



Elementos para um debate sobre a decisão judicial nos “casos difíceis”¹:

O estado de exceção na penumbra da Lei

Alexandre Jaenisch Martini²

Wagner Augusto Hundertmarck Pompéo³

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo explorar e trabalhar a teoria de Herbert L. A. Hart, no que se refere à interpretação dos *hard cases*, tomando-se como base a afirmação de David Dyzenhaus de que há um “mini” estado de exceção nas decisões judiciais executadas na penumbra da lei. A partir deste contexto, explora-se o conceito do estado de exceção e suas características através da obra de Giorgio Agamben, momento em que se prepara o terreno para a hipótese principal que é a sua vinculação à teoria Hartiana da penumbra do direito. Após, é com os conceitos básicos de sua teoria sobre a discricionariedade que visa fundamentar a hipótese de Dyzenhaus até, finalmente, trabalhar a hipótese levantada por David Dyzenhaus, no sentido de se verificar a viabilidade da decisão na penumbra da lei ser um ambiente de exceção e, mais, se essa situação pode, realmente, levar ao que se poderia chamar de ditadura do julgador. Desenvolvido

¹ O presente trabalho não adentrará no debate acerca da existência ou não de *hard cases* ou *easy cases*, crítica feita por Ronald Dworkin e, no caso brasileiro, Lênio Luiz Streck. Será adotada a terminologia usada por Herbert L. A. Hart a fim de facilitar o entendimento do leitor, sem, contudo, haver a preocupação de se ingressar no dilema, se esta classificação está correta ou não, já que não é este o objetivo do estudo. Versão em português recebida em 02/02/2013, aceita em 01/04/2013, e autorizada para publicação em 30/06/2013.

² Graduado em *Ciências Jurídicas e Sociais* pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), 1999. –Pós-graduado em *Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos* pelo Instituto de Direito do Rio Grande do Sul – IELF, 2007. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), 2010. Advogado, inscrito junto a Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção Rio Grande do Sul, Seccional Santa Maria, onde tem escritório profissional – Martini, Medeiros e Tonetto Advogados Associados. Professor Titular de Direito na Faculdade Palotina de

³ Wagner Augusto Hundertmarck Pompéo é Bacharel em Direito, formado pela Faculdade Metodista de Santa Maria - FAMES, Instituição de Ensino Superior que compõe a Rede Metodista de Educação do Sul. Advogado, tem escritório – Martini, Medeiros e Tonetto Advogados Associados – na cidade de Santa Maria-RS. Especialista em Ciências Penais, pós-graduado pelo Instituto de Direito RS, Rede de Ensino LFG e UNIDERP-ANHANGUERA. É aluno no Programa Especial de Graduação para Formação de Professores para o Ensino Profissional e Tecnológico, no eixo de Direito, Gestão e Negócios, da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. É Pós-Graduando em Gestão Pública pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Mestrando na área de concentração “Direitos Emergentes na Sociedade Global”, com ênfase/linha de pesquisa afeta a “Direitos na Sociedade em Rede”, da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Foi professor em Cursos Preparatórios para as Carreiras Jurídicas Públicas e, atualmente, é Professor de Direito junto a Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. E-mail para contato: wagner@mmtadvogados.com.br, wagner@fadisma.com.br



por meio teórico, com ênfase na bibliografia indicada, a pesquisa, como se verá, revela-se em relação aos objetivos dialética e quanto ao método de abordagem dedutiva.

PALAVRAS-CHAVE: Decisão Judicial, Casos Difíceis, Estado de Exceção, Penumbra da Lei.

Elements for a debate on the judicial decision in “difficult cases”: the state of exception in the shadow of the law

ABSTRACT

This paper aims to explore and work the theory of Herbert L. A. Hart, regarding the interpretation of hard cases, taking as basis the statement of David Dyzenhaus that there is a "mini" state of exception in judicial decisions executed in the shadows of the law. From this context, it explores the concept of the state of exception and its characteristics through the work of Giorgio Agamben, when it prepares the ground for the main hypothesis is that its connection to the theory of law Hartiana the penumbra. After it is with the basics of his theory about the discretion that aims substantiate the hypothesis Dyzenhaus until finally working hypothesis raised by David Dyzenhaus, in order to verify the feasibility of the decision in the shadows of the law being an exception environment and, further, if this can really lead to what might be called the dictatorship of the judge. Developed by theory, with emphasis on literature, the research, as will be seen, revealed in dialectical relation to the objectives and the method of deductive approach.

