

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO VIII – NÚMERO XV

2º SEMESTRE 2022

**EL IMPACTO DE LA REVOLUCIÓN
TECNOLÓGICA EN EL DERECHO**



Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Tel: +351 223 710 600
Centro Comercial D’Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Home page: revistaconsinter.com

E-mail: internacional@jurua.net

ISSN: 2183-6396-00015

Depósito Legal: 398849/15

DOI: 10.19135/revista.consinter.00015.00

Editor:

David Vallespín Pérez

Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona, Espanha. Su actividad docente abarca tanto los estudios de Grado como los de Doctorado. Ha realizado enriquecedoras estancias de investigación en prestigiosas Universidades Europeas (Milán, Bolonia, Florencia, Gante y Bruselas).

Diretores da Revista:

Germán Barreiro González

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Espanha. Colaborador Honorífico en el Departamento de Derecho Privado y de la Empresa – Universidad de León (España).

Gonçalo S. de Melo Bandeira

Professor Adjunto e Coordenador das Ciências Jurídico-Fundamentais na ESG/IPCA, Minho, Portugal. Professor Convidado do Mestrado na Universidade do Minho. Investigador do CEDU – Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Doutor e Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid – UCM, de la que ha sido Vicedecana de Estudios, Espacio Europeo de Educación Superior y de Innovación Educativa y Convergencia Europea.

A presente obra foi aprovada pelo Conselho Editorial Científico da Juruá Editora, adotando-se o sistema *blind view* (avaliação às cegas). A avaliação inominada garante a isenção e imparcialidade do corpo de pareceristas e a autonomia do Conselho Editorial, consoante as exigências das agências e instituições de avaliação, atestando a excelência do material que ora publicamos e apresentamos à sociedade.

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO VIII – NÚMERO XV

2º SEMESTRE 2022

**EL IMPACTO DE LA REVOLUCIÓN
TECNOLÓGICA EN EL DERECHO**

Porto
Editorial Juruá
2022

COLABORADORES

Alfredo Soler del Sol
Cássio Benvenuto de Castro
Daniel Willian Granado
David Francisco de Faria
Deilton Ribeiro Brasil
Denise Tanaka dos Santos
Edgardo Torres López
Edna Raquel Hogemann
Eduardo Oliveira Agostinho
Elaine Cristina Francisco Volpato
Ester Moreno de Miranda Vieira
Everson Alexandre de Assumpção
Fabio Luiz de Oliveira Bezerra
Fernando Rey Cota Filho
Gonçalo S. de Melo Bandeira
Guilherme Henrique Auerhahn
Ignacio García Vitoria
João Batista Guimaraes de Lima
João Cesar de Oliveira Rocha Filho
João Maurício Adeodato

João Paulo Josviak Dresch
Jorge Luis Varona López
Joveny Sebastião Candido de Oliveira
Leonardo Grecco
Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos
Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega
Maria Eugênia Rodrigues Luz
Marilene Araujo
Narbal de Marsillac
Noemi Jiménez Cardona
Paloma Gurgel de Oliveira Cerqueira Bandeira
Paulo Bueno de Azevedo
Paulo Ricardo Schier
Paulo Sergio João
Rafael Baeta Mendonça
Roberta Soares da Silva
Shirlei Castro Menezes Mota
Sonia Cano Fernández
Tais Martins
Tereza Cristina Monteiro Mafra

Integrantes do Conselho Editorial do



Alexandre Libório Dias Pereira

Doutor em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal.

Antonio García-Pablos de Molina

Catedrático de Direito Penal da Universidad Complutense de Madrid, Espanha.

Carlos Francisco Molina del Pozo

Doutor em Direito; Professor Titular de Direito Administrativo e Diretor do Centro de Documentação Europeia na Universidade de Alcalá de Henares, Espanha; Professor da Escola Diplomática e do Instituto Nacional de Administração Pública.

Fernando Santa-Cecilia García

Professor Titular de Direito Penal e Criminologia da Universidad Complutense de Madrid, Espanha.

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca, Espanha.

Joan J. Queralt

Catedrático de Direito Penal da Universitat Barcelona, Espanha.

Jordi García Viña

Catedrático de Direito do Trabalho e Seguridade Social da Universitat de Barcelona, Espanha.

Manuel Martínez Neira

Doutor em Direito; Professor Titular da Faculdade de Ciências Sociais e Direito da Universidade Carlos III de Madrid, Espanha.

