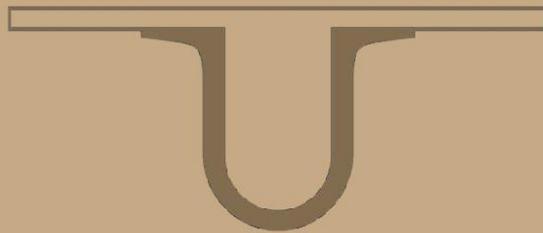




UNIVERSIDADE D  
COIMBRA



Jardel Mendonça Santana Marquez

**ENTRE O MESSIANISMO, A SOCIEDADE E A MORALIDADE**  
O PROBLEMA DO SENTIDO DO DIREITO NO EXCEPCIONALISMO  
CONTEMPORÂNEO E SUAS POSSÍVEIS PROJEÇÕES  
METODOLÓGICAS NOS DISCURSOS DE GIORGIO AGAMBEN,  
RICHARD POSNER E DAVID DYZENHAUS

Dissertação no âmbito do Programa de Mestrado Científico em Direito, na área de  
concentração em Ciências Jurídico-Filosóficas, orientada pelo Professor Doutor José  
Manuel Aroso Linhares e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de  
Coimbra

Maio de 2019



FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Jardel Mendonça Santana Marquez

**ENTRE O MESSIANISMO, A SOCIEDADE E A MORALIDADE**  
**O problema do sentido do direito no excepcionalismo contemporâneo e**  
**suas possíveis projeções metodológicas nos discursos de Giorgio**  
**Agamben, Richard Posner e David Dyzenhaus**

***BETWEEN MESSIANISM, SOCIETY AND MORALITY***  
***The problem of the sense of law in contemporary exceptionalism and its***  
***possible methodological projections in the speeches of Giorgio Agamben,***  
***Richard Posner and David Dyzenhaus***

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do  
2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização  
em Ciências Jurídico-Filosóficas

**Orientador: Professor Doutor José Manuel AROSO LINHARES**

**COIMBRA**

**Maio-2019**

À Geisha, minha eterna esposa, pelo amor e exclusiva entrega a mim e aos meus estudos durante todo o percurso do mestrado, serei eternamente grato.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente a Deus, por ter proporcionado saúde, motivação e necessária inspiração durante esta trajetória.

Aos meus mestres e professores do primeiro ano do curso de mestrado, em especial ao meu orientador, Professor Doutor José Manuel Aroso Linhares, e à Professora Doutora Ana Margarida Simões Gaudêncio.

À Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso que, no exercício de suas missões mais essenciais, transforma vidas e nos convoca à evolução pessoal, auxiliando-nos a desenvolver as mais nobres qualidades do espírito.

Mais uma vez, à minha esposa pela paciência e pelos diversos momentos de alegria a mim proporcionados.

Aos meus pais, não somente pelo dom da vida, mas por nunca terem medido esforços para nos oferecer educação e cultura de qualidade.

*A afirmação monstruosa do governo totalitário é que, longe de ser 'ilegal', recorre à fonte de autoridade da qual as leis positivas recebem a sua legitimidade final; que, longe de ser arbitrário, é mais obediente a essas forças sobre-humanas que qualquer governo jamais foi; e que longe de exercer o seu poder no interesse de um homem só, está perfeitamente disposto a sacrificar os interesses imediatos e vitais de todos à execução do que supõe ser a lei da História ou a lei da Natureza. (ARENDDT, 1989, p. 513)*

*O sistema jurídico nestes termos pensado se revela afinal e paradoxalmente uma entidade sem direito. Pois se o direito é inconcebível sem a sua referente polarização nas pessoas, enquanto sujeitos de direito, sujeitos de direitos e sujeitos do próprio direito – o direito só tem sentido pelas pessoas e para as pessoas. (CASTANHEIRA NEVES, 2007, p. 31)*

*São os valores e princípios pressupostos a essa mesma positividade, e assim numa autotranscendência de sentido que antes a prática reconhece os seus fundamentos de validade. Podemos falar, sem contradição, de um absoluto histórico. É este o fundamento e o sentido que não obstante ao homem indisponivelmente vincula. (CASTANHEIRA NEVES, 2012, p. 69-70)*

## EXPLICAÇÕES PRÉVIAS

A presente investigação constitui a dissertação de mestrado científico desenvolvida para o Curso de Mestrado Científico em Direito (Menção em Ciências Jurídico-Filosóficas), organizado pela Universidade de Coimbra (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra).

Este trabalho foi desenvolvido sob a orientação do Professor Doutor José Manuel AROSO LINHARES, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, estando inserida na área de concentração das *Ciências Jurídico-Filosóficas*, sem prejuízo de se alcançar, apenas de modo acessório, uma abordagem multidisciplinar, principalmente ante a necessária correlação que o tema-objeto de investigação possui com os ramos do Direito Constitucional, do Direito Penal e Processual Penal.

A linguagem adotada em todo o percurso do texto segue as regras ortográficas do português do Brasil, conforme permitido pela coordenação do Programa de Mestrado. Da mesma forma, a padronização metodológica possui respaldo direto nos critérios estabelecidos pela ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas, bem assim no Regulamento de Identificação Visual da Universidade de Coimbra.

A constatação de pontuais divergências que ocorreram em relação aos critérios padronizados pela ABNT se deve à necessidade de obediência às linhas orientadoras para elaboração da dissertação de mestrado regulamentadas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Em especial, o específico padrão de formatação dos elementos pré-textuais: capa, folha de rosto, bem assim dos elementos de paginação e do quantitativo máximo de caracteres constantes do corpo do texto obedecem ao regulamento da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Quanto às referências bibliográficas das decisões judiciais estrangeiras pesquisadas, buscou-se, em alinhamento às próprias normas da ABNT, fazê-las constar do elemento pós-textual referências, indicando o país em que as decisões foram proferidas, o Órgão julgador, o número do processo, o ano da decisão, bem como o endereço eletrônico do sítio para localização do inteiro teor dos casos julgados.

## RESUMO

O presente estudo propôs investigar o percurso divergente entre os pensamentos do desconstrutivismo de Giorgio Agamben, do pragmatismo interdisciplinar de Richard Posner e do anti-positivismo de David Dyzenhaus no que se refere ao problema do sentido do direito nas situações de emergência, confrontando cada uma dessas respostas contemporâneas com o problema da autonomia do direito no mundo pós-paradigma, quando não sem paradigmas, em que vivemos, tanto nas exigências filosóficas do problema investigado, quanto em suas possíveis projeções metodológicas. Os métodos principais e auxiliares utilizados para a pesquisa jurídica foram, respectivamente, o dialógico-dialético e o da pesquisa bibliográfica por referências teóricas já publicadas. Para tanto, o trabalho foi dividido em três principais partes. Na primeira delas, apontou-se, a partir do positivismo absolutista de Hobbes até a resposta do realismo decisionista de Schmitt, alguns equívocos que denunciaram a incapacidade dessas respostas de constituir um sentido valorativo ao problema do excepcionalismo clássico. Depois, investigou-se, apontando-se os principais pontos de divergências entre os três pensamentos dialogantes, as possíveis causas do estado de emergência, o sentido, em si, do problema da emergência, bem assim as respostas sobre o problema específico do sentido do direito nessas situações. Na terceira parte, foi o próprio caráter dialético desse percurso que nos instigou a buscar constituir, principalmente a partir dos contributos da filosofia prática jurisprudencialista, as possibilidades filosóficas e metodológicas de uma possível resposta não positivista, genuinamente jurídica e mais humana para o problema do sentido do direito no excepcionalismo contemporâneo. A conclusão foi pela contemporânea possibilidade de se reconstituir o sentido dos pressupostos teóricos do excepcionalismo clássico sem qualquer redução do jurídico às exigências do messianismo, da sociedade e da moralidade, ainda que se trate de tempos emergenciais.

**Palavras-chave:** Excepcionalismo. Messianismo. Pragmatismo. Anti-positivismo. Jurisprudencialismo.

## ABSTRACT

The present study proposed to investigate the divergent course between the thoughts of the deconstructivism of Giorgio Agamben, the interdisciplinary pragmatism of Richard Posner and the anti-positivism of David Dyzenhaus with regard to the problem of the sense of law in emergency situations, confronting each one of these contemporary responses to the problem of the autonomy of law in the post-paradigm world, or no paradigm, in which we live, both in the philosophical demands of the investigated problem and in its possible methodological projections. The main and auxiliary methods used for juridical research were, respectively, the dialectical and the bibliographic research by theoretical references published. For that, the work was divided into three main parts. In the first one, it was pointed out, from Hobbes's absolutist positivism to the answer to Schmitt's decision-making realism, some misconceptions that denounced the inability of these answers to constitute an evaluative sense to the problem of classical exceptionalism. Then, we point out the main points of divergence between the three dialoguing thoughts, in order to reach the possible causes of the state of emergency, the meaning of the emergency problem itself, as well as the answers about the specific problem of the sense of law in these situations. In the third part, it was the very dialectical character of this course that instigated us to seek to build, mainly from the contributions of jurisprudentialist practical philosophy, the philosophical and methodological demands of a possible non positivist, genuinely juridical and more human response to the problem of the sense of law in contemporary exceptionalism. The conclusion was the contemporary possibility of reconstructing the sense of the theoretical presuppositions of classical exceptionalism without any reduction of the law to the demands of messianism, society and morality, even in the case of emergency times.

**Key-words:** Exceptionalism. Messianism. Pragmatism. Anti-positivism. Jurisprudencialism.

## LISTA DE CASOS

### UNITED KINGDOM HOUSE OF LORDS

*Rex v. Halliday*, AC 260, may, 1917.

*Liversidge v. Anderson*, AC 206, 1942.

### UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF ILLINOIS

*Alliance to end repression v. City of Chicago*, 561 F. Supp. 537, apr. 1982.

### UNITED STATES DISTRICT OF CALIFORNIA

*Perez v. Sharp*, L.A. n° 20305, oct. 1948.

### UNITED STATES SUPREME COURT

*Mitchell v. Harmony*, 54 U.S. 115, n° 24, dec. 1851.

*Raymond v. Thomas*, 91 U.S. 712, 1875.

*Moyer v. Peabody*, 212 U.S. 78, n° 55, jan. 1909.

*Block v. Hirsch*, 256 U.S. 135, n° 640, apr. 1921.

*Ozawa v. United States*, 260 U.S. 178, n° 1, nov. 1922.

*Chastleton Corp v. Sinclair*, 264 U.S. 543, n° 467, apr. 1924.

*Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81, n° 870, jun. 1943.

*Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, n° 22, dec. 1944.

*United States v. Russel*, 411 U.S. 423, n° 71-1585, apr. 1973.

*Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557, n° 05-184, jun. 2006.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
<b>1 O SENTIDO GERAL DO EXCEPCIONALISMO CLÁSSICO: DE HOBBS A SCHMITT.....</b>	<b>17</b>
<b>2 O DESCONSTRUTIVISMO DE AGAMBEN E O ESTADO DE EXCEÇÃO COMO PARADIGMA DE GOVERNO.....</b>	<b>29</b>
<b>2.1 As possíveis causas do estado de exceção.....</b>	<b>29</b>
2.1.1 <i>A reconstrução ahistórica da biopolítica do poder de Foucault.....</i>	<i>30</i>
2.1.2 <i>A crise de legalidade e o diálogo divergente com Schmitt.....</i>	<i>35</i>
<b>2.2 As tentativas de busca pelo sentido do estado de exceção.....</b>	<b>38</b>
<b>2.3 A resposta-revolução messiânica e as sucessivas rejeições do direito.....</b>	<b>49</b>
<b>3 O PRAGMATISMO INTERDISCIPLINAR DE POSNER EM TEMPOS DE EMERGÊNCIA.....</b>	<b>63</b>
<b>3.1 O securitarismo. O realismo jurídico de Holmes e a jurisprudência sociológica de Pound.....</b>	<b>63</b>
<b>3.2 Da maximização da riqueza ao <i>pragmatic turn</i>/giro pragmático: do utilitarismo de Bentham ao pragmatismo de Posner.....</b>	<b>66</b>
<b>3.3 A crise do constitucionalismo como causa da emergência constitucional.....</b>	<b>73</b>
<b>3.4 O estado de emergência enquanto questão de fato: um legado de Holmes (?)..</b>	<b>76</b>
<b>3.5 O pragmatismo interdisciplinar como resposta ao problema do estado de emergência.....</b>	<b>82</b>
3.5.1 <i>O regresso ao decisionismo de Schmitt e a judicial self-restraint/auto-contenção judicial.....</i>	<i>82</i>
3.5.2 <i>As possíveis projeções metodológicas do pragmatismo nas emergências.....</i>	<i>88</i>
3.5.3 <i>O sentido do direito e o pragmático trade-off/troca entre as liberdades civis e a segurança pública.....</i>	<i>92</i>
<b>4 O ANTI-POSITIVISMO DE DYZENHAUS E O <i>RULE OF LAW PROJECT</i>/O PROJETO DO ESTADO DE DIREITO.....</b>	<b>99</b>
<b>4.1 As críticas aos positivismo de Hart e Dicey: as possíveis causas do problema do estado de exceção.....</b>	<b>100</b>
<b>4.2 O estado de emergência entre os <i>black holes</i>/buracos negros, <i>grey holes</i>/buracos cinzas e os <i>fundamental cases</i>/casos fundamentais.....</b>	<b>106</b>

<b>4.3 O <i>rule of law project</i>: a cooperação institucional de funções e os princípios de moralidade substantiva.....</b>	<b>113</b>
4.3.1 <i>A releitura moral do estado de natureza de Hobbes: os princípios da legality/legalidade e o juiz weatherman/meteorológico.....</i>	115
4.3.2 <i>Os princípios de moralidade imanente ao direito: os legados do rule of law de Fuller e Trevor Allan e a aproximação com Dworkin.....</i>	118
<b>4.4 Dyzenhaus e o confronto positivismo excludentes versus positivismo includentes: uma reabilitação jusnaturalista (?) .....</b>	<b>127</b>
<b>5 UMA TENTATIVA DE RESPOSTA NÃO POSITIVISTA A PARTIR DAS POSSIBILIDADES DO JURISPRUDENCIALISMO.....</b>	<b>135</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>146</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>155</b>

## INTRODUÇÃO

Para além da decretação do estado de exceção em situações, efetivamente, excepcionais, tem, o Estado, invocado, estrategicamente, emergências mediante sucessivas tentativas de estabilizar eventos excepcionais pela positivação. Tratam-se de tentativas de justificar as emergências que suprimem garantias fundamentais e abrem espaço para a expansão de um direito cada vez mais securitário, não sendo, de jeito algum, recentes, porque se nos limitarmos somente ao período posterior à segunda guerra mundial já se passaram inúmeras décadas em que há constante incorporação desses instrumentos legislativos pelo direito.

Foram justamente as atrocidades causadas pelo positivismo jurídico durante as guerras mundiais, com especial destaque para o modelo de estado de exceção instituído pela ideologia nazista, capitaneada pelo regime nacional-socialista, pretendendo a eliminação das pessoas, que se refletiram, com alguma máscara de formalismo, no arquétipo emergencial das respostas do legislativo e executivo norte-americanos após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, tendo sido posteriormente incorporadas por diversos instrumentos legislativos da União Européia.

A temática sobre a emergência não se limitou ao terrorismo, aos dogmas do fundamentalismo islâmico ou a qualquer lista exaustiva de emergências contemporâneas. Tendo absorvido a ideia de uma verdadeira pluralidade de exceções, adquiriu novos contornos na comunidade jurídica internacional, instigando respostas que, ao dissertarem sobre as possibilidades do direito nas situações de emergências, fizeram resgatar o modelo decisionista sobre o estado de exceção instituído por Carl Schmitt que desafiou as respostas teórico-liberais sobre o excepcionalismo, construindo uma teoria política focada na importância do caso excepcional para denunciar a incapacidade de qualquer componente substancial da ordem jurídica positivada frente às situações excepcionais.

Na conjuntura contemporânea do excepcionalismo, intitularam-se de práticas as tentativas de respostas ao desafio de Schmitt ao liberalismo, seja para sucumbirem ao realismo decisionista de Schmitt, seja para integralmente rejeitá-lo em seus momentos filosóficos e metodológicos. Desde já, o debate divergente que se buscará estabelecer entre essas respostas não se situará nas polaridades extremas do decisionismo e

legalismo, tal qual tem ocorrido com as respostas contemporâneas sobre o problema da emergência na comunidade jurídica norte-americana, tornando-se imperioso reconhecer que há um novo mundo com respostas plurais entre os extremos do legalismo e do decisionismo.

Ultrapassada as etapas de justificação e delimitação da temática, tem-se que o sentido do direito nas situações de emergências e os seus possíveis desdobramentos metodológicos é o problema que nos interpela. Com o fim de conferirmos uma possível resposta ao problema-objeto da investigação, os métodos de abordagem e procedimento utilizados serão, respectivamente, o dialógico-dialético e o de referenciais teóricos já publicados. O caminho (objetivos gerais) que o trabalho buscará percorrer é o de, sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, dialogar, de forma crítica e problemática, as respostas intransigíveis do desconstrutivismo de Agamben, do pragmatismo jurídico de Posner e do anti-positivismo de Dyzenhaus sobre as exigências do direito no excepcionalismo contemporâneo, confrontando cada uma das respostas com o problema da autonomia do direito.

Pretenderemos, enquanto *modus* de distribuição temática (objetivos específicos) dos componentes de cada uma das concepções, aproximarmos do arquétipo já desenvolvido por Schmitt que, desde o início, conferiu tratamento para a exceção em fenômenos distintos: o sentido do evento excepcional e a resposta a esse evento, sem deixarmos de investigar as possíveis causas, filosóficas ou metodológicas, do problema da emergência em cada resposta. O objetivo final será o de buscar qual o sentido do direito nas situações emergenciais, considerando-o em sua específica autonomia material.

Tratando-se de trabalho monográfico que pretenda ser científico e não de mera compilação, formularemos, ao fim, nossas próprias teses, valendo-nos, principalmente, dos contributos do jurisprudencialismo de Castanheira Neves, Aroso Linhares e Pinto Bronze, assumindo uma posição crítica da razão teórica do problema do sentido do direito no estado de emergência - que não será a posição de nenhuma dessas tentativas que entre si dialogam – mas aquela que recuse, mesmo nos eventos excepcionais, qualquer instrumentalização do jurídico ao religioso, ao social e ao problema moral.

Para tanto, serão traçadas apenas as linhas gerais do sentido do excepcionalismo clássico, com menção às razões de origens contratualistas do excepcionalismo absolutista de Hobbes até ao desafio de Schmitt ao liberalismo, buscando-se apontar algumas falhas das concepções teóricas, bem assim avisar quanto aos possíveis equívocos e paradoxos no realismo decisionista de Schmitt, passíveis de condená-lo à ausência de desenvolvimentos metodológicos capazes de sustentar a crítica que faz ao sistema jurídico do positivismo.

Em sequência, na resposta desconstrutivista de Agamben, veremos que, principalmente a partir das influências da teoria crítica de Foucault e Benjamin, ocorrerá o regresso ao messianismo, num ideal de emancipação de sentido predominantemente filosófico com o direito e com os correlatos dualismos de sentido teórico entre normalidade e exceção e entre liberdade e segurança. A busca pelas causas do estado de exceção se baseará num conjunto de fenômenos políticos e jurídicos, mas que convergirão, ora na crise de legalidade a que o Autor não nos fornece precisa definição, ora nas remissões à teoria de Foucault sobre a biopolítica de governo.

Quanto ao estado de exceção em si, Agamben se utilizará de analogias e paradoxos conectados a entendimentos de outros filósofos políticos para remeter o problema do estado de exceção a uma zona de indistinção entre o político e o jurídico. Enquanto solução para o problema da permanência da referida indistinção, apontará, sem otimismo, para uma resposta-revolução a partir da qual poderemos identificar a expressão mais evidente de que o pensamento do jurisfilósofo, ao negar a história como *locus* de inserção do homem e do direito, aproximar-se-á do pensamento filosófico de viés pós-estruturalista e, também, de cariz pós-moderno.

Num contexto histórico mais recente sobre os poderes de emergência, enquanto Agamben identificará as medidas “excepcionais” adotadas pelo governo norte-americano após os atentados terroristas de 11 de setembro com o sentido biopolítico do estado de exceção, a defesa das referidas medidas será, no pensamento de Posner, sustentada pelo pragmatismo jurídico que, ao mesmo tempo, sucumbirá ao desafio de Schmitt e recusará a concepção de que a redução dos direitos e garantias fundamentais persistam após as emergências, ocasionando numa sucessão de emergências nacionais a culminar em tirania.

É mesmo sobre a influência desses influxos securitários, cuja expressão mais evidente será, por Posner, identificada com os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, que o Autor trará a lume a concepção, em *Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency* (2006), segundo a qual se trata de obra que disserta sobre a relação de implicação direta da excessiva proteção de direitos constitucionais e a preocupação do governo com a proteção da segurança nacional dos Estados Unidos em resposta aos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001.

Tendo como referência a abordagem pragmática posneriana do *trade-off* entre os benefícios da segurança pública e as liberdades individuais, a qual, recorrentemente, fará referência em seu percurso, Posner publicou outras obras relacionadas ao combate e prevenção das crises e emergências, elegendo a teoria da adjudicação pragmática enquanto justificativa metodológica de uma área aberta que permitirá a flexibilização dos materiais legislativos e jurídicos na decisão judicial em tempos de emergência, mantendo-se, contudo, o pressuposto de origem liberal da rígida cisão entre eventos normais e emergenciais e, via de consequência, entre os casos fáceis ou normais e os casos excepcionais, duros ou não rotineiros.

Veremos, em Dyzenhaus, uma resposta de cariz predominantemente metodológico para o sentido do direito no estado de emergência que, oposta às outras duas e se assumindo anti-positivista, rejeitará a proposta decisionista de Schmitt através de um discurso jurídicista contemporâneo que recusa a facultatividade do *rule of law* em tempos emergenciais - tal qual ocorreu na sequência das medidas assumidas pelo executivo e judiciário americanos no pós 11 de setembro de 2001 - na defesa de um modelo de projeto substancial do estado de direito pautado na suficiência dos princípios inerentes ao direito, tidos como recursos morais suficientes para responder a todas as situações, num *continuum* entre normalidade e exceção que conduzirá, a partir desses mesmos princípios, à correlata indistinção entre os casos normais e excepcionais.

Nessa linha de raciocínio, em Dyzenhaus, haverá constante convocação-*reconstituição* da concepção dos princípios do estado de natureza de Hobbes e dos princípios da moralidade inerente ao direito de Fuller com a pretensão de se afastar dos perigos de uma concepção formal do direito nas emergências que se serviria do direito positivado para cobrir abusos de constante incidência nos períodos emergenciais em que, costumeiramente, decide-se sem o direito.

Numa última etapa do nosso percurso, buscaremos, a partir de um juízo de rejeição sucessiva das respostas que se intitularam de práticas, responder ao problema-objeto da investigação através da pergunta fundamental sobre se é possível conferir um sentido prático ao direito no estado de emergência, recusando a dicotomia normalidade-exceção e o correlato dualismo que defende a cisão entre casos normais e excepcionais, a partir de uma perspectiva interna e materialmente autônoma, sem que haja qualquer redução das possibilidades do jurídico às exigências da sociedade, da ideológica revolução messiânica ou da moralidade.

Tendo como prioridade o pensamento do jurisprudencialismo de Castanheira Neves, Aroso Linhares e Pinto Bronze, a tentativa será a de propor, crítica e conclusivamente, um sentido ao direito com identidade material inconfundível para as situações de emergência. Nesse último viés, as correlações entre o direito e o processo ideológico-revolucionário; direito e intenções sócio-políticas e direito e moralidade, nos fará refletir sobre o que há de jurídico, de político e moral nas situações de emergência, bem como refletir sobre a possibilidade de fornecermos uma resposta *genuinamente* jurídica e mais humana ao problema que nos interpela.

Metodologicamente, tendo como ponto de partida a novidade do caso concreto, o objetivo será o de adotar uma concepção de sistema jurídico aberto e em permanente constituição que, tendo como referência última princípios (jurídicos!) que não se reduzam aos direitos, tampouco aceitem serem negociados ou diminuídos pelas *policies* da segurança (pública!), buscará conferir tratamento jurídico unívoco ao problema da lei injusta, aos casos fáceis-normais e aos casos difíceis-excepcionais, num *continuum* entre normalidade e excepcionalidade que rejeitará o sentido teórico do binômio liberdade-segurança nas emergências - com a prevalência a *priori* da segurança em detrimento da liberdade - em prol de um sentido verdadeiramente prático de liberdade.

## 1 SENTIDO GERAL DO EXCEPCIONALISMO CLÁSSICO: DE HOBBS A SCHIMITT

Na teoria política clássica, o excepcionalismo ou a “estrutura dos poderes de emergência” (FEREJOHN; PASQUINO, 2004, p. 221, tradução nossa) é comumente tratado com referência à dicotomia entre normalidade e exceção, numa visão de que as normas aplicam-se apenas às situações intituladas como normais e que, numa crise real, o exercício de poderes emergenciais sem referência a qualquer padrão normativo não violaria os direitos e o estado de direito (LAZAR, 2009, p. 3), haja vista que as normas jurídicas, não obstante possuam vigência e formal validade, não teriam aplicabilidade em tais circunstâncias.

Em outras variações, a começar por aquela atrelada à teoria constitucional, há quem entenda que o termo excepcionalismo é utilizado, no contexto das emergências, para indicar uma medida política adotada que se desvia de certos padrões constitucionais normais, tornando-se, então, constitucionalmente inadequada, de modo que a dicotomia norma-exceção refletiria o binário constitucional-anti-constitucional (POOLE, 2008, p. 2). Houve, também, quem aproximou a concepção dos “*language-games*” de Wittgenstein do sentido da emergência, a identificar que ela deveria ser pensada não como uma palavra isolada, mas como uma família de conceitos que possuem afinidades entre si (LAZAR, 2009, p. 7).

Por certo, não há nas teorias tradicionais sobre a emergência, tampouco nas respostas contemporâneas a serem dialogadas, qualquer unanimidade quanto ao sentido em si desses eventos emergenciais, que não se reduzem à mera ameaça imediata e contingencial, mas que, certamente, tem encontrado na política, quando não na sociologia, variados sentidos para o problema da emergência, conduzindo, em coerência com esses sentidos encontrados, a respostas não propriamente jurídicas para o referido problema.

Utilizando-nos, em sentido analógico, da crítica de Castanheira Neves ao problema das lacunas jurídicas enquanto herança positivista<sup>1</sup>, seria possível

---

<sup>1</sup> Auxilia-nos o jurisprudencialismo de Castanheira Neves com a explicação de que o conceito de lacuna jurídica teria surgido a serviço do positivismo jurídico, numa certa ilusão de que todo o direito estaria contido sem lacunas, as quais seriam “incompatíveis com a racionalidade lógica postulada pelo normativismo” (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 55-56).

afirmarmos, desde agora, que o excepcionalismo, tradicionalmente, constituiu-se de um problema criado ao interesse e a serviço da própria concepção do positivismo jurídico que, limitada à pressuposição de que todo o direito estaria contido em normas, não conseguia responder aos novos e excepcionais problemas que surgiam, transferindo para a política, enquanto herói externo, a responsabilidade de conferir solução para o problema da emergência. Surgiria, dessa forma, uma possibilidade de excepcionalismo que revelaria sempre um problema referente ao ilimitado exercício de poder por alguma autoridade designada (LAZAR, 2009, p. 22) que nem mesmo a proposta amoral de Schmitt teria sido capaz de resolver.

Para a efetiva compreensão das respostas sobre o sentido do direito nas emergências, principalmente no mundo pós 11 de setembro de 2001, o que viemos sugerir foi o prévio entendimento, ainda que de modo distinto das conclusões a que teria chegado Schmitt, de que mesmo que a razão teórica do liberalismo tenha sido incapaz de se contrapor, totalmente, à resposta do excepcionalismo soberano, tanto esta quanto aquela apresentam, como núcleo comum, o objetivo de restaurar a normalidade, retornando ao *status quo* que precedeu a emergência, porque reconhecem a existência de uma cisão entre normalidade e excepcionalidade, sustentada, de um lado, por um mecanismo temporal que pressupõe que a emergência é sempre transitória e, por outro, de um mecanismo espacial que institui o dogma da impossibilidade de institucionalização pelo direito-lei das medidas políticas adotadas em situações excepcionais (GROSS; NÍ AOLÁIN, 2006, p. 174-204).

O discurso liberal é marcado por profundas contradições em se proteger a liberdade a partir da sua própria negação-suspensão, opondo a liberdade à segurança a assumir uma falsa noção de equilíbrio em que sem o *a priori* da segurança não poderia haver liberdade. Encontra-se, nesse mesmo sentido, a crítica feita por Dyzenhaus (2008, p. 2005), segundo a qual, nesses discursos, as situações excepcionais são trazidas para dentro do próprio direito que, paradoxalmente, é utilizado contra ele próprio para suspender sua própria operação.

No excepcionalismo soberano de Hobbes, a figura do estado de emergência é refletida na concepção do estado de natureza em que a condição do homem, natural e permanentemente, é uma condição de guerra de todos contra todos na qual cada homem é governado por sua própria razão. No estado de natureza o homem tem direito a todas

as coisas incluindo o direito pelos corpos dos outros, de modo que, enquanto permanecesse nessa condição, nenhum homem alcançaria, por mais forte e sábio que fosse, a segurança de viver em paz ou a própria paz enquanto primeira e fundamental lei da natureza na filosofia hobbesiana (HOBBS, 1998, p. 86-87). Nesse caos, a liberdade não seria ainda a liberdade convencional, negativa e formal que instituirá limites à ação estatal, mas uma liberdade natural que se identificaria pela ausência de qualquer movimento ou oposição física (HOBBS, 1998, p. 139).

Pela própria natureza dos homens, seria inviável, no estado de natureza, qualquer pactuação entre os homens em prol da segurança pois, enquanto juízes de si mesmos, qualquer descumprimento ao pacto o levaria à nulidade (HOBBS, 1998, p. 91). Também não seria o bastante, com o fim de garantir uma permanente segurança, que fossem governados por uma resposta imediata e única somente durante o evento emergencial, tal qual ocorria em batalhas e guerras, haja vista que, por mais que com ela se derrotasse o inimigo, tratar-se-ia de um triunfo apenas temporário pois os homens, em suas diferenças de interesses, desuniriam-se, retornando ao estado de guerra (HOBBS, 1998, p. 112).

Eis uma concepção de emergência que, sendo permanente, denuncia qualquer defesa de mecanismos temporais ou espaciais que tentem justificá-la e parece acusar como inadequada a utilização do termo *exceção* enquanto possível denominação para os eventos emergenciais. Mas a concepção de um poder comum que estivesse situado acima dos pactuantes, com direito e força suficiente para impor o seu cumprimento, não incorreria em qualquer mácula (HOBBS, 1998, p. 91), pois haveria destinação das forças dos homens ao poder de um só homem (soberano!) com capacidade para reduzir as diversas vontades à vontade soberana, de modo que todas as vontades restantes pertenceriam ao corpo político dos súditos (HOBBS, 1998, p. 149-153).

É nesse contexto que se operacionalizaria a transição da emergência para a normalidade ou do estado de natureza para um estado artificial civil constituído de cadeias artificiais denominadas de leis civis originadas do pacto social e capazes de conferir, por meio de um exercício de consentimento prévio, legitimidade ao poder soberano que não partilharia qualquer autoridade e concentraria, ilimitadamente e enquanto um comandante não comandado (DYZENHAUS, 1993, p. 371), todos os poderes em si próprio, cabendo a ele decidir entre a guerra e a paz (HOBBS, 1998, p.

119) e aos indivíduos acatarem o seu julgamento como correto ou incorreto enquanto razão definitiva, demonstrando, assim, que, nessa razão excepcionalista, o conteúdo do direito constituiria-se independente de quaisquer considerações de natureza moral (DYZENHAUS, 2000, p. 708).

A transição do estado de natureza para o direito-lei representava uma transição ou movimento temporal da liberdade natural para a liberdade civil (NEAL, 2009, p. 48) dos súditos, enquanto direito transferido pelo consentimento ao soberano, que não se restringiria à liberdade pessoal mas ao direito referente à liberdade de se praticar quaisquer atos da vida civil, sendo por essa razão que Hobbes afirmava que era o consentimento, enquanto expressão da representatividade da vontade de todos, que conferiria poderes ilimitados ao soberano para a elaboração das leis civis (HOBBS, 1998, p. 149), pois a racionalidade última do direito deveria ser a proteção dos direitos do indivíduo indefeso e em guerra.

Tratava-se, já nessa etapa, de uma liberdade condicionada à segurança enquanto componente prioritário do estado civil e que possuía conteúdo contingente, oscilando entre eventos mais ou menos emergenciais, a depender da vontade do soberano que dispunha, através de lei, sobre quais seriam as liberdades em vigor. Em Hobbes, é possível dizer, então, que o sentido contingente da liberdade civil não a tornaria inalcançável, mas, certamente, tendo como pressuposto a emergência do estado de natureza, garantir a liberdade passaria a depender de sua própria negação, aproximando-se de um sentido heterônomo de liberdade enquanto necessidade (NEAL, 2009, p. 44).

Denota-se, enquanto ponto de partida da filosofia de Hobbes e que acaba sendo mantido como fundamento último de seu jusracionalismo, a referência protetiva ao sujeito indefeso no estado de natureza por meio da identidade coletiva que deveria se mobilizar para o proteger. Era, então, o pacto que garantiria segurança nas relações e condicionaria o exercício dos atos da vida civil, como acordo que suprimiria as liberdades em nome da segurança, numa certa concepção de direito-lei que já antecipava o próprio realismo decisionista de Schmitt enquanto etapa que viria a lhe suceder na era pós-iluminista.

Nesse contexto explicativo, é válido dizer que a teoria de Hobbes não se limitava à visão clássica do direito natural enquanto ordem prioritária e independente da

vontade humana, mas, enquanto fundador da filosofia política moderna, Hobbes pensava num direito natural moderno direcionado, prioritariamente, a uma série de direitos e pretensões subjetivas originadas da vontade humana (STRAUSS, 1996, Prefácio), não sendo, o estado de natureza, uma concepção histórica real mas apenas o dispositivo retórico que legitimaria a autoridade do soberano (NEAL, 2009, p. 43). Nessa linha de raciocínio, alerta-nos, Dyzenhaus (1997, p. 17), que uma leitura atenta ao *Leviathan*, não nos permitiria chegar a conclusão de que a resposta positivista de Hobbes para o problema da emergência do estado de natureza era inteiramente absolutista, haja vista que se centrava, em último termo, nos direitos de cada indivíduo desprotegido.

Veja que a própria concepção do direito de resistência em Hobbes nos levaria, ainda que paradoxalmente, à conclusão de que a resposta de Hobbes não era, totalmente, absolutista. Haveria sempre o direito de resistir às prerrogativas essenciais da soberania, não porque se tratavam de direitos que deveriam estar presentes na lei civil, mas em razão dos juramentos das leis da natureza que, se não fossem conhecidas pelos homens, impediriam com que estes pudessem conhecer o direito de qualquer lei que o soberano elaborasse (HOBBS, 1998, p. 223). O paradoxo dessa concepção residiria na possibilidade de se fundamentar o direito de resistir aos atos do soberano que afetassem o direito de sobrevivência (DYZENHAUS, 2012, p. 189-190) a partir das leis da natureza ou em razões morais e, ao mesmo tempo, impor o dever intransigível de que se obedecesse aos comandos do soberano independente de qualquer razão de conteúdo moral (DYZENHAUS, 2012, p. 193-194).

Tal como no excepcionalismo soberano de Hobbes, no contratualismo de John Locke a concepção do sentido da emergência e a respectiva resposta não se situará no plano jurídico, mas no plano político. Se em Hobbes a transição do estado de natureza para o estado artificial civil fez introduzir a idéia positivista de previsibilidade e segurança, a teoria liberal de Locke também criticará, embora num sentido diverso, a arbitrariedade da imprevisibilidade consistente no fato de o sujeito não saber no que se pode confiar<sup>2</sup> (WALDRON, 2016).

---

<sup>2</sup> É ainda Waldron (1989, p. 90, grifo nosso) quem acrescenta que, em Locke, houve necessidade de uma base previsível de autoridade e “*in the absence of any way of ‘operationalizing’ it, would be to undermine all certainty and stability in government [...]*”.

Extrai-se do individualismo contratualista de Locke que se encontrava fundamentado em ideais liberais e democráticos em que “a forma escrita das fontes do direito [...] é [...] pressuposto necessário para o discurso sobre os limites da liberdade” (HASSEMER apud CASTANHEIRA NEVES, 1984, p. 315-316). Nessa ordem de raciocínio, o poder legislativo seria “*the supreme power*” em que só o legislador não o juiz decidiria (CASTANHEIRA NEVES, 2009a, p. 47, grifo do autor). Manteve-se, na filosofia política de Locke, a razão teórica do direito no estado de emergência consubstanciada, agora, no contratualismo que daria origem ao normativismo – que acabaria sendo o *legal-normativismo* - e à corolária compreensão do estado de direito enquanto direito-lei, cujo paradigma instaurado dominaria por mais de três séculos (CASTANHEIRA NEVES, 2009a, p. 45-47).

Em Locke, a transição do estado de natureza para a sociedade política estava fundada na ideia de consentimento (LOCKE, 1988, p. 330-331), de modo que cessaria o estado de guerra entre os que viviam em sociedade quando fossem igualmente submetidos à justa determinação da lei enquanto recurso necessário para reparação do mal sofrido ou para a prevenção do mal futuro (LOCKE, 1988, p. 281). Com outras palavras, se houvesse, no plano terreno, qualquer Tribunal enquanto jurisdição superior para decidir, tendo a lei como norte, entre o direito de um e o de outro jamais os homens permaneceriam em estado de guerra (LOCKE, 1988, p. 282).

Do estado de guerra para a sociedade política haveria a transição da liberdade natural para a liberdade convencional de sentido negativo em que a defesa da liberdade do homem na sociedade não deveria estar edificada sob um *qualquer* poder legislativo, exceto sob o crivo daquele legislativo constituído pelo consentimento da comunidade civil; nem sob o domínio de qualquer vontade ou do constrangimento por uma qualquer lei, exceto por aquela determinada pelo legislativo, em consonância com a confiança nele depositada (LOCKE, 1988, p. 283-284). O contrário dessa concepção de liberdade, ou seja, a liberdade sob autoridade não consentida, equiparava-se à própria condição de escravidão que nada mais representava do que o regresso ao estado de guerra entre o conquistador e o prisioneiro. Para que o caos deixasse de existir, entre estes deveria haver a celebração de um pacto em que um concordasse em ser comandado por um qualquer poder ilimitado (LOCKE, 1988, p. 284-285).

Era, ainda, fundada na própria ideia de consentimento que se inseria a prioridade do poder legislativo no positivismo liberal de Locke, revelando-se supremo justamente em referência ao consentimento do público para a sua formação, permanecendo sagrado e inalterável sob o domínio da própria comunidade que um dia optou por instituí-lo enquanto tal (LOCKE, 1988, p. 355-356). Do poder natural da comunidade civil – aquele correspondente ao que cada homem possuía naturalmente antes de integrar a sociedade – houve transição para o poder legislativo supremo na sociedade política organizada ao qual todos os outros poderes deveriam estar subordinados para que houvesse preservação de vidas. Este poder constituído, posto possuir apenas natureza fiduciária, não impediria, contudo, com que permanecesse no povo o poder supremo para destituir ou alterar os atos legislativos eventualmente contrários à confiança previamente depositada (LOCKE, 1988, p. 365-367).

Nas situações de emergência, todavia, ou quando os poderes legislativos e executivos encontravam-se em domínios distintos, seria o bem comum da sociedade que poderia exigir com que as decisões ficassem a cargo do discernimento e discricionariedade do poder executivo, haja vista que, nas excepcionalidades, o legislativo seria incapaz de prever e prover leis para tudo o que poderia ser útil à comunidade, cabendo ao executor utilizar do poder até que o legislativo restaurasse a ordem, colmatando a omissão, a indeterminação legislativa ou a situação de injustiça que não se encontrava prevista no texto legislado (LOCKE, 1988, p. 374-375). Tratava-se, nesse excepcionalismo liberal, de se deferir ao executivo as decisões em situações emergenciais, assumindo a insuficiência da metodologia de aplicação rígida do texto legislado quando do surgimento das novas e excepcionais situações, reconhecendo, ainda, o necessário exercício de positivação a *posteriori* da solução conferida ao evento emergencial.

Ao exercício discricionário por parte do executivo por ocasião das situações emergenciais deu-se o nome de “*Prerogative*” que poderia ser dirigida até mesmo contra a expressa previsão legal (LOCKE, 1988, p. 375, grifo nosso), frisando-se que o fator que legitimaria essa prerrogativa seria o interesse comunitário que condicionaria, em última instância, a própria responsabilidade do executivo nas emergências (LOCKE, 1988, p. 375-376). Nessa ordem de ideias, o questionamento acerca de eventual tensão ou ilegitimidade da prerrogativa do executivo ainda caberia ao povo que, enquanto

titular do poder soberano, nunca abusaria de suas prerrogativas por ocasião do consentimento expressado para a formulação do texto legislado (LOCKE, 1988, p. 376-377).

Mais uma vez, a prerrogativa do executivo nos eventos excepcionais se apresentava com distinta atuação daquela exercida nos momentos de normalidade pelo poder legislativo. Os poderes legislativos eram exercidos no curso normal dos acontecimentos por uma legislatura representativa e pelo *common law* aplicado pelos Tribunais. Do outro lado, os eventos excepcionais eram respondidos pela teoria da prerrogativa do executivo, cujos atos não se constituíam em leis, uma vez que a prerrogativa seria um poder *extra e contra legem* (PASQUINO, 1998, p. 205; POOLE, 2008, p.3).

Veja que o dualismo normalidade-exceção de Locke apresentava, enquanto corolários, uma série de facetas polarizadas ou justaposições, sendo: lei *versus* prerrogativa; regras estruturadas pelo legislativo *versus* poder sem forma (POOLE, 2008, p.4); relações políticas ordinárias face aos ímpetos de violência (ARENDRT, 2011, p. 36-37); a ideia de poder discricionário e irracional do príncipe moderno face a relação de confiança do povo na elaboração legislativa e legítima de um “*constitutional rationalism*” (PASQUINO, 1998, p. 205).

Ainda com Poole (2008, p. 4), no que dizia respeito às emergências, a formulação da teoria da prerrogativa era traduzida num verdadeiro rompimento com o *rule of law* a revelar o momento político autêntico da decisão. Inobstante haja quem insista que, ao contrário de Schmitt, a intenção de Locke, quanto ao julgamento prudencial e extralegal do executivo, seria a de preservar, enquanto estáveis, a liberdade e segurança dos súditos (CASSON, 2008, p. 953), é possível dizer que a ideia de prerrogativa fez acentuar, ainda mais, a contingência decisória do aspecto político das decisões em que a segurança prevaleceria sempre sobre o valor da liberdade.

Encontramos, também, em Schmitt, embora em sentido diverso do pensamento de Hobbes, um excepcionalismo decisionista que rejeitaria a racionalidade individual enquanto base última de sustentação da ordem jurídica idealizada por Hobbes, bem como recusaria qualquer redução de uma ordem da decisão à ordem jurídica do normativismo (DE SÁ, et al., 2012, p. 40-42), contrapondo-se, assim, em todo seu

percurso literário, à concepção do positivismo liberal sobre o sentido e a resposta aos eventos emergenciais.

Comumente lido como opositor fascista do liberalismo ou por impor um limite constitutivo à concepção de emergência do sistema jurídico positivista (NEIL, 2010, p. 2), Schmitt (2006, p. 3), em *Political Theology*, apresenta-nos uma concepção mais metodológica do que filosófica para o sentido e a resposta às crises, criticando o puro normativismo que pensa as normas em termos impessoais. Schmitt elevou o patamar do decisionismo que, enquanto projeto institucional, implementaria, corretamente, a situação política descrita pela norma através de uma pessoal decisão do soberano. Nas emergências, enquanto a essência do discurso liberal se constituiria da negociação ou do debate, o núcleo do decisionismo demandaria do decisor verdadeiro exercício de ditadura política, tratando-se, então, de decisão absoluta e de um decisionismo que não coincidiria com qualquer intenção de se legitimar mas com a própria ditadura (SCHMITT, 2006a, p. 63-66).

O sentido da exceção, em Schmitt, representava um *continuum* de situações excepcionais em que o guardião da ordem jurídica e política era o soberano (DYZENHAUS, 2006a, p. 34). Nesse contexto, soberano seria aquele que decidia sobre a exceção, entendida enquanto um conceito limítrofe que não se resumiria a um conceito vago, mas pertenceria à esfera mais externa. Ao sentido de exceção soberana, era preciso associá-lo a um caso-limite e não a um caso rotineiro e, dessa forma, a exceção passaria a se referir a um conceito geral na teoria do estado e não apenas a um comando aplicado num pontual estado de emergência ou de sítio (SCHMITT, 2006, p. 5). Nos casos em que os interesses da segurança pública e do Estado se arvorassem, haveria necessidade da decisão pessoal do soberano sobre a exceção real que nunca derivaria da norma, conduzindo a um exercício de competência jurisdicional ilimitado. Isso porque a exceção, que não estaria codificada na ordem jurídica existente, poderia, na melhor das hipóteses, ser caracterizada como um caso de perigo extremo, um perigo para a existência do Estado, mas não se conformaria com a lei pré-formada (SCHMITT, 2006, p. 6). Na exceção, enquanto a lei recuava, o Estado permaneceria em exercício de autoridade ilimitada (SCHMITT, 2006, p.12).

Sustentando-se na cisão normalidade-exceção, para Schmitt (2006, p. 13), as normas somente seriam aplicadas às situações normais, não havendo norma aplicável

ao caos. Uma situação normal deveria sempre existir para que uma ordem jurídica fizesse sentido, sendo, todavia, do soberano o poder definitivo de decisão sobre o fato de a normalidade, efetivamente, existir. Por esse motivo, toda lei seria *situacional* porque seria o soberano quem produziria e garantiria a situação normal ou excepcional em sua totalidade. O insucesso das tentativas do constitucionalismo liberal em positivar, *ad eternum*, as exceções representava, para Schmitt, uma espécie de autoconstatação em que a norma não absorveria a exceção e, assim sendo, o problema da exceção não seria um problema jurídico ou um caso jurídico, mas um problema político, sendo por essa razão que o filósofo alemão disse que “a exceção confunde a unidade e ordem do sistema racionalista [...]. A exceção é mais interessante do que a regra. A regra não prova nada; a exceção prova tudo: ela confirma não somente a regra, mas também a sua existência, a qual decorre somente da exceção” (SCHMITT, 2006, p. 14-15, tradução nossa).

O problema da exceção, enquanto problema político, foi identificado como tema central do ensaio *The Concept of the Political*, em que as ações e motivações políticas foram reduzidas à distinção (política!) entre amigos e inimigos (SCHMITT, 2007, p. 26), não significando, contudo, que Schmitt tenha concebido a política como um estado de guerra hobbesiano de todos contra todos, mas sim que, no limite extremo, os antagonismos da política sempre ameaçariam se tornar uma relação de guerra (NEIL, 2010, p. 58). Em outras palavras, Schmitt buscava desafiar o paradoxo liberal sobre a possibilidade de a liberdade estar condicionada a sua própria e excepcional suspensão, denunciando os limites objetivos do sistema jurídico positivista que, sendo essencialmente lacunoso, falhava ao tentar antecipar, através de soluções legislativas, novas e contingenciais emergências, quando, em verdade, possuía a ordinária capacidade de se projetar apenas para situações normais.

A resposta schmittiana ao problema da exceção se constituiu com expressa convocação da sociologia do direito de Max Weber e a partir do diálogo divergente com Kelsen. Independente de qualquer ideologia, reivindicava, com pretensão de ordem prática e sociológica (SCHMITT, 2006, p. 44-46), uma autonomia do político face a autonomia formal do jurídico (SCHMITT, 2006, p. 27) porque, no que se refere às exceções e às correlatas constatações de indeterminações legislativas, a decisão se libertaria de todos os vínculos normativos e adquiriria sentido absoluto, justamente para

poder garantir o direito de auto-preservação do Estado nas emergências (SCHMITT, 2006, p. 12). Em *Dictatorship* (2014), a ditadura soberana revela o núcleo da própria resposta ao problema da exceção, na medida em que a pressuposição de que o Estado e a política seriam anteriores ao direito se torna argumento autorizante para que, no limite, a ditadura soberana instaurasse uma nova ordem política.