KEYWORDS: Judicial Decision, Difficult Cases, State of Exception, Penumbra's Law

1. INTRODUÇÃO:

O presente trabalho tem por objetivo explorar e trabalhar a teoria de Herbert L. A. Hart, no que se refere à interpretação dos *hard cases*, tomando-se como base a afirmação de David Dyzenhaus de que há um “mini” estado de exceção nas decisões judiciais executadas na penumbra da lei. A hipótese sustentada por David Dyzenhaus tem como base o fato de que na contemporaneidade se está retomando, *mutatis mutandis*, o debate travado na República de Weimar por Schmitt e Kelsen acerca de quem guarda a Constituição através de Hart vs. Dworkin em seu debate sobre a discricionariedade.



O autor aduz existir uma aproximação entre a decisão no estado Alemão e a decisão do julgador nos casos em que a positividade não dá respostas diretas, ou, como Hart classifica, nos casos difíceis, e esta aproximação seria o caráter de exceção.

Não é objetivo do trabalho expor os dois debates, mas sim investigar esta aproximação entre o “caso difícil” e a exceção; procurar responder se a criação do direito por parte do decisor advém desta zona de incerteza como a decisão do soberano ou do tribunal na emergência.

A partir deste contexto, será, em um primeiro momento, explorado o conceito do estado de exceção e suas características através da obra de Giorgio Agamben, momento em que serão trazidos os elementos necessários para se formar um raciocínio no intuito de preparar o terreno para a hipótese principal que é a sua vinculação à teoria Hartiana acerca da penumbra do direito.

Em um segundo momento, será feita a aproximação entre a exceção e a zona de penumbra dos casos difíceis através da obra de Herbert Hart, procurando trazer os conceitos básicos de sua teoria sobre a discricionariedade para fundamentar a hipótese de Dyzenhaus.

Por fim, será trabalhada a hipótese levantada por David Dyzenhaus no sentido de se verificar a viabilidade da decisão na penumbra da lei ser um ambiente de exceção e se realmente pode levar ao que se poderia chamar de ditadura do julgador. Desenvolvido por meio teórico, com ênfase na bibliografia indicada e na Constituição Federal de 1988, a pesquisa, como se verá, revela-se em relação aos objetivos dialética e quanto ao método de abordagem dedutiva.

2. ELEMENTOS SOBRE O ESTADO DE EXCEÇÃO

“A situação em Weimar era claro muito diferente da América do Norte ou Inglaterra após a II guerra mundial onde os debates entre Hart e Fuller e Hart e Dworkin ocorreram. Entretanto, há ecos no sentido de que reconheçamos que a penumbra de incerteza de Hart é um tipo de “mini” estado de emergência para a teoria positivista do direito” (DYZENHAUS, 1999, p. 15).



Com essa assertiva David Dyzenhaus inicia sua teorização no sentido de uma retomada do debate travado por Carl Schmitt e Hans Kelsen quando discutiram acerca de quem deveria guardar a Constituição em um ambiente de exceção.

A busca deste cruzamento é difícil, uma vez que sequer há uma teoria clara acerca do estado de exceção e sua vinculação com o direito por ser considerado por muitos autores como um problema antes de fato do que de direito (AGAMBEN, 2004, p. 11).

Ante a esta dificuldade torna-se necessária a investigação do que é, efetivamente, o estado de exceção e suas características. Para tanto será estudada a obra de Giorgio Agamben, autor que melhor trabalha o assunto, percorrendo desde o aspecto histórico⁴ do estado de exceção, até suas características conceituais.

Nesse caminho, relacionar o estado de exceção com a política e o direito é tarefa difícil, uma vez que se está em frente a uma exceção que não pode ter forma jurídica, ocorre em uma zona de indiferença entre o caos e a ordem jurídica. Trata-se, portanto, de um verdadeiro paradoxo, já que as medidas excepcionais são medidas jurídicas que não são compreendidas no plano do direito; formas legais daquilo que não pode ter forma legal (AGAMBEN, 2004, p. 11-12).

