

Universidade de São Paulo
Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas
Departamento de Ciência Política

As discussões do poder executivo prerrogativo após o marco do 11/09

Trabalho preparado para apresentação no V Seminário Discente da Pós-Graduação em
Ciência Política da USP, de 4 a 8 de maio de 2015

Rodolfo de Camargo Lima
rodolfodecamargolima@gmail.com

Guilherme Giuliano Nicolau
ggnicolau@gmail.com

Título: As discussões do poder executivo prerrogativo após o marco do 11/09

Resumo: As discussões acerca do poder executivo prerrogativo remontam tanto os debates fundacionais da separação de poderes e da constituição americana quanto sua funcionalidade e utilização em momentos de emergência. O marco do 11/09 trouxe um novo impulso para essas discussões dado a extensão de poderes concedida ao executivo após o atentado. O presente trabalho pretende apresentar sumariamente vertentes contemporâneas em disputa ao redor desses aspectos: divididas entre realistas e liberais.

Palavras-chave: Prerrogativa, Emergência, Separação de Poderes, Estados Unidos.

I.) Introdução

O presente trabalho abordará alguns dos trabalhos em disputa que tratam do poder executivo prerrogativo, em tempos de emergência ou crises, mais especificamente na literatura do pós 11/09. Sabe-se que para o debate em específico para o âmbito do poder executivo prerrogativo nos EUA, a bibliografia conecta-se de maneira geral, a dois elementos: o primeiro percorre a Convenção da Filadélfia em 1787, a discussão dos *Founding Fathers* (Framers) documentados no *Federalist Papers* e a própria engenharia constitucional americana; e, o outro ponto, dá-se na utilização desses poderes, acionados pelos presidentes, em geral acessados em momentos emergenciais, de crise, ou de conflito/guerra. Adicionalmente, há uma enorme e complexa literatura clássica e moderna, que está direta e indiretamente conectada a esse debate.

O ataque às torres gêmeas é um ponto de inflexão fundamental para se pensar esse quadro. Isto é, se o ato terrorista não alterou *per se* o sistema internacional, ocorreram mudanças significativas, no âmbito da prerrogativa, principalmente em plano doméstico. Isso porque os poderes emergenciais, em geral, centraram os debates no plano internacional, com ênfase para a atuação dos EUA em temas de política externa e segurança nacional, em determinados episódios de conflitos ou guerras. Assim o 11/09 traz uma nova onda de discussões contemporaneamente, configurando-se como marco singular nesse processo: tanto pela natureza do acontecimento em solo americano, quanto por seus desdobramentos para a problemática da prerrogativa. Nesse aspecto, as respostas institucionais ao acontecimento, foram no sentido da ampliação e extensa delegação da gama de poderes ao executivo, ainda que os autores aqui abordados discordem quanto a forma e o conteúdo de seu *modus operandi* conceitual, e seus possíveis desdobramentos.

Em consequência, existem amplos elementos relacionais nessa discussão, tais como: a separação de poderes e os *checks and balances* horizontais (entre os três poderes) e verticais (para com a sociedade), fundamentos monárquicos, unilaterais ou autoritários do presidente, tempo de duração dos poderes e da emergência, os estudos de caso e outros momentos históricos do seu uso. Desdobrada a ação política em períodos de crise, questiona-se e testa-se os limites do governo constitucional, seja: nos fundamentos da legalidade ou da extra-legalidade, legitimidade ou ilegitimidade e nos possíveis riscos ou transformações do Estado de Direito e da Democracia, de maneira geral. De antemão, percebe-se que essa literatura é tão ampla quanto complexa. Assim, não será tarefa desse trabalho abarcar a riqueza e diversidade dessas obras ou a totalidade de temáticas,

tampouco retomar os debates contidos nos Federalistas ou debruçar-se sobre os *case studies* do 11/09. O objetivo aqui é restringir o escopo teórico com objetivos de ilustrar duas correntes em disputa das interpretações políticas do poder prerrogativo, que se acentuaram no pós 11/09: os “realistas” e os “liberais”.

II.) O Poder Executivo e a Constituição em Disputa: Realistas vs. Liberais

Dois autores inaugurais da temática da utilização da prerrogativa dentro (Corwin 1984, 5-10) e fora da Constituição (Schlesinger 1973, Cap.1), discutiram as questões políticas e constitucionais da emergência a partir da seção ‘Da Prerrogativa’ (Cap. 14) do “Segundo Tratado sobre o Governo” de Locke. A centralidade do capítulo pauta a limitação da lei escrita pois, conforme o autor dessa obra, não existem especificações legais que cubram todas as contingências que o governo ou o executivo enfrenta, principalmente em momentos de emergência. A necessidade e agilidade de resposta nesses momentos, permitem ao poder executivo “to act according to discretion, for the public good, without the prescription of the law, and sometimes even against it” (§160), pois o governo tem como fim – além de atuar para o bem público – “the preservation of all” (§159), esse poder é intitulado “prerogative” (§160). Existe ainda outra face do poder prerrogativo: “Peoples permitting their Rulers, to do several things of their own free choice, where the law was silent, and sometimes too against the direct letter of law, for the public good” (§164). Nesse aspecto, o povo pode retomar parte do poder prerrogativo, instituindo leis que cubram alguns dos atos desempenhados pelo soberano, todavia há sempre lugar para a ação discricionária (Yolton 1993, 174). Como não há critério ou leis que funcionem como parâmetro para avaliar se a ação do soberano foi ou não em prol do bem público, o único canal ao qual o povo poderia apelar seria “aos céus” (§168), como recurso final de resolução a essas disputas (idem, 175).

Na linha de discussão a partir da chave fornecida por Locke, as duas vertentes inaugurais figuraram desde então, correntes de análise marcadamente opostas: de um lado estão aqueles que consideram que os poderes emergenciais devem ser pautados dentro da Constituição¹, no outro polo considera-se o poder executivo prerrogativo de natureza extra-legal². Isto é, o primeiro grupo considera que os Framers aderiram à emergência na

¹ Pertencem a essa perspectiva Corwin (1957), Arnhart (1979) e Sorenson (1989), conforme Bailey (2004) e, Weaver (1997), Faulkner (2001) e Langston e Lind (1991) segundo Corbett (2004).

² Na outra esteira temos Wilmerding (1952), Schlesinger 1973, Robinson 1996 e Fisher 1997, conforme Bailey (2004) e, Fatovic (2004), Mattie (2005), and Josephson (2002) segundo Corbett (2004).

Constituição logo, os presidentes, possuem base legal para a utilização da prerrogativa (em geral recorrendo ao artigo II) e, por apoiar-se na letra da lei, esse poder estaria subordinado ao controle constitucional. As leis portanto funcionariam como barreiras à possível ação autoritária, monárquica ou unilateral do presidente, conjuntamente aos outros *checks* institucionais. O segundo grupo defende a saída lockeana para o problema da emergência: nesses momentos portanto, a Constituição silencia-se, pois a depender da ocasião, as leis inclusive não estão preparadas ou possuem robustez para estruturar a emergência. Desse modo, utiliza-se o poder extra-constitucionalmente, e seus *checks* adviriam sob o controle exclusivo da política. Ao evitar recorrer à constituição, essa linha argumenta que o poder emergencial extra-legal não abriria precedentes futuros que poderiam vir a minar o *rule of law*. Existe uma terceira via que busca flexibilizar a polarização por meio do equilíbrio de posições³. Concordando ou não com as preposições de Locke ou com o grau de influência que essa obra exerceu sobre os Founding Fathers no momento de desenho constitucional, o debate sobre a prerrogativa ou poderes emergenciais do executivo possui uma extensa bibliografia discutindo a prerrogativa lockeana e suas demais relações⁴. Mesmo que as interpretações por vezes variem, há todavia um entendimento mínimo entre as linhas que lidam com o tema no sentido de que: “the president, by virtue of his unity of office and duration, is the most convenient as well as the safest repository for emergency power” (Bailey 2004, 732).

