discovery, n. l:12-cr- 00033-JLK, 19 Nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Corte Distrital dos Estados Unidos do Distrito de Oregon. **United States v. Mohamud**, Reporter Volume n. 941 Federal Supplement, 2d series, 2013.

\_\_\_\_\_. Corte Distrital dos Estados Unidos do Distrito de Oregon. **United States v Mohamud**, n. 3:10-CR-00475-KI, 19 Nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Corte Distrital dos Estados Unidos do Distrito de Oregon. Opinion and Order, **United States v. Mohamud**, No 3:10-CR-00475-KI, 19 Mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Corte Distrital dos Estados Unidos do Distrito Oriental de Nova York. **United States v. Megahey**, Reporter Volume n. 553, Federal Supplement, 1982.

\_\_\_\_\_. Corte Distrital dos Estados Unidos do Distrito Oriental de Nova York. Letter from Loretta E. Lynch, United States Attorney, to Agron Hasbajrami, Fev. 2014. Disponível em: <<https://www.documentcloud.org/documents/1028728-hasbajrami-supplemental-notice-2-24-2014.html>>. Acesso em: 11 nov. 2018. Para mais discussões sobre esses casos, veja

\_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Alderman v. United States**, Reporter Volume n. 394, 1969.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Berger v. State of N.Y.**, 1967.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Boumediene v. Bush**, 2008.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Clapper v. Amnesty Int'l USA**, 2013.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Katz v. United States**, 1967.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Korematsu v. United States**, 1944, p. 248 (Jackson, J, voto dissidente).



- \_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Laird v. Tatum*, 1972.
- \_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Schlesinger v. Reservists Comm. to Stop the War*, 1974.
- \_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos. *United States v. United States District Court*, 1972.
- \_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos. *United States v. Verdugo-Urquidez*, 1990.
- \_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos. *United States v. Kahn*, 1974.
- \_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos. *United States v. Richardson*, 1974.
- \_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Valley Forge Christian Coll. V. Americans United for Separation of Church & State, Inc.*, 1982.
- \_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Whitmore v. Arkansas*, 1990.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Apelações dos Estados Unidos do Distrito de Columbia. *Al-Aulaqi v. Panetta*, Reporter Volume n. 35, Federal Supplement, 3d series, 2014.
- \_\_\_\_\_. US Senate. Wartime Executive Power and the National Security Agency's Surveillance Authority. Evidence to Committee on the Judiciary. 109th Cong, 2ª Sessão, 2006, p. 10-15. Disponível em: <<http://perma.cc/N8M6-Z2F4>>. Acesso em: 11 nov. 2018.
- FISS, Owen M. **The Law as It Could Be**. New York: New York University Press, 2003.
- GUNTHER, Gerald. Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection. **Harvard Law Review**, v. 86, n. 1, p. 17, 1972.
- HO, Daniel E.; ROSS, Erica L. Did Liberal Justices Invent the Standing Doctrine? An Empirical Study of the Evolution of Standing, 1921–2006. **Stanford Law Review**, v. 62, p. 591-668, 2010.
- SIKOFF, Michael. Terror Watch: Behind the Surveillance Debate. **Newsweek**, jul. 2007. Disponível em: <<http://perma.cc/69GQ-U5YM>>. Acesso em: 11 nov. 2018.
- RISEN, James; LICHTBLAU, Eric. Bush Lets U.S. Spy on Callers Without Courts. **New York Times**, dez. 2005. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2005/12/16/politics/bush-lets-us-spy-on-callers-without-courts.html>>. Acesso em: 11 nov. 2018.
- SAVAGE, Charlie. Door May Open for Challenge to Secret Wiretaps. **New York Times**, out. 2013. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2013/10/17/us/politics/us-legal-shift-may-open-door-for-challenge-to-secret-wiretaps.html>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

