SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

S472
Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Lívia Gaigher Bosio Campello, Yuri Nathan da Costa Lannes – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-383-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos nacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direito ambiental. 4. Direito Administrativo. 5. Direito Civil. 6. Direito Penal. 7. Direitos Humanos. 8. Direito Tributário. 9. Filosofia Jurídica. 10. Gênero. 11. Diversidade Sexual. I. Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI (1:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

FEPODI
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO

SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

Apresentação

É com imensa satisfação que a Escola Superior Dom Helder Câmara e a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI apresentam à comunidade científica os Anais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito. Tal produção resulta do exitoso evento sediado nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, nos dias 10 e 11 de outubro de 2016, que contou com o valioso apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi.

Trata-se de obra coletiva composta por 263 (duzentos e sessenta e três) resumos expandidos apresentados no seminário e que atingiram nota mínima de aprovação dentre os 318 (trezentos e dezoito) trabalhos submetidos ao evento. As comunicações científicas estão organizadas em 21 (vinte e um) Grupos de Trabalho ligados a diversas áreas do direito, inseridos num ambiente de ricos debates e profundas trocas de experiências entre os representantes das mais diversas localidades do Brasil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de proeminentes docentes ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores, afim de que eles estejam aptos, após desenvolvimento, a serem publicados posteriormente nos periódicos jurídicos nacionais.

Neste prisma, os presentes anais, de inegável valor científico, já demonstram uma contribuição para a pesquisa no Direito e asseguram o cumprimento dos objetivos principais do evento de fomentar o aprofundamento da relação entre pós-graduação e graduação em Direito no Brasil, bem como de desenvolver os pesquisadores em Direito participantes do evento por meio de atividades de formação em metodologias científicas aplicadas.

Uma boa leitura a todos!

Beatriz Souza Costa

Lívia Gaigher Bosio Campello

Yuri Nathan da Costa Lannes

Coordenadores Gerais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito.

DEMOCRACIA E ESTADO DE EXCEÇÃO EFETIVO: A POSSÍVEL INCOMPATIBILIDADE ENTRE OS DOIS INSTITUTOS

DEMOCRACY AND EFFECTIVE MARTIAL LAW: THE POSSIBLE INCOMPATIBILITY BETWEEN THE TWO INSTITUTES

Izabella Sabatini Sampaio Rocha [1]
Pedro Henrique Lima Pelliciari [2]

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar, de forma concisa, o conceito de Estado de Exceção e a instauração de medidas excepcionais no contexto de um Estado Democrático de Direito, bem como as origens, conseqüências e possíveis incompatibilidades de tais diligências no que concerne à defesa da democracia e dos direitos constitucionais.

Palavras-chave: Exceção, Democracia, Constitucionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

The present article has the purpose of analyzing, in a concise way, the concept of Martial Law and the establishment of exceptionalist measures in a Democratic State Ruled by Law, as well as the origins, consequences and possible incompatibility of such diligences regarding the fastening of democracy and of constitutional rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Exception, Democracy, Constitutionality

[1] Graduanda em Direito pela Universidade FUMEC.

[2] Graduando em Direito pela Universidade FUMEC.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é analisar o conceito de Estado de Exceção e a instauração de medidas excepcionais no contexto de um Estado Democrático de Direito, bem como as origens, conseqüências e possíveis incompatibilidades de tais diligências no que concerne à defesa da democracia e dos direitos constitucionais. Para isso, abordaremos o tema explicando os conceitos chaves e as saídas viáveis para a resolução do problema apresentado.

O paradigma do Estado Democrático de Direito, previsto na Constituição de 1988, é fundado pela exigência de normas democráticas, princípios constitucionais e garantias fundamentais e, de acordo com o constitucionalista Alexandre de Moraes, é a formação do Estado Constitucional, ou seja, a junção do Estado de Direito com o Estado Democrático, no qual o caráter democrático se junta ao constitucionalismo para assegurar a legitimidade e a limitação do poder. (MORAES, 2010), tal fato, entretanto, não pressupõe o fim do autoritarismo ou de dispositivos que promovam a manutenção da soberania absoluta. Para Agamben, estado de exceção seria este “patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo.” (AGAMBEN, 2004, p. 13).