Quando se fala nisso, deve se levar em consideração o fato de que a medida tomada na exceção está fora do que pode ser chamado de ordem jurídica – se assim não fosse seria uma medida normal, não exceção – contudo, a *contrario sensu*, não faz parte de uma situação caótica, já que existe uma ordem presente, mesmo que não seja jurídica. O paradoxo se dá pelo fato da decisão, embora estando na franja da lei, ter uma autoridade normativa, sem que ela esteja presente na normalidade.

⁴ O aspecto histórico não vai ser trabalhado no presente artigo. Será dado enfoque apenas aos critérios conceituais do estado de exceção.



Agamben chega a comparar o estado de exceção a uma “terra de ninguém” que somente virá a ser mais bem entendida quando for erguido o véu que cobre esta “zona de incerteza” (AGAMBEN, 2004, p. 12) talvez por isso o autor entenda que:

Entre os elementos que se tornam difícil uma definição do estado de exceção, encontra-se, certamente, sua estreita relação com a guerra civil, a insurreição e a resistência. Dado que é o oposto do estado normal, a guerra civil se situa em uma zona de indecidibilidade quanto ao estado de exceção, que é a resposta imediata do poder estatal aos conflitos internos mais extremos (AGAMBEN, 2004, p. 12).

Percebe-se claramente que a ocorrência de fatos que fogem à normalidade e, por sua vez, levam a decisões que também fogem ao usual no intuito de proteger a ordem, são condições de possibilidade para que se possa considerar o estado inserido na exceção.

Talvez o principal exemplo disto seja a medida tomada por Adolf Hitler no Estado Nazista assim que tomou o poder – ou, pode-se dizer, assim que o recebeu – , quando, sob a alegação de proteger o povo e o Estado, promulgou um Decreto que suspendia os artigos da Constituição de Weimar relativos às liberdades individuais e fundamentais. Vejam que esta situação perdurou por 12 anos, podendo-se dizer que o Terceiro *Reich* foi um estado de exceção permanente, constituindo-se, nesta perspectiva como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo (AGAMBEN, 2004, p. 12-13). Aqui, se vê exatamente a resposta do poder estatal a um conflito extremo – ou pelo menos se pode perceber que na fundamentação do uso da exceção há uma linha muito tênue entre a proteção democrática do estado e o totalitarismo.

Ao lado do conceito, a indeterminação terminológica também é discussão presente no tema. Portanto, “o estado de exceção não é um direito especial, mas, enquanto suspensão da própria ordem jurídica, define seu patamar ou conceito-limite” (AGAMBEN, 2004, p. 15). Assim, ao estado de exceção está diretamente ligado ao termo “suspensão”, e, por este caminho será trilhado o raciocínio no sentido de aproximá-lo da teoria Hartiana.



A ligação do estado de exceção ao termo suspensão demonstra uma decorrência natural da convergência entre a extensão em âmbito civil dos poderes que são da esfera militar em tempo de guerra e a suspensão de direitos fundamentais. É importante ressaltar que as medidas excepcionais vêm sendo aplicadas na história a partir dos períodos belicosos, de sítio, de Guerra, o que desembocava no uso da autoridade militar para a garantia da autoridade⁵.

Atualmente, há uma modificação do poder garantidor, que passou da esfera militar para os poderes governamentais, levando a um retorno a um estado original pleromático⁶. O poder executivo passa a ter os poderes legislativos, ou seja, passa a ter plenos poderes para governar e legislar na situação emergencial, ou, na franja da normalidade.

Resta saber, contudo, até que ponto o uso dos plenos poderes é compatível com um Estado Democrático?

Parece evidente que o seu uso controlado, embora contradizendo a hierarquia das leis e regulamentos com o uso de leis emergenciais, seria compatível com a democracia. Contudo, seu uso de modo sistemático e regular a partir da busca de governabilidade a partir de leis e decretos, a *contrário sensu*, levaria à sua liquidação.