Em paralelo a obra lockeana, Manin (2008) ressalta três linhas históricas que permeiam o que ele chama de “paradigma da emergência”. Sistemáticamente, a primeira tradição estaria vinculada as experiências das ditaduras Romanas, que oscilaram na sua operacionalização e aplicação ao longo da história, preocupando-se de maneira geral em adequar-se as práticas do governo republicano à época. A segunda vertente seria anglo-americana, partindo do *common law*, vincula-se inicialmente à discussão da separação de

³ Conforme Bailey (2004, 733): “There is yet a third scholarly approach: rather than assessing prerogative purely in constitutional, or legal, terms, this understanding holds that prerogative is left to institutional conflict under constitutional design. [...] Because presidential action becomes “prerogative” only when the other two branches say so (Thomas 2000), this understanding holds both a constitutional prerogative, in that the rival ambitions of officeholders in the three departments constrict prerogative (Thomas 2000), and an extra-constitutional prerogative, in that determining whether discretion is in the public good is a matter of politics simply (Roche 1952)”. Conforme o próprio Thomas (2000, 537) relata: “Moreover, it is not clear that liberalism itself requires a clear-cut distinction between universal law and emergency exceptions aimed at preserving the law. Even a casual glance at early liberals like Hobbes and Locke suggests that self-preservation figures prominently in liberal government and is based on—perhaps is—the fundamental law of nature. Following this, we might say that executive prerogative operates between the Hobbesian floor and the Lockean ceiling of the American regime. In negotiating a middle terrain between executive independence and constitutional propriety, presidential prerogative is both *utilized* and *contained*”.

⁴ Para uma rápida introdução ao tema, ver paper apresentado para o IV Seminário Discente do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da USP: Lima, Rodolfo de Camargo (2014) “Perspectives on the executive prerogative: a brief introduction to discussions and disputes in the American literature”, acesso em <http://www.sistemas.fflch.usp.br/ocspkp/sdpscp/IVsem/paper/view/172>.

poderes e da suspensão do *habeas corpus*. Por fim, a tradição continental e republicana francesa, traria o advento do ‘Estado de Siege’ (*l'état de siège*) vinculada ao *civil law* dos governos constitucionais, comprometidos com o princípio da legalidade e da supremacia parlamentar. Do ponto de vista mais teórico, o livro de Lazar (2009) é importante ao esforçar-se em construir um quadro dos autores centrais clássicos e modernos que lidam com o Estado e o problema da emergência. Ainda que existam dificuldades em encaixar determinados autores em uma única vertente, a classificação tripartite de Lazar (2009) propõe trilhas para os trabalhos contemporâneos que tratam dessa problemática que, em geral, estão mais ou menos adequados, seja: (i) no “decisionismo” de Hobbes e C. Schmitt; (ii) no “liberalismo” de Kant e Locke; ou, (iii) no “republicanismo excepcionalista” de Maquiavel e Rousseau.

O presente trabalho busca ilustrar essas duas primeiras correntes teóricas. Optou-se por ambos esses segmentos em detrimento da terceira linha, pelo fato do conflito ser mais latente e direto entre os autores selecionados, que orbitam recentemente de um lado, o realismo com viés schmittiano, e de outro o liberalismo de raiz lockeana. Cabe ressaltar que o estudo é exploratório e tem como objetivo apresentar sumariamente as obras em franca disputa. As ênfases conferidas aos trabalhos estão centradas nas descrições das perspectivas dos autores, além de serem trabalhos contemporâneos com relativa distância dos atentados de 2001 (exceto Agamben). Esse marco é fundamental pois, os autores tem em vista os legados das circunstâncias de emergência, que resultaram nas ações políticas perpetradas por Bush e Obama. Existem portanto perspectivas diametralmente opostas de ambas as correntes para as consequências da expansão ou hipertrofia do poder executivo, sua relação com o legislativo e o judiciário, a separação de poderes e os *checks and balances* – que remontam aos debates dos Framers no século XVIII –, limites da legalidade e a questão da legitimidade, tirania e (ameaças ao) Estado de Direito, entre outros aspectos.

Para tanto, primeiramente apresenta-se os detratores da perspectiva liberal, com base em dois estudos realistas. Em primeiro temos Agamben (2002), ainda que não necessariamente centrado nos embates dos EUA em específico, tem aqui a função de introduzir conceitualmente a conciliação problemática do Estado e dos paradigmas liberais, a partir de uma perspectiva crítica, para além da soberania, no Estado de Exceção. O segundo estudo, ilustrativo do debate norte-americano, trata do poder executivo moderno nos EUA e seus relacionamentos institucionais em “The Executive Unbound: After the Madisonian Republic”, de Posner e Vermule (2010). Em seguida temos as

respostas endereçadas aos realistas, a partir de Kleinerman e Fatovic (2013), que tratam acerca do poder extra-legal e da questão da legitimidade.

III.a.) Contradições do liberalismo e o Estado de Exceção no realismo pessimista de Agamben (2002): Uma introdução crítica para além do paradigma da soberania

Para Agamben (2002), a modernidade e a organização política estatal tem origem nas cidades gregas na Antiguidade, mais especificamente com Aristóteles, cuja concepção de poder atingiu proporções globais no período contemporâneo. O fim da polaridade e os prognósticos em relação a organização do sistema internacional, posicionou seu pensamento na vertente pessimista e realista, na recusa em aceitar os câmbios do sistema internacional como um mero período em transição⁵. Para o autor os desajustes normativos não são transitórios para esse novo período, tendo em vista as reordenações jurídicas em âmbito nacional e internacional e, sim, são consequência de como opera a lógica prática do próprio paradigma liberal. Isto é, os desajustes constituem-se na própria lógica do sistema contemporâneo pois, o próprio sistema é estruturado em torno de uma lógica de exceção ou, de indistinguibilidade entre regra e exceção. O Estado constitucional e soberano não está desajustado, ele é sintoma.

Como fora supracitado, para Agamben (2002, 9) o princípio da organização política, tal como a conhecemos, estão nos clássicos gregos, e argumenta que para um cidadão grego, não havia apenas uma palavra para vida: havia a *zoé*, que é a vida natural e comum a todos os seres vivos; e a *bíos*: que seria a forma ou a maneira de viver de um indivíduo e de uma coletividade⁶. Para um grego e para a vida em comunidade na *polis*, predomina a *bíos*, sendo a *zoé* excluída da *polis* – ficando condenada a esfera privada – e, ao *oikos*, cabe a administração da casa, da família e dos negócios – atividade menor para um pleno cidadão grego que tem como máxima nobre a atividade política de

⁵ Em sua obra “Homo Sacer”, Agamben (2002) relata que os tempos conturbados e imprecisos são produtos da organização do sistema mundial moderno, inter-estatal e industrial que acabara por entrar em uma era de indeterminação (com prognósticos ora positivos e ora negativos entre os especialistas) ao fim do conflito bipolar. O autor situa-se em meio ao debate sobre uma possível unipolaridade (ou excepcionalidade) dos Estados Unidos no sistema mundial (muito comentada durante a intervenção no Kosovo, sem autorização da do Conselho de Segurança da ONU), acentuado após o 11/09 e a Guerra ao Terror, a decisão unilateral dos EUA em invadir o Iraque, as práticas de tortura nas prisões de Guantánamo etc. Para Agamben esse contexto sustenta-se em terrenos nebulosos do legalismo fundamentado na soberania territorial, o tratamento de segurança e inteligência focado em indivíduos e corpos – indivíduo como potencial ameaça, não mais Estados.

⁶ Para Aristóteles “o homem é por natureza, um ser vivo político” (1253a, I, 2, 2-3), ou ainda, como disse Foucault, citado por Agamben (2002, 9) o homem para Aristóteles era um animal vivo e, *além disso*, capaz de existência política.

deliberar sobre os temas da cidade. A exclusão da *zoé* é a fundação da polis grega e, assim, a fundação da própria política, como pensamento e *práxis*⁷.