Durante o século XX, este patamar de indeterminação se deu por meio da instauração de *governos* de exceção pautados na provisoriedade, tal fenômeno foi intitulado de "guerra civil legal" (SCHNUR, 1983).

A Alemanha nazista, por exemplo, existiu durante a vigência da Constituição de Weimar e, sobre isso, Hannah Arendt discorre em seu texto Origens do Totalitarismo "Nos primeiros anos de poder, os nazistas desencadearam uma avalanche de leis e decretos, mas nunca se deram o trabalho de abolir oficialmente a constituição de Weimar." Ou seja, a Constituição não havia sido revogada ou derrogada, apenas suspensa provisoriamente (por 12 anos) pelo Decreto para a proteção do povo e do Estado.

Na contemporaneidade, entretanto, os dispositivos de exceção se formam não apenas por meio de governos de exceção propriamente ditos, mas por *medidas excepcionais*. As questões que circundam situações excepcionais estão assentadas no ponto limítrofe entre política e direito, dessa forma, a ideia de soberania absoluta surge com a tomada de decisões fundamentadas na exceção, visto que a partir do momento em que há a eclosão de um *estado de necessidade*, haverá a possibilidade de suspensão da constituição, de direitos e de garantias constitucionais.

Em seu livro Teologia Política, Schmitt aborda o problema da exceção relacionando-a diretamente com o soberano. “Soberano é quem decide sobre a exceção.” (SCHMITT, 2004b, p.

13), criando, dessa forma, uma lógica decisionista, na qual o ordenamento jurídico puramente fundado na norma não bastaria.

Não há novidade nenhuma em perceber no Direito o histórico dos que são colocados numa zona de indeterminação, não estão dentro da ordem jurídica e nem fora dela. A título de exemplo, a doutrina especializada em Direito Romano no Brasil, às vezes, chega a citá-los, mas nunca culmina em esclarecimentos, como é o caso do *homo sacer*. O patrono, como menciona José Carlos Moreira Alves, que não cumprisse sua obrigação de proteger e assistir à clientela poderia ser declarado *sacer*. (ALVES, 2014)

Observar os constantes discursos produzidos que reforçam o lugar dessa exclusão-inclusão pode explicar muito mais o Direito do que analisar as situações normais. Em certo sentido, é algo como essa direção que Schmitt enuncia ao concluir o primeiro capítulo de *Teologia Política*, com certa precisão, ao nosso ver, ao enunciar que "o normal não prova nada, a exceção prova tudo; ela não só confirma a regra, mas a própria regra só vive da exceção." (SCHMITT, 1996). Entretanto, como observa Agamben, uma regra que supostamente vive da exceção não conseguiria explicar o momento em que a exceção se torna a própria regra, pois a decisão soberana não estaria mais em "condições de realizar a tarefa que a *Polistische Theologie* lhe confiava: a regra, que coincide agora com aquilo de que vive, se devora a si mesma.". (AGAMBEN, 2004)

1. MORAES, SCHMITT E AGAMBEN: A EXCEÇÃO

Uma análise crítica de textos que optam por essas saídas exepcionalistas é uma forma de presar pela democracia processual, como a de Rosemiro Pereira Leal. Aqui, elegemos o texto de Alexandre de Moraes, renomado constitucionalista brasileiro, quando ainda era Promotor de Justiça do estado de São Paulo, ao publicar um artigo defendendo um estado de exceção efetivo para o combate ao crime organizado nas comunidades do Rio de Janeiro a fim de reestabelecer "a ordem pública e a paz social" (MORAES, 1995). Encontra aqui a mesma função atribuída por Benjamin ao escrever sobre o soberano barroco, *in verbis*: "A função do tirano é a restauração da ordem na situação de exceção: uma ditadura cuja utopia será sempre a de colocar as leis férreas da natureza no lugar do instável acontecer histórico.". (BENJAMIN, 2013)

