XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

ANDREA ABRAHAO COSTA

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

C755
Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS
Coordenadores: Andrea Abrahao Costa; Paulo Roberto Barbosa Ramos. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-687-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

Constituição e Democracia II, coletânea de artigos apresentados durante o XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Porto Alegre, de 14 a 16 de novembro de 2018, apresenta uma qualificada síntese sobre as principais discussões travadas atualmente no Brasil que orbitam em torno dos significantes constituição e democracia. Todos os artigos apresentados possuem conexão direta ou indireta não somente com o tema central da coletânea, mas também entre si, uma vez que estão comprometidos com mecanismos voltados a garantir a perenidade do texto constitucional de 1988 e a criar tanto condições para um processo maior de participação dos cidadãos no processo decisório, quanto reais condições materiais para que aquele ultrapasse a linha do formal. Pois bem. Os artigos tratam da tecnologia para garantir o controle do desempenho da atividade parlamentar, como também a respeito do princípio federativo, essencial para a descentralização do exercício do poder, notadamente em países com grandes extensões territoriais e diversidade culturais, como é o caso do Brasil; globalização e democracia, fenômeno que tem impactado sobremaneira na dinâmica de vida de todos os povos do planeta; ativismo judicial, questão que assumiu grande relevância na sociedade brasileira diante da atuação questionável do Supremo Tribunal Federal, que se impôs, nos últimos anos, como árbitro de crises políticas nacionais, ocasionadas por certas incoerências decorrentes do próprio texto constitucional e de atitudes não aceitáveis de agentes do executivo e legislativo; direitos humanos, temática de grande relevância para a garantia da dignidade da pessoa humana, mas que precisa ser melhor trabalhada e compreendida na sociedade brasileira, de modo a garantir de forma efetiva a integridade moral e física do ser humano e, finalmente, a experiência de nações mais desenvolvidas, a exemplo dos EUA, que lançaram mão da Suprema Corte para desempenhar, dentro de um Estado Federal, mecanismo de controle em relação aos poderes tirânicos eventuais do executivo, legislativo ou mesmo de maiorias ocasionais. Portanto, todos os artigos estão sintonizados com as preocupações do nosso momento histórico, razão pela qual devem ser lidos com atenção, de modo a tornar os debates sobre as questões abordadas ainda mais qualificados.

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos – UFMA

Profa. Dra. Andrea Abrahao Costa – FESPPR

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

OS LIMITES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO: BREVE ANÁLISE A PARTIR DA INTERVENÇÃO MILITAR NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

THE LIMITS OF THE DEMOCRATIC STATE OF BRAZILIAN LAW: BRIEF ANALYSIS FROM THE MILITARY INTERVENTION IN THE STATE OF RIO DE JANEIRO

Viviane Aprigio Prado e Silva
Linia Dayana Lopes Machado

Resumo

O presente texto busca analisar violações a direitos e garantias, como em estados de exceção, como limites à Constituição. Observa-se, nesse sentido e em um primeiro momento, as bases filosóficas do Estado, de Hobbes a Rousseau, já acenando para tais limites. Em uma segunda etapa, analisa-se a intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro como exemplo emblemático desta questão no Brasil. O método é o fenomenológico-hermenêutico, como revisão crítica dos temas herdados pela tradição. A matriz teórica é a Crítica Hermenêutica do Direito.

Palavras-chave: Estado, Direitos e garantias, Democracia, Intervenção

Abstract/Resumen/Résumé

The present text seeks to analyze violations of rights and guarantees, as in states of exception, as limits to the Constitution. The philosophical bases of the state, from Hobbes to Rousseau, are already noted in this sense and in the first place, already waving to such limits. In a second stage, the federal intervention in the State of Rio de Janeiro is analyzed as an emblematic example of this issue in Brazil. The method is phenomenological-hermeneutic, as a critical review of the themes inherited by tradition. The theoretical matrix is the Hermeneutic Critique of Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: State, Rights and guarantees, Democracy, Intervention

1 INTRODUÇÃO

A nova ordem do poder mundial funda-se a partir de um modelo governamental que se define como democrático. Ao longo do século passado, as democracias tornaram-se a forma política, no sentido de organização da vida e partilha do poder, hegemônica no globo (SADER, 2003). A democracia é um *valor*, e até mesmo países unipartidários, como a República Popular *Democrática* da Coreia (do Norte), por exemplo, fazem menção a esta possibilidade política como *referência*. Contudo, para além do paradoxal exemplo asiático, é também necessário considerar que o fenômeno operado pelas instituições representativas liberais é, *grosso modo*, opulento em promessas e utopias. Ainda que a democracia pareça possível em sua idealidade, parece não encontrar meios para se concretizar substancialmente.