A política moderna concebe-se por meio de paradigmas correlatos, ou seja, do direito, do cidadão, da soberania, do bem viver (e do progresso), como fins. A contribuição de Agamben (2002) em relação a esses elementos vai no sentido de criticar que, a soberania e o direito dogmático⁸ desconsideraram suas raízes fundacionais⁹. O autor argumenta que o progresso do Estado de Direito seria duvidoso e questionável no sentido de que, a sua evolução não significa que o totalitarismo, o nazismo, o fascismo, são antagônicos ao Estado de Direito, mas possivelmente até o seu norte. Assim, lutar pela garantia e evolução da democracia moderna não é o caminho para evitar a repetição de períodos de exceção, já que eles coexistem e se autodeterminam. Desse modo, fundamentar o Estado Democrático por meio dos direitos do homem, pelo menos desde a Revolução Francesa, seria introduzir a *zoé* na *polis*, e transformar a exceção em regra – ou em uma zona de indistinção –, de maneira que progredimos e intensificamos uma intensa relação entre política e direito com a vida, inclusive com a forma de vida mais residual, biológica, natural, individual, subjetiva e corpórea – evidente na categoria jurídica de *habeas corpus*¹⁰. A sugestão de que a democracia moderna caminhará para a mesma catástrofe vai no sentido de que, quanto mais se introduz o direito em todas as

⁷ Conforme o autor, tal como concebemos a política há vinte e quatro séculos, não resolveu-se a fratura entre voz e linguagem (Agamben 2002, 18). Entretanto, é evidente que Aristóteles não é um contratualista, todavia na medida em que pensamos e praticamos a política moderna de forma logocêntrica (que analisa e age sobre si própria) e autônoma (da moral, por exemplo), e na maneira que reconstruímos essa história como continuidade e progresso de um Estado-Nação soberano diante de sua Lei Fundamental que é “do povo e para o povo” (mesmo que não seja deliberativo, que seja representativo) em sua expansão de conquistas históricas, em direitos que consagram tanto o bem-estar do indivíduo como da comunidade, é evidente a influência direta de Aristóteles no pensamento e prática da política moderna.

⁸ O próprio conceito de amigo-inimigo de C. Schmitt para definição da política, constitui-se como um ponto de partida para pensar as críticas de Agamben para a teoria da soberania e do direito.

⁹ Para Agamben (2005) por mais que se avance e discuta-se por dentro as formas do Estado, não se é debatido a própria origem e fundação desse pensamento e prática, analisado por Aristóteles e presente na prática na *polis* grega. Essa origem é a fundação da cidade a partir separação da *zoé* da *bíos*, pela exclusão inclusiva (*exceptio*) da *zoé* da *pólis*.

¹⁰ Conforme Agamben (2002, 130) define: “Esta é a força e, ao mesmo tempo, a íntima contradição da democracia moderna: ela não faz abolir a vida sacra, mas a despedaça e dissemina em cada corpo individual, fazendo dela a aposta em jogo do conflito político. Aqui está a raiz de sua secreta vocação biopolítica: aquele que se apresentará mais tarde como portador dos direitos e, com um curioso oxímoro, como o novo sujeito soberano (*subiectus superaneus*, isto é, aquilo que está embaixo e, simultaneamente, mais ao alto) pode constituir-se como tal somente repetindo a exceção soberana e isolando em si mesmo *corpus*, a vida nua. Se é verdade que a lei necessita, para a sua vigência, de um corpo, se é possível falar, neste sentido, do “desejo da lei de ter um corpo”, a democracia responde ao seu desejo obrigando a lei a tomar sob seus cuidados este corpo. Este caráter ambíguo (ou polar) da democracia é tão mais evidente no *habeas corpus*, pelo de que, enquanto ele era destinado em sua origem a assegurar a presença do imputado no processo e, portanto, a impedir que ele se subtraísse ao juízo, na nova e definitiva forma ele se converte em obrigação, para o xerife, de exhibir o corpo do imputável e de motivar a sua detenção. *Corpus* é um ser bifronte, portador tanto da sujeição ao poder soberano como das liberdades individuais.”

esferas da existência, mais indistinta fica a relação da ordem e da anomia, e mais a vida tornar-se objeto.

Essa relação de indistinção e de introdução da *zoé* na *polis* tem também inicial fundamentação em Hobbes, entretanto está presente em demais pensadores políticos (Agamben 2002, 131), tendo como expressão moderna o processo iniciado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão advindas da Revolução Francesa. Assumir os direitos humanos como o fundamento do Estado Moderno soa perigoso para Agamben, porque cria uma zona de indistinção entre a vida natural e biológica, o direito e a política, criando um problema insolúvel – não é mera questão técnica –, ou ainda surtindo efeito reverso, ao discurso que propaga. O paradigma liberal da universalização dos direitos humanos – coordenado por meio das instituições e organismos internacionais – não seria motivo de esperança para o autor, e sim, a evidência da universalização dessa zona de indistinção. Assim, novamente, a exceção torna-se regra, e o direito atinge todas as esferas da existência, confundindo-se ao seu próprio exterior (Agamben 2002, 134-5).

Conceber o direito humano como direito primário, que todos possuem, abre-se a possibilidade de reivindicá-lo mesmo para aqueles desprovidos de direitos, dado que é irrenunciável e universal, e em última instância visa garantir a integridade do indivíduo. Contudo observa-se empiricamente o contrário, de modo que o indivíduo é parte de um Estado, logo possuidor da cidadania e da proteção que este ator provê – enquanto ente que possui o monopólio legítimo da violência –, assim inevitavelmente, o cidadão, pertence e coaduna com o respectivo ordenamento jurídico estatal. Ora, quando o Estado viola o contrato e a soberania, colocando em risco a integridade do indivíduo ou, quando nega a existência ontológica de um indivíduo que está submetido ao seu ordenamento jurídico e retira-lhe a cidadania e seus direitos, ameaçando sua existência, em uma zona de indistinção, quem será o responsável pela proteção desse indivíduo? A situação fica ainda mais evidente quando tratamos de um refugiado, apátrida ou possível inimigo: não há ente que responsável seja pela garantia, manutenção, ou proteção de seus direitos fundamentais¹¹. Para Agamben, democracia e totalitarismo caminham nessa linha tênue, e em sentido verossímil de dois lados da mesma moeda, pois ambos fundamentam-se na soberania, e estão implicados na introdução da vida na esfera da política – na relação da

¹¹ A concepção dos direitos humanos baseada na suposta existência de um ser humano como tal rompeu-se no exato momento em que aqueles que declaravam acreditar nesta concepção foram, pela primeira vez, confrontados com pessoas que tinham perdido, de fato, todas as demais qualidades e relações específicas, exceto a de seguir sendo humanas (Arendt 1958, 297 Apud Zizek 2012).

biopolítica com a exceção¹². Nesse sentido, resume o autor que: “Existe uma figura-limite da vida, um limiar em que ela está, simultaneamente, dentro e fora do ordenamento jurídico, e este limiar é o lugar da soberania” (Agamben 2002, 30).

Nesse aspecto para Agamben, o Estado de Exceção não seria uma anulação do direito, mas sua contraparte. O autor relata que o Estado de Exceção está prevista em diversas constituições, assim como foi reivindicada por Inglaterra e França, e pelo *New Deal* de Roosevelt, ao longo da Segunda Guerra Mundial (Agamben 2004, 38). Para o autor, a exceção não anula o direito ou a constituição – ao ser reivindicado não há novo poder constituinte – mas coloca-a em suspensão, passando a agir simultaneamente por fora dela e, a partir dela. Desse modo, aquilo que era força-de-lei e garantia a ordem, passa a ser força e vontade política direta e de facto, através de categorias políticas extra-jurídicas – como *Führer* ou *Duce* –, em zonas que direito e facto se confundem, zonas de indistinção entre vida e política (biopolítica¹³).