Na prática o que já se demonstrou historicamente – principalmente com o exemplo de Weimar – foi que o uso das medidas excepcionais sob a fundamentação de proteger um sistema democrático foi, paradoxalmente, a causa que o levou à ruína (AGAMBEN, 2004, p. 20). Eis o perigo do uso das medidas excepcionais sem um freio moral; eis a importância da hipótese de Dyzenhaus.

Somando-se às dificuldades conceituais, Agamben traz outra face da questão: o estado de exceção em relação ao ordenamento jurídico. Para ele:

⁵ Giorgio Agamben faz uma importante incursão sobre o Estado de Paz, de Guerra e de Sítio a partir da história e sua convergência com o estado de exceção contemporâneo.

⁶ Estado em que ainda não houve a separação dos poderes.



Na verdade, 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 a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é destituída de relação com a ordem jurídica. (...) O conflito a respeito do estado de exceção apresenta-se essencialmente como uma disputa sobre o 'locus' que lhe cabe (AGAMBEN, 2004, p. 38-39).

É neste panorama que Agamben aduz como fundamento do estado de exceção o conceito de necessidade. O adágio *necessitas legem non habet* – a necessidade não tem lei – tem um duplo entendimento: a necessidade não reconhece nenhuma lei e a necessidade cria sua própria lei. Contudo, em ambos os casos a teoria do estado de exceção se resolve integralmente na do *status necessitatis*, de modo que o juízo sobre a subsistência deste esgota o problema da legitimidade daquele (AGAMBEN, 2004, p. 40).

Assim, inobstante a discussão a respeito de sua conceituação, ligação com a ordem jurídica, invasão dos poderes e respeito ao Estado Democrático, é inserido em um estado de necessidade que o poder decisor alcança a legitimidade para seus atos.

Neste sentido, quando o caso particular escapa à obrigação da observância da lei há uma aproximação entre a teoria da necessidade e a exceção. A necessidade, portanto, “não é fonte de lei e tampouco suspende, em sentido próprio, a lei; ela se limita a subtrair um caso particular à aplicação literal da norma” (AGAMBEN, 2004, p. 41). Em decorrência disso, se pode dizer que o estado de exceção moderno é uma tentativa de incluir na ordem jurídica a própria exceção, criando uma zona de indiferenciação em que fato e direito coincidem.

Assim, somente com os modernos é que o estado de necessidade tende a ser incluído na ordem jurídica e apresentar-se como verdadeiro 'estado' de lei. A necessidade passa de situação particular onde a lei não obriga a fundamento e própria fonte de lei.

O estado de exceção apresenta-se, pois, como um modelo paradoxal onde embora ilegal, é perfeitamente jurídico e constitucional (AGAMBEN, 2004, p. 44).



Segundo Agamben, contudo, a aporia máxima contra a qual fracassa toda a teoria do estado de necessidade diz respeito à própria natureza da necessidade de pensar como uma situação objetiva. O que ocorre é justamente o contrário, ou seja, ao invés de apresentar-se como um dado objetivo, implica claramente um juízo subjetivo e que necessárias e excepcionais são apenas as circunstâncias que são declaradas como tais, relativo aos objetivos que se quer atingir (AGAMBEN, 2004, p. 46).

Aqui está o ponto, o mote, deixado por Agamben para que se possa analisar a teoria de Hart sobre a decisão em casos de penumbra e a assertiva de Dyzenhaus acerca da ocorrência de um estado de exceção positivista.

3. HART E A DECISÃO NA FRANJA DA LEI

Para Herbert L. A. Hart, o Direito é uma união de regras primárias e secundárias⁷ que se diferenciam das demais regras sociais com base em um critério último de validade, a regra de reconhecimento, convencionalmente pressuposta por uma comunidade específica. A partir desta regra de reconhecimento se determinarão os pilares da interpretação de sua teoria.