O século XX, definido por Eric Hobsbawm (2002) como a "Era dos Extremos", foi pautado por conquistas democráticas e esfacelamento de regimes ditatoriais e totalitários. Os regimes democráticos difundiram-se sob o discurso da garantia de liberdade e igualdade entre os cidadãos, capazes de participar ativamente do processo político, colaborando, portanto, para moldar a própria organização política. Em suma, a democracia apresentava-se como um meio de interação entre iguais, em que não haveria domínio e submissão entre pares (ARENDT, 2009).

Inserida na talvez maior invenção política da modernidade, o Estado (CREVELD, 2004), o uso de força e a violência seriam igualmente monopolizados pela organização estatal (na clássica lição de Weber (1996), mas não mais em nome da manutenção do poder associado a um soberano (LEFORT, 1991)). Além disso, em um Estado de Direito, a Constituição seria o instrumento hábil à limitação desse mesmo poder do Estado, prevendo direitos e garantias fundamentais a todos os homens[1].

Entretanto, são esses mesmos Estados, considerados democráticos, corriqueiros exemplos de violações a tais direitos e garantias. O Brasil, nesse sentido, não se furta a esse cenário, e a recente intervenção no Estado do Rio de Janeiro é bom e recente exemplo desta realidade. Neste estudo, pretende-se investigar justamente a percepção difusa que a sociedade vive, sob uma espécie de *nova técnica* de governo, envolta sob a forma de um Estado de Direito, mas caracterizada por um "traço do Estado Absolutista no meio do governo republicano e democrático" (BRASIL, 2011).

---

[1] Ver sobretudo o capítulo 2, *Constitucionalismo e democracia: o valor da Constituição e o papel da jurisdição constitucional em países de modernidade tardia*, de STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso** – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Metodologicamente, este estudo é guiado pelo pressuposto fenomenológico-hermenêutico, ancorado às bases filosóficas de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer. Essa metodologia move a redação do texto a partir do questionamento sobre os limites da intervenção federal, no sentido de questionar se situações excepcionais autorizam a relativização de garantias. Para além disso, o artigo ganha suporte na produção teórica de Lenio Streck, especialmente em sua crítica à discricionariedade e na análise que faz sobre a relação entre os três Poderes. É a partir, então, das reflexões da Crítica Hermenêutica do Direito[2], movimento cunhado pelo jurista gaúcho, que o trabalho se desenvolve.

2 BASES FILOSÓFICAS DO ESTADO: LIMITES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No século XVII, autoridade política e autoridade legal ainda se encontravam unidas na figura do soberano (HOBBES, 2002). Era somente através deste que a ainda insipiente figura do indivíduo se constituía como sujeito político e sujeito de direitos. O Estado era visto ao mesmo tempo como entidade política e jurídica. Os súditos não possuíam nenhum direito de resistir às ações dos soberanos. A lei era subordinada à política e constituía uma expressão das relações de poder existentes.

No século XVIII, inicia-se o processo de autonomia do Direito em relação à política, estabelecendo limites legais aos poderes dos soberanos. Entretanto, é preciso ter claro que o Estado de Direito era, ainda, concebido apenas como um modelo de limitação do Estado, e não pressupunha a criação de leis por um regime democrático. É a partir das revoluções ditas liberais, como a Francesa, de 1789, e a Norte-americana, de 1776, que o regime fundado na liberdade e na igualdade, entre seus princípios fundamentais, passa não apenas a moldar, mas a também ser moldado pela sociedade.

Antes, retornando às bases filosóficas que, junto a Bodin e Maquiavel, moldam a instituição que se desenharia como o Estado em sua concepção moderna, Hobbes dirá que, anterior à consolidação de um poder político organizado, os homens viviam em um *estado de guerra de todos contra todos* (HOBBES, 2002). É, segundo o contratualista inglês, a figura do *Leviatã*, ou seja, a do soberano, aquela capaz de, enfim, fazer cessar o antagonismo e a

[2] Para quem quiser ter uma visão abrangente sobre a proposta teórica de Lenio Streck, acessar a recente obra: STRECK, Lenio Streck. **Dicionário de hermenêutica:** quarenta temas fundamentais de teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

insegurança que caracterizam o *estado de natureza*. A paz vem, como se vê, do soberano (que se confunde com o Estado). De acordo com Hobbes (2002, p. 35-36),

> Os homens não podem esperar uma conservação duradoura se continuarem no estado de natureza, ou seja, de guerra, e isso devido à igualdade de poder que entre eles há, e a outras faculdades com que estão dotados. Por conseguinte o ditado da reta razão – isto é, a lei de natureza – é que procuremos a paz, quando houver qualquer esperança de obtê-la, e, se não houver nenhuma, que nos preparemos para a guerra.