Para Agamben seriam tempos nebulosos que vivemos, em que a democracia moderna ao mesmo tempo prevê e confunde-se com a criação de espaços de exceção extra-jurídicos – como por exemplo as leis marciais, Guantánamo e práticas investigação coercitivas e tortura. É antes a própria intensificação da relação entre vida e direito, quando a exceção torna-se a regra, quando a *polis* confunde-se globalmente com direito e facto (o “campo”¹⁴), ilustra-se a zona de indistinção.

¹² Segundo Agamben (2002, 155): “O totalitarismo do nosso século [século XX] tem o seu fundamento nesta identidade dinâmica de vida e política e, sem esta, permanece incompreensível. Se o nazismo nos surge agora como um enigma e se a sua afinidade com o estalinismo (sobre a qual Hannah Arendt insistiu tanto) permanece ainda inexplicada, isto ocorre porque deixamos de situar o fenómeno totalitário, em seu conjunto, no horizonte da biopolítica. Quando vida e política, divididos na origem e articulados entre si através da terra de ninguém do estado de exceção, na qual habita a vida nua, tendem a identificar-se, então toda a vida torna-se sacra e toda a política torna-se a exceção”.

¹³ Para Agamben (2002, 193): “Na sua forma extrema, aliás, o corpo biopolítico do Ocidente (esta última encarnação da vida do *homo sacer*) se apresenta como um limiar de absoluta indistinção entre direito e fato, norma e vida biológica. Na pessoa do *Führer* a vida nua transmuta-se imediatamente em direito, assim como na do habitante do campo (ou do *néomort*) o direito se indetermina em vida biológica. Uma lei que pretende fazer-se integralmente vida encontra-se hoje cada vez mais frequentemente diante de uma vida que se desanima e mortifica em norma. Toda a tentativa de repensar o espaço político do Ocidente deve partir da clara consciência de que da distinção clássica entre *zoé* e *bíos*, entre vida privada e existência política, entre homem como simples vivente, que tem seu lugar na casa, e o homem como sujeito político, que tem seu lugar na cidade, nós não sabemos mais nada. Por isto a restauração das categorias políticas clássicas proposta por Leo Strauss e, em um sentido diverso, por Hannah Arendt, não pode ter outro sentido a não ser crítico. Dos campos não há retorno em direção à política clássica; neles, cidade e casa tornaram-se indiscerníveis, e a possibilidade de distinguir entre o nosso corpo biológico e o nosso corpo político, entre o que é comunicável e mudo e o que é comunicável e dizível, nos foi tolhida de uma vez por todas. E nos não somos apenas, nas palavras de Foucault, animais em cuja política está em questão suas vidas de seres viventes, mas também, inversamente, cidadãos em cujo corpo natural está em questão a sua própria política”.

¹⁴ Conforme o autor: “O campo é um híbrido de direito e de fato, no qual os dois termos tornaram-se indiscerníveis. Quem entrava no campo movia-se em uma zona de indistinção entre externo e interno, exceção e regra, lícito e ilícito, na qual os próprios conceitos de direito subjetivo e de proteção jurídica não faziam mais sentido (Agamben 2002, 177).

Conforme o autor, a tarefa política mais urgente é evidenciar a separação originária dos tipos de vida – o ser vivente e o ser político –, e a maneira como ambas se relacionam dentro da *polis* – mesmo a vida natural, *zoé*, está inclusa na polis pela própria decisão arbitrária de sua exclusão (Agamben 2002, 15). Nesse sentido, seria necessário romper o pacto originário da relação entre o direito e a vida; sistematiza-se essa relação da seguinte forma:

“Mostrar o direito em sua não-relação com a vida e a vida em sua não-relação com o direito significa abrir entre eles um espaço para a ação humana que, há algum tempo, reivindicava para si o nome “política”. A política sofreu um eclipse duradouro porque foi contaminada pelo direito, concebendo-se a si mesma, no melhor dos casos, como poder constituinte (isto é, violência que põe o direito), quando não se reduz simplesmente a poder de negociar com o direito. Ao contrário, verdadeiramente política, é apenas aquela ação que corta o nexo entre violência e direito. E somente a partir do espaço que assim se abre, é que será possível colocar a questão a respeito de um eventual uso do direito após a desativação do dispositivo que, no estado de exceção, o ligava à vida. Teremos então, diante de nós, um direito “puro”, no sentido em que Benjamin fala de uma língua “pura” e de uma “pura” violência. A uma palavra não coercitiva, que não comanda e não proíbe nada, mas diz apenas ela mesma, corresponderia uma ação como puro meio que mostra só a si mesma, sem relação com um objetivo. E, entre as duas, não um estado original perdido, mas somente o uso e a práxis humana que os poderes do direito e do mito haviam procurado capturar no estado de exceção” (Agamben 2004, 133).

III.b.) Expansão e centralidade do poder executivo nos EUA: o realismo otimista de Posner e Vermule (2010)

O livro de Posner e Vermule (2010) tem sua introdução especialmente endereçada a criticar o *liberal legalism* – e suas respectivas (e obsoletas) leituras de Madison –, intensificadas em seguida, nos três primeiros capítulos do livro. Os autores afirmam que os adeptos dessa vertente são intensamente ansiosos em definir – conceitual e institucionalmente –, mecanismos e constrangimentos ao poder executivo, que se relacionem ao *rule of law*. Ao contrário de Agamben (2002) os autores são otimistas quanto aos paradoxos da emergência pois, conformem defendem, o regime político norte-americano contemporâneo passou a centrar-se no poder executivo (Posner e Vermule 2010, 4):

“We live in a regime of executive-centered government, in an age after the separation of powers, and the legally constrained executive is now a historical curiosity. [...] we argue that in the modern administrative state the executive governs, subject to legal constraints that are shaky in normal times and weak or nonexistent in time of crisis” (Posner e Vermule 2010, 4; destaque próprio).

Para a estruturação da crítica, os autores são enfáticos em apoiar-se no pensamento de C. Schmitt. Ainda que justifiquem não concordar com aspectos de sua obra, eles convergem à visão schmittiana de que, as instituições liberais de produção de leis são estritamente orientadas para o passado, enquanto os ditados da política intervencionista moderna demanda um sistema legal adaptado ao presente e orientado ao futuro. Desse modo as legislaturas e as cortes estão sempre atrás do ritmo dos eventos do Estado administrativo, atuando de modo reativo e marginal, modificando e eventualmente bloqueando as iniciativas de *policy* do executivo, e raramente liderando esses processos. Cabe ressaltar que, para os autores, normalidade e emergência estão num mesmo *continuum*, nesse aspecto relatam Posner e Vermule (2010, 4):

“And in crises, the executive governs nearly alone, at least so far as law is concerned. In our view the major constraints on the executive, especially in crises, do not arise from law or from the separation-of-powers framework defended by liberal legalists, but from politics and public opinion. [...] A central fallacy of liberal legalism, we argue, is the equation of a constrained executive with an executive constrained by law.”

Os autores acusam os liberais legalistas de desenvolver “tiranofobia” e “medos injustificados da ditadura”. O receio injustificado do liberais pousaria no fato de que, mesmo que o moderno governo centrado no poder executivo tenha sido desimpedido de receber *checks* institucionais (*executive unbound*), reforçam os autores que ele está agora mais constrangido politicamente¹⁵. Em termos schmittianos, argumentam, que legalidade e legitimidade divergem em tempos de crise, prevalecendo o último elemento. Desse modo, a legitimidade é o principal determinante de autoridade – e do poder – no Estado administrativo e, o fato de que legalidade e legitimidade coincidirem em tempos normais, não significa que legalidade é sempre importante em seus próprios termos.