A evidente contradição – e não distinção – entre a norma jurídica e a norma de implementação da norma jurídica que governaria todo o entendimento sobre o direito conduziria a outra contradição, agora entre a norma jurídica e uma orientação específica para a ação. Nesse sentido, Schmitt concluía que o problema da pretensão de autonomia formal e metodológica do normativismo seria um problema de implementação da norma. Uma verdadeira ditadura deveria criar condições para que a norma pudesse ser realizada em concreto, decorrendo daí a seguinte afirmação de Schmitt (2014, p. 118-119, tradução nossa): “a constituição pode ser suspensa sem deixar de ser válida, porque a suspensão representa somente uma exceção concreta”.

É por tudo isso que se diz, com a crítica de Dyzenhaus (2011, p. 2), que a autoridade em Schmitt se direcionava para o exterior da ordem jurídica e somente poderia ser explicada politicamente, rejeitando quaisquer análises de ponderação entre os interesses envolvidos, pois seria no momento da emergência que a natureza política do soberano era revelada e seria por esse mesmo momento que se presumiam fracassadas as respostas legislativas e judiciárias, situando-se o executivo como candidato único (DYZENHAUS, 2006a, p. 34).

Várias interpretações surgiram do excepcionalismo decisionista de Schmitt. Dentre elas, houve aquela de visão epistemológica que disse que na exceção schmittiana não se tratava de aplicação da lei mas de atribuir a alguma Instituição a epistêmica autoridade para declarar a decisão (FEREJOHN; PASQUINO, 2004, p. 226), revelendo-se desimportante a solução correta sob o ponto de vista jurídico mas bastante relevante a resposta sobre a competência para decidir (SCHMITT, 2006, p. 34), bem como sobre o próprio ato de decidir que sempre prevaleceria sobre a norma (SCHMITT, 2007, p. 67).

Focando na importância do caso excepcional, que sempre conformaria a substância de uma ordem tida como normal, para Schmitt, seria no momento do estado de emergência que a verdade surgiria justamente para denunciar-refundar a ordem

política e legal alemã sobre uma base iliberal que, paradoxalmente, pretendia ser democrática, pois se assumia enquanto fato sociológico justificante de que toda solução política deveria estar a serviço do povo. Nessa ordem de ideias e na visão de Schmitt, o liberalismo seria essencialmente antidemocrático porque buscava impor seus padrões morais a nações específicas (DYZENHAUS, 1997, p. 184).

Num sentido interpretativo mais crítico, é possível dizer que a resposta política de Schmitt representou um decisionismo que nos remete “sempre à irracionalidade de um qualquer poder” (CASTANHEIRA NEVES, 1979, p. 125), submetendo a interpretação jurídica à simples contingência dos fatos emergenciais. Conduz-nos, ainda, a um paradoxo de caráter vazio e niilista que, não obstante tenha criticado a neutralidade, objetividade e cientificidade das respostas liberais sobre a emergência (OHANA, 1999, p. 273-274), não promoveu uma verdadeira reflexão que fosse capaz de, metodologicamente, reconstituir, valorativamente, o sentido da resposta criticada.

Veja, ainda em sentido crítico, que, não obstante as semelhanças com o excepcionalismo de Hobbes, principalmente no que toca à rejeição do *rule of law* nas emergências (WALDRON, 2016), não aparece em Schmitt tampouco o princípio hobbesiano da auto preservação individual que dispunha de certo conteúdo substantivo de resistência (GROSS; NÍ AOLÁIN, 2006, p. 167-168). Ao contrário, há o apego ao pressuposto do dualismo teórico normalidade-exceção para justificar, de modo direto, o ilimitado exercício da soberania nos casos excepcionais. É possível afirmar, contudo, que tanto a resposta liberal de Locke quanto as soluções decisionistas de Hobbes e Schmitt conduziram, no limite e a título excepcional, a um dualismo entre liberdade e segurança que recaia, sempre, num monismo em que a segurança prevalecia sobre o valor-liberdade que, por sua vez, conformava-se com a excepcional e contingente possibilidade de sua própria suspensão (NEIL, 2010, p. 10).

É certo, também, que o desafio de Schmitt ao liberalismo influenciou respostas contemporâneas sobre o sentido do direito no estado de emergência, seja para sucumbirem ao desafio, tal como ocorrerá no âmbito do pragmatismo jurídico de Posner, seja para o recusar, tal qual se reconhecerá na concepção do anti-positivismo de Dyzenhaus e no desconstrutivismo de Agamben.

## 2 O DESCONSTRUTIVISMO DE AGAMBEN E O ESTADO DE EXCEÇÃO COMO PARADIGMA DE GOVERNO

### 2.1 As possíveis causas do estado de exceção

A teoria do estado de exceção de Agamben é edificada por percurso marcado por padrão unívoco de pensamento quanto à utilização de analogias a eventos históricos paradoxos, de modo a explicar, através da filosofia política, as causas em que se situa o estado de exceção enquanto paradigma de governo, bem como a fornecer uma resposta de sentido filosófico para um impensável reencontro do homem com a verdadeira política, livre das amarras das estruturas de poder. Não obstante esse unívoco padrão de raciocínio, não há demarcação latente entre as causas do estado de exceção e o próprio sentido da exceção enquanto paradigma de governo, de modo que o conteúdo explicativo de ambas as categorias, por vezes, fundem-se em seu pensamento. O mesmo ocorre com a tentativa de Agamben em explicitar as causas do estado de exceção, as quais, ora remetem ao que o Autor denomina de crise de legalidade, ora à convocação da teoria biopolítica do poder de Foucault. Certo é, contudo, que todas as possíveis causas tem como ponto de contato, a partir do arremate histórico do poderes de emergência, a identificação do processo de corrompimento e manipulação da “*vida nua*” pelo direito enquanto estrutura de poder.

Em *Homo Sacer: Il potere sovrano e la nuda vita*, Agamben faz remissão ao pensamento antigo grego para pontuar que os gregos não possuíam expressão unívoca para exprimir o que se entende pela palavra *vida*. Serviam-se, então, da palavra *zoé* que representava o fato de se viver de modo comum a todos os seres vivos e do termo *bíos* que era o modo de vida própria de um indivíduo ou grupo. Remete-nos, então, ao entendimento de que o verdadeiro sentido da *vida nua* é aquele correspondente à vida natural da *zoé* grega, desvinculada da *bíos* enquanto *zoé* política dos cidadãos de Atenas<sup>3</sup> (AGAMBEN, 1995, p. 3-4).

---

<sup>3</sup> O verdadeiro sentido da “*vida nua*” passa pela abordagem do pensamento de Aristóteles, cujas palavras são citadas por Agamben (1995, p. 4): “[...] Questo (il vivere secondo il bene) è massimamente il fine, sia in comune per tutti uomini, sia per ciascuno separatamente. Essi, però, si uniscono e mantengono la comunità politica anche in vista del semplice vivere, perché vi é probabilmente una qualche parte di bene anche nel solo fatto di vivere (catà to zên autò mónon); se non vi é un eccesso di difficoltà quanto al modo di vivere (catà ton bíon), è evidente che la maggior parte degli uomini sopporta molti patimenti e si

Ainda em *Homo Sacer: Il potere sovrano e la nuda vita*, encontra-se menção do processo de “politização da vida” como resultado do corrompimento da *vida nua* pela política nos limites da idade moderna, ocasião em que a vida natural foi inserida nas estruturas de poder do Estado e a verdadeira política teria se transformado em biopolítica (AGAMBEN, 1995, p. 5). Nesse ínterim, o próprio sentido da expressão “*forma-di-vita*” construída por Agamben (1996a, p. 13, tradução nossa) em *Mezzi Senza Fine Note sulla politica* conduziria ao significado de que a vida, agora politizada, seria aquela que “não pode mais ser separada de sua forma, uma vida em que não é possível se isolar como uma vida nua”. Essa forma de vida é justamente o oposto de se viver por necessidades e vocações biológicas específicas, sem imposição pelo poder político de qualquer padrão de vida.

Desde o início, houve recusa de Agamben de que a *vida* deveria se constituir de qualquer categorização jurídica, pois, assim como o poder político, o direito que conhecemos também se fundaria, em última instância, na separação da esfera da *vida nua* do contexto da *forma de vida* (AGAMBEN, 1996a, p. 14). A imposição de padrões pelo poder político para todas as formas de vida conduz à conclusão de que os seres humanos seriam os únicos seres para os quais a felicidade torna-se sempre o objetivo de vida, havendo somente um caso em que a *vida* adquire sentido originalmente jurídico, que é quando se contrapõe ao poder que a ameaça de morte, condensada na expressão “*vitae necisque potestas*” (AGAMBEN, 1996a, p. 14).

Frise-se, nesse contexto, que esse processo de “*politicizzazione della vita*” é sempre correlacionado pelo Autor com a teoria da biopolítica do poder de Foucault, razão pela qual discorreremos sobre a referida teoria como possível causa do problema do estado de exceção.

### 2.1.1 A reconstituição ahistórica da biopolítica do poder de Foucault

O pensamento de Foucault pode ser intitulado de filosófico, mas também de histórico e estruturalista. Frise-se, contudo, que foi o próprio Foucault quem disse que seria desimportante saber exatamente em qual ideologia seu pensamento se inseria e que o mais importante seria não saber qual seria o fim de seu percurso filosófico.

---

attaca alla vita (zoé), como se vi fosse in essa una sorta di serenità (euêmería, bella giornata) e una dolcezza naturale[...].”

Assumia-se um historiador do pensamento, haja vista reconhecer que seria, o homem, um ser pensante cuja forma de raciocínio estaria sempre em constante relacionamento com a sociedade, a política, a economia e história, bem assim com categorias universais e de estruturas formais mas que não se identificavam com qualquer lógica. Dizia-nos que entre a história social e as análises formais do pensamento haveria todo um caminho, talvez bastante estreito, que seria o próprio caminho daquele que situa o pensamento no percurso histórico (MARTIN, et al., 1988, p. 9-10).

O fator propulsor da biopolítica consistia, em Foucault, na própria mutação do sentido da política anteriormente concebida pelo intelectualismo de Aristóteles. Dizia, Foucault (1990, p. 143), que, se durante milênios o homem permaneceu enquanto animal vivo com capacidade adicional para a existência política, o homem moderno teria se tornado um animal cuja política posicionava sua existência enquanto ser vivo em questão. Em *Society must be defended*, Foucault (2003, p. 244-245) disse que após uma estrutura de poder e de dominação sobre os corpos humanos individualizados que perdurou durante o século dezoito ocorreu, no fim do referido período, a emergência de algo que não mais correspondia à política anatômica do corpo humano enquanto medida disciplinar, mas num tipo de poder que era massificado e direcionado ao homem enquanto espécie humana, então denominada de biopolítica da raça humana.

A biopolítica, enquanto nova tecnologia do poder, ou o biopoder tiveram como ponto de partida, já na segunda metade do século dezoito, o controle do conhecimento e pensamento através de técnicas compulsórias e controles demográficos, incluindo o poder de manipulação das taxas de natalidade e mortalidade. Posteriormente e enquanto fenômeno que incidia de forma serial, passou a estender, aleatoriamente, seus domínios de intervenção para outros campos da vida humana. Essa biopolítica teria introduzido mecanismos de segurança e funções que teriam como objetivo intervir para controlar, estrategicamente e enquanto poder regulatório, vidas humanas, consistindo no deixar viver e no deixar morrer (FOUCAULT, 2003, p. 246-247). Com outras palavras, em *Truth and Power*, Foucault (1980, p. 133) associou o sentido da biopolítica à verdade que estaria conectada em uma relação circular com os sistemas de poder que produziam e sustentavam essa verdade, num real regime de verdade e, com Aroso Linhares (2016, p. 95), numa certa concepção do binômio *política/poder* que se mostraria “preocupada em denunciar as hierarquias que se insrevem nas referidas teias de poder”.

O desenvolvimento da concepção do termo *vida* em função de um discurso sobre como melhor governar e controlar as vidas humanas poderia ser, no mundo pós 11 de setembro de 2001, exemplificado, em Foucault, pelo sentido de resiliência que remete à mescla de ideias sobre biologia, discursos sobre políticas públicas e gêneros de auxílio para produção de tecnologias de segurança e de selos destinados a governar o que parece ser ingovernável, tais quais os acontecimentos incontroláveis referentes aos desastres naturais e aos ataques terroristas (LEMM; VATTER, 2017, p. 41). Com a biopolítica, dizia, Foucault (1990, p. 142), que o sujeito ocidental foi, de um degrau a outro, aprendendo o sentido de ser uma espécie viva num mundo vivo.

Agamben se distancia, contudo, desse sentido específico de biopolítica do poder, reconstituindo-o para conceber a biopolítica como estrutura originária do poder e não enquanto estrutura historicamente constituída pelo estado-nação e resultante de muitas ocasiões de violências e históricas práticas sócio-políticas (NEIL, 2010, p. 90-94). Veja que, em Foucault (2003, p. 134, grifo nosso), a nação buscou uma reivindicação política, mas também uma pretensão sobre o conteúdo da história em si, de forma que a nação – que não conteria fronteiras, nem definiria os sistemas de poder do Estado - constituía-se enquanto o próprio sujeito da história – “*a subject that speaks in a history and a subject of which history speaks*”. Em Agamben, haverá, então, a rejeição do aspecto histórico e genealógico do estado-nação que antecipará a própria renúncia ao direito historicamente constituído. A primeira rejeição – a recusa da história – será possível ser compreendida a partir da posição estática e ahistórica em que Agamben entende a atividade fundamental do poder soberano que produz a *vidanua* como elemento político originário e como limiar de articulação entre natureza e cultura, *zoé* e *bíos* (AGAMBEN, 1995, p. 202), num dualismo ou essencialismo neoplatônico que reivindica a natureza fundamental do poder soberano (NEIL, 2010, p. 96).

Há, ainda, críticas aos posteriores desenvolvimentos da biopolítica direcionadas aos trabalhos do próprio Agamben até aos de Negri e Hardt, que antecipam o nosso desenvolvimento da resposta-revolução messiânica de Agamben ao problema do estado de exceção, deduzindo outra forma de distanciamento do sentido de biopolítica empregado por Agamben em relação à formulação originária de Foucault. A questão que colocam é que o tratamento de Agamben à biopolítica nos faz assistir a uma

espécie de gênero literário peculiar de cuja necessidade ninguém pode se esquivar: tratam-se de profecias salvadoras ou apocalípticas e que, por apresentarem esse sentido, só poderiam ser estudadas pela sociologia das religiões. O tom vago desses discursos religiosos os tornariam úteis tanto para o sábio quanto para o desconhecido, promovendo inserções estratégicas de descrições parciais da realidade que permitiriam a esses discursos introduzirem efeitos de verdade, juntamente com outras crenças ou temores. O discurso de Agamben, então, reproduziria esse tipo de concepção, juntamente com um núcleo empírico da profecia, em tentativas mais ou menos bem-sucedidas de gerar expressões de alegria, de susto, de surpresa, de afirmação ou recusa de si próprio (PESTANÃ, 2010, p. 162).

Pensamos que um melhor entendimento dessa crítica ao discurso agambeniano que o acusa de gênero mais ou menos profético, poderia partir das explicações de Spinoza (1986, p. 93) que, em *Tratado teológico-político*, disse-nos que, pressupondo-se que os profetas percebiam as revelações de Deus em virtude de suas exclusivas imaginações, não restariam dúvidas de que puderam revelar muitas coisas que não fazem parte dos limites do entendimento intelectual orientados pelo conhecimento, porque, a partir de palavras e de imagens, pode-se formar muitas más ideias edificadas somente a partir de princípios e noções do conhecimento natural. Tratar-se-ia, o discurso agambeniano que reconstitui a biopolítica, nesse contexto crítico, de concepção que se distancia da realidade por apresentar, enquanto atributo, uma “potencia imaginativa más vigorosa” que tem menos aptidão para o conhecimento puramente intelectual pois está em desconformidade com a experiência e com a razão (SPINOZA, 1986, p. 95-96).

Abstraindo-nos da crítica quanto ao sentido profético empregado por Agamben à biopolítica, bem assim da ideia foucaultiana do sujeito vinculado aos palcos de *históricos* e humanitários conflitos, vê-se que Agamben retoma, na integralidade, a concepção de Foucault sobre a biopolítica, aderindo, ainda, à crítica de Foucault às respostas retóricas securitárias para o problema da emergência. Assim, pressupondo-se que os discursos não se formariam da mera intersecção ou compatibilidade entre objetos e palavras, mas sim de uma teia obscura de objetos e palavras, a conclusão a que chegou Foucault (2002, p. 53-54) é que haveria, intrinsicamente nos discursos, a formação de um grupo de regras próprias da prática discursiva que não definiriam a

existência da realidade, mas promoveriam, tão somente, a ordenação dos objetos. O problema, então, não seria o de visualizar eventual coincidência entre a segurança falada - a linguagem e discurso da segurança - e o aspecto real e concreto da segurança, mas sim o de saber quem produziria e como se produziria a linguagem da segurança (NEIL, 2010, p. 109-110). Também para Agamben (2003, p. 52), o securitarismo ou as teorias da securitização se constituirão de meras posições teóricas e abstratas respaldadas num nominalismo em que não se pode aferir quais os aspectos práticos da segurança pública.

Ainda nesse contexto, frise-se que a menção à biopolítica do poder como causa do estado de exceção tem prioridade no pensamento de Agamben. Em *Homo Sacer: Il potere sovrano e la nuda vita*, ao citar Foucault, diz-nos, Agamben (1995, p. 5), que, nos limites da idade moderna, ocorreu politização da *vida nua* quando esta começou a ser inserida nas estruturas de poder do Estado:

É in riferimento a questa definizione che Foucault, alla fine della *Volontà di sapere*, reassume il processo attraverso il quale, alle soglie dell'età moderna, la vita naturale comincia, invece a essere inclusa nei meccanismi e nei calcoli del potere statale e la politica si transforma in bio-politica: “ Per millenni, l'uomo è rimasto quel che era per Aristotele: un animale vivente e, inoltre, capace di esistenza politica; l'uomo moderno é un animale nella cui politica è in questione la sua vita di essere vivente”<sup>4</sup>. (AGAMBEN, 1995, p. 5).

Em *Mezzi Senza Fine Note sulla politica*, Agamben (1996a, p. 45-50) faz analogia à dança e ao cinema para concluir que a perda dos gestos naturais pela burguesia no século XIX se deu sob a ação de poderes invisíveis responsáveis pela transição da *zoé* para a *bíos*, institucionalizando, estrategicamente, comportamentos. Em outra oportunidade, o filósofo italiano disserta que a *vida nua*, quando despolitizada pelo poder, corresponderia ao verdadeiro *gesture* e abriria a esfera do *ethos* como esfera essencialmente mais humana. O *gesture* alienado seria aquele que só diria respeito ao fim, mas o verdadeiro *gesture* seria o meio de o significado se tornar visível e permitiria a abertura à dimensão ética (AGAMBEN, 1996a, p. 51-52). A mais precisa identificação da biopolítica do poder como possível causa do estado de exceção se dá,

---

<sup>4</sup> É em referência a essa definição que Foucault, no final de *Vontade de Saber*, retoma o processo pelo qual, no limiar da idade moderna, a vida natural começa, em vez de ser incluída nos mecanismos e cálculos do poder do Estado e da política, torna-se biopolítica: “Por milênios, o homem permaneceu o que era para Aristóteles: um animal vivo e, além disso, capaz de existência política; o homem moderno é um animal cuja política que está em questão é a sua vida como ser vivo. (tradução nossa)

em *Stato di Eccezione*, quando Agamben (2003, p. 112) menciona que a vida no estado de exceção é o resultado e produto da máquina biopolítica e não um elemento que preexiste a ela, da mesma forma que o direito não possui fundamento em qualquer ordem de origem metafísica.

Procurando relacionar a crise de legalidade mencionada por Agamben com a teoria biopolítica de poder de Foucault, MacLoughlin (2010, p. 693-702) argumenta que, ao fazer referência à política contemporânea de segurança e terror em razão dos eventos terroristas de 11 de setembro de 2001, Agamben adere à concepção de Foucault, segundo a qual o desenvolvimento da segurança coincidiria com o desenvolvimento da ideologia liberal<sup>5</sup>. Defende, MacLoughlin (2010, p. 682), que essa crise, em Agamben, deve ser entendida no contexto do trabalho de Foucault sobre biopolítica e governo; problema da guerra total e o surgimento do estado administrativo.

### 2.1.2 A crise de legalidade e o diálogo divergente com Schmitt

Para Agamben (2003, p. 11), o estado de exceção passa a se apresentar como paradigma de criação voluntária de emergências quando há relocação, para técnica de governo, de medidas que deveriam possuir natureza essencialmente provisórias, agredindo a essência do próprio regime democrático. É nesse sentido de indeterminação entre a democracia e o absolutismo que o estado de exceção agambeniano se apresenta. A atual política democrática representaria a crise de legalidade ao passar a se identificar com o que o Autor se refere por “*plenos poderes*”, os quais, por sua vez, dizem respeito à ampliação dos poderes governamentais que, cada vez mais, fazem promulgar decretos com força de lei (AGAMBEN, 2003, p. 14, grifo nosso).

É nesse contexto que Agamben desenvolve a análise histórica dos poderes de emergência a partir da teoria schmittiana sobre legalidade e legitimidade, segundo a qual era no estado legislativo ou *Rechtstaat* alemão, forma de Estado que dominou no século XIX, que o parlamento não exercia a função típica e democrática de legislar. De

---

<sup>5</sup> Apesar deste reconhecimento, McLoughlin defende que Agamben adota um sentido de biopolítica parcialmente diverso do empregado por Foucault. Essas foram suas palavras: “There is, then, a sense in which the framework that Agamben employs engages with the theme of total war in a way that Foucault does not – Agamben presents it as a decisive rupture that brings to light the emerging nihilism of European civilization [...]”.

fato, em *Legality and Legitimacy*, Schmitt (2004, p. 4, tradução nossa) concebe o estado legislativo alemão como “uma forma de Estado em que as normas eram a mais alta expressão da vontade da comunidade, na qual ‘os homens e as pessoas não governavam, mas as normas seriam válidas’ [...] o Estado era o parlamento, que não legislava diretamente”. Agamben faz analogia ao estado de natureza, tal qual fora concebido por Schmitt, para imputar, como possível causa do estado de exceção, a permanente concentração de poderes no poder executivo, ressalvando que “em todo caso, o termo ‘plenos poderes’ define uma possível modalidade de ação do poder executivo durante o estado de exceção, mas não coincide com ele” (AGAMBEN, 2003, p. 15, tradução nossa).

Frise-se, contudo, que há interpretação da teoria schmittiana sobre legalidade e legitimidade que poderia nos conduzir à equivocada conclusão de que essa teoria teria sido adotada, em quase sua integralidade, no percurso de Agamben, cuja armadilha se situaria no argumento da ressalva de que somente o caráter permanente do estado de exceção agambeniano se diferenciaria da concepção do estado de exceção de Schmitt<sup>6</sup>. Em verdade, Agamben edifica a teoria do estado de exceção se utilizando de alguns conceitos da teoria schmittiana, mas tem como principal referência a resposta crítica de Benjamin sobre o sentido do termo violência empregado por Schmitt. Não por outra razão, em *Stato di Eccezione*, Agamben (2003, p. 85) discorda do objetivo da teoria schmittiana em garantir a possibilidade de violência pelo poder fora e além do direito, já que a violência não poderia existir fora do direito e não porque os fins dessa violência sejam incompatíveis com o direito, mas pelo fato de sua própria existência se situar fora do direito.

Num contexto exemplificativo contemporâneo, encontra-se outra crítica direcionada por Agamben no ensaio traduzido para o inglês, *On Security and Terror*, ocasião em que argumenta que é a submissão da política pela polícia que tem causado o desaparecimento da distinção entre o Estado e as ameaças terroristas. Entende, o Autor, que a tendência é que segurança e terrorismo formem um sistema único mortal que, de forma recíproca, justifiquem-se e legitimem-se (AGAMBEN, 2009a).

Outro contraponto entre os dois filósofos políticos tem como núcleo uma tentativa de Agamben em definir, metodológica e criticamente, a exceção. Vimos que o

---

<sup>6</sup> Cf. McLoughlin (2012, p. 680-707).

excepcionalismo soberano de Schmitt foi constituído sobre uma lógica circular em que a resposta excepcional era sempre justificada pelas necessidades e condições que o próprio poder soberano declarava, apresentando-se num uso ilimitado e arbitrário do poder (NEIL, 2010, p. 2). Em Agamben, há rejeição do estado de necessidade enquanto justificativa soberana pois a soberania seria construída sobre uma relação entre norma e exceção, não necessitando de condições objetivas para trazer a lume uma excepcional soberania que, como tal, representaria sempre um julgamento subjetivo (AGAMBEN, 2003, p. 40-41). Para Agamben (2003, p. 42-43), a declaração do estado de exceção não se constitui na resposta a uma lacuna normativa, mas o estado de exceção aparece enquanto a abertura de uma *necessária e fictícia* lacuna na ordem com o fim de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade para a situação normal. A crítica de Agamben (2003, p. 42) é que, sob a ótica do decisionismo do soberano, não poderia existir uma lacuna na lei, pois seria automaticamente colmatada pelo soberano e, em analogia ao princípio segundo o qual a lei pode ter uma lacuna mas a ordem jurídica não admite nenhuma, o estado de necessidade deveria ser interpretado como uma lacuna no direito público que o poder executivo estaria obrigado a sanar. De outro modo, diz que o vazio jurídico em questão no estado de exceção parece absolutamente impensável para o direito; esta coisa impensável, no entanto, teria uma importância estratégica decisiva para o ordenamento jurídico e não se deveria permitir, a qualquer custo, que ele escapasse (AGAMBEN, 2003, p. 66-67).

Assim, com Neil (2010, p. 86), o estado de exceção afirmaria um direito natural fundamental ou um *nomos* que reconheceria a necessidade de soberania, não simplesmente como executora da lei, mas como condição fundamental do paradigma político ocidental. Sucintamente e agora com a leitura de Dyzenhaus (2006b, p. 2015), é possível dizer que, diferente de Agamben, Schmitt concebe o estado de exceção, não enquanto produção de um vazio jurídico, mas num espaço constituído para além da norma e que indica o momento em que a norma é incapaz de resolver o caso excepcional, razão pela qual se trata de uma tarefa que remete à representação do soberano.

Ainda em *Stato di Eccezione*, Agamben (2003, p. 17, grifo nosso) questiona a legitimidade democrática dos decretos promulgados pelo executivo que tiram a competência do parlamento, de modo que o material jurídico infralegal passaria a ter

mais valor do que o legal e menciona que essa prática levaria à progressiva liquidação da democracia, ao que denomina de “*progressiva erosione dei poteri legislativi del parlamento*”. É na linha argumentativa de Rossiter que Agamben (2003, p. 18) se propõe a justificar a queda dos poderes legislativos pelo histórico da “*dittatura costituzionale*” do executivo que se tornou a regra de paradigma de governo<sup>7</sup>.

Conforme ainda será considerado, a oposição dos pensamentos de Agamben e Posner terá acento no ponto em que Agamben (2003, p. 23, tradução nossa), de forma oposta ao diagnóstico de Posner, utiliza-se desse estudo da ditadura constitucional do executivo para concluir que a ampliação de poderes do executivo permaneceu “[...] depois do fim das hostilidades e é significativo que a emergência militar agora dê lugar à emergência econômica, com uma assimilação implícita entre guerra e economia”. Esse mesmo paralelismo entre emergência militar e econômica no contexto do estado de exceção estratégico, encontra-se, em Agamben (2003, p. 30), plenamente identificado com a história dos poderes de emergências norte-americanas e a recorrente promulgação de leis excepcionais, principalmente nos primeiros anos do século XXI, quando foi instaurada a guerra contra o terror, potencialmente infinita (MACLOUGHLIN, 2010, p. 681-682).

## **2.2 As tentativas de busca pelo sentido do estado de exceção**

O sentido em si do termo estado de exceção teve origem no pensamento de Schmitt em *Political Theology* (2006). Subsequentemente, conforme reconheceu Agamben (1999a, p. 161), veio a teoria da soberania de Benjamin a realizar o desenvolvimento crítico do sentido originário do termo empregado por Schmitt, cujos resultados foram, então, apropriados pelo filósofo italiano. Destaque-se que, em Agamben (1999a, p. 162), o estado de exceção não é, tal como se apresentava o sentido da exceção no pensamento de Hobbes, o caos que precedia à ordem jurídica, mas sim a situação resultante da suspensão dessa ordem.

---

<sup>7</sup> “Fra il 1934 e il 1948, di fronte al crollo delle democrazie europee, la teoria dello stato di eccezione – che aveva fatto una prima, isolata apparizione nel 1921 collibro di Schmitt su La Dittatura – conobbe un momento di particolare fortuna; mas è significativo che ciò sia avvenuto nella forma pseudomorfica di un dibattito sulla cosiddetta ‘dittatura costituzionale’. Il termine – che appare già nei giuristi tedeschi per indicare i poteri eccezionali del presidente del Reich secondo l’art. 48 della Costituzione di Weimar [...] e, infine, da Clinton L. Rossiter (Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies, 1948”.

Em *Mezzi Sena Fine Note sulla politica*, Agamben (1996a, p. 15) menciona que o diagnóstico feito por Benjamin há mais de cinquenta anos se mantém nos dias de hoje, de modo a confirmar que a tradição de opressão nos conduz à conclusão de que o estado de emergência no qual vivemos não é a exceção mas sim a regra. Em *Theses on the Philosophy of History*, percebe-se, já no pensamento de Benjamin, que a ideia de permanência do estado de exceção já se fazia presente, tendo surgido em aversão às mazelas geradas pelo regime de exceção fascista. Segundo Benjamin (1999, p. 257), pressupondo que “*the tradition of the oppressed teaches us that the ‘state of emergency’ in which we live is not the exception but the rule*”<sup>8</sup>, tornava-se preciso que se alcançasse uma concepção da história que estivesse de acordo com essa percepção, a fim de que fosse encarada, como própria, a tarefa de reconhecer um verdadeiro estado de emergência, aprimorando a posição na luta contra o fascismo.

A teoria de Agamben sobre o estado de exceção enquanto paradigma de segurança pós-moderno pode ser lido a partir do eixo estrutural representado, principalmente, pelo percurso *Homo sacer*, especialmente *Homo sacer II potere sovrano e la nuda vida* (1995), *Stato di Eccezione* (2003) e *Quel che resta di Auschwitz* (1998). Enquanto ponto de partida, identifica, com o fim de posteriormente rejeitá-los, dois modelos de respostas às emergências. A primeira resposta se constitui enquanto parte integrante do direito positivo, haja vista que a necessidade que fundamenta essa resposta tratar-se-ia de uma fonte autônoma do direito (2003, p. 33). Trata-se de abordagem de sentido interno que, atualmente, é representada pelo direito internacional através da noção de derrogação. Quando confrontados com uma situação de emergência pública que ameace a vida da nação, os tratados internacionais de direitos humanos – e muitas constituições estaduais – permitem que se suspenda a proteção de certos direitos tidos como essenciais (HUMPHREYS, 2005, p. 678). O segundo modelo de resposta admite uma abordagem externa ao direito e entende que o estado de exceção seria essencialmente extrajurídico (AGAMBEN, 2003, p. 33), enquanto algo anterior ou diferente ao direito. Para esse autores, qualquer aval constitucional ao estado de exceção representaria um reconhecimento pragmático de um domínio constitucional que é limitado (HUMPHREYS, 2005, p. 678). Agamben (2003, p. 33-34), como dito, rejeita ambas as respostas e afirma que o estado de exceção não é nem interno nem

---

<sup>8</sup> A tradição da opressão nos ensina que o ‘estado de emergência’ em que vivemos não é a exceção, mas a regra. (tradução nossa)

externo à ordem jurídica, mas se trata de um problema de limite ou uma zona de indiferença em que seu interior e o exterior não se excluem.

A tentativa de busca pelo sentido do estado de exceção enquanto paradigma de governo se dá em todo o percurso de Agamben. Em *Homo sacer il potere sovrano e la nuda vita*, o jurisfilósofo diz que a situação que vem a ser criada na exceção possui o particular de não se habilitar a ser definida nem como situação de fato nem como situação de direito, “mas institui-se entre elas uma paradoxal situação de indiferença [...] é, nesse sentido que é vista como uma exceção inclusiva” (AGAMBEN, 1995, p. 23-26, tradução nossa). Nesse contexto, em *Stato di Eccezione*, vê-se que o luto, enquanto analogia à sistemática do estado de exceção, representa uma zona em que há completa submissão da vida ao direito, em limiar indistinção entre anomia e direito (AGAMBEN, 2003, p. 93).

É nesse mesmo sentido que uma das características essenciais do estado de exceção é também a *indistinção* entre os poderes legislativo, executivo e judiciário, o que faz denotar, ainda mais, a tendência de que o estado de exceção tende a se transformar em prática duradoura de governo (AGAMBEN, 2003, p. 17). Inobstante Agamben não tenha se aprofundado na explicação do sentido dessa indistinção entre os poderes constituídos, trata-se de crítica que pode ser melhor entendida a partir da leitura de Poole sobre os efeitos e consequências das tentativas do positivismo constitucional do *common law* em solucionar o problema da emergência através de sucessivas positivações. Segundo Poole (2008, p.7), a miscigenação entre os poderes constituídos nas situações emergenciais refletiria o apelo a amplos poderes discricionários do executivo e estaria relacionado com os sucessivos crescimentos do estado administrativo no final do século XIX em primeiro lugar, seguido pelo estado de bem-estar social no final do século XX e, ao fim, pelo estado de segurança do século XXI, relativizando, por ocasião dos poderes emergenciais, o pressuposto rígido da separação dos poderes do *rule of law* em sentido formal.

Relacionado a isso, encontra-se outra crítica feita pelo filósofo italiano quanto à tentativa de alguns juristas em considerar o problema do estado de exceção mais como questão de fato do que como um problema jurídico, quando, em verdade, o estado de necessidade sob o qual se baseia a exceção não poderia ter qualquer forma jurídica. Assim, a exceção se instituiria, *indistintamente*, entre o elemento político e o elemento

jurídico (AGAMBEN, 2003, p.9) e, a partir da distinção entre *potestas* e *auctoritas*<sup>9</sup>, o estado de exceção é o dispositivo que, em último termo, mantém unidos esses dois aspectos, instituindo a indecidibilidade entre *vida* e *direito*, entre *potestas* e *auctoritas*, de modo que, quando tendem, esses dois elementos, coincidir em dialética numa só pessoa, a exceção se transmuta em regra e o sistema jurídico-político transforma-se em uma máquina letal (AGAMBEN, 2003, p. 110).

Um breve desenvolvimento sobre a crítica de Agamben àqueles que consideram o problema da exceção mais como uma questão de fato do que como um problema jurídico, de modo a se poder justificar, a partir do argumento do estado de necessidade, a violação da norma no caso concreto, remete-nos à tentativa de explicação do jurisfilósofo de que esse sentido de necessidade conduziria à referência de um caso particular no qual não existiria o caráter imperativo de obediência à lei (AGAMBEN, 2003, p. 35-36) que divergiria da menção ao termo *estado* (de exceção ou de necessidade) que seria indicativo de *status* ou de uma “*situazione dell’ordine giuridico come tale*” (AGAMBEN, 2003, p. 36).

O *status necessitas* seria uma “zona ambígua e incerta, em que os procedimentos de fato, em si extra ou anti-jurídicos, penetram o direito e norma jurídica indeterminando-se como meros fatos; um limiar, isto é, em que fato e direito parecem se tornar indecidíveis” (AGAMBEN, 2003, p. 40, tradução nossa). Se na maioria dos sistemas jurídicos modernos o magistrado tem a obrigação de pronunciar um julgamento, ainda que diante de uma lacuna na lei, é possível dizer, reiterando o que já dissemos para o contraponto entre Agamben e Schmitt, que o estado de necessidade representa, na crítica de Agamben (2003, p. 42, tradução nossa), uma “lacuna no direito público, em que o poder executivo é obrigado a remediar” e que, enquanto consequência imediata, a aferição da necessidade não seria ato objetivo mas subjetivo e fruto da decisão enquanto algo indecidível de fato e de direito (AGAMBEN, 2003, p. 41).

---

<sup>9</sup> Agamben (2003, p. 109-110) conclui que “il sistema giuridico dell’Occidente si presenta come una struttura doppia, formata da due elementi eterogenei e, tuttavia, coordinati: uno normativo e giuridico in senso stretto – che possiamo qui iscrivere per comodità sotto la rubrica potestas – e uno anomico e metagiuridico in senso stretto – che possiamo chiamare col nome di auctoritas [...] Lo stato di eccezione è il dispositivo che deve, in ultima istanza, articolare e tenere insieme i due aspetti della macchina giuridico-politica, istituendo una soglia di indecidibilità fra anomia e nomos, fra vita e diritto, fra auctoritas e potestas”.

Segundo Agamben (1995, p. 31), no que concerne a essa indecidibilidade entre *quasetio facti e quaestio iuris* ou entre fato e o direito, o direito teria sentido normativo, não em razão de comandar e presecrver, mas porque, antes de mais nada, deve gerar o espeque de sua própria referência na vida real, a normalizar essa realidade (AGAMBEN, 1995, p. 31). Com outros dizeres, quanto ao sentido da exceção enquanto estrutura da soberania, Agamben (1995, p. 34, tradução nossa) entende que “se a exceção é a estrutura da soberania, então a soberania não é um conceito exclusivamente político, nem uma categoria exclusivamente jurídica, nem um poder externo ao direito (Schmitt) [...] é a estrutura original em que o direito se refere à vida e a inclui em si mesma por meio de sua suspensão”.

Ainda quanto ao paradoxo da soberania, a indagação feita por Agabmen (2003, p. 33, tradução nossa) é a de que “se o que é próprio do estado de exceção é a suspensão (total ou parcial) do ordenamento jurídico, como poderá essa suspensão ser ainda compreendida na ordem legal?”. A resposta é que o estado de exceção “não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas, se indeterminam” (AGAMBEN, 2003, p. 33-34, tradução nossa), de forma que, enquanto conceito-limite, a exceção se mantém em relação com a norma na forma da sua suspensão, ou seja, “a norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se dela” (AGAMBEN, 1995, p. 22, tradução nossa). É por isso que se diz que o estado de exceção é uma lacuna no direito público em que o poder executivo deve remediar ou uma “abertura de uma lacuna fictícia no ordenamento, com o objetivo de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade à situação normal” (AGAMBEN, 2003, p. 42, tradução nossa) à serviço do soberano, não sendo, assim, possível a regulação jurídica de qualquer coisa que, por sua essência, escapava do âmbito do direito positivo (AGAMBEN, 2003, p. 21).

Não obstante todo desenvolvimento sobre o problema do estado de exceção se baseie sempre mais numa crítica de sentido filosófico do que metodológico, parafraseando Aroso Linhares (2017, p. 92), é possível apenas sugerirmos, a partir das poucas tintas de projeções metodológicas vislumbradas no decorrer do percurso agambeniano, principalmente em razão de Agamben ter reconhecido que a ausência de uma teoria do estado de exceção faz com que se denuncie o estado de necessidade

enquanto uma lacuna no direito público, que se trata de um concepção desconstrutivista que, por si só, critica e alimenta a defesa de um não formalismo enquanto solução para as situações-limites, de modo a nos fazer entender que todo caso prático excepcional seria também, por si só, e já com a terminologia de herança do positivismo norte-americano, um caso difícil.

A resposta de sentido filosófico sobre o estado de necessidade se apresentaria por ocasião da interpretação de Agamben direcionada ao paradigma da situação extrema ou situação-limite e que corresponderia ao estado de exceção (AGAMBEN, 2008, p. 56). Agamben diverge de outras posições contemporâneas sobre o excepcionalismo que concebem, enquanto distintos, os sentidos de exceção e emergência. Para o jurisfilósofo, há equiparação entre emergência e exceção sob a justificativa de que, no limite, a situação de emergência extrema é uma espécie de exceção (AGAMBEN, 2008, p. 58). Assim, por exceção, denota-se que é evento que se refere a todas as situações limites que remontam ao paradigma do estado de exceção, tal qual as situações de emergências extremas que ocorreram sob a ideologia nazista em *Auschwitz*, lugar em que o estado de exceção coincidiu, de maneira perfeita, com a regra e a situação extrema converteu-se no próprio paradigma da exceção. *Auschwitz* representava, precisamente, esta paradoxal tendência que se transforma no seu contrário, tornando interessante a situação-limite (AGAMBEN, 2008, p. 57).

Também não coaduna, Agamben, com a distinção *estanque* de sentido teórico entre normalidade e exceção. Haveria distinção entre o estado de exceção e a situação normal em que cada estado se influenciaria reciprocamente, mantendo normalidade e exceção separados no espaço e no tempo (AGAMBEN, 2008, p. 58). Ocorre que a ideia da exceção enquanto paradigma do governo tem o condão de mostrar, abertamente, a convivência entre normalidade e exceção, conforme ocorreria hoje de maneira cada vez mais frequente, iluminando-se uma à outra e isso implica que a situação extrema já não possa servir de critério de distinção mas que a sua lição é, antes de mais nada, a da imanência absoluta, a de ser tudo em tudo. A partir dessa recíproca influência entre normalidade e exceção, a resposta agambeniana ao sentido da exceção será aquela que diz que a filosofia pode ser definida como o mundo visto em situação extrema que se tornou a regra (AGAMBEN, 2008, p. 58).

No sentido-paradoxo do estado de exceção, situam-se inúmeras exemplificações históricas de situações-limites que, em verdade, constituíram-se e ainda constituem, algumas delas, a experiência de vida nesse próprio estado. Dentre elas, em *Mezzi Senza Fine note sulla politica*, há menção ao ensaio de Arendt que informa sobre a condição de refúgio da Alemanha nazista, situação em que o filósofo italiano diz constituir o “*paradigma di una nuova coscienza storica*” (AGAMBEN, 1996a, p. 6, grifo nosso). Nesse mesmo contexto, faz consideração aos refugiados enquanto aqueles que lhes foram retirados todos os direitos, não lhes sendo permitido invocar, sequer, uma identidade nacional (AGAMBEN, 1996a, p. 6). O refúgio representaria a situação de exceção que teria se mantido e se verificaria na era moderna e por isso não se trataria somente de urgência. Para Agamben (1996a, p. 23), é preciso levar a sério a formulação de Arendt, segundo a qual haveria uma indissolubilidade entre o destino dos direitos humanos e do Estado-Nação moderno, haja vista que a queda deste implicaria, certamente, que aqueles se tornassem obsoletos<sup>10</sup>. A crise-paradoxo se instituiria quando o Estado-Nação não protegesse os direitos do homem nas ocasiões em que é seu dever fazê-lo (1996a, p. 23-24).

Mais uma vez, o sentido biopolítico do estado de exceção é identificado, contemporaneamente, com as medidas securitárias norte-americanas adotadas após os eventos terroristas de 11 de setembro de 2001, momento histórico em que, tal qual no *detainee* de Guantánamo Bay, a vida nua atinge sua máxima indeterminação (AGAMBEN, 2003, p. 12-13). Toda essa abordagem histórica teria contribuído para a formação contemporânea de um verdadeiro paradigma mundial de segurança cujo principal ator é a cultura do medo imposta pelo executivo e polícia norte-americanos a imprimir “uma gigantesca máquina de produção e gestão da desordem” (AGAMBEN, 2005a) na luta contra o terrorismo e que se torna uma exemplo de “sociedade do espetáculo” que, malgrado a aparência, tratar-se-ia do reconhecimento de que uma espécie de organização democrática-espetacular-mundial estaria tomando forma e que correria o risco de se tornar a mais drástica tirania da história da humanidade, em que o

---

<sup>10</sup> Em outra oportunidade, Arendt (2009, p. 354) disserta sobre as consequências do refúgio extendidas a todos os processos de mobilidade e deslocamento das pessoas no mundo: “perdimos nuestro hogar, es decir, la cotidianidad de la vida familiar, nuestra ocupación, es decir, la confianza de ser útiles en este mundo; la lengua, es decir, la naturalidade de las reacciones, la simplicidade de los gestos, la sencilla expresión de los sentimientos [...]”.

direito de resistir e discordar se tornaria cada vez mais difícil. (AGAMBEN, 1996a, p. 71).

Foi, inclusive, por influência de Arendt que Agamben desenvolve, no estilo pós-moderno, a crítica à concepção de origem iluminista sobre os direitos humanos. Para Agamben (1996b, p. 3-4), a singular afirmação de Arendt sobre o declínio do Estado-nação e o fim dos direitos do homem que conduziria a sorte dos direitos dos homens à sorte do Estado-nação parece implicar a ideia de uma conexão intrínseca e necessária entre eles que, todavia, Arendt teria deixado pendente de julgamento. O paradoxo denunciado por Arendt, seguido pela concepção agambeniana, indica que a figura que teria de encarnar, por excelência, o homem de direitos – o do refugiado – marca, ao invés disso, uma crise radical desse conceito. Isso porque estaria implícito na ambiguidade inerente ao próprio título da declaração de 1789: *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, em que não se apresentaria, em sentido claro, se os dois termos – homem e cidadão - nomeariam duas realidades autônomas ou formariam, ao contrário, um sistema unitário em que toda a concepção de “homem” já estaria sempre contida e oculta na concepção de “cidadão”, bem assim não restaria claro qual o sentido da co-relação entre eles (AGAMBEN, 1996a, p. 23-24, 1996b, p. 3-4).

Identifica, Agamben (1996b, p. 4-5), que, no segundo período do pós-guerra, o destaque instrumental nos direitos do homem e a inflação de instrumentos legislativos internacionais e supranacionais – e a correlata ideia de valores universais e eternos - acabou bloqueando um entendimento autêntico do sentido histórico do fenômeno dos direitos humanos. O correto entendimento seria o de que os instrumentos que reproduzem esses direitos representariam figuras originárias de atribuição da vida natural à ordem jurídico-política do Estado-nação. Aquela vida natural e nua que, na idade antiga, era politicamente indiferente e pertencia a Deus e, no mundo clássico, era, ao menos aparentemente, distinta enquanto *zoe* da vida política, entraria agora, como prioridade, na estrutura do Estado até se tornar o fundamento de sua legitimidade e soberania (AGAMBEN, 1996b, p. 4, tradução nossa). É por tudo isso que Agamben (1996b, p. 9) concorda com Arendt quando este diz que o “homem de direitos” é aquele que, verdadeiramente, representa a primeira e única aparência real do homem, sem a máscara do cidadão em que usualmente ele esconde.

Ainda na obra traduzida para o espanhol como a *Política del Exílio* (1996), associadas à crítica à concepção de direitos humanos, encontram-se exemplificações dos processos de desnaturalização e desnacionalização maciça de nacionais levados a cabo, principalmente, nos campos de concentração pela ideologia nazi-socialista na segunda guerra mundial, revelando, assim, o caráter biopolítico desses institutos e uma relação circular da crítica aos direitos humanos enquanto ideia primária e a concepção da biopolítica originalmente reconstituída por Agamben em *Stato di Eccezione*. Mais concretamente, desde a primeira guerra mundial, o nexo nação-nação não seria mais capaz de desempenhar sua função legitimadora dentro do Estado-nação de normas que permitiam a desnaturalização e desnacionalização maciça de seus próprios cidadãos (AGAMBEN, 1996b, p. 9). Exemplificadamente, esses processos ocorreram sob o regime fascista italiano com a promulgação de leis contrárias aos cidadãos que haviam se mostrado indignos da cidadania italiana, até ao extremo das mesmas situações conduzidas em prol da “*protección de la sangre y el honor alemán*” em que se dividiu, não só os cidadãos alemães entre aqueles de plena cidadania e de cidadania de segunda classe, mas determinava que os nazistas observassem, no decurso da “*solución final*”, a proibição de enviar judeus aos campos de extermínio sem os ter desnaturado completamente (AGAMBEN, 1996b, p. 10).