A metáfora hobbesiana, na aurora da modernidade política, é, como se vê, atual. O preceito do monopólio estatal preconiza que o Estado é o centro único do poder, fonte legítima de normas jurídicas, afirmando que a unicidade do Direito asseguraria a ordem e a segurança necessárias ao progresso. Essa concepção de que todas as pessoas devem submeter-se à autoridade política estatal, inclusive às normas jurídicas impostas pelo Estado, resulta em um monismo jurídico que elimina toda a faticidade e axiologia jurídica, restando à norma apenas o enfoque técnico-jurídico de validade, de modo que, portanto, o Direito restringe-se à norma (WARAT, 1995). O resultado dessa percepção é o abandono tanto da descentralização do poder como do pluralismo de ordenamentos jurídicos.

De outro lado, as teses pluralistas surgem como contraponto a esse mesmo monismo positivista. O Estado não detém o monopólio de produção de normas, e não resume o Direito ao Direito estatal. Essas fontes normativas oriundas do seio da sociedade muitas vezes buscam uma "alternativa de administração democrática da justiça" (SANTOS, 1988, p. 99), uma opção emancipatória ao Estado, em que pese seja certo que esse Direito alternativo pode ser legítimo, justo e humanitário ou às vezes ser mais violento ou autoritário que o Direito estatal.

Entretanto, para o Estado "não se reconhece mais outro ordenamento jurídico que não seja o estatal, e outra fonte jurídica do ordenamento estatal que não seja a lei" (BOBBIO, 1997, p. 13). Em decorrência disso, o poder estatal é um poder absoluto porque emerge como o único capaz de produzir o Direito.

Ressalte-se que há uma relação íntima entre Estado e violência, pois sem o uso da violência o Estado seria eliminado. O Estado, no mais, não suporta o conflito. "O Estado é uma comunidade humana que pretende, com êxito, o monopólio do uso legítimo da força física dentro de determinado território" (WEBER, 1996, p. 56).

O Estado adquiriu o monopólio da violência para proteger o indivíduo de ser morto pelo próximo. Encontra-se aí um dos principais motores do Estado, que é a desconfiança do

outro, ainda em Hobbes, e consequentemente, a busca por segurança (ARENDT, 2000). A existência desta contradição entre a paz e a violência é condição sem a qual não há Estado. Logo, a "*raison d'être*" do Estado é a necessidade de dar alguma segurança ao indivíduo, que se sente ameaçado por todos os seus semelhantes (ARENDT, 2009). Há, de outra forma, uma espécie de *contrato*.

De acordo com Rousseau (2002, p. 48), "o contrato social tem por objetivo a conservação dos contratantes". Afirma ainda o contratualista francês que a violação do contrato social torna o malfeitor traidor da pátria. Declara-se guerra a ele, e "faz-se preciso que um dos dois pereça", o Estado ou o traidor. Aquele que ataca o Direito deixa de ser membro do Estado, posto que está em guerra com ele, devendo ser segregado pelo exílio ou pela morte, como inimigo público. Como se vê, o Iluminismo que inspira o movimento revolucionário francês também não admite o conflito. A diferença para Hobbes, contudo, é a fonte do poder. Para o inglês, o soberano. Para o francês, a *maioria*, que pode ser tão autoritária e arbitrária quanto o primeiro, como de resto se mostrou o que se seguiu à Queda da Bastilha, não à toa, lembrado como *Terror*[3].

Portanto, até mesmo para a inspiração rousseauniana, quem abandona o contrato social perde todos os direitos como cidadão. Para Jakobs e Meliá (2012), o ordenamento jurídico deve manter-se dentro do Direito para os cidadãos, e a coação é o meio empregado àqueles que violam o pacto social. Assim, no mesmo contexto jurídico, há duas esferas isoladas de Direito Penal: o do cidadão e o do inimigo. Desse modo,

> Um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. E que o estado de natureza é um estado de ausência de normas, isto é, de liberdade excessiva, tanto como luta excessiva. Quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde há de submeter-se a esta determinação (JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 35).

Jakobs e Meliá (2012, p. 41) delimitam a área de atuação do Estado Democrático de Direito ao definir inimigo. Explicam que, a princípio, o criminoso deve manter-se dentro do Direito. Apenas aquele que delinque de modo persistente deve ser tratado como inimigo. Partindo-se do pressuposto de que o inimigo é "um adversário do ordenamento jurídico", a punição visa eliminar o mal e legitima-se sob o fundamento de que o Estado tem o direito de garantir a segurança dos cidadãos (e também garantir a sua própria existência).

Haveria, portanto, limites ao Estado Democrático de Direito?

---

[3] Daí a importância de Constituições como limite ao poder, inclusive às maiorias.

Haveria, ainda, *exceção* ao Estado Democrático de Direito?

Considerando as bases filosóficas até aqui analisadas, ainda que muito sumariamente, a resposta parece positiva. Há limites para o Estado Democrático de Direito, de forma que os princípios e garantias constitucionais seriam vigentes àqueles que não transgridem o pacto social, ou se transgridem, no entendimento de Jakobs e Meliá (2012), apenas de forma não reincidida e sem periculosidade.