De se considerar que, “em qualquer grande grupo, as regras gerais, os padrões e os princípios devem ser o principal instrumento de controle social, e não as directivas particulares dadas separadamente a cada indivíduo” (HART, 2007, p. 137). Sem estes padrões de conduta não poderia existir o que conhecemos por direito. Há, assim, dois expedientes diferentes para a comunicação de tais padrões: a legislação e o precedente (HART, 2007, p. 137). Com isso, se a

⁷ Regras primárias são aquelas que garantem direitos ou impõem obrigações aos membros da comunidade. As regras do direito penal que proíbem o roubo, o homicídio ou conduzir um veículo com excessiva velocidade são bons exemplos de regras primárias. Regras secundárias são aquelas que estipulam como e por quem tais regras primárias podem ser formadas, reconhecidas, modificadas ou extintas. As regras que estipulam como o congresso é composto e seus procedimentos legislativos são exemplos de regras secundárias. Regras sobre a formação de contratos e confecção de testamento são também regras secundárias porque estipulam como regras particulares que governam obrigações jurídicas particulares (i.e., os termos de um contrato ou testamento) nascem e são modificadas (DWORKIN, 2001. p. 123).



legislação não demanda maiores dificuldades, o precedente é entendido como o senso comum adquirido através dos padrões tradicionais de comportamento.

Na teoria do direito de Hart, “haverá na verdade casos simples que estão sempre a ocorrer em contextos semelhantes, aos quais as expressões gerais são claramente aplicáveis, mas haverá também casos em que não é claro se se aplicam ou não” (HART, 2007, p. 139), a esses últimos dá-se o nome de situação de fato. Nestes, “a linguagem geral dotada de autoridade em que a regra é expressa pode guiar apenas de um modo incerto, tal como ocorre com um exemplo dotado de autoridade”. Assim sendo, “o poder discricionário que assim lhe é deixado pela linguagem pode ser muito amplo” (HART, 2007, p. 140),

Esta situação é fundamentada em decorrência da impossibilidade de se produzirem cuja aplicação fosse engessada a casos concretos não implicando em outra escolha, em uma produção *a priori* de norma que abarcaria todos os casos concretos, pois, simplesmente esse mundo não é o nosso mundo; os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer (HART, 2007). Por conseqüência, o autor reconhece a possibilidade de, nos casos não contemplados, resolver-se a questão através da escolha entre os interesses concorrentes, pela forma que melhor satisfazer o decisor.

Nesses, nos casos difíceis, onde é identificada a penumbra própria da incerteza, há a possibilidade de exercer-se um poder discricionário, não sendo possível haver uma resposta correta única distinta de uma resposta que seja um compromisso razoável entre muitos interesses conflitantes. Assim, define-se, então, que “a textura aberta do direito significa que há áreas em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários” (HART, 2007, p. 148) - juízes - , exercendo, em última análise, sua discricionariedade de caso para caso.

Hard justifica, então, que vai corroborada a idéia que Hoadly defendia, no sentido de que “seja quem for que tenha uma autoridade absoluta para interpretar quaisquer leis escritas ou orais, é ele o legislador para todos os fins e propósitos, e não a pessoa que primeiro as escreveu



ou formulou verbalmente” (HART, 2007, p. 154). Fica claro, portanto, que o julgador atua como efetivo legislador, decide como melhor lhe convir de acordo com a situação, mas, por certo, discricionariamente.

Chega-se, assim, a uma forma de negação de que os tribunais, ao decidir, estão sempre vinculados por regras: “o direito (ou a Constituição) é o que os tribunais dizem que é” (HART, 2007, p. 155). A textura aberta do direito deixa um poder de criação para o tribunal, pois, seja quais forem suas decisões, elas manter-se-ão até que seja alterada por legislação, e, esta, poderá ser novamente interpretada tendo o tribunal sobre ela a mesma palavra dotada de autoridade.

Inobstante a isso, o autor reconhece que as predições têm um papel importante no direito, e de fato ocorrem, embora reconheça que as regras, mesmo as de textura aberta, seriam limitadoras da discricionariedade, sem, contudo, excluí-la.

Assim, fica claro que Hart, embora entenda que o direito é um sistema de regras e que os julgadores devem a elas obediência, defende, da mesma forma, que há a discricionariedade e que é benéfica ao direito quando em casos de “penumbra”.

Outra dificuldade se apresenta quando o operador jurídico se depara com a “incerteza não de regras jurídicas concretas, mas da regra de reconhecimento, e por isso, dos critérios últimos usados pelos tribunais para identificar as regras de direito válidas”. Nestes casos poderiam os tribunais resolverem a(s) dúvida(s)?