Conforme Posner e Vermule (2010, 7) a vertente do *liberal legalism* possui dois problemas: delegação e emergência. A primeira questão dirige-se ao fato de quando legislaturas delegam autoridade ao executivo para regular ou determinar políticas, já o segundo elemento diz respeito a choques externos que requerem a adoção de novas políticas com grande rapidez. Ambos os elementos estão ligados na prática, principalmente em momentos de emergência (*sic*), em que o legislativo por

¹⁵ Segundo Posner e Vermule (2010, 5): “We do not claim that these political constraints necessarily cause the executive to pursue the public interest, however defined, or that they produce optimal executive decision-making. We do claim that politics and public opinion at least block the most lurid forms of executive abuse, that courts and Congress can do no better, that liberal legalism goes wrong by assuming that a legally unconstrained executive is unconstrained overall, and that in any event there is no pragmatically feasible alternative to executive government under current conditions”.

constrangimento de tempo, *expertise* e disposição institucional, defronta-se com as escolhas de: não fazer nada ou delegar poder ao executivo manejar a crise – a mesma lógica aplica-se para o *judicial review* das cortes. Para os autores o elemento chave do governo moderno pousa na deliberação, ou seja, necessitando de *outcomes* para lidar com a crise, extrai-se a legitimidade da opinião pública, que dita a o apoio e o suporte para a ação. A lei, para os autores, não pode esperar constranger o poder executivo moderno, e seria a própria política capaz de criar os *checks* substitutos para as tradicionais limitações legais do poder executivo. Concluem portanto, que a separação de poderes e o *rule of law* são elementos superestimados pelo *liberal legalism*.

Em específico para o caso do pós 11/09, os autores vão apontar porque a visão schmittiana é capaz de prover respostas institucionais e comportamentais superiores às perspectivas liberais legalistas, que acompanha a tradição advinda de Madison¹⁶ – ao qual consideram demasiado otimista¹⁷. Conforme os autores, para o *liberal legalism* o congresso possui excelência, enquanto instituição deliberativa, por congrega as somas de maiorias, informações localizadas e diversidade de perspectivas a respeito dos assuntos nacionais¹⁸.

Em paralelo ao modelo de *rational choice* proposto, em que tratam da problemática da decisão coletiva e da assimetria de informações entre os poderes, Posner e Vermule (2010, 50) relatam que o papel do congresso, em momentos de emergência, pode ser resumido em dois momentos. O primeiro seria na pré-crise, em que a legislatura teria pouco incentivo para atuar – seja a crise mais ou menos previsível. Dessa maneira, o Estado administrativo, inevitavelmente, assume o lugar de antigos estatutos de

¹⁶ Relatam Posner e Vermule (2010, 19) que a visão de Madison é de que os *checks* mútuos da separação de poderes emergem dos interesses individuais e das ambições dos atores (oficiais), que funcionam como incentivos para promover o poder das instituições que ocupam (“interests of the man must be tied to the rights of the place”); quando isso ocorre as instituições engajam em um processo político de competição em que “ambition [will] counteract ambition”. Assim, existem dois níveis do argumento madisoniano: os interesses individuais agregados em comportamento institucional e, o comportamento agregado institucional em um sistema de *mutual checks* – o sistema assim é pensado para produzir efeitos desejados socialmente, como liberdade e prevenção da tirania.

¹⁷ Conforme os autores, para Schmitt as aspirações deliberativas da democracia parlamentar clássica tornaram-se pretensamente transparentes, por conta das condições modernas de disciplina partidária, conflitos de grupos de interesse, e de câmbios rápidos no ambiente econômico e técnico. Em vez de deliberarem, os legisladores barganham por entre as linhas partidárias e, nesse sentido, os discursos legislativos são meros teatros orquestrados para o consumo público, ao passo que o trabalho de fato ocorre a portas fechadas nas reuniões do partido (Posner e Vermule 2010, 41-2).

¹⁸ Relatam os autores que a ênfase madisoniana no bicameralismo seria de que a Câmara acompanha o clima mais geral da população e teria sua perspectiva mais a curto prazo, enquanto o Senado, por sua perspectiva institucional de longo prazo, teria a função de esfriar ou moderar legislações rápidas ou demasiado esquentadas, advindas do temperamento de momento recebido pela Câmara; soma-se também ao *check* do Senado no próprio poder executivo, em momentos de crise. Adiciona-se que mesmo com a autorização congressual e deliberação pública, as ações emergenciais do executivo, estariam também sujeitas a revisão judicial (Posner e Vermule 2010, 41).

relevância dúbia, ou apoia-se em estatutos emergenciais vagos – que, em geral no momento de crise, é ignorado pelo poder executivo. Quando a emergência vem à tona, o executivo parte em busca de uma nova e massiva delegação de autoridade e, na maioria das vezes, obtém algo ou quase tudo o que desejava, ainda que sofra por algumas modificações de forma e decreto. Esse processo é ilustrado empiricamente pelas legislações que inflaram o poder executivo no pós 11/09, tais quais o AUMF¹⁹ e o Patrioact Act²⁰. Em ambos esses estatutos os autores relatam, entretanto, que o congresso barganhou intensamente com a Casa Branca, evitando passar um ‘cheque em branco’ de deliberação ao executivo.

De um lado portanto, nota-se que o legislativo possui mecanismos de reação a crise – ainda que de maneira marginal – ao moldar e constranger o executivo, mais do que tentar exercer controle sobre ele. De outro lado, os autores destacam a incapacidade estrutural do congresso, que ao endossar as legislações, concede novas *policies* para o executivo atuar na emergência concedendo-o autoridade estatutária para tal fim. Por fim, concluem os autores que, a visão de agilidade do Estado administrativo na emergência, produz em consequência, um legislativo essencialmente marginal, reativo e debilitado, constituindo-se mais próximo à visão de Schmitt do que de Madison, a respeito do papel do congresso na emergência.

Direcionando a atenção para o papel da corte constitucional, os autores são enfáticos em destacar que, se esse ator é a outra fonte de esperança para *liberal legalism* enquanto instituição de controle, por outro lado em matéria de crise de segurança essa instituição cumpre papel marginal, por conta de dois aspectos relacionados a temas

¹⁹ Conforme Posner e Vermule (2010, 45): “Passed by Congress three days after 9/11, in the white heat of emergency, the AUMF is where one might expect to find a hasty blank-check delegation to the executive. Surprisingly, however, the AUMF resulted from a process of tough bargaining among the White House Democratic leaders in the Senate, and Republican leaders in the House”. Na versão final com as devidas alterações, relata-se “That the President is authorized to use all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed or aided the terrorist attacks that occurred on September 11, 2001, or harbored such organizations or persons, in order to prevent any future acts of international terrorism against the United States by such nations, organizations or persons” (Authorization for Use of Military Force, §2(a), Pub. L. No. 107-40, 2001 U.S.C.A.N. (115 Stat.) 224 Apud Posner e Vermule, 2010, 45-6).

²⁰ Segundo Posner e Vermule (2010, 46-7): “This 342-page statute defies easy summary, and in any event some excellent overviews are available. The statute contains a variety of measures expanding law enforcement powers to conduct searches and surveillance; enacts prophylactic measures against illegal money laundering and financial transactions by terrorist groups; creates some new substantive crimes; and adjusts some rules of immigration and federal criminal procedure. As enacted, the measure contained a sunset provision for many of the more controversial provisions. The final version differed in major respects from the administration’s first draft, which was called the Anti-Terrorism Act (ATA). [...] In the first case the White House initially proposed a blank-check delegation to the president of power to respond as appropriate to ‘deter and preempt terrorism’. The bargaining although accomplished in a matter of days, ended up introducing a more restrictive nexus test, which limited the president’s authority to the use of force against entities that had aided the 9/11 attacks”.

schmittianos. O primeiro deve-se a respostas muito atrasadas à emergência, o que diminui sua real diferença em muitos casos e, o segundo, que as cortes tem incentivos pragmáticos e políticos a submeter-se ao executivo, qualquer que seja o padrão nominal da revisão. O problema central nos mecanismos institucionais, reforçam os autores, serão que as cortes possuem autoridade legal mas não legitimidade política robusta, ou seja, como em condições de crise legalidade e legitimidade divergem, conseqüentemente essa divergência força a corte a assumir um papel restritivo (Posner e Vermule 2010, 52). Os autores argumentam, como apontou Schmitt, que medidas emergenciais podem ser “excepcionais” no sentido de, mesmo que sejam ilegais ou possuam uma legalidade dúbia, possam ao menos ser politicamente legítimas se responderem ao senso público da necessidade da situação.