Schmitt (2008), constitucionalista alemão ligado ao nacional socialismo, entende que o poder de decidir sobre amigo-inimigo recai sobre o soberano, e esse conceito-limite define o âmbito de aplicação do Direito. É ao Estado que cabe a determinação de seus próprios inimigos internos e externos. Mesmo excluídos das garantias constitucionais, não significa que estão absolutamente excluídos do ordenamento jurídico, pois ainda encontram-se sob o domínio do soberano. Porém, para Serrano (2016, p. 7),

> Os inimigos da sociedade vão sendo construídos politicamente e aleatoriamente [...] pois a figura do inimigo clama por um Estado autoritário e, em alguma medida, funciona como mecanismo de controle dos avanços e conquistas de uma maioria que sempre viveu marginalizada, mas que, com o fortalecimento da democracia e dos mecanismos de soberania popular, acabam ascendendo aos poderes com representatividade política.

A partir deste autor, como se vê, a decisão que reconhece e declara o *estado de exceção*, entretanto, não é somente política, mas se recobre de um sentido jurídico. Afinal, o "caso de exceção revela a essência da autoridade estatal da maneira mais clara. Nele, a decisão se separa da norma jurídica e (em uma formulação paradoxal) a autoridade demonstra que não necessita ter direito para criar direito" (SCHMITT, 2006, p. 28).

A figura do inimigo não é, contudo, uma novidade, e corresponde à condição do *homo sacer* (homem sacro) da Roma Antiga. Em sentido estritamente negativo, a *sacralidade desse homem* correspondia a deixá-lo à própria sorte, ou seja, submetido à ira e ao desejo dos deuses, uma vez que, por seus atos, atentou contra a paz entre os homens e os próprios deuses. Era, portanto, um inimigo público, alguém que atentava contra a própria *Cidade*. Era, de outro modo, a figura do Direito Romano em que a vida humana era incluída no ordenamento unicamente sob a forma de sua exclusão. A vida do *homo sacer* era desprovida de valor. Tratava-se, em realidade, de um homem que o povo julgou por um delito e, embora não seja lícito sacrificá-lo, quem o matasse jamais será condenado por homicídio (AGAMBEN, 2002).

No atual Estado Democrático de Direito, por sua vez, a exceção se dá no próprio modelo, quando os direitos e garantias não atingem uma significativa camada da população. O

Estado Democrático de Direito acaba por ser excludente de uma massa à sombra da proteção jurídica, sob a qual não incide qualquer proteção. O Estado de exceção reflete o vazio do não Direito, a sombra do texto constitucional, do espaço em que a norma não é refletida, ou mais do que isso, sequer percebida (AGAMBEN, 2004).

Trata-se de uma "terra de ninguém", descrita por Agamben (2004, p. 12) como uma "zona incerta na qual o estado de exceção apresenta-se como forma legal daquilo que não pode ter forma legal", em que o próprio Direito retira dos cidadãos os seus direitos. O *fundamento* desse vácuo deixado pelo Estado advém do Direito, que prevê, em situações excepcionais de perigo (neste caso, a segurança dos cidadãos e a própria existência do Estado), a supressão de determinados direitos, visando proteger bens jurídicos considerados mais relevantes. O denominado *Estado de Necessidade* permite que uma ação, inicialmente ilícita, torne-se permitida pelo Direito, justificando a suspensão de toda a ordem jurídica vigente, a fim de preservar o Estado (SCHMITT, 2006).

Importante, aqui, recapitular o conceito de exceção, compreendido como um estado ou situação excepcional, não previsto pela ordem jurídica e que se define "como um caso de extrema necessidade, de perigo para a existência do Estado ou algo como tal, mas que não pode ser circunscrito numa tipificação" (SCHMITT, 2006, p. 23). Serrano (2016, p. 6) afirma, contudo, que "o caráter provisório que deveria marcar a exceção se desvirtua com a criação voluntária de um Estado de emergência permanente, que permite um agir soberano, em que a decisão se torna superior à norma jurídica".

Esse mesmo autor distingue dois tipos de Estado de exceção: o primeiro, autorizado e regulado pelo Direito, a ser aplicado em situações de graves conflitos; o segundo, em que por decisão política soberana suspendem-se direitos, submetendo-se o jurídico ao político. Assim, traços da cultura absolutista e autoritária permanecem presentes nas democracias contemporâneas, através do Estado de exceção que se manifesta através da suspensão de direitos por uma decisão do *soberano*. Esse Estado encontra-se em uma esfera entre o jurídico e o político, em zona de sombra que mascara a presença do Estado de exceção nas democracias, fenômeno, diga-se, pouco estudado pelo Direito.

Por sua vez, Agamben (2004, p. 186), a partir desse mesmo conceito, denota a ideia de uma inclusão numa ordem que se revela voltada à exclusão:

> [...] o projeto democrático-capitalista de eliminar as classes pobres, hoje em dia, através do desenvolvimento, não somente reproduz em seu próprio interior o povo dos excluídos, mas transforma em vida nua todas as populações do Terceiro Mundo.