María Amparo Grau Ruiz

Catedrática Acreditada de Derecho Financiero y Tributario – Universidad Complutense de Madrid, Espanha.

María del Carmen Gete-Alonso y Calera

Catedrática de Direito Civil da Universitat Autònoma de Barcelona, Espanha.

Mário João Ferreira Monte

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais; Professor Associado com nomeação definitiva na Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, Portugal; membro integrado do Centro de Investigação de Direitos Humanos da Universidade do Minho e Presidente do Instituto Lusófono de Justiça Criminal (JUSTICRIM).

Paulo Ferreira da Cunha

Doutor em Direito; Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Portugal.

ESSA OBRA É LICENCIADA POR UMA LICENÇA *CREATIVE COMMONS*

Atribuição – Uso Não Comercial – Compartilhamento pela mesma licença 3.0 Brasil.

É permitido:

- copiar, distribuir, exibir e executar a obra
- criar obras derivadas

Sob as seguintes condições:



ATRIBUIÇÃO

Você deve dar crédito ao autor original, da forma especificada pelo autor ou licenciante.



USO NÃO COMERCIAL

Você não pode utilizar esta obra com finalidades comerciais.



COMPARTILHAMENTO PELA MESMA LICENÇA

Se você alterar, transformar ou criar outra obra com base nesta, você somente poderá distribuir a obra resultante sob uma licença idêntica a esta.

– Para cada novo uso ou distribuição, você deve deixar claro, os termos da licença desta obra.

➤ Licença Jurídica (licença integral):

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/br/legalcode>

Esta revista proporciona acesso público livre e imediato a todo seu conteúdo em ambiente virtual.

APRESENTAÇÃO

A **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é uma publicação de cariz periódico do **CONSINTER – Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação** que tem por objetivo constituir-se num espaço exigente para a divulgação da produção científica de qualidade, inovadora e com profundidade, características que consideramos essenciais para o bom desenvolvimento da ciência jurídica no âmbito internacional.

Outra característica dos trabalhos selecionados para a **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é a multiplicidade de pontos de vista e temas através dos quais o Direito é analisado. Uma revista que se pretende internacional tem o dever de abrir horizontes para temas, abordagens e enfoques os mais diversos e, através deste espaço, colaborar com um melhor diálogo académico.

Resultado de um trabalho criterioso de seleção, este volume que agora se apresenta destina-se a todos aqueles que pretendem pensar o Direito, ir além da sua aplicação quotidiana, mas sem deixar de lado o aspecto prático, tão característico das ciências.

Capítulo 01

DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

PODER E FORÇA EM TEMPOS DE PANDEMIA

POWER AND FORCE IN TIMES OF PANDEMIC

DOI: 10.19135/revista.consinter.00015.09

Recebido/Received 27/07/2021– Aprovado/Approved 06/12/2022

Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos¹ – <https://orcid.org/0000-0002-1835-761X>

Marilene Araujo² – <https://orcid.org/0000-0001-5611-3184>

Resumo:

Tradicionalmente a força é meio para realizar o Direito, sendo necessária para o exercício do poder, mas não para justificá-lo. O que o justifica é o consenso. Essa alternativa permite-nos ver o Poder como um misto de força e consentimento. O Direito aparece como a *regulação do exercício da força*, fundada no consentimento. A origem do poder é sempre uma força externa e superior ao próprio poder. É dessa fonte que decorre o poder legítimo. O Direito é a *força organizada, uma organização da força*. Recentemente, a população brasileira surpreendeu-se com a possibilidade de uso das *forças armadas* pelo Poder executivo em frágil interpretação do texto constitucional inserta no art. 142, que dispõe, no Capítulo II, sobre as “*Forças Armadas*”, *Título V: “Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas*. O presente artigo tem por objetivo a análise dessas circunstâncias políticas e jurídicas em tempos críticos de pandemia pelo COVID-19. O método usado é híbrido: histórico – sistemático através de análise interpretativa de documentos e pesquisa bibliografia conjugado com a Tópica aristotélica, no foco da investigação zetética, com abertura para o constante questionamento. Histórico, não no sentido da ótica da história de manifestação do poder, mas do modo como se concebeu no tempo. Como resultado, afirma-se no marco constitucional, qualquer dos poderes constituídos pode tomar a iniciativa de solicitar o uso das Forças Armadas para preservação do Estado. Em um estado de emergência, as medidas adotadas não podem ser dissociadas do controle do uso da força.

Palavras-Chave: Poder; Poder Jurídico; Forças Armadas; Dominação; Violência Simbólica.