A forma excepcionalista que Alexandre de Moraes sustenta é a intervenção federal – prevista no art. 34 da CR/88. Embora sua função seja o reestabelecimento do equilíbrio federativo (BULOS, 2014), Moraes argumenta a favor do Presidente da República (art. 94, inc. I, CR/88), após oitiva do Conselho da República e Defesa Nacional, discricionariamente "determinar a intervenção no Poder

Executivo local, nomeando, se necessário, um interventor." (MORAES, 1995). O que remete à uma suspensão parcial da constituição diretamente, ao exemplo da autonomia dos Estados Membros (art. 18 CR/88), assim como indiretamente outros Direitos Constitucionais poderiam ser factualmente suspensos, pois sua solução visa não só à intervenção no Executivo estadual como ao direcionamento da polícia ao "combate ao narcotráfico e o crime organizado em geral" o que sempre arrasta os aglomerados ao terror pela confrontação do estado com o crime organizado. Dessa forma, em última análise, a relação violência e direito aparece no discurso da exceção: o que Moraes pretende com o artigo é garantir para dentro da ordem jurídica uma violência tal que permita a normalização de um estado de coisas para que a norma seja aplicável. E é nesse momento que Schmitt e Moraes se entrelaçam, não só na discricionariedade daquele que decreta o estado de exceção, mas no meio em que usam para atingirem seu objetivo comum.

O estado de exceção nunca é um fim em si mesmo, mas uma técnica de governo (AGAMBEN, 2014, p. 23). Uma espécie de agir pragmático, mas sua função precípua é articular norma e fato. A complexidade desse dispositivo não se esgota em um estado originário da instauração do Direito, mas marca também a "comunicação" entre uma universal-norma e um particular-"caso concreto", ele é a forma pela qual a norma encontra sua aplicação. De um lado, uma forma de lei em que a norma vige sem aplicação e, de outro, uma força de lei em que o agir acontece sem referência normativa: é essa a aporia em que gira o estado de exceção, conectando pela sua indeterminação a forma de lei e a força de lei.

A essa complexidade não chegam a analisar Schmitt ou Moraes, embora reconheçam explicitamente ou implicitamente que a Exceção atingiria um estado de coisas pela força que tornaria possível a aplicação da norma. Ambos giram no vazio sem conseguir concluir, entretanto, as estruturas anômicas que regem esse espectro de Direito na atualidade. A exceção é permanente em nosso sistema jurídico, embora ela não se torne a regra. O que Moraes pretende em seu texto é que a máquina governamental da união tome as rédeas da estadual e faça um combate ao crime organizado, ou seja, use de *forças* armadas para que um estado de coisas normalizado possa sofrer a articulação entre forma de lei e força de lei. Uma radicalização da exceção que na sua função precípua articularia a passagem do universal ao particular para um estado de exceção efetivo em que a força se daria sem referência alguma à maior parte das previsões normativas.

2. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O ESPECTRO DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O paradigma do Estado Democrático não pode ser lido a partir do paradigma da dogmática jurídica (LEAL, 2013, p. 3), pois é justamente seu caráter dogmático que impede o direito de ser propriamente ciência e residir no *status* de mera técnica. A essa dogmática que tem sempre como conceito fundamental um ato de autoridade para solução de problemas de decidibilidade em casos concretos, opõe-se uma teoria democrática que permite dissolver o conflito por coautores teóricos, como as partes, o magistrado, o ministério público etc.