Essa ampla violação dos direitos do cidadão e da democracia indica que há um limite ao Estado de Direito no Brasil. Assim,

> [...] a lei limita sua preocupação com o marginalizado/excluído para mantê-lo fora do domínio do governado pela norma que ela mesma circunscreveu. A lei atua sobre essa preocupação proclamando que o excluído não é assunto seu. Não há lei para ele. A condição de excluído consiste na ausência de uma lei que se aplique a ela (BAUMAN, 2004, p. 43).

Não há universalidade da lei, pois, ao traçar o limite de sua aplicabilidade, se estabelece o *dentro*, protegido pela norma, e o *fora*, ausente do sistema de Direito e garantias, criando, assim, uma categoria de marginalizados. Trata-se de um paradigma de governo, uma técnica que cada vez mais é empregada pelos Estados, e não apenas uma medida excepcional. O Estado de exceção, modelo constitutivo dessa ordem jurídica, é incompatível com os preceitos constitucionais democráticos, na medida em que ignora a igualdade substancial e o princípio da dignidade humana.

Serrano (2016, p. 9-10), ao discorrer sobre como o ativismo judicial colabora com a criação de um Estado de exceção através da judicialização da política, defende que o Estado Democrático de Direito só existe (em países como o Brasil) para a parcela da população economicamente incluída, como também pondera Streck[4], havendo a coexistência de dois Estados: o democrático e o de exceção. Ainda segundo o autor,

> O terrorista, o traficante, o corrupto, o pedófilo ou qualquer acusado de crime infamante, quando imputada a conduta de forma pública, pela mídia ou por outras formas construídas de consensos sociais, se vê objetivamente excluído de sua proteção mínima como ser humano no âmbito político-jurídico.

O Estado Democrático define-se pela permanente finalidade da homogeneização, garantindo a igualdade substancial concreta da sociedade, que é condição para a continuidade da unidade política do povo e, portanto, para a legitimidade democrática. “A igualdade democrática é, pois, uma igualdade substancial. Todos os cidadãos podem ser tratados como iguais, ter igualdade frente ao sufrágio, etc., porque participam dessa substância” (SCHMITT, 2008, p. 265). Democracia, portanto, não se restringe a um mero mecanismo para a seleção de

[4] Lenio Streck fala de países de modernidade tardia, como o Brasil. Ver, principalmente, o primeiro capítulo de STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise** – uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado: 2014.

governantes, como na democracia procedimental do liberalismo, mas à democracia substancial, que se traduz na reiteração contínua da unidade política do povo.

A liberdade, a igualdade, o direito à propriedade, a segurança são os direitos reconhecidamente difundidos pelos ideais democráticos. No entanto, sob o discurso de promover a segurança dos cidadãos, conceito que parece supremo em sociedades como a nossa, o Estado tem promovido ações em detrimento de determinados grupos sociais, violando claramente a ordem constitucional democrática vigente.

Ocorre, entretanto, que as constituições modernas são instrumentos jurídicos com o propósito de estabelecer limites ao poder estatal, baseados na separação de poderes e na garantia de direitos fundamentais. Mesmo assim, na história do século XX, é possível perceber que as constituições não só foram incapazes de impedir a irrupção do autoritarismo, como podem ser, também, abertamente utilizadas por regimes autoritários.

Na atualidade, o Estado já não pode mais cumprir a sua função social. Suas atividades têm se resumido, quase que exclusivamente, a estabelecer limites ao convívio entre a sociedade e os grupos marginalizados. As políticas segregacionistas destinadas ao controle da população, tais como construção de prisões, o aumento de condutas criminalizadas e delitos puníveis com pena de prisão evidenciam a redução das funções protetoras do Estado, limitando-se à intervenção penal.

O recuo do Estado promove uma crise de sua legitimidade, e os governos têm buscado avidamente esferas de atividade em que possam afirmar sua soberania e sua funcionalidade. Portanto, o discurso estatal também tem contribuído para esse maniqueísmo simplista: aproveitando-se da fragilidade social, legitima sua autoridade através da promessa de segurança, desconstruindo a precariedade social.

Esse processo tem relação direta com a construção da figura do inimigo. Para Serrano (2016), essa figura é construída discursivamente por meio de uma definição política, sendo o inimigo alguém que inspira medo na sociedade e, por isso, “clama” por medidas autoritárias. O inimigo pode ser o judeu durante o regime nazista, o terrorista após o Onze de Setembro ou o *bandido* na sociedade brasileira contemporânea.