Foi por tudo isso que concluiu, Agamben (1996b, p. 11), que o sentido paradoxo dos direitos humanos tem se tornado a causa para o fracasso da concepção cosmopolita e dos esforços dos organismos internacionais em tentar lidar, por exemplo, com o problema dos refugiados e da salvaguarda de seus direitos. Especificamente quanto a situação dos refugiados, enquanto sujeitos globalmente deslocados de seus próprios lugares, com a crítica de Almena (2010, p. 132), a pergunta que nos faz refletir e que permanece não respondida é essa: “*qué le sucede a alguien cuando pierde su lugar en el mundo?*”. A importância de compreender o refúgio enquanto modelo global de mobilidade e deslocamento é que esses movimentos afetariam a todos nós e somente confirmariam as teses de Arendt e Agamben quanto ao que se pode denominar de cosmopoliticismo negativo enquanto modo de mobilidade explicativo daqueles que “*pierde su estatus jurídico en su propio país a causa de su religión, lengua, cultura o orientación sexual; cuando se ve despojado de sus bienes materiales y de las*

*capacidades para procurarse sustento; cuando se ve obligado a marcharse a outro país forzado [...]*<sup>11</sup> (ALMENA, 2009, p. 132-133, grifo nosso).

Ainda sob a influência de Arendt, os campos de extermínio representam, no pensamento de Agamben, o exemplo mais citado de estado de exceção enquanto paradigma de governo. Enquanto ponto de partida, ressalte-se que a expressão *Auschwitz*, que compõe o título do ensaio traduzido para o português como *O que resta de Auschwitz*, faz retomar o sentido do estado de exceção, enquanto que a expressão *o que resta* não significa algo que poderia restar dos terríveis acontecimentos nos campos de concentração, mas antecipa o núcleo teológico e messiânico da resposta de Agamben ao problema do estado de exceção (AGAMBEN, 2008, p. 10).

Na tradução para o espanhol, *O que é un campo?*, o campo foi identificado pelo lugar onde a condição desumana mais absoluta que já foi datada na Terra se tornou realidade e, nesse sentido, o campo não seria observado como um fato histórico ou uma anomalia relativa ao passado – embora, eventualmente, ainda hoje alcançável – mas sim como o *nomos* do espaço político em que ainda estaríamos vivendo (AGAMBEN, 1998, p. 3). O campo seria o espaço que se abriria quando o estado de exceção começasse a se tornar a regra. Na época histórica dos campos de extermínio, o estado de exceção, que era essencialmente uma suspensão temporária da ordem, teria adquirido uma ordem especial permanente que, como tal, permaneceu, no entanto, constantemente fora da ordem normal (AGAMBEN, 1998, p.4). Em Agamben (1996b, p. 7), os campos de concentração fizeram do fascismo e do nazismo os movimentos biopolíticos históricos mais importantes e que tornaram a vida natural o lugar por excelência da decisão soberana.

Contemporaneamente, a política de segurança pública é o maior exemplo ao qual o discurso crítico de Agamben se dirige, podendo-se dizer que se trata de um dispositivo ou fenômeno biopolítico que influencia concepções de caráter neoliberal sobre o sentido do direito nas emergências – tal qual veremos pela resposta de Posner – tornando-as instáveis e extremamente subjetivistas (NEIL, 2010, p. 92), constituindo-se de um modelo de resposta que regride ao sentido das práticas do soberano em Schmitt.

---

<sup>11</sup> Perde seu status jurídico em seu próprio país por causa de sua religião, idioma, cultura ou orientação sexual; quando se vê despojado de seus bens materiais e as capacidades para adquirir sustento; quando se vê obrigado a sair para outro país forçado. (tradução nossa)

Em ensaio mais recente intitulado de *Che cos'è un dispositivo?*, Agamben (2006, p. 7-8) reconvoca Foucault para reconstituir a genealogia do termo dispositivo num contexto histórico mais amplo que passa a significar aquilo que, de alguma forma, seja capaz de capturar, orientar, determinar, modelar e controlar o gesto, a conduta, opinião e discursos do homem (AGAMBEN, 2006, p. 21-22). A ideia do dispositivo em Agamben não se reduz às prisões, aos manicômios, ao panóptico e às escolas, mas também à própria filosofia e à própria linguagem que talvez sejam os mais antigos dos dispositivos em que há milhares de anos um primata – provavelmente sem se dar conta das consequências que se seguiriam – teve a inconsciência de se deixar capturar (AGAMBEN, 2006, p. 21-22).

Da linguagem enquanto exemplo de dispositivo, extrai-se de uma das mais recentes obras de Agamben (2016, p. 15), *Che cos'è la filosofia*, que devemos olhar para o incompreensível como uma aquisição exclusiva do primeiro dos homens – o *homo sapiens* – e para o indescritível enquanto categoria que pertence exclusivamente à linguagem humana. O caráter próprio da linguagem humana, ou o problema da linguagem humana, é que ela estabelece uma relação particular com o ser que fala e que a designou e qualificou. Decorre disso que de tudo o que nomeamos e concebemos, somente pelo fato de já ter sido nomeado, já é, de algum modo, presumido para a linguagem e para o conhecimento. Há, assim, um caráter prévio, teórico e pré-suposto da linguagem com o qual qualquer princípio absoluto ou transcendental deve, com esta linguagem, conformar-se. Com esse paradigma linguístico, a específica relação entre linguagem e palavra conduziria à relação entre direito e vida, entre o julgamento das Cortes e a vida, em que o direito seria identificado com a prévia existência de um padrão de linguagem que buscaria abstrativizar e generalizar acontecimentos que não corresponderiam à realidade (AGAMBEN, 2003, p. 52 ss.).

Se regressarmos, com Arias (2010, p. 232), à crítica de Agamben à formulação cosmopolita dos direitos humanos, é possível verificar que a lógica da exceção é também sentida pela estrutura biopolítica do dispositivo dos direitos humanos enquanto mecanismo que legitimaria intervenções arbitrárias pois desapareceria a mediação pela norma, fulminando num dispositivo que contemplaria a vida como uma constante contingência e que, por isso mesmo, reclamaria, incessantemente, a intervenção de medidas excepcionais para que, na prática, o estado de normalidade fosse reconstituído

a cada nova intervenção. Com a crítica de Dillon e Reid (2009, p. 9), essa concepção de direitos humanos faz do dispositivo a representação de uma soberania em que o poder e a vida estariam umbilicalmente conectados.

A estrutura biopolítica do paradigma contemporâneo de segurança pública nos convoca, ainda, à indagação sobre o sentido da liberdade em Agamben face à instauração do referido paradigma. Para tanto, em *O que resta de Auschwitz*, com o fim de denunciar-criticar a dicotomia de sentido clássico entre liberdade e segurança em que a segurança prevaleceria sobre a liberdade, Agamben (2008, p. 62-65) convoca a filosofia de Bettelheim e a ideia de ponto limite de retorno nas situações de extrema emergência, tais quais aquelas que simbolizavam a total redução dos muçulmanos nos campos de concentração. Para este último filósofo, o que estaria em jogo numa situação extrema de exposição-limite, em termos morais, seria continuar sendo ou não um verdadeiro ser humano a possuir o valor da liberdade enquanto dignidade e respeito de si mesmo.

Na situações extremas, a margem de liberdade e de escolha real eram praticamente inexistentes (AGAMBEN, 2008, p. 62-65). Essas situações representavam o trânsito para além do ponto sem retorno que se constituiria da experiência desconcertante a realizar a separação entre o humano e o não humano (AGAMBEN, 2008, p. 64). Em outras palavras, tratar-se-ia de conduzir a liberdade à situação-limite representativa da redução da *bios* enquanto *vida nua*, abrindo-se “espaço para a declinação neo-humanística e, sem surpresa, designa não só a vida natural, física mas ainda em medida igualmente significativa a vida cultural” (SPOSITO apud BRONZE, 2012, p. 339) enquanto *zoe*, contribuindo para a instituição de um novo paradigma: o da identidade sem pessoa.

### **2.3 A resposta-revolução messiânica e as sucessivas rejeições do direito**

A resposta-solução de Agamben para as situações de emergência também demanda o estudo conjugado de alguns dos ensaios de base já mencionados. Não erraríamos em dizer, desde já, que essa resposta traduzirá a marca mais evidente de que sua filosofia se insere no contexto do pensamento filosófico pós-moderno, entendendo-se por pós-moderno o fator de desencantamento e a crítica desconstrutiva das

Instituições ocidentais tradicionais, assim como a descrença em relação às metanarrativas (LYOTARD, 1991, p.4). Um pós-modernismo “associado à decadência das grandes idéias, valores e Instituições ocidentais” e que, pela desconstrução, traduz-se em filosofia de “reflexão sobre uma aceleração dessa queda do niilismo e [...] pretende revelar o que está por trás desses ideais maiúsculos, agora abalados, da cultura ocidental” (SANTOS, 1987, p. 71-72). É ainda esse mesmo discurso de teor negativista e desconstrutivista que faz com que a filosofia crítica agambeniana também possua traços pós-estruturalistas, de modo a absorver o tema da historicidade – e a negar essa historicidade – em substituição à estrutura e a conferir relevo aos processos de descontinuidade e transformação (DOSSE, 2007, p. 429-431), em que a *praxis* jurídica será assumida enquanto produto da cultura e da história.

É curioso observar, desde agora, que o messianismo, enquanto fim último da revolução ideologicamente projetada por Agamben, surge já no início do percurso literário do Autor, no original *Infanzia e storia: distruzione dell'esperienza e origine della storia* (1978), e não ao fim do ciclo *Homo Sacer*. Com o objetivo de propor um ciclo investigativo mais completo, mas certamente não exaustivo, para a explicação da revolução de sentido messiânico enquanto resposta para o problema do estado de exceção, convocaremos não só a versão traduzida para o português, *Infância e História: destruição da experiência e origem da história* (2005b), mas também *Il tempo che resta: Un commento alla Lettera ai Romani* (2000), *Mezzi Senza Fine: Note sulla politica* (1996), *The open: man and animal* (2004), *La comunità che viene* (1990), *Che cos'è un dispositivo?* (2006), *O que resta de Auschwitz* (2008), *O que é contemporâneo?* (2009b), *Potentialities* (1999) e *Altissima povertà: regole monastiche e forma di vita* (2018).

A revolução político-ideológica enquanto resposta ao problema do estado de exceção está mais evidente em *Mezzi Senza Fine: Note sulla politica*, ocasião em que o Autor reclama a possibilidade de uma política não estatal que não esteja sob o domínio do poder soberano, como uma vida política que deveria ser pensada apenas a partir da irrevogável emancipação de toda soberania (AGAMBEN, 1996a, p. 17). Nesse mesmo sentido, seria então pensável para as pessoas do nosso tempo a mobilização de força conjunta para se refugiar e instituir uma política comunitária ou uma nova filosofia política. Deveriam, as pessoas, abandonar a ideia de que são representadas por sujeitos políticos e elaborar sua própria filosofia política (AGAMBEN, 1996a, p. 20-21).

Tal revolução não tem, contudo, qualquer elemento anarquista ou violento. Ao contrário, em *Infância e História: destruição da experiência e origem da história*, deixa-se transparente que se trata de ato político-ideológico e comunitário que tem como objetivo, não o de produzir uma nova cronologia, mas fazer parar o tempo, modificando-o qualitativamente (AGAMBEN, 2005b, p. 122-128). No mesmo sentido, em *Il tempo che resta: Un commento alla Lettera ai Romani*, encontra-se a explicação de que o tempo messiânico que resta não é o tempo com precisão cronológico-causal que nos transforma em “impotentes espectadores diante de nós mesmos”, mas sim o encontro com um tempo real operativo em que nós somos e estamos e nos situamos (AGAMBEN, 2000, p. 68, tradução nossa), representativo de “uma nova experiência do tempo” (AGAMBEN, 2005b, p. 122-128). A interpretação do tempo messiânico faz com que Agamben, em outra oportunidade, consagre, num patamar mais alto, o indivíduo que se apresenta enquanto contemporâneo. Assim, seria verdadeiramente contemporâneo “aquele que não coincide perfeitamente com o tempo em que vive, nem está adequado às suas pretensões, tornando-se, portanto, inatual e, exatamente por isso, em razão desse deslocamento e anacronismo, é capaz, mais do que os outros, de perceber e apreender o seu tempo” (AGAMBEN, 2009b, p. 58-59).

A tarefa da revolução deve ser a de rompimento com a historicidade e com o *continuum da história*, numa espécie do que Agamben (2005b, p. 125) denomina de “suspensão messiânica do acontecer”, de modo a fazer parar o caráter repetido, prolongado e permanente da exceção. Nessa ordem de ideias, o sentido messiânico da revolução revelaria que o estado de exceção é ele próprio anti-messiânico (AGAMBEN, 2000, p. 98-102). Não obstante Agamben (2005b, p. 124) afirme que sua filosofia pode ser aferida por bases concretas, distante de qualquer formulação irreal, importante observar, desde já, a evidente identificação, em *Infância e História: destruição da experiência e origem da história*, do sentido metafísico da revolução. Esses foram os dizeres do Autor, explicando o sentido do termo revolução empregado por Benjamin:

[...] ao instante vazio e quantificado, ele opõe um <tempo agora> (*Jtzt-Zeit*), entendido como suspensão messiânica do acontecer, que <reúne em uma grandiosa abreviação a história da humanidade>. É em nome deste <tempo pleno>, que é <o verdadeiro lugar da construção da história>, que Benjamin, diante do pacto germano-soviético, conduz a sua lúcida crítica das causas que levaram à catástrofe as esquerdas europeias no primeiro pós-guerra. O tempo messiânico do hebraísmo, <no qual cada segundo era a pequena porta pela qual podia entrar o messias>, torna-se assim o modelo para uma concepção da

história <que evite toda a cumplicidade com aquela à qual os políticos continuam a ater-se> [...]

O entendimento da situação messiânica por excelência é conferido por Agamben (1999a, p. 163) a partir da leitura e interpretação de Benjamin sobre a relação dialética negativa entre messianismo e direito. Para Benjamin, nos dias da chegada do Messias estaríamos nós, também, no estado de exceção que vivemos e que representaria o maior fundamento do surgimento do direito que, por sua vez, constituiria-se da forma do julgamento sumário do Messias, passando a ser inserido num estado de exceção perpétua (AGAMBEN, 1999a, p. 162). Em defesa intransigível dessa divergência entre direito e messianismo, Agamben (1999a, p. 162-163) sustenta que o reino messiânico não é uma categoria qualquer de experiência religiosa mas sim um conceito limite. Esclarece-nos que o Messias é a figura através da qual a religião é capacitada para confrontar o problema do direito que, por sua vez, é envolvido, constitutivamente e continuamente, em confronto com a própria ideia de filosofia. Nesse sentido, o messianismo representaria o ponto de maior aproximação entre religião e filosofia.

Não somente através de Benjamin, mas a leitura e interpretação dos textos das cartas de *Paulo* aos romanos faz com que Agamben (2000, p. 9) compreenda o sentido e a forma interna do tempo que *Paulo* define como tempo presente<sup>12</sup>. A ideia final e ideológico-revolucionária de fazer parar o tempo que postula Agamben advém também dessa interpretação de *Paulo* sobre o tempo messiânico, cujo sentido é reconstituído por Agamben (2000, p. 10) enquanto um tempo que, projetado ao nosso tempo, representaria o paradigma do tempo histórico, sem pretender, contudo, associar-se às linhas religiosas específicas do cristianismo ou do judaísmo. Viver, portanto, em Messias sem quaisquer outras aspirações religiosas específicas ou sem que isso signifique necessariamente vincular a palavra *christós* da carta de *Paulo* ao nome próprio Jesus Cristo (AGAMBEN, 1999a, p. 22-23), representaria alcançar, por intermédio da revolução político-ideológica, um modo de vida natural – e não uma imposta e cultural forma-de-vida - enquanto exemplo da própria vocação messiânica de *Paulo* que não seria um direito, tampouco constituía-se de uma identidade, mas de uma potência geral que se usava sem ter sido titular dela (AGAMBEN, 1999a, p. 31-32).

---

<sup>12</sup> Essa intenção interpretativa de sentido messiânico já consta do primeiro capítulo do ensaio *Il tempo che resta*: “Questo seminario si propone innanzi tutto di restituire le Lettere di Paolo al loro rango di testo messianico fondamentale dell’Occidente”.

Viver em Messias significaria a expropriação de toda propriedade jurídico-fática – e de toda as categorizações provocadas pelo direito - enquanto reivindicação franciscana do uso contra a propriedade e que faz respeitar o princípio de se viver em estado de total pobreza, num *modus vivendi* totalmente subtraído da esfera do direito ou em total desativação do direito que ocorre através de um exercício de uso que o direito não produz mas o reconhece enquanto conteúdo externo a si mesmo (AGAMBEN, 2018, p. 153). Por isso que a co-relação entre o profano e o direito se estabeleceria de tal modo que o termo profano indicaria aquilo que, “de sacro ou religioso que era, seria restituído ao uso e à propriedade do homem” (AGAMBEN, 2006, p. 26-28, tradução nossa).

É nesse mesmo sentido que, em *Altissima povertá: regole monastiche e forma di vita*, Agamben (2018, p. 116) defende um modo de vida em conformidade com a *vita apostólica* ou *evangélica*, numa reivindicação da pobreza que está presente em todos os movimentos; que não é nova e tampouco serve a uma forma de vida da tradição monástica enquanto prática ascética ou mortificadora para obtenção da salvação, mas pode representar a parte inseparável e constitutiva da prática alegre da vida apostólica e santa de uma comunidade que vem posteriormente à revolução, cujo núcleo essencial será o da pura política enquanto fator conformador do direito.

Quanto às condições e possibilidades do direito no pensamento de Agamben é importante frisar, desde já, que o tratamento primeiramente conferido à revolução messiânica no original *Infanzia e storia: distruzione dell'esperienza e origine della storia* (1978) ocorreu sem fazer menção à renúncia ou ao abandono do direito. Um passo a mais na cronologia de obras, em *Il tempo che resta* (2000), fala-se em transformação da condição jurídica sem a sua necessária deposição e, somente mais recentemente, no limiar do fechamento do ciclo *Homo Sacer*, em *Altissima povertá: regole monastiche e forma di vita* (2018), o tratamento já é o da completa fuga e renúncia ao direito. Denota-se, nessa linha de raciocínio, que, desde o início do percurso literário do filósofo italiano, há sucessivas rejeições do direito, quando não uma erosão progressiva do direito e de seu autônomo sentido. Veja que, não obstante somente em o *Stato di Eccezione* (2003) Agamben tenha rejeitado as respostas positivistas e pragmáticas para o problema da exceção, certo é que o próprio percurso representativo dessas sucessivas rejeições caminha em direção à renúncia ao direito

holisticamente considerado, com indistinção entre as respostas positivistas e pragmáticas.

Necessário, assim, recobramos que imbricado estará, o sentido do direito, no pensamento do Autor, por ocasião da tentativa de formulação da resposta ideológico-política ao problema do estado de exceção. A resposta-revolução, ainda que de sentido messiânico, é marcada por um desencantamento ou mesmo negação de que essa resposta se efetive na prática, de modo a restar praticamente impossível o reencontro do homem com a *vida nua*, ante a evidência do corrompimento da *vida* pelas instâncias de poder. Para o Autor, a verdadeira política foi contaminada pelo direito, tendo sofrido transformação duradoura, conduzindo ao declínio do verdadeiro sentido da *vida nua* quando esta manteve constante relação com a realidade jurídica que se terá de recusar. Assim, a *pura* política seria aquela ação que rompe o nexo entre a violência e o direito, abrindo espaço para o que o Autor denomina de *puro* direito (AGAMBEN, 2003, p. 112-113).

A contraposição da verdadeira política à realidade jurídica nos remete à concepção de que, em Agamben, o direito apresenta necessária correlação com a violência empregada pelas instâncias de poder, tornando-se co-responsável pela “contaminação” da verdadeira política e da *vida nua*. Há, contudo, no referido pensamento, outro sentido conferido ao direito que, se não inserido nas estruturas de poder, torna-se-ia *puro*. A única forma possível para se alcançar esse *puro* direito, fazendo-se realizar uma *pura* política, passa pelo desligamento do direito das instâncias de poder, abrindo-se espaço para o uso alternativo do direito como instrumento e a favor de uma política *pura* que possa romper o nexo entre violência e direito<sup>13</sup>. Se convocarmos a crítica de Castanheira Neves (1999, p. 89), trata-se de um direito a que se deve negar porque “vinculado a uma sociedade e a uma cultura que se deveriam recusar e que a história haveria de superar”. É nesse viés explicativo que se encontra a conclusão de Agamben (1996a, p. 51-52), segundo a qual a *vida nua*, se despolitizada do poder, corresponderia ao verdadeiro *gesture*, de modo que, somente a partir daquele exercício de negação do direito, a *pura* política propiciaria a abertura da dimensão ética

---

<sup>13</sup> Veramente politica è, invece, soltanto quell'azione che recide il nesso fra violenza e diritto. E soltanto a partire dallo spazio che così si apre sarà possibile porre la domanda su un eventuale uso del diritto dopo la disattivazione del dispositivo che, nello stato di eccezione, lo legava alla vita. Avremo allora di fronte un diritto 'puro', nel senso in cui Benjamin parlò di una lingua 'pura' e di una 'pura' violenza” (AGAMBEN, 2003, p. 112-113).

- esfera do *ethos* - como esfera essencialmente mais humana (AGAMBEN, 2004, p. 5-8).

No estado de exceção agambeniano há uma subversão e redução da verdadeira política pelo direito que se utilizaria de categorias e conceitos políticos em suas formulações. Os paradigmas políticos ficariam, então, inseridos no estado de emergência enquanto fenômeno mais jurídico e apenas marginalmente político (AGAMBEN, 2004, p. 11). Ante a referida redução, a saída é a profanação dos dispositivos de governo e a assunção de um ingovernável como ponto de fuga e início de uma nova política (SCRAMIM; HONESKO, 2009, p. 14-15).

Sob a influência de Aristóteles, no ensaio traduzido para o português, *O amigo*, Agamben (2009c, p. 90-92) sugere uma interpretação que afirme um sentido ontológico e, simultaneamente, político da amizade com o fim de construir o verdadeiro sentido da política na comunidade que vem ou pós-histórica. A amizade, enquanto a forma de um “*com-sentir*” a existência do amigo, representaria, não uma comunidade em cuja política estaria a divisão e a partilha de uma ou outra classe comunitária; muito menos uma comunidade que se baseie pela simples ausência genérica de condições para sua fundação, tal qual uma comunidade negativa, mas sim uma comunidade do ser tal qual é (*quodlibet*), cuja única divisão e partilha seja puramente existencial, ou seja, uma comunidade em que a política seja a amizade. Podemos dizer que se trata de uma comunidade que vem que não visa o futuro, tampouco o passado que é rompido, instituindo-se, então, enquanto contemporânea e, portanto, não coincide perfeitamente com o tempo em que vive mas é capaz de perceber e apreender o seu tempo (AGAMBEN, 2009c, p. 58).

Há o rompimento com o direito pois, em sentido oposto à ideia de partilha existencial, para Agamben (2000, p. 50), é o direito que determina a divisão, tal qual ocorreu com a divisão do próprio povo entre judeus e não judeus quando da elaboração da lei dos hebreus. Tratar-se-ia de um direito que se apresenta enquanto fator de contaminação da matéria moral e religiosa e por isso seria equivocado confundir as categorias jurídicas com as religiosas (AGAMBEN, 2008, p. 28).

Com o fim de transcender a qualquer ideia de direito, deverá ter sucesso a *desconstrução* fundamentada, precisamente, na vigência de um direito sem significado, objetivando desconstruir as respostas da política e do direito do nosso tempo enquanto

representativas do próprio estado de exceção. Nesse intuito desconstrutivista, o direito se torna insuperável, indecível, dizendo ser possível, segundo Agamben (AGAMBEN, 1999a, p. 170-171, tradução nossa), comparar a situação do contexto da desconstrução do nosso tempo com aquele do tempo messiânico em que “como todo messianismo, nulifica o direito, mas o mantém enquanto nada de revelador num perpétuo e indeterminável estado de exceção, o ‘estado de exceção’ em que nós vivemos”.

Se o direito é, ele próprio, instrumento revelador da permanência do estado de exceção, é possível afirmarmos que, nas relações entre direito e poder no estado de exceção idealizado por Agamben, o direito se identificaria com o poder. É este o entendimento de Agamben (1999b, p. 63) que, na obra traduzida para o português, *Ideia de prosa*, relaciona a concepção de ato e potência de Aristóteles, de modo a identificar que é a permanência do poder que repousa na relação poder-potência que contamina o direito e a política. Em outras palavras, na relação ato e potência em Aristóteles, o ato se assemelharia ao prazer e nunca se desenvolveria no tempo, enquanto que a potência se inscreveria, essencialmente, na permanência, lançando luz na relação entre poder e potência, de forma que seria o poder que se assemelharia com o sentido conferido à potência pois haveria dentro de nós forças que determinam que a potência permaneça em si mesma e é sobre essas forças que repousa o poder que seria o próprio isolamento da potência, a organização da potência (AGAMBEN, 1999b, p. 63).

É da contaminação da *bios* pelo direito que se faz necessária a submissão do jurídico, enquanto condição profana e desagregadora, ao messianismo a partir de uma ideal de emancipação da condição messiânica para toda humanidade. Uma emancipação-transformação que se faz urgente porquanto é o jurídico que distingue e escraviza; é o direito-lei que teria estabelecido a distinção entre o povo judeu e não judeu e é também o direito, enquanto ordem, que teria promovido a distinção entre homens livres e homens escravos (AGAMBEN, 2000, p. 20-21). Nesse sentido, reivindica, Agamben (2000, p. 20), uma nova condição messiânica que ocorreria a partir da transformação de toda condição jurídica que, por sua vez, não seria, por essa razão, totalmente abolida.

Sucessivamente, em *Altissima povertá: regole monastiche e foma di vita*, haverá ulterior rejeição do direito, renunciando-o por completo. Agamben (2018, p. 135,

tradução nossa) toma como rumo decisivo a constituição de sentido da relação entre *regola e vita* ou a “*forma vivendi francescane*” de um lado e a esfera do direito de outro. Assim, o franciscanismo poderia ser definido, nas atuais condições da sociedade, talvez hoje e para todos uma impensável “tentativa de realizar uma vida e uma prática humana absolutamente fora da determinação do direito”. Uma prática de realização humana fora das intencionalidades do direito que não mais representaria a *forma-de-vita* própria e inatingível do direito, mas sim uma *forma vitae* que pudesse exprimir a intenção própria do *francescanesimo* (AGAMBEN, 2018, p. 137). Antes mesmo de concluirmos o desenvolvimento da resposta de sentido messiânico, são merecedores de mais atenção alguns argumentos dessa prática *teológica* que se origina do período medieval e que, em Agamben, representa um fator de imunidade às possibilidades do direito em relação à *vita*.

Na primeira metade do século XIV, a aceitação da tese franciscana da *altissima povertá*, necessariamente, implicava na obrigação de reconstituir a imagem do homem franciscano perante Deus, igreja e a sociedade. O projeto franciscano da altíssima pobreza teria o condão de extirpar do vocabulário daqueles que aderissem à franciscana prática as palavras indicativas de propriedade em seu sentido jurídico, tais como dono e patrão, para fazer incluir as expressões livre, irmão e igual (BÓRMIDA, 2008, p. 10). Tratar-se-ia de um projeto de vida que se contrapunha à igreja oficial do Cristo, na defesa intransigente do princípio da não-propriedade (ou do uso pobre!) e de uma comunidade apostólica sem propriedades (BÓRMIDA, 2008, p. 9), de modo que o grande tesouro da pobreza, tal qual viveram Cristo e os apóstolos, residiria na ideia de que o “homem que renuncia à pretensão de possuir o que pertence somente a Deus, se converte em Senhor de todas as coisas, em dono do universo”(BÓRMIDA, 2008, p. 17).

Agamben entende, então, ser apropriado para o nosso tempo um projeto franciscano resgatado do jusnaturalismo teológico em que o sentido último da relação do homem com as coisas era pautado no princípio do uso pobre. Trata-se, contudo, da reconstituição de um jusnaturalismo que não objetivava o uso das coisas apenas e exclusivamente para o homem, mas que fazia desse princípio um projeto para a igreja e para *toda a humanidade*, de forma a estar imune às críticas dirigidas por Santo Agostinho a um qualquer *herege* “projeto institucional alternativo” (BÓRMIDA, 2008,

p. 14), contestador e radical do franciscanismo que se intitulava apostólico mas não admitia em sua comunhão aqueles que não respeitassem o princípio da não-propriedade, pois usavam os bens dos quais eles se privavam (BÓRMIDA, 2008, p. 10).

Em *Altissima povertá: regole monastiche e foma di vita*, há tinta histórica de que foi a transição do estado de natureza para o direito dos códigos canônicos que fez surgir a separação entre propriedade e uso, constituindo-se, a mencionada distinção, num dispositivo essencial utilizado pelos franciscanos para definir, tecnicamente, a condição específica que eles denominaram de *povertá* ou pobreza. Foi a partir desse dispositivo que, segundo Agamben (2018, p. 137-139), os franciscanos realizaram a neutralização do direito em relação à verdadeira vida. O próprio termo *fratres minores*, que identificava os franciscanos, possuía implicações jurídicas implícitas. Enquanto representantes de uma minoria, sob o ponto de vista jurídico, os franciscanos eram, tecnicamente, *alieni iuris* enquanto categoria alheia a qualquer proteção jurídica.

Convocando o estudo de Tarello (1964 apud AGAMBEN, 2018, p. 138-139), Agamben mostra que a premissa estratégica franciscana sobre a questão da pobreza e da renúncia ao direito deve ser extraída das doutrinas patrísticas e cononísticas da comunhão originária do bem. Segundo essas doutrinas, no estado de inocência em que pelo direito natural todas as coisas pertenceriam a todos, as ideias de propriedade e de todos os direitos humanos surgiriam enquanto direito de todos ao uso de todas as coisas e não naquele sentido de propriedade responsável por fazer com que somente os franciscanos, seguindo os exemplos de Cristo e dos apóstolos, renunciassem a todos os direitos de propriedade, mantendo apenas o uso de fato das coisas. A fuga e renúncia ao direito defendida por Agamben corresponde à “*L’abdicatio iuris*” e ao retorno que esta implica ao estado de natureza e à separação da propriedade do uso dos bens assumidos pelos franciscanos com o fim último de preservar, projetando para toda humanidade, a *forma vitae* em detrimento da *forma-de-vita* própria e inatingível do direito.

Ocorre, contudo, que a solução de rompimento com o direito é, pelo próprio Autor, desacreditada, refletindo a marca de uma ética pós-moderna ao deixar evidente a presença de um niilismo quando afirma restar impossível o reencontro do homem com a vida nua. No estado de exceção, o corrompimento da agenda ética e moral poderia ser justificado pelas diversas atrocidades do passado que fizeram com que a vida se

tornasse um produto da máquina biopolítica do poder e não algo que preexiste a ela, assim como o direito não teria fundamento em qualquer ordem metafísica anterior (AGAMBEN, 2005b, p. 112). Assim, a imposição ao homem da *forma-di-vita* tenderia a obstacularizar o seu reencontro com a *vida nua* porque haveria um contexto inseparável do laço que constitui a forma de vida e a hifenizada forma-de-vida (AGAMBEN, 1996a, p. 17).

Por oportuno, a defesa da necessidade de uma ordem metafísica anterior ao direito se deve aos contributos do existencialismo e da metafísica do pensamento de Heidegger, em cuja filosofia a “fuga do tempo” ocorreria em razão da “repetição-destruição que investe contra a metafísica ocidental em sua totalidade”<sup>14</sup> (AGAMBEN, 2005b, p. 124-125). É, ainda, com o referido ideal revolucionário que, em outra oportunidade, Agamben se utiliza da filosofia de Kojève (1980 apud AGAMBEN, 2004, p. 5-7) para sugerir que, no fim dos tempos, as relações entre homens e animais terão nova forma, quando o homem, por ele mesmo, deverá se reconciliar com sua natureza animal de cuja pureza deveria ser extraída da ideologia política de rompimento com o totalitarismo moderno presente no estado de exceção.

Ao mesmo tempo em que Agamben se inspira na ontologia heideggeriana para construção de uma tentativa de “recuperação humanista” marcada por um assumido “relativismo desconstrutivista” (CASTANHEIRA NEVES, 2008c, p. 554), busca, paradoxalmente, desvencilhar-se de qualquer proposta de sentido teórico, intitulado de prática a sua filosofia ao responder às acusações de uma suposta *estetificação do messianismo* que implicaria numa renúncia da realidade e na sucumbência à mera aparência (AGAMBEN, 2000, p. 38-39). Trata, Agamben (2000, p. 40-41), de recusar a estética messiânica a partir da convocação da dialética negativa de Adorno que, por sua vez, buscou responder às acusações de Taubes sobre a estetificação do messianismo. Para Adorno, a filosofia subsistiria porque o momento de sua realização haveria falhado, sendo o próprio fracasso desse instante de realização que teria obrigado a filosofia a reconhecer a aparência de sua redenção. Nesse sentido, a beleza estética seria

---

<sup>14</sup> Disse, Agamben, sobre o trabalho da filosofia existencialista de Heidegger: “desde o início, a investigação de Heidegger é orientada no sentido de uma situação da história que supere a do historicismo vulgar, e na qual <a afirmação: ‘o Ser-á é histórico’ deverá apresentar-se como um princípio fundamental de caráter ontológico-existencial>, que nada tem a ver <com a simples constatação ôntica do fato de que o Ser-á faz parte da ‘história universal’>”.

uma espécie de castigo que a filosofia deveria sofrer por haver fracassado justamente em sua realização (AGAMBEN, 2000, p. 41).

Já sem a convocação de Adorno, ainda em *Il tempo che resta*, Agamben (2000, p. 98) informa da possibilidade de convivência do tema metafísico com o messiânico, sem que, necessariamente, coincidam. O metafísico diria respeito ao momento da fundação e da origem, enquanto o tema messiânico deveria insistir na realização e cumprimento do tema metafísico. Propriamente messiânica e histórica seria a ideia de que o cumprimento somente é possível retomando e reconvocando o momento de sua fundação, elaborando os resultados finais.

A conclusão que se pode alcançar, em Agamben, quanto à correlação do sentido do direito e a resposta messiânica para o problema do estado de emergência, é que se trata de uma “possibilidade do funcionalismo político” (AROSO LINHARES, 2016, p. 87) e que, certamente, expõe-nos, sem equívoco, a uma compreensão do direito enquanto política, ainda que se trate de um pura política, não se constituindo, todavia, de uma possibilidade verdadeiramente prática. Representa uma política que se postula livre de qualquer institucionalização; uma política comunitária entendida enquanto resultado e produto da intervenção de uma revolução de sentido messiânico que condena, numa tentativa de desconstrução da própria juridicidade, “as práticas e os discursos jurídicos a um uso puramente instrumental” (UNGER, 1983 apud AROSO LINHARES, 2016, p. 87) comprometida com esses objetivos ideológicos-revolucionários.

Ainda com o auxílio do jurisprudencialismo de Aroso Linhares (2016, p. 91, grifo do autor), poderíamos sugerir que a resposta reflete uma “*teoria crítica* que, não querendo ser ciência, culmina numa filosofia prática *sui generes* (numa reflexão sobre os fundamentos que se reconhece a si própria fora e dentro da filosofia [...])” e que, tendo como principais referências o estruturalismo de Foucault e a filosofia crítica de Benjamin, traduz-se em expectativa que “leva a sério o *ideal de emancipação*” e que “se cumpre reconstituindo condições *transcendentais de possibilidade*” (AROSO LINHARES, 2016, p. 92, grifo do autor).

Mais uma vez, é resposta jurisfilosófica que, não sendo de modo nenhum autônoma, desvela-se por um discurso humanista que combate concepções formalistas e pragmáticas sobre o sentido do direito no estado de emergência, numa tentativa de

reinventar a *praxis* do discurso prático, construindo, contudo, respostas que somente se impõem quando renunciam ao direito (AROSO LINHARES, 2013, p. 38). Uma renúncia-negação que implica, inevitavelmente, na renúncia das ordens social, antropológica e da própria realidade social que se situam nas raízes desse direito (CASTANHEIRA NEVES, 1976, p. 176) e, assim sendo, traduz-se, contraditoriamente, numa resposta de negação do próprio homem que, na sua essência social-histórica, também compõe a base do direito, tornando-se, então, “mera abstração fora da realidade social” (CASTANHEIRA NEVES, 1976, p. 181).

Ainda em modo de conclusão, não obstante Agamben (2004, p. 16 ss.) tenha recusado a estetificação do messianismo, afirmando que sua filosofia política possui bases concretas, distante de qualquer formulação irreal, de se ver que há intenção crítico-cultural assuntora de um compromisso revolucionário ideológico que orienta uma crítica avassaladora à realidade político-social e, em extensão, uma negação da realidade jurídica, com fundamento numa utópica, “crítico-ideológica”, “emancipação” (CASTANHEIRA NEVES, 1999, p. 100).

A renúncia ao *impuro* direito ocorre, como dito, numa espécie de desconstrução ahistórica dos valores do direito de modo a condicionar a possibilidade da sua existência e *pureza* à heteronomia da essência religiosa que se situa para muito além do próprio direito, convocando, em regresso, as concepções de juristas cristãos e teólogos do medievo que defendiam uma razão universal e divina acima e além do direito.

Trata-se de uma desconstrução que, predominantemente de sentido subjetivista e niilista, parece bastante eficaz para encontrar os problemas mas não tão acertada para buscar soluções. A ideia da *comunidade que vem* posteriormente à revolução político-ideológica nos leva a recuperar uma certa ideia de comunidade de valor, todavia, desvinculada de qualquer ordem institucionalizada, mas que não deixa de ser uma experiência *sui generis* de comunidade que nos faz recuperar a discussão entre as ideias de comunidade e aquelas de sociedade.

Distante de qualquer tentativa de recuperação da dialética comunidade-sociedade, veremos, em Posner, não uma ideia de desconstrução, mas uma outra que, própria do discurso de sociedade, intenciona rejeitar o direito, instrumentalizando-o ao social. Dito de outro modo, do critério agambeniano de verdade messiânica de sentido

ontológico e metafísico não regressaremos a outro plano especulativo ou teórico, mas caminharemos em direção ao território do pensamento pragmático.

### 3 O PRAGMATISMO INTERDISCIPLINAR DE POSNER EM TEMPOS DE EMERGÊNCIA

#### 3.1 O securitarismo. O realismo jurídico de Holmes e a jurisprudência sociológica de Pound

Objetivando tão somente a contextualização do pragmatismo jurídico de Posner ante o problema da emergência que nos interpela, veremos que se trata de uma pragmática resposta que apresenta correlação direta com o discurso securitarista pós-moderno que, por sua vez, remonta às bases filosóficas do direito penal e processual penal e à concepção da retirada da sociedade civil e dos Estados neoliberais das atividades econômicas, transferindo-a, na sua quase integralidade, à iniciativa privada e à racionalidade dos mercados globais, produzindo, em consequência, a degradação dos direitos sociais que tem sido a progressão avassaladora de um Direito globalmente securitário (MILITÃO, 2012, p. 252).

Em tempos de pós-modernidade, o discurso securitário estaria associado à *propaganda emergencial* da glória de um Estado mais punitivo, menos social e menos interventor (COSTA, 2009, p. 114) e que, para responder aos riscos, vincularia proposições ideológicas, algumas vezes embasadas em *falsas – quando não estratégicas - apreciações de situações emergenciais*, de que a ausência de defesa do Estado punitivo conduziria ao triunfo da criminalidade (COSTA, 2009, p. 115, grifo nosso). Principalmente, após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, a expansão dessa proposta tem sido crucial para consolidar o capitalismo neoliberal (MACHADO, 2004, p. 15 ss.) e os próprios discursos neoliberais, tal qual o de Posner enquanto resposta, essencialmente, político-social sobre os dualismos liberdade/segurança, segurança/insegurança e normalidade/exceção.

Tendo por base as iniciais impressões do movimento filosófico do pragmatismo e de seus múltiplos desenvolvimentos com as doutrinas precursoras do irônico *Metaphysical Club*<sup>15</sup> (MENAND, 2001) de William James, Charles S. Pierce, John

---

<sup>15</sup> A expressão é de Menand que, em *The metaphysical club: A story of ideas in America*, traz, não uma abordagem filosófica sobre esses pensadores, mas os efeitos desses pensamentos para as atuais abordagens sociológicas da moderna “*american life*”. Várias interpretações críticas surgiram quanto à correlação negativa do título da obra com a anti-metafísica enquanto característica comum de cada um

Dewey e até mesmo de Oliver Holmes, outra contextualização a ser feita é a de que o pragmatismo *jurídico* pretendeu direcionar o movimento *filosófico* do pragmatismo e os núcleos duros do consequencialismo, contextualismo e antifundamentalismo<sup>16</sup> (ARGUELHES; LEAL, 2009, p. 176) que lhe constituíram para o direito e o homem prático, distanciando-se de qualquer formulação irreal ou de pressuposições universais e absolutas.

Num brevíssimo desenvolvimento, não se pode dizer que os pensamentos de Holmes, James, Pierce e Dewey estiveram em radical oposição (MENAND, 2001, p. 10). Ressalvadas, claro, as diferenças pessoais e filosóficas de cada um deles, tais pensadores tinham, enquanto ponto de cruzamento temático, a distinção, bem evidente, entre ideia e ideologia. Para todos, as ideias - que seriam produtos de grupos de indivíduos e não se submeteriam a qualquer lógica interna própria - não seriam fatores externos a serem descobertos, mas instrumentos pelos quais as pessoas pudessem melhor lidar com os acontecimentos da realidade social. Nesse sentido, conferiu-se, ao redor das ideias, uma necessária e cética concepção para o bom desenvolvimento da sociedade industrializada e moderna, tendo sido associada às noções de provisoriade, mutabilidade e adaptabilidade ao comportamento humano e ao meio ambiente, fazendo com que as ideias nunca se resolvessem em qualquer ideologia (MENAND, 2001, p. 11-12).

Será, contudo, a partir dos contributos da *science of policy* de Holmes (1881), para quem o direito não poderia ser pautado no cientificismo lógico mas sim na experiência enquanto a lógica do razoável<sup>17</sup>, e da *sociological jurisprudence* de Pound, cuja defesa consistiu na conformação de princípios e doutrinas às condições humanas, bem assim na *pretensão* “de inserir, como central, o fator humano e relegar a lógica a sua posição de verdadeiro instrumento” (POUND, 1908, p. 609-610, tradução nossa),

---

desses pensamentos, dentre elas destaca-se a crítica de Mcallister (2002, p. 377), para quem: “[...] Moreover, the subjects of this book all tended in a rather anti-metaphysical direction”.

<sup>16</sup> Encontra-se em Arguelhes e Leal (2009, p. 176), o antifundacionalismo como a vertente do pragmatismo que recusaria a existência de componentes de ordem metafísica ou quaisquer conceitualizações de sentido abstrato, imodificável e intransigível às transformações da sociedade; o contextualismo enquanto vertente que conceberia a interpretação jurídica pautada numa ordem prática em que o direito seria visto como uma prática social; no consequencialismo as decisões deveriam ser sempre baseadas nas consequências práticas futuras.

<sup>17</sup> Da *Lecture I* do clássico *The Common Law*: “The object of this book is to present a general view of the Common Law. To accomplish the task, other tools are needed besides logic. It is something to show that the consistency of a system requires a particular result, but it is not all. The life of the law has not been logic: it has been experience”.

que o pragmatismo jurídico de Posner (2005, p. 5-6) rejeitará a possibilidade de se estabelecer a verdade a partir de pressuposições metafísicas *a priori*, porque seria a própria essência metafísica, de valor estético ou psicológico, que recusaria a afirmação de que as proposições pudessem ser empiricamente estabelecidas. Assim, em sentido oposto à concepção agambeniana, esse pragmatismo recusará a verdade messiânica de sentido ontológico e metafísico, numa cética ideia do direito e com a perspectiva somente político-social que concorre por intermédio do direito para o futuro mais eficiente da sociedade (CASTANHEIRA NEVES, 2001, p. 416-417).

Nas situações de emergência, haverá intransigente defesa da cisão entre tempos normais e excepcionais, com o fim de fazer prevalecer a política da segurança pública em detrimento de garantias fundamentais, que coincidirá menos com a rejeição do formalismo científico constante do quadro explicativo das influências aos juízes políticos em *How Judges Think* (2008) e mais com a justificativa de um sentido de deferência total de poderes do judiciário e legislativo ao executivo em *Not a suiced pact: the constitution in time of emergency* (2006).

Sobre a influência exercida pelo realismo jurídico de Holmes no pragmatismo de Posner, sabe-se, de forma bem sucinta, que ela pode ser identificada já no início do clássico *The common law*, na *Lecture I*, quando Holmes (1881), no intuito de combater, principalmente, o formalismo de Langdell, disse que há outras ferramentas para além da lógica e que o *common law* pode demonstrar que a consistência de um sistema que requer somente um resultado particular não é de todo suficiente. Para Holmes (1881, I, tradução nossa), “o universo do jurídico não deve ser baseado no exercício lógico, mas na experiência” e, ao dialogar o *common law* com as teorizações da *german legal science* e suas tentativas continentais de racionalizar o sistema do direito através da codificação, concluiu que era o *common law* que estava mais próximo da experiência e poderia melhor responder às complexidades das fatos que se apresentavam e dos casos a serem enfrentados pelas Cortes porque, muitas vezes, “deveria estabelecer normas específicas em alguns casos” (HOLMES, 1881, I, IV, tradução nossa). Em *The Path of the Law*, Holmes (2009, p. 9-16, tradução nossa) disse, com maior acento, que, sem qualquer outra pretensão e sem mesmo “confundir moralidade com direito”, o direito se identificaria com o estudo da função concreta das Cortes e as correspondentes suposições dos juízes para a tomada de decisão.

Quanto ao legado deixado pela jurisprudência sociológica de Pound no pragmatismo de Posner, nota-se, também muito resumidamente, que o movimento sociológico na jurisprudência, enquanto “um movimento pragmático da filosofia do direito que, com o objetivo de fazer conformar princípios e doutrinas às condições humanas, ao invés de assumir os princípios como prioridade, devem fazer inserir e reconhecer a centralidade do fator humano, relegando a lógica a sua posição de verdadeiro instrumento” (POUND, 1908, p. 609-610, tradução nossa), denuncia os perigos dos rigores do cientificismo do sistema jurídico que produziria, tão somente, resultados sociais artificiais e conduziria à decisões arbitrárias.

Utilizando-se da abordagem metodológica e sociológica denominada *methods of jurisprudence*, bem assim reconhecendo os méritos do *common law* inglês e do *case law* enquanto principal fonte do direito (POUND, 1920, p. 83), Pound (1908, p. 606) defende que o direito deveria se distanciar do reverenciamento de Instituições do passado que em nada contribuiriam para a preservação da vida cotidiana, devendo ter função prática a fim de se ajustar à situações rotineiras. Uma sociológica natureza do jurídico proporcionaria uma funcional visão do direito e da legislação, ou um direito enquanto mecanismo social em que “o conjunto de normas, princípios e padrões estabilizados ou reconhecidos pela sociedade humana organizada” serviriam para a delimitação e garantia de interesses (POUND, 1920, p. 66-68, tradução nossa) e influenciaria, decisivamente, a configuração contemporânea da resposta pragmática de Posner às emergências.

### **3.2 Da maximização da riqueza ao *pragmatic turn*: do utilitarismo de Bentham ao pragmatismo de Posner**

A formulação atual do pragmatismo de Posner para responder às emergências não ocorreu já no primeiro momento de seu percurso, mas resultou de uma etapa posterior à consagração da Análise Econômica do Direito e do critério da maximização da riqueza que, em *Economic Analysis of Law*, contou com a influência do utilitarismo de Bentham e da sua ética empírica utilitarista, bem como com a correlata ideia da prevalência do sujeito de interesses enquanto marca do contratualismo moderno. Será, contudo, somente numa segunda fase, que se poderá constatar o distanciamento,

quando não rompimento, do pragmatismo jurídico de Posner da herança do utilitarismo. Essa breve contextualização nos conduz a investigar, ainda que de modo conciso, mas enquanto pressuposto necessário, o caminho trilhado pelo Autor desde a base utilitarista que serviu de inspiração para a construção do princípio normativo da maximização da riqueza até a viragem pragmática, ocasião em que se deixará transparente o declínio da norma ética fundada no consentimento presumido presente na primeira fase da Análise Econômica do Direito.