Domesticando esse ponto e aplicando-o a operação prática do Estado administrativo, cortes que revisam medidas emergenciais podem ter forte raiz legal, porém tendem a possuírem déficit de legitimidade política, necessária para invalidar a legislação emergencial ou a regulação emergencial executiva. Quando o senso público de crise termina, legalidade e legitimidade novamente convergem. Assim, as cortes tem mais liberdade para invalidar medidas de emergência, no entanto, passado o momento de crise, o *judicial review* ou torna-se menos importante ou, a corte não o faz, pois ou a medida de emergência em alguma medida já terá atuado. Ressaltam os autores que os precedentes abertos depois de terminado o clima de crise, podem ser mais calmos e deliberativos, desse modo possuem maior qualidade epistêmica – esse argumento é comumente utilizado por advogados e parecem-se com a aplicação da visão madisoniana às cortes – mas o público não terá muita notícia desses precedentes, e terão pouco poder de adesão caso outra crise aconteça.

Em suma para Posner e Vermule (2010, 60) a perspectiva liberal legalista anseia que o congresso seja um ator protagonista, com acompanhamento do executivo e do judiciário – por meio da execução e interpretação da lei, respectivamente. Dessa maneira, tanto o legislativo quanto a corte deveriam monitorar o executivo, mantendo seu poder amarrado. Nos episódios levantados pelos autores contudo, nota-se que os atores do executivo assumem o papel central, definindo a agenda e determinando as principais linhas de respostas do governo – com segundas e mínimas modificações do legislativo e do judiciário. Nesse aspecto, destacam os autores que, os *checks* de ambos esses poderes são desnecessários, em parte pelo o caráter *ad hoc* da necessidade da reação inicial do

governo e, em parte porque o congresso e as cortes chegam à cena demasiado tarde. A impressão geral que fornecem os autores é que a moldura constitucional do *liberal legalism* colapsou entre a pressão do ocorrido, em especial porque o fato bruto alterou de tal forma o ritmo do ambiente político, que os modos tradicionais de *lawmaking* e *policymaking* não foram capazes de acompanhá-lo. A crise demonstrou que o problema da emergência está *embedded* na estrutura do Estado administrativo. Por fim, pontuam que isso não significa que o presidente seja todo-poderoso. Viu-se que a presidência sofre *checks* congressuais, todavia defendem os autores, que esses *checks* não são especialmente legais. A ênfase aqui conferida é que, a principal arma do legislativo, não é através da influência (pesada e custosa) de *lawmaking* e sim, faz-se mais eficaz, apelar para as cortes e a opinião pública, como forma de constranger o presidente. Nesse sentido resumizam que,

“Oversight and various forms of ‘soft law’ – congressional statements and resolutions short of legally binding legislation – affect public support for presidential action in the real of foreign policy and in many other domains as well. There are real constraints on executive government, but formal constitutional procedures are not their source” (Posner e Vermule 2010, 61).

IV.) Poder extra-legal e legitimidade: as respostas liberais por Fatovic e Kleinerman (2013)

Assim como no livro de Posner e Vermule (2010), o livro de Fatovic e Kleinerman (orgs. 2013) faz um esforço, tanto em responder as críticas endereçadas ao *liberal legalism*, em seu princípio, quanto em fornecer uma alternativa liberal ao problema da emergência ao longo das demais contribuições do livro. Os autores evidenciam a dificuldade intrínseca do governo constitucional em buscar meios de limitar o poder em um momento de emergência, no qual faz-se necessário poderes discricionários e potencialmente ilimitados.

Entretanto os autores enfatizam que, em ocasiões de crise o governo deve tomar medidas extraordinárias, sejam estas previstas ou não em lei²¹. Fica claro nesse argumento a inspiração lockeana para o problema da emergência: em circunstâncias extraordinárias

²¹ Fatovic e Kleinerman (2013, 2) dão o exemplo da ação do então Vice-Presidente do governo Bush no 11/09, Dick Cheney, que ordenou que qualquer avião que recusasse descer ao solo deveria ser abatido – não existiam leis que autorizassem o vice-presidente a atuar dessa forma, mas era necessário fazê-lo.

o governo deve atuar, simultaneamente, de maneira extralegal e legítima – ou seja, sem forçar interpretações ou desrespeitar a lei existente.

Destacam que ideia de poder emergencial extralegal, entretanto, é vigorosamente e quase universalmente rejeitada na literatura. Dessa maneira, reforçam Fatovic e Kleinerman (2013, 2) que a política corrente tornou-se demasiado legalista, em que não considera-se aceitar a legitimidade como fonte e medida de autorização para a ação política em situação de emergência. A corrente majoritária nos sistemas políticos recentes, defende que a atuação da prerrogativa em emergências ou deve ser acomodada dentro da lei²², ou envolve a reinterpretação da lei existente. Nesse aspecto criticam os autores que, quando cria-se legislação para a delegação do executivo, em geral, esta é escrita de maneira aberta e vaga – para conceder liberdade de atuação ao presidente – ou mesmo o governo adota uma interpretação expansiva dos poderes estatutários e constitucionais existentes²³, e/ou simultaneamente, interpreta de maneira restrita leis que poderiam constranger seus poderes.

Quaisquer dessas estratégias indicam que o governo é obrigado a operar dentro das linhas definidas pela lei – mesmo que haja discordâncias sobre quais e onde essas linhas deveriam estar. De qualquer maneira os resultados possíveis dessas estratégias são iguais, isto é, as linhas definidas pela lei foram movidas. Assim, o governo sequer precisa preocupar-se em romper as leis, dado que eles podem modifica-las e reinterpretá-las a seu bel prazer (Fatovic e Kleinerman 2013, 4).

Os autores argumentam que a afirmação recorrente de que toda ação discricionária do executivo está dentro da lei, deriva da interpretação de que a legitimidade advém da legalidade – *modus operandi* compatível com os sistemas constitucionais liberais dos EUA e da Inglaterra. Entretanto relatam os autores que nessa esteira, alguns pesquisadores, tem equalizado liberalismo com legalismo. Essa tendência é ilustrada tanto por autores liberais²⁴ quanto realistas, entre esses últimos destacam em especial Posner e Vermule (2010). A tentativa de Fatovic e Kleinerman (2013) é o de oferecer

²² São dois os exemplos concedidos pelos autores para o pós 11/09, o primeiro envolve nova legislação ao governo que concede-o novos poderes, tais quais o AUMF e o USA Patriot Act (Fatovic e Kleinerman 2013, 3).

²³ Os autores fornecem o exemplo no pós 11/09 que os advogados do governo recorreram ao Artigo II da Constituição, que permite ao presidente autorizar métodos de interrogação coercitivos (ou tortura), detenção indefinita de suspeitos de terrorismo, e assassinar civis americanos e estrangeiros que estejam em possível guerra contra os EUA. Simultaneamente, os mesmos advogados, clamam que a Convenção de Geneve de 1949 e outras leis domésticas e internacionais não aplicam-se as medidas que o governo adota (Fatovic e Kleinerman 2013, 3).

²⁴ Citam o livro “Madison's nightmare: how executive power threatens American democracy” de Peter Shane (2009).

uma alternativa que supere a chave que iguala o liberalismo com legalismo – que centra a legitimidade na lei –, e forneça como fonte de legitimidade a política *per se*.

E, a primeira crítica de Fatovic e Kleinerman (2013, 4) ao *Executive Unbound* é pelo fato dos autores considerarem o *legal liberalism* como única forma possível de liberalismo. Adicionalmente, os autores realistas forçam interpretações incompletas e insuficientes da tradição madisoniana para mostrar ingenuidade e incapacidade do liberalismo legal em responder as emergências²⁵.