A esta figura nega-se o conceito de pessoa. Ao comentar a influência do Cristianismo na construção desse conceito, Serrano (2016, p. 6) afirma que, ao conceber os homens como irmãos, todos filhos do mesmo Pai, esta religião iguala todos os seres humanos. Nesse sentido,

> Ao divorciar o homem de sua apropriação como coisa para tratá-lo como filho de Deus, membro de uma imensa família humana, aliou-se a noção de homem à de igualdade e justiça. Todos somos essencialmente iguais porque originários do mesmo Pai. A noção de humanidade se sobrepôs à noção de povo, materializando-se universalmente e ganhando contornos no direito positivo por meio do princípio da dignidade humana.

O princípio de dignidade humana presente na Constituição limita o poder de ação do próprio Estado sobre o indivíduo. A anuência da população ao processo de construção da figura do inimigo é obtida com a fomentação do medo e do maniqueísmo, e a promessa de segurança tem sido a justificativa utilizada para novas tecnologias de exclusão social. Com isso, a repressão desmedida é considerada como única alternativa para promover a momentânea sensação de tranquilidade social.

Assim, o medo e a insegurança decorrentes da crescente criminalidade têm gerado "padrões elaborados de comportamento de evitação" (YOUNG, 2002, p. 37). Em geral, grupos que se sentem ameaçados com a ordem social constroem espaços reclusos para sua residência, trabalho, lazer e consumo, visando produzir uma homogeneidade social.

A reconfiguração dos espaços públicos, a reclusão de alguns grupos sociais teoricamente ameaçados e a privatização da segurança demonstram um contexto de amplo descrédito nas instituições de ordem, desafiando o monopólio do uso legítimo da força do Estado. Na verdade, a criminalidade tem oferecido um contexto fértil, no qual estereótipos circulam e a discriminação social é moldada (CALDEIRA, 2002).

Nesse sentido, no Brasil contemporâneo, muitos marginalizados/excluídos são frequentemente vistos como o *inimigo*, como uma ameaça ao Estado, e daí decorre a suspensão de seus direitos ou o não reconhecimento deles. Assim, de acordo com Serrano (2016, 49), o "bandido inimigo não é o cidadão que erra, mas o sujeito que deve ter seus direitos suspensos, inclusive o direito à vida. Esses inimigos vivem sob a égide permanente de um Estado de polícia".

Atualmente, o que se indaga não são as causas da criminalidade, mas qual a resposta do Estado à criminalidade. Os cidadãos buscam obsessivamente a punição dos excluídos, numa tentativa de criar uma base segura. Isto é, "reafirmar valores como absolutos morais, declarar que outros grupos não têm valor, estabelecer limites distintos do que é virtude ou vício, ser rígido em vez de flexível ao julgar, ser punitivo e excludente em vez de permeável e assimilativo" (YOUNG, 2002, p. 34-35).

As críticas à justiça penal quanto à sua eficiência na prevenção do crime, a impunidade e a legislação são vazias, na medida em que se atende àquilo que ela se propôs

quando foi concebida, ou seja, "como instrumento tático importante no jogo de divisões que ela queria introduzir" (FOUCAULT, 2007, p. 56).

Neste domínio, o sistema de justiça criminal vem se mostrando completamente ineficaz na contenção da violência no contexto do Estado Democrático de Direito. Problemas relacionados à lei e à ordem têm afetado a crença dos cidadãos nas instituições de Justiça, estimulando, não raro, soluções privadas para conflitos nascidos nas relações sociais e nas relações intersubjetivas.

3 INTERVENÇÃO FEDERAL, DISCRICIONARIEDADE E LIMITES À CONSTITUIÇÃO: UM PROBLEMA HERMENÊUTICO

A intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro parece *case* emblemático da discussão até aqui entabulada. De um amplo setor da sociedade, inclusive além dos cidadãos diretamente atingidos, ou seja, os fluminenses, há um clamor pela intervenção, como aponta pesquisa divulgada pela Confederação Nacional de Transportes[5]. É por esse discurso não apenas legítima a decisão do presidente Michel Temer como, também, necessária. É preciso, afinal, traçar limites à criminalidade que, assim como outros graves problemas sociais, impõe uma dura rotina àquele Estado.

A pergunta que deve ser feita diante do cenário que se apresenta é: *como compreender adequadamente a intervenção federal*? E, como diz Lenio Streck, compreender adequadamente no Direito implica *olhar para este acontecimento em sua melhor luz* (numa metáfora de Dworkin): *à luz de um recorte constitucional*, isto é, nos limites hermenêuticos da Constituição e daquilo que a teoria do Direito (democrático) forjou (STRECK, 2017b). Em outras palavras, a pergunta que se faz é: quais os limites hermenêutico-constitucionais para que ocorra uma intervenção federal?

Prevista na Constituição de 1988 no Capítulo VI, nos artigos 34[6] e seguintes, a intervenção federal é, como lembra Streck (2018), é "remédio amargo", e não corresponde a

---

[5] De acordo com pesquisa, "69% [da população] afirma que a decisão do governo foi correta. Enquanto isso, 12,3% dos entrevistados discordam da medida e acham que ela foi inadequada" (BAND, 2018).