Em termo gerais e convocando a interpretação de Dyzenhaus (1997, p. 172), na sociedade ideal do positivismo democrático de Bentham, os julgadores deveriam decidir sob a sombra do direito promulgado por um legislativo esclarecido, pois era o direito positivo que propiciaria a deliberação sobre a correta razão individual. A atividade legislativa, enquanto principal atividade, deveria estar resguardada por um sistema de controle democrático. Seja para os casos excepcionais e difíceis em que se constatasse qualquer indeterminação da norma, seja para as situações práticas em que se reconhecesse a injustiça de um caso particular, o julgador deveria decidir a questão de acordo com o critério da maximização da utilidade (DYZENHAUS, 1997, p. 173). Tratar-se-ia de estimular, a partir de um *rule of law* de sentido formal, uma certa adversariedade às respostas do *common law* (DYZENHAUS, 1999, p. 2-3) em favor da concepção positivista do direito que trabalharia a serviço de uma teoria utilitária normativa (DYZENHAUS, 1997, p. 172). Isso porque o direito positivo, enquanto certo e previsível, seria capaz de fornecer uma sólida base para o critério da utilidade individual, opondo-se, nas palavras de Bentham (2000, p. 116, tradução nossa), em todos os casos, à “força dos principais motivos sedutores, motivos tutelares artificiais da sua própria criação”.

O princípio último da maximização da utilidade assumiria o sentido de que todas as leis teriam ou deveriam ter em comum a maximização da felicidade total da comunidade e, nesse sentido, dever-se-ia excluir, sempre que possível, tudo que tendesse a subtrair essa felicidade (BENTHAM, 2000, p. 134). Bentham assumia, a partir do princípio da utilidade, “numa estrita lógica consequencialista, que qualquer acção ou prática seria boa ou correcta se maximizasse a felicidade” (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 19-20). Nesse sentido e novamente com a leitura de Dyzenhaus (1997, p. 172), a resposta do utilitarismo era realizada em termos quantitativos,

pensando o homem enquanto um dado empírico. Em Bentham, os indivíduos não estariam, contudo, sob a obrigação moral e irresistível de obediência à norma. A única obrigação de ordem moral para o indivíduo seria a de agir em conformidade com a utilidade e com a satisfação das vontades e necessidades, o que poderia, eventualmente, exigir, com um mínimo de sacrifícios, a desobediência ao conteúdo da norma.

É sabido que Posner é considerado uma figura elementar para movimento direito e economia, tal qual essa frente de estudo é tradicionalmente concebida nos Estados Unidos e na Europa. Em *Bentham's Influence on the Law and Economics Movement*, afirma, Posner (1998, p. 433-435), que o movimento direito e economia tem duplo aspecto: o normativo e o descritivo, bem assim que o aspecto normativo do utilitarismo de Bentham, enquanto análise consequencial da utilidade das decisões humanas e base econômica do comportamento não mercantil, teve poderosa influência na Análise Econômica do Direito, haja vista que o direito seria, essencialmente, uma Instituição não mercantil.

Assim, na leitura interpretativa de Posner, a tese normativa da maximização da utilidade de Bentham afirmava existir um dever moral de maximizar a felicidade do maior número de pessoas, opondo-se à tese positivista de que as pessoas deveriam agir com o objetivo de maximizar a sua própria felicidade. Contudo, Posner reconheceu enquanto problemática a utilização do critério normativo da maximização das utilidades individuais, haja vista que, principalmente quando os mercados falhassem, sobressairia a dificuldade de se mensurar, comparar e garantir, na prática, quais os benefícios a serem distribuídos aos indivíduos (MARCIANO; JOSSELIN, 2005, p. 61-62). Teria denunciado, Posner, os perigos do “*monstro da utilidade*” que “resultam por um lado da impossibilidade de confrontar e hierarquizar classes de prazer e por outro lado [...] da possibilidade-*licenza* de sacrificar a *liberdade individual*” (AROSO LINHARES, 2012, p. 8-9, grifo do autor).

Por essa razão, buscando “superar o utilitarismo *hedonista e cardinal de Bentham*” (AROSO LINHARES, 2012, p. 8-9, grifo do autor), ainda na primeira fase da Análise Econômica do Direito, Posner (1980, p. 489-490) admite que não se socorre exatamente à lógica do utilitarismo, mas reconhecendo ter sido inspirado pelo utilitarismo de Bentham, adota, como solução para as fraquezas da maximização da utilidade, o critério da maximização da riqueza que somente se justificaria enquanto tal,

convocando-se, em menção ao criticismo e apriorismo de Kant - cuja ênfase deontológica da autonomia individual estaria acima e além das bases utilitaristas<sup>18</sup> - uma norma ética fundada no consentimento. Nesse contexto, o princípio da maximização da riqueza obteve tratamento de um parâmetro ético e de justiça, sendo certo que, enquanto norma ética, “valoriza a utilidade (embora não tanto quanto o faz o utilitarismo) assim como o consentimento, embora talvez menos que o próprio Kant teria valorizado” (POSNER, 1981, p. 98, tradução nossa).

Em Posner, a maximização da riqueza não se referia a qualquer conceito criado aleatoriamente, sendo concebida como uma restrição do critério utilitarista de maximização da utilidade – uma restrição indicativa de que Posner não pretendeu alcançar todo o critério de utilidade de Bentham, mas apenas a utilidade vinculada ao mercado e à possibilidade de disposição para aquisição de bens desse mercado (SCHMALBECK, 1983, p. 492) - justificada pela norma ética fundada num consentimento presumido (POSNER, 1980, p. 497) que, por sua vez, não sendo um assentimento de natureza deontológica, nem se tratando do mesmo consentimento contrafactual do utilitarismo de Bentham<sup>19</sup> (MARCIANO; JOSSELIN, 2005, p. 60-62), assumiu o significado de parâmetro para a proteção da autonomia e liberdade individual nas transações de mercado e empregou a noção de consentimento enquanto uma “*ex ante compensation*” em que eventuais perdas nas transações seriam compensadas e

---

<sup>18</sup> Não obstante Posner faça menção à Kant, não seria de todo correto afirmar que o sistema ético-formal de Kant tenha servido de inspiração para a formulação do princípio da maximização da riqueza. Isso porque Posner se afasta de Kant, dirigindo-lhe a crítica de que o sistema ético kantiano seria insuficiente para explicar o critério da maximização da riqueza, fazendo com que se aproximasse das bases utilitaristas. Nesse sentido, disse, Posner (1980, p. 491-492), ser ampliíssima a idéia de consentimento empregada por Kant, equiparando-a ao critério utilitarista da superioridade de Pareto.

<sup>19</sup> O alicerce do consentimento contrafactual defendido pelo utilitarismo de Bentham não se refere às assunções dos riscos inerentes às transações de mercado, mas repousa na abordagem positivista das teorias do contrato social que vêem o surgimento do Estado como resultado de um contrato entre seus futuros cidadãos. Trata-se de justificar a organização social através das normas positivadas, com as quais todos os cidadãos que se submetem ao Estado inicialmente consentiram e, por isso mesmo, não se trata de consentimento real (MARCIANO; JOSSELIN, 2005, p. 60-62). É nesse contexto que, segundo Posner (1980, p. 488-491), o critério da superioridade de Pareto, ao tentar resolver o problema utilitarista sobre a ausência de critério para aferição das utilidades individuais, acabaria se aproximando das próprias bases utilitaristas. A superioridade de Pareto seria o princípio em que uma alocação de recursos é mais eficiente do que outra se, após a redistribuição de recursos, pelo menos uma pessoa estiver em melhor situação em relação à primeira alocação e ninguém estiver numa situação pior. Assim, aumentar-se-ia a utilidade total mesmo que não seja possível mensurá-la. Mas, de acordo com Posner, tratar-se-ia de solução apenas aparente que não resolveria os problemas reais, haja vista que, pressupondo a impossibilidade de se medir a utilidade diretamente, a única maneira de dar concretude à eficiência seria através do consentimento presumido daqueles que assumissem os riscos decorrentes das transações de mercado.

toleradas por um consentimento hipotético anteriormente dado pelo indivíduo assuntor dos riscos e das perdas do porvir.

Reconhecendo a necessidade de responder aos críticos que argumentavam contra um certo formalismo inerente a sua concepção sobre a Análise Econômica do Direito, em *The Problems of Jurisprudence*, Posner (1990, p. 454-469), num verdadeiro “*Pragmatic Manifesto*” (MINDA, 1994, p. 373, grifo do autor), renunciou ao formalismo econômico do movimento direito e economia e buscou uma alternativa pragmática para justificar e autonomizar o critério da maximização da riqueza, reconstruindo-o. É nesse contexto que ocorre a emancipação-rompimento com o utilitarismo de Bentham numa segunda fase da Análise Econômica do Direito, ocasião em que o distanciamento se consuma com a “presença acriticamente silenciosa do *utilitarismo*” que dominou a primeira edição (1972-1973) de *Economic Analysis of Law* (AROSO LINHARES, 2014, p. 1757, grifo do autor). Frise-se, com a crítica de Schmalbeck (1983, p. 495-496, tradução nossa), que, na primeira edição dessa obra, Posner disse que “enquanto teoria positiva do comportamento humano, o utilitarismo de Bentham se constituiria de um outro nome para a teoria econômica”. Essa afirmação, contudo, não mais aparece no capítulo de igual correspondência na segunda edição (de 1979) da obra, optando por se firmar, definitivamente, nos capítulos 3 e 4, a mencionada distinção entre o critério da maximização da riqueza e o utilitarismo.

Convocando o raciocínio jurídico de ordem prática, instrumental, não formalista e, *a princípio*, apolítico, esse pragmatismo jurídico passou a justificar, de forma prática e num primeiro estágio, o critério da maximização da riqueza. Tratou-se de um assumido *pragmatic turn*, em que seriam superadas quaisquer teorizações morais e conceitualizações sem, contudo, ter se deixado levar pelo relativismo moral do realismo jurídico ou do seu contraponto moderno: os *critical legal studies* (MINDA, 1994, p. 374), mantendo-se na tentativa de se situar entre o formalismo e o realismo jurídico (DUXBURY, 1992, p. 596-597).

Assiste-se, enquanto consequência dessa viragem pragmática, a perda da base de sustentação originária da maximização da riqueza, já que o acréscimo do argumento pragmático traduziria o declínio do consentimento enquanto “fundamento” ético para a restrição do direito à liberdade individual em favor da ascensão de uma ética de

produtividade e de cooperação social<sup>20</sup> que instrumentalizaria o critério da maximização da riqueza, orientando a consecução de outras políticas públicas (POSNER, 1990, p. 387) de acordo com as necessidades sociais futuras que seriam, essencialmente, contingentes, tais quais aquelas que buscavam alcançar os fins de segurança pública em situações excepcionais.

Veja, nesse contexto, que, em ensaios mais recentes, Posner defenderá, com certa desconfiança do poder judiciário, uma deferência plena da jurisdição em favor das medidas político-securitárias adotadas pelo poder executivo em épocas de emergência, conferindo um passo a frente rumo a um pragmatismo ainda mais “puro”, fazendo consolidar um afastamento exponencial do critério da maximização da riqueza, o qual tem se tornado apenas uma possibilidade – quando muito residual - e não uma necessidade para esse novo modelo de adjudicação pragmática.

A relativização de direitos fundamentais já é posta em causa em *The Problems of Jurisprudence*, ocasião em que a exigência do consentimento é substituída pela ética impessoal de cooperação para favorecer políticas públicas e interesses de grupos políticos majoritários, quando, então, Posner (1990, p. 387) afirma que uma ética de produtividade é mais congruente com os valores dos grupos dominantes em nossa sociedade do que uma ética utilitária pura seria. Enxerga-se uma reviravolta no pensamento do Autor que contraria, assim, a linha argumentativa por ele mesmo já desenvolvida por ocasião da primeira fase da Análise Econômica do Direito, mais especificamente em *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, ocasião em que sustentou que a regra que satisfizesse o princípio do consentimento não poderia ser alterada pelos juízes a partir dos remédios jurídicos disponíveis, de maneira a evitar com que um judiciário independente redistribuisse a riqueza (na forma de políticas públicas), favorecendo interesses e grupos políticos majoritários (POSNER, 1980, p. 504-505).

A própria ideia de atingir o bem estar da nação mediante o necessário sacrifício de interesses individuais fez com que essa segunda fase do pragmatismo jurídico se reaproximasse dos fins do utilitarismo de Bentham tão combatido por Posner, ao menos

---

<sup>20</sup> Denota-se que a ética de cooperação ou produtividade social representa uma espécie de ética de “troca”, cujo conteúdo é muito mais coporativo e empresarial do que pessoal. Nesse sentido, disse-nos Posner (1990, p. 391) que “[...] to have a claim on society’s goods and services you must be able to offer something that other people value”.

no que toca a alcançar as políticas públicas que trariam, supostamente, maiores benefícios sociais. É nessa linha de raciocínio que se encontra a crítica de Dworkin (1995, p. 275), segundo o qual, o critério da eficiência no pragmatismo de Posner incorreria no equívoco de conter certa dose de utilitarismo, justamente porque o argumento posneriano do interesse universal insistiria na relevância contínua do bem-estar para o ideal de justiça (1995, p. 275).

Todavia, no que tange às respostas utilitárias e pragmáticas às situações de excepcionalidade, deve-se frisar que há verdadeiro contraponto entre essas duas correntes de pensamentos. Isso porque na concepção utilitarista, em última instância, a busca pela maximização da utilidade deveria respeitar os direitos individuais em obediência ao valor da autonomia individual. Do outro lado, na atual fase do pragmatismo posneriano, o único limite a ser observado teria como referência a própria contingencialidade inerente aos acontecimentos que ocorrem na realidade social e, por essa razão, tenderia a sacrificar os direitos individuais.

Veja o quanto é relevante a oposição entre essas duas abordagens no que diz respeito, por exemplo, ao comportamento da norma jurídica ante o dilema moral do uso da tortura enquanto método de confissão em circunstâncias criminais excepcionais. Para os utilitaristas, embora a violação de uma norma jurídica pudesse produzir consequências práticas melhores em situações específicas, manter a integridade da norma superaria quaisquer benefícios resultantes de desafiar regras em circunstâncias excepcionais. Assim, ao serem confrontados com um dilema moral específico, tal qual o dilema de, em caso de crimes graves, flexibilizar a norma que proíba incondicionalmente o uso da tortura como meio de prova, não admitiriam desconsiderar a norma pois entenderiam que o padrão da regra seria moralmente superior. Além disso, diriam que os benefícios a serem alcançados com um padrão flexível das regras seriam incertos, enquanto que os custos seriam substanciais, dada a probabilidade relevante de ocorrer uma tortura desnecessária (BUHA, 2010, p. 308-310).

Do ponto de vista de um direito que pode ser lido como “excepcional”, o pragmatismo de Posner, que se utilizaria de regras formais apenas eventualmente, criticaria o utilitarismo pelo apego excessivo às regras jurídicas (CANTU, 2012, p. 85) e entenderia que o direito à liberdade seria apenas um custo que não deveria impedir que se atingisse o benefício maior da segurança pública da nação, mesmo que, para isso,

fosse preciso desconsiderar o conteúdo da norma que eventualmente proibisse o uso da tortura como meio de prova. Trata-se, conforme veremos, de colocar em causa a própria Constituição e os direitos fundamentais nela previstos, imputando à inflação de direitos constitucionais a responsabilidade por desencadear o estado de emergência.

### **3.3 A crise do constitucionalismo como causa da emergência constitucional**

Para fins do debate divergente que nos propusemos a fazer, ver-se-á que a concepção do pragmatismo de Posner sobre a causa e o sentido do direito no estado de emergência se opõe à proposta de Agamben e à resposta jurídicista de Dyzenhaus. É no contexto da história das situações emergenciais pelas quais passou os Estados Unidos da América, principalmente em função da suposta expansão das ameaças do terrorismo global e da proliferação das armas de destruição em massa ocorridos no século XXI<sup>21</sup>, que se insere o pensamento jurídico neoliberal de Posner sobre o estado de emergência constitucional. Em *Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency* (2006), Posner ressalta que, em tempos de emergência constitucional pelos quais passam o Ocidente e os Estados Unidos, a atribuição e proteção de direitos constitucionais não pode se traduzir num pacto suicida – um pacto de proteção constitucional que leve a própria nação à liquidação ante as ameaças terroristas. Destaca, Posner (2006, p. 1, tradução nossa), que “a história dos Estados Unidos tem sido construída por essas emergências. [...] a crise do constitucionalismo gerada pelas emergências é um legado disso”.

O principal fator identificado por Posner (2006, p. 1) para impulsionar o estado de emergência é a crise do constitucionalismo, cujas causas primárias são creditadas pelo Autor à inflação, pela positivação, de inúmeros direitos constitucionais, bem como ao correlato não reconhecimento por parte do poder judiciário de que é preciso flexibilizar a Constituição e os direitos fundamentais em épocas de emergência. Regressando à história das medidas de emergência adotadas pelo poder executivo norte-americano, Posner sustenta que a crise do constitucionalismo representaria o obstáculo para conter as ameaças terroristas. Recua na história para concordar com a medida de suspensão do *habeas corpus* adotada por Abraham Lincoln sem respaldo

---

<sup>21</sup> Cf. nota 3.

democrático. Disse-nos que “Abraham Lincoln suspendeu o *habeas corpus* (pensado nos casos individuais e não para além desse quadro) no início da guerra civil sem consultar o Congresso” (POSNER, 2006, p. 39, tradução nossa). A crítica à abundância de criação de direitos constitucionais também é mencionada em *The Decline of law as an Autonomous Discipline: 1962-1987*, ocasião em que o Autor diz que “atualmente, muitos campos do direito estão profundamente enredados de questões políticas. Em parte, esse anseio se deve à agressividade com que a Suprema Corte tem criado direitos constitucionais em áreas politicamente controversas” (POSNER, 1987, p. 767, tradução nossa).

Posner (1987, p. 767) credita a hipertrofia de direitos constitucionais ao fato de a expansão do executivo trazer mais questões ao judiciário, mas critica, principalmente, o excesso de ativismo judicial da Suprema Corte na atribuição desses direitos como impedimento à flexibilidade e elasticidade que deve ter, a Constituição, em tempos de emergência. Em tempos de crises, o padrão de justiça a ser adotado pela Suprema Corte teria de ser aquele que menos crie direitos, quando não os suprimem, em função de o direito constitucional e a Constituição terem o dever de serem maleáveis e responsáveis por contender as ameaças emergenciais. Disse-nos, então, que “a elasticidade do direito constitucional tem implicações decisivas para o alcance dos direitos constitucionais durante uma emergência” (POSNER, 2006, p. 9, tradução nossa). A ausência de maior flexibilidade de direitos constitucionais nessas circunstâncias também teria como causa a inabilidade dos juristas em lidar com as questões que envolvem a segurança pública nacional, já que estariam habituados tão somente ao debate sobre direitos e liberdade (POSNER, 2006, p. 28).

Um estudo mais completo e ainda de sentido crítico sobre o ativismo judicial e a correlata inabilidade dos juízes em lidar com as situações emergenciais é encontrado em *The Federal Courts: Challenge and Reform* (1999), ocasião em que Posner defende, de modo intransigível, a figura do julgador “*self-restraint*” ou uma espécie de auto-contenção funcional de decisões judiciais em detrimento daquele outro julgador que seria um ativista judicial. Segundo Posner (1999a, p. 320), o último opõe-se ao primeiro, não somente pelo comportamento ousado deste, mas também em razão de sua intrusividade frente outras vertentes de poder institucional. A postura “absolutista” das Cortes na criação de soluções específicas quando da aplicação de um estatuto ou de

novos instrumentos jurídicos de defesa - quando da execução de contratos por exemplo - faz com que o judiciário tenha uma presença mais ativista no sentido de se intrometer nas atividades privadas e, assim agindo, faz contrariamente às pretensões de outros ramos do governo.

Posner (1999a, p. 320) entende que os Tribunais agiriam com mais acerto se assumissem decisões que não afetassem todas as ordens privadas, contribuindo, assim, para maximizar o poder e o alcance do executivo e isso será sempre mais conveniente na situações de crises constitucionais decorrentes de emergências, por mais contingente que seja essa última abordagem. Segundo Posner (1999a, p. 321), o poder constituinte originário, certamente, previu funções reduzidas ou muito menores para os Tribunais Federais do que aquelas em que as Cortes têm se apoiado para decidir. Ocorre que, ainda na origem da elaboração da carta política, houve quem teria conspirado contrariamente às intenções inaugurais da Constituição para conferir aos juízes extraordinárias garantias de independência com o fim de que protegessem, em absoluto, alguns direitos individuais, embora essa conspiração tenha funcionado bem mais para a proteção de outros direitos do que para a defesa das liberdades civis. É nesse sentido que, contrariamente à necessidade de contenção estrutural e de funções dos poderes constituídos, os Tribunais seriam mais democráticos do que deveriam ser (1999a, p. 322-323).

Associada à crítica ao ativismo judicial, encontra-se aquela, já mencionada, segundo a qual a postura ativista revelaria, principalmente no estado de emergência, que as Cortes não seriam eficientes em exercer esta ou aquela função que se encontrasse na linha limítrofe das funções de outros ramos de poder. Isso ocorreria porque, segundo Posner (1999a, p. 324), raramente, os materiais jurídicos positivados e até mesmo os não positivados nos forneceriam informações suficientes sobre os efeitos das decisões nas situações extremas ou nos casos difíceis e, somando-se à dificuldade de alteração do texto constitucional, qualquer atitude formalista que pretendesse que os casos constitucionais fossem decididos por abordagens metodológicas semelhantes à dedução estaria fadada ao fracasso.

Numa etapa mais recente de seu percurso, em *The Federal Judiciary: Strengths and Weaknesses* (2017), ainda permanece a crítica ao sistema deficiente de julgamento apegado ao formalismo dos direitos constitucionais, ocasião em que Posner, mais uma

vez, identifica inúmeras situações em que os Tribunais operam de forma menos transparente, menos eficiente e menos inteligível ou, em apenas uma afirmação, menos pragmática do que deveriam decidir (THAPAR; BEATON, 2018, p. 821-822), fornecendo, por meio do pragmatismo, a esses mesmos juízes, uma espécie de salvo-conduto para responderem a todos os tipos de questões políticas, com especial reverência às questões de emergências nacionais, ainda quando nenhum estatuto ou outro material jurídico forneça uma resposta, haja vista que “nas emergências nacionais o direito se inclina à necessidade” (POSNER, 2017, p. 187, tradução nossa).

Será visto, por ocasião da resposta pragmática ao problema da emergência, que, em nome de um pragmatismo avançado, os juízes, principalmente para as situações mais complexas, não precisarão ter em conta as questões da jurisprudência dogmática, da jurisprudência judicial ou do texto legislado, mas deverão realizar o exercício constante de proporcionar um desenvolvimento ótimo da sociedade através de decisões mais coerentes com o litígio, evitando-se, sempre que possível, uma resposta baseada em qualquer precedente vinculante (POSNER, 2017, p. 80).

### **3.4 O estado de emergência enquanto questão de fato: um legado de Holmes (?)**

Antes que se alcance o estudo sobre o *modus operandi* com que o intérprete pragmático deve resolver os casos não rotineiros nas situações de emergência, ocuparemos-nos da concepção do pragmatismo jurídico posneriano sobre o sentido do estado de emergência constitucional. Desde já, a investigação do estado de emergência enquanto questão de fato antecipa, inevitavelmente, o estudo do empirismo imbricado no modelo de adjudicação pragmática de Posner, o qual será, oportunamente, considerado, com mais detalhes, por ocasião da resposta ao problema do estado de emergência. Por agora, é preciso, ainda que brevemente, pontuar que, em Posner, o foco do pragmatismo é o de se distanciar de qualquer debate filosófico de cunho moral e do campo do *academic moralism*, resolvendo questões que a filosofia moral não possa fornecer resposta, focando, assim, sobre os fatos que se mostram na experiência da realidade<sup>22</sup> (POSNER, 1999b, p. 1020). É que o empirismo pragmático terá como

---

<sup>22</sup> “But it is not the goal of pragmatism to take over from moral philosophy and resolve the issues that moral philosophy cannot resolve. The pragmatist’s hope is rather that by abstaining from moral

foco a análise, através da experiência, da situação de emergência enquanto questão de fato, sempre tendo em vista as consequências previstas dessa emergência.

Inobstante Posner não tenha convocado, expressamente, o pensamento de Holmes sobre o problema específico da emergência constitucional, é preciso lembrar que, antes mesmo da formulação de Posner sobre o estado de emergência enquanto questão de fato, foi o juiz Holmes que, como nos alerta Vermeule (2007, p. 1-2), adotou uma concepção epistêmica das emergências cujo núcleo principal seria a constatação de que a existência e duração de uma emergência são questões de fato. Segundo Holmes, emergências seriam eventos essencialmente temporários, de modo que também se trataria de uma questão de fato se uma emergência, uma vez iniciada, terminasse. Durante as emergências, os Tribunais não deveriam praticar o minimalismo judicial ou quaisquer virtudes passivas; se necessário, deveriam agir de modo eficaz para declarar o início e o término do evento emergencial o mais breve possível. Em Holmes, uma emergência representaria um estado de deslocamento temporário econômico ou político no qual as regras legais vigentes deveriam se conformar e suportar os riscos ou danos causados pelas exigências das forças dominantes sociais (VERMEULE, 2007, p. 17).

Em pelo menos duas oportunidades, teria concebido, Holmes, o sentido da emergência enquanto questão política e econômica, mas não jurídica. Nos casos *Block v. Hirsh* (1921)<sup>23</sup> e *Chastleton v. Sinclair* (1924)<sup>24</sup>, Holmes insistiu que as emergências seriam uma questão de fato externo ou epistêmico ou, na melhor das hipóteses, constituiriam-se da combinação entre questões de fato e de direito em que condições econômicas ou de segurança deveriam ser tratadas como fatos (VERMEULE, 2007, p. 4-5, tradução nossa), bem assim defendeu a redução do direito-lei à contingência dos fatos emergenciais que se apresentassem, sustentando que “a lei que dependa da existência de uma emergência ou de outro estado de fatos para se sustentar poderá deixar de operar se a emergência cessar ou se o fato modificar”.

---

disputation and focusing instead on the facts – by being, in short, a pragmatist – the judge or legislator may find some common ground after all.”

<sup>23</sup> O caso se refere à declaração de constitucionalidade da lei que instituiu comissão com poder para determinar o valor e condições de desocupação de arrendamentos de imóveis particulares em períodos políticos de exceção, cuja emergência dos fatos justificaria a intervenção do poder público para reservar ao arrendatário o direito de permanecer no imóvel mesmo após o fim do prazo de locação.

<sup>24</sup> Trata-se de caso posterior que declarou constitucional a prorrogação da lei mencionada no caso *Block v. Hirsh* em razão da publicação de um terceiro ato que declarou que a situação emergencial continuou subsistindo. O fundamento da decisão consistiu no argumento de que uma lei que dependa da existência de uma situação contingencial de emergência para sustentá-la poderá deixar de vigor se a emergência cessar ou se os fatos mudarem.

Na decisão de um outro caso mais impactante, em *Moyer v. Peabody* (1909), Holmes secundariza o *due process of law* em nome da contingencialidade das necessidades excepcionais e confere ao executivo a atribuição institucional para decidir sobre o perigo público que envolve as emergências, ocasião em que é este mesmo perigo que garantiria “a substituição do executivo pelo processo judicial, e os direitos ordinários dos indivíduos deveriam ceder ao que o executivo considerasse, efetivamente, como necessidades de um momento crítico”<sup>25</sup>.

Inegável, assim, que se tratará de concepção representativa do legado de Holmes na formulação de Posner sobre o sentido da emergência constitucional enquanto questão de fato. Veja, contudo, que as concepções parecem não se cruzar completamente, pois, diferentemente da resposta institucional de Posner quanto à defesa intransigente da deferência plena de poderes do judiciário ao executivo em matéria de crises constitucionais, avisa-nos, mais uma vez, Vermeule (2007, p. 7) que, na visão de Holmes, são os Tribunais que, afastados de qualquer posição minimalista, decidem a questão de fato, embora com grande consideração e respeito por uma determinação legislativa que ateste a existência de uma emergência. Para Holmes, a resposta para o questionamento sobre quem decide sobre a emergência seria, em última instância, o que os Tribunais decidissem. Perceba que essa última conclusão comparativa estaria em consonância com a afirmação de Posner (1999a, p. 322-323), em *The Federal Courts: Challenge and Reform*, de que a famosa metáfora de Holmes segundo a qual o juiz, diferentemente do legislador, estaria “*confined from molar to molecular motions*”<sup>26</sup>, não se encontraria em completa sintonia com o modelo da auto-contenção judicial e da consequente deferência de poderes ao executivo.

Em *The Decline of Law as na Autonomous Discipline: 1962-1987*, Posner (1987, p. 767) menciona que uma segunda fase contribuiu para o declínio do direito enquanto disciplina autônoma, tratando-se daquela que coincidiu com o crescimento das disciplinas complementares, particularmente a economia, que passou a desempenhar papel importante no mercado, tornando o direito mais empírico. A referida acentuação traduz a justificativa empírica de se tratar o problema do estado de

---

<sup>25</sup> O juiz Holmes disse ainda que o respeito ao devido processo legal dependeria das circunstâncias e variaria de acordo com o problema que se trata e as necessidades situacionais, de modo que a palavra final quanto ao juízo de necessidade de prisão de indivíduos seria do executivo no contexto de eventual declaração de um estado de emergência.

<sup>26</sup> Confinado de movimentos molares a moleculares. (tradução nossa)

emergência enquanto questão de fato, de modo que a razão e solução jurídicas passam a não prescindir de elementos “*from the outsider*”, extraídos de outros métodos de ciência e humanística que contribuirão para alargar o conhecimento sobre o sistema jurídico (POSNER 1987, p. 779, grifo nosso).

Utilizando-nos da crítica mencionada por Agamben à concepção do estado de exceção como questão de fato<sup>27</sup>, verifica-se que o empirismo posneriano se apega, justamente, ao estado de necessidade para justificar a concepção do estado de emergência como questão de fato. O diagnóstico – mas nunca fundamento<sup>28</sup> – do estado de necessidade como questão de fato, em Posner (2003, p. 292), fica evidenciado quando se pontua a necessidade contingente de se mobilizar recursos do “*law of necessity*” e do “*real law*”. Enquanto o segundo assume sentido de ordinariade, o primeiro é convocado nas situações de verdadeiras emergências constitucionais. Nos eventos emergenciais, utiliza-se do *law of necessity* para justificar a flexibilização da Constituição e a redução ou supressão de direitos, o qual prescindiria de positivação, haja vista que essas situações, raramente, poderiam ser antecipadas.

Deduz-se, desse último ponto e desde já, que o pragmatismo de Posner se aproxima do modelo schmittiano de violência, segundo o qual, nas ocasiões de crescimento das emergências, o governo estaria autorizado a adotar a violência como meio extra-legal de manutenção do poder. Essas foram as palavras de Posner (2003, p. 305):

A further reason not to codify the “law of necessity” is that a true emergency, the only situation in which overriding the Constitution and the laws is justifiable, is almost always unanticipated; if anticipated, it could probably have been prevented. The best response to an unanticipated crisis can not be selected in advance. An emergency-powers provision in the Constitution would be either uselessly vague or, if precise, likely to be cast aside, in the event of a genuine national emergency, as inadequate.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> “Ainda hoje, contudo, falta uma teoria do estado de exceção no direito público, e tanto juristas quanto especialistas em direito público parecem considerar o problema muito mais como uma *quaestio facti* do que como um genuíno problema jurídico. Não só a legitimidade de tal teoria é negada pelos autores que, retomando a antiga máxima de que *necessitas legem non habet*, afirmam que o estado de necessidade, sobre o qual se baseia a exceção, não pode ter forma jurídica [...]”. (AGAMBEN, 2003, p. 9, tradução nossa)

<sup>28</sup> Posner (2004, p. 664-665) disse, em *Pragmatic Liberalism Versus Classical Liberalism*, que a negação do fundacionalismo se dá porque os fundamentos não identificam a causa, bem como que, a partir de fundamentos, não há instante natural de interrupção dos argumentos, mas um regresso ao infinito.

<sup>29</sup> Uma outra razão para não codificar o “direito da necessidade” é que uma verdadeira emergência, a única situação na qual se justifica a sobreposição às leis e Constituição, quase sempre não pode ser antecipada; se antecipada, poderia ter sido evitada. A melhor resposta para uma crise imprevista não pode ser antecipadamente selecionada. Uma provisão de poderes emergências na constituição também

A menção ao estado de excepcionalidade enquanto questão de fato é também vista em *Not a Suiced Pact: The Constitution in a Time of National Emergency* quando se afirma que, em razão da problemática incomum apresentada pelo terrorismo, a solução convocada pelo executivo também deve ser modificada a partir da análise dos fatos que, em si, demonstram que o terrorismo moderno é realmente perigoso (POSNER, 2006, p. 73). Em sentido contrário, veja que é essa mesma ausência de confiança de Posner no poder judiciário para resolver os casos de emergências constitucionais que o fez alvo de críticas, tal qual a de Reinhardt (2008, p. 964), para o qual, se levarmos a sério esse argumento de Posner, os limites do estado de emergência, tal qual hoje se apresentam, assumiriam contornos e duração ilimitados, sendo altamente questionável a afirmação de que estaríamos dispostos a confiar, plenamente, no executivo quanto ao poder de deliberação sobre a redução dos nossos direitos constitucionais.

Se parafrasearmos os dizeres de Eric Posner e Vermeule (2003, p. 12-13), será possível perceber que a afirmação sobre o problema da emergência constitucional em Posner se constituir numa questão de fatos resulta da distinção de dois campos de possibilidades ou contextos fáticos: o primeiro estaria relacionado aos fatos anteriores aos atentados de 11 de setembro de 2001 e o segundo se referiria aos acontecimentos que ocorreram em momento posterior aos eventos terroristas. Nessa visão, as Instituições norte-americanas teriam se equivocado em conferir muita liberdade e pouca segurança no primeiro período, de modo que a resposta (necessária!) da segunda etapa teria ocorrido com pouca alusão ao direito e seguiria a contingencialidade fática, de modo a buscar soluções extremas à altura dos eventos que não poderiam ter sido previstos, restringindo, agora em sentido contraposto, a liberdade em prol da segurança pública.

Nessa ordem de ideias, o argumento pragmático de Posner (2003, p. 304) é o de que não há evidências fáticas de que o deferimento pleno de ações ao executivo resultaria numa sucessão de emergências. Trata-se, assim, de exercício argumentativo externamente baseado em dados estatísticos, políticos e sociológicos e que, avesso a qualquer formulação positivista, não defende a cisão entre as questões de fato e de

---

seria inútil, vaga ou, se preciso, desconsiderada inadequada, no caso de uma emergência nacional genuína. (tradução nossa)

direito, mas sim uma concepção que, sob o manto principal do estado de necessidade, secundariza e instrumentaliza as questões de direito em favor das possibilidades fáticas.

Veja, ainda, que a resposta do estado de necessidade justificante se aproxima da linha de raciocínio de Paulsen (2004, p. 1257) que, em *Constitution of Necessity*, afirma que, para fins de interpretação, por ocasião do surgimento de situações excepcionais em que são verificadas ambiguidades no texto constitucional ou indeterminação dos materiais jurídicos, a solução passaria a depender do princípio prioritário da necessidade que deveria servir como *meta-rule* de toda construção constitucional. O autor aponta que a própria Constituição contemplaria um princípio essencial da auto-preservação constitucional e da nação que operaria como uma meta-norma de construção de disposições específicas de outras normas e que, mesmo em caso de necessidade, triunfaria sobre requisitos constitucionais específicos (PAULSEN, 2004, p. 1257). A pragmática conclusão de Paulsen (2004, p. 1296), também, é pela plena deferência ao executivo acaso este entenda que, para cumprir seu dever junto à Constituição, seja preciso adotar medidas extremas, ainda que uma decisão judicial em contrário tente impedi-lo de exercer o que o referido dever requer.

De outro lado, há quem critique o sentido conferido por Posner ao estado de emergência, denunciando a natureza supostamente retórica do argumento da necessidade como justificativa para adoção de medidas excepcionais. A necessidade permaneceria como razão moral para a exceção ao mesmo tempo em que tenderia a mascarar o conteúdo moral da realidade. Significa, em outras palavras, que a necessidade possuiria caráter instrumental pois requer fins de significativo peso moral (LAZAR, 2009, p. 86-87). A conclusão de Lazar (2009, p. 105, tradução nossa) é que, “para Posner, direitos, constituições e leis são ferramentas de conveniência que podem e devem ser modificadas ou reinventadas quando apropriado para alcançar ótimos fins. Mesmo a tortura poderia ser moralmente – ainda que não legalmente – justificada”.

### 3.5 O pragmatismo interdisciplinar como resposta ao problema do estado de emergência

#### 3.5.1 *O regresso ao decisionismo de Schmitt e a judicial self-restraint*

As principais inserções da resposta pragmática de Posner ao problema do estado de emergência são encontradas em *Not a suiced pact: the constitution in a time of emergency* (2006) e em *Law, pragmatism and democracy* (2003). Quanto ao pragmatismo, trata-se de proposta que constou de quase todas as obras publicadas posteriormente ao manifesto pragmático, em *The problems of jurisprudence* (1990). Em *Not a suiced pact: the constitution in a time of emergency*, verifica-se, já no início do ensaio, que se trata de concepção sobre o problema da emergência limitada ao direito constitucional norte-americano (POSNER, 2006, p. 8), buscando, Posner, abstrair-se de todo um contexto de normas e princípios jurídicos no âmbito do direito internacional, bem assim se limitar, mais precisamente, ao apelo pragmático para o problema do terrorismo islâmico que assolaria os Estados Unidos desde os eventos do 11 de setembro de 2001 (KHAWAJA, 2007, p. 97). Isso porque o terrorismo e fundamentalismo islâmico seriam ainda mais singular, pois esses terroristas, diferentemente dos outros, intencionariam cometer assassinatos em massa e, dado o fácil acesso a armas de geral destruição, poderiam realizar seus objetivos (POSNER, 2006, p. 2, 5-6, 63).

Certamente, o giro pragmático na segunda etapa de seu percurso contribuiu para a resposta segundo a qual o pensamento jurídico deveria estar situado em correspondência com o mundo real, com qualquer objetividade que tenha uniformidade cultural e não em sintonia com a realidade metafísica ou ao rigor metodológico (POSNER, 1990, p. 30). Contudo, é preciso estarmos vigilantes quando esse pragmatismo se volta para as contemporâneas indagações do excepcionalismo, principalmente para conferir solução às relações entre poder, autoridade e o direito. Diz-se, com a crítica de Fish (2018, p. 1452) ao *pragmatic turn*, que, na visão do pragmatismo posneriano, a própria ideia de autoridade é retórica e politizada. Tratar-se-ia de uma ideia de autoridade que não apareceria com formulação pré-constituída, mas surgiria como variável dependente do resultado do debate e do conflito, cujos atos

seriam despidos de qualquer fundamentação, mas sustentados pela persuasão. Esse exercício argumentativo conferiria, ele mesmo, outra denominação para o raciocínio que se pretendeu intitular de prático e, nesse sentido, seria finalmente modelado e mantido pela força enquanto razão última do direito, uma força que, segundo Posner (1990, p. 83), constitui-se do elemento que, precisamente, é excluído até mesmo pelas definições mais latitudinárias de racionalidade.

O diagnóstico de Fish (2018, p. 1452) é que, com essa concepção de autoridade, Posner endossa e expande a visão de Holmes para o qual a força também seria a *ultima ratio*, posto que entre dois grupos com pretensões diametralmente divergentes de mundo não haveria outro remédio, exceto a força. Trata-se, assim, de um verdadeiro reconhecimento da instrumentalização da racionalidade jurídica – interpretada por Posner como método aberto e curioso - em prol de modelos político-sociais de força em que “o direito não seria, caracteristicamente, curioso e aberto, e dependeria tanto da força quanto da persuasão” (POSNER, 1990, p. 83, tradução nossa). Não é por outra razão que, já nos antecipando ao estudo sobre o real sentido do direito no pragmatismo de Posner, diz-se, com Castanheira Neves (2009a, p. 47), que, nessa pragmática visão, sem autonomia, o direito passaria a ser apenas um *nomen* aglutinador de contingentes compromissos funcionais de particulares instituições programático-decisórias e, quanto à racionalidade, seria ela coerente com uma razão instrumental.

É possível acrescentar ao diagnóstico de Fish que o sentido da autoridade em Posner não se trata somente de uma herança de Holmes mas de um regresso ao decisionismo de Schmitt, cujo núcleo da concepção excepcionalista, consoante vimos, residiu na ideia segundo a qual o que importa para a realidade jurídica seria justamente a autoridade decidende e, em épocas emergenciais, a decisão se sobreporia à norma. Isso significa que, enquanto os *legalist* ou não decisionistas<sup>30</sup> objetivavam, como ideal, a correção substantiva, para os decisionistas, como Posner e Schmitt, o foco da abordagem nas situações excepcionais é sobre a competência institucional para decidir, não importando qual a resposta correta sob o ponto de vista jurídico, mas qual o ator

---

<sup>30</sup> Uma brevíssima investigação sobre o sentido empregado às expressões *legalism* e *decisionism* no âmbito do direito norte-americano conduz à conclusão de que a resposta sobre o sentido do direito nas emergências após o 11 de setembro de 2001 tem se situado, radicalmente, nesses dois polos, de modo que, pelo critério da exclusão, dizem-se legalistas as respostas que não são decisionistas, resultando disso que esse legalismo não se confunde com o normativismo. Cf. Ben-Asher (2010).

político que é mais capaz para decidir nas situações emergenciais (BEN-ASHER, 2010, p. 711).

Acrescente-se que o núcleo comum desses decisionismos reside na constatação de que a emergência gera necessidade de medidas de segurança que estão diretamente relacionadas aos inimigos públicos e devem prevenir futuras catástrofes (BEN-ASHER, 2010, p. 731). No século XXI, a concepção schmittiana de violência exercida pela autoridade soberana no combate aos inimigos públicos enquanto sinônimo do estado de exceção adquire novos contornos somente no que toca ao modelo de inimigo a ser combatido. Se em Schmitt os inimigos públicos se constituíam, exemplificadamente, de judeus, comunistas e pessoas de descendência japonesa (BEN-ASHER, 2010, p. 733), atualmente, o inimigo público de muitas nações ocidentais, principalmente dos Estados Unidos, trata-se do terrorismo islâmico. Por isso mesmo, diz-se, pela última vez com Ben-Asher (2010, p. 711), que os conceitos-chave desses decisionismo são: “decision, competence and concrete situations”, confundindo-se, no executivo, os institutos do direito romano da *autoritas* (autoridade!) e *potestas* (força!).

Conforme já introduzido no estudo da emergência enquanto questão de fato, o paralelo entre o pragmatismo e o decisionismo e as questões-núcleo da decisão e da competência institucional se revelam em Posner na plena deferência do judiciário e do legislativo ao executivo para responder às emergências. Trata-se, esse sentido de deferência, de uma abordagem extra-constitucional para lidar com situações excepcionais que se aproxima do sentido de *rule of law* conferido por Tushnet (2007, p. 1458, 1471-1472) em defesa da Constituição política no estado de emergência, o qual sustenta que deve existir uma relação politicamente confortável e negociável de deferência do legislativo ao executivo, flexibilizando o princípio da separação dos poderes.

Veja, nesse sentido, que os casos *United States v. Russell* (1973), *Mitchell v. Harmony* (1851) e *Raymond v. Thomas* (1875), todos julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos tiveram, justamente como núcleo comum, a deferência judicial plena ao executivo nas situações de emergência. Tratou-se, para as situações de indeterminação, obscuridade ou omissão constitucionais, de flexibilizar a revisão judicial de atos do executivo sob a justificativa de necessidades militares, validando a restrição de direitos

individuais constitucionais, haja vista que as privações de liberdade estariam razoavelmente relacionadas a um eminente e imediato perigo público<sup>31</sup>.

Frise-se, contudo, que, durante o referido período emergencial, foram, as jurisprudências judiciais *Hirabayashi v. United States* (1943) e *Korematsu v. United States* (1944), as mais impactantes posto que sustentaram, de forma incomensurável, a deferência epistêmica de poderes ao executivo. No primeiro caso, o judiciário avalizou a autorização legislativa que possibilitou ao executivo, mesmo sem previsão na *martial law* e sob a justificativa de proteção da segurança nacional, instituir o toque de recolher para prisão domiciliar no período noturno de cidadãos de ascendência japonesa por suspeita de sabotagem e espionagem, ao arrepio da proibição constitucional de discriminação por raça. No segundo caso, sob o mesmo pretexto, tratou-se de deferência plena do judiciário ao executivo que, mediante autorização do Congresso, expulsou cidadãos americanos de descendência japonesa da Costa Oeste do pacífico, instituindo verdadeiro campo de concentração com milhares de cidadãos por suspeita de espionagem.

Em *Korematsu v. United States*, destaque-se o voto de dissenso do juiz Jackson para quem a própria natureza das decisões militares impediria a apreciação judicial em épocas emergenciais, isso porque uma ordem militar supostamente inconstitucional não seria capaz de perdurar para além do período emergencial, mas a decisão judicial que racionalizasse a referida ordem de acordo com o texto constitucional ou racionalizasse o estatuto constitucional mediante tentativas de positivação de medidas emergenciais faria com que o incidente da exceção se tornasse a própria doutrina da Constituição. Acrescentou, o juiz Jackson, que eventual construção judicial do devido processo legal nas situações de crise, ao contrário da promulgação de medidas excepcionais, representaria um sutil golpe ao valor da liberdade e ofenderia as limitações constitucionais, ainda que proviesse de um exercício razoável da autoridade militar.

Contemporaneamente, dentre as medidas excepcionais e pragmáticas adotadas pelo executivo norte-americano no pós 11 de setembro, destaque-se o ponto de partida referente à tentativa do Congresso em positivar a medida emergencial que previu que nenhum Tribunal ou juiz teria jurisdição para apreciar quaisquer proposituras de *habeas corpus* em favor de detentos estrangeiros presos pelo departamento de defesa dos

---

<sup>31</sup> Cf. voto de dissenso de Mr. Justice Murphy no caso *Korematsu v. United States*.

Estados Unidos na Baía de Guantánamo Bay em Cuba. A vulnerabilidade da referida medida, buscando depor a jurisdição e o *rule of law* substancial, resultou na decisão da Corte norte-americana que, em *Hamdan v. Rumsfeld* (2006), informou que um Tribunal sem jurisdição seria somente um anunciador de fatos, acusando o tratamento pragmático de situar o problema da emergência enquanto uma questão de fato em que se confere carta branca ao executivo. Nesse sentido, impediu que os indivíduos detidos fossem sujeitados às punições sem o direito ao *habeas corpus*, haja vista que caberia ao executivo o cumprimento do princípio do estado de direito que prevaleceria na jurisdição norte-americana. O diagnóstico de Tushnet (2007, p. 1458) é que o caso *Hamdan* refletiu uma concepção de Constituição política dos poderes de emergência em que os poderes constituídos seriam o produto das estruturas fundamentais do poder político – a repartição de autoridade entre o executivo e o legislativo- em que apenas uma pequena parte dessa repartição decorreria do texto constitucional ou dos precedentes judiciais, as quais seriam responsáveis por interpretar judicialmente o direito.

Essa flexibilização dos materiais constitucionais, bem assim a prevalência das soluções políticas pelo legislativo e executivo em tempos de emergência coincidem com a resposta do pragmatismo de Posner. Não por outra razão, em *Federal Courts: challenges and reform*, o instituto da *judicial self-restraint* de Posner foi associado ao sentido da deferência judicial ao executivo e implicou no raciocínio de que as Cortes deveriam deferir mais decisões a outras frentes de poder quando se tratassem de exceções importantes, pois sugeririam, a própria natureza das exceções, que uma auto-contenção judicial não poderia ter a pretensão de se tornar uma filosofia judicial completa tal qual teria proposto o ativismo judicial (1999a, p. 328-329). Se parafrasearmos Dyzenhaus (2006a, p. 42-45), trata-se de uma *judicial self-restraint* que se aproxima das alternativas do maximalismo de segurança nacional ou de um minimalismo de liberdade, em que se defende, mesmo em tempos normais, o papel mínimo para os juízes que teriam se tornado incapazes de exercer as respectivas funções com afinco, mas que é ainda mais apropriado durante as emergências com o fim de conciliar as tensões entre segurança pública e direitos constitucionais.