Para responder a questão Hart usa os aspectos da soberania do Parlamento, que, segundo ele, trata-se de um poder que exerce a onipotência permanente, ou seja, uma soberania que não pode proteger suas leis de futuras revogações, constituindo-se parte da regra última de reconhecimento usada pelos tribunais para identificar regras válidas de direito (HART, 2007).

Contudo, o fato da regra de soberania parlamentar ser determinada em um ponto não significa que o seja em todos. “Podem suscitar-se questões acerca dela, para as quais não há no



presente resposta que seja claramente certa ou errada. Estas questões podem ser resolvidas apenas por uma escolha feita por alguém a cujas escolhas nesta matéria seja eventualmente seja conferida autoridade” (HART, 2007, p. 163). Aqui aparece a discricionariedade como elemento de resolução da lacuna, e neste ponto o tribunal pode (deve) ser chamado a decidir a questão.

Embora possa parecer paradoxal o fato dos julgadores testarem as próprias leis que lhes atribuem autoridade – Como pode uma constituição atribuir autoridade para dizer o que é a constituição? – o paradoxo desaparece quando se lembra que embora cada regra possa ter pontos obscuros, há como condição de possibilidade do sistema jurídico, que nem toda regra esteja sujeita a dúvidas em todos os pontos.

Por outro lado, trata-se de erro formalista se pensar que há uma previsão *a priori* de todos os passos a serem percorridos pelo tribunal, como se os seus poderes criadores fossem sempre uma forma de poder legislativo delegado (HART, 2007). Neste ponto Hart fundamenta a discricionariedade do tribunal quando, na franja dessas questões muito fundamentais, a coloca, também, como fundamental e bem-vinda.

Uma teoria que aceite a discricionariedade nos termos explicitados pode ser aproximada à teoria do estado de exceção, já que são encontrados inúmeros elementos análogos entre ambas. Portanto, quando se analisa as teorias de Herbert Hart e de Giorgio Agamben, se vislumbra a possibilidade de recepcionar o que atesta Dyzenhaus, ou seja, que esta decisão se dá em uma espécie de Estado de Exceção.

4. ESTADO DE EXCEÇÃO POSITIVISTA?

Discorrendo sobre a teoria do estado de exceção de Agamben e a necessidade de que o julgador decida casos que não se encontram acobertados pela lei ou, pelo menos, não são de fácil interpretação, denominados por Hart de casos difíceis, verifica-se um novo debate sobre a decisão neste novo campo que Dyzenhaus chama de “mini” estado de exceção. Resta saber se existem, realmente, características entre o soberano, no molde Schmittiano (MACCORMICK,



2008. p. 158) que decide sobre o Estado de Exceção, e um soberano julgador que, da mesma forma, decidirá sobre uma espécie de Estado de Exceção gerado pela penumbra?

Talvez a melhor forma de iniciar a formatação de uma resposta seja trazendo a conclusão de Neil MacCormick acerca da teoria Hartiana:

Na opinião jurídica tornou-se um lugar mais ou menos comum a perspectiva de que ao decidir tais casos problemáticos [hard cases] os juízes não encontram e aplicam o direito simplesmente, eles o fazem. Hart compartilha este ponto de vista (MACCORMICK, 2008. p. 158).

Esta passagem demonstra a característica fundamental da teoria de Hart, a criação do direito por parte do julgador como se legislador fosse, em um retorno ao estado pleromático, e a partir dela se pode construir o raciocínio no sentido de buscar a confirmação da tese de David Dyzenhaus.

A convergência inicial se verifica na dificuldade de conceituação do estado de exceção, eis que ele próprio está situado “numa ‘franja’ ambígua e incerta, na intersecção entre o jurídico e o político” (AGAMBEN, 2004, p. 11). A conceituação como uma franja ambígua, retirando a formalidade conceitual da exceção, aproxima a teoria do Estado de Exceção da teoria Hartiana da discricionariedade, uma vez que enquanto existe a normalidade interpretativa com a subsunção nada há que se falar em discricionariedade, uma vez que estes casos [easy cases] são facilmente resolvidos e decididos por parte do julgador. Já no momento em que a positivação ou a Constituição não definem uma resposta “correta”⁸ se pode dizer que o limbo existente é um momento de emergência, e, como tal, deve ser resolvido através da criação imponderável.