[6] Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: I - manter a integridade nacional; II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra; III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública; IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação; V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que: a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior; b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei; VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial; VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa

um “mal em si”. Ou seja, a intervenção federal foi criada com finalidades específicas, para ser utilizada excepcionalmente. O problema surge quando se visualiza uma distorção ou um excesso em seu uso. Como pontua o jurista, um “juízo *jurídico* exige que os direitos e garantias sejam respeitados”. Isto é, a Constituição é que deveria impor limites à intervenção. E não o contrário.

Contudo, diferente é a realidade que se vê. Sob a discussão de mandados coletivos, *fichamento* de moradores das comunidades mais pobres (sabidamente, já assoladas pelo tráfico de drogas e pelas guerras entre facções) e uma clara falta de detalhamento, no decreto, sobre o controle de abusos e limites da própria intervenção, o que se tem é um claro ato discricionário do presidente da República, em matéria em que, entende-se, deveriam ser atendidos os requesitos constitucionais.

De outro modo: intervenção federal não é ato de vontade, ainda que com amplo apoio popular, em que pese o entendimento do ministro Celso de Mello, ao negar o pedido de liminar feito pelo deputado federal Ivan Valente (PSOL de São Paulo), para suspender a análise pelo Congresso do decreto de intervenção[7].

Considerando o *grave comprometimento da ordem pública*, uma das hipóteses constitucionais para a intervenção federal, o decisionismo do presidente parece evidente. É que, afinal, para um Estado sabidamente marcado tradicionalmente pelas festas de Carnaval, o momento que antecede à intervenção não caracterizou, de todo modo, fundamento para a intervenção: a capital fluminense figurou entre as cidades mais procuradas para os festejos e, segundo o Ministério do Turismo, junto a outras quatro cidades, estimou movimentação financeira de R$ 7,4 bilhões *com* o Carnaval[8].

Ou seja, ao que parece, em cenário que difere de *grave comprometimento da ordem pública*, foi a intervenção ato de vontade do Executivo. Interessante, mais uma vez, o posicionamento de Streck, ao trazer à luz do debate a intervenção do Reich na Prússia, em 1932. Também lá, a decisão não foi considerada objeto de controle do Tribunal do Reich:

---

humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino (Incluída pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996); e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000).

[7] Para o ministro, “o presidente da República tem o poder para determinar intervenção federal de acordo com seu exclusivo juízo político, a partir de sua própria avaliação, não cabendo ao Judiciário avaliar a necessidade, utilidade ou conveniência do ato". (CONJUR, 2018).

[8] Carnaval deve atrair mais de 10 milhões de turistas e movimentar R$ 11 bilhões. (ABC, 2018).

> Do lado do Reich, estava Carl Schmitt e sua interpretação do artigo 48 da Constituição de Weimar, para quem o presidente seria o "soberano" por deter o poder de decretar o "estado de exceção", sendo, portanto, um juízo, sobretudo, político e não passível de controle por tribunais, na medida, inclusive, em que é a própria Constituição que prevê a possibilidade de intervenção federal (eis o perigo de se dizer, no Brasil, que a intervenção depende do poder discricionário do Presidente). Já do lado da Prússia estava Hermann Heller, para quem as competências do presidente, previstas no artigo 48, embora envolvessem questões políticas e jurídicas, *eram passíveis de controle judicial, de acordo com os princípios da democracia social e do federalismo, sendo, portanto, uma intervenção federal sujeita ao controle da proporcionalidade* (STRECK, 2018).

O exemplo alemão, trazido à luz da discussão através de Lenio Streck, seguramente guarda suas peculiaridades em relação ao caso brasileiro. Não se quer aproximar o decisionismo do Executivo Federal, aqui, ao social nacionalismo da primeira metade do século XX na Alemanha. Entretanto, tal como lá, a questão parece justamente similar: democracia não põe limites tão-somente ao Estado em relação aos cidadãos. É também um contrapeso *contramajoritário*, ou seja, é preciso contrapor, também, os poderes da República que demandam representatividade, como o Executivo. Por fim: ainda que com amplo apoio popular, tal decisão deve, no Estado Democrático de Direito, curvar-se à Constituição.

Mais uma vez, aqui, está-se diante de um problema sobre o qual a Crítica Hermenêutica do Direito vem se debruçando há muito tempo: os limites do poder, os limites constitucionais da atuação pública, em todas as esferas, seja política ou judicial. Está certo que, no âmbito da política, a discricionariedade (especialmente naquilo que ficou conhecido como discricionariedade administrativa[9]) ganha mais espaço.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se vê, o controle de constitucionalidade é angular nas democracias. Isso significa que tais limites dizem respeito também ao Legislativo, que deve observar os limites de suas propostas, e ao Judiciário, obrigado a *respostas constitucionalmente adequadas*, na original análise de Lenio Streck ao longo de sua obra. O *case* apresentado neste texto mostra, entretanto, os limites a se observar pelo Executivo *rompidos*, apontando para um grave precedente que faz lembrar, de tal maneira, o Estado Absoluto surgido na modernidade política.