Há um certo totalitarismo hermenêutico próprio da dogmática que pode ser bem lido a partir dos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução do Direito Brasileiro, tais como a vedação do *non-liquet* e, respectivamente, os fins sociais que a norma se dirige, além das exigências do bem comum (LEAL, 2014, p. 14). Obviamente que a escolha entre os fins, como demonstra Habermas (2014, p. 323), está relacionada às preferências subjetivas daquele que escolhe. A essa subjetivação dos fins, à decisão discricionária, ao articulador entre norma e aplicação não-democrático (a exceção), entre outros atos de autoridade que supostamente dissolvem conflitos, chamamos de espectro de Estado Democrático de Direito. Uma vez que oferecem uma aparência de Estado Democrático, enquanto seus pilares são essencialmente marcados pela autoridade de um saber que não pode ser indagado.

Duas são as saídas possíveis, inda que uma não seja propriamente democrática. Se o problema do Rio de Janeiro, como sustenta Moraes, é dado pelas organizações criminosas que fazem o tráfico de drogas, uma questão anterior a qualquer medida excepcional violenta poderia ser a legalização das drogas. Ainda que não seja simples e exija gastos públicos para seu controle é inegável a condição de menor violência para uma solução que perpasse o procedimento legislativo. A outra solução, com uma violência muito inferior a essa última, é a Teoria Neoinstitucionalista do Processo que permite um paradigma "linguístico-discursivo por princípios autocríticos […] que atua[m] ao longo da validade e legitimidade do sistema jurídico sempre aberto a um *devir di-alógico* (crítico) procedimental". Possibilitando haver, assim, uma solução real do conflito em que não se permite à exceção sua disposição que articula fato, aplicação e norma, mas, ao contrário, permitir que esses elementos sejam vinculados por uma democracia.

CONCLUSÃO

Por meio da decisão quanto ao Estado de Exceção efetivo se tem a possibilidade de aplicar para se desaplicar a Constituição, girando num vazio normativo em que a norma não encontra mais sua passagem ao particular, é possível o surgimento desse estado anômico permanente que visa solucionar situações que fogem a "normalidade".

Ao passo em que deveríamos estar inseridos em um paradigma regido pelo Estado Democrático de Direito, o surgimento de um estado de exceção permanente gerado pela decisão excepcional acontece no discurso da *emergência*, acabando por gerar uma situação que não permite um EstadoDemocrático de Direito efetivo, mas apenas seu espectro. Uma vez que é permitida a existência dessas espécies de decisões que funcionam como dispositivos de manutenção de uma soberania paradoxal, pois está fora e dentro do Direito: fora, pois para decidir sobre a suspensão da norma é necessário estar para além dela e dentro, pois prevista no ordenamento.E que operadores do Direito, como Alexandra de Moraes, optam por estabilizá-las, tentando, ao mesmo tempo, investi-las de legitimidade Democrática.

Cria-se, então, uma incompatibilidade de tais medidas com o paradigma do Estado Democrático de Direito – uma vez em que há, ou deveria haver, a primazia de resoluções democráticas, antiautoritárias e não violentas.

Referência:

AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção. 2ª Ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção e genealogia do poder. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 108, p. 21-39, jan./jun. 2014.

ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ARENDT, Hannah. Origens do Totalitarismo. 11ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BENJAMIN, Walter. Origem do drama trágico alemão. 2ª Ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

BULOS, Uadi Lamêgo. Curso de direito constitucional. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HABERMAS, Jügen. A ética do discurso: *obras escolhidas volume III*. Lisbota: Edições 70, 2014.

LEAL, Rosemiro Pereira. A teoria neoinstitucionalista do processo: *uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

MORAES, Alexandre de. Combate ao Crime Organizado no Rio. In: Tribuna do Direito, 1995. Disponível em: <http://www.alexandredemoraesadvogados.com.br/wp-content/uploads/2014/02/139-Combate-ao-Crime-Organizado-no-Rio-de-Janeiro-.pdf>. Acesso em: 18 de agosto de 2016.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 26ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010