A resposta de Posner também encontra eco na concepção pragmática de Ackerman (2004, p. 1029-1030) que, em *The emergency Constitution*, afirma que, para

respondermos às emergências, faz-se necessários novos conceitos constitucionais com a finalidade de se evitar uma circular proteção das liberdades civis através de sucessivas e fracassadas tentativas de positivação de medidas emergenciais que ocorreriam a cada novo ataque terrorista. Tal qual a proposta neoliberal de Posner, a resposta de Ackerman resgata o excepcionalismo de Schmitt posto pressupor que o judiciário seria incapaz de decidir pelo executivo nas emergências. Por essa razão e com fim de retornar ao *status quo ante* da normalidade, busca-se um sistema de incentivos e desincentivos políticos e econômicos, um consenso político que derive de uma Constituição de emergência para interromper o ciclo de terror, evitando-se qualquer abuso de poder durante as emergenciais (ACKERMAN, 2004, p. 1091).

É possível identificar, enquanto corolário lógico desse sentido de deferência e tomando emprestado o diagnóstico feito por Dyzenhaus (2010, p. 64) em *Very idea of judge* sobre a ascensão do estado administrativo em Schmitt, mais um ponto de distanciamento do pragmatismo de Posner do utilitarismo de Bentham, já que, principalmente nas situações emergenciais, o estado legislativo de Bentham cederia espaço à concepção do estado administrativo de Posner. Em outras palavras, houve transição da concepção utilitarista herdeira do ideal contratualista de proteção do sujeito individual para a resposta pragmática e neoliberal redutora dos interesses individuais em prol do sujeito coletivo. Ainda com o apoio da leitura crítica de Dyzenhaus (2010, p. 64), denota-se que a ausência do controle jurisdicional sob a ótica das exclusividades do estado legislativo de Bentham ou do estado administrativo de Schmitt e de Posner traduziria no déficit do próprio estado de direito e isso poderia ser verificado pela contingencialidade de prioridade política e social na determinação da legitimidade do conteúdo do direito nessas visões.

Nessa mesma intenção comparativa, em *Federal Judiciary: strenghts and weaknesses*, a menção de que os Tribunais deveriam operar pragmaticamente - de forma mais transparente, mais eficiente e mais inteligível - coincide com a alusão de Posner à moderna teoria da administração capaz de sustentar a própria concepção pragmática que faz do executivo o protagonista de um Estado mais eficiente, transparente e inteligível (POSNER, 2017, p. 8-15). Nesse contexto e agora com a crítica de Castanheira Neves (2011, p. 272), o sentido da função judicial em Posner “não passaria de função *longa manus* da intervenção político-social ou alíbi

legitimante”. O estado de direito se transformaria “num estado de mera administração” e o direito voltaria “a ser o que é útil ao povo”.

### 3.5.2 *As possíveis projeções metodológicas do pragmatismo no estado de emergência*

Numa breve tentativa de desenvolvimento das possíveis projeções metodológicas do pragmatismo de Posner enquanto resposta ao problema da emergência, sabe-se que os casos de emergências constitucionais que se apresentam aos juízes são denominados por Posner como *non routine cases* ou casos duros e, para essas situações, demandaria a exploração das possibilidades da *judicial self-restraint* feita à luz do modelo de adjudicação pragmática, compreendendo o desempenho dos Tribunais Superiores com foco em uma “*open area*” (POSNER, 2008, p. 7-15, grifo nosso), “uma área em que os juízes não podem decidir simplesmente por referência à vontade dos outros” (POSNER, 1999a, p. 313, tradução nossa), cujo sentido é o da indeterminação “dos materiais jurídicos vinculantes (*constitution, statutory law, binding precedents*)” (AROSO LINAHRES, 2016, p. 118, grifo do autor); “a desconstrução da ideia de *neutral principles*” (AROSO LINHARES, 2017, p. 45, grifo do autor) e a “incapacidade dos métodos da *legal reasoning* (e da perspectiva *interna* que estes reivindicam) vencerem” (AROSO LINHARES, 2016, p. 118, grifo do autor) tal indeterminação que retiraria, na perspectiva do *rule of law*, a legitimidade das decisões judiciais.

Quanto à referida indeterminação, destaque-se, no estado de emergência, a redução do princípio da liberdade à *police* da segurança pública representativa do contraponto *principles-policies* e a prevalência *a priori* da segurança pois, independente de fins ou valores, o modelo de sociedade de Posner concebe o sujeito coletivo e macroscópico como sujeito de múltiplas necessidades. Trata-se, já na última etapa de seu percurso, de um pragmatismo avançado que renuncia ao formalismo e ao originalismo e que conduz, não a uma preocupação inicial com a doutrina, os precedentes e outros materiais convencionais de análise jurídica (POSNER, 2017, p. 80), mas à interpretação desses materiais orientada por resultados para buscar os efeitos sociais (POSNER, 2017, p. 17) mais eficientes aos fins de segurança pública.

Dito de outro modo, há orientação por efeitos a serem perspectivados pela contingência dos fatos urgentes empiricamente considerados (AROSO LINHARES, 2017, p. 36) em que a superação do valor-liberdade pelos fins de segurança pública consagra “o declínio da *rule of law* [...] – modelo de decisão de casos concretos pela aplicação de valores ou regras pré-estabelecidas [...]” e a ascensão do “*the judicial-power model*, aquele em que o juiz seria constitutivamente interventor, criador autônomo das soluções exigidas pelos fins e interesses sociais” (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 30, grifo do autor).

É ainda possível dizer, com Gross e Ní Oláin (2006, p. 146), que esse pragmatismo se apresenta como modelo de resposta extra-legal para as situações de emergência e que, embora com pretensão de rejeição do sentido teórico e tradicional do excepcionalismo, traz como herança do excepcionalismo clássico a necessidade de se manterem separadas as situações normais daquelas excepcionais e a correlata distinção entre os casos normais daqueles não rotineiros. Trata-se de reconhecer o núcleo comum entre essas concepções correspondente à noção de total separação entre normalidade e emergência e dos limites impermeáveis entre essas duas realidades com o objetivo de superar as específicas crises e restarurar a normalidade ao *status quo ante*.

Dito isso com paráfrase à Aroso Linhares (2017, p. 34, grifos do autor), não somente pela necessidade em submeter a interpretação à mera contingência dos fatos, mas também pela insistência em se manter a referida distinção de sentido teórico ou a “dinâmica de oposição” entre casos normais e excepcionais é que esse pragmatismo trata de reconduzir a experiência do sistema jurídico aos limites de uma representação formalista, apresentando-se com uma máscara de formalismo - apenas uma tentativa de configuração neoliberal de pressupostos formais do sistema liberal - incompatível com as “pretensões de unidade associadas à categoria de intelegibilidade *sistema*”.

Contudo, a pretensão de renúncia ao formalismo tem na decisão o seu principal momento. É que o caminho (curto!) para a decisão ocorre pela formação de um campo de informação e valoração das alternativas e dos possíveis efeitos escalonados da decisão, tratando-se, portanto, de uma racionalidade que implica em instrumentalização dos materiais jurídicos disponíveis para melhor escolha a luz da eficácia enquanto técnica e da eficiência enquanto estratégia. Dito de outro modo, nas decisões judiciais de sentido pragmático não se terá juízo teológico-messiânico ou outro teórico,

tampouco implicará em qualquer axiologia tal qual se mostrará a resposta de Dyzenhaus, mas se optará, num hipotético *hard case*, por uma seleção de meios a alcançar uma solução estrategicamente mais conveniente (BRONZE, 2010b, p. 903).

Com o fim de responder aos *non routine cases*, em *Pragmatic Adjudication*, Posner (1996, p. 8) convoca a filosofia de Holmes para se afastar das formulações positivistas, explicando que o julgador pragmático acredita que o futuro não pode ser escravo do passado e prescinde de qualquer estatuto para produzir a melhor decisão. O olhar sob as decisões do passado só assumiriam relevo para a verificação da elaboração de melhores decisões para o futuro. Em *Law, democracy and pragmatism*, Posner (2003, p. 292) se baseia nos pensamentos de Holmes e Devlin para sustentar o argumento de que a própria prevenção de crises e emergências deve ser lida pela adjudicação pragmática, de modo a justificar a relativização do direito de liberdade em prol dos benefícios para a segurança pública. O direito deve, então, ser “normalmente flexível o bastante para permitir que os juízes confirmem peso controlador às consequências imediatas da decisão, se essas consequências forem suficientemente graves” (POSNER, 2003, p. 295, tradução nossa).

O modelo da adjudicação pragmática teria como foco para as situações de urgência os fatos graves e suas respectivas consequências e é por esse motivo que o pragmatismo posneriano se apresenta como empirista, no sentido de ser avesso à ideia de dogmatismo e contrário a qualquer teoria ou conceitualização moral ou irreal que se distancie desse quadro experimental. O estudo a ser realizado pelo juiz pragmático sobre a intensidade da gravidade que os fatos se apresentam demanda que o decisor, como explica Posner (2008, p. 248) em *How Judges Think*, busque, para além do argumento jurídico, dados estatísticos, imagens e fontes “*from the outsider*”, tendo sempre em vista os fatos concretos. No mesmo sentido, em *Law, democracy and pragmatism*, menciona que o juiz pragmático deve assumir a disposição para julgar os programas políticos do governo, baseando-se em fatos e nas consequências ao invés de se pautar em generalidades e conceitualismos (POSNER, 2003, p. 59).

A consideração da gravidade dos fatos em situações de excepcionalidade pautada nesse empirismo de fatos/consequências é expressão da justificação e ética

consequencialista e amoral de Posner<sup>32</sup>. Conforme a justificação consequencialista, os juízes teriam maior discricionariedade para julgar os *non routine cases*, tais quais aqueles em que se discute as emergências constitucionais, modificando normas, particularmente as do *common law* e do direito constitucional (POSNER, 1988, p. 835). Essa maior discricionariedade é que deve subsidiar os julgamentos das Cortes, de modo a flexibilizar – quando não suprimir – direitos constitucionais em nome da segurança nacional. Para Posner (2006, p. 149, tradução nossa), “as liberdades civis são moldadas por estatutos, regulamentos e julgamentos discricionários dos executores das leis e do pessoal de segurança nacional, bem como pelos Tribunais em nome da Constituição”.

Abordando doze asserções conclusivas sobre a adjudicação pragmática, em *Law, democracy and pragmatism*, Posner (2003, p. 59) informa que o critério decisivo para essa abordagem é o princípio da razoabilidade. A razoabilidade é, para Posner, o único meio de se flexibilizar o texto legislativo de modo a suprimir direitos em situações excepcionais. Veja que, em *Not a Suiced Pact: The Constitution in a Time of National Emergency*, esse é o único critério apontado para justificar a violação de direitos constitucionais, os quais, em sua maioria, não passariam de invenção criativa da Suprema Corte (POSNER, 2006, p. 88).

Para o exercício da razoabilidade, o recurso aos materiais jurídicos não positivados ou *extralegals* se torna, pois, necessário na resolução dos casos não rotineiros (POSNER, 2008, p. 263). É justamente essa busca que identifica o sentido já explicitado que Posner confere à expressão *open area*. Aderindo à proposta do jurisprudencialismo de Aroso Linhares (2017, p. 30), podemos dizer, em sentido crítico, que se trata de um discurso associado àqueles outros de área aberta, em que, no contexto da raridade dos casos de rotina invocado por Posner, a solução dos *non routine cases* aproxima-se mais do sentido de uma invenção ou *criação discricionária* do que do sentido de aplicação do direito (AROSO LINHARES, 2017, p. 19-26, grifo do autor).

---

<sup>32</sup> O postulado da ética consequencialista de Posner se manteve mesmo após o *pragmatic turn* - o giro pragmático de Posner após a primeira fase teórica do *Law and Economics* - e apresenta sentido de “tomar como *moralmente justificados* os resultados de uma transação expressamente consentida – numa argumentação *consequencialista*, visando a atribuição de um valor moral ao *consentimento*, e assim postulando a *maximização da riqueza* como resultado da transação...- por duas ordens de razões: em primeiro lugar, em virtude de se assumir o *consentimento* expresso como potenciador do sentido de *autonomia* dos sujeitos; em segundo lugar, devido à consideração das transações expressamente *consensuais*, por sua vez, e por definição, como potenciadoras do bem-estar dos que nelas consentiram” (GAUDÊNCIO, 2009, p. 136-140, grifo do autor).

É ainda com fundamento na razoabilidade, enquanto critério pragmático para interpretar de forma elástica os dispositivos constitucionais garantidores de direitos, que, para Posner (1990, p. 230), as medidas emergenciais adotadas pelo governo Bush após o evento terrorista de 11 de setembro de 2001 foram pragmáticas, mas o Autor não aceita as críticas sobre o caráter permanente dessas medidas que se manteriam, estrategicamente, até os dias de hoje, seja para fins securitários, seja para fins econômicos. São as medidas pragmáticas que sustentarão a supressão de direitos, na medida em que gerarem consequências benéficas para a segurança da nação e é sobre essa abordagem pragmática entre liberdades civis e segurança pública que iremos nos ocupar.

### 3.5.3 *O sentido do direito e o pragmático trade-off entre as liberdades civis e a segurança pública*

A abordagem pragmática do *trade-off* entre o *principle* da liberdade e a *police* da segurança pública é logo mencionada nas notas do editor em *Not a Suiced Pact: The Constitution in a Time of National Emergency*, cujo sentido é o de que os direitos fundamentais devem ser flexibilizados de acordo com as circunstâncias e, para isso, deve-se buscar um “*pragmatic balance*” entre liberdade pessoal e a segurança comunitária. Trata-se, em verdade, de um certo *balance* que, por se autenticamente pragmático e posneriano, não corresponde à ideia de equilíbrio entre os interesses envolvidos, tampouco pode ser teorizado ou ter critérios antecipados e introduzidos em regras fixas. Tratam-se de opções discricionárias do poder executivo e judiciário que se sobrepõem às razões e soluções normativas nas situações de emergência (POSNER, 2006, ix).

Essa imagem pragmática do *balance* entre os direitos constitucionais e a segurança pública legítima, conforme já pontuamos, a flexibilização das disposições normativas para empregar, por exemplo, a tortura como método otimizado de confissão a fim de contender eventuais ameaças terroristas. Se levarmos a sério essa última abordagem exemplificativa, é ainda possível dizer, com o pragmatismo de Eric Posner e Vermeule (2007, p. 175), que eventual superação de direitos dos detentos contra a tortura ou a realização de interrogatório coercitivo seriam menos onerosos e justificados

sob o manto da necessidade pragmática defensiva, desde que remetesse a uma atuação preventiva com o fim de se evitar uma ameaça iminente, isentando de responsabilização, por esse motivo, as autoridades envolvidas na prática desses atos. No plano do processo penal, uma pragmática defesa da tortura promoveria o regresso ao processo medieval arcaico em que os meios de investigação e os de punição coincidiriam ou ocorreria que o meio de investigação fosse mais severo do que o fim-punição, pois já se punia com a própria tortura na investigação (NEIL, 2010, p. 129).

Em *Law, democracy and pragmatism*, no contexto do diálogo divergente com Dworkin (1977, p. 91), para quem as medidas de *trade-offs* seriam encorajadas por objetivos coletivos, tratando-se de argumentos de política - e não de princípios - que não protegeriam os direitos individuais, Posner (2003, p. 300) diz que no modelo pragmático do *trade-off* não se trata de se sopesar ou priorizar um valor em detrimento do outro, mas de promover efetiva troca das garantias jurídicas positivadas por outros valores<sup>33</sup>, sendo, ainda, necessário utilizar de cálculo de probabilidades do custo-benefício entre liberdades civis e a segurança pública, de modo que qualquer redução adicional às liberdades representaria apenas mais um custo que garantiria maior benefício à segurança.

Dito isso com a pragmática proposta de Eric Posner e Vermeule (2003, p. 3), o cálculo a ser feito é que os custos da temporária ditadura, incluindo os riscos de se tornar permanente, refletidos na supressão das liberdades civis seriam inferiores aos custos da destruição nacional. É ainda Vermeule (2007, p. 1251) que, em comentário ao caso *Alliance to end repression v. City of Chicago*<sup>34</sup>, menciona que, para o pragmatismo posneriano, os abusos do poder executivo face aos direitos individuais são apenas custos que não devem ser minimizados, mas otimizados. Segundo Vermeule (2007, p. 1252), esse modelo corresponde à teoria do *trade-off* entre segurança pública

---

<sup>33</sup> “Civil liberties remain in the balance even in the most dangerous of times and even though their relative weight must be less then because of heightened concern for public safety, it is as misleading to say that ‘security comes before liberty’ as it is to say the reverse. The prioritizing of either security or liberty is unpragmatic. The unconstitutional acts that Lincoln committed during the Civil War suggest that even legality must sometimes be traded off against other values”.

<sup>34</sup> O caso *Alliance to end repression v. City of Chicago*, segundo Vermeule, surge após os eventos terroristas de 2001 e é melhor entendido como contribuição do judiciário para frear tendências investigativas nos Estados Unidos e na cidade de Chicago que conferiam maior afrouxamento às restrições sobre o executivo contidas na lei de segurança nacional norte-americana. Segundo a decisão superior, seria necessário que o executivo e o judiciário de Chicago obedecessem ao regramento dos decretos de consentimentos dos cidadãos quanto a supressão de direitos fundamentais por ocasião das investigações, de modo que, somente de forma restrita, pudessem ser interpretados e modificados.

e liberdade, sendo conceitualmente problemática e, com apelo pragmático, passa a ser autenticamente posneriana.

Identifica-se aqui, com Aroso Linhares (2002, p. 84), a invenção-determinação de um discurso de *societas* numa correlata tentativa-estratégia de equacionar por custos e benefícios a redução da liberdade em prol dos benefícios de segurança, como se pudessemos facilmente renunciar a princípios e valores historicamente constituídos, sob o pretexto de que eles se modificam de tempos em tempos, sem, contudo, “estabelecer qual o processo de tratamento racional dos materiais jurídicos ou se é regra de decisão” (AROSO LINHARES, 2002, p. 68).

Em Posner, o destaque de uma abordagem do papel do julgador que confira, nas situações de urgência, maior flexibilidade do direito à liberdade face aos benefícios da segurança é expressão, conforme já havia sido introduzido, do *pragmatic turn*<sup>35</sup>, cujo significado remete, em *The Problems of Jurisprudence*, à abdicação de uma estrita análise economicista do direito em favor de uma construção mais pragmática. Trata-se de se instrumentalizar o critério da maximização da riqueza para ser utilizado como guia na consecução de políticas públicas e não somente para fins econômicos (POSNER, 1990, p. 387).

Conforme ressalta Posner (1980, p. 497-498), a abordagem originária dessa última construção adveio dos próprios economistas que buscavam estabelecer as bases de consenso para a maximização da utilidade. Todavia, o próprio Autor reconhece a dificuldade de se concluir sobre experiências das consequências de um certo componente econômico sobre o comportamento observável (POSNER, 1998, p. 1820-1823). Ocorre, então, que as decisões dos juízes nas situações de emergências constitucionais, a partir do *pragmatic turn*, buscarão mais os efeitos e consequências das crises e menos a investigação econômica sobre custos-benefícios das decisões.

Nessa ordem de ideias, conforme o próprio Autor ressalta em *How Judges Think*, a Análise Econômica do Direito, apesar de vir a ser considerada apenas uma possibilidade, ainda que residual, não deixa, absolutamente, de ser utilizada, haja vista ainda ser útil para a resolução de problemas em diversos campos, tais quais nas relações contratuais e na apuração de crimes (POSNER, 2008, p. 237), refletindo a manutenção do núcleo-duro do *Law and economics* da *Chicago Scholarship*, cuja assimilação-

---

<sup>35</sup> Cf. Gaudêncio (2009, p. 136-140).

correção é preservada pela *theory of pragmatic adjudication* (AROSO LINHARES, 2002, p. 74, grifo do autor). Pela mesma razão, em *Pragmatic Adjudication*, a própria menção de Posner (1996, p. 5) de que, muitas vezes, nos *non routine cases*, há necessidade de, por meio da abordagem pramática do *trade-off*, sacrificar a justiça substantiva nos casos individuais como forma de se encontrar expectativas necessárias para a boa regulação dos negócios da sociedade, é indicativo de que não fica totalmente excluída a Análise Econômica do Direito.

Acrescente-se que, em *Catastrophe Risk and Response*, Posner (2004, p. 250, tradução nossa) sustenta a importância da análise econômica de custos e benefícios quando se trata de prevenir crises e catástrofes, mas informa que essa equação, por si só, não se mostra suficiente para remediar ou prevenir os eventos emergenciais, tais como os ataques terroristas, dizendo que “a análise de custo-benefício de tais medidas é extremamente difícil. Por um lado, não poderíamos estimar a probabilidade de atos terroristas, se se trata de detonar bombas nucleares ou planejando ataques biológicos”. Nesta mesma monografia, afirma a insuficiência da pura utilização da Análise Econômica do Direito nas situações de emergência, haja vista a dificuldade de lidar com probabilidades pequenas ante extremas magnitudes, bem como em razão do inevitável (e surpreendente!) reconhecimento de que benefícios sociais não seriam monetarizáveis e que vidas não seriam quantificáveis. A conclusão de Posner (2004, p. 265, tradução nossa) é a de que essas dificuldades geram “a lacuna entre uma análise puramente econômica dessas respostas e a decisão final que responde à pergunta ‘o que deve ser feito?’”.

Quanto às possibilidades e exigências em que o direito se apresenta nesse pragmatismo enquanto resposta ao estado de emergência constitucional, Posner, como dito, encontra justificativa empírica para tratar o problema da emergência enquanto questão de fato, de modo que a solução jurídica passa a não prescindir de elementos *from the outsider* que contribuirão para alargar o conhecimento sobre o sistema jurídico. Ao sustentar o declínio da autonomia do direito no modelo formalista, cita Holmes para conferir ao direito finalidade meramente instrumental, de modo que ao direito caberia servir de ferramenta para a consecução de condicionantes e fins sociais, nesses termos (POSNER, 1987, p. 763).

Refere-se, Posner (1990, p. 431-432), a uma defesa do trabalho interdisciplinar que tem como efeito diluir as fronteiras entre as disciplinas, significando, para o direito, um somatório ou contribuição de outras disciplinas com a pressuposição de que um campo não entre em conflito com o outro. Esclarece-nos, contudo, Aroso Linhares (2014, p. 1754), que, em Posner, o direito se viu autonomizado por um projeto de interdisciplinariedade de uma teoria do direito sem direito, ou seja, trata-se de representação que reconhece que o futuro do direito deve se romper com o passado, impondo uma recusa de pretensão de autonomia, o que resulta numa “*interdisciplinariedade* hetero-referencialmente” que nos expõe a discursos econômicos mas que nem por isso deixa de contribuir com outros ramos da ciência (AROSO LINHARES, 2013, p. 35-36, grifo do autor).

Frise-se, contudo, que, em Posner, a crítica quanto ao declínio da autonomia do direito não se dirige unicamente e em sentido estrito ao modelo formalista, mas “compreenderão às intenções de um *legalist model* (neste amplíssimo sentido) todas as concepções que conferindo uma importância capital à categoria de intelegibilidade sistema (e às *legal virtues* da “clareza determinação e coerência”) defendam a autonomia prático-normativa do Direito e a autonomia discursivo-cultural do pensamento jurídico” (AROSO LINHARES, 2009, p. 249, grifo do autor). E, de fato, é que o vemos em *Overcoming Law*, ocasião em que Posner, apegado a um modelo mais pragmático do direito, confere mais de um sentido de compreensão à autonomia do direito:

Autonomy refers to law’s self-sufficiency, and has two aspects. The first is law’s autonomy from society – the idea that law has its own internal logic and therefore that when it changes it does so in response to the promptings of its inner nature, like a caterpillar turning into a moth, rather than in response to political and economic pressures.[...] The second aspect of “autonomy” is the independence of legal thought from other disciplines, such as economics<sup>36</sup>. (POSNER, 1995, p. 17).

Em Posner (1995, p. 391, grifo nosso), o modelo pragmático do direito deve ser “*practical, instrumental, forward-looking, activist, empirical, skeptical, antidogmatic, experimental*” e, no mesmo sentido, devem ser entendidas as normas jurídicas, de

---

<sup>36</sup> Autonomia refere-se à auto-suficiência do direito e possui dois aspectos. O primeiro é a autonomia do direito em relação à sociedade – a ideia de que o direito tem sua própria lógica interna e, portanto, quando se modifica, responde aos estímulos de sua natureza interior como uma lagarta se transformando em mariposa e não em resposta às pressões políticas e econômicas. [...] O segundo aspecto da “autonomia” é a independência do pensamento jurídico de outras disciplinas, como a economia. (tradução nossa)

modo que “*legal rules should be viewed in instrumental terms [...] the instrumental concept of law breaks with Aristotele’s influential theory of corrective justice. The function of law as corrective justice is to restore an equilibrium, while in Cardozo’s account “not the origin, but the goal, is the main thing”*”<sup>37</sup>. Perceba que o sentido que a teoria pragmática do *trade-off* fornece ao direito nas situações de urgência é o de vê-lo como instrumento apto a ser moldável em função das gravidades que se apresentarem, mediante o sacrifício de direitos, sempre que essa alternativa seja experimentalmente mais útil e traga maiores benefícios à segurança pública.

Em jeito de conclusão, a resposta-solução “pragmático-funcional” (AROSO LINHARES, 2013, p. 23) de Posner representa o empenho na tentativa de reinventar a *praxis* do discurso prático mas que, ao fim, somente se constitui quando renuncia ao direito. Parte, também, da “aprobemática *tese de indeterminação*” enquanto parâmetro da interpretação dos institutos jurídicos, optando-se por se firmar na cisão de sentido teórico entre casos normais e excepcionais, “como se houvesse moldura que permitisse só um tipo de decisão”, regressando às possibilidades do formalismo e à confusão entre *principles e policies* (AROSO LINHARES, 2013, p. 38, grifo do autor).

Com a crítica de Bronze (2010, p. 323), diz-se que essa abordagem pragmática faz comprimir a normatividade jurídica e a matriz cultural do direito a um discurso direcionado a uma diminuta parcela da sociedade “porque no mundo dos ricos preferem-se outros instrumentos marcados por intenção estritamente regulatória”, numa indiscutível “degradação humano-civilizacional”. Trata-se de uma resposta representativa da degradação de valores da civilização ocidental que tem levado não somente à supressão de direitos, mas ao abandono do próprio direito e dos valores das pessoas enquanto sujeitos de direitos.

Diríamos, nessa linha argumentativa, que, no limite, se o critério final a se buscar é sempre o da segurança pública, não haveria necessidade de qualquer regulamentação jurídica, porque uma concepção que se dedique, cegamente, aos benefícios mais eficientes de segurança tenderá, fatalmente, a eliminar pessoas e, nessa ordem de ideias, não poderia ser intitulada de verdadeiramente prática e jurídica.

---

<sup>37</sup> As regras jurídicas devem ser vistas em termos instrumentais [...] o conceito instrumental de direito rompe com a influência da teoria da justiça corretiva de Aristóteles. A função do direito como justiça corretiva é restaurar um equilíbrio, enquanto que na concepção de Cardozo “não é a origem, mas o objetivo é o principal aspecto”. (tradução nossa)



#### 4 O ANTI-POSITIVISMO DE DYZENHAUS E O *RULE OF LAW PROJECT*

O percurso bibliográfico do sul-africano e professor catedrático da Universidade de Toronto, David Dyzenhaus, é marcado por críticas radicais ao positivismo jurídico, tendo sido, atualmente, mais lido e consultado por criticar as formulações positivistas defensoras da supremacia da legislação; do autoritarismo; da irrelevância prática; da vaguidade e da deferência institucional plena do legislativo e judiciário ao executivo em épocas de emergências (TUCKER, 2013, p. 74-75). Uma crítica à plena concessão de poderes ao executivo que não se restringe ao exemplo da guerra contra o terror no mundo pós 11 de setembro, mas também abrange o regime de exclusão e de urgência transicional instituído pelo *apartheid* na África do Sul em que houve a substituição de um sistema autoritário para outro formal democrático que privilegiou uma minoria branca em detrimento de uma maioria negra (ERIC POSNER, 2012, p. 219).

Nesse contexto, promove, Dyzenhaus, principalmente a partir das acusações direcionadas ao positivismo crítico de Hart e ao positivismo constitucional de Dicey, uma tentativa de reconstituição do sentido dos princípios do estado de natureza da filosofia de Hobbes e dos princípios de moralidade inerente ao direito do não positivismo de Fuller, com o fim de autonomizar um projeto substantivo do *rule of law* que seja capaz de responder ao problema do sentido do direito no estado de emergência.

Em Dyzenhaus, as possíveis causas, o sentido e a resposta ao problema da emergência remeterão mais às projeções metodológicas do direito nas situações de crise do que ao sentido propriamente jurídico-filosófico do direito ante o problema da emergência. Assumiremos, como possível, intitular essa concepção de jurista porquanto se opõe às propostas de Agamben e Posner e rejeita a resposta decisionista de Schmitt ao liberalismo para tentar impedir a redução do judiciário e do jurídico à qualquer ontologia, à política ou à sociedade, não obstante ainda se sustente numa moralidade substantiva inerente ao direito.

#### 4.1 As críticas aos positivismos de Hart e Dicey: as possíveis causas do problema do estado de exceção

As possíveis causas do problema do estado de exceção em Dyzenhaus confluem-se com as próprias críticas dirigidas à racionalidade teórica do positivismo jurídico, a qual, em resposta ao problema da emergência, fez reduzir o direito ao problema (político!) das leis injustas no contexto da segunda guerra mundial e no momento histórico do *apartheid*, bem assim, contemporaneamente, tem buscado secundarizar o direito antes as tentativas de responder à emergência pela positivação de leis de fundo anti-terroristas.

Num brevíssimo desenvolvimento das críticas de Dyzenhaus direcionadas às concepções positivistas em geral, em *Very idea of judge*, a reflexão que se objetivou promover foi a de que na resposta legislativa às emergências, seguindo o tradicional entendimento de Montesquieu, “os juízes não seriam mais do que um instrumento através do qual o conteúdo (factual) da lei se manifesta no mundo” (DYZENHAUS, 2010, p. 65, tradução nossa), de modo que o conteúdo legal seria determinado sob a luz da interpretação mais teorizada possível, não representando, pois, uma concepção de substancial independência do *rule of law* ou da ideia de legalidade em seu sentido mais amplo, mas, ao contrário disso, refletiria um déficit de legalidade - que representaria um verdadeiro estado de dúvida sobre a validade das normas - responsável por provocar uma modificação do sentido tradicional do sistema jurídico do *common law*, do papel dos juízes e da própria legalidade.

Tratar-se-ia de um equívoco que, contemporaneamente, teria sido transmitido para a resposta do moderno estado administrativo que conceberia, egoisticamente, o juiz somente com os atributos necessários para que os *officials* encarregados de interpretar a lei façam o possível para que o direito-lei se manifeste no mundo<sup>38</sup> (DYZENHAUS, 2010, p. 66). A consequência dessa redução restou evidenciada em

---

<sup>38</sup> Acrescenta, Dyzenhaus, ainda em *Very idea of judge*, sobre a constatação-transmissão desse equívoco para o moderno estado administrativo: “we have seen that the dissenting tradition’s conception of law and of the role of the judge in transmitting its content leads, under the conditions of the modern administrative state, to a description of legal order in which one might doubt, on the tradition’s own terms, whether what we have is in fact a legal order, because of the extreme deficit of the rule of law. We might, that is, doubt that order’s claim to be legal because of its deficit of legality”.

*The Case of the Grudge Informer Case Revisited*, ocasião em que Dyzenhaus (2008, p. 23-24, grifo do autor) sustentou o seguinte:

That is, positivists wrongly infer from the fact that *the law*, especially the statute law, of any jurisdiction is used as an instrument of the policy of the powerful, that *law* itself is to be explained as an instrument. That this is a mistake is reflected in European languages except for English in the fact that, following the Romans, the generic term for law contains an element of right, *ius/Recht/droit*, in contrast with the morality neutral words for particular laws, *lex/Gesetz/loi*. Moreover, it is reflected in English in the fact that we speak of the rule of law, not the rule of particular laws. The debate about the connection between law and morality is thus not, as positivists wrongly suppose, about whether there is a connection between the law – the particular laws of a jurisdiction – and morality but about the connection between law, that is, legality or the rule of law, and morality.<sup>39</sup>

Em *Positivism's Stagnant Research Programme*, denunciou de equívocos institucionais as teorias positivistas de compromissos substantivos haja vista que, constatando-se que a relação com esses compromissos práticos nunca tenha sido efetivamente explorada por essas teorias, representaria apenas uma tentativa, consubstanciada pela tese da irrelevância prática, de construir uma ordem jurídica que deveria ser rejeitada por razões políticas. Nesse sentido, essas teorias positivistas teriam adotado uma visão conservadora sobre o papel dos juízes, de modo que a solução para os hipotéticos *hard cases* residiria em se decidir de acordo com a visão que reduzia o plano dos fatos ao direito positivado (DYZENHAUS, 2000, p. 708-716).

De modo distorcido, o positivismo jurídico teria promovido a conexão entre o direito e o plano dos fatos a partir do teste das fontes sociais que sustentava que a existência e conteúdo de todo o direito seriam determinados por referência a apenas fatos sociais, sem quaisquer considerações morais, conferindo aos juízes poderes discricionários (DYZENHAUS, 1991, p. 219). Essa abordagem positivista do plano dos fatos teria conduzido a duas consequências perversas: o direito de uma comunidade seria identificado como um reflexo das intenções políticas e hipotéticas dos legisladores, bem assim os Tribunais estariam obrigados a adotar as soluções

---

<sup>39</sup> Significa que os positivistas, erroneamente, contribuiriam para que o direito, especialmente o *statute law*, de qualquer jurisdição fosse utilizado como instrumento da política de uma poderosa elite. Esse equívoco seria refletido nas línguas européias, com exceção do inglês pelo fato de, seguindo a tradição romana, o termo genérico *law* contém um elemento de direito, *ius/Recht/droit*, em contraste com as palavras moralmente neutras de leis particulares, *lex/Gesetz/loi*. Além disso, isso se reflete no inglês pelo fato de falarmos a regra de direito, não a regra de leis particulares. O debate sobre a conexão entre direito e moralidade não é assim, como os positivistas erroneamente supõem, sobre se existe uma conexão entre a lei – as leis particulares de uma jurisdição – e moralidade, mas sobre a conexão entre o direito, isto é, legalidade ou estado de direito, e moralidade. (tradução nossa)

legislativas independentemente da sua própria interpretação quanto ao mérito moral do direito (DYZENHAUS, 1991, p. 57, 217-218).

No que tange às denúncias da vaguidade e do argumento de autoridade do positivismo jurídico, Dyzenhaus fará oposição, apenas em termos genéricos, às respostas positivistas em geral, assim como se pode verificar já pelo primeiro parágrafo de *Hard Cases in Wicked Legal System: South African Law in the Perspective of Legal Philosophy*, ocasião em que, com o fim de antecipar o próprio desenvolvimento crítico que faria do sistema jurídico da África do Sul durante o regime do *Apartheid*, procurou enfatizar o caráter perverso da filosofia positivista que somente poderia contribuir para produzir atitudes moralmente desejáveis ao direito em favor dos juízes e cidadãos e, por essa razão, constituiria-se numa ideologia de autoritarismo (DYZENHAUS, 1991, p.1). No mesmo sentido é a crítica observada em *Why Positivism is Authoritarian*, momento em que Dyzenhaus (1992, p. 111, tradução nossa) afirma que “por mais que os positivistas contemporâneos intencionem que juízes e cidadãos não sejam autoritários, oferecem uma concepção de direito enquanto uma questão de prática a ser implementada por juízes de um sistema jurídico perverso de forma autoritária”.

As principais acusações serão dirigidas à proposta do positivismo crítico de Hart. Veremos, contudo, no estudo da subseção 4.4, que é a própria radicalidade das críticas de Dyzenhaus direcionadas, com indistinção, aos positivismos jurídicos excludentes e includentes, que faz com que o Autor não reconheça, por completo, o sentido da última reformulação do positivismo (*soft*) de Hart por ocasião do pós-escrito ao seu *Concept of Law* de 1961.

Feito o alerta, em *The Constitution of Law: Legality in a time of emergency*, Dyzenhaus (2006a, p. 150) diz que, em Hart, as situações de indeterminação e vagueza textuais ou os casos em que determinado conteúdo da regra jurídica não ditasse o resultado a ser alcançado pelo julgador ao decidir eram denominadas de “*penumbral cases*”, devendo ser entendidas como momentos excepcionais nos quais o resultado não seria controlado pelo direito e, por essa razão, a solução a ser obtida deveria ser buscada por meios exteriores ao direito, num exercício “*quasi-legislative*” de discricionariedade judicial. Por esse motivo, não entende como exagerada a possibilidade de se concluir que, para Hart, o momento do julgamento discricionário,

num eventual *penumbral case*, tratar-se-ia de uma espécie de “*mini state of emergency or exception*”.

Na *radical* leitura de Dyzenhaus (2000, p. 716-717), a solução metodológica pensada para um suposto caso difícil em Hart seria aquela que reconheceria que todos os juízes deveriam enxergar que suas decisões nos *hard cases* ocorreriam numa zona relativamente livre de qualquer indeterminação ou vaguidade, sem que, necessariamente, tivessem de decidir de acordo com algum critério moral incorporado ao direito. Os juízes idealizados por Hart apenas tentariam fazer do positivismo um pensamento de relevância para a prática jurídica em que o referido exercício de discricionariedade na criação de normas nos casos excepcionais possuiria direta correlação com o argumento e exercício de autoridade.

O positivismo jurídico se utilizaria, assim, de argumento de autoridade e não de legitimidade do direito para promover a revisão judicial dos atos praticados em momentos de crise. É nesse sentido que Dyzenhaus (1993, p. 367-368) sustentou, em *Law and Public Reason*, que, no pensamento de Hart, seria um equívoco confundir legitimidade com autoridade e que uma resposta verdadeiramente positivista deveria ser aquela que explicasse a autoridade do direito sem pressupor qualquer compromisso com a legitimidade desse exercício de autoridade.

Ainda em *Law and Public Reason*, fez aproximar essa concepção de autoridade em Hart da resposta excepcionalista de Hobbes, não obstante reconheça que o próprio Hart rejeitou expressamente a teoria do comando soberano de Hobbes ao buscar substituir a ideia do direito-lei enquanto produto do comando soberano pelo conceito de regra de reconhecimento (DYZENHAUS, 1993, p. 367-368). A conclusão, *sem ressalvas*, do filósofo sul-africano é que a ideia de autoridade de Hart resultaria num vício de circularidade entre a teoria do comando e a regra de reconhecimento pois deixaria sem resposta a questão que o próprio Hart consideraria fundamental e que dizia respeito aos motivos pelos quais os *officials* deveriam aceitar a regra de reconhecimento como obrigatória. Não havendo resposta para essa indagação, a única conclusão possível seria aquela segundo a qual a proposta de Hart se apresentaria desprovida de normatividade jurídica (DYENHAUS, 1993, p. 371-372).

O contrasenso se estabeleceria porque, segundo a fórmula hartiana sobre a regra de reconhecimento, os cidadãos deveriam obedecer a leis, ainda que extremamente

injustas. Dito de outro modo, se levassemos a sério a formulação da regra de reconhecimento, mostrar-se-ia bastante contraditório supor, por exemplo, que o juiz de Hart, no contexto do nazismo ou mesmo do pós-guerra, devesse, em termos morais, recusar aplicar uma lei moralmente perversa (DYZENHAUS, 2008a, p. 30), haja vista que a regra de reconhecimento, enquanto solução de orientação sociológica (BRONZE, 2010, p. 947), permitiria que a legislação incorporasse essas práticas de extrema injustiça, as quais se tornariam vinculantes.

Dyzenhaus sustenta, a partir da denúncia ao autoritarismo, a existência de conexão do positivismo com a supremacia legislativa (TUCKER, 2013, p. 78-79). A centralidade da crítica de Dyzenhaus à resposta positivista que se apega à supremacia da legislação para responder ao problema da emergência será direcionada, em especial, à formulação do positivismo constitucional de Dicey. Em *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Dicey (2011, p. 153) assume um sentido formal ao *rule of law* enquanto expressão dos direitos previstos na Constituição inglesa constituídos, prioritariamente, por decisão dos Tribunais. No pensamento de Dicey, tais direitos, a exemplo daqueles relacionados à liberdade pessoal, seriam reduzidos aos princípios gerais da Constituição. Trata-se de uma concepção teórica do excepcionalismo que, tais quais aquelas já estudadas, pressupõe a distinção entre normalidade e excepcionalidade pois sustenta o exercício ordinário da jurisdição em tempos de paz e, onde não houvesse paz ou para os tempos de emergência, deveriam prevalecer as disposições da *martial law* (DICEY, 2011, p. 326).

No contexto do *common law* inglês, o sentido da *martial law* seria estabelecido através do princípio da necessidade imediata, bem como da natureza e dos limites desse *common law*, e representava que, em casos de guerra, seria admissível a intervenção em direitos e liberdades com a superação do devido processo legal e a suspensão temporária dos direitos ordinários (DICEY, 2011, p. 322-325). O monopólio da Constituição implicaria, contudo, que, sob o pretexto da *martial law*, o governo não poderia invocar qualquer poder ou direito adicional para o uso da força sem a devida autorização estatutária. Era, ainda, através da positivação *a posteriori* de ilegalidades, que o positivismo constitucional de Dicey (2011, p. 327-329) buscava garantir imunidades aos atos ilegais praticados pelos militares durante a guerra a serviço de seu

país, pois, ainda que se tratassem de atos imorais, teriam sido praticados sob um dever jurídico.

O ato de imunidade de natureza estatutária constitucional que avalizava, em sentido retroativo, as práticas ilegais do executivo em épocas de crises resultaria, para Dyzenhaus (2006b, p. 2031), numa ambiguidade entre a ideia do *rule of law*, enquanto estado de direito material constituído por princípios substantivos, e a perigosa ideia do “*rule by law*” enquanto estado de direito formal constituído por normas processuais e procedimentais do direito que seriam responsáveis por promover a garantia jurídica da imunidade *a posteriori* da atuação ilegal do executivo. Esse sentido conferido ao *rule by law* não se confundiria com a resposta do estado administrativo em que a deferência de poderes do legislativo ao executivo deveria ocorrer pela antecipação da autorização legislativa em relação aos atos oficiais que violassem direitos. Assim, o *rule by law* de Dicey promoveria o declínio do *rule of law* pois recusaria o “*continuum de legalidade*” entre os poderes constituídos. A leitura crítica de Dyzenhaus (2006b, p. 2008) é que Dicey teria tomado como legítima a positivação do ato de imunidade, mesmo que a conduta tenha sido realizada de forma cruel, e pressupunha que os juízes não estariam autorizados a promover a revisão judicial do ato legislativo de imunidade durante as emergências, pois a própria previsão legislativa, mesmo que moralmente insana, estabilizaria a lacuna constitucional de forma retroativa, legalizando a ilegalidade (DYZENHAUS, 2006b, p. 2033-2034).

Segue dessa crítica que Dicey não teria contemplado como um estatuto promoveria, *prospectivamente*, a resposta do executivo ao estado de emergência de modo a preservar o *rule of law* e os princípios de moralidade substantiva que lhe são inerentes (DYZENHAUS, 2006b, p. 2034). Em verdade, a concepção do *rule of law* de Dicey, reduzida aos direitos individuais consubstanciados nos princípios-normas do texto constitucional, potencializava o equívoco institucional da separação de poderes ao gerar uma concorrência de supremacias entre o monopólio do legislativo em produzir o direito e o monopólio da interpretação do direito pelo judiciário (DYZENHAUS, 2006a, p. 54, 69, 71, 116, 174). A leitura de Dyzenhaus (2006a, p. 78) do positivismo de Dicey identifica que se trata de concepção tradutora da ideia de um estado de *direito constitucional* em que o conteúdo formal do *rule of law* seria contingente pois o direito positivo oscilaria de acordo com a história particular de uma dada ordem jurídica.

No contexto de todas as críticas de Dyzenhaus às possíveis respostas do positivismo constitucional de Dicey para o problema da emergência, é possível denotar, utilizando-nos dos contributos de Castanheira Neves (2009, p. 57-63), que, em se tratando de positivismo jurídico, da passagem da legalidade à constitucionalidade ou do estado liberal de legislação para o estado constitucional de direito houve apenas um nominalismo jurídico, em que se muda somente o nome e mantém-se a vinculação ao político através, agora, da constituição enquanto “estatuto jurídico do político”, em que “o direito identifica-se com qualquer prescrição autoritariamente sancionada e, não pondo assim exigências quanto ao conteúdo da prescrição, o direito pode ser pensado formalmente sem limites”.

#### **4.2 O estado de emergência entre os *black holes*, *grey holes* e os *fundamental cases***

Também o problema do sentido da emergência em Dyzenhaus não se dissociaria das denúncias às respostas do positivismo já pontuadas e decorre do sentido (crítico!) metodológico conferido pelo filósofo sul-africano aos “*black holes*”, “*grey holes*” e aos “*fundamental cases*” enquanto problemas que seriam essencialmente políticos, posto que sucederiam de formulações positivistas ou funcionalistas, cuja semelhança entre ambas as formulações residiria na delegação ou a instrumentalização do conteúdo dos comandos ditados pelo legislador para outras autoridades responsáveis por realizar a tarefa positivada<sup>40</sup> (DYZENHAUS, 2006a, p. 123-124).

O filósofo sul-africano aproxima o sentido de *black holes* àquele conferido por Agamben ao estado de exceção, como vazios jurídicos criados pela legislação de segurança nacional, uma suspensão total do direito em que os atos estatais não são contestados pelo jurídico (DYZENHAUS, 2016a, p. 268), insistindo em ressaltar, contudo, que não se constituem, tal qual ocorreu no pensamento de Agamben, em paradigma do governo, tratando-se de eventos pontuais que ocorreriam com menos frequência do que os *grey holes*, ou buracos cinzas (DYZENHAUS, 2006, p. 42).

---

<sup>40</sup> Dyzenhaus (2006a, p. 123-124) assume ser difícil distinguir as teorias normativas das funcionalistas, dizendo que ambas seriam melhor entendidas por fazerem parte da família positivista, porque defendem uma espécie de benthamismo de esquerda, uma política do positivismo que considera o direito como um instrumento necessário para transmitir julgamentos sobre o bem-estar coletivo aos responsáveis por implementar essas decisões. Nesse sentido, o funcionalismo seria a maneira pela qual o positivismo jurídico se adapta ao mundo cujo conteúdo dos comandos do legislativo seria destinado às autoridades executivas delegatárias do exercício da tarefa positivada.

Um *black hole*, ou buraco negro, ocorre quando numa emergência se impede, por ato legislativo, a revisão judicial de atos ilegais praticados pelo executivo ou quando o meio legislativo avaliza, *ex ante*, as ilegalidades que venham a ser praticadas (DYZENHAUS, 2006a, p. 52, 201). Tratar-se-ia, por exemplo, de uma combinação legislativa imediata do ato legislativo que suspenda o direito ao *habeas corpus* e, ao mesmo tempo, imunize, *ex ante*, o agente de eventual prática ilegal (DYZENHAUS, 2006a, p. 203), conferindo ao executivo poderes arbitrários e de imprudente crueldade (DICEY, 2011, 236). Outro exemplo de *black hole* ocorreria por ocasião da *martial law*, enquanto paradoxo consistente na autorização pelo direito-lei do uso da violência externamente ao próprio direito (DYZENHAUS, 2009, p.3) e que teria ecoado na defesa de soluções teóricas e pragmáticas para o problema da emergência, tal qual a própria medida de suspensão do *habeas corpus* enquanto equivocada derrogação provisória de uma moralidade constitucional (DYZENHAUS, 2009, p. 39) criada no contexto das respostas do executivo norte-americano no pós 11 de setembro.