Este limbo emergencial bem poderia ser chamado de terra de ninguém (AGAMBEN, 2004, p.12), termo empregado por Agamben à zona de incerteza existente na decisão no estado de exceção. O local onde se inserem os casos difíceis é uma terra onde a positivação não atinge,

⁸ Não faz parte da busca do trabalho analisar a existência ou não da *resposta correta* nos moldes defendidos por Ronald Dworkin. O termo será usado metaforicamente a fim de caracterizar a resposta adequada constitucionalmente ao caso concreto.



ou pelo menos, não da maneira normal, e nela quem decide é o juiz, sem que precise ter vinculação com qualquer critério moral, apenas com seus critérios subjetivos.

Aqui há que se ter um cuidado redobrado, já que a legitimação de uma decisão embasada em critérios subjetivos, recepcionando uma discricionariedade indiscriminada nos casos difíceis, certamente levará à decisões onde a democracia e o decisionismo estarão aproximados, talvez separados por linhas tênues, contudo, sem uma diferença determinante. Portanto, a discricionariedade nos termos defendidos por Hart pode, sim, levar ao decisionismo e ao ativismo, e, por consequência, a uma decisão como a do soberano de Schmitt.

O que se verificou na história⁹ foi o uso indiscriminado de uma situação que era vinculada à guerra e ao uso militar para a garantia da soberania por parte dos poderes governamentais, especialmente o executivo, como expressão de plenos poderes, fazendo as vezes de executivo e legislativo. Os perigos de se estender plenos poderes ao judiciário em *hard cases* são claros, podendo-se, neste caso, cometer o mesmo erro que, *mutatis mutandis*, poderá levar (levou) o sistema jurídico a uma ditadura do julgador.

Assim como no estado de exceção defendido por Schmitt, quando o paradigma da exceção tornou-se a regra, muito mais como uma técnica de governo do que como medida excepcional, agora, em outro paradigma histórico, a partir da judicialização da política, onde o judiciário aparece como um transformador, a história se repete, com a ditadura do julgador correndo o risco de constituir-se em regra.

A decisão, nestes casos, embora não signifique a abolição da norma, alcança sua legitimidade na necessidade de decidir-se na penumbra. O fato de haver a imprescindibilidade da resposta do decisor faz com que sua criação tenha legitimidade, mesmo que por vezes invada a

⁹ Quando se fala em uso de plenos poderes por parte do executivo sob a alegação de guarda da constituição se está fazendo referência ao uso indiscriminado do art. 48, § 2º da Constituição de Weimar por parte do governo Alemão, quando, por inúmeras vezes, suspendeu direitos fundamentais e governou através de decretos. O resultado todos conhecemos: a ascensão do Nazismo e a consolidação da ditadura.



seara de outros poderes, constituindo-se, a necessidade, em uma espécie de “fonte primária e originária da lei” (AGAMBEN, 2004, 43-44).

Para Agamben, alguns autores defendem que no estado de necessidade “o juiz elabora um direito positivo de crise, assim como, em tempos normais, preenche as lacunas do direito” (AGAMBEN, 2004, 48). Aqui mais uma vez se aproxima a teoria da exceção à teoria jurídica das lacunas do direito, ou, mais precisamente com a teoria da discricionariedade de Hart. No momento em que o juiz tem a obrigação de pronunciar um julgamento, mesmo diante da lacuna da lei, aplicá-lo sem uma vinculação moral apenas a partir de seus pré-conceitos e subjetividades leva ao caminho natural do decisionismo e da discricionariedade.

O autor entende que “o estado de exceção não é uma ditadura, mas um espaço vazio de direito, uma zona de anomia em que todas as determinações jurídicas estão desativadas, o *‘iustitium’* inexecuta o direito” (AGAMBEN, 2004, p.78). O estado de exceção se trata, portanto, de um estado vazio de direito, já que é sua inexecução, sua natureza escapa de qualquer definição jurídica, parecem situar-se em um não-lugar absoluto.