Desse modo Fatovic e Kleinerman (2013, 5) buscam reintroduzir as tradições extralegais, e problematizar normativamente as tendências majoritárias em prol do legalismo, em detrimento da legitimidade, para os poderes emergenciais. Para os autores, a vertente liberal lockeana a qual defendem, não opera na chave legalista, optando pela saída via legitimidade, com fonte na própria política. As principais referências que acusam o liberalismo de ser necessariamente legalista, nos debates do pós 11/09, derivam das vertentes realistas baseadas em C. Schmitt, entusiasticamente endossadas por Posner e Vermule (2010).

A partir daí os autores vão aprofundar-se no pensamento schmittiano, visto que os adeptos do *legal realism* (Kleinerman 2012), operando na esteira de Schmitt, afirmarão que o liberalismo é inadequado para lidar com a natureza excepcional da emergência, por constituírem-se na órbita da soberania da lei (*rule of law*). Em outras palavras, a acusação da defesa de que as leis são soberanas, não sustenta-se na emergência, pois quem demonstra-se soberano em momento de crise é o executivo: advinda da máxima schmittiana, é o executivo quem decide na exceção. Para os autores liberais a afirmação de Schmitt é equivocada, dado que ele assume que o constitucionalismo liberal não abriu espaço para poderes emergenciais – tendo inclusive interpretado erroneamente J. Locke. Isso porque a leitura da soberania última do poder executivo, não considera a ação emergencial extralegal.

Os autores em princípio, dizem que Schmitt considera a forma de liberalismo nada democrática, desqualificando-a, por fundar-se em ritualismos formais concentrados somente sobre o que é ou não permitido em lei – ou seja, após o estabelecimento procedimental da lei, sua base formal torna-se fonte de legitimidade. Soma-se que o

²⁵ Em outras palavras, se os presidentes não possuem amarras às leis (são *unbound*) deveriam ser constrangidos institucionalmente, caso o sistema de Madison estivesse funcionando – essa linha de raciocínio coloca os realistas, novamente na equalização de liberalismo (e constitucionalismo) com legalismo.

liberalismo não possui uma teoria do Estado, pois baseia-se exatamente em controlar e desenhar os limites de seu poder (*raison d'être*) e sua soberania – em nome de valores que competem entre si como direitos individuais, liberdade e economia de mercado²⁶. Descrevem Fatovic e Kleinerman (2013, 9) que Schmitt desenvolve uma tipologia tripartite das formas jurídicas dominantes²⁷ para explicar o porquê o liberalismo prejudica as noções de legitimidade. A partir de sua classificação, Schmitt argumenta que o “normativismo” rejeita formas personalizadas de regras e, em sentido institucional e em última instância, a legislatura possuiria o monopólio da legalidade por ser fonte única e exclusiva de *lawmaking*. Em consequência, a lei seria definidora da legalidade e legitimidade no liberalismo. Sabe-se que a concepção schmittiana frente o parlamento é cética quanto aos seus propósitos²⁸, desacreditando-o em relação ao conceito liberal de legitimidade.

Nessa direção, para Schmitt, o Estado liberal estaria fadado ao fracasso porque metafísica e normativamente, a jurisprudência racional e positiva, predispõe-se a calcular e controlar os acontecimentos mediante a lei, assim para o liberalismo, seria inconciliável conceber-se na exceção – adiciona-se o fato que a emergência exige poderes ilimitados. Dessa maneira, a crítica schmittiana possui duas faces: ou aponta para o fato de que o liberalismo falha no teste externo de expediência, negligenciando prover ao governo os poderes necessários para responder a ameaça existencial colocada pelo Estado de exceção, ou o liberalismo falha em seu próprio teste interno de legitimidade, caso adotar medidas extraordinárias (Fatovic e Kleinerman 2013, 10-11).

É nesse ponto que reside o perigo que a leitura schmittiana anuncia, ao igualar legalismo com legitimidade, pois adicionalmente o sistema tende a proliferar leis que autorizam (e legitimam) a atuação do executivo mediante poder discricionário. Esse aspecto fora ilustrado pelo pós 11/09, em que leis foram criadas ou designadas a autorizar o poder discricionário do executivo, nos casos Bush e Obama, em aplicações de métodos

²⁶ Nesse aspecto a concepção heterogênea de sociedade é incompatível com o valor de igualdade, fornecido pelo liberalismo apenas perante a lei. Nesse sentido relatam os autores que: “Schmitt maintains that liberal democracy does not even qualify as democracy because it lacks the substantive equality and homogeneity that have been essential prerequisites of this type of political system from Aristotle to Rousseau” (Fatovic e Kleinerman 2013, 8).

²⁷ Citam os autores que baseado na obra de Weber sobre legitimidade e autoridade – que em sociedades modernas estariam primariamente baseadas na racionalidade instrumental de regras legais, em oposição ao carisma e a tradição –, a tripartição de Schmitt seriam as seguintes: (i) “ordens concretas” baseadas em instituições, (ii) elementos “decisionistas” da vontade (ilimitada) soberana e, (iii) elementos “normativistas” baseados nas regras gerais determinadas em avanço, predominantes em sociedades liberais (Fatovic e Kleinerman 2013, 8).

²⁸ Sabe-se que parlamento para Schmitt não é tem função pública, nem as discussões congressuais baseiam-se na argumentação racional pois, ao fundo, os compromissos seriam selados por grupos partidários que buscam maximizar o poder mediante reuniões de portas fechadas (Fatovic e Kleinerman 2013, 9).

coercitivos de interrogação, detenções arbitrárias e investigações sumárias, que foram pautadas e insistentemente justificadas dentro da lei. A defesa desses tipos de ações são inconcebíveis para os autores. Faz-se necessário portanto escapar dessa chave liberalismo-legalismo já que o próprio poder executivo instrumentaliza o legalismo – por meio da hermenêutica e interpretação da lei – para legitimar o poder prerrogativo de maneira discricionária – que quase nunca lhe é reinvidicado.

Para os autores, pior que violações na lei em tempos de emergência, são os impulsos para legalizar medidas que o governo julga como necessária em tempos de crise, abrindo assim, precedentes na prerrogativa para atuações futuras. A defesa dos autores vai no sentido de formular respostas responsáveis à emergência que evitem o impulso para encontrar autorização legal: é portanto possível alocar simultaneamente fontes significativas de legitimidade e *checks* efetivos no poder atuando extra-legalmente. As propostas são várias, porém faz-se necessário superar o debate reducionista dominante. De outro lado, os autores assumem o perigo eminente da prerrogativa por sua natureza ser “*lawless and unconstrained*” (Fatovic e Kleinerman 2013, 23). Ainda que os estudos do livro apontem para diferentes direções, há um mínimo consenso que o melhor julgamento e constrangimento para o poder emergencial é a política.

V.) Considerações Finais

Como pode-se perceber as discussões acerca do poder executivo prerrogativo são bastante amplas. Isso porque essa temática está conectada a aspectos históricos e filosóficos, da política e do direito, que somam-se, no coorte proposto pelo estudo, por um momento de emergência nos EUA. Isto é, o 11/09 foi um *turning point* no debate, não apenas pela singularidade e dimensão do ocorrido em território americano, mas também pelos seus desdobramentos, que concederam novos impulsos para as discussões ao redor do paradigma da emergência e da aplicação da prerrogativa. As respostas institucionais mediante extensão dos poderes do executivo levantaram posicionamentos e questionamentos por parte de diferentes vertentes que pensam a política e o direito. O objetivo do presente trabalho foi tentar captar as nuances e divergências a partir das perspectivas oferecidas por alguns estudos de viés realista e liberal.

A introdução conceitual de Agamben (2002) pousa nas contradições mais profundas e, possíveis insuficiências, que autor constata a respeito do constitucionalismo

liberal. O ímpeto pela universalização de direitos, esbarra nos limites do Estado, criando simultaneamente zonas de indistinção e espaços de exceção. A visão realista e pessimista de Agamben (2002), de que esses seriam tempos nebulosos, é em seguida, contraposta pelo otimismo em Posner e Vermule (2010) pois consideram esses aparentes paradoxos, reflexos da superação do modelo liberal madisoniano. Nesse sentido alegam que não há portanto motivo de preocupação para a opção do governo por centrar sua gestão no poder executivo, dado que há uma racionalidade (de otimização e agilidade de políticas) pela escolha do Estado administrativo, em detrimentos do congresso, como órbita do sistema político norte-americano, soberano em momentos de emergência. O *check* defendido pelos autores, a legitimidade, também é pautada por Fatovic e Kleinerman (2013) ainda que esses autores divirjam quanto a sua operação e conteúdo.