Na mesma esteira exemplificativa, veja que nas decisões dos casos *Rex v. Halliday*<sup>41</sup> (1917) e *Liversidge v. Anderson* (1942)<sup>42</sup>, julgados na primeira e segunda guerra mundiais, respectivamente, em resposta sobre a legalidade dos regimes de detenções por tempo indeterminado, decidiu-se pela legalidade dessas detenções por terem sido apropriadas à necessidade do contexto emergencial das guerras, limitando-se, os juízes, a interpretar a *martial law* pelo *rule by law*, sem, contudo, ter feito menção à incompatibilidade dos regimes excepcionais com os princípios fundamentais do direito (DYZENHUAS, 2009, p. 42).

---

<sup>41</sup> Tratou-se de julgamento de apelação interposta por Halliday em razão de sua prisão respaldada em regulamento do poder executivo de 1914, tendo argumentado que a prisão deveria ser revogada porque o regulamento era *ultra vires*, ultrapassando os poderes conferidos pelo legislativo ao executivo. A decisão do recurso, por maioria, confirmou a validade do regulamento que estaria em conformidade com os poderes conferidos pelo legislativo. Destaque-se a explicação de Dyzenhaus (2006a, p. 157), segundo o qual, em *Halliday*, a questão colocada não se tratava da interpretação de um regulamento que autorizou a detenção indefinida sem respaldo legal, mas se a lei de defesa do Reino de 1914 autorizava o executivo a regulamentar o *modus operandi* das detenções, já que o texto legislado teria feito menção à possibilidade de o executivo emitir regulamentos que assegurariam a segurança pública e a defesa do reino, com o fim de deter qualquer pessoa de origem hostil.

<sup>42</sup> Tratou-se de julgamento de ação indenizatória proposta por Robert Liversidge em face do Secretário de Estado do Reino Unido em razão de ter sido detido ilegalmente no período da segunda guerra mundial com base em regulamento de Defesa do Reino Unido que capacitava o parlamento a emitir quaisquer normas que o executivo considerasse necessária para garantir a segurança pública, alegando que não foi acusado de conduta criminosa e não teve acesso às razões de sua detenção. Por maioria, a Câmara de Lordes entendeu que a atuação do executivo não teria ultrapassado os limites da delegação legislativa, não podendo se falar em arbitrariedade. Alertou Dyzenhaus (2006a, p. 149) que *Liversidge* havia somente mentido sobre seus antecedentes, data e local de nascimento.

Destaque-se, contudo, que Dyzenhaus (2006a, p. 154, tradução nossa) fez alerta favorável ao voto de dissidência do *Lord Atkin* no caso *Liversidge v. Anderson*, o qual argumentou que “se houvesse padrão mais rigoroso apropriado para julgar se um detento poderia permanecer detido por tempo indefinido, a decisão sobre a necessidade de se fazer esse controle também deveria estar sujeita ao crivo do judiciário”. Para *Lord Atkin*, no contexto interpretativo do regulamento que autorizava a detenção por período indefinido durante a segunda guerra mundial, deveriam ser incluídos, no processo decisório interpretativo, os princípios do *common law*, principalmente o princípio geral de que as decisões do poder executivo deveriam estar sujeitas ao controle do *rule of law* e o princípio segundo o qual os juízes deveriam se esforçar para proteger, e não para prejudicar, a liberdade de qualquer intenção legislativa.

Na leitura de Dyzenhaus (2009, p. 43-44), trataram-se de decisões que teriam obedecido ao *projeto formal do rule-of-law*, segundo o qual o *rule of law* se estenderia progressivamente do legislativo ao executivo que, enquanto delegatário do legislativo, estaria autorizado a infringir direitos fundamentais através de uma regra autorizativa clara. O projeto criticado refletiria, como espelho, naquelas respostas contemporâneas das democracias liberais que se utilizariam de qualquer norma ou ordem executiva para criar uma variedade de *black holes* enquanto situações de fundo retórico em que os indivíduos suspeitos de, permanentemente, ameaçar a segurança nacional poderiam ser detidos sem período definido e sem qualquer acusação criminal. Como dito, isso teria ocorrido na situação, já mencionada, dos estrangeiros detidos na Baía de Guantánamo Bay, cuja detenção teria sido propositalmente justificada pelo risco de tortura em face desses estrangeiros nos países para os quais fossem, eventualmente, deportados (DYZENHAUS, 2006a, p. 1).

Mais comuns e mais perigosos, sob a perspectiva dos princípios substanciais do *rule of law*, são os *grey holes*, ou buracos cinzas, cujo sentido não é o de um completo vazio sem lei, mas de apenas uma insubstancial e parcial restrição legislativa sobre a ação executiva que faz potencializar a legitimeidade das medidas de emergência praticadas (DYZENHAUS, 2006a, p. 42). Associam-se, os *grey holes*, à formulação do *rule by law* cujo sentido era aquele do estado de direito formal constituído por normas processuais criadas por leis que velariam pela segurança nacional e que ofereceriam aos indivíduos apenas alguns direitos processuais mas que não seriam suficientes para fazer

valer o princípio da liberdade face às ilegalidades cometidas pelo executivo. Dito de outro modo, os buracos cinzas seriam uma “*façade of legality – the appearance without the substance of legality*”<sup>43</sup> (DYZENHAUS, 2016a, p. 268) ou, ainda, uma subespécie dos *black holes*, todavia mais perigosa pois reconheceriam faltar substância aos direitos processuais disponíveis (DYZENHAUS, 2006a, p. 207).

Para Dyzenhaus (2006a, p. 210), os Tribunais militares instalados no período pós 11 de setembro nos Estados Unidos teriam exercido jurisdição num *grey hole*, enquanto espaço que não seria totalmente controlado pelo *rule of law*, haja vista que as decisões desses Tribunais, que ocorriam em sessões fechadas, de rever as decisões do executivo que detinham, indefinidamente, cidadãos estrangeiros considerados como ameaças à segurança nacional, mas que não poderiam ser expulsos em função do risco de tortura, teriam promovido mais o abuso de autoridade do executivo e menos os princípios do *rule of law*. Mais uma vez, é possível acrescentarmos que a criação desses Tribunais militares representou apenas um “alíbi legitimante” em que a jurisdição não significou mais do que a “*longa manus* da intervenção” e monopólio do estado administrativo nas emergências (CASTANHEIRA NEVES, 2011, p. 272, grifo do autor).

Adicione, sugestivamente, apenas um exemplo contemporâneo representativo do sentido dos *grey holes* empregado por Dyzenhaus, agora no âmbito do direito da União Europeia. Sabe-se que, sob a influência de um pacote de medidas anti-terroristas desenvolvidas em cooperação com o executivo norte-americano (ANDERSON; APAP, 2002, p. 7) após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, o Conselho da União Europeia decidiu por positivar a decisão-quadro que instituiu o mandado de detenção europeu, cujo princípio angular é o do reconhecimento mútuo das decisões sobre detenções entre os Estados Membros da União Europeia, positivado, como princípio geral, no art. 1º, nº 2 do instrumento normativo<sup>44</sup>.

Veja que constou dessa decisão-quadro emergencial uma espécie de *grey hole*, consistente na lacuna normativa ou vazio jurídico que não respeitaria, em absoluto, a

---

<sup>43</sup> Uma farsa de legalidade – a aparência sem a substância de legalidade. (tradução nossa)

<sup>44</sup> A definição do mandado de detenção europeu e a obrigação de o executar constou dos nº 1 e 2, respectivamente, do art. 1º Decisão-quadro 2002/584/JAI. Extrai-se do nº 1 que o mandado de detenção europeu é decisão judiciária emitida por um Estado-Membro com vista à detenção e entrega por outro Estado-Membro de pessoa procurada para efeitos de procedimento penal ou de cumprimento de pena. Extrai-se do nº 2 que os Estados devem executar todo e qualquer mandado de detenção europeu *com base no princípio do reconhecimento mútuo* e em conformidade com o disposto na referida decisão-quadro.

concreta proteção de princípios e direitos fundamentais como possível motivo de não execução do mandado de detenção europeu. Isso porque uma leitura formal do princípio do reconhecimento mútuo, somada à interpretação sistemática da decisão-quadro, implicaria, necessariamente, que o Estado-Membro de execução do mandado – aquele que realiza a detenção e entrega do indivíduo a pedido do Estado de emissão – somente poderia recusar a entrega nos casos, formalmente e taxativamente, previstos nos arts. 3º e 4º da decisão-quadro, independentemente da alegação de que a potencial violação de outros princípios ou direitos fundamentais integraria o conteúdo substancial do princípio do reconhecimento mútuo.

O equívoco de algumas jurisprudências judiciais residiria em buscar colmatar a referida lacuna mediante atitude “exclusivamente teórica” do direito (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 9), numa tentativa de se “pré-determinar em abstrato” (AROSO LINHARES, 2012, p. 34) as exigências do princípio do reconhecimento mútuo, como se pudessem antecipar que nenhum pedido de entrega pudesse afetar direitos. Dito de outro modo, uma visão normativista do princípio do reconhecimento mútuo que o coloca como princípio geral, tal qual expressamente concebido no art. 1º, nº 2, confere-lhe função apenas regulatória e de integração das demais normas do instrumento legislativo, numa “*unidade horizontal* (por coerência)” com essas normas (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 6, grifo do autor) e conduziria à tendência securitária, repressiva (RODRIGUES, 2009, p. 36) e inevitável de se entregar indivíduos de um Estado a outro independentemente da constatação, pelo Estado de execução do mandado, de possível violação de outros princípios e direitos fundamentais que não constem expressamente do instrumento normativo.

Por outro lado, uma exigência material do *rule of law*, ainda que no contexto de soberanias compartilhadas, implica em conferir um sentido prático-normativo ao princípio do reconhecimento mútuo que o eleve à categoria de fundamento de validade material de todas as normas ou valores que lhe correspondam, bem como em reconhecê-lo enquanto compromisso axiológico e prático que somente em concreto adquire conteúdo. Esta abordagem possui fortes afinidades com o anti-positivismo de Dyzenhaus e implicaria em reconhecer que, em seu atual desenvolvimento, o conteúdo substancial do princípio do reconhecimento mútuo teria como patrimônio valores mínimos, comuns e irrenunciáveis formados pela experiência histórica do próprio

espaço europeu, não se reduzindo aos limites ou omissões normativas da decisão-quadro de referência, mas tendo como referência todo o sistema jurídico da União Europeia, permitiria a verificação, em concreto, de violação de outros valores, substanciais ou processuais, ainda que não abrangidos pela decisão-quadro, com o fim de orientar a solução mais coerente com a novidade do caso.

No pensamento de Dyzenhaus (2008a, p. 6-8), para além da concepção dos *hard cases* enquanto casos que, tendo como referência a norma jurídica, seriam omissos, duvidosos, ambíguos ou contraditórios, surge uma categoria *sui generis* denominada de “*fundamental cases*”, tratando-se de uma subcategoria da categoria geral dos *hard cases* porque pressuporia a existência destes e reivindicaria um exercício de discricionariedade determinado por fatores externos à lei. Seriam *fundamental cases* aquelas situações das quais os intérpretes discordariam, razoavelmente, sobre a solução interpretativa, não apenas porque não reconheceriam a dogmática jurídica aplicável, mas porque teriam visões divergentes sobre os fundamentos da ordem jurídica a serem confrontados com o caso. Tratam-se de mais uma modalidade representativa do sentido do estado de emergência porque diz respeito às disposições normativas moralmente injustas e desagradáveis (DYZENHUAS, 2008a, p. 13-16).

Aproximam, os *fundamental cases*, do sentido conferido por Radbruch às leis de extrema injustiça da ideologia nazi-socialista, com a ressalva de que a solução interpretativa de Dyzenhaus para um eventual *fundamental case* não conduziria, necessariamente, à invalidação da norma por violação às leis da natureza, mas sim, com o auxílio da sensibilidade de Fuller ante as situações de extrema injustiça encaradas pela era nazista e pelos Tribunais no pós-guerra, ao dever de compatibilizar o conteúdo normativo moralmente insano com algum dos diferentes ideais de fidelidade ao direito em seu nível mais fundamental - os “princípios fundamentais da ordem jurídica e os princípios de conteúdo substantivo do direito” - levando-se em conta o que Fuller denominou de “moralidade inerente ao direito” (DYZENHAUS, 2008a, p. 8-18, tradução nossa).

O debate, nesse nível fundamental, teria implicações práticas diretas pois, confrontado-se com determinado caso prático, o julgador teria de fazer a escolha sobre qual seria o fundamento mais apropriado para decidir. Essa escolha não equivaleria, contudo, a um exercício de discricionariedade determinada por fatores externos ao

direito, mas sim sobre qual seria a melhor forma de se interpretar a prática jurídica de modo a sustentar, internamente, a *legality* (DYZENHAUS, 2008a, p. 18, grifo nosso).

Em sentido metodológico, denota-se, a partir da própria crítica de Dyzenhaus aos *fundamental cases*, *black holes* e *grey holes* que eles se referem a imperfeições legislativas que servem ao positivismo jurídico que teria concebido o sistema jurídico constituído apenas por normas com a ilusória pressuposição de que poderia, com essa formulação, antecipar-se à excepcionalidade dos problemas emergenciais. Essas categorias negligenciam, como parâmetro material de validade, os princípios de moralidade inerente ao direito. A referida pressuposição conduziria, assim, ao fechamento do sistema jurídico e ao exercício de discricionariedade, quando não à arbitrariedade do decisionismo nas situações de crise em que se decidia sem o direito.

Dito de outra forma, agora com Dyzenhaus (2009, p. 42-52, grifo nosso), as possibilidades denominadas de *black holes*, *grey holes* e *fundamental cases* representam a constatação de que em razão da “*institutional immaturity*” inerente a todas ordens jurídicas, consistente na insuficiência de recursos jurídicos *imediatos* para responder ao problema da emergência, os poderes instituídos incorreriam numa “*utopia of legality*”, correspondente à ilusão de que todos os atos oficiais seriam controlados por um direito-lei, que, por sua vez, negligencia a existência de princípios não positivados que possam transcender a prática desses atos e determinar a sua invalidação.

Nesse sentido, as decisões políticas que buscam responder ao problema da emergência através da positivação incorreriam, sempre, numa “*compulsion of legality*”, a compulsão que tende a justificar todos os atos estatais lhes conferindo garantia jurídica apenas por meio da autoridade de um critério legal preexistente (DYZENHAUS, 2016a, p. 270). Contudo e já nos antecipando a uma das premissas do projeto do estado de direito de Dyzenhaus, extrai-se do ensaio, *The compulsion of Legality*, que o mencionado sentido para compulsão de legalidade representaria um ciclo vazio de legalidade, não um virtuoso ciclo, a revelar um projeto de cooperação institucional de funções entre judiciário, legislativo e executivo com o fim de garantir o cumprimento dos princípios substanciais da *legality* por todos os agentes públicos.

### 4.3 O *rule of law project*: a cooperação institucional de funções e os princípios de moralidade substantiva

É o projeto anti-positivista do *rule of law* de Dyzenhaus que se apresenta enquanto resposta para o problema do sentido do direito no estado de emergência. Isso porque o Autor enfatiza que a própria história dos poderes de emergência, exemplificada, principalmente, pelos sistemas jurídicos perversos do nacional-socialismo e do *apartheid* em que o direito era reduzido a um instrumental legal de opressão, reivindica a necessidade de uma filosofia anti-positivista enquanto solução única para as catástrofes geradas pelas respostas teóricas do positivismo jurídico ao problema da emergência.

O fechamento dos sistemas positivistas reclamava a necessidade de um “repositório de princípios morais”<sup>45</sup> (DYZENHAUS, 1999, p. 4, tradução nossa), de modo a fazer restringir a referida opressão porque faria com que o direito se aproximasse mais do homem e de seus valores. Nesse sentido, o projeto do *rule of law*, que se intitula de anti-positivista e anti-formalista, busca solucionar, tendo como referência principal os princípios constitucionais não positivados do *common law*, as situações de exceção representadas pelo núcleo comum positivista dos *black holes*, *grey holes* e *fundamental cases*.

Trata-se de recusar a solução positivista atenta somente ao controle de validade *formal* das normas moralmente insanas, cuja pretensão era a de lhes retirar toda vinculatividade jurídica, bem como a resposta do direito natural de Radbruch que, insistindo apenas em rotular de não jurídicas aquelas regras de intolerável injustiça, posto que violariam o conteúdo moral do direito, não foi capaz de desconstituir, por completo, o argumento positivista de que a fidelidade ao *rule of law* equivaleria à obediência às regras claras, gerais e formalmente válidas (DYZENHAUS, 2003, p. 359). Essas sucessivas rejeições seriam fundamentais para conferir, a partir de princípios morais e convocando, quando necessário, uma robusta revisão judicial dos atos praticados pelo executivo nas emergências, uma resposta interpretativa que faça o

---

<sup>45</sup> I have in earlier work tried to argue that the story supports anti-positivism, since it shows that where there is law there has to be some repository of moral principles, and that judges who did the most to use the law to constrain oppression had to be anti-positivists.

direito moralmente legítimo, ainda quando as disposições dos estatutos não fossem claras ou contivessem alguma ambiguidade (DYZENHAUS, 2003, p. 352).

A pretensão de autonomizar a resposta do direito a partir dos princípios do *rule of law* rompe, ainda, com a tradicional cisão de sentido formal entre normalidade e excepcionalidade e entre casos normais e excepcionais na defesa, por esses mesmos princípios, de um *continuum* entre normalidade e excepcionalidade, refutando-se outra concepção dualista: a da concorrência de supremacias entre o legislativo e o judiciário em que competiria a este se imiscuir num *rule of law* propenso para solucionar os ordinários casos, conferindo-se àquele o poder de prerrogativa do Estado em matéria de emergência (DYZENHAS, 2006, p. 191). Opondo-se a qualquer decisionismo, enfatiza, Dyzenhaus, a substantivização do *rule of law* apropriada aos tempos normais e aos períodos emergenciais, de modo a nos permitir concluir, com Lazar (2009, p. 113), que todas aquelas dicotomias devam ser entendidas como mutuamente excludentes, pois a provisão de emergência representaria, com frequência, a própria mitigação do *rule of law* em favor de uma concepção exaustiva do poder na elaboração de normas e decisões arbitrárias.

Extraí-se do sentido conferido por Dyzenhaus à expressão *projetc*, a remissão à construção de um plano experimental, continuado e preventivo para o *rule of law* direcionado ao legislativo, judiciário e executivo enquanto atores e intérpretes institucionais desse plano-projeto. O *compromisso fundamental* a ser assumido será o de interpretarem, cada qual em sua função e de forma *compartilhada*, os atos oficiais em consonância com os princípios de moralidade substantiva inerentes ao direito, evitando-se, assim, as armadilhas das respostas positivistas e decisionistas. Assim, para Dyzenhuas (2016a, p. 269), o referido projeto se constitui de duas principais premissas: a ideia de que o *rule of law* tem, nos princípios não positivados, conteúdo de direito substantivo e valioso e, tendo isso como pressuposto, a segunda premissa é a de necessariamente estender, de modo eficaz e a todos os atores institucionais, o controle-conteúdo desse modelo de *rule of law* ao contexto da segurança nacional, haja vista que a *legality* desse projeto, mesmo nos novos e emergenciais contextos, não poderia operar em qualquer *vacuum* normativo.

Parafrasesado Husson (apud CASTANHEIRA NEVES, 2013, p. 19), é cabível dizer que se trata, o referido projeto, de um compartilhamento de objetivos comuns

entre os poderes constituídos em que não se visualiza qualquer descumprimento ao princípio da separação dos poderes, mas sim uma releitura desse princípio no contexto denominado de partilha de momentos sucessivos de uma mesma tarefa entre *judiciário, legislativo e executivo* na realização concreta do direito em sentido amplo, tendo como referência última os princípios de moralidade substantiva.

Sob pena de um estatuto que não contenha disposição clara secundarizar um ou outro princípio do *rule of law*, no âmbito da primeira premissa do projeto, o julgador estaria sob o dever, na perspectiva da *legality*, de tentar encontrar a solução interpretativa menos problemática para o caso emergencial que se apresentasse, declarando, se for o caso, a norma como falha, pois teria faltado, o legislativo, quando da elaboração da proposição legislativa, com o compromisso assumido consistente no dever de obediência ao *continuum de legalidade* com os princípios morais inerentes ao direito (DYZENHAUS, 2011, p. 45-46). No mesmo sentido, romperia com o compromisso anteriormente firmado o executivo que, a pretexto de agir por reflexo ou a ricochete da autorização legislativa, praticasse atos lesivos a princípios e direitos fundamentais.

Frise-se, por último, que não obstante a rejeição às respostas externas do realismo decisionista de Schmitt e àquelas devedoras desse realismo, tal qual a do pragmatismo de Posner, é o próprio Dyzenhaus (2016a, p. 269) quem reconhece existir pontos de cruzamentos entre a resposta (interna) do seu não positivismo e aquelas (externas) realistas. Assim, para Dyzenhaus, estes últimos modelos de respostas aceitariam a primeira premissa do projeto, reconhecendo o conteúdo substantivo do *rule of law*, mas, não obstante tentem romper com a tradição formalista, assentar-se-iam na dicotomia normalidade-excepcionalidade para rejeitar a consecutória premissa da imprescindibilidade do controle do *rule of law* sobre os atos legislativos e executivos durante as emergências.

#### 4.3.1 *A releitura moral do estado de natureza de Hobbes: os princípios da legality e o juiz weatherman*

Ainda no âmbito do *rule of law project*, a construção da premissa (institucional!) de compartilhamento de funções entre os poderes constituídos ocorre

não somente a partir da crítica de Dyzenhaus ao *rule of law* de Dicey que, reduzido aos direitos individuais consubstanciados nos princípios gerais do texto constitucional, potencializava o equívoco institucional da separação de poderes ao gerar uma concorrência de supremacias entre legislativo, judiciário e executivo, mas também a partir da releitura moral e inseparável das concepções do juiz e dos princípios no estado de natureza de Hobbes.

Ao contrário da interpretação ortodoxa do pensamento de Hobbes, tal qual aquela exercitada pelos *hobbists* que entendiam que, em Hobbes, o direito era sinônimo da autoridade ilimitada do soberano (DYZENHAUS, 2012, p. 187), Dyzenhaus (2012, p. 189-193) busca reinterpretar a filosofia de Hobbes e amenizar a visão ortodoxa sobre a teoria da autoridade legal, defendendo que os princípios do estado de natureza teriam recebido uma função proeminente na determinação do conteúdo do direito e revelariam compromissos de moralidade política, de modo que seria preciso enxergar um compromisso global com o direito no pensamento de Hobbes que não poderia se limitar a alguns trechos de o *Leviathan*.

Trata-se de uma reinterpretação baseada não somente no paradoxo já mencionado, segundo o qual Hobbes se utilizaria de argumento não circular de justificação externa em que se exigiria que o direito-lei não estivesse sujeito ao crivo de qualquer critério moral mas, ao mesmo tempo, defenderia o direito (moral) de resistir aos atos do soberano que afetassem o direito de sobrevivência, mas também na concepção de que, em Hobbes, a solução para os casos em que a norma não fosse clara ou para os casos em que a norma conduzisse a injustos resultados residiria, mais uma vez, na interpretação do direito positivado a partir dos princípios do estado de natureza que representariam a própria condição da *legality* do estado civil, embora Dyzenhaus reconheça que, da transição do estado de natureza para o estado civil, seria possível ter acesso a todos esses princípios já no próprio direito positivado (DYZENHAUS, 2012, p. 204-205).

Convicto de que a ideia de princípios em Hobbes seria anterior e mais ampla do que o direito-lei do estado civil, porque se direcionaria para o estado de natureza onde o juiz-árbitro antecedia ao direito-lei mas não era anterior à *legality* (DYZENHAUS, 2010, p. 67), a resposta-reconstituição de Hobbes por Dyzenhaus passaria por imprimir conteúdo moral substantivo aos princípios do estado de natureza, denominando-os de

princípios da *legality* que deveriam ser internos à ordem jurídica e serviriam de fundamentos para a decisão dos juízes no estado artificial civil<sup>46</sup> (DYZENHAUS, 2011, p. 23). Depreende-se, contudo, que a releitura de Dyzenhaus dos princípios de Hobbes não pretende conferir sentido rígido ao conjunto de princípios da *legality* porque esse sentido tende a advogar por uma separação de funções entre legislador e juiz, mas sim promover uma compreensão dinâmica que imprimiria ritmo à premissa do compartilhamento de funções e faria com que o juiz *cooperasse* com o legislador na tarefa de precisar o conteúdo dos materiais jurídicos a partir desses princípios, beneficiando, no limite e nas palavras de Leite (2016, p. 50-51), “a confiança dos cidadãos na estabilidade do direito”.

Dessa conexão, extrai-se que, para Dyzenhaus (2011, p. 28), o bom juiz seria aquele idealizado por Hobbes que confiava no direito não positivado do estado de natureza para interpretar os comandos normativos injustos e que tinha a *modesta* função de alertar a comunidade das possíveis intempéries ou das “nuvens de tempestade no horizonte” quando o *rule of law* fosse posto sob tensão (DYZENHAUS, 2006, p. 12, tradução nossa). O tarefa seria a de recusar, assim, os extremismos do juiz “*mini-legislature*” do neoconstitucionalismo e do juiz *self-restraint* de Posner, mas que também incluiria o rompimento com o juiz dworkiniano cujas capacidades extraordinárias lhe possibilitavam encontrar “*the right answer*”, para conferir à jurisdição papel central na articulação (compartilhada) dos princípios do *rule of law* em que o julgador se instituiria como um verdadeiro “meteorologista para conhecer qual o sentido em que o vento sopra” (DYZENHAUS, 2006, p. 11, tradução nossa).

Esse julgador *weatherman* deveria aferir a tendência-tratamento dado pelo executivo e legislativo aos princípios que não se limitaria a um evento pontual emergencial, mas a um direcionamento cuja tendência seria mais ou menos duradoura e que não distinguiria normalidade da excepcionalidade, tal como fez Hobbes ao aproximar a natureza do clima - que não se limitaria à previsão precisa de um ou dois dias de mau tempo - da natureza da guerra no estado de natureza que não consistiria

---

<sup>46</sup> “Notice that while Hobbes is bothered by the sheer inhumanity or immorality of the law, his analysis does not focus on that fact. Rather, his point is that there are certain kinds of substantive immorality that legal form resists. His earlier texts, in particular *Leviathan*, make it clear that the bases for the resistance is the laws of nature, *wich are not only law that are derivable from the right of nature but also principles internal to legal order*”. (DYZENHAUS, 2011, p. 23, grifos nossos)

numa única luta real mas numa tendência de disposição para o conflito quando não havia garantia do contrário (HOBBS, 1998, p. 83).

Há, assim, uma reconstituição-representação do juiz-árbitro hobbesiano em prol de um judiciário recomendador e instrutor que integraria um modelo de jurisdição situada internamente ao direito e que, por complementar o poder não mais soberano de legislar (DYZENHAUS, 2012, p. 206), assumiria-se como protagonista somente por ocasião de o executivo ou legislativo pretenderem se instituírem descompromissados com os princípios do *rule of law*, daí a importância de os juízes também publicizarem seus atos (DYZENHAUS, 2012, p. 198) enquanto condição mínima de verificabilidade do compromisso e do dever constitucional de defesa do *rule of law*.

Desde já, verifica-se a conexão Hobbes-Fuller no pensamento de Dyzenhaus (2011, p. 30) quando, segundo este, a leitura correta de Hobbes seria aquela em que se reconheceria como prescindível recorrer à posições externas ao direito para encontrar o direito moral e juridicamente questionável, mencionando que isso ocorreria porque, com Fuller, haveria um padrão de moralidade inerente aos princípios da *legality* que, por sua vez, estariam sempre, intimamente, conectados aos princípios da liberdade e igualdade e seriam responsáveis por influenciar respostas não positivistas como aquelas que surgiram no contexto histórico do *apartheid* em que se pôde controlar o conteúdo de extrema injustiça dos estatutos (DYZENHAUS, 2011, p. 42).

#### 4.3.2 *Os princípios de moralidade imanente ao direito: os legados do rule of law de Fuller e Trevor Allan e a aproximação com Dworkin*

Denota-se, de início, que o ponto de partida da resposta de Dyzenhaus ao problema da emergência se identifica com aquele também anti-positivista de Fuller que se contrapunha à filosofia positivista, principalmente ao positivismo crítico de Hart para quem o direito deveria ser empírico e sociologicamente justificado pela regra de reconhecimento (FULLER, 1969, p. 192). Segundo Fuller (1969, p. 192-197), em geral, a estruturação do positivismo jurídico analítico falharia em cinco aspectos que entre si teriam correlação mas cujo núcleo comum, ao nosso ver, poderia ser identificado pela menção de Fuller ao primeiro deles, consistente na projeção unilateral do exercício de autoridade que somente se legitimaria quando se impusesse aos cidadãos.

O exercício de autoridade que se impunha aos cidadãos não trazia, nem mesmo implicitamente, qualquer vínculo de cooperação-reciprocidade entre legislador e cidadão, enquanto elemento que deveria ser essencial na criação de um sistema jurídico, de modo que, naquela positivista concepção, o direito seria visto como mero poder de coerção sob o cidadão cuja natureza moral/imoral e justa/injusta seria uma variável dependente da contingencialidade dos fatos que se apresentariam. A ausência de reciprocidade entre legislador e cidadão somada à função social distinta que o direito deveria ter conduziriam à conclusão de que o positivismo seria despido de um código ético e moral essencial e distinto com poder para direcionar o papel do legislador que, ao publicar o que Hart denominava de leis iníquas, certamente, atentaria contra uma moralidade geral, sem que existisse, contudo, qualquer moralidade especial aplicável ao ofício de legislar (FULLER, 1969, p. 192-193). É nesse sentido que Fuller (1969, p. 40) identificou que falharam as ideologias positivistas nos contextos do nazismo e do *apartheid*, as quais buscaram legitimar as normas de extrema injustiça pelo respeito à autoridade constituída que não poderia ser confundida com a fidelidade ao direito e aos princípios morais que lhe são imanentes.

Em Fuller (1969, p. 42), reconhece-se uma moralidade inerente ao direito constituída de uma moralidade de dever a ser conjugada com outra de aspiração. A obediência incondicional aos comandos da autoridade se referiria a uma moralidade de *dever* – a moralidade básica da vida social que instituiria obrigações de sentido negativo direcionadas à generalidade das pessoas e que, por isso mesmo, contrastaria com o dever específico em relação aos indivíduos - conduzindo à conclusão crítica do próprio Fuller (1969, p. 41-42), tomada emprestada por Dyzenhaus, da utopia-equívoco de legalidade que incorreria o positivismo ao pensar que o conteúdo das normas seria sempre claro e inteligível aos cidadãos, aos Tribunais e ao executivo. A moralidade de aspiração caminharía ao encontro das questões essencialmente humanas, “*starting at the top of human achievement*” (FULLER, 1969, p.5).

Antes mesmo de um determinado sistema jurídico ser qualificado de perverso, o critério para verificação de que se trataria, efetivamente, de um sistema jurídico deveria ser realizado em observância aos oito princípios de moralidade interna do direito enquanto condição mínima e indispensável da existência do direito enquanto tal. Isso porque a moralidade inerente ao direito seria mais complexa e demandaria mais do que

meras abstenções, tratando-se de ações afirmativas e, ainda que se trate do sistema jurídico do *common law*, constituiria-se na defesa de um padrão mínimo e necessário de formalização desses princípios (FULLER, 1969, p. 41-44).

Nesse contexto, a moralidade assumida por Fuller (1969, p. 96-97) é, explicitamente, de sentido *procedimental* preocupada não com os objetivos substantivos das regras jurídicas, mas sim com o *modus* como deve ser elaborado um sistema de regras para reger a conduta humana, respondendo positivamente à indagação que faz ao leitor em *The Morality of Law* sobre a natureza moral procedimental dos princípios representar uma versão do direito natural. Trata-se, contudo, de uma moralidade procedimental que rejeita o direito natural substantivo de uma ordem de absoluta transcendência e reconstitui compromissos formais indispensáveis a uma *ordem boa* de racionalidade procedimental (AROSO LINHARES, 2013, p. 164-165, grifo do autor).

Todavia, a reconstituição que Dyzenhaus faz do jusnaturalismo formal de Fuller passa por imprimir à moralidade convocada por Fuller um sentido mais substantivo do que adjetivo, responsável por condicionar a própria validade dos princípios de índole essencialmente procedimentais. Afinal, é o próprio Dyzenhaus (2011, p. 15) quem diz que, inobstante Fuller afirme que a moralidade inerente ao direito seja resultado da conjugação da moralidade de dever e da moralidade de aspiração, os princípios morais em Fuller, por sua própria natureza, estão mais conectados à moralidade de aspiração, haja vista ser sempre mais difícil identificar o ponto de violação desses princípios para se concluir por uma suposta ausência de legalidade.

É nesse último contexto que entendemos que estaria inserida a inequívoca convocação, por Dyzenhaus, da resposta de Fuller à crítica de Hart, ocasião em que este afirmava que, em Fuller, os princípios seriam mais instrumentais do que morais. Fuller (1969, p. 153-154) contestou que o reconhecimento de Hart de uma moralidade interna ao direito pudesse resolver os problemas de profunda degradação moral gerados no período pós segunda guerra e discordou que a sua própria concepção de princípios possuísse natureza puramente instrumental, haja vista que, conforme avisou Waldron (2016), somada à moralidade de dever, a moralidade de aspiração apontaria justamente em direção ao respeito pela liberdade, dignidade e poder de auto-determinação dos homens que possibilitasse um sentido material e mais humano ao *rule of law*,

mitigando, pelo vínculo de reciprocidade entre governante e governado, a assimetria que o poder político estabelece.

Dyzenhaus (2010, p. 74-75) também convoca de Fuller a ideia de essencialidade e centralidade do papel dos Tribunais de substituir a violência mascarada pela legislação de emergência pela resolução pacífica de conflitos que não poderia ser assegurada pelo simples respeito ao direito positivado, mas pela interpretação deste direito à luz dos princípios (morais!) do *rule of law*. Somente esse viés interpretativo seria capaz de imunizar o direito das decisões políticas ocorridas tanto em períodos emergenciais quanto nas situações ordinárias, a exemplo das decisões citadas por Fuller (1969, p. 161) nos casos *Perez v. Sharp* (1948)<sup>47</sup> e *Ozawa v. United States* (1922)<sup>48</sup>, ocasiões em que se pôde verificar que, inobstante tenham se tratado de julgamentos tomados num contexto distante do regime emergencial do *apartheid*, os Tribunais norte-americanos declararam inconstitucionais as disposições legislativas discriminatórias de raça promulgadas, em tempos de paz, pelo legislativo norte-americano.

Nesse sentido, na releitura que Dyzenhaus (2011, p. 50) faz da moralidade em Fuller, os princípios inerentes ao direito, por estarem intrinsecamente conectados aos valores da liberdade e igualdade, não seriam meramente procedimentais, adquirindo sentido mais substancial do que formal. Por isso, Dyzenhaus (2003, p. 361) disse que em seu projeto substantivo do *rule of law* quanto maior o peso atribuído a um interesse substantivo mais difícil será o exercício do ônus argumentativo a relativizar o referido interesse, daí que só terá sentido a conjugação de sentidos morais processuais e substantivos do *rule of law* se o direito positivado deixar evidente a proteção da liberdade e igualdade enquanto expressão última de uma legítima moralidade substantiva que Dyzenhaus diz não se confundir ou se reduzir a uma dworkiniana moralidade política de sentido liberal.

Por oportuno, não obstante as recorrentes denúncias de Dyzenhaus (2000, p. 721) ao anti-positivismo de Dworkin, primeiramente pelo suposto apego deste aos

---

<sup>47</sup> A Suprema Corte da Califórnia declarou inconstitucional um estatuto que previa que não seria concedida nenhuma autorização para casamentos entre uma pessoa branca com um negro, mulato, mongoliano ou membro da raça malaia.

<sup>48</sup> Tratou-se de declaração de inconstitucionalidade de dispositivo legal que restringia a naturalização de pessoas brancas somente por teste de coloração da pele de cada indivíduo. O equívoco residia em se promover uma desigualdade injustificável entre pessoas da mesma raça.

princípios de moralidade política que se reduziram a uma lista de direitos individuais justamente em razão da tradição político-liberal; depois, em razão da defesa de Dworkin à divisão estanque de funções entre legislativo, judiciário e executivo que caminharia contrariamente à premissa institucional de seu projeto substantivo do *rule of law*<sup>49</sup> (2007b, p. 60 ss.), destaque-se, que, assim como Dworkin, no plano metodológico, em referência à prioridade dos princípios, Dyzenhaus não assume os pressupostos ou consequências da herança positivista defensora da distinção entre casos fáceis-normais e difíceis-excepcionais.

Nesse contexto, seria possível afirmar que a recusa de Dyzenhaus da cisão entre casos normais e excepcionais e a intransigente defesa do *continuum* entre normalidade e excepcionalidade a partir da solução *única e direta* pelos princípios seria herdeira, não somente do legado de Fuller, mas também do direito como integridade de Dworkin, pois, tanto no interpretativismo deste<sup>50</sup> quanto no anti-positivismo de Dyzenhaus, seriam os valores e os princípios jurídicos fundamentais que confeririam orientação *direta* e validade à prática interpretativa ou à decisão jurídica nos *hard cases*<sup>51</sup>, com o fim de fazer o direito moralmente legítimo.

---

<sup>49</sup> Dyzenhaus (2007b, p. 57-58) reconhece a concepção de *rule of law* de Dworkin como um estado de princípios liberais que combate a resposta positivista ao fundamentar o *rule of law* não somente em regras, mas também em argumentos de princípios baseados na tradição do *common law* que, por sua vez, constitui-se de um repositório de princípios morais cujos guardiões são os juízes, não o legislador ou o administrador. Ocorre que, para Dyzenhaus (2007b, 60-62), essa concepção de princípios de Dworkin não promoveria fundamentos suficientes para rejeitar a resposta positivista porque não comprovaria que o direito a uma decisão num caso difícil seja, ao mesmo tempo, moral e jurídico. Seria o sentido político e democrático dos princípios em Dworkin responsável pelo triunfo dos direitos individuais em relação aos objetivos coletivos. Contudo, esse sentido de princípios apenas mostraria que os direitos individuais deveriam ser reconhecidos pelo Direito, não que eles já estejam reconhecidos. Para Dyzenhaus, somente essa última concepção é que faria com que os princípios respondessem ao desafio conceitual positivista porque estabelecería a necessária conexão entre direito e moralidade que o positivismo não reconhece.

<sup>50</sup> Sabe-se que, no plano jurisprudencial, Dworkin (1977, p. 218) se utiliza do direito como integridade como melhor resposta interpretativa aos *hard cases*. Segundo essa concepção, as decisões judiciais para os casos em que o sistema jurídico vigente não oferecesse solução imediata, deveriam se pautar em princípios jurídicos enquanto fundamentos que atribuem direitos individuais. Em *Justice in Robes*, Dworkin (2006, p. 18) deixa claro que, para a interpretação das práticas jurídicas distintas, o direito como integridade exige, ainda, dever de respeito à coerência com as práticas interpretativas anteriores que se estabeleceram tendo como referente os mesmos princípios e, em outra oportunidade, disse que outras práticas interpretativas futuras deveriam respeitar essa importância de coerência com o esquema de princípios (DWORKIN, 1986, p. 435-436).

<sup>51</sup> Adverte-se que essa nossa tentativa de aproximação, em sentido metodológico, entre o anti-positivismo de Dyzenhaus e o interpretativismo de Dworkin decorreu da leitura crítica que Castanheira Neves realizou, em mais de uma oportunidade, sobre o direito como integridade de Dworkin. Assim, em *Pensar o direito num tempo de perplexidade*, Castanheira Neves (2009b, p. 22-24) menciona que, no pensamento de Dworkin, a dimensão do problema não dialogaria com a prática jurídica, ou seja, admitiria-se a solução direta pelos princípios quando os critérios doutrinários são insuficientes. Em *Dworkin e a interpretação jurídica ou a interpretação jurídica, a hermenêutica e a narratividade*, há continuidade

Apesar de ter sido constatada a rejeição, em Dyzenhaus, daquele “construtivo *purpose de political morality* que, segundo Dworkin” deveria “orientar também decisivamente a prática interpretativa” (CASTANHEIRA NEVES, 2001, p. 429, grifo do autor), alinharia-se a Dworkin quando do igual reconhecimento de que o sentido último do direito corresponderia a um conceito interpretativo a convocar os princípios como ponto de partida e chegada do critério final de validade das decisões jurídicas.

Se parafrasearmos, mais uma vez, a crítica construtiva de Castanheira Neves (2001, p. 422-423) a Dworkin, seria ainda possível estabelecer mais um ponto de afinidade entre os anti-positivismos de Dyzenhaus e Dworkin, na medida em que esses dois pensamentos, não obstante tenham assumido uma metodologia interpretativa globalmente práticas, justamente por pressuporem os princípios enquanto ponto de partida e chegada do processo de interpretação jurídica, mostrariam-se carentes de um esquema metodológico que pudesse se conformar, suficientemente, com a novidade do caso, revelando, com o fim de produzir a decisão adequada, uma maior prioridade na recondução ao sistema jurídico do que a conformação ao problema concreto.

Tratam-se, ao nosso sentir e conforme reconheceu o próprio Dyzenhaus (2011, p. 3), de racionalidades que pressuporiam uma estabilização do conteúdo moral dos princípios enquanto ideais regulativos que independeriam de positivação e que, não obstante tenham trabalhado para atender as práticas jurídicas, constituiriam-se mais de padrões críticos e de fundamentos dessas mesmas práticas, como se houvesse soluções sempre prontas para a emergência dos problemas.

Em contraste com a articulação institucional entre o executivo e o judiciário defendida pelo pragmatismo de Posner, o derradeiro ponto de afinidade com o direito como integridade de Dworkin se referiria à defesa de Dyzenhaus (2007a, p. 17) à insubmissão do judiciário ao executivo e a correlata ausência de secundarização do direito à política. É nesse sentido que Dyzenhaus se utilizou da linguagem dworkiniana, para nos dizer que são os Tribunais Superiores que, raciocinando a *legality* num nível fundamental, combinaria os elementos da interpretação judicial ampla do direito positivo e da solução pelos princípios que buscaria revelar, sempre, a *right answer*.

---

explicativa, segundo a qual esse modelo de racionalidade puramente narrativa que levaria, tão somente, “a um princípio regulativo” e à “carência” de um “esquema metodológico para o seu efectivo cumprimento” (CASTANHEIRA NEVES, 2008a, p. 422-423).

Decorrente tanto do legado de Fuller – em especial da ideia de restrição interna do exercício de autoridade pelo princípio da reciprocidade entre governante e governado - quanto do paralelo metodológico estabelecido com Dworkin, a resposta de Dyzenhaus ao problema do sentido do direito no estado de emergência se opõe ao sentido (externo!) do direito das propostas de Agamben e Posner para convocar uma resposta interna do direito a partir de princípios morais que estariam disponíveis para os materiais jurídicos de modo a atestar a sua fidelidade às práticas jurídicas com autoridade para produzir, interpretar e implementar o direito, haja vista que uma verdadeira ordem jurídica teria de, necessariamente, incorporar princípios (DYZENHAUS, 2000, p. 721).

Nesse último ponto, o projeto de Dyzenhaus (2006, p. 81) se assume enquanto devedor do constitucionalismo do *common law* de Trevor Allan (2001, p. 19) para quem o direito comum forneceria um modelo de justiça que promoveria valores comuns refletidos e incorporados nas próprias tradições comunitárias. Nesse sentido, a carta constitucional do *common law* apenas representaria princípios e valores do *rule of law* refletidos e incorporados no *ordinary common law* (ALLAN, 1993, p. 4) que se constituiriam nos próprios fundamentos da ordem política. Por isso mesmo, Allan (2001, p. 249) disse que o desenvolvimento do *common law* não ocorreria de forma isolada da evolução do sentido de justiça incorporado por uma certa comunidade, mas seria o produto do juízo moral inerente a todos aqueles que participassem do debate constitucional e contribuíssem para a elaboração da decisão num caso particular.

Denota-se, por essa última influência, que, em Dyzenhaus, a concepção de direito e dos princípios seria anterior à própria ideia de constituição. Tratar-se-ia, ainda, de um não positivismo porque também faz recorrente defesa da prescindibilidade da constitucional positivamente dos princípios de sentido moral e substantivo para que estes possam adquirir conteúdo jurídico. Dito com Bronze (2010, p. 966 ss.), em Dyzenhaus, os princípios podem até encontrar amparo na constituição, mas isso não ocorrerá necessariamente porque o problema não é de hierarquia mas de fundamento material. Por esse motivo, Dyzenhaus reconhece que o que conferiria juridicidade aos princípios seria o seu caráter moral inerente ao direito e não a expressa previsão constitucional, haja vista ser plenamente admissível eventual existência de previsão implícita de

princípios no texto constitucional, tal qual ocorreria no próprio sistema jurídico do *common law*.

Não obstante o filósofo sul-africano tenha qualificado, em seu percurso, os princípios morais enquanto ideais regulativos da prática jurídica, adverte-se que o Autor não buscou, com essa definição, reduzir os princípios às normas, conferindo-lhes função meramente regulatória das demais normas, numa “*unidade horizontal* (por coerência)” com essas normas. Em verdade, afasta-se dessa concepção que era própria do positivismo constitucional de Dicey e que “nada acrescenta no plano das soluções prático-normativas” para conferir aos princípios, um sentido mais autônomo e, portanto, regulatório-constitutivo e “prático-normativo” que os eleve à categoria de fundamento de validade material das demais normas protetoras de direitos (AROSO LINHARES, 2012, p. 33-34, grifo do autor), constituídos, com o auxílio do neokantismo jurídico de Cortês (2010, p. 32-33), por uma “invocação global dos pressupostos éticos e axiológicos” que se formam e se consolidam pela sua própria prática histórica.

É possível afirmar, outrossim, que o sentido que Dyzenhaus confere aos princípios, *a partir da influência assumida de Trevor Allan*, para quem os princípios fundamentam a ordem político-social e se constituem da incorporação histórica de valores comunitários, *aproxima-se* da visão (jurisprudencialista!) dos princípios como *jus* e também daquela da filosofia de Esser (1961, p. 239-246) segundo a qual, na relação norma/princípio, são os princípios enquanto intenções valorativas do sistema jurídico que, recusando qualquer lógica de aplicação formal, devem determinar, de acordo com a *ratio iuris*, a interpretação das regras e normas jurídicas, orientando a seleção e o reconhecimento dos direitos juridicamente relevantes.

É ainda pela influência de Trevor Allan<sup>52</sup> que Dyzenhaus (2004, p. 2) enxerga que a solução por princípios morais forneceria um conjunto suficiente de valores morais compartilhados para a constituição unificada da ordem jurídica, denominada por este de unidade do direito público que integraria o *rule of law project*, conferindo-lhe

---

<sup>52</sup> Allan (2016, p. 1,38) defende que, ao invés de uma fragmentação que possa inicialmente qualificar os diversos regimes de direito público existentes, seria preciso defender uma visão mais coerente em que ocorreria a unificação do direito público a partir de um conjunto unitário de princípios morais de todas jurisdições do *common law*, no intuito de permear a própria tradição do método do direito comum.

capacidade de integração-unificação por princípios morais comuns do direito internacional e do direito interno (DYZENHAUS, 2006, p. 191).

A resposta da unidade do direito público diverge, assim, da crítica de Agamben à concepção cosmopolita dos direitos humanos, refuta o dualismo positivista entre direito interno e internacional, além de coincidir com o desenvolvimento, impulsionado pelas respostas globalizadas dos “fenômenos do pluralismo jurídico transnacional e sua teorização” (AROSO LINHARES, 2013, p. 193) após o 11 de setembro, da institucionalização do “cosmopolitismo judicial” (GASPAR, 2008, p. 3) e de “contextos deliberativos comunicantes” (ORDÓNEZ-SOLIS, 2007, p. 3) nos quais são encontradas previsões-proteções multiníveis de princípios comuns às ordens domésticas e internacionais.

Com o auxílio de Rocha (2008, p. 9-15), deduz-se que Dyzenhaus refuta a unidade do direito neutra e de totalidade ordenada de Kelsen, bem assim a unidade do direito a partir da norma superior empírica de Hart para afirmar uma material unidade do direito, e “não do sistema científico do direito”, correspondente à interconexão entre normas nacionais e internacionais de direitos humanos direcionadas por princípios comuns que, intencionando unificar-integrar o ordenamento jurídico, informa que eventual alteração da estrutura formal não afetaria a identidade da unidade do direito público. Sugere, assim, a concepção de unidade do direito público de Dyzenhaus (2004, p. 1), que o *rule of law* deve ser constituído de princípios *morais* de uma sociedade enquanto valores que se alojam em fontes escritas e não escritas internacionais e nacionais.

É preciso reconhecer, nesse contexto, apesar da pretensão de Dyzenhaus de que uma autonomia formal do direito e do sistema jurídico que lhe corresponde deva ceder a uma material pretensão de autonomização pelos princípios, que ainda há uma acentuação liberal nessa *específica* concepção *judicial* cosmopolita pois a própria referência e institucionalização dos direitos humanos possui conotação política, bem assim poderíamos dizer, até mesmo com Posner (2008, p. 347 ss.), que a pretensão de universalidade dessas concepções consideraria todo o universo jurídico como se fosse uma única jurisdição, regressando a um direito natural universal que pretenderia servir de guia para todos os Tribunais mas que não se confundiria com a pretensão *filosófica* cosmopolita que se referiria ao compartilhamento de ações neste mundo com os outros.

No ponto, a conclusão crítica que se pode fazer, mais uma vez com o jurisprudencialismo de Aroso Linhares (2013, p. 172, grifo do autor), é que Dyzenhaus teria invocado, paradoxalmente, uma pretensão cosmopolita que “opõe *universalismos liberais e particularismos comunitaristas*”, cuja “*pretensão de juridicidade*” apreceria vinculada a uma filosofia moral que, sob a perspectiva da autonomia material do direito, mostrar-se-ia incapaz de “assumir em pleno a exigência de continuidade do jurídico”, possibilitando que o direito, ainda que implicitamente, conforme-se com o moderno-iluminismo e à ideia de universalidade.

#### **4.4 Dyzenhaus e o confronto positivismo excludentes versus positivismo includentes: uma reabilitação jusnaturalista (?)**

A importância de se realizar um brevíssimo estudo do núcleo da dinâmica de oposição que o debate positivismo excludentes versus positivismo includentes convoca reside em buscar avisar sobre o possível equívoco interpretativo que o anti-positivismo de Dyzenhaus incorre ao promover, sob o argumento da unidade da tradição política positivista, a reconstrução genealógica de ambas as principais frentes do positivismo jurídico contemporâneo como se fossem uma só.

Desde já, ao mesmo tempo em que a oposição generalizada ao positivismo ocorre como o fim de sustentar que somente a moralidade substantiva poderia responder ao problema do direito sob estresse, reconhece-se que se trata de um anti-positivismo que não se situará, imóvel, no campo que rejeita as formulações do confronto positivismo excludente versus positivismo inclusivismo, mas representará uma reabilitação do jusnaturalismo substantivo, retomando, por traços contemporâneos, o debate clássico entre jusnaturalismos e positivismos.

Esclareceno-nos, a sistematização de Waluchow (2001), que no debate clássico entre as filosofias do direito natural e do positivismo jurídico, esta se opõe àquela por afirmar que a lei humana é uma instituição essencialmente social, cuja existência e conteúdo não são questões afetas à qualquer lei moral universal proveniente de Deus e discernível pela razão humana, mas sim problemas da vontade e poder dos homens. Os positivistas contemporâneos, por sua vez, acrescentam que a validade jurídica reside nos padrões normativos das conveções e regras sociais. Nesse sentido, os

compromissos básicos compartilhados por todos os positivistas jurídicos referem-se à tese das fontes sociais e à tese da separação entre direito e moral, em que o conteúdo do direito independe de quaisquer considerações morais. A consequência dessa formulação faria inserir a possibilidade de que um dado sistema intitulado de jurídico seja constituído de leis imorais e perversas.

Apesar desses compartilhados compromissos, a relação juridicidade/moralidade pode ser vista sob pontos de vistas diferentes entre os positivistas jurídicos contemporâneos. As respostas dos positivismos includentes e excludentes têm, como núcleo comum, rejeitar a relação juridicidade/moralidade como componente *necessário* dos critérios de validade enunciados pela regra de reconhecimento de Hart (identificada e aplicada pela prática das autoridades-*officials*). Divergem, contudo, em reconhecer em que sentido a regra de reconhecimento de um dado sistema jurídico *pode* incluir um critério moral para se chegar à conclusão de que se trata ou não de um sistema jurídico. De um modo geral, os positivistas includentes defendem que são conceitualmente possíveis haver critérios morais de juridicidade, ao passo que os positivistas excludentes rejeitam essa possibilidade (AROSO LINHARES, 2013, p. 48).

Dito com a abordagem de Waluchow (2001), os positivistas inclusivos ou *soft* rejeitam a tese da separação forte, segundo a qual a juridicidade e moralidade estariam *necessariamente* separadas uma da outra e o elemento moral nunca poderia ser utilizado para determinar o que o direito é, mas somente o que o direito deve ser. Adotam, contudo, a tese da separabilidade, em que moralidade e juridicidade seria somente *separáveis*, não *necessariamente* separadas. Defensores do positivismo exclusivo ou *hard*, que tem em Raz o maior expoente, aderem à tese da separação forte, insistindo que valores morais de um padrão normativo nunca poderiam representar condição de validade das normas figurar entre as condições de validade. Dizem que a tese da separabilidade diminui a capacidade do direito servir como autoridade prática.

É, então, a tese da separabilidade que permite a *possibilidade* de inclusão *e-ou* incorporação. O positivismo jurídico includente *tout court* ou propriamente dito trata de uma separabilidade que se pensa *apenas* como *inclusão* pois permite que uma das condições de validade-vigência, inserida como tal na regra de reconhecimento, corresponda, exclusivamente, a uma pretensão de conformidade com princípios morais. O positivismo incorporacionista trata de uma separabilidade que se pensa não apenas

como a referida *inclusão* mas também como *incorporação* em que os princípios morais adquirem, por eles próprios, juridicidade e são, por si mesmos, convocados a nos vincular como autênticas normas jurídicas apenas por razões de seu próprio mérito enquanto exigências morais, de modo que este critério (seu mérito) seja o único teste de que depende a sua vinculação jurídica autoritária (AROSO LINHARES, 2013, p. 48-51).

Por sua vez, o debate sobre o incorporacionismo apresenta projeção no campo não positivista (com núcleo na tese da conexão necessária entre direito e moral) nas mais variadas vozes. O diagnóstico que se pode fazer, *contudo*, sobre a resposta crítica do não positivismo de Dyzenhaus ao positivismo jurídico, é que a simples existência da formulação do positivismo inclusivo de Waluchow e de outros nos diz que essa resposta tem sucesso apenas parcial, ainda que Dyzenhaus não ignore todas as formulações do positivismo includente (FAGAN, 1999, p. 89), tal qual se verifica pela reconstrução genealógica que o Autor faz do positivismo, principalmente em *Positivism's stagnant research programme*:

Hart officially joined the soft camp in his posthumous Postscript to *The Concept of Law*, leaving Joseph Raz as the main defender of hard positivism. [...] Nor do I think Hart departed from that position in 1961 when he published *The Concept of Law*, even if there is a plausible case to be made that soft positivism is not inconsistent with that work. For both in 1958 and 1961 one of Hart's main aims was to make positivism more sophisticated while showing that sophistication did not in any way threaten the distinction between law as it is and law as it ought to be. I suspect it seemed at that time that a decision which requires judgment about what moral criteria require is necessarily a decision based on a sense of what law ought to be.<sup>53</sup> (DYZENHAUS, 2000, p. 706-707, grifo nosso).

Isso porque, desde que o positivismo inclusivo rejeita a tese das fontes sociais e desde que Dyzenhaus não fornece meios alternativos de conectar esse positivismo à abordagem positivista do plano dos fatos, é possível concluir que a abordagem *soft* do positivismo não é incluída no âmbito das críticas de Dyzenhaus (FAGAN, 1999, p. 89)

---

<sup>53</sup> Hart aderiu, oficialmente, ao campo *soft* em seu pós-escrito póstumo ao *The Concept of Law*, deixando Joseph Raz como o principal defensor do positivismo *hard*. [...] Não penso que Hart tenha abandonado aquela posição em 1961 quando publicou *The Concept of Law*, mesmo que haja argumento plausível para reconhecer que o positivismo *soft* não seja inconsistente com esse trabalho. Tanto em 1958 e 1961, um dos principais objetivos de Hart era tornar o positivismo mais sofisticado, ao mesmo tempo em que demonstrava que a sofisticação não ameaçava, de forma alguma, a distinção entre o que o direito é e o que o direito deveria ser. Suspeito que àquele tempo uma decisão que exija um julgamento sobre qual o critério moral está em causa é necessariamente uma decisão baseada em um sentido sobre o que o direito deveria ser. (tradução nossa, grifo nosso).

que se dirige aos positivismos como se todas abordagens correspondessem à dinâmica do positivismo excludente (“As Leslie Green has pointed out, Hart was in fact responding at this point to the Austinian view that law is the product of an uncommanded commander”)<sup>54</sup>.

Ainda segundo a leitura de Fagan (1999, p. 89), pressupondo que a tese das fontes sociais tem amplo apoio na primeira etapa do pensamento de Hart, a razão pela qual Dyzenhaus situa o positivismo *soft* na periferia do positivismo jurídico contemporâneo decorre, em parte, porque a interpretação que faz da filosofia de Hart é limitada à primeira edição do *The Concept of Law*. Desde a publicação do pós-escrito de Hart para a segunda edição dessa obra, não mais se poderia sustentar a visão interpretativa de Dyzenhaus pois Hart se alinhou, explicitamente, ao positivismo *soft*, buscando aprimorar sua teoria ao assumir a possibilidade de que a regra de reconhecimento possa identificar princípios por seu conteúdo<sup>55</sup>.

Conforme visto, o projeto de Dyzenhaus se assume enquanto anti-positivista porque parte da tese da identificação ou da necessária conexão entre moralidade e juridicidade. Verifica-se, contudo, que a substantiva moralidade que convoca somada à radicalidade das críticas que dirige ao positivismo contemporâneo conduz esse discurso a uma situação de fronteira em que um autointitulado não positivismo insere a possibilidade de uma linha de reabilitação do jusnaturalismo substantivo. Isso porque há defesa de princípios morais substantivos *supremos* não positivados, em que eles próprios conferem juridicidade, assumindo-se autônomos na medida em que independem de padrões relativamente às convenções práticas dos *officials*.

Decorre dessa linha tênue que, mesmo que constatemos que, num dado instante, o filósofo sul-africano tenha se assumido enquanto constitucionalista do *common law*, posto que o compromisso com o constitucionalismo seria o mesmo compromisso com o

---

<sup>54</sup> Como Leslie Green apontou, Hart estava, de fato, respondendo, neste ponto, à visão Austiniana de que o direito é o produto de um comandante não comandado. (tradução nossa). Essa conclusão pode ser corroborada pela radical afirmação de Dyzenhaus (1993, p. 371-372) de que a formulação da regra de reconhecimento de Hart não teria conseguido superar a teoria do comando da resposta excepcionalista de Hobbes pois não teria explicado os motivos pelos quais os *officials* deveriam aceitar a regra de reconhecimento como obrigatória. Por essa razão, a acusação foi a de que a resposta de Hart se apresentaria desprovida de normatividade jurídica. Cf. p. 103.

<sup>55</sup> Extraí-se do pós-escrito de Hart: “[...] in some systems of law, as in the United States, the ultimate criteria of legal validity might explicitly incorporate besides pedigree, principles of justice or substantive moral values, and these may form the content of legal constitutional restraints”. (HART, 1961, p. 247, grifo nosso).

projeto do *rule of law* e com os ideais da dignidade e liberdade individual (DYZENHAUS; THORBURN, 2016b, p. 4), e ainda que enfrentemos os perigos de se classificar, analiticamente, quaisquer respostas, poderíamos utilizar da linguagem de Alexy (2008, p. 286-288) para *aproximar* a resposta de Dyzenhaus da linha de um *não positivismo jurídico super-inclusivo*, haja vista que o reconhecimento da necessária conexão entre direito e moralidade não implica, conforme se constatou das críticas de Dyzenhaus à solução de Radbruch para o problema das leis de intoleráveis injustiças, que o direito deixe de se constituir enquanto direito ou, dito de outro modo, que a validade jurídica seja inevitavelmente afetada *por todos e quaisquer* defeitos morais, mas apenas que eventual ausência, ambiguidade ou mesmo o conteúdo de extrema injustiça do critério legal sejam corrigidos pela moralidade inerente ao direito traduzida nos princípios morais fundamentais.

Decorrente dessa mesma situação de fronteira, é possível mobilizarmos mais uma sistematização, aquela feita por La Torre entre jusnaturalismos excludentes e jusnaturalismos includentes, com o fim de sustentarmos que a resposta de Dyzenhaus também se *aproxima* de uma reabilitação contemporânea do jusnaturalismo substantivo.

La Torre utiliza a distinção entre positivismos excludentes e includentes para, de modo análogo, classificar as novas teorias do direito natural como excludentes ou includentes. Bem sucintamente, o jusnaturalismo excludente buscaria *excluir* a relevância normativa do direito positivo promulgado, de modo a lhe retirar a condição de justificação ou de validade do direito. A validade do direito positivo deveria ser verificada por meio de critérios morais substantivos, posto ser derivada de princípios morais absolutos, tratando-se de concepção que, em outras palavras, rejeita as ideias (políticas!) de vinculação-vigência da positividade e autoridade-poder como condições de validade do direito. Em reação, o jusnaturalismo includente defenderia que os princípios morais têm uma essência procedimental, aceitando que os processos comunicativos de deliberação pública (LA TORRE, 2006, p. 199-200) confirmam à prescrição da autoridade-poder um sentido normativo constitutivo (AROSO LINHARES, 2013, p. 91).

Com a crítica de La Torre (2006, p. 201, 211), denota-se que a abordagem de Dyzenhaus *aproxima-se* da formulação do jusnaturalismo excludente, posto que,

principalmente em períodos de crise, é sempre possível constatar eventuais violações de princípios morais pelo poder político independentemente de quaisquer processos deliberativos públicos ou positivados, já que é a própria moralidade inerente aos princípios a responsável por conferir juridicidade. Decorre disso que, também para Dyzenhaus, a partir da influência de Trevor Allan, o mais importante é reconceitualizar a Constituição como fiel depositária desses princípios morais, tornando-se desimportante o instante da fundação constitucional, haja vista que a moralidade do direito antecederia ao momento do poder constituinte originário.

A conjugação da herança dos princípios do estado de natureza de Hobbes e a *reconstituição* da moralidade procedimental de Fuller (1969, p. 184-186) foi capaz de revelar que, em Dyzenhaus, o direito natural não estaria exaurido nas suas funções históricas posto que prescreve certas restrições substanciais à elaboração e interpretação do direito.

A concepção da unidade *cosmopolita* do direito público e dos direitos humanos, constituída e orientada por princípios morais comuns às ordens domésticas e internacionais, também nos permitiu identificar um apego à teoria do direito natural, não enquanto uma “absoluta transcendência relativa às ordens jurídico-históricas” no “exato sentido filosófico-jurídico e clássico do direito natural” (CASTANHEIRA NEVES, 2001, p. 418), mas enquanto uma universalidade de princípios morais cuja substância proviria de valores inerentes a todos os seres humanos, afinal e com Massini Correias (1994, p. 216), só a partir de uma posição jusnaturalista seria legítimo falarmos em direitos humanos. Esse último ponto remonta a um certo paradoxo do não positivismo de Dyzenhaus, pois nos remete à crítica - semelhante àquela já direcionada ao desconstrutivismo de Agamben - de que a verdade do direito tem sido buscada mais no plano monológico da *praxis* moral do que no terreno prático-cultural da convivência intersubjetiva e comunitária do direito.

Já em modo de conclusão, é a índole moral do direito e dos princípios que nos faz admitir que há pretensão de autonomização dos princípios pela moral (prioritária!) inerente ao direito e que, nesse específico sentido, o questionamento quanto à relevância do momento de validade do direito implicaria em abandonar uma perspectiva genuinamente jurídica para assumir, aproblematicamente, “as possibilidades crítico-reflexivas de uma perspectiva moral” que afetaria a autonomia do

mundo prático do direito, como se mais de um problema, e agora o problema da moralidade, correspondesse ao problema do direito (AROSO LINHARES, 2013, p. 14).

Em Dyzenhaus, não significaria, contudo, que uma decisão judicial ou uma norma injusta perderiam as respectivas naturezas enquanto tais, mas sim que seria sempre necessário submeter essa decisão ou norma ao teste de moralidade, cujo resultado favorável somente seria atingido através da interpretação (direta!) por princípios morais. Não erraríamos em afirmar que esse “*horizonte de resposta*”, “ao manter-se fiel a uma exigência de *inseparabilidade*” entre direito e moralidade, assumiria um “*continuum*” prático com o discurso moral para o qual a ordem jurídica e os princípios representariam a própria projeção do conteúdo desse *continuum* (AROSO LINHARES, 2013, p. 171, grifo do autor). Desde já, para se afirmar uma autonomia de sentido ao direito que possa se fazer imune às decisões políticas baseadas em leis moralmente insanas ou a um puro decisionismo que negligencie qualquer referência ao sistema jurídico institucionalizado, a problemática dos princípios e das referências valorativas não precisarão ser, conforme discorreremos nas nossas teses, materialmente, uma problemática moral, mas “sim especificamente uma problemática jurídica” (CASTANHEIRA NEVES, 2009a, p. 59).

É nessa linha argumentativa que, após termos feito dialogar, divergentemente, as respostas de Agamben, Posner e Dyzenhaus sobre o problema do sentido do direito nas situações de emergência, desenvolveremos as nossas próprias teses, utilizando-nos, principalmente, dos contributos do jurisprudencialismo de Castanheira Neves, Aroso Linhares e Pinto Bronze enquanto pensamento jurídico que responderia ao problema do sentido do direito nessas situações, defendendo a autonomia material e específica do direito, com visão humana, num “*esforço de auto-recuperação*” e de “*construção axiológica do indivíduo*” (COELHO, 2006, p. 1-2).



## 5 UMA TENTATIVA DE RESPOSTA NÃO POSITIVISTA A PARTIR DAS POSSIBILIDADES DO JURISPRUDENCIALISMO

Conforme dito, o quadro do securitarismo pós-moderno que se apresenta no contexto da vida no Ocidente, principalmente no que corresponde à guerra contra o terror levada a sério pelos Estados Unidos sob a pragmática justificativa de defesa da civilização moderna, bem assim os contextos do pensamento de Agamben de intenção crítico-cultural de negação com o direito e da resposta de Dyzenhaus que, na pretensão de ver o direito imune aos vários tipos de decisionismos, apega-se à filosofia moral para condicionar a validade do jurídico, leva-nos, no plano autônomo desse mesmo jurídico, a “uma consumação histórico-cultural de um sistema, a perda contextual de sentido das referências até então regulativas”, tratando-se, então, do que Castanheira Neves (1998, p. 2-3) denominou de “crise”.

Pensamos que a referida crise somente poderá ser superada por uma certa “reflexão refundadora de um novo sentido” para o problema do direito no estado de emergência, cuja resposta deverá ser de sentido interno, não somente filosófica, mas também metodológica porquanto se tratará da recondução, nas situações emergenciais, “da decisão-voluntas ao juízo-julgamento” (AROSO LINHARES, 2017, p. 20), com o fim de remediar as propostas dialogantes que conceberam, ainda que por percursos e fins diversos, o direito como meio e estratégia mobilizado para consecução de objetivos não jurídicos.

Pensar sobre as causas do problema do sentido do direito nas crises nos remete à afirmação jurisprudencialista de que há uma causa anterior e global à crise de sentido pela qual o direito passa, que é a própria degradação dos valores do homem, de modo a identificar que, hoje, “o direito está abalado em seus alicerces” (CASTANHEIRA NEVES, 1976, p. 45). Isso porque, no atual contexto histórico em que nos encontramos, o *quantitativo* da fortuna e do poder material estão sempre a frente do aspecto *qualitativo* dos valores e virtudes humanas. É a própria história que nos informa sobre o robustecimento de corrupções de atores públicos, incluindo as autoridades jurisdicionais, principalmente durante os contextos emergenciais e de transição de regimes políticos. No intuito de se perpetrarem no poder, contribuem para o afastamento da política e do direito de seus compromissos éticos.

O uso pragmático do direito enquanto ferramenta útil às *policies* da segurança pública em detrimento do valor-liberdade não confere ao Direito específica autonomia material. Nos períodos emergenciais, a cautela deve ser sempre mais com o Direito e não com a concepção consequencialista a indicar, enquanto os próprios fundamentos das decisões, os reflexos de planos *sociais* securitários que se apresentam sob o *nomen* de programas de política criminal ou de defesa social.

Para que não tenhamos um judiciário e uma jurisdição sociológica, política ou estatística, não caberá, por certo, ao Direito e aos juristas a responsabilidade por satisfazer as pretensões de ordens sociológicas e políticas referentes, i.e, à redução estatística da criminalidade ou a diminuição do clamor social e da imprensa em face do que se denomina por impunidade. É possível, contudo, sob um ponto de vista estritamente jurídico, constatar, *eventualmente*, efeitos político-sociais positivos das decisões que satisfaçam esses anseios, não em decorrência da previsão desses efeitos nos fundamentos das decisões, mas em razão do próprio caráter *contingente* dessas pretensões.

No contexto do excepcionalismo contemporâneo, não só a positivação, mas também a pragmática aceitação e incorporação ao *corpus iuris* de projetos de defesas criminais *sociais*, fazem constatar ter havido incessantes tentativas de conferir ao Direito a responsabilidade por prevenir, promover, quando não reparar todos os problemas práticos não solucionados da dialética violência-sociedade, cuja causa provém de profunda deficiência das estruturas políticas e sociais de muitas nações.

Levando a sério esses problemas conjunturais, verifica-se que uma busca, através do Direito, de êxitos políticos, sociais e econômicos nas crises alerta para uma maior incidência da heteronomia do direito nas sociedades plurais e heterogêneas como a brasileira. Mesmo nestas sociedades e ante a contingência das respostas securitárias, seria possível afirmarmos ou avaliarmos, em concreto, que a pessoa humana tem sido, efetivamente, a destinatária das políticas criminais de defesa *social*? É possível que uma concepção específica do direito para essas situações tenha como referente as pessoas enquanto sujeitos de direito e do próprio direito?

Uma dimensão diferenciadora do direito só pode ter sentido prático de liberdade – que manifeste no plano concreto a pluralidade humana no mundo que é um só –, enquanto específica intencionalidade prática que o distinga de quaisquer outros

sentidos (CASTANHEIRA NEVES, 2012a, p. 6-11), tal qual dos sentidos religioso e moral. Tratar-se-á de diferenciar-autonomizar o problema do direito do problema da moral, buscando uma resposta estritamente jurídica que deverá ser “interna à juridicidade, em que a autonomia também do direito se afirma e se reconhecerá, e com um fundamento que, não sendo jusnaturalista e necessário, nem por isso será histórico-culturalmente disponível ou arbitrário” (CASTANHEIRA NEVES, 2012b, p. 48-49).

Pensar o sentido do problema da emergência a partir das três experiências de pluralidade às quais nos expusemos, é, desde já, saber reconhecê-lo como problema jurídico, diferenciando-o daqueles de ordem religiosa, social ou moral, até porque não nos parece que o direito, na sua específica intencionalidade, deverá conferir soluções para todos os “problemas que humano-socialmente se ponham” (CASTANHEIRA NEVES, 2007, p. 60), já que, sem uma intenção especificamente autônoma seria possível que o direito interviesse, sem limites, em todas as questões que lhe aportassem. Em outras palavras, a busca pelo sentido do problema da emergência em si mesmo, sob pena de incorreremos num “panjuridismo”, coloca-nos frente a outro problema, aquele dos limites-filtros dessa autonomia (AROSO LINHARES, 2013, p. 32, 191).

O sentido geral do excepcionalismo, incluindo a resposta de Schmitt, desvelou a emergência enquanto problema predominantemente político e que pela política deveria obter sua solução. Desafiadas pelas concepções decisionistas e liberais, as respostas contemporâneas que entre si dialogaram reconheceram mais de uma possibilidade para o excepcionalismo, situando-o, respectivamente, na órbita metafísica do messianismo, na sociedade e na moralidade. Sugerimos, agora, ser também reconhecida a possibilidade de se tratar o excepcionalismo enquanto problema juridicamente relevante e que pelo próprio direito, material e autonomamente exercido, possa encontrar a solução.

Assim, a identificação do problema de direito deve passar pela conjugação de três condições-filtros enquanto “*limites da juridicidade*”<sup>56</sup>. Muito resumidamente, a

---

<sup>56</sup> Para o jurisprudencialismo, a busca pelo problema que seja, efetivamente, jurídico passa pela procura do referido sentido prático do direito que, por sua vez, é alcançado com o preenchimento das três “condições possibilitantes”. “A *condição ética* – a convocar a *pessoa* enquanto o referente e o titular da humana prática jurídica. [...] a *condição mundanal* que, traduzindo-se em condição comunitária, recusa qualquer individualismo e se refere à “social mediação do mundo, na sua fruição e repartição [...] já que ela define o campo possível, não ainda o sentido normativo mas o campo, da juridicidade, sendo que fora desse campo não teremos problemas jurídicos”. [...] e a *condição do direito* como *validade normativa*. Não simplesmente como *norma* [...] nem como *lex* ou *imperativo prescrito* [...] mas referente

*condição mundano-social*, “a manifestar a pluralidade humana na unicidade do mundo”; a *condição humano-existencial*, “a explicitar a mediação social no fundo da dialética personalidade e comunidade”, uma *condição ética*, “a condição que implica o reconhecimento axiológico da pessoa e que, já por isso, é verdadeiramente a especificante condição constitutiva do sentido do direito como direito e que simultaneamente implica a *intentio* a uma normativa *validade*” (CASTANHEIRA NEVES, 2007, p. 61, grifo do autor).

Extraí-se, por oportuno, do limite *mundano-social*, a possibilidade de distinguir direito e moral a partir da relação histórico-comunitária intersubjetiva que, num exercício de atributiva bilateralidade, faz com que o direito se constitua, ao mesmo tempo, dos *direitos* (sob a ótica do “eu”) e *deveres* (sob a visão do “outro” ou “outros”). A moral, por sua vez, recairá, unicamente, na dimensão dos *deveres*, a residir, pois, no ponto de vista do “outro” (CASTANHEIRA NEVES, 2002, p. 843-844).

O ponto desta diferenciação nos instiga a aproximar a filosofia jurisprudencialista do culturalismo de Reale (1999, p. 695-713, grifo do autor) que já nos dizia que o Direito, em seu peculiar “*sentido de intersubjetividade objetiva*”, “à diferença da Moral, da Estética etc.”, não seria contingente, deveria transcender a singularidade de cada sujeito individual, e teria como destino realizar a Justiça (material) através das históricas relações intersubjetivas, “não em si e por si, mas como condição de realização ordenada dos demais valores”, cujo valor “consiste em permitir que os demais valores jurídicos valham, com base no valor da *pessoa humana*, valor-fonte de todos os valores”. Afinal e apenas com o exemplo de Bittar (2016, p. 25), a própria hegemonia ideológica do nazismo - e a cumplicidade ao extermínio de ciganos, poloneses e deficientes - demonstrou que nem tudo que o que se assume como moralmente correto deve ser juridicamente aceitável.

Com essa configuração, é possível nos imunizarmos às armadilhas do *common law* sobre as relações juridicidade/moralidade em que se busca, incessantemente, diferenciar o que é validade jurídica e o que é validade moral. É possível, então, na abordagem de um não positivismo, reconhecer que o direito não deva ter,

---

*fundamento* de intencionalidade e expressão axiológico-normativa [...]. Nestes termos, a validade do direito, e que o direito é, traduz um sentido normativo (nos valores e princípios que a substantivem) que transcende as posições” individuais (CASTANHEIRA NEVES, 2012b, p. 65-67, grifo do autor). Veja, no mesmo sentido, COELHO (2012, p. 67-70).

*necessariamente*, conteúdo moral, ainda que se identifique, sob um ponto de vista genuinamente jurídico, alguma moralidade no direito.

Extraí-se, contudo, das três condições, a possibilidade de tratamento do excepcionalismo enquanto problema que se revela juridicamente relevante porque para o direito emerge de um quadro sociológico “por exigência materiais de caráter jurídico” (BRONZE, 2010b, p. 966) – aquelas exigências que reconhecem sentido humano ao direito porque ele se polariza na pessoa humana (BRONZE, 2012, p. 316). Trata-se de um problema que exige solução de direito porque, relativamente a uma concreta situação social, estaria em causa uma interação de humana e exigível bilateralidade em que a relevância das situações emergenciais se mostra pela tensão entre a liberdade pessoal – a exigir garantia de autonomia – de um lado e a vinculação-integração comunitária de outro – a impor responsabilidade (CASTANHEIRA NEVES, 2009a, p. 56).

Dito de outro modo, a relevância do problema da emergência é de ordem prática posto ser marcado, sempre, pela novidade e excepcionalidade mais ou menos manifesta do caso-problema que se apresenta (BRONZE, 2012, p. 347), condenando a insuficiência das razões de ordem teóricas que, pressupondo o fechamento do sistema jurídico constituído integralmente por normas e por *princípios-normas*, negligenciaram a contribuição-resposta prática de intenção transcendente, humanizada e fundamentante dos princípios *genuinamente* jurídicos.

Por oportuno, será mesmo o primado dessa ordem prática, cujo ponto de partida é o caso jurídico, que promoverá a dialética entre a realidade do caso novo e o sistema jurídico, correspondente à “dialeiticidade entre fato e direito”, promovendo uma unidade, na contramão das formulações teóricas do excepcionalismo clássico, entre “realidade e juridicidade”, de modo que o problema da emergência não mais se constituirá de uma questão de fato “em si mesmo e sem perspectivação jurídica”, mas de um problema relevante de direito (CASTANHEIRA NEVES, 2008e, p. 328-329).

Ultrapasada a etapa do sentido da emergência, as tentativas de respostas legislativas, bem assim as tarefas jurisdicionais mecânicas e pragmáticas de regulação e planificação dos programas securitários não atendem, principalmente, aos casos excepcionais. O recurso ao diálogo de fontes legislativas transnacionais e a correlata proteção multinível de direitos nos planos doméstico e internacional ainda nos deixaria

reféns de eventuais contingências político-legislativas que, em razão de seu caráter universalista, não atenderia às exigências culturais específicas de cada sistema jurídico. Um exercício jurisdicional pragmático ou planificado conduziria à arbitrariedade e heteronomia porque os fundamentos cederiam aos efeitos, decidindo-se primeiro para somente depois encontrar os materiais jurídicos que justifiquem a decisão.

Para tanto, uma resposta *autônoma* ao problema do sentido do direito no excepcionalismo contemporâneo passa pela dimensão dos *princípios-fundamentos* enquanto base de sustentação daquela normativa validade do direito, constituindo-se no próprio “*absoluto histórico*” de que se deve “pensar relativamente à normatividade validade jurídica: fundamento histórico-culturalmente de constituição humana, mas que não obstante ao homem indisponivelmente vincula” (CASTANHEIRA NEVES, 1976, p. 18). Busca-se uma específica autonomia do jurídico através da autonomização pelos princípios, enquanto fundamentos últimos da validade do direito, que permitirá com que o direito resista à quaisquer reduções, conferindo ou recusando validade à diversidade dos problemas que se apresentem, como “justo meio que avalizará a justiça do fim” (CASTANHEIRA NEVES, 1976, p. 31-33).

Para que se manifeste normativamente como “instância de validade de todos os projetos sociais” (CASTANHEIRA NEVES, 1979, p. 128) e morais do *rule of law* e faça frente aos diversos decisionismos, será preciso reconhecer ao judiciário, diversamente do papel conferido ao juiz *self-restraint* de Posner ou ao julgador meteorologista de Dyzenhaus, real protagonismo para que o direito se afirme ao poder e assuma a “possibilidade em último termo de reconhecer o direito como dimensão constitutivamente indefectível do Estado e assim o Estado verdadeiramente como Estado-de-Direito” (CASTANHEIRA NEVES, 2007, p. 14), um material Estado-de-Direito. É preciso defender a indistinção entre períodos de normalidade e eventos de crise, em que o protagonismo da jurisdição não deverá ceder ou negociar com qualquer ideologia, poder ou ordem, ainda que moral, mas sim fazer valer, incondicionalmente, seu *específico* “sentido axiológico-normativo e material [...] que se exprima nos direitos e nos princípios: a titularidade daqueles e os regulativos compromissos axiológico-normativos destes postulam, respectivamente, já uma titularidade efectiva, uma titularidade real no contexto social, já uma projecção determinante na prática histórica” (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 2).

Metodologicamente, é pela jurisprudência desses princípios que se busca uma rejeição-superação jurídicista da tradicional distinção de sentido teórico entre normalidade e excepcionalidade, reconhecendo a falibilidade dos argumentos temporais e espaciais que a sustentavam, haja vista que, em abstrato, os casos podem até se apresentar como fáceis-normais ou difíceis-excepcionais, mas em concreto se estabelecem totalmente diferentes.

Se as próprias ideias de emergência e excepcionalidade surgiram a serviço dos positivismos de Hobbes, Locke e Dicey que pressupunham que todo o direito estaria contido em normas, numa correlata ideia de normalidade avessa à qualquer excepcionalidade, na transição para uma razão prática do direito e dos princípios, aquelas perspetivações de sistemas jurídicos de unidade teórico-sistemática que se supunham capazes de antever todas situações emergenciais, tendo agora como ponto de partida a novidade-excepcionalidade dos problemas, perde a utilidade pois dá lugar a um sistema aberto, pluridimensional, circular e de constituição regressiva em que aquela afirmação (de conotação negativa) de que as situações que eram excepcionais tornam-se normais, ao que se denominava de “normalização” das exceções, perde espaço e pode, metodologicamente, ser traduzida no reconhecimento (de positiva conotação) de uma relação circular entre os princípios e a realidade social em que a solução gerada a cada nova experiência problemática passa a integrar, *regressivamente*, o sistema jurídico e, ao mesmo tempo, *enriquece* o direito (CASTANHEIRA NEVES, 1979, p. 170), corrige-o e amplia as possibilidades futuras de sua concretização (CASTANHEIRA NEVES, 2013, p. 222, 271-272), satisfazendo, ao fim do percurso, as próprias exigências da novidade do problema que se apresentou.

Trilhando-se um percurso mais rico, essa *regressiva* operação dialética entre os casos e o sistema não mais deve ser o resultado *direto* da interpretação por princípios, tal qual se observou do paralelo entre Dworkin e Dyzenhaus, devendo-se, na ausência de resposta imediata do critério legal, antes e indistintamente para os casos fáceis, difíceis ou fundamentais, mobilizar a jurisprudência judicial e a dogmática jurídica enquanto demais materiais jurídicos constitutivos do sistema, com o fim de que o problema *jurídico* seja tratado como juízo e não como decisão, sob pena de se incorrer num decisionismo de opções. Em última instância e na ausência de material cuja intenção seja análoga à intencionalidade do problema do caso, a solução do *continuum*

normalidade-excepcionalidade ocorrerá pela interpretação por princípios, num juízo “transtextual” e autônomo de juridicidade, cujas intenções estarão acima do critério legal e orientarão o sentido da prática jurídica (BRONZE, 2009, p. 181).

Com esse raciocínio e em se tratando, i.e, do problema dos *fundamental cases* enquanto posituação de normas de extrema injustiça, há clarividente afronta aos princípios jurídicos que prescindem de qualquer condicionante moral ou de posituação no texto constitucional, pois não se confunde, o “plano *político*-constitucional de discriminação de legitimidades e de delimitação de competências” com o plano “normativo-metodológico”. A resposta ocorrerá pela preterição dessas normas por princípios posto que aquelas afrontam estes enquanto seus “pressupostos fundamentos sistemático-normativos [...], separando-se por isso deles em termos de uma formal contradição”, ou, a depender da “evolução intencional decisiva do sistema” jurídico em que nos inserirmos, ocorrerá a superação delas pela alteração dos “valores e princípios que, quando alterados, não fazem modificar as normas, não na sua positividade, mas em sua intencionalidade normativa”.

Não tendo, o juízo de maior autonomia na interpretação conforme os princípios, resultado da busca *direta* a esses princípios, não há que se falar em discricionariedade do julgador no juízo decisório, mas numa maior vinculatividade, justamente porque o sistema não se fecha em normas, abrangendo a normatividade jurídica dos demais estratos que o compõem (CASTANHEIRA NEVES, 2013, p. 189-205, grifo nosso).

Também, o sentido teórico do binômio liberdade-segurança – e a oposição-prevalência da segurança em detrimento ou enquanto a própria condição para a liberdade nas emergências não nos servirá de guia pois se trata de uma compreensão individualista-liberal da liberdade enquanto direito e como objeto de interpretação (AROSO LINHARES, 2017, p. 177) ou da liberdade formal negativa (de não impedimento) que ofereceria uma “universalidade racional e com ela tanto a objetividade das condições como a neutralidade estrutural” (CASTANHEIRA NEVES, 2008c, p. 46).

Repise-se que o problema dessa possível antinomia na concreta compatibilização entre liberdade e segurança, quando não liberdade *ou* segurança, a suscitar os problemas decorrentes colisão de princípios – e o tratamento destes apenas como regulação que “exemplifica condições de prioridade *prima facie* e também

generalizam e universalizam estruturas de ponderação e proporcionalidade pela lei de ponderação que lhes dá sentido (AROSO LINHARES, 2017, p. 93-94, grifo do autor) – resultam todos da aceção desacreditada individualista-liberal da liberdade (negativa) e da formal segurança.

O sentido prático da liberdade que se suplica também não é aquele filosófico – não emancipado por completo do liberalismo posto que também situa a liberdade no terreno dos direitos – de Simmonds reinventado do *rule of law* de Fuller em que a conexão entre a *legality* e a *freedom* representava, na justificativa moral das decisões dos juízes, uma garantia de liberdade enquanto independência do poder e da vontade dos outros, aproximando-se mais da ideia de *libertação* que propiciava que cidadãos se “beneficiassem de algumas zonas de condutas opcionais que estejam protegidas da interferência dos outros” (SIMMONDS, 2007, p. 11, 141,142, tradução nossa).

Um sentido autônomo do direito deve ter no princípio e valor da *liberdade convivente* sua própria condição de possibilidade de realização. Esse valor implica que, uma vez inserida a pessoa na comunidade, longe de conduzir a uma *liberdade política* arendtiana cujo conteúdo é o direito de ser participante nas questões de governo (ARENDDT, 2011, p. 178), faz repercutir duas consequências normativas que correlativamente se atribuem: a garantia de autodeterminação e o dever de responsabilidade para com o rosto *concreto* do outro em função da (necessária) participação comunitária (CASTANHEIRA NEVES, 2009b, p. 13-14).

Confere-se ao princípio-fundamento da liberdade *convivente* um irrenunciável compromisso prático de realização que condensa e exige a realização concreta de um patrimônio de direitos e valores e terá na “justeza decisória” – na adequação da decisão à novidade do caso – seu último e decisivo critério de validade, já que cada problema novo implicará em uma nova solução prática (CASTANHEIRA NEVES, 2009b, p. 77), sendo justamente por isso que não se pode fechar, nem definir-se logicamente (BRONZE, 2010, p. 629-630), posto que poderá haver a *superação-evolução* de sua intencional axiologia de acordo com a matriz social e histórica em que nos encontrarmos. Tratando-se de se superar evoluindo, com o fim de nos imunizarmos às contingências de base política e social nas emergências, deverá, no limite, haver intervenção do direito na defesa do princípio do mínimo enquanto necessária

institucionalização de garantias mínimas historicamente conquistadas e inferidas da própria liberdade convivente.

Inferese, também, desse sentido prático de liberdade uma incompatibilidade com o sentido formal de segurança empregado pelo excepcionalismo clássico. Contudo, assumindo que múltiplos também foram os desenvolvimentos da ideia de segurança, é possível sugerirmos, parafraseando Castanheira Neves (2008d, p. 33-37), no plano ético do atual contexto histórico, uma plena compatibilidade entre liberdade e segurança, em que a segurança, enquanto valor, pode ser lida a partir da própria conjugação das consequências *recíprocas* da liberdade convivente que lhe antecedeu. Trata-se, nesse contexto, de reconhecer a possibilidade de aproximar a segurança do princípio-fundamento do reconhecimento mútuo que também lhe antecede posto que promove a estabilização e segurança das relações comunitárias, cumprindo a nós trazer, para o plano concreto, a afirmação de Ricoeur (2004, p. 201) de que “no reconhecimento mútuo se encerra o percurso do reconhecimento de si mesmo”.

Em todos esses sentidos valorativos, há, assumidamente, implicação mútua, quando não circular, entre liberdade e segurança, em que a existência da segunda pressupõe a da primeira que lhe antecede pois se constitui da própria *condição transcendental de toda normatividade* e identifica a “compreensão antropológico-existencial do homem”, afinal foi o princípio da liberdade e não a segurança que surgiu com a própria criação do homem no mundo (CASTANHEIRA NEVES, 2008d, p. 32-33, grifo do autor). Assim e para nós, o valor-segurança comporia o patrimônio normativo da liberdade que lhe deve garantir a concreta realização, pois, com Hamilton (2005, p. 3), para se ter segurança é preciso antes ter segurança de liberdade.

No plano prático, a solução para a harmônica adequação da liberdade e segurança deve residir no princípio do mínimo, principalmente nas situações de graves crises institucionais. É preciso reconhecer, para essas ocasiões, a institucionalização mínima de princípios *jurídico-materiais* que se viram formados *evolutiveamente* a partir das práticas histórico-comunitárias.

Nesses casos, eventual decisão que, em razão da novidade do caso, opte pela restrição da liberdade individual sob o fundamento da violação dos princípios do reconhecimento mútuo, da responsabilidade comunitária, da liberdade convivente e da própria segurança enquanto valor decorrente daqueles outros, longe de afrontar,

respeitaria a liberdade (convivente!) enquanto um dos princípios que garante a concretização da segurança, desde que haja respeito às garantias históricas mínimas, tais quais aquelas exigências-intenções materiais de compromissos práticos que a ordem do “direito deve assumir e realizar” (BRONZE, 2010, p. 629) em qualquer situação e que residem, i.e, nos próprios princípios-fundamentos da legalidade criminal, do contraditório, do devido processo legal, da inafastabilidade do controle jurisdicional, da imparcialidade .... Afinal, também para o direito penal, o fundamento que legitima a persecução criminal e a própria punição penal deve residir nos princípios e não nas políticas criminais.

Ainda que diante de situações metodológicas excepcionais de grandes indeterminações legislativas, estaríamos, agora, seguros em concordar com a defesa de um possível rompimento desse ciclo *evolutivo* e enriquecedor da prática jurídica sob a justificativa de que outras *contingentes* práticas, como a político-social, a religiosa e a moral, devam determinar o conteúdo do direito e dos princípios? Seria possível afirmarmos que é pela falta de direito que se deve recorrer a essas outras dimensões práticas? Parece-nos que não. É do próprio compromisso com o direito que se impede a crise, alcança-se a maturidade do decidir e um futuro civilizacional exitoso.

## CONCLUSÃO

Em tempo de conclusão final, é preciso tentar oferecer solução para o problema-objeto da investigação, respondendo à pergunta fundamental que indagou sobre a possibilidade de se conferir um sentido prático ao direito no estado de emergência, recusando a dicotomia normalidade-exceção e os correlatos dualismos de oposição entre casos normais e excepcionais e entre liberdade e segurança, a partir de uma perspectiva interna e materialmente autônoma, sem que haja qualquer redução das possibilidades do jurídico às exigências do messianismo, da sociedade ou da moralidade. Foi, então, o próprio percurso divergente dos múltiplos funcionalismos das propostas de Agamben, Posner e Dyzenhaus, a implicarem numa ausência de valoração completamente autônoma para o direito, que nos autoriza, agora, a defender uma resposta certamente positiva.

Uma sistematização do confronto crítico que fizemos das três respostas com o problema da autonomia do direito implica em reconhecermos que afetaram, todas elas, embora de modo diferente, o mundo prático e autônomo do direito. Por cada uma delas, essas foram as possíveis e principais conclusões obtidas, a iniciar pela resposta de Agamben:

- a) As causas e sentido do estado de exceção receberam influência direta da crítica de Foucault sobre o binômio política/poder. A partir de um discurso de tom religioso e profético, houve, contudo, reconstituição *estática* e *ahistórica* da biopolítica de Foucault para concebê-la enquanto estrutura originária do poder e não enquanto estrutura historicamente resultante de práticas históricas sócio-políticas. Essa rejeição do aspecto genealógico do estado-nação influenciou decisivamente na resposta messiânica que recusa o direito e a historicidade constitutiva que lhe é inerente.
- b) A maioria do desenvolvimento sobre o problema do estado de exceção se baseou mais numa crítica de sentido filosófico do que metodológico. As poucas tintas de projeções metodológicas indicaram que se tratou de concepção desconstrutivista que, por si só, critica e alimenta a defesa de um não formalismo enquanto solução para as situações-limites e implica que todo caso prático excepcional seria também, por si só, um caso difícil.

- c) Houve tentativa de Agamben em definir, criticamente e metodologicamente, a exceção enquanto uma lacuna normativa *necessária-fictícia* em que o poder executivo estaria obrigado a remediar. Essa tentativa partiu do contraponto com a concepção de Schmitt de que as situações de fato emergenciais representavam um estado de necessidade justificante das decisões soberanas nas emergências pois indicavam o momento em que a norma não seria capaz de resolver o caso excepcional.
- d) Tratou-se de desconstrução que, de sentido subjetivista e niilista, pareceu bastante eficaz para encontrar os problemas mas não tão acertada para buscar soluções.
- e) O discurso de teor negativista e desconstrutivista faz com que essa filosofia crítica também possua traços pós-estruturalistas, de modo a negar a historicidade do direito, rejeitando que a *praxis* jurídica seja assumida enquanto produto da cultura e da história.
- f) Por influência direta da teoria crítica de Benjamin sobre a relação dialética negativa entre messianismo e direito, a resposta-revolução é de sentido ideológico-messiânico e busca o rompimento com a historicidade constitutiva do direito. O sentido metafísico abstrato da revolução indicou paradoxo na abordagem de Agamben que, em todo percurso, busca se contrapor às acusações sobre a estetificação do messianismo.
- g) A resposta rejeitou as abordagens positivistas e pragmáticas para o problema da emergência, indicando, ainda, sucessivas rejeições do sentido autônomo do direito, sob a justificativa de que o direito é, ele próprio, instrumento redutor da *pura* política e revelador da permanência do estado de exceção. Por essa razão, concluiu-se que no estado de exceção idealizado por Agamben, o direito se identificaria com a violência e poder.
- h) Houve renúncia-negação do direito que implica na renúncia da realidade social e do próprio homem que se situa nas bases desse direito, evidenciando o caráter abstrato da resposta.
- i) É resposta externa ao direito que insere uma possibilidade de funcionalismo político e uma tentativa de desconstrução da juridicidade em que o único

sentido para o direito seria o de uma pura política comunitária livre de institucionalização e resultante de objetivos ideológico-revolucionários.

- j) A ideia de *comunidade que vem* posteriormente à revolução resgata a concepção de comunidade de valor, todavia, desvinculada de qualquer ordem institucionalizada, mas que não deixa de se constituir numa experiência *sui generis* de comunidade, reavivando o debate entre as ideias de comunidade e de sociedade.
- k) A prática teológica (francescanismo) da altíssima pobreza representou fator de imunidade às possibilidades do direito que restaram condicionadas à heteronomia da essência religiosa. Houve resgate do jusnaturalismo teológico em defesa de uma razão universal e divina acima e além do direito.
- l) Houve pretensão de rompimento com o passado que impõe recusa à autonomia do direito através da emancipação com o essencial histórico do direito em prol de um futuro sem direito.
- m) Representou concepção apenas pseudo-prática, posto que a prática verdadeira deve laborar no campo concreto das relações comunitárias que os homens mantêm uns com os outros.

Da resposta do pragmatismo interdisciplinar de Posner às emergências, essas foram as possíveis conclusões:

- a) A resposta recebeu influência direta do discurso securitarista pós-moderno que, principalmente após os eventos terroristas de 11 de setembro de 2001, contribuiu para consolidar as concepções neoliberais, direcionando-se aos fundamentos filosóficos do direito penal e processual penal.
- b) Após o *pragmatic turn*, a resposta pragmática às contemporâneas indagações do excepcionalismo resultou da instrumentalização da racionalidade jurídica e da correlata recusa de autonomia ao direito, em prol dos exercícios de autoridade e poder que surgiriam do debate e conflito, despidos de fundamentação, mas sustentados pela persuasão e por forças político-sociais.

- c) Houve regresso ao decisionismo de Schmitt, posto que o núcleo do pragmatismo nas situações excepcionais residiu na competência institucional para decidir, tornando-se desimportante conhecer qual a resposta correta sob o ponto de vista jurídico, bem assim em razão das defesas da ascensão do estado administrativo em detrimento do estado legislativo e da imprescindível convocação do *law of necessity* a justificar a redução-supressão de garantias fundamentais nas situações emergências que, raramente, poderiam ser antecipadas.
- d) Quanto a possível projeção metodológica nas emergências, houve tentativa de reinvenção neoliberal do sentido formal de segurança empregado pelo excepcionalismo clássico que resultou na redução do princípio da liberdade à *police* da segurança pública, acentuando o contraponto *principle-policies* e a prevalência *a priori* da segurança.
- e) Houve intransigente defesa do binômio normalidade-excepcionalidade para fazer prevalecer, em tempos emergenciais, a política de segurança pública em detrimentos dos princípios e direitos fundamentais, coincidindo com o sentido da *judicial self-restraint* e a deferência total de poderes do judiciário e legislativo ao executivo nas emergências.
- f) Apesar da influência de Holmes na abordagem pragmática de Posner, não houve cruzamento completo do pragmatismo deste com o realismo daquele quanto à resposta institucional às emergências. Para Holmes, são os Tribunais que devem decidir a questão de fato emergencial, respeitando a determinação legislativa que ateste a existência de uma emergência.
- g) Tratou-se de resposta extra-legal que, embora com pretensão de rejeição do formalismo do excepcionalismo clássico, trouxe como herança desse excepcionalismo a manutenção do binômio normalidade-excepcionalidade e a correlata distinção entre os casos normais daqueles não rotineiros.
- h) O caminho (curto) para a decisão ocorreu mais pela valoração de alternativas e dos efeitos escalonados da decisão nas crises e menos pela investigação econômica sobre custos-benefícios das decisões, conduzindo à instrumentalização dos materiais jurídicos disponíveis para escolha mais

conveniente a luz da eficácia enquanto técnica e da eficiência enquanto estratégia.

- i) A solução pragmática de flexibilização-substituição das garantias jurídicas pelos *valores-vetores* da razoabilidade e necessidade imediata nas emergências, ocorreu sob o abrigo de uma área aberta, aproximando-se mais de uma criação discricionária do que do sentido de aplicação do direito.
- j) A justificativa empírica para diagnosticar o problema da emergência enquanto questão de fato residiu na defesa de um projeto interdisciplinar em que o direito se torna político-socialmente funcionalizado e dependente de soluções externas, havendo ampla imposição de rejeição das pretensões de autonomia formal e prático-normativa do Direito.
- k) Houve pretensão de rompimento com o passado que impõe recusa à autonomia do direito, de modo a pensar a eficiência futura do direito.
- l) Representou uma concepção apenas pseudo-prática posto que a verdadeira prática integra as relações responsáveis e intersubjetivas de convivência comunitária e uma abordagem que se dedique sempre aos benefícios mais eficientes de segurança pública tenderá, fatalmente e no limite, a eliminar pessoas.

Do projeto moral do *rule of law* para as situações de emergências, o anti-positivismo de Dyzenhaus nos forneceu as possíveis conclusões:

- a) É resposta que remeteu mais às possíveis projeções metodológicas e menos ao sentido filosófico do direito nas emergências. Foi intitulada de jurista posto, enquanto resposta interna ao direito, ter buscado impedir a redução do judiciário e do jurídico à condicionantes externos, com a ressalva de que ainda se sustenta numa moralidade substantiva inerente ao direito.
- b) O projeto substancial do *rule of law* pretendeu combater o formalismo e o originalismo e buscou solucionar, tendo como referência última princípios morais não positivados do *common law*, as situações de exceções representadas pelo núcleo positivista comum dos *black holes*, *grey holes* e *fundamental cases*.

- c) A defesa da concepção de *fundamental cases*, *black holes* e *grey holes* serve ao positivismo jurídico que teria concebido o sistema jurídico constituído apenas por normas com a ilusória pressuposição de que poderia, com essa formulação, antecipar-se à excepcionalidade dos problemas emergenciais. Essas categorias negligenciaram, como parâmetro material de validade, os princípios de moralidade inerente ao direito.
- d) As sucessivas e radicais rejeições aos positivismos de Hart e Dicey foram necessárias para sustentar que *somente* uma resposta interpretativa e autonomizada a partir de princípios morais substantivos faz o direito moralmente legítimo nas crises.
- e) Houve reconstrução genealógica equivocada de ambas as frentes do positivismo jurídico contemporâneo como se todas fossem representadas pela dinâmica do positivismo excludente, não tendo havido reconhecimento integral da abordagem includente do positivismo. Isso ocorreu, supostamente, porque a interpretação da filosofia de Hart restou limitada à primeira edição do *The Concept of Law*, quando, em verdade, no pós-escrito à segunda edição desta obra Hart se alinha ao positivismo includente ao assumir a possibilidade de que a regra de reconhecimento possa identificar princípios por seu conteúdo.
- f) A partir dos princípios do *rule of law* houve rompimento com o binômio normalidade-exceção em prol da defesa de um *continuum* entre normalidade e excepcionalidade e a releitura do princípio da separação dos poderes, buscando-se um compartilhamento de momentos sucessivos entre judiciário, legislativo e executivo no projeto comum de realização do direito.
- g) Houve reconstituição-representação do juiz-árbitro hobbesiano para a defesa de um modelo de jurisdição recomendativa e instrutora (*wheatherman*) situada internamente ao direito, cujo protagonismo decorreria somente por eventual constatação de descompromisso do executivo e legislativo com os princípios morais.
- h) O ponto de partida do anti-positivismo de Dyzenhaus e do não positivismo imanente de Fuller foram os mesmos, mas a resposta daquele reconstitui os princípios de moralidade procedimental deste, imprimindo-lhes, em

referência à moralidade de aspiração, sentido mais substantivo do que adjetivo de modo a concluir que é a moralidade substantiva inerente ao direito que confere juridicidade aos princípios.

- i) O paralelo metodológico estabelecido com o interpretativismo de Dworkin demonstrou que a defesa do *continuum* entre normalidade e excepcionalidade ocorreu a partir da solução *única e direta* pelos princípios. Tratou-se de metodologia interpretativa assumidamente prática que, por ter tido na estabilização do conteúdo moral dos princípios o ponto de partida e chegada do processo de interpretação jurídica, não se conformou, suficientemente, com a novidade dos problemas emergenciais concretos, revelando maior prioridade na recondução ao sistema jurídico.
- j) A influência de Trevor Allan revelou certo paradoxo na medida em que, ainda que tenha havido assumida estabilização do conteúdo moral por princípios enquanto ideais regulativos da prática jurídica, buscou-se um sentido regulatório-constitutivo aos princípios que seriam constituídos por valores comuns incorporados nas tradições históricas comunitárias.
- k) A pretensão cosmopolita de autonomizar a unidade material do direito público por princípios morais comuns revelou, paradoxalmente, acento universalista liberal e particularismos comunitaristas e apego à teoria do direito natural em que o conteúdo dos princípios proviria de valores inerentes a todos os seres humanos. No ponto, a verdade do direito remeteu mais ao plano apromblemático e monológico da *praxis* moral do que no terreno prático-cultural autônomo do direito.
- l) A herança dos princípios do estado de natureza de Hobbes e a radicalidade das críticas dirigidas ao positivismo contemporâneo somados à defesa de princípios morais substantivos não positivados, em que eles próprios conferem juridicidade independentemente de padrões relativamente às convenções práticas dos *officials* ou de quaisquer processos deliberativos públicos, conduziram a resposta a uma situação de fronteira, *aproximando-a* da possibilidade de reabilitação do jusnaturalismo substantivo excludente e promoveu o regresso ao debate jusnaturalismos *versus* positivismos.

m) Decorrente dessa mesma situação fronteira, a resposta também se *aproximou* da linha de um não positivismo super-inclusivo haja vista que o conteúdo eventualmente injusto/imoral do critério legal seria corrigido pelos princípios morais, sem que o direito deixe de se constituir enquanto direito.

Não obstante a oposição de sentidos das três propostas, houve reconhecimento de apenas dois pontos mínimos de cruzamentos temáticos entre elas:

- a) A intenção comum de rompimento com o formalismo da resposta teórica do excepcionalismo de origens no contratualismo de razões iluministas. Desse ponto, denota-se que as respostas se alinham à tentativa do decisionismo de Schmitt de se opor às doutrinas do positivismo liberal sobre a emergência.
- b) Por todas elas, a pretensão comum de rompimento com as exigências formalistas e originalistas do direito.

De todo modo, as propostas não se mostraram capazes de responder às emergências posto que, quanto ao direito, não se estimulou exigências materiais e autônomas de sentido capazes de o imunizar às contingências ideológicas, político-sociais e de moralidade das diversas crises institucionais.

Do outro lado, se os possíveis resultados do diálogo divergente entre causas, sentidos e respostas à emergência, já desenvolvidos neste percurso, mostraram as diversas experiências de pluralidade do excepcionalismo contemporâneo a reafirmaram o mundo pós-paradigma, quando não sem paradigmas, em que vivemos, fomos mais uma vez autorizados a buscar outra possibilidade, desta vez mais humana, de responder às crises. Assim, a possibilidade jurisprudencialista proporcionou, durante todo o trajeto, promovermos uma crítica de aproximação-regresso e de distanciamento de cada uma das respostas dialogantes com o sentido geral do excepcionalismo e suas concepções decisionistas e liberais que desvelavam a emergência enquanto problema teórico e predominantemente político e que pela política deveria obter sua solução.

Desse exercício de reflexão crítica foi possível reconstituir o sentido dos pressupostos teóricos do excepcionalismo clássico, sem deixar de rejeitar,

sucessivamente, cada um das respostas dos três discursos comunicantes. O jurisprudencialismo, enquanto pensamento verdadeiramente prático, apresentou-nos um diagnóstico de sentido filosófico e metodológico para o problema da emergência.

A resposta afirmativa pela contemporânea possibilidade de se reconstituir o sentido dos pressupostos teóricos do excepcionalismo clássico sem qualquer redução do jurídico às exigências do messianismo, da sociedade e da moralidade, convoca-nos a encerrar com a inequívoca certeza de que, ainda que se trate de eventos históricos de maior gravidade, dificilmente, o direito responderá através da construção de uma alternativa comunidade ou num utópica e totalizante sentido de jurisdição, devendo ser decisivo no seu próprio território-limite, afirmando o sentido material da juridicidade pela assunção de posição dos direitos e, como referência última, os princípios *genuinamente* jurídicos.

Assente a ausência de qualquer ordem messiânica ou cosmológica que decida pelo homem o sentido da *praxis* em que está envolto, caberá ao próprio homem optar se o sentido a que se refere sua prática é aquele correspondente à convivência intersubjetiva e histórico-comunitária. Convictos de que a opção pelo direito representa uma possibilidade cultural e civilizacional de o homem assumir uma forma de vida através de um projeto em que assuma para si a responsabilidade de compromisso comunitário, o que não se deve admitir apagar da memória é que a própria experiência histórica ocidental no contexto dos poderes de emergência tem nos mostrado que a decisão de optar por esse projeto de vida pode ser a mais acertada para a sobrevivência dos valores da própria pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. The emergency constitution. **The Yale Law Journal**, [S.l.], v. 113, n. 1029, p. 1024-1091, 2004.
- AGAMBEN, Giorgio. **La comunità che viene**. Torino: Giulio Einaudi editore s.p.a, 1990.
- \_\_\_\_\_. **Homo sacer Il potere sovrano e la nuda vita**. Torino: Piccola Biblioteca Einaudi, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Mezzi senza fine note sulla politica**. Torino: Bollati Boringhieri, 1996a.
- \_\_\_\_\_. **Política del exilio**. Tradução: Dante Bernardi. Barcelona: Cuadernos de crítica de la cultura, n. 26-27, 1996b.
- \_\_\_\_\_. **Potentialities: collected essays in philosophy**. Tradução: Daniel Heller-Roazen. California: Stanford University Press, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Il tempo che resta. Un commento alla lettera ai romani**. Torino: Bollati Boringhieri, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Stato di eccezione (Homo sacer, II, 1)**. Torino: Bollati Boringhieri, 2003.
- \_\_\_\_\_. **The open: man and animal**. Tradução: Kevin Attel. [S.l.]: Stanford University Press, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Política da profanação**. Jornal Folha de São Paulo, 18 set. 2005a, n.p. Entrevista concedida à Folha de São Paulo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs1809200505.htm>. Acesso em: 08 jan. 2018.
- \_\_\_\_\_. **Infância e história: destruição e origem da história**. Tradução: Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005b.
- \_\_\_\_\_. **Che cos'è un dispositivo?**. Roma: notttempo, 2006.
- \_\_\_\_\_. **O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III)**. Tradução: Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008.
- \_\_\_\_\_. **On Security and Terror**. Frankfurter Allgemeine Zeitung. 20.09.2001, n. 219/Seite 45. Tradução: Soenke Zehle, 2009a. Disponível em: <http://publikationen.sulb.uni-saarland.de/bistream/20.500.11880/23583/1/Agamben.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2018.
- \_\_\_\_\_. O que é o contemporâneo. Tradução: Vinícius Nicastro Honesko. *In: O que é o contemporâneo? e outros ensaios*. Chapecó, SC: Argos, p. 55-73, 2009b.

- \_\_\_\_\_. O amigo. Tradução: Vinícius Nicastro Honesko. *In: O que é o contemporâneo? e outros ensaios*, Chapecó, SC: Argos, p. 74-92, 2009c.
- \_\_\_\_\_. **Che cos'è la filosofia?**. [S.I]: Quodlibet, 2016.
- \_\_\_\_\_. **Altissima povertá**: regole monastiche e forma di vita. Homo sacer, IV, I. 7. ed. Vicenza: Neri Pozza Editore, 2018.
- ALLAN, Trevor R.S. **Law, liberty, and justice**: the legal foundations of british constitutionalism. Oxford: Clarendon Press, 1993.
- \_\_\_\_\_. **Constitutional justice**: a liberal theory of the rule of law. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- \_\_\_\_\_. The moral unity of public law. *In: University of Toronto Law Journal*, [Toronto], v. 67, 30 p., 2016. Disponível em: <https://www.repository.cam.ac.uk/handle/1810/260398>. Acesso em: 02 jan. 2019.
- ALEXY, Robert. On the concept and the nature of law. **Ratio Juris**, [S.I], v. 21, n. 3, p. 281-299, sept. 2008.
- ALMENA, Víctor Granado. «El desplazamiento en la era global: estar fuera de lugar». *In: SALAR, Alicia Bermejo; SÁNCHEZ, Salvador Cayuela et al. (ed.). Umbrales filosóficos: posicionamientos y perspectivas del pensamiento contemporáneo*. Murcia: Universidade de Murcia, p. 125-145, 2011.
- ANDERSON, Malcolm.; APAP, Joanna. Changing conceptions of security and their implications for ue justice and home affairs cooperation. **[Policy Paper] CEPS Policy Brief**, [S.I], n. 26, p. 1-14, oct. 2002.
- ARENDT, H. Nosotros, refugiados. Tradução: Miguel Candel. *In: KOHN, Jerome; FELDMAN, Ron M. (eds.). Escritos judíos*. Barcelona-Buenos Aires-México: Paidós, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Sobre a revolução**. Tradução: Denise Bottmann. 1ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- ARGUELES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e impliações. *In: SARMENTO, Daniel (org.). Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009.
- ARIAS, Gonzalo Velasco. Porvenir clausurado: hacia una crítica del dispositivo de seguridad contemporáneo. *In: SALAR, Alicia Bermejo; SÁNCHEZ, Salvador Cayuela et al. (ed.). Umbrales filosóficos: posicionamientos y perspectivas del pensamiento contemporáneo*. Murcia: Universidade de Murcia, p. 213-239, 2011.
- AROSO LINHARES, José Manuel. A unidade dos problemas da jurisdição ou as

exigências e limites de uma pragmática custo/benefício. Um diálogo com a law&economics scholarship. *In: Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, v. 78, p. 65-178, 2002.

\_\_\_\_\_. A “área aberta” e a predestinação pragmática. A análise econômica do direito como “teoria compreensiva” entre outras teorias compreensivas: o desafio e as reformulações de How Judges Think. *In: DA ROSA, Alexandre Morais; AROSO LINHARES, José Manuel. Diálogos com a law & economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. Validade comunitária e contextos de realização: anotações em espelho sobre a concepção jurisprudencialista do sistema. **Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto**, [S.I.], v. 1, n. 1, p. 1-42, sep. 2012. Disponível em: <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/2966>. Acesso em: 01 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. **O direito como mundo prático autônomo: “equivocos” e possibilidades**. Relatório com a perspectiva, o tema, os conteúdos programáticos e as opções pedagógicas de um seminário de segundo ciclo em Filosofia do Direito. Coimbra, 211 p., 2013, (não publicado).

\_\_\_\_\_. Decisão judicial, realismo de «complexidade» e maximização da riqueza: uma conjugação impossível?. *In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, [S.I.], p. 1753-1790, 2014. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/39773>. Acesso em: 03 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. A identidade na pluralidade dos critical legal scholars. **Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto**. [S.I.], v.8, n. 8, p. 83-130, dez. 2016. Disponível em:<http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/5720>. Acesso em 04 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **O pragmatismo interdisciplinar de Posner (enquanto específica theory of adjudication)**, [S.I.], 16 p., [2012]. Disponível em: <http://pt.scribd.com/document/102633755/O-Pragmatismo-Interdisciplinar-de-POSNER-Aroso-Linhares>. Acesso em 21 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **O binômio casos fáceis/casos difíceis e a categoria de inteligibilidade. Sistema jurídico: um contraponto indispensável no mapa do discurso jurídico contemporâneo?**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/43589>. Acesso em: 08 mar. 2018.

BEN-ASHER, Noa. Legalism and decisionism in crisis. **Ohio St. L. J.**, [S.I.], v. 71, p. 699-760, 2010. Disponível em: <http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/758/>. Acesso em: 12 out. 2018.

BENJAMIN, Walter. Theses on the philosophy of history. Tradução: Harry Zohn. *In: Illuminations*. New York: Schocken Books, 1999.

BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Kitchener: batoche books, 2000.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de ética jurídica: ética geral e profissional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BÓRMIDA, Jerônimo. A não-propriedade: um tema franciscano de ontem e hoje. *In: Revista do Dpto. De Teologia da PUC-Rio/Brazil*. Rio de Janeiro, ano XII, n. 28, janeiro/abril, p. 8-28, 2008.

BUHA, Mark J. Rule utilitarian and deontologist perspectives on comparisons of torture and killing. **Washington University Open Scholarship Jur. Rev.**, [S.l], v. 2, p. 304-327, 2010. Disponível em: [http://openscholarship.wustl.edu/law\\_jurisprudence/vol2/iss2/5](http://openscholarship.wustl.edu/law_jurisprudence/vol2/iss2/5). Acesso em: 12 jun. 2018.

BRONZE, Fernando José Couto Pinto Bronze. Transtextualidade e metonímia: nota sobre o problema, o sentido e a dialética que os enreda. *In: DE CAMPOS, Diogo Leite (org.). Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*. [S.l], v. 1, p. [231]-242, 2009.

\_\_\_\_\_. **Lições de introdução ao direito**. Lisboa: Wolters Kluwer-Coimbra Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. Pj-Jd: a equação metonímica: as incógnitas que articula e o modo como se resolve (segundo painel). *In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, [Coimbra], v. 88, Issue 1, p. 311-391, 2012.

CANTU, Edward. Posner's pragmatism and the turn toward fidelity. **Lewis & Clark Law Review**, [S.l], [v. 16:1], [S.l], 2012.

CASSON, Douglas. Emergency judgment: Carl Schmitt, John Locke, and the paradox of prerogative. **Politics & Policy**, [S.l], v. 36, n. 6, p. 944-971, 2008. Disponível em: <http://doi.org/10.1111/j.1747-1346.2008.00146.x>. Acesso em: 01 jan. 2019.

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. Fundamentos da teoria do direito: A. Castanheira Neves e o direito como plataforma civilizacional. *In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XV*. [S.l], 2006. Disponível em: [http://myrtus.uspnet.usp.br/pesqfdrp/portal/professores/nuno/pdf/teoria\\_do\\_direito.pdf](http://myrtus.uspnet.usp.br/pesqfdrp/portal/professores/nuno/pdf/teoria_do_direito.pdf). Acesso em: 22 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. SILVA, Antonio Sá da. Teoria do Direito. Direito interrogado hoje – o Jurisprudencialismo: um resposta possível !?. *In: Estudos em homenagem ao Senhor Doutor Antonio Castanheira Neves*. Salvador: JusPodivm-Faculdade Baiana de Direito, 2012.

COSTA, José de Farias. A criminalidade em um mundo globalizado: ou plaidoyer por um direito penal não-securitário. *In: Direito Penal econômico e europeu*. [S.I.], v. 3, p. [114]-123, 2009.

CORTÊS, Antônio. **Jurisprudência dos princípios**: ensaio sobre os fundamentos da decisão jurisdicional. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010.

DE SÁ, Alexandre Franco. Decisionismo e ficção no pensamento de Carl Schmitt. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 105, p. 21-46, jul/dez 2012.

DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of the law of the constitution**. LF ed. [S.I.]: Online Library of Liberty, v. 6, sep. 2011. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/title/1714>. Acesso em: 13 nov. 2018.

DILON, Michael; REID, Jullien. **The liberal way of war**: killing to make life live. London-New York: Routledge, 2009.

DYZENHAUS, David. **Hard cases in wicked legal system**: south african law in the perspective of legal philosophy. [S.I.]: Clarendon Press, 1991.

\_\_\_\_\_. Why positivism is authoritarian. **American Journal of Jurisprudence**, [S.I.], v. 37, p. 83-112, 1992.

\_\_\_\_\_. Law and public reason. **McGill Law Journal**, [S.I.], v. 38, p. 367-393, 1993.

\_\_\_\_\_. Holmes and Carl Schmitt: an unlikely pair?. **Brooklyn Law Review**, [S.I.], v. 63, p. 165-188, 1997.

\_\_\_\_\_. Recrafting the rule of law. Introduction. *In*: DYZENHAUS, David (ed.). **Recrafting the rule of law**: the limits of legal order. Oxford: Hart publishing, p. 1-15, 1999.

\_\_\_\_\_. Positivism's stagnant research programme. **Journal of Legal Studies Oxford**, [S.I.], v. 20, p. 703-722, 2000.

\_\_\_\_\_. Judicial independence, transitional justice and the rule of law. **Otago Law Review**, [S.I.], v.10, n. 3, p. 345-370, 2003.

\_\_\_\_\_. Backer: the unity of public law?. *In*: DYZENHAUS, David (ed.), **The unity of public law**. Oxford: Hart publishing, p. 1-21, 2004.

\_\_\_\_\_. **The constitution of law**: legality in a time of emergency. Cambridge: Cambridge University Press, 2006a.

\_\_\_\_\_. Schmitt v. Dicey: Are states of emergency inside or outsider the legal order. **Cardozo Law Review**, [S.I.], v. 27, p. 2005-2039, 2006b.

\_\_\_\_\_. The rule of law as the rule of liberal principle. *In*: RIPSTEIN, A. (ed.), **Ronald Dworkin**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 56-81, 2007.

\_\_\_\_\_. The case of the grudge informer revisited. **Hart/Fuller symposium**. New York University School of Law, 34 p., 2008a. Disponível em: [http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload\\_documents/the\\_grudge\\_informer\\_case\\_revisited.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/the_grudge_informer_case_revisited.pdf). Acesso em: 23 set. 2018.

\_\_\_\_\_. The compulsion of legality. *In*: RAMRAJ, Victor V. (ed.), **Emergencies and the limits of legality**. Cambridge: Cambridge University Press, [S.I.], 2008b.

\_\_\_\_\_. The puzzle of martial law. **University of Toronto Law Journal**. [Toronto], v. 59, 64 p., 2009. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/250195816\\_The\\_puzzle\\_of\\_martial\\_law](https://www.researchgate.net/publication/250195816_The_puzzle_of_martial_law). Acesso em: 03 out. 2018.

\_\_\_\_\_. The very idea of judge. **University of Toronto Law Journal**. [Toronto], v. 60, p. 61-80, 2010. Disponível em: [https://www.law.utoronto.ca/utfl\\_file/count/documents/Dyzenhaus/Dyzenhaus%20-%20Idea%20-%20UTLJ.pdf](https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/Dyzenhaus/Dyzenhaus%20-%20Idea%20-%20UTLJ.pdf). Acesso em: 15 set. 2018.

\_\_\_\_\_. The morality of legality. *In*: Berkeley, **Jurisprudence colloquium**. [S.I.], 63 p., 2011. Disponível em: [http://www.law.berkeley.edu/files/The\\_Morality\\_of\\_Legality\\_DDyzenhaus.pdf](http://www.law.berkeley.edu/files/The_Morality_of_Legality_DDyzenhaus.pdf). Acesso em: 06 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Hobbes and the authority of law. *In*: DYZENHAUS, David; POOLE, Thomas (eds.), **Hobbes and the law**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 186-210, 2012.

\_\_\_\_\_. The rule of law project. **Harvard Law Review Forum**. [S.I.], p. 268-273, 2016a. Disponível em: <http://harvardlawreview.org/2016/04/the-rule-of-law-project/>. Acesso em: 12 set. 2018.

\_\_\_\_\_. THORBURN, Malcolm. Introduction. *In*: DYZENHAUS, David; THORBURN, Malcolm (eds.), **Philosophical foundations of constitutional law**. Oxford: Oxford University Press, p. 1-9, 2016b.

DOSSE, F. **A História do estruturalismo**. Santa Catarina: EDUSC, v.1, 2007.

DUXBURY, Neil. Pragmatism without politics. Review article. **The Modern Law Review**. [S.I.], v. 55, n. 4, p. 594-610, jul. 1992. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/i245744>. Acesso em: 12 jul. 2018.

DWORKIN, RM, **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

\_\_\_\_\_. **Law's empire**. Cambridge: Cambridge-Mass-Belknap Press, 1986.

\_\_\_\_\_. **Justice in robes**. Introduction: law and morals. [Cambridge]: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

\_\_\_\_\_. **A Matter of Principle**. [Cambridge]: Harvard University Press, 1995.

ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Tradução: Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch-Casa Editorial, 1961.

FISH, Stanley. Almost pragmatism: Richard Posner's jurisprudence. [Chicago], **University Chicago Law Review**, v. 57: Iss. 4, article 14, p. 1447-1475, 1990. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/ucirev/vol57/iss4/14>. Acesso em: 12 nov. 2018.

GAUDÊNCIO, Ana. «As portas da lei»(?): Reflexos do Diálogo Divergente entre West e Posner sobre as possíveis leituras de Kafka na perspetivação do homem perante o direito. **Revista Lusófona de Humanidades e Tecnologias**, [S.I.], n. 12, nov. 2009. ISSN 16464028. Disponível em: <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rhumanidades/article/view/996>. Acesso em: 19 jan. 2018.

GASPAR, A. Henriques. A influência da CEDH no diálogo interjurisdicional. A perspectiva nacional ou o outro lado do espelho. **Intervenção no Colóquio por ocasião da Comemoração do 30º Aniversário da vigência da CEDH em Portugal**. Supremo Tribunal de Justiça, nov. 2008. Disponível em: <http://julgar.pt/a-influencia-da-cedh-no-dialogo-interjurisdicional-a-perspectiva-nacional-ou-o-outro-lado-do-espelho/>. Acesso em: 02 fev. 2018.

GROSS; Oren, NÍ AOLÁIN; Fionnuala. **Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice**. New York: Cambridge University Press, 2006.

FAGAN, Anton. Delivering positivismo from evil. *In*: DYZENHAUS, David (ed.). **Recrafting the rule of law: the limits of legal order**. Oxford: Hart publishing, p. 81-113, 1999.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. The law of the exception: a typology of emergency powers. **International journal of constitutional law**. [S.I.], Oxford University Press - New York University School of Law, I.CON, v. 2, n. 2, p. 210-239, 2004. Disponível em: <http://www.researchgate.net/publication/30946990>. Acesso em: 20 jan. 2019.

FOUCAULT, Michel. Truth and power. *In*: GORDON, Colin (ed.), **power/knowledge: selected interviews and other writings 1972-1977**. New York: Harvester Wheatsheaf, [S.I.], 1980.

\_\_\_\_\_. **The history of sexuality**. v.1. New York: Vintage books, 1990.

\_\_\_\_\_. **Society must be defended. Lectures at the College de France, 1975-76.** Tradução: David Macey. New York: Picador, 2003.

\_\_\_\_\_. **The archaeology of knowledge.** Tradução: Tavistock Publications. London: Routledge Classics, 2004.

FULLER, Lon L. **The morality of law.** Revised edition. New Haven – London: Yale University Press, 1969.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JOHN, Jay. **The federalist.** Indianapolis-Cambridge: Hackett Publishing Company, 2005.

HART, H.L.A. **The concept of law.** 2 ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

HOBBS, Thomas. **Leviathan.** GASKIN, J.C.A (ed.), Oxford World's Classics. Oxford-New York: Oxford University Press, 1998.

HOLMES, Oliver W Jr. **The common law.** Boston: little, brown and company, 1881.

\_\_\_\_\_. **The path of the law.** [S.I.]: The floating press, 2009.

HUMPHREYS, Stephen. Legalizing lawlessness: on Giorgio Agambens's state of exception. **The European Journal of International Law.** [S.I.], v. 17, n. 3, p. 677-687, 2006.

KHAWAJA, Irfan. Not a suiced pact: the constitution in a time of national emergency. **Democratiya.** [S.I.], v. 8, p. 95-107, 2007. Disponível em: [http://www.dissentmagazine.org/wp-content-files\\_mf/1389818084d8Kahawaja.pdf](http://www.dissentmagazine.org/wp-content-files_mf/1389818084d8Kahawaja.pdf). Acesso em: 10 out. 2018.

LAZAR, Nomi Claire. **States of emergency in liberal democracies.** Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

LA TORRE, Massimo. On two distinct and opposing versions of natural law: "exclusive versus "inclusive". **Ratio Juris,** [S.I.], v. 19, n. 2, p. 197-216, jun. 2006.

LEITE, Alaor. Proibição de retroatividade e alteração jurisprudencial. A irretroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal. *In: Actas do Colóquio O Direito Penal e o Tempo.* [Coimbra], Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, [S.I.], 2016.

LEMM, Vanessa; VATTER, Miguel. Michel Foucault's perspective on biopolitics. *In: PETERSON, Steven A.; SOMIT, Albert (eds.), Handbook of biology and politics.* Cheltenham: Edward Elgar Publishing, [S.I.], 2017.

LOCKE, John. Two treatises of government. Student edition. *In: GEUSS, Raymond; SKINEER, Quentin (eds.), Cambridge texts in the history of political thought.* Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

LYOTARD, Jean-François. **La condición postmoderna. Informe sobre el saber.** Tradução: Mariano Antolín Rato. Buenos Aires: Teorema, 1991.

MACHADO, Carla. **Crime e Insegurança – Discurso do medo, imagem do «outro».** Lisboa: Editora Notícias, 2004.

MCALLISTER, Ted V. The metaphysical club: two views. **Fall.** [S.I.], v. 44, n. 4, p. 377-381, 2002. Disponível em <https://home.isi.org/ithe-metaphysical-clubi-two-views>. Acesso em: 01 fev. 2019.

MACLOUGHLIN, Daniel. Giorgio Agamben on security government and the crisis of law. **Griffith Law Review**, [S.I.], v. 21, p. 680-707, 2012.

MARCIANO, Alain; JOSSELIN, Jean-Michel. **Law and the state: a political economy approach.** New Horizon in Law and Economics. Cheltenham, UK, 2005.

MARTIN, Rux. One truth, power, self: an interview with Michel Foucault. October 25, 1982. In: **Technologies of the self a seminar with Michel Foucault.** Massachusetts: The University of Massachusetts Press, p. 9-15, 1988.

MASSINI CORREAS, Carlos Ignácio. **Filosofia del derecho: el derecho y los derechos humanos.** Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

MENAND, Louis. **The metaphysical club: a story of ideas in America.** New York: Macmillan Publishers, 2002. E-book. Disponível em: <http://pt.scribd.com/read/182535969/The-Metaphysical-Club-A-Story-of-Ideas-in-America#>. Acesso em: 15 dez. 2018.

MILITÃO, Renato. **A propósito da prova digital no processo penal.** [S.I.], 2012. Disponível em: <https://www.oa.pt/upl/%7B53f46e96-536f-47bc-919d-525a494e9618%7D.pdf>. Acesso em: 25 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. A progressão do securitarismo. **Revista do Ministério Público 141**, [S.I.], p. [137-155], jan./mar., 2015.

MINDA, Gary. One hundred years of modern legal thought: from Langdell and Holmes to Posner and Schlag. **Indiana Law Review**, [S.I.], v. 28, p. 353-390, 1994.

NEIL, Andrew W. **Exceptionalism and the politics of counter-terrorism: liberty, security and the war on terror.** London - New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2010.

NEVES, Antônio Castanheira. **A Revolução e o Direito: a situação de crise e o atual sentido do direito no processo revolucionário.** Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, 1976.

\_\_\_\_\_. A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido (diálogo com Kelsen). *In: Estudos em homenagem ao prof. dr. J.J. Teixeira Ribeiro*. Coimbra: Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, v. 2, p. 73-184, 1979.

\_\_\_\_\_. O princípio da legalidade criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático. *In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*. [Coimbra], v. Especial I, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 307-470, 1984.

\_\_\_\_\_. Entre o legislador a sociedade e o juiz ou entre sistema função e problema – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. Coimbra, **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. 74, p. 1-44, 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoria do direito**: lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998, (versão em A4).

\_\_\_\_\_. O problema da autonomia do direito no actual problema da juridicidade. *In: PEREIRA, Miguel Baptista; RIBEIRO, J.A. Pinto (coord.), O homem e o tempo*. [S.I.], Liber Amicorum, p. 87-114, 1999.

\_\_\_\_\_. O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro. Coimbra: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. 83, p. 1-72, 2007.

\_\_\_\_\_. Dworkin e a interpretação jurídica - ou a interpretação jurídica, a hermenêutica e a narratividade. *In: Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra, v. 3, Coimbra editora, p. 413-495, 2008a.

\_\_\_\_\_. Por um outro pensamento jurídico: comentário a uma tópica jurídica – clareira para a emergência do direito, de Antônio Carlos Nedel. *In: Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra, v. 3, Coimbra editora, p. 545-560, 2008b.

\_\_\_\_\_. Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito. *In: Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra, v. 3, Coimbra editora, p. 43-72, 2008c.

\_\_\_\_\_. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito. *In: Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra, v. 3, Coimbra editora, p. 9-41, 2008d.

\_\_\_\_\_. Matéria de facto – matéria de direito. *In: Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra, v. 3, Coimbra Editora, p. 321-336, 2008e.

\_\_\_\_\_. O poder judicial (a jurisdição), o direito e o Estado-de-Direito. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro, n. 37, p. 35-65, jul./dez, 2009a.

\_\_\_\_\_. Pensar o direito num tempo de perplexidade. *In*: ALVES, João Lopes, et al. (org.), Estudos de homenagem. **Liber amicorum de José de Sousa e Brito**: estudos de direito e filosofia. Coimbra: edições almedina, p. 3-28, 2009b.

\_\_\_\_\_. O actual problema metodológico da realização do direito. *In*: **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra, v. 2, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, p. 249-283, 2010.

\_\_\_\_\_. O Jurisprudencialismo – proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito. *In*: COELHO, NS; SILVA, Ad; NEVES, AC. **Teoria do direito**: direito interrogado hoje - o jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves. Salvador : Editora Jus Podivum-Faculdade Baiana de Direito, p. 9-81, 2012.

\_\_\_\_\_. **Metodologia Jurídica**: problemas fundamentais. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

\_\_\_\_\_. Uma reconstituição do sentido do Direito – na sua autonomia, nos seus limites, nas suas alternativas. **Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto**, [S.I.], v. 1, n. 1, 31 p., sep. 2012. ISSN 2184-1020. Disponível em: <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/2965>. Acesso em: 25 jan. 2018.

OHANA, David. The leviathan opens wide its jaws: Karl Schmidt [sic] and the origins of legal fascism. *In*: GUTWEIN, Daniel; MAUTER, Menachem (eds.), **Mishpat ve-History (Law and History)**. Jerusalem: Merka Zalman Shazar, [S.I.], 1999.

ORDÓÑEZ-SOLIS, David. Los jueces europeos en una sociedad global: poder, language y argumentación. **European Journal of Legal Studies**, [S.I.], v. I, nº 2, [S.I.], 2007.

PASQUINO, Pasquale. Locke on king's prerogative. *In*: **Political theory**. [S.I.], v. 26, n. 2, Sage publications, p. 198-208, apr. 1998. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/192029>. Acesso em 02 out. 2018.

PAULSEN, Stokes Michael. The constitution of necessity. **Notre Dame Law Review**, [S.I.], v. 79, p. 1257-1298, 2004. Disponível em: <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol79/iss4/3>. Acesso em 05 jan. 2019.

PESTAÑA, José Luis Moreno. Gubernamentalidad, biopolítica, neoliberalismo: Foucault en situación. *In*: SALAR, Alicia Bermejo; SÁNCHEZ, Salvador Cayuela et al. (ed.). **Umbrales filosóficos**: posicionamientos y perspectivas del pensamiento contemporâneo. Murcia: Universidade de Murcia, p. 161-191, 2011.

POOLE, Thomas. Constitutional exceptionalism and the common law. **LSE law, society and economy working papers** 14/2008, [S.I.], p. 1-20, 2007. Disponível em: <http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm>. Acesso em: 12 out. 2018.

POSNER, Richard A. The ethical and political bases of the efficiency norm in common law adjudication. **Hostra Law Review**, [S.I.], v.8, p. 487-507, 1980. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/journal/articles>. Acesso em 02 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. **The economics of justice**. Cambridge-London: Harvard University Press, 1981.

\_\_\_\_\_. The decline of law as an autonomous discipline: 1962-1987. **Harvard Law Review**, [S.I.], v. 100, p. 761-780, 1987. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/journal/articles>. Acesso em 02 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. The jurisprudence of skepticism. **Michigan Law Review**, [S.I.], v. 86, p. 827-891, 1988. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/journal/articles>. Acesso em: 02 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. **The problems of jurisprudence**. Cambridge-London: Harvard University Press, 1990.

\_\_\_\_\_. **Overcoming law**. Cambridge-London: Harvard University Press, 1995.

\_\_\_\_\_. Pragmatic adjudication. **Cardozo Law Review**, [S.I.], v. 18, p. 1-20, 1996. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/journal/articles>. Acesso em: 02 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Bentham's influence on the law and economics movement. *In*: Freeman (dir.), **Current Legal Problems**. [S.I.], v. 51, p. 425-439, 1998. Disponível em: [http://chicagounbound.uchicago.edu/journal\\_articles/4609/](http://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles/4609/). Acesso em 12 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Reply to the critics of the problematics of moral and legal theory. **Harvard Law Review** 1796, [S.I.], v. 111, [S.I.], 1998. Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/journal\\_articles/3736/](https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles/3736/). Acesso em 10 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **The Federal Courts: challenge and reform**. [Cambridge]: Harvard University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. On the alleged "sophistication" of academic moralism. **Northwestern University Law Review**, [S.I.], v. 94, n. 3, p. 1017-1021, 2000. Disponível em: <http://www.questia.com/library/journal/1P3-68593962/on-the-alleged-sophistication-of-academic-moralism>. Acesso em 02 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Law, pragmatism, and democracy**. Massachusetts-London-England: Harvard University Press Cambridge, 2003.

\_\_\_\_\_. **Catastrophe risk and response**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

\_\_\_\_\_. Pragmatic liberalism versus classical liberalism (reviewing Richard A. Epstein, skepticism and freedom: A modern case for classical liberalism (2003)). **University of**

**Chicago Law Review**, [S.I.], p. 659-674, 2004. Disponível em: [http://chicagounbound.uchicago.edu/journal\\_articles](http://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles). Acesso em 14 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Not a suicide pact: the constitution in a time of national emergency**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

\_\_\_\_\_. **How judges think**. [Cambridge]: Harvard University Press, 2008.

\_\_\_\_\_. **The federal judiciary: strenghts and weaknesses**. Cambridge-London: Harvard University Press, 2017.

POSNER, Eric. Transitional prudence: a comment on David Dyzenhaus, “Leviathan as a theory of transitional justice”. In: **Transitional justice**. [S.I.], v. 51, p. 218-232, 2012. Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/journal\\_articles/1742/](https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles/1742/). Acesso em: 15 dez. 2018.

POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. Acommodating emergencies. **University of Chicago Law & Legal Theory Working Paper**, [S.I.], n. 48, p. 1-33, 2003. Disponível em: [http://chicagounbound.uchicago.edu/public\\_law\\_and\\_legal\\_theory](http://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory). Acesso em: 05 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Terror in the balance: security, liberty, and the courts**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

POUND, Roscoe. Mechanical jurisprudence. **Columbia law review**, [S.I.], v. 8, n. 8, p. 605-623, 1908. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1108954>. Acesso em: 13 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. **Outlines of lectures on jurisprudence**. 3 ed., Cambridge: Cambridge the University Press, 1920.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REINHARDT, Stephen. Weakening the bill of rights: A victory of terrorism. **Michigan Law Review**, [S.I.], v. 106, p. 963-974, 2008. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol106/iss6/4>. Acesso em: 12 nov. 2017.

ROCHA, Joaquim Freitas. **O problema da unidade do ordenamento jurídico: refletindo sobre Castanheira Neves e o seu “sistema aberto e de reconstrução dialética”**. Coimbra: Coimbra Editora, 25 p., 2008. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1822/51936>. Acesso em: 21 dez. 2018.

RODRIGUES, AM. O mandado de detenção europeu – na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto?. In: **O direito penal econômico e europeu**. Coimbra, v. 3, Coimbra Editora, [S.I.], 2009.

SANTOS, Jair F. **O que é pós-moderno**. São Paulo: Brasiliense, 1987.

SCHMALBECK, Richard. The justice of economics: an analysis of wealth maximization as a normative goal. **Columbia law review**, [S.I.], v. 83, p. 488-525, 1983. Disponível em: [https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2449&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2449&context=faculty_scholarship). Acesso em: 02 nov. 2018.

SCHMITT, Carl. **Legality and legitimacy**. Tradução: Jeffrey Seitzer. London-Durham: Duke University Press, 2004.

\_\_\_\_\_. **Political theology**: four chapters on the concept of sovereignty. Tradução: George Schwab. Chicago-London: The University of Chicago Press, 2005.

\_\_\_\_\_. **The concept of the political**. Tradução: George Schwab. Chicago-London: The University of Chicago Press, 2007.

\_\_\_\_\_. **Dictatorship**. Tradução: Michael Hoelzl and Graham Ward. Cambridge-Malden: Polity Press, 2014.

SCRAMIM, Susana; HONESKO, Vinícius Nicastro. Apresentação. Tradução: Vinícius Nicastro Honesko. *In: O que é o contemporâneo? e outros ensaios*. Chapecó, SC: Argos, p. 8-22, 2009.

SIMMONDS, Nigel. **Law as a moral idea**. Oxford: Oxford Scholarship Online, 2012.

SPINOZA, Baruch. **Tratado teológico-político**. Tradução: Atilano Domínguez. Madrid: Alianza Editorial Madrid, 1986.

STRAUSS, Leo. **The political philosophy of Hobbes**: its basis and its genesis. Tradução: Elsa M. Sinclair. Chicago: The University of Chicago Press, 1952.

THAPAR, Amul R.; BEATON, Benjamin. The pragmatism of interpretation: A review of Richard A. Posner, *The Federal Judiciary*. **Michigan Law Review**, [S.I.], v. 116, p. 819-834, 2018. Disponível em: <http://repository.law.umich.edu/mlr/vol116/iss6/2>. Acesso em: 03 dez. 2018.

TUCKER, Adam. The politics of legal positivismo: a reply to David Dyzenhaus. **Australian Journal of Legal Philosophy**, [S.I.], p. 74-101, ISSN 1440-4982, 2013. Disponível em: <http://eprints.whiterose.ac.uk/77860/>. Acesso em: 01 dez 2018.

TUSHNET, Mark. The political constitution of emergency powers: some lessons from Hamdan. **Minn. L. Rev.**, [S.I.], v. 91, p. 1451-1472, 2007.

UNIÃO EUROPEIA. Decisão-quadro 2002/584/JAI. **Jornal Oficial da União Europeia**, n. 190/2, 18 jul. 2002.

UNITED KINGDOM. United Kingdom House of Lords. **AC 260**. *Rex v. Halliday*, may 1917. Disponível em: <http://bailli.org/uk/cases/UKHL/1917/1.html>. Acesso em: 11 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. United Kingdom House of Lords. **AC 206**. *Liversidge v. Anderson*, 1942. Disponível em: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1941/1.html>. Acesso em: 03 dez. 2018.

UNITED STATES OF AMERICA. United States. Supreme Court. **54 U.S. 115, n. 24**. *Mitchell v. Harmony*, dec., 1851. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/54/115/>. Acesso em: 02 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. United States Supreme Court. **91 U.S. 712**. *Raymond v. Thomas*, 1875. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/91/712/>. Acesso em: 02 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. United States Supreme Court. **212 U.S. 78, n. 55**. *Moyer v. Peabody*, jan. 1909. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/212/78/>. Acesso em: 12 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. United States Supreme Court. **256 U.S. 135, n. 640**. *Block v. Hirsch*, apr. 1921. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/256/135/>. Acesso em: 12 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. United States Supreme Court. **260 U.S. 178, n. 1**. *Ozawa v. United States*, nov. 1922. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/260/178/>. Acesso em: 12 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. United States Supreme Court. **264 U.S. 543, n. 467**. *Chastleton Corp v. Sinclair*, apr. 1924. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/264/543/>. Acesso em: 12 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. United States Supreme Court. **320 U.S. 81, n. 870**. *Hirabayashi v. United States*, jun. 1943. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/320/81/>. Acesso em: 12 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. United States Supreme Court. **323 U.S. 214, n. 22**. *Korematsu v. United States*, dec. 1944. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/323/214/>. Acesso em: 12 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supreme Court of California. **L.A. n. 20305**. *Perez v. Sharp*, oct. 1948. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/2d/32/711.html>. Acesso em: 11 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. United States Supreme Court. **411 U.S. 423, n. 71-1585**. *United States v. Russel*, apr. 1973. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/411/423/>. Acesso em: 12 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. United States District Court for the Northern District of Illinois. **561 F. Supp. 537**. *Alliance to end repression v. City of Chicago*, apr. 1982. Disponível em: <http://>

law.justia.com/cases/federal/district-court/FSupp/561/537/1894775/. Acesso em: 15 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. United States Supreme Court. **548 U.S. 557, n. 05-184**. Hamdan v. Rumsfeld, jun. 2006. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/548/557/>. Acesso em: 12 nov. 2018.

VERMEULE, Adrian. Posner on security and liberty: alliance to end repression v. city of Chicago. **Harvard Law Review**, [S.I.], v. 120, p. 1251-1263, mar. 2007.

\_\_\_\_\_. Holmes on emergencies. **Harvard Law School Faculty Scholarship Series**. [S.I.], paper 3, p. 1-33, 2007.

WALDRON, Jeremy. The rule of law in contemporary liberal theory. **Ratio Juris**, [S.I.], v. 2, n. 1, p. 79-96, mar. 1989.

\_\_\_\_\_. The rule of law. *In*: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Fall edition. [S.I.], 2016, n.p. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/rule-of-law/>. Acesso em: 13 dez. 2018.

WALUCHOW, Wilfrid. Legal positivismo, inclusive versus exclusive. *In*: E. Craig (ed.). **Routledge Encyclopedia of Philosophy**. London: Routledge, 2001, n.p. Disponível em: <http://www.rep.routledge.com/libaccess.lib.mcmaster.ca/article/T064>. Acesso em: 29 abr. 2019.