Tal situação é paradoxal, uma vez que ao mesmo tempo que é inconcebível um vazio jurídico para o direito, este se demonstra decisivo para a ocorrência do estado de exceção. Da mesma forma uma decisão que julga através da discricionariedade forte se encontra neste não-lugar, fora de qualquer definição jurídica, pois a norma positivada ou não dá enquadramento para subsumir o caso à regra, ou é dependente de uma análise difícil, dependendo do critério subjetivo criador do judiciário.

De qualquer forma, quando se investiga os lugares comuns entre a teoria defendida por Agamben e a teoria jurídica de Hart chega-se à conclusão de que a decisão na penumbra pode, sim, ser considerada uma decisão em um estado de emergência, ou, como diz Dyzenhaus, em um “mini” estado de exceção. Para ele:



A ordem pode ser assegurada na medida em que os casos centrais do direito são amplos o suficiente. Mas se os limites entre a essência e penumbra não puderem ser claramente estabelecidos, a essência parece desaparecer e então, para os positivistas, o estado de emergência não pode mais ser controlado (DYZENHAUS, 1999, p. 15).

Este descontrole – que deveria ser evitado – continuará ocorrendo enquanto se deixar à critério – subjetivo, diga-se de passagem – do julgador. A exemplo de outrora, nos casos encobertos pela penumbra, onde a exceção impera, a decisão será tomada como o soberano que decide sobre o estado de exceção; arbitrariamente.

Eis o risco da manutenção de um estado de exceção positivista. Eis a necessidade de uma modificação de paradigmas na teoria do direito. Eis a imprescindibilidade de se trabalhar com uma teoria do direito que amarre a si uma leitura moral.

5. CONCLUSÃO

Trabalhou-se aqui em cima da afirmação feita por David Dyzenhaus que a penumbra de incerteza de Hart é um tipo de “mini” estado de exceção para a teoria positivista do direito. A partir de tal assertiva fez-se a análise das obras de Giorgio Agamben e sua teoria do estado de exceção, e Herbert L. A. Hart no ponto em que trata da zona de penumbra da lei e a possibilidade da decisão discricionária por parte do julgador na tentativa de aproximá-las e confirmar a tese de Dyzenhaus.

Pela investigação exercitada se pode concluir em sentido positivo, ou seja, as características que embasam o estado de exceção são encontradas, senão de modo direto, analogicamente, nas decisões relativas aos *hard cases*.

Diante de tal panorama, a preocupação com o exercício do julgador em tais casos aumenta, uma vez que se demonstrou que o uso indiscriminado da decisão em face de zonas de incerteza levam ao distanciamento da democracia e a uma aproximação do autoritarismo, e, no caso das decisões judiciais, do decisionismo e ativismo.



Portanto, não há como deixar de vincular a decisão legitimada pela emergência, ou, no caso da teoria Hartiana pelas franjas da lei, à decisão do soberano que decide sobre o estado de exceção, o que certamente corrobora a tese de David Dyzenhaus de um estado positivista descontrolado e antidemocrático.

É por isso que se deve superar o ceticismo positivista em direção a uma teoria que amarre a si uma leitura moral do direito a fim de que não se incorra no erro de decidir-se discricionariamente em situações de emergência e, ao fim e ao cabo, se possa concretizar a própria democracia.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004.

BEAUD, Olivier. *Les derniers jours de Weimar. Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*. Paris, Ed. Descartes & Cie. 1997.

BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, O Estado Total e o Guardião da Constituição. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo. n. 1, p. 195-201, jan./jun., 2003.

DWORKIN, Ronald. É o direito um sistema de regras? *Estudos Jurídicos. Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos*. V. 34. n. 92. Ed. Unisinos, 2001.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DYZENHAUS, David. *Legality and Legimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Oxford University Press, 1999.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Fundação Calouste Gulbenkian – Serviço de Educação e Bolsas. 5ª edição, 2007.

MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Califórnia. Stanford University Press. 2ª Ed, 2008.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.



Revista da Faculdade de Direito da UERJ-RFD- Rio de Janeiro, v.1, n.23, 2013, **ISSN 22363475**

SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Tradução Elizete Antoniuk. Coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.