Abstract:

Traditionally, force is a way to realize the Law, being necessary for the exercise of power, but not to justify it. What justifies it is consensus. This alternative allows us to see Power as a mix of strength and consent. The Law appears as the regulation of the exercise of force, based on consent. The origin of power is always an external force and superior to the power itself. Is from this source that legitimate power arises. Law is the organized force, an organization of force. Recently, the Brazilian population was surprised by the possibility of the use of armed forces by the executive branch, in a fragile interpretation of the federal constitutional text inserted in art. 142, which

¹ Professora livre-docente em Direito Penal pela USP. Doutora em Filosofia do Direito. Professora no programa de pós-graduação da PUC/SP. Professora da graduação em Direito da PUC/SP. e-mail: iete73@hotmail.com

² Advogada. doutora em Filosofia do Direito pela PUC/SP. Mestra em Direito Constitucional pela PUC/SP. e-mail:maraujo@aasp.org.br

provides, in Chapter II, on “Armed Forces”, Title V: “From Defense of the State and Democratic Institutions. This article aims to analyze COVID-19’s political and legal circumstances in critical pandemic times. Is a hybrid method what was used: historical-systematic through interpretative analysis of documents and bibliography research combined with Aristotelian Topic, in the focus of zetetic investigation, open to constant questioning. Historical, not in the meaning of the history manifestation of power, but in the way it was conceived in time. Apropos, tradition has always taken power as a fact. That is why theories of power have always been normative theories, these theories were more concerned with the theoretical justification of obedience than with a general explanation of the phenomenon. As a result, it is stated in the constitutional, any of the constituted powers can take the initiative to request the use of the Armed Forces for the preservation of the State. In a state of emergency, as adopted measures cannot be dissociated of the control of the use of force.

Keywords: Power; Legal Power; Armed Forces; Domination; Symbolic Violence.

Sumário: Introdução. 1. O conceito de poder jurídico (*rechsmacht*) e seu embate com a força (*vis*), pressupostos de sua aplicação em tempos de pandemia. 2. *Auctoritas non veritas facit legem* (a autoridade e não a verdade faz a lei) 3. Discussões atuais e decisão judicial sobre o poder moderador e as atribuições legais das “forças armadas” no estado democrático de direito brasileiro. Poder ou força?. Considerações finais. Referências

O poder sem o Direito é cego, o Direito sem o poder é vazio.

Norberto Bobbio

INTRODUÇÃO

A palavra poder não é unívoca e a definição de poder revela-se extremamente difícil não só pela polissemia do conceito, mas, também, e sobretudo, pela substância do objeto a definir. Assume dois significados, se escrita com a inicial minúscula significa faculdade, “força”, capacidade. Escrita com inicial maiúscula significa “Estado”. Quer numa ou outra acepção não deixa o conceito de se revelar essencialmente ambíguo. Ainda acresce a dificuldade da sua extensão, já que o poder preenche todas as dimensões da atividade humana, desde a política à economia, da relação profissional à familiar e é reconhecido em todos os tipos de sociedade.

O significado de Poder ligado ao conceito de Estado aparece desde logo na Grécia Antiga através das palavras *Kratos* (poder) e *Arché* (força, supremacia) e preenche a maioria das designações das formas de Estado: monarquia, aristocracia, oligarquia, plutocracia, democracia.

O Poder no Estado, por um lado, reveste a característica de uma relação sobre as relações de domínio, um controle sobre as próprias situações sociais e, por outro, traduz-se numa supremacia sobre as pessoas singulares ou coletivas através da capacidade de impor direta ou diretamente determinados interesses numa dada situação social.

Macht, *Power*, *Puissance*, *Pouvoir*, são alguns termos empregados nas línguas: alemã (poder =com dois vocábulos: *Gewald*=potência, *Macht*= força), inglesa (Power=Poder), francesa (Pouvoir), em geral, como equivalentes de *Poder* ou *potência* em português. Derivam do mesmo verbo latino *posse* (ser capaz de..., ter força para...). *Poder* é o infinitivo e denota simplesmente a ação, enquanto *potência*

designa algo de durável, de permanente. Tem-se a potência que nos permite fazer algo, e se exerce o poder de fazê-lo. Por isso se diz “a potência de uma máquina”, e não se menciona seu poder; “o poder do dinheiro” como se a desigualdade de recursos ou de renda à disposição dos indivíduos pudesse ser comparada com a desigualdade do poder.

Tornou-se corrente, em francês, chamar de poder o homem ou a minoria que decide em nome da coletividade, ou que toma decisões que vão decidir sobre ela. Nesse sentido, o poder se confunde com a minoria dirigente do Estado, ou que é a encarnação humana do Estado. Todas as sociedades, salvo algumas primitivas, conheceram uma concentração de poder, a delegação a uma pessoa(s) da capacidade legítima de estabelecer regras para todos, de impor o respeito a essas regras ou, de tomar decisões obrigatórias em tempos de paz ou de guerra.

O termo *potência* não é usado em português nessa acepção. Diz-se “assumir o poder” ou “chegar ao poder” (*arriver au pouvoir*), mas não “assumir a potência” ou “chegar à potência”. Por outro lado, fala-se em grande potência (*grossmacht*) ou superpotência. Quem possui uma arma de fogo, ou a bomba atômica, tem a potência de matar um homem, ou milhares de homens, mas não exerce necessariamente seu poder de matá-los. É a potência do homem sobre o homem, ou seja, a capacidade que tem um homem de limitar a liberdade de que goza um outro na sua conduta, de obter de outros que o sigam, que o obedeçam. Enquanto conceito político, potência designa uma relação entre pessoas.

A despersonalização do Poder é um mito. O Poder é sempre exercido por alguém sobre alguém. Desde Aristóteles, a relação social de comando e obediência é explicada como relações de domínio num sistema de relações impostas. Max Weber³ na obra “Economia e Sociedade. Esboço de Sociologia Compreensiva” introduz um conceito fundamental *Herrschaft* (domínio ou *domination*= *dominação*) devido à identidade do sentido das raízes *Herr*, *Dominus*. A distinção entre *dominium* e *imperium* entre poder sobre as coisas e autoridade para dar ordens está presente no pensamento jurídico feudal que oscilava entre a propriedade dominial do suserano e a propriedade direta do vassalo, permanecendo até a segunda metade do século XIX.

A hipótese conduz a força como instrumento do poder que não o justifica, sendo, ela, um dos objetos da regulação jurídica. As forças Armadas, no marco constitucional brasileiro, não são um poder, mas, instituições. O artigo analisa a possibilidade de uso das *forças armadas* pelo Poder executivo nas circunstâncias políticas e jurídicas em tempos de pandemia.

O método usado no presente artigo é híbrido: histórico-sistemático através de análise interpretativa de documentos e pesquisa bibliografia conjugado com a Tópica aristotélica, no foco da investigação zetética, com abertura para o constante questionamento. Histórico, não no sentido da ótica da história de manifestação do poder, mas do modo como se concebeu no tempo. Nesse sentido, a tradição sempre consi-

³ WEBER, Max, *Economia y Sociedad, Esbozo de Sociología Compreensiva*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.

derou o poder como um fato. Por isso as teorias do poder sempre foram teorias normativas mais preocupadas com a *justificação* teórica da obediência do que com uma explicação geral do fenômeno. O resultado alcançado é uma interpretação adequada do art. 142 da Constituição que dispõe, no Capítulo II, sobre as “*Forças Armadas*”, *Título V: “Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas*.

A implicação do fato do comando (*Befehl*) e a possibilidade desse comando ser obedecido será indagado no Capítulo I deste artigo.

Em seguida, no Capítulo II, verifica-se que a expressão “Poder Jurídico” (*Rechtsmacht= Poder do Direito*) é usada na Teoria Geral do Direito para conotar uma situação jurídica subjetiva em sentido técnico (ao lado de outras como direito subjetivo, faculdade etc.) e não como problema da força (*Macht*) como característica peculiar do ordenamento jurídico, que aparece na definição do Direito de Hans Kelsen como “*organização da força*”⁴.

No Capítulo III, analisa-se o art. 142 da Constituição Federal Brasileira de 1988 e a possibilidade de sua aplicação em tempos calamitosos de pandemia pelo vírus da COVID-19. São tecidas considerações finais, não se tendo a intenção de abarcar a totalidade do tema proposto, mas de problematizá-lo. Anexa-se as Referências.

1 O CONCEITO DE PODER JURÍDICO (*RECHSMACHT*) E SEU EMBATE COM A FORÇA (*VIS*), PRESSUPOSTOS DE SUA APLICAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA

Em uma sociedade de poderes difusos, parciais e independentes existirá espaço para um poder imparcial e independente?

Nas sociedades mais primitivas o chefe tribal era, ao mesmo tempo, o “legislador”, o “supremo juiz”, o “sumo sacerdote”, o “*comandante militar*.” Na Grécia clássica, situando-nos mais ou menos entre 580 e 380 a.C., os cidadãos são os detentores do poder político. Estes governavam diretamente, no seio da Assembleia (*Ecclesia*), exprimindo a sua vontade, votando a lei (*nomos*), tomando as decisões importantes. Todo cidadão era sucessivamente soldado, legislador, juiz, administrador. Já em Roma o regime republicano caracterizava-se por uma pluralidade de assembleias e de magistraturas colegiais e anuais. Os magistrados romanos constituem, verdadeiros órgãos da cidade, titulares de um poder próprio (*potestas*), diferindo dos magistrados atenienses que são apenas agentes da assembleia.

Ao longo dos tempos, concebeu-se as autoridades de um Estado, a nobreza, a Igreja, as cidades europeias, como derivadas de um Poder estadual unitário. A centralização do poder real e a introdução da palavra *Stato*, por Machiavelli na literatura científica da Renascença, significa em cada país, que os senhores territoriais dominantes ganhavam pouco a pouco a supremacia e transformavam a pluralidade de forças mal conjugadas em unidades de poder rigorosamente organizadas. O Estado passa a absorver todos os poderes públicos ainda que consinta na subsistência externa de outros poderes relativamente independentes perante si. “*L’Etat c’est moi*,” (“O

⁴ KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, Coimbra, Armênio Amado Editor, 1984.

Estado sou eu”) diria Luís XIV. O absolutismo não modifica as relações criadas com a centralização, mas unifica na pessoa do soberano o Poder político ou do Estado. As teorias da separação dos poderes levadas à prática, nos séculos XVII e XVIII, na América do Norte, na Inglaterra e na França revolucionária, com a prevalência do Poder Legislativo exercido pelos Parlamentos e Assembleias, são o reflexo da ascensão da burguesia detentora da riqueza (comercial), nova imagem patrimonial do direito. É essa nova classe detentora do poder sobre as coisas que pugna pela obtenção de autoridade para dar ordens. Quando o “*dominium*”, a propriedade de bens e a detenção de riquezas, sobretudo após a revolução industrial se concentrou na mão de oligarquias nacionais, o “*imperium*” transferiu-se para o Poder Executivo.

No século XX, com a formação dos Estados comunistas, assistimos a uma nova transferência do Poder de acordo com a detenção dos meios de produção (o proletariado tem necessidade de uma organização centralizada de força, da violência). A contemporaneidade modelando a concepção do Estado de Direito, democrático, neoliberal, transforma a face do poder. O processo de concentração do capital e os progressos tecnológicos determinam a transformação da propriedade privada dos meios de produção. O Estado detém um poder, que lhe está orgânica e formalmente atribuído pela Constituição, mas este é o reflexo de uma rede capilar de grupos micrológicos de pressão que interagem quer a nível de partidos do governo, quer dos da oposição. Para deter o poder, não basta ser detentor dos meios econômicos. No mundo do capitalismo é preciso ter visibilidade. E a visibilidade é obtida através da manipulação dos meios de informação, dos meios de comunicação social, sendo a face social visível de uma sociedade de poderes invisíveis.

1.1 Poder Jurídico

O Poder Jurídico é definido por Hans Kelsen como o poder de produzir (ou aplicar) normas jurídicas. Nos ordenamentos jurídicos as normas se produzem umas das outras, e isso que as produz é um ato de poder, ou como ensina N. Bobbio⁵, norma e poder são duas faces da mesma moeda. Para a Teoria Pura do Direito é a norma que, enquanto hipotética fundamental, é o fundamento de validade de todas as normas do ordenamento jurídico. É preciso partir das normas para justificar o Poder (Poder Jurídico). A norma fundamental, diz Kelsen⁶, tem a função de trazer o poder para dentro do Direito, encerrando um sistema hierarquizado de poderes. A característica do Direito é regular a própria produção normativa. Esta característica diferencia o ordenamento jurídico do puro exercício de um poder de fato.

Desse modo, o Poder do Estado (*Staatsgewald*), é o poder organizado pelo Direito positivo: só é válido o ato de comando *autorizado* (*Ermachtigen*) pela norma de um ordenamento positivo jurídico. O comando não autorizado tem apenas o sentido subjetivo do ato de comando, enquanto é um comando, apenas para aquele que emana, não para aquele ao qual é dirigido. Somente o comando autorizado tem tam-

⁵ BOBBIO, Norberto, *Do Poder ao Direito e vice-versa*, Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Conferência proferida na faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1982.

⁶ KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, Coimbra, Armênio Amado Editor, 1984

bém o sentido objetivo de ato de comando, o que significa que só o comando autorizado é norma que vincula os destinatários. Mas e o problema da *relação entre o direito e a força*? Seria a força (vis) que fundamenta em última instância o direito de comandar ou é o direito de comandar que justifica o emprego da força?

2 AUCTORITAS NON VERITAS FACIT LEGEM (A AUTORIDADE E NÃO A VERDADE FAZ A LEI)

Autoridade (*auctoritas*) e poder não se confundem, mas se interpenetram ou se complementam. A autoridade não é (ou raramente é) titular do Poder: para a autoridade administrativa ou para a autoridade policial, por exemplo, o Poder coloca-se em um plano externo e superior. Disto é paradigma a *autoridade militar*. Aliás, no plano militar unir a autoridade ao Poder é obra arriscada.

O Poder não deve ser confundido com a força, particularmente com a força física. Norberto Bobbio, em sua obra **Teoria do Ordenamento Jurídico** ao se referir ao conteúdo da norma fundamental, como é por ele pressuposta, afirma que é preciso obedecer ao *poder constituinte originário*. Este é tido como “o conjunto de forças políticas que num determinado momento histórico tomaram o domínio e instauraram um novo ordenamento jurídico. Objeta que, fazer depender todo o sistema normativo do poder originário significa **reduzir o direito à força**.”⁷ Para o autor, devemos nos submeter aos detentores do poder, que são aqueles que têm a força necessária para fazer respeitar as normas que emanam. A força é um instrumento do poder, mas não o justifica. Nesse sentido, o Direito é um conjunto de normas com *eficácia reforçada*. Reconhece Bobbio que a força é necessária para a realização do Direito e que o ordenamento jurídico existe enquanto seja *eficaz*.

Alf Ross⁸, por outro lado, sustenta que a força é objeto da regulação jurídica, isto é, por Direito deve-se entender um conjunto de normas que regulam o exercício da força numa determinada sociedade.

Max Weber citado acima, nota que as relações de *domínio* ou de *poder institucionalizado* não constituem a totalidade do sistema de comportamento socialmente imposto. Os costumes, leis, preconceitos, crenças, paixões coletivas contribuem também para determinar a ordem social. *Domínio* supõe um certo grau de instituição (sem o qual o dominante não ousaria comandar), mas evoca a relação direta entre governante e governados:

[...] Poder significa a probabilidade de impor a própria vontade, dentro de uma relação social, mesmo contra toda resistência e qualquer que seja o fundamento dessa probabilidade.

Por **Dominação** deve-se entender a probabilidade de encontrar obediência a um comando de determinado conteúdo entre pessoas dadas; por **disciplina** deve-se entender a probabilidade de encontrar obediência para um comando de um conjunto de pessoas que, em virtude de atitudes arraigadas, seja pronta, simples e automática.

⁷ BOBBIO, Norberto, *Do Poder ao Direito e vice-versa*, Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Conferência proferida na faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1982.p. 6.

⁸ ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1977.

1. O conceito de **poder** é sociologicamente amorfo ... O conceito de **dominação** tem, por isso, que ser mais preciso e só pode significar a possibilidade de que um comando seja obedecido.

2. O conceito de **disciplina** encerra o de “obediência habitual” por parte das massas sem resistência nem crítica

[...] Uma associação é sempre em algum grau **associação de dominação** pela simples existência de seu quadro administrativo. Só que o conceito é relativo, se denomina **associação de dominação** quando seus membros estão submetidos a relações de dominação em virtude da ordem vigente. Suas características dependem de quais sejam os fundamentos de **legitimidade** da dominação.

[...] Por **estado** deve-se entender um instituto político de atividade continuada, quando e na medida em que seu quadro administrativo mantenha com êxito a pretensão de monopólio **legítimo** da coação física para a manutenção da ordem vigente⁹.

Weber distinguia três tipos puros de autoridade ou de dominação legítima: dominação legal; dominação tradicional e dominação carismática. A primeira, apoia-se em motivos jurídicos, em motivos de sua legitimidade. Denomina-se legal em virtude de seu estatuto. Seu tipo mais puro é a dominação burocrática. Obedecemos não à pessoa em virtude de seu direito, mas à regra estatuída, a qual estabelece a quem e em que medida devemos obedecer. Aquele que manda tem seu direito de mando legitimado por uma regra estatuída, no marco de uma *competência* concreta. Este tem o *dever objetivo do cargo*. Rege-se sob o princípio da hierarquia funcional. O progresso de uma organização burocrática tem sido sempre sua superioridade *técnica*, especialmente no que toca a administração da *justiça*.

A dominação tradicional é baseada no caráter sagrado do passado, ligada às formas patriarcais e feudais do poder. Obedecemos à pessoa em virtude de sua dignidade própria, santificada pela tradição: por fidelidade.

A dominação carismática se baseia na *crença* no profeta ou no reconhecimento do herói, do guerreiro, do demagogo. A autoridade carismática é um dos grandes poderes revolucionários da história. Em sua forma pura é completamente autoritária e dominadora. É uma relação social extraordinária e puramente pessoal

A subsistência da grande maioria das relações de domínio de caráter legal, na medida em que contribui para sua estabilidade e crença na legitimidade tem bases mistas: a habitualidade tradicional e o “prestígio” (carisma) figuram ao lado da legalidade formal. Sendo essencial organização, lealdade do corpo administrativo, solidariedade, interesses comuns.

2.1. A legitimidade como conceito e elemento justificador do Poder Jurídico

No campo da análise politológica a legitimidade aparece como atributo do Poder e designa, geralmente, a conformidade com uma escala superior de valores. Em democracia tem-se entendido que o princípio básico legitimador do Poder é a eleição, mas a legitimidade democrática não advém apenas do voto da maioria, nem

⁹ WEBER, Max, *Economia y Sociedad, Esbozo de Sociología Comprensiva*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 43

a democracia se esgota no ato eleitoral. O valor nuclear da democracia reside na liberdade e no respeito dos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana e na existência de auto e hetero controles do Poder.

2.2 Poder de violência simbólica

O poder jurídico exercido pelo Estado sobre a sociedade revela, por meio da comunicação, uma *violência simbólica*¹⁰ imperceptível e sem coação, mas que, contudo, por manipulação finalística dos conceitos, acaba por provocar a adesão acrítica dos destinatários, neutralizando-os. Em outras palavras, *violência simbólica* é o nome que se dá à capacidade de se impor certos símbolos, de tal maneira que os destinatários daquele que usa o símbolo se identifiquem com um determinado significado. A violência simbólica é, no fundo, uma imposição de significados. É a capacidade de impor significados de tal forma que os destinatários concordem com ele. Bourdieu define

*Todo poder de violência simbólica, isto é, todo poder que chega a impor significações e a impô-las como legítimas, dissimulando as relações de força que estão na base de sua força, acrescenta sua própria força, isto é, propriamente simbólica, a essas relações de força*¹¹.

Nesse sentido, a chamada socialização política, feita através da linguagem (especialmente a linguagem jurídica) é um essencial e conservador processo, que se destina a facilitar a manutenção do ‘*status quo*’, ou em outras palavras, visa a fazer com que as pessoas aceitem o sistema em que vivem.

O Direito é, em última análise, um instrumento de controle do comportamento; ele se vocaciona a dirigir o comportamento de seus destinatários, para que eles tenham uma conduta conforme o padrão estabelecido na *Norma Jurídica*. É para alguns uma prescrição, um comando, um imperativo, um conselho. Na medida em que se dirige ao controle do comportamento, esse comportamento será executado por um homem, uma pessoa, por um grupo.

Ou seja, a lei é o símbolo do poder que a fundamenta. A lei simboliza o que deve ser conforme o direito em uma construção de postulados que possuem uma qualidade empírica, uma “realidade” pelo fato de ser lei. Disso resulta a autonomia da lei diante das aspirações subjetivas dos governantes. Assim sendo, os direitos individuais e os deveres transformam-se em direitos e deveres institucionais.

¹⁰ A expressão “*violência simbólica*” foi utilizada pela primeira vez pelos sociólogos franceses Pierre Bourdieu e Jean-Claude Passeron, em 1970, para a análise da educação. O termo é usado no sentido de que é a denominação dada à força para dar vigência ou validade à aceitação de um sentido, sobre outras pessoas, por meio de signos (isto é, símbolos), tendo por resultado que os destinatários se identifiquem com o sentido do que se afirma.

¹¹ BOURDIEU, Pierre, PASSERON, Jean Claude, A reprodução: elementos para uma teoria do ensino, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves Editora, 1975, p. 19.

A divisão do Poder estatal em três funções (executiva, legislativa e judiciária) é resultado de gradativa diferenciação funcional da sociedade. O poder na sociedade moderna, não tende a diminuir, mas ampliar-se. Só que ele perde, aos poucos, o sentido de dominação para ser *regulação* da contingência e não na sua supressão. O poder jurídico não impõe uma vontade, imputa consequências.

Na sociologia jurídica Niklas Luhmann¹² (1995) apresenta a teoria do poder como meio de comunicação. Partindo do pressuposto de que os sistemas sociais se formam via comunicação, isto é, de que comunicação envolve sempre uma seleção de possibilidades que, como processo, determinam reações que podem ser concebidas antecipadamente. *Comunicação* é entendida como troca de mensagens no sentido de que ela ocorre quando a seletividade de uma mensagem é compreendida, isto é, pode ser usada para a seleção de uma outra situação sistêmica. Isto implica complexidade, seletividade, contingência de ambos os lados. Deste modo, a comunicação da rejeição de ofertas de seleção comunicadas não pode ser eliminada como tais. E a comunicação da rejeição e sua tematização gera *conflito*.

Aqui importante lembrar que, embora a *força* não seja *poder*, ela é constitutiva do poder enquanto *alternativa a evitar*. “Com a força não é possível ter tudo aquilo que se quer e, conseqüentemente, não é possível querer tudo aquilo que se poderia ter com a força.”

3. DISCUSSÕES ATUAIS E DECISÃO JUDICIAL SOBRE O PODER MODERADOR E AS ATRIBUIÇÕES LEGAIS DAS “FORÇAS ARMADAS” NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO. PODER OU FORÇA?

3.1 As Forças Armadas no contexto constitucional

A Constituição pode ser definida como categoria jurídica básica da teoria e da prática do Direito, de modo a ser descrita objetivamente como uma combinação de regras que singularizam, personificam e identificam os sistemas jurídicos estatais. No plano da hierarquia lógico-normativa, a Constituição resulta como sendo superior às normas cuja produção a própria Constituição a programa. É nela, Constituição, que se produz o paradoxo de inauguração do processo jurídico com a finalidade de regular a vida em comunidade, sendo ela o resultado da autodeterminação da comunidade, se tornando o plano-mestre que esquematiza as formas e procedimentos da produção jurídica dos poderes do Estado. Deste modo, a Constituição disciplina e programa as configurações do *quando*, o *como*, o *quem* e o *quanto* do exercício do poder estatal, determinando, as formas e os sistemas de Estado e de governo, disciplinando a produção normativa e conferindo as potestades legislativa, administrativa e jurisdicional aos órgãos que encarnam o poder estatal¹³.

¹² LUHMANN, Niklas, *Poder*, México, Universidad Ibero Americana, 1990, p. 162.

¹³ FERREYRA, Raúl Gustavo, *Constituição e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, Linus, 2012, p. 53.

É a Constituição que lança no modelo dos sistemas estatais contemporâneos as regras de competências dos poderes, dos órgãos e das instituições do Estado. Ao mesmo tempo, o controle dos poderes se faz pela garantia dos direitos fundamentais estabelecidos. Por opção do chamado *poder constituinte*, as Forças Armadas estão presentes em várias constituições europeias, como a francesa, a espanhola, a portuguesa, a austríaca. Na América, países como Argentina, Uruguai, Chile¹⁴ e Estados Unidos também contam com a inclusão das Forças Armadas em suas Constituições.

A Constituição francesa, de 1958, em seu art. 15, elege o presidente da República como *Chef des Armées*. Outras constituições, como a austríaca, de 1920, incluem as Forças Armadas em seu texto para fins de defesa nacional do país e quando requerida pelas *autoridades civis* para a proteção das instituições constitucionais e para a manutenção da ordem e segurança interna. As constituições contemporâneas via de regra colocam a figura simbólica do presidente da República como chefe das Forças Armadas e como funções das Forças Armadas, a defesa da pátria e a manutenção da lei e da ordem.

Na Constituição espanhola de 1978, as Forças Armadas têm a missão de garantir a soberania, a independência do Estado e defender a sua integridade territorial e o ordenamento constitucional, sendo alçada pela doutrina constitucional daquele país como forças sujeitas ao *poder civil*, uma vez que a constituição atribui ao poder executivo a direção da administração militar, conforme o art. 97 da Constituição¹⁵.

Na Constituição portuguesa de 1978, as Forças Armadas são comandadas pelo presidente da República, obedecem aos órgãos de soberania e estão a serviço do povo português, sendo