---

[9] Sobre o tema, ver a obra: ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Duas foram as dificuldades a enfrentar nesta proposta e que merecem destaque nessas linhas conclusivas. A primeira diz respeito ao imediatismo do fato, condição que vê minguadas as possibilidades bibliográficas a pesquisar. Certamente o futuro reservará farto material sobre o tema, muito, talvez, de *cunho consequencialista*, voltado a apurar o êxito da intervenção federal, o que, ainda, se mostraria infértil a essa pesquisa. De outro lado, também importa destacar as dificuldades com os acontecimentos em permanente desdobramento, no momento de elaboração da proposta. Frente a ambos os casos, o que se verifica é esparso material bibliográfico à disposição.

Justifica-se, entretanto, tal opção, uma vez que a intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro tem amplo apoio da população, como aponta a pesquisa informada na segunda parte deste estudo. Ou seja, em pleno século XXI e frente a um Estado Democrático de Direito, a intervenção parece justificada pela existência do *homo sacer* do Direito Romano, colocando não apenas uma parcela da população à margem de direitos e garantias constitucionalmente asseguradas, como, também, fazendo uma *finalidade justificar um meio*.

É importante não perder de vista que a lição maquiaveliana ao príncipe encerra-se na conquista e na manutenção do poder, e que essa base teórica do Estado mais se orientou ao Absolutismo (em uma forma até então incipiente de organização política) que ao modelo observado após as revoluções liberais. De outra maneira, fins *não* justificam (ou não deveriam justificar) meios em Estados Democráticos de Direito, de modo que, atualmente, o que se tem é, recorda-se, um *traço do Estado Absolutista no meio do governo republicano e democrático*.

Por fim, conclui-se que, frente a atos de vontade que levam a intervenções, como a imposta no Estado do Rio de Janeiro, verificam-se traços da cultura absolutista e autoritária presentes em democracias contemporâneas, como a brasileira, através das decisões de um *soberano*.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

BAND. Maioria da população brasileira apoia a intervenção federal no RJ. **Band News**. Disponível em: <http://noticias.band.uol.com.br/noticias/100000903171/maioria-da-populacao-brasileira-apoia-a-intervencao-federal-no-rj.html>. Acesso em: 06 mar. 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. 4. ed. Brasília: UnB, 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Med. Caut. em ação direta de inconstitucionalidade 4.048-1 Distrito Federal**. Requerente(s): Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Requerido(a/s): Presidente da República. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, fev. 2011. Julgamento 14/02/11. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia NoticiaStf/anexo/adi4048GM.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2017.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros**. São Paulo: Ed. 34, 2002.

CONJUR. Celso de Mello nega pedido para suspender votação sobre intervenção no RJ. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-20/celso-mello-nega-pedido-suspender-votacao-intervencao>. Acesso em: 01 mar. 2018.

CREVELD, Martin van. **Ascensão e declínio do Estado**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. Tradução de António José Brandão. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

ABC. Carnaval deve atrair mais de 10 milhões de turistas e movimentar R$ 11 bilhões. **Agência Brasil**. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-01/carnaval-deve-atrair-mais-de-10-milhoes-de-turistas-e-movimentar-r-11>. Acesso em: 02 mar. 2018.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. São Paulo: Graal, 2007.

HOBBES, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

HOBSBAWM, Eric. **Era dos extremos**: o breve século XX. 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo:** noções e críticas. 2. ed. Tradução de André Luís Callegari & Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre a democracia, revolução e liberdade. Tradução de Eliane Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SADER, Emir. A refundação do Estado e da política. In: NOVAES, Adauto. **A crise do Estado-nação**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. **O discurso e o poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1988.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**: Teoria de Partisan. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. **Teologia política**. Tradução de Elizete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. 1. ed. São Paulo: Alameda, 2016. Livro eletrônico.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica:** quarenta temas fundamentais de teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

_____. **Hermenêutica e jurisdição**: diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise** – uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado: 2014.

_____. Intervenção federal ou militar? Ato discricionário? Qual é o limite? **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-22/senso-incomum-intervencao-federal-ou-militar-ato-discricionario-qual-limite>. Acesso em: 28 fev. 2018.

_____. **Verdade e Consenso** – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TRIVIÑOS, Augusto Nibaldo Silva. **Introdução à pesquisa em ciências sociais**. São Paulo: Atlas, 1982.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminologia e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

WARAT, Luís Alberto. **Introdução geral ao direito**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Fabris, 1995. v. 2.

WEBER, Max. A política como vocação. In: WEBER, Max. **Ciência e política, duas vocações**. São Paulo: Cultrix, 1996.