A resposta de Fatovic e Kleinerman (2013) para as críticas dos realistas, será pela superação da própria chave schmittiana. A equalização de liberalismo e legalismo, apontada pelos realistas, seria um contrassenso às interpretações lockeanas para o problema da emergência. O poder executivo prerrogativo extralegal, ainda que somente por uma reflexão meta-teórica, é defendida como uma saída menos danosa aos problemas, contradições e limitações gerados pelo próprio sistema político vigente pois é capaz de manter a constituição sem ameaças ao *rule of law*.

Os momentos de emergências colocam em evidencia o peso e o alcance do poder prerrogativo, a separação de poderes e os *checks and balances* institucionais, os *checks* verticais da sociedade, ameaças ao Estado de direito e o *rule of law*, entre outros tantos elementos, constituem a forma e o conteúdo para se pensar e incrementar as formas de atuação, coordenação e controle da prerrogativa do executivo e dos modelos de governos democráticos contemporâneos. Nota-se que as temáticas que envolvem essas discussões são altamente sensíveis e as saídas propostas pela via da legitimidade parecem ser insuficientes para sustentar a dimensão do problema. Dessa maneira, para ambos os lados em disputa, ficam evidentes que a moderna democracia constitucional demonstra-se inadequada para confrontar e superar o problema da emergência. Não há desse modo evidente e mágica saída, capaz de solucionar as tensões produzidas pela prerrogativa do executivo e a manutenção do constitucionalismo liberal.

Bibliografia

- Agamben, Giorgio. 2002. *Homo Sacer: O Poder Soberano e a Vida Nua I*. Ed. UFMG.
- Agamben, Giorgio. 2004. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo.
- Aristóteles. 1998. *Política*. Lisboa: Veja.
- Arnhart, Larry. 1979. “‘The God-Like Prince’: John Locke Executive Prerogative, and the American Presidency” *Presidential Studies Quarterly*, Vol. 9, No. 2: 121–30.
- Bailey, Jeremy David. 2004. “Executive Prerogative and the ‘Good Officer’ in Thomas Jefferson’s Letter to John B. Colvin.” *Presidential Studies Quarterly* 34 (4): 732–54.
- Casson, Douglas. 2008. “Emergency Judgment: Carl Schmitt, John Locke, and the Paradox of Prerogative.” *Politics & Policy* 36 (6): 944–71.
- Corbett, Ross J. 2006. “The Extraconstitutionality of Lockean Prerogative.” *Review of Politics* 68 (3): 428.
- Dyzenhaus, David. 2006. *The Constitution of Law Legality in a Time of Emergency*. Cambridge: Cambridge University Press.
<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=174473>.
- Fatovic, Clement. 2004a. “Constitutionalism and Contingency: Locke’s Theory of Prerogative.” *History of Political Thought* 25 (2): 276–97.
- . 2004b. “Constitutionalism and Presidential Prerogative: Jeffersonian and Hamiltonian Perspectives.” *American Journal of Political Science* 48 (3): 429–44.
- . 2009. “Settled Law in Unsettling Times: A Lockean View of the War on Terror.” *The Good Society* 18 (2): 14–19. doi:10.1353/gso.0.0073.
- . 2013. “Blurring the Lines: The Continuities Between Executive Power and Prerogative.” *Md. L. Rev.* 73: 15.
- Fatovic, Clement and Benjamin A. Kleinerman (eds). 2013. *Extra-legal power and legitimacy: perspectives on prerogative*. Oxford University Press. N.Y.
- Kleinerman, Benjamin. 2012. “The Madisonian Constitution: Rightly Understood.” *Tex. L. Rev.* 90: 943–1891.
- . 2007. “Can the Prince Really Be Tamed? Executive Prerogative, Popular Apathy, and the Constitutional Frame in Locke’s Second Treatise.” *American Political Science Review* 101 (02): 209–22.
- Lazar, Nomi Claire. 2009. *States of Emergency in Liberal Democracies*. Cambridge; New York: Cambridge University Press. <http://site.ebrary.com/id/10329797>.
- Lima, Rodolfo de Camargo. 2014. “Perspectives on the Executive Prerogative: A Brief Introduction to Discussions and Disputes in the American Literature.” In

IV Seminário Discente Do Programa de Pós-Graduação Em Ciência Política.
<http://www.sistemas.fflch.usp.br/ocspkp/sdpscp/IVsem/paper/view/172>.

Locke, John. 1980. "Second Treatise of Government".
Hackett Publishing Company, Inc. Indianapolis, Cambridge (published in 1690).

———.Chap. XIV: "Of Prerogative", In *Second Treatise of Government*.

Manin, Bernard. 2008. "The Emergency Paradigm and the New Terrorism." *Les Usages de La Sparation Des Pouvoirs-The Uses of the Separation of Powers, Paris: Michel Houdiard*. <http://as.nyu.edu/docs/IO/2792/emerg.pdf>.

Mansfield, Harvey. 2011. "Book Review - The Executive Unbound - By Eric A. Posner and Adrian Vermeule." *The New York Times*, March 11, sec. Books / Sunday Book Review. <http://www.nytimes.com/2011/03/13/books/review/book-review-the-executive-unbound-by-eric-a-posner-and-adrian-vermeule.html>.

Mansfield, Harvey C., Jr. 1987. "The Modern Doctrine of Executive Power"
Presidential Studies Quarterly, Vol. 17, No. 2: 237–52.

Mattie, Sean. 2005. "Prerogative and the Rule of Law in John Locke and the Lincoln Presidency." *The Review of Politics* 67 (01): 77–112.

Pasquino, Pasquale. 1998. "Locke on King's Prerogative" *Political Theory*, Vol. 26, No. 2 (April): 198–208.

Posner, Eric A. Adrian Vermule. 2010. *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*. Oxford University Press.

Rakove, Jack N. 2007. "Taking the Prerogative out of the Presidency: An Originalist Perspective." *Presidential Studies Quarterly* 37 (1): 85–100.

Rivera, Jose Antonio Aguilar. 2000. *En Pos de La Quimera. Cap. 2*. Mexico: Fonda de Cultura Economica.

Schlesinger, Arthur Meier Jr. 2004. *The Imperial Presidency*. Kobo E-Book. A Mariner Book, Houghton Mifflin Company, Boston. New York.

Shane, Peter M. 2009. *Madison's Nightmare: How Executive Power Threatens American Democracy*. Chicago ; London: University of Chicago Press.

Sorenson, Leonard R. 1989. "The Federalist Papers on The Constitutionality of Executive Prerogative" *Presidential Studies Quarterly*, Vol. 19, No. 2: 267–83.

Thomas, George. 2000. "As Far as Republican Principles Will Admit: Presidential Prerogative and Constitutional Government." *Presidential Studies Quarterly* 30 (3): 534–52.

Trimble, Phillip R. 1992. "Executive Prerogative." In *Encyclopedia of the American Constitution, Ed. by Leonard W. Levy and Kenneth L. Karst, 2nd Ed.*, p. 949-52.

- Ward, Lee. 2005. "Locke on Executive Power and Liberal Constitutionalism." *Canadian Journal of Political Science* 38 (3): 719.
- Weaver, David R. 1997. "Leadership, Locke, and the Federalist" *American Journal of Political Science*, Vol. 41, No. 2 (April): 420–46.
- Yolton, John W. 1993. "Prerogative." In *A Locke Dictionary*, 174–75. The Blackwell Philosopher Dictionaries.
- Zizek, Slavoj. 2012. "Contra os Direitos Humanos". Acesso: <http://boitempoeditorial.files.wordpress.com/2011/05/slavoj-zizek-contra-os-direitos-humanos.pdf>.