

Introdução

O poder executivo prerrogativo está presente ao longo de toda a história política dos Estados Unidos. Seu ponto de partida remonta à sua própria fundação, na Convenção da Filadélfia em 1787, nas discussões dos pais fundadores (*Founding Fathers*, doravante “*Framers*”) e, em especial, no tópico da separação de poderes, que teve particular destaque ao longo do século XVIII. Esses elementos estão interligados na sistematização aqui proposta. Isto é, de um lado, o ponto de partida do debate remonta à contribuição original do conceito de prerrogativa do executivo, fornecido por John Locke, e indaga se esse, teria, de fato, influenciado os *Framers*. De outro lado, como o poder executivo prerrogativo conferido ao presidente norte-americano, em geral, é acionado em momentos emergenciais e/ou de guerra, colocam-se questões de fundo ligadas à sua utilização e controle, sua relação para com a Constituição e, logo, a manutenção ou ameaça ao império da lei (*rule of law*). Considerando que os Estados Unidos passaram por inúmeros períodos de crise, conflitos ou guerras ao longo de sua história, tanto o poder presidencial na emergência sofreu alterações desde sua fundação

constitucional quanto características do debate clássico permaneceram vivas e se dinamizaram no decorrer do tempo.

Reitera-se, portanto, que essas são frentes amplas e gerais de uma discussão permeada por múltiplos e importantes aspectos, passando uma enorme literatura de *American politics*, de constitucionalismo ou *constitutional politics*, história, teoria, e Ciência Política. De maneira sumária, estão presentes questões referentes ao desenho constitucional; aos artigos da carta e suas distintas interpretações; às heranças, leituras e perspectivas dos *Framers* documentadas no *Federalist Papers*; à separação de poderes, e pesos e contra pesos (*checks and balances*) horizontais e verticais; aos fundamentos monárquicos ou unilaterais do presidente e limites do seu poder ou riscos de seu abuso; ao diálogo com autores clássicos; à forma, conteúdo e tempo de duração dos poderes e da emergência, e os momentos históricos de sua utilização; dentre outros diversos estudos sobre a estrutura institucional do governo e do processo decisório, das relações com a sociedade e fatores domésticos, e como eles se relacionam com a utilização da prerrogativa, geralmente acionada em tempos de guerra.

1 Agradeço os comentários e observações de Edison Nunes, Reginaldo Moraes, Gabriel Negretto, Fernando Limongi, Guilherme G. Nicolau e dos colegas do Departamento de Ciência Política da USP. Agradeço igualmente ao Bruno M. Pessoa pela leitura atenta, ao Leonardo Carrilho pelo apoio na revisão do artigo, e aos pareceristas da BIB pelas críticas e sugestões.

2 Doutorando e mestre em Ciência Política pela Universidade de São Paulo e bacharel em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Do ponto de vista macro-histórico, Manin (2008) ressalta três linhas que permeiam o que ele chama de “paradigma da emergência”. Sistemáticamente, a primeira tradição estaria vinculada às experiências das ditaduras romanas, que oscilaram na sua operacionalização e aplicação ao longo da história, preocupando-se, de maneira geral, em adequar essas práticas ao governo republicano à época. A segunda vertente seria anglo-americana, partindo do *Common Law*, vincula-se inicialmente à discussão da separação de poderes e da suspensão do *habeas corpus*. Por fim, a tradição continental e republicana francesa adicionou o componente do estado de sítio (*l'état de siège*), vinculado ao *civil law* dos governos constitucionais comprometidos com os princípios da legalidade e da supremacia parlamentar. Do ponto de vista teórico, o estudo de Lazar (2009) é importante ao construir um quadro dos autores centrais, clássicos e modernos, que lidam com o Estado e o problema da emergência. Ainda que existam dificuldades em encaixar determinados autores em uma única vertente, a classificação tripartite de Lazar (2009) é ilustrativa ao propor trilhas entre aqueles que estão mais ou menos filiados ao “decisionismo” de Hobbes e C. Schmitt, ao “liberalismo” de Kant e Locke, ou ao “republicanismo excepcionalista” de Maquiavel e Rousseau.

Percebe-se, de antemão, que essa literatura é tão ampla quanto complexa. Assim, não será tarefa deste trabalho abarcar a riqueza e diversidade dessas obras ou o extenso leque de vertentes. O objetivo aqui é restringir o escopo e apresentar modelos analíticos e ontológicos de duas amplas correntes em disputa, uma que deriva do poder executivo prerrogativo extralegal ou extraconstitucional, de John Locke, e outra que discorda relativamente de suas propostas. O atentado às Torres Gêmeas em 11 de setembro de 2001 funciona aqui como um marco histórico relevante, pois concedeu continuidades a

aspectos clássicos do debate e despertou o alerta máximo da segurança nacional em nível interno. Isto é, o evento ocorrido em território americano resultou em mudanças políticas domésticas significativas, sobretudo no sentido da expansão do poder executivo e de suas justificativas para a ação política extraídas da Constituição, nesse contemporâneo momento de emergência.

Cabe ressaltar que a resposta americana para as relações internacionais diante do 11 de setembro não implicou uma mudança estrutural no sistema internacional *per se*, nem trouxe novidades na forma de atuação da política externa dos Estados Unidos. Contudo, este trabalho pretende mostrar como ocorreram manutenções e mudanças nas discussões, em que analistas disputaram as fontes, alcances e limitações do uso dos poderes prerrogativos presidenciais, tendo em vista o marco do atentado. Destaca-se que esse fenômeno tampouco é novo ou original, visto que, durante distintos momentos de crise ou guerra na história norte-americana, os presidentes acionaram seus poderes expansiva e prerrogativamente, atuando no limite ou por entre as nebulosas fronteiras semânticas das letras constitucionais.

Obviamente se supõe que os presidentes devam seguir as leis e os procedimentos constitucionais, no entanto o cargo também necessita um exercício eficaz do poder, quando assim exigido. Isto é, tanto a própria situação de emergência é autodefinida pelo executivo quanto se espera dele *timing* e parcimônia adequadas para a ação. Dessa maneira, se o executivo não responde rapidamente a emergência, o caos pode se instaurar, e se ele for demasiado arbitrário e discricionário, o sistema pode se transfigurar em formas análogas a autoritarismos. Soma-se o fato de que a presidência americana do século XXI, ainda que bastante similar ao desenho constitucional original, é atualmente um *office* significativamente

maior³, politicamente mais poderoso, e mais conectado às demandas populares do que à instituição de outrora (CRONIN; GENOVESE, 2004).

A ampliação da Presidência enquanto instituição e suas funções, contudo, não significam exata tradução de sucesso na condução política. Ao longo da história nota-se que o chefe do poder executivo, em determinados momentos, fora capaz de influenciar ou dominar o processo político, e, em outros, suas ações tiveram baixo impacto, independentemente de seu esforço pessoal em exercitar o poder (CRONIN; GENOVESE, 2004; NEUSTADT, 1960; PIOUS, 1979; ROSATI; SCOTT, 2011). Presidentes proativos e com interpretações expansivas de seus poderes, geralmente suscitaram as prerrogativas do executivo durante tempos de crise, seja econômica ou de segurança nacional, ou durante guerras (PIOUS, 1979; KOH, 1988; TRIMBLE, 1992). Entre casos-chave na história americana, Abraham Lincoln e Franklin D. Roosevelt (FDR) são tidos como governos prerrogativos legítimos – mesmo com críticas ao primeiro, por violações de princípios constitucionais, como a suspensão ao direito de *habeas corpus*; e ao segundo, que enganou e manipulou opositores e aliados para a implantação de sua agenda. De outro lado, Lincoln logrou a união dos estados na Guerra Civil de Secessão e FDR combateu a depressão econômica e o nazismo na Segunda Guerra Mundial, e de modo unânime ambos foram alçados ao panteão dos grandes, mesmo com evidentes críticas e pouco consenso a respeito dos métodos que utilizaram (CRONIN; GENOVESE, 2004).

Conforme Rosati e Scott (2011, p. 75) estilizam, há quatro períodos que definem a oscilação do poder presidencial para os assuntos internacionais e de segurança nacional: 1) o primeiro período de FDR passa a ditar o modelo moderno de poder presidencial na condução da política externa americana; 2) após a Segunda Guerra e durante a Guerra Fria, a liderança e a gestão do *policymaking* em nível internacional foi capaz de alçar consensos, tornando-se suprema nas mãos de Truman, Eisenhower e Kennedy; 3) a Guerra do Vietnã marca uma virada na qual a habilidade e chefia presidencial se complexifica, os consensos são questionados, e o poderio presidencial decai, tendo início com Johnson, e posteriormente Nixon, Ford e Carter; 4) com o fim da Guerra Fria, somam-se o ciclo de gestão e os paradoxos do poder presidencial, além da intensificação de crises de liderança. Em outras palavras, os presidentes tendem a começar com relativa força que decresce ao longo do mandato, há mais disputas para a conquista da legitimidade, ao que inclui os arranjos congressuais, e maior dificuldade para angariar o apoio da opinião pública. As administrações George Bush, Bill Clinton, George W. Bush e Barack Obama foram mais reativas do que proativas em termos da utilização do poder presidencial para a política externa e a segurança nacional.

A natureza peculiar e única do 11 de setembro, ocorrida em solo americano, teve desdobramentos para o poder prerrogativo presidencial, os quais suscitaram uma nova onda de debates e discussões. Isto é, o acontecimento emergencial hipertrofiou, como de

3 Conforme Rosati e Scott (2011, p. 57), o presidente americano ocupa diferentes papéis que sustentam as capacidades de seus poderes, entre essas principais funções podemos citar: 1) comandante em chefe (*commander in chief*); 2) diplomata chefe (*chief diplomat*); 3) administrador chefe (*chief administrator*); 4) chefe de Estado (*chief of State*); 5) chefe do Legislativo (*chief legislator*); 6) voz do povo (*voice of the people*); e 7) chefe do judiciário (*chief judicial officer*). Reiteram os autores que esses papéis têm origem no artigo II da Constituição e sofreram alterações ao longo do tempo por meio de emendas constitucionais, legislação, regras judiciais, e mudanças no costume (para mais ver Rossinter, 1960).

praxe, o poder executivo. A singularidade do evento e as ações políticas que dele derivaram terminaram por testar elementos-chave do governo constitucional, seja nos fundamentos da legalidade ou da extralegalidade, seja nos da legitimidade ou ilegitimidade, acarretando riscos e/ou transformações ao sistema de *checks and balances*, e em última instância, do próprio Estado democrático de direito. Assim, observa-se que as respostas institucionais ao traumático 11 de setembro foram no sentido da ampliação e da extensa delegação da gama de poderes ao executivo doméstico, inclusive sob questionáveis e sensíveis tópicos, como nas investigações massivas e detenções coercitivas desprovidas de mandatos judiciais, além de práticas de tortura nos Estados Unidos.

O trabalho, nesse sentido, pretende ilustrar um breve apanhado analítico de modelos que discutem a segurança nacional e os princípios constitucionais liberais e democráticos, em que autores vão para o embate direto entre suas perspectivas a partir da prerrogativa do executivo. Desse modo, propõe-se a divisão do estudo em três partes. A primeira seção remonta ao próprio conceito de “poder executivo prerrogativo” na teoria política de John Locke, delineando-o conjuntamente com as interpretações do dispositivo na Constituição americana. As duas seções seguintes balizam o marco estipulado: o pré e o pós 11 de setembro. No momento que antecede o atentado, evidenciam-se dois ferramentais de análise: o primeiro se apresenta na esteira dos que consideram a natureza do poder executivo prerrogativo extralegal ou extraconstitucional, de inspiração lockeana; na segunda vertente os autores identificam que o poder prerrogativo está inserido na Constituição dos Estados Unidos, independente da influência determinante de Locke no pensamento político dos *Framers*. O trabalho ilustra a relativa

persistência dessa polarização no pós 11 de setembro, com as devidas adaptações e transformações, ao sumarizar mais dois modelos em franco embate. De um lado, há a corrente do *legal realism*, e, de outro, enfileiram-se os defensores do *legal liberalism*, que persistem na defesa da perspectiva extralegal, liberal e lockeana, mesmo sob os ataques dos realistas-schmittianos.

O poder executivo prerrogativo e a Constituição americana

Para ilustrar a relação entre poder prerrogativo e a Constituição americana, é fundamental adotar como pilar e ponto de partida conceitual a seção “Da Prerrogativa” (capítulo XIV), do “Segundo Tratado sobre o Governo”, de John Locke (1980). Ressalta-se aqui a centralidade desse capítulo no debate – e que transborda para a possibilidade de sua influência sobre os *Framers* –, já que o autor pauta, sobretudo, a utilização desse poder mediante a limitação da lei escrita. Isto é, nessa seção, descreve-se que não existem especificações legais que abarquem todas as contingências que o governo ou o executivo enfrentam, principalmente, em momentos de emergência. A necessidade e agilidade de resposta nesses momentos permitem ao poder executivo “agir de acordo com a discricionariedade, em prol do bem público, sem a prescrição da lei, e em alguns momentos contra ela”⁴ (LOCKE, 1980, p. 84, tradução própria), pois o governo tem como fim – além de atuar para o bem público – “a preservação de tudo e de todos” (“*the preservation of all*”) (loc. cit.), ou seja, esse é o poder intitulado como “*prerogative*” (loc. cit.). Existe ainda outra face do poder prerrogativo: “Pessoas permitindo que seus governantes façam diferentes coisas, que são escolhas livremente adotadas por eles, onde a lei é silenciosa, e as vezes muito contra a letra direta da lei,

visando o bem público”⁵ (LOCKE, 1980, p. 86, tradução própria). Em outras palavras, o povo pode retomar parte do poder prerrogativo, instituindo leis que cubram alguns dos atos desempenhados pelo soberano, todavia há sempre lugar para a ação discricionária⁶ (YOLTON, 1993, p. 174).

Na linha de discussão a partir da chave fornecida por Locke, duas vertentes marcadamente opostas figuraram no debate norte-americano. Para Bailey (2004, p. 732-733), de um lado, a partir da leitura do artigo II da Constituição e, por meio da posição presidencial de comandante chefe da nação (*commander-in-chief*), obtém-se o embasamento legal para a utilização da prerrogativa constitucional (CORWIN, 1957; ARNHART, 1979; SORENSON, 1989). De outro lado, estão aqueles que defendem que o silêncio constitucional sobre o uso da prerrogativa coloca o poder executivo prerrogativo fora da Constituição, submetendo, portanto, seu exercício ocasional, ainda que ilegal, ao controle político (WILMERDING JR., 1952; SCHLESINGER JR., 2004; ROBINSON, 1996; FISHER, 1997). A classificação fornecida por Corbett (2006, p. 429-430) abarca, no primeiro grupo, os filiados à tese constitucionalista, de que há algo próximo da total submissão da prerrogativa ao controle

constitucional (LANGSTON; LIND, 1991; WEAVER, 1997; FAULKNER, 2001), no lado oposto, estão aqueles levam em conta que a prerrogativa é extra constitucional (MANSFIELD JR, 1989; JOSEPHSON, 2002; FATOVIC, 2004a; MATTIE, 2005). Existe, no entanto, uma terceira via na discussão, e que não será retratada neste trabalho, em que os autores partem para discussões de premissas entre o conflito institucional e o desenho constitucional⁸ (BAILEY, 2004, p. 733). Concordando ou não com as preposições de Locke ou com o grau de influência que essa obra exerceu sobre os *Founding Fathers* no desenho constitucional, há, todavia, um entendimento mínimo entre ambas as linhas gerais que lidam com o tema no sentido de que: “o presidente, pela virtude de sua unidade institucional e duração, é o repositório mais conveniente, e também o mais seguro, do poder emergencial” (BAILEY, 2004, p. 732, tradução própria).

Os modelos analíticos do pré 11 de setembro e a disputa pela localização do poder executivo prerrogativo: ele está dentro ou fora da Constituição?

O início do debate moderno sobre a utilização da prerrogativa nos debates dos

4 Cita-se do original: “to act according to discretion, for the public good, without the prescription of the law, and sometimes even against it”.

5 Cita-se do original: “Peoples permitting their rulers to do several things, of their own free choice, where the law was silent, and sometimes too against the direct letter of law, for the public good”.

6 Nesse aspecto, Yolton (1993, p. 175) relata que como não há critério ou leis que funcionem como parâmetro para avaliar se a ação do soberano foi, ou não, em prol do bem público, o único canal ao qual o povo poderia apelar seria “aos céus” (§168 em Locke), como recurso final de resolução a essas disputas.

7 A interpretação clássica do poder executivo prerrogativo, inserido no artigo II, seção 1, da Constituição americana, é reconhecida na literatura pela extensa obra do constitucionalista Edward Corwin. Para mais ver: *The presidents control of foreign relations*. New Jersey: Princeton University Press, 1917; *The steel seizure case: a judicial brick without straw*. *Columbia Law Review*, New York, v. 53, n. 1, p. 53-66, 1953; *The “higher law” background of American constitutional law*. Ithaca: Cornell University Press, 1955; *The president: office and powers, 1787-1957*. New York: New York University Press, 1957.

8 Conforme um dos autores dessa vertente: “se pode dizer que a prerrogativa do executivo opera entre o chão Hobbesiano e o teto Lockeano do regime americano. Ao negociar um terreno intermediário entre a independência do executivo e a propriedade constitucional, a prerrogativa presidencial é simultaneamente utilizada e contida” (THOMAS, 2000, p.537, tradução própria). Para outro dessa linha teórica, ver: Roche (1952).

Estados Unidos começou com esse questionamento. Como já se fez referência, dois modelos analíticos serão aqui especialmente destacados: no primeiro, identifica-se que o poder executivo prerrogativo, pela natureza de seu funcionamento, está e deve permanecer, quando acionado, fora da Constituição; o outro, em oposição, defende que esse poder está inserido na Constituição, a qual dita seus limites junto aos demais poderes, que também o controlam.

O livro de Schlesinger Jr. (2004) é constantemente citado na literatura sobre o tema, sendo um dos autores que incitou e reinaugurou esse debate contemporaneamente. A tese defendida por ele seria a que, ao longo da história norte-americana, o presidente teria se apropriado de poderes constitucionais do congresso, tanto doméstica quanto externamente. A autoridade do governo seria limitada em tempos de paz. Contudo, em momentos de emergência, o executivo poderia agir excepcional, extralegal ou ilegalmente, tendo em vista “a doutrina Locke-Jefferson da lei de autopreservação” (SCHLESINGER JR., 2004, cap. 3, tradução própria). Ou seja, o poder prerrogativo seria empregado desde que a emergência fosse compartilhada pela legislatura e o povo. Nesses momentos, o presidente poderia alterar o balanço constitucional original, sem que agisse fora da Constituição. O autor distingue duas formas de atuação para a doutrina prerrogativa de emergência. A primeira seria quando o presidente atua em sua própria conta e risco, e a segunda, tendo o presidente agido, o mesmo reporta-se ao congresso para que a legislatura sirva de juiz para suas ações. Para a questão da emergência, o autor assegura que os *Framers* teriam sido mais influenciados por Locke do que por qualquer outro filósofo político e teriam absorvido o capítulo XIV enquanto desenhavam a Constituição (SCHLESINGER JR., 2004). Para o autor, o fato de os *Founding*

Fathers terem vivido em uma época de emergência fez que eles optassem propositalmente por deixar provisões constitucionais em aberto, pois “a doutrina de que crises poderiam exigir que o executivo atuasse fora da Constituição, com o objetivo de salvar a Constituição, permaneceram no fundo de suas memórias” (Id., cap. 1, tradução própria).

O trabalho de Arnhart (1979) critica a perspectiva de Schlesinger Jr. A preocupação central do estudo examina o possível abuso desse poder por parte do presidente. Conforme Arnhart, o desrespeito aos limites do poder executivo prerrogativo estabelecidos conforme a lei acarretariam a quebra do *rule of law*, recaindo logo em tirania. Com referência direta a Schlesinger Jr., o autor argumenta que, ao se permitir ao presidente atuar para além da Constituição, esse poder tornaria inevitavelmente incontrolável. Por isso, é fundamental que as letras constitucionais funcionem como uma barreira para possíveis ações discricionárias, evitando, assim, a erosão do sistema constitucional, dado o fluxo constante da natureza política. Dessa maneira, conforme o autor, “o Presidente possui poderes emergenciais, ele recebe esses poderes da Constituição, e deve exercitá-los de acordo com a Constituição” (ARNHART, 1979, p. 122, tradução própria). Para o autor, seriam três elementos que limitam o poder executivo prerrogativo: 1) o povo, que pode tanto demandar a utilização da prerrogativa quanto questioná-la – inclusive rebelando-se contra ela; 2) a propriedade, que deve ser preservada pelo governo; e 3) o poder legislativo. Em específico para esse último ponto, o autor reconhece que o legislativo, por conta de seu tamanho e forma de funcionamento, deve, em determinados momentos de crise, ceder poder ao executivo, para que ele atue mais rápida e eficazmente. Em direção oposta a esse aspecto, Langston e Lind (1991, p. 49) afirmam que “uma correta leitura do Segundo

Tratado de Locke leva a conclusão de que o Presidente possui poderes discricionários limitados e que qualquer poder executivo é unicamente “subordinado e ministerial” ao poder legislativo do Congresso” (tradução própria). Para esses autores, ao contrário da monarquia britânica de Locke – em que o monarca possuía veto total sobre o parlamento –, o presidente, no caso, norte-americano, possui apenas veto qualificado sobre o congresso. Os autores endereçam duas frentes críticas simultâneas, no sentido de que os *Framers* não teriam aderido às propostas de Locke e também criticam os chamados *presidentialist scholars*⁹. Entre os adeptos dessa escola, miram diretamente Schlesinger Jr., “que acredita que o Presidente possui o papel Lincolniano de exercer uma prerrogativa extra constitucional e conecta essa prerrogativa ao Locke, não distinguindo os tipos de prerrogativa” (LANGSTON; LIND, 1991, p. 54, tradução própria). Percebe-se, portanto, que a leitura dos autores seria a que os *Framers* não aderiram a Locke na Constituição, bem como o fato de o poder executivo prerrogativo não ser um único poder, mas sim múltiplos¹⁰. No caso mais extremo, se o presidente acionar a prerrogativa que classificam como “*anti-legal*”, e assim optar por uma ação política extraordinária e contrária às leis, o presidente estará inevitavelmente sujeito a impeachment, e se manterá no cargo apenas se o povo permitir. Desse modo, como o povo é institucionalmente

representado pela casa legislativa, a ação discricionária do presidente e seu mandato são, necessariamente, subordinados e *accountables* ao congresso: “Resumidamente, qualquer prerrogativa do Presidente de atuar no silêncio das leis, ou contra as leis, existe apenas com a tolerância não desejada (*sufferance*) do Congresso” (LANGSTON; LIND, 1991, p. 68, tradução própria).

Os modelos analíticos do pós 11 de setembro: as correntes realistas e liberais

A escola do *legal realism*, corrente dominante nas faculdades de Direito dos Estados Unidos defende que a lei é consequência de algum poder maior que a própria lei, e aqui é ilustrada por Posner e Vermule (2010), conforme relata e classifica Mansfield Jr. (2011) em revisão do trabalho desses autores. Soma-se a isso o fato de que as ações políticas de diferentes naturezas e que precederam o atentado de 11 de setembro foram sistematicamente justificadas pelas gestões George W. Bush e Obama, seja com base na criação de novas legislações, seja com referência aos artigos constitucionais (YOO, 2005). Dessa maneira, a vertente realista no Direito não endossa a atuação da prerrogativa do executivo conforme os parâmetros sugeridos pela vertente lockeana extralegal.

9 O argumento de Langston e Lind (1991, p. 51-53), seria: 1) que os *Framers* não aderiram à separação de poderes proposta por Locke – considerando a divisão lockeana de executivo, legislativo e federativo, com o judiciário subsumido ao executivo; 2) desse modo, dissolveram aquilo que Locke chama de poder federativo, conforme o artigo II da Constituição, em parte ao congresso unicamente, em parte ao presidente e ao senado em “*joint agency*”, e em parte somente ao presidente; e 3) recusam a leitura da escola presidencialista de que exista incorporações pelos *Framers* da teoria do executivo de Locke.

10 Para Langston e Lind (1991, p. 59-61) o “*specific prerogative*” varia de governo a governo, já o “*general prerogatives*” assume as formas: 1) de “*prelegal prerogative*”, em que o executivo atua de acordo com a força ou a fraqueza do legislativo, que pode ser eliminado parcial ou totalmente por legislação ordinária – um possível resíduo resultaria em uma terceira posição a “*alegal prerogative*”; e, de 2) “*antilegal prerogative*” entendida estritamente como “poder de perdão”, e, em termos gerais, defendem que a atuação do presidente não pode conflitar com as restrições de seu exercício, ou seja, ao adaptar a leitura de E. Corwin (1957) não aceitam que a “*antilegal prerogative*” esteja presente no artigo II, se não a “*prelegal prerogative*”.

A atuação abusiva e arbitrária do poder executivo com base na lei, inclusive no próprio território norte-americano, em momento posterior aos atentados, agravava a debilidade empírica da perspectiva extraconstitucional. Essa corrente, intitulada *liberal legalism*, portanto, encontra-se fragilizada. No caso e como veremos adiante, Posner e Vermule (2010) a criticam, utilizando a via decisionista de Carl Schmitt. Para a réplica de seus detratores, Fatovic e Kleinerman (2013) se mantêm, ainda que marginalmente, na defesa da trincheira metateórica liberal e lockeana da perspectiva de poder emergencial extralegal, endereçando respostas e críticas diretas ao embate com os autores schmittianos.

O realismo otimista de Posner e Vermule (2010): ataques aos liberais pela via do Estado Administrativo de Carl Schmitt

O livro de Posner e Vermule (2010) tem como um de seus pilares principais o objetivo de criticar o *liberal legalism*. Os autores afirmam que os adeptos dessa vertente são intensamente ansiosos em definir – conceitual e institucionalmente – mecanismos e constrangimentos ao poder executivo que se relacionem ao império da lei (*rule of law*). Para a estruturação da crítica, os autores são enfáticos em se apoiar no pensamento de C. Schmitt: “argumentamos que o estado administrativo moderno governado pelo executivo, está sujeito a constrangimentos legais inconsistente em tempos normais, e fracos ou inexistentes em tempos de crises” (POSNER; VERMULE, 2010, p. 4, tradução própria). Ainda que façam um mea culpa de não concordar com aspectos gerais de sua obra, eles convergem com a visão schmittiana de que as instituições liberais de produção de leis são estritamente orientadas para o passado, enquanto os ditames da política intervencionista moderna demandam um sistema legal adaptado ao presente e orientado

ao futuro. Desse modo, as legislaturas e as cortes estão sempre um passo atrás do ritmo dos eventos do Estado administrativo, atuando de modo reativo e marginal, modificando e eventualmente bloqueando as iniciativas de *policy* do executivo, e raramente liderando esses processos. Aderindo a um aspecto característico do pensamento alemão e de C. Schmitt, os autores consideram que “normalidade” e “emergência” estão num mesmo contínuo:

E em crises, o executivo governa quase sozinho, ao menos até onde a lei é considerada. Em nossa visão os maiores constrangimentos ao executivo, especialmente em crises, não advêm da lei ou do enquadramento da separação de poderes defendidas pelos legalistas liberais, mas da política e da opinião pública. [...] A falácia central do *liberal legalism*, argumentamos, é a equação do executivo constrangido com o executivo constrangido pela lei” (POSNER; VERMULE, 2010, p. 4, tradução própria).

Os autores acusam os liberais legalistas de desenvolver “tiranofobia” e “medos injustificados da ditadura”. O receio dos liberais repousaria no fato de que as pressões modernas que atuam sob o Estado administrativo afrouxaram seus constrangimentos legais, dirimindo também os *checks* institucionais advindos do legislativo e do judiciário (“*executive unbound*”, ou poder executivo sem amarras, é *autoexplicativo desse aspecto*, título do livro de Posner e Vermule). Em termos schmittianos, justificam que legalidade e legitimidade divergem em tempos de crise, prevalecendo o último elemento. Desse modo, a legitimidade é o principal determinante de autoridade – e do poder – no Estado administrativo e, o fato de que legalidade e legitimidade coincidirem em tempos normais não significa que legalidade é sempre importante em seus próprios termos.

Assim, a vertente do *liberal legalism* possuiria dois problemas: delegação e emergência. A primeira questão se refere ao fato de que legislaturas delegam autoridade ao executivo

para regular ou determinar políticas, já a segunda questão diz respeito a choques externos que requerem a adoção de novas políticas com grande rapidez. Ambos os elementos se conectam, na prática, principalmente em momentos de emergência. Consequentemente, o legislativo por constrangimento de tempo, *expertise* e disposição institucional, defronta-se com as escolhas de não fazer nada ou de delegar mais poder ao executivo para manejar a crise – a mesma lógica aplica-se ao *judicial review* das cortes constitucionais. Para os autores, o elemento chave do governo moderno se assenta sobre a deliberação. Ou seja, na medida em que ele necessita de *outcomes* para lidar com a crise, extrai a sua legitimidade da opinião pública, que dita o apoio e o suporte para a ação. A lei, para os autores, não pode esperar constranger o poder executivo moderno, de modo que seria a própria política capaz de criar os *checks* substitutos para as tradicionais limitações legais do poder executivo. Concluem, nesse aspecto, que a separação de poderes e o *rule of law* são elementos superestimados pelo *liberal legalism*.

Em específico ao caso do pós 11 de setembro e paralelamente ao modelo de *rational choice* que os autores propõem – em que tratam da problemática da decisão coletiva e da assimetria de informações entre os poderes –, Posner e Vermule (2010, p. 50) relatam que o papel do congresso, em momentos de emergência, pode ser resumido em dois momentos. O primeiro seria na pré-crise, em que a legislatura teria pouco incentivo para atuar – seja a crise mais ou menos previsível. Dessa maneira, o Estado administrativo,

inevitavelmente, assume o lugar de antigos estatutos de relevância dúbia, ou apoia-se em leis emergenciais vagas, às quais, em geral no momento de crise, são ignoradas pelo poder executivo. Quando a emergência vem à tona, o executivo parte em busca de uma nova e massiva delegação de autoridade e, na maioria das vezes, obtém algo ou quase tudo o que desejava, ainda que sofra por algumas modificações de forma e decreto. Esse processo é ilustrado empiricamente pelas legislações que inflaram o poder executivo no pós 11 de setembro, tais quais a *Authorization for Use of Military Force (AUMF)*¹¹ e o *Patriot Act*¹². Em ambos estatutos, os autores relatam, entretanto, que o congresso barganhou intensamente com a Casa Branca, evitando passar um “cheque em branco” de deliberação discricionária ao executivo.

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

Direcionando a atenção para o papel da corte constitucional, os autores são enfáticos

11 Conforme Posner e Vermule (2010, p. 45-46, tradução própria): “Aprovado pelo Congresso três dias após o 9/11, no calor da emergência, o AUMF é onde se poderia esperar um apressado cheque em branco de delegação ao executivo. Surpreendentemente, entretanto, o AUMF resultou de um processo de dura barganha entre a Casa Branca, líderes Democratas no Senado, e líderes Republicanos na Câmara”.

12 Segundo Posner e Vermule (2010, p. 46-47, tradução própria): “Esse estatuto de 342 páginas [...] contém uma variedade de medidas expandindo a lei de poderes de *enforcement* para conduzir buscar e apreensões; aprova medidas profiláticas contra lavagem de dinheiro e transações financeiras ilegais por grupos terroristas; cria alguns novos crimes substantivos; e ajusta algumas regras de imigração e procedimentos criminais federais”.

em destacar que, se esse ator é a outra fonte de esperança para o *liberal legalism* em matéria de crise de segurança, essa instituição também cumpre papel menor. Uma primeira justificativa se deve a respostas muito atrasadas à emergência, o que diminui sua real diferença em muitos casos e, em segundo lugar, as cortes têm incentivos pragmáticos e políticos para submeter-se ao executivo, qualquer que seja o padrão nominal da revisão. O problema central nos mecanismos institucionais, reforçam os autores, é o de que as cortes possuem autoridade legal, mas não legitimidade política robusta, ou seja, como em condições de crise legalidade e legitimidade divergem, conseqüentemente essa divergência força a corte a assumir um papel restritivo (POSNER; VERMULE, 2010, p. 52). Os autores schmittianos argumentam que medidas emergenciais podem ser “excepcionais” no sentido de, mesmo que sejam ilegais ou possuam uma legalidade dúbia, elas podem, ao menos, ser politicamente legítimas se responderem ao senso público da necessidade da situação.

Domesticando esse ponto e aplicando-o à operação prática do Estado administrativo, as cortes que revisam medidas emergenciais podem ter forte raiz legal, porém elas tendem a possuir enorme déficit de legitimidade política, a qual é necessária para invalidar a legislação emergencial ou a regulação emergencial executiva. Quando o senso público de crise termina, legalidade e legitimidade novamente convergem. Assim, as cortes teriam mais liberdade para invalidar medidas de emergência. No entanto, passado o momento de crise, o *judicial review* ou se torna menos importante ou a corte deixa de realizá-lo, pois a medida de emergência, em algum grau, já teria atuado. Asseveram os autores que os precedentes abertos após a crise podem ser julgados de modo mais calmo e deliberativo, desse modo, eles possuiriam maior qualidade epistêmica.

Em suma, para Posner e Vermule (2010, p. 60), a perspectiva liberal legalista anseia que o congresso seja um ator protagonista, com acompanhamento do executivo também pelo judiciário – por meio da execução e interpretação da lei, respectivamente. Dessa maneira, tanto o legislativo quanto a corte deveriam monitorar o executivo, mantendo seu poder amarrado. Nos episódios aqui levantados, todavia, identifica-se que o executivo assume o papel central, definindo a agenda e determinando as principais linhas de respostas do governo – com segundas e mínimas modificações do legislativo e do judiciário. Nesse ponto, destacam os autores que os *checks* de ambos poderes são desnecessários, em parte pelo caráter *ad hoc* da necessidade da reação inicial do governo e, em parte, porque o congresso e as cortes chegam à cena emergencial demasiado tarde. A impressão geral que fornecem os autores é a de que a moldura constitucional do *liberal legalism* colapsou entre a pressão do ocorrido, em especial porque o fato bruto alterou de tal forma o ritmo do ambiente político, que os modos tradicionais de *lawmaking* e *policymaking* não foram capazes de acompanhá-lo. O 11 de setembro e a crise econômica de 2008 teriam demonstrado que o problema da emergência está incorporado na estrutura do Estado administrativo. Por fim, eles reiteram que isso não significa que o presidente seja todo-poderoso. Viu-se que a presidência sofreu *checks* congressuais. Todavia, ressaltam que esses *checks* não são especialmente legais. A ênfase aqui conferida é que a principal arma do legislativo não é pela influência (pesada e custosa) da produção de leis e, sim, o modo mais eficaz seria apelar para as cortes e a opinião pública como forma de constranger o presidente. Nesse sentido apontam que a forma real de constrangimento do executivo não dependeria de procedimentos constitucionais formais, mas sim, de outras formas de afetar o apoio público

frente ao presidente (POSNER; VERMULE, 2010, p. 61).

O poder extralegal e legitimidade em Fatovic e Kleinerman (2013): a defesa liberal lockeana

Assim como o trabalho de Posner e Vermule (2010) ataca, o livro de Fatovic e Kleinerman (2013) faz um esforço tanto em responder as críticas endereçadas ao *liberal legalism* quanto em manter uma alternativa liberal ao problema da emergência. Os autores evidenciam a dificuldade intrínseca do governo constitucional em buscar meios de limitar o poder em momentos de emergência, em que se faz necessário poderes discricionários e potencialmente ilimitados. Nesse aspecto, os autores enfatizam que, em ocasiões de crise, o governo deve tomar medidas extraordinárias, sejam essas previstas ou não em lei. Evidencia-se, nesse argumento, a inspiração lockeana para o problema da emergência¹³: em circunstâncias extraordinárias, portanto, o governo deve atuar, simultaneamente de maneira extralegal e legítima, ou seja, sem forçar interpretações, criar legislações ou desrespeitar as leis existentes.

Destacam os autores que a ideia de poder emergencial extralegal, entretanto, é vigorosamente rejeitada na literatura. Dessa maneira, reforçam que a ação política corrente se tornou demasiado legalista, e não aceita a legitimidade como fonte e medida de autorização para a ação política em situações de emergenciais. Isto é, identificam o lugar comum que se tornou a insistência da presidência, mediante utilização da prerrogativa, em ser sistemática

e necessariamente acomodada dentro da lei, seja criando novos estatutos – para o pós 11 de setembro os já citados AUMF e o *Patriot Act* –, seja reinterpretação de leis existentes. Nesse sentido, criticam os autores que: 1) ou se cria legislação para a delegação do executivo, que em geral é escrita de maneira aberta e vaga – para conceder liberdade de atuação ao presidente; 2) ou o governo adota uma interpretação expansiva dos poderes estatutários e constitucionais existentes¹⁴; 3) e/ou o executivo interpreta de maneira restrita as leis que poderiam constrirem seus poderes.

Quaisquer dessas opções estratégicas indicam que o governo é obrigado a operar dentro das linhas definidas pela lei – mesmo que haja discordâncias sobre quais e onde essas linhas deveriam estar. De qualquer maneira os resultados possíveis dessas escolhas são iguais, ou seja, as linhas definidas pela lei foram movidas. Assim, o governo sequer precisa preocupar-se em romper as leis, dado que eles podem modificá-las e reinterpretá-las a seu bel prazer. Nesse sentido, os autores argumentam que a atuação política corrente do executivo, justificando-se sistematicamente dentro da lei, deriva da interpretação de que a legitimidade advém da legalidade. Nessa esteira, ressaltam que alguns pesquisadores têm equalizado liberalismo com legalismo e legalidade com legitimidade, essa última tendência vem acompanhada tanto por autores liberais¹⁵ quanto a primeira vem acompanhada por realistas.

Os argumentos de Fatovic e Kleinerman (2013) vão na direção de superar essa chave schmittiana, que, mesmo não declaradamente, termina por igualar o liberalismo com

13 A bibliografia sobre essa temática é extensa em Fatovic (2004a, 2004b, 2008, 2009) e, seu coautor, publicou também um artigo central nesse debate na *American Political Science Review*, ver Kleinerman (2007).

14 Os autores fornecem o exemplo no pós 11 de setembro, em que os advogados do governo recorreram ao artigo II da Constituição, que permite ao presidente autorizar métodos de interrogação coercitivos (ou tortura), detenção indefinida de suspeitos de terrorismo, e assassinar civis americanos e estrangeiros que estejam em possível guerra contra os Estados Unidos. Simultaneamente, os mesmos advogados, clamam que a Convenção de Geneva de 1949 e outras leis domésticas e internacionais não se aplicam às medidas que o governo adota (FATOVIC; KLEINERMAN, 2013, p. 3, tradução própria).

legalismo, e legalismo com legitimidade – visto que centra a legitimidade na instrumentalização da lei. A tentativa dos autores, portanto, é mostrar que, além da legitimidade realista ser legalista, são os liberais capazes de fornecer, como alternativa, a prerrogativa advinda da fonte de legitimidade na política *per se*. A primeira crítica de Fatovic e Kleinerman (2013, p. 4) ao livro “*Executive unbound*” de Posner e Vermule (2010), centra-se no fato de os autores realistas considerarem o *legal liberalism* como única forma possível de liberalismo, além de enviesarem interpretações dessa tradição para mostrar ingenuidade e incapacidade dos liberais em responder as emergências.

A partir daí, os autores vão se aprofundar na crítica ao pensamento schmittiano, visto que os adeptos do *legal realism* afirmarão que o liberalismo é inadequado para lidar com a natureza excepcional da emergência, exatamente porque orbitam sistematicamente o *rule of law* e preocupam-se em demasiado com os *checks and balances*. Em outras palavras, os realistas asseveram que esse sistema de funcionamento não se sustenta na emergência, pois quem se demonstra soberano no momento da crise é o executivo – advindo da máxima schmittiana de que o executivo é quem decide no Estado de exceção. Para os autores liberais, contudo, o posicionamento de Schmitt é equivocado, dado que ele assume que o constitucionalismo liberal não abriu espaço para poderes emergenciais – tendo inclusive interpretado erroneamente Locke. Isso porque a leitura da soberania última do poder executivo, não considera a ação emergencial extralegal lockeana.

Os autores, em princípio, dizem que Schmitt considera a forma de liberalismo não

democrático, desqualificando-o por fundar-se em ritualismos formais concentrados somente sobre o que é ou não permitido em lei. Dito de outra forma, após o estabelecimento procedimental da lei, sua base formal torna-se fonte de legitimidade. Soma-se que o liberalismo não possui uma teoria do Estado, pois baseia-se exatamente em controlar e desenhar os limites de seu poder (*raison d’être*) e sua soberania – em nome de valores que competem entre si como direitos individuais, liberdade e economia de mercado. Descrevem os autores que Schmitt desenvolve uma tipologia tripartite das formas jurídicas dominantes¹⁶, para explicar o porquê do liberalismo prejudicar as noções de legitimidade. A partir de sua classificação, Schmitt argumentaria que o “normativismo” rejeita formas personalizadas de regras e, em sentido institucional e em última instância, a legislatura possuiria o monopólio da legalidade por ser fonte única e exclusiva de produção de leis. Em consequência, a lei seria definidora da legalidade e legitimidade no liberalismo. Sabe-se que a concepção schmittiana diante do parlamento é cética quanto aos seus propósitos, desacreditando-o em relação ao conceito liberal de legitimidade. Nessa direção, para Schmitt, o Estado liberal estaria fadado ao fracasso porque, metafísica e normativamente, a jurisprudência racional e positiva, predispor-se a calcular e controlar os acontecimentos mediante a lei. Assim, para os realistas, seria inconciliável conceber o liberalismo na exceção, pois a emergência exige poderes ilimitados. A crítica schmittiana aos liberais aqui possui duas faces: ou aponta para o fato de que o liberalismo falha no teste externo de expediência, negligenciando prover ao governo os poderes necessários para responder à ameaça existencial colocada pelo Estado de exceção,

15 Citam o livro *Madison’s nightmare: how executive power threatens American democracy*, de Peter Shane (2009).

16 Citam os autores que a tripartição de Schmitt seria de: 1) “ordens concretas” baseadas em instituições; 2) elementos “decisionistas” da vontade (ilimitada) soberana; e 3) elementos “normativistas” baseados nas regras gerais determinadas em avanço, predominantes em sociedades liberais (FATOVIC; KLEINERMAN, 2013).

ou o liberalismo falha em seu próprio teste interno de legitimidade, caso adote medidas extraordinárias (FATOVIC; KLEINERMAN, 2013, p. 10-11).

É nesse ponto que reside o perigo que a leitura schmittiana anuncia ao igualar liberalismo com legalismo e legalismo com legitimidade, pois adicionalmente percebe-se que o sistema tende a proliferar leis que autorizam – e encapam de legitimidade legal – a atuação do executivo mediante o poder emergencial. Esse aspecto fora ilustrado pelo pós 11 de setembro, em que leis foram criadas ou designadas a autorizar o poder discricionário do executivo, nos casos George W. Bush e Barack Obama, inclusive em aplicações de métodos coercitivos de interrogação, detenções arbitrárias e investigações sumárias, que foram pautadas e insistentemente justificadas dentro da lei. A defesa desses tipos de ações é inconcebível para os autores. Faz-se necessário escapar dessa chave, já que o próprio poder executivo instrumentaliza o legalismo – tratando difusamente a hermenêutica jurídica – para legitimar o poder prerrogativo de maneira discricionária, que quase nunca lhe é reivindicado.

Para os autores, pior que violações na lei em tempos de emergência são os impulsos para legalizar medidas que o governo julga como necessária em tempos de crise, abrindo, assim, perigosos precedentes na prerrogativa do executivo para atuações futuras. A defesa dos autores vai no sentido de formular respostas responsáveis à emergência que evitem o impulso para encontrar autorização legal: é, portanto, possível alocar simultaneamente fontes significativas de legitimidade e *checks* efetivos no poder atuando extralegalmente. De outro lado, os autores assumem o perigo eminente da prerrogativa por sua natureza não ser sustentada pela lei e não possuir constrangimentos (FATOVIC; KLEINERMAN, 2013, p. 23, tradução própria). Ainda que os estudos do livro apontem para diferentes direções,

há um mínimo consenso que o julgamento e o constrangimento mais apropriado para lidar com o poder emergencial extralegal é a política.

Considerações finais

Como se pode perceber as discussões e as percepções acerca do poder executivo prerrogativo são extensas e multivariadas, e permanecem em aberto. Isso porque essa temática está conectada a aspectos históricos e filosóficos, da política e do direito, que se somam a elementos fundacionais e contemporâneos dos Estados Unidos. Dessa maneira o esforço do trabalho foi apresentar dois modelos analíticos, com o objetivo de ilustrar parte das disputas desse debate, tendo em vista o 11 de setembro.

Assim as discussões se dividiram em dois modelos relativamente definidos e que se contrapõem. A primeira esteira adveio do modelo analítico de Schlesinger Jr. (2004), que inaugura a perspectiva extralegal e lockeana para o problema da emergência modernamente, endossada no pós 11 de setembro por Fatovic e Kleinerman (2013). Para esses autores, as experiências emergenciais dos *Founding Fathers* somadas às influências de Locke teriam possibilitado a adoção do poder executivo prerrogativo extraconstitucionalmente. Isso pois, a depender da ocasião de crise, as leis podem não estar preparadas ou sequer possuírem robustez para estruturar a emergência. Desse modo, esse grupo, em geral, assevera a utilização do poder emergencial fora dos parâmetros legais e os demais *checks* institucionais poderiam funcionar para a fiscalização da prerrogativa no decorrer da ação política ou *ex post*. Nota-se que a preocupação dessa vertente está centrada em evitar a institucionalização da prerrogativa, ou seja, o perigo reside na legalização ou constitucionalização do poder emergencial. Em outras palavras, ao equalizar a legalidade e legitimidade – tal

qual os liberais acusam os realistas –, qualquer presidente que acionar a prerrogativa mediante a Constituição terá a sua disposição um poder sem freios, camuflando sua ação como legítima por apoiar-se na letra da lei. Assim, ao evitar recorrer à Constituição, essa linha argumenta que o uso da prerrogativa extralegalmente, não abriria precedentes jurídicos futuros que poderiam vir a minar o *rule of law*.

O outro grupo se configura como crítico da perspectiva extralegal e lockeana. Endereçando críticas diretas a Schlesinger Jr. (2004), Arnhart (1979) considera que os *Framers* aderiram aos poderes emergenciais na Constituição, aspecto que Langston e Lind (1991) não concordam, em parte. Ambos os trabalhos, todavia, convergem quanto a necessidade da ação prerrogativa presidencial nos marcos constitucionais e da separação de poderes. Desse modo, para ambos os autores, o executivo prerrogativo estaria subordinado ao controle constitucional e aos *checks and balances*. A letra da lei, para Arnhart (1979), funcionaria como barreiras à possível ação abusiva do presidente, conjuntamente aos demais *checks* institucionais, especialmente ilustrados pelo contrapeso congressual em Langston e Lind (1991). Observa-se que essa corrente pauta que, uma vez que o presidente ultrapassa a linha da legalidade tanto ameaça o *rule of law* quanto sofrerá *checks* do povo, *vis-à-vis* o congresso. Somente se as barreiras estabelecidas pela Constituição e com os *checks and balances* respeitados, é que se evita o abuso da prerrogativa pelo presidente. Ainda que Posner e Vermule (2010) relativizem a importância dos *checks* em detrimento da extração de legitimidade pela via da opinião pública, o argumento dos autores também é essencialmente legalista. Nesse aspecto, o Estado administrativo soberano, em tempos de emergência, atua no sentido de criar novas leis ou extrair interpretações de legislações já existentes, que reforcem suas ações políticas,

delegadas deliberadamente, por necessidade ou por incapacidade de ação do congresso.

Reitera-se que o 11 de setembro foi um *turning point* no debate. Não apenas pela singularidade e dimensão do ocorrido em território americano, mas também pelos seus desdobramentos, que concederam novos impulsos para as discussões ao redor do paradigma da emergência e da aplicação da prerrogativa. As respostas institucionais, mediante extensão dos poderes do executivo, legal ou constitucionalmente justificados, colocaram em cheque os liberais lockeanos que, entretanto, persistem na defesa dessa perspectiva. A equalização de liberalismo e legalismo, e legalismo e legitimidade, seria um contrassenso às interpretações de Locke para o problema da emergência. O poder executivo prerrogativo extralegal, ainda que somente por uma reflexão metateórica, é defendida pelos liberais como uma saída menos danosa aos problemas, contradições e limitações, gerados pelo próprio sistema político vigente, pois é capaz de manter a Constituição na emergência sem ameaçar ao *rule of law* a posteriori. Os realistas supra-relatados, por outro lado, consideram que a hipertrofia e superposição do poder executivo na emergência é benéfica e desejável. A dinâmica do Estado administrativo moderno seria reflexo de novos tempos, em que os *checks and balances* e a tradicional relevância do congresso cederia espaço para o poder executivo atuar sem amarras (“*unbound*”) na emergência. A rapidez e agilidade do Estado administrativo seria, portanto, o novo centro do sistema político norte-americano.

Em suma, os momentos de emergências colocam em evidência o peso e centralidade do poder executivo prerrogativo nos Estados Unidos. Seu acionar constitui forma e conteúdo para se pensar e incrementar as formas de atuação, coordenação e controle da prerrogativa do executivo e dos modelos

de governos constitucionais e democráticos contemporâneos em momentos de crises. Nota-se que as temáticas que envolvem as discussões entre segurança nacional e *rule of law* são altamente sensíveis e as saídas propostas por qualquer modelo apresentado (pela via da legalidade ou legitimidade, constitucionalidade ou extraconstitucionalidade e por entre os *checks and balances*) parecem ser insuficientes para

sustentar a dimensão do problema. Evidencia-se, para os diferentes lados em franca disputa, que a moderna democracia constitucional se demonstra inadequada para confrontar e superar o problema da emergência. Não há, desse modo, fórmula institucional ou saída capaz de solucionar as tensões produzidas pela prerrogativa do executivo e a manutenção do constitucionalismo liberal.

Referências

- ARNHART, L. The God-like prince: John Locke executive prerogative, and the American presidency. *Presidential Studies Quarterly*, Hoboken, v. 9, n. 2, p. 121-130, 1979.
- BAILEY, J. D. Executive prerogative and the “Good Officer” in Thomas Jefferson’s letter to John B. Colvin. *Presidential Studies Quarterly*, Hoboken, v. 34, n. 4, p. 732-754, 2004.
- CASSON, D. Emergency judgment: Carl Schmitt, John Locke, and the paradox of prerogative. *Politics & Policy*, Hoboken, v. 36, n. 6, p. 944-971, 2008.
- CORBETT, R. J. The extraconstitutionality of Lockean prerogative. *Review of Politics*, Cambridge, v. 68, n. 3, p. 428-448, 2006.
- CORWIN, E. S. *The president: office and powers, 1787-1957 – history and analysis of practice and opinion*. 4. ed. New York: New York University Press, 1957.
- CRONIN, T. E.; GENOVESE, M. A. *The paradoxes of the American presidency*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2004.
- DYZENHAUS, D. *The constitution of law: legality in a time of emergency*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- FATOVIC, C. Constitutionalism and contingency: Locke’s theory of prerogative. *History of Political Thought*, v. 25, n. 2, p. 276-297, 2004a.
- _____. Constitutionalism and presidential prerogative: Jeffersonian and Hamiltonian perspectives. *American Journal of Political Science*, Bloomington, v. 48, n. 3, p. 429-444, 2004b.
- _____. Settled law in unsettling times: a Lockean view of the war on terror. *The Good Society*, State College, v. 18, n. 2, p. 14-19, 2009.
- _____. The political theology of prerogative: the jurisprudential miracle in liberal constitutional thought. *Perspectives on Politics*, Cambridge, v. 6, n. 3, p. 487-501, 2008.

- FATOVIC, C.; KLEINERMAN B. A. *Extra-legal power and legitimacy: perspectives on prerogative*. New York: Oxford University Press, 2013.
- FAULKNER, R. The first liberal democrat: Locke's popular government. *The Review of Politics*, Cambridge, v. 63, n. 1, p. 5-39, 2001.
- FISHER, L. *Constitutional conflicts between Congress and the president*. Lawrence: University Press of Kansas, 1997.
- HAMILTON A.; MADISON J.; JAY J. *The Federalist papers*. Editor Michael A. Genovese, New York: Palgrave Macmillan, 2009.
- JOSEPHSON, P. *The great art of government: Locke's use of consent*. Lawrence: University Press of Kansas, 2002.
- KLEINERMAN, B. A. Can the prince really be tamed? Executive prerogative, popular apathy, and the constitutional frame in Locke's Second Treatise. *American Political Science Review*, Cambridge, v. 101, n. 2, p. 209-222, 2007.
- _____. The Madisonian constitution: rightly understood. *Texas Law Review*, Austin, v. 90, n. 4, p. 943-1891, 2012.
- KOH, H. H. Why the president (almost) always wins in foreign affairs: lessons of the Iran-Contra affair. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 97, p. 1255-1342, 1988.
- LANGSTON, T. S.; LIND M. E. John Locke & the limits of presidential prerogative. *Polity*, Chicago, v. 24, n. 1, p. 49-68, 1991.
- LAZAR, N. C. *States of emergency in liberal democracies*. New York: Cambridge University Press, 2009.
- LIMA, R. C.; NICOLAU, G. G. As discussões do poder executivo prerrogativo após o marco do 11/09. In: SEMINÁRIO DISCENTE DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA POLÍTICA, 5., 2015, São Paulo. *Anais eletrônicos...* São Paulo: USP, 2015. Disponível em: <<http://conferencias.fflch.usp.br/sdpscp/Vsem/paper/view/397/150>>. Acesso em: 27 jun. 2017.
- _____. Perspectives on the executive prerogative: a brief introduction to discussions and disputes in the American literature. In: SEMINÁRIO DISCENTE DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA POLÍTICA, 4., 2014, São Paulo. *Anais eletrônicos...* São Paulo: USP, 2014. Disponível em: <<http://conferencias.fflch.usp.br/sdpscp/IVsem/paper/view/172/126>>. Acesso em: 27 jun. 2017.
- LOCKE, J. Of prerogative. In: LOCKE, J. *Second Treatise of Government*. Indianapolis: Hackett Publishing, 1980. p. 83-88.
- MADISON, J. The Federalist No. 51: the structure of the government must furnish the proper checks and balances between the different departments. *Independent Journal*, New York, 6 fev. 1788.
- MANIN, B. The emergency paradigm and the new terrorism. In: BAUME, S.; FONTANA, B. *Les usages de la séparation des pouvoirs*. Paris: Michel Houdiard, 2008. p. 136-170.

- MANSFIELD JR, H. C. Is the imperial presidency inevitable? *The New York Times*, New York, 13 mar. 2011. Sunday Book Review, p. 12.
- _____. *Taming the prince: the ambivalence of executive power*. New York: The Free Press, 1989.
- _____. The modern doctrine of executive power. *Presidential Studies Quarterly*, Hoboken, v. 17, n. 2, p. 237-252, 1987.
- MATTIE, S. Prerogative and the rule of law in John Locke and the Lincoln Presidency. *The Review of Politics*, Cambridge, v. 67, n. 1, p. 77-111, 2005.
- NEUSTADT, R. E. *Presidential power*. New York: Wiley, 1960.
- PASQUINO, P. Locke on king's prerogative. *Political Theory*, Thousand Oaks, v. 26, n. 2, p. 198-208, 1998.
- PIOUS R. M. *The American presidency*. New York: Basic Books, 1979.
- POSNER, E. A.; VERMULE, A. *The executive unbound: after the Madisonian republic*. New York: Oxford University Press, 2010.
- RAKOVE, J. N. Taking the prerogative out of the presidency: an originalist perspective. *Presidential Studies Quarterly*, Hoboken, v. 37, n. 1, p. 85-100, 2007.
- RIVERA, J. A. A. *En pos de la quimera: reflexiones sobre el experimento constitucional atlántico*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- ROBINSON, D. L. Presidential prerogative and the spirit of American constitutionalism. In: ADLER, D. G.; GEORGE, L. N. *The Constitution and the conduct of American foreign policy*. Lawrence: University Press of Kansas, 1996. p. 114-132.
- ROCHE, J. P. Executive power and domestic emergency: the quest for prerogative. *The Western Political Quarterly*, Salt Lake City, v. 5, n. 4, p. 592-618, 1952.
- ROSATI, J. A.; SCOTT J. *The politics of United States foreign policy*. 5. ed. Boston: Wadsworth; Cengage Learning, 2011.
- ROSSINTER, C. *The American Presidency*. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1960.
- SCHLESINGER JR., A. M. *The imperial presidency*. New York: Mariner Books, 2004. E-book.
- SHANE, P. M. *Madison's nightmare: how executive power threatens American democracy*. Chicago; London: University of Chicago Press, 2009.
- SORENSEN, L. R. The Federalist Papers on the constitutionality of executive prerogative. *Presidential Studies Quarterly*, Hoboken, v. 19, n. 2, p. 267-283, 1989.

- THOMAS, G. As far as republican principles will admit: presidential prerogative and constitutional government. *Presidential Studies Quarterly*, Hoboken, v. 30, n. 3, p. 534-552, 2000.
- TRIMBLE, P. R. Executive prerogative. In: LEVY, L. W.; KARST, K. L. *Encyclopedia of the American Constitution*. 2. ed. New York: Macmilan, 1992. p. 949-952.
- WARD, L. Locke on executive power and liberal constitutionalism. *Canadian Journal of Political Science*, Ottawa, v. 38, n. 3, p. 719-744, 2005.
- WEAVER, D. R. Leadership, Locke, and the Federalist. *American Journal of Political Science*, Bloomington, v. 41, n. 2, p. 420-446, 1997.
- WILMERDING JR, L. The president and the law. *Political Science Quarterly*, New York, v. 67, n. 3, p. 321-328, 1952.
- YOLTON, J. W. Prerogative. In: YOLTON, J. W. *A Locke dictionary*. Oxford: Blackwell, 1993. p. 174-175.
- YOO, J. *The powers of war and peace: the constitution and foreign affairs after 9/11*. Chicago: University of Chicago Press, 2005.

Resumo

O poder executivo prerrogativo nos Estados Unidos: um marco, duas correntes em disputa

As discussões sobre o poder executivo prerrogativo nos Estados Unidos remontam tanto aos debates fundacionais da Constituição americana, da separação de poderes e da contribuição do conceito advindo de John Locke quanto à expansão e utilização desse poder pelos presidentes em momentos de emergência. O marco do atentado às Torres Gêmeas, no entanto, trouxe um novo impulso a essas discussões, dada a extensão de poderes concedida ao executivo após o acontecimento e sua utilização intensiva ao nível doméstico. Este trabalho pretende apresentar sumariamente modelos analíticos da prerrogativa pré e pós 11 de setembro, por meio de duas linhas em franco e direto embate. De um lado, a vertente extralegal ou extraconstitucional lockeana e, de outro, a de seus críticos.

Palavras-chave: Prerrogativa do Executivo; Constitucionalismo; Emergência; Separação de Poderes; Estados Unidos.

Abstract

The US Executive's prerogative: one milestone, two rival perspectives

The discussions of the United States executive prerogative can be traced back to both the Founding Fathers' Constitutional debates, the checks and balances, and Locke's contribution to this concept and to the expansion and employment of this power by presidential hands in emergency times. Nonetheless, the Twin Towers attack brought a new impetus to prerogative disputes, considering the concession and extension of powers transferred to the executive after the episode and its intensive use at domestic level. This study briefly introduces analytical models of the prerogative, before and after September 11, by means of two rival perspectives. On the one hand, the extralegal or Lockean extra-constitutional approach and, on the other, its critiques'.

Keywords: Executive Prerogative; Constitutionalism; Emergency; Checks and Balances; United States.

Résumé

Le pouvoir exécutif prérogatif aux Etats-Unis: une étape importante, deux courants en litige

Les discussions sur le pouvoir exécutif prérogatif aux Etats-Unis remettent à deux débats fondamentaux de la Constitution américaine, la séparation des pouvoirs et la contribution du concept de John Locke sur l'expansion et l'utilisation de ce pouvoir par les présidents en cas d'urgence. Cependant, le bombardement du World Trade Center a apporté un nouvel élan à ces discussions, compte tenu de l'étendue des pouvoirs accordés à l'exécutif après l'événement et de son utilisation intensive au niveau domestique. Cet article vise à présenter brièvement les modèles analytiques de la prérogative avant et après le 11 Septembre en utilisant deux lignes en confrontation ouverte et directe. D'un côté, la dimension lockéenne extralégales ou extraconstitutionnelle et, de l'autre, la dimensions de ses critiques.

Mots-clés: Prérrogative de l'exécutif; Constitutionnalisme; Urgence; Séparation des Pouvoirs; Etats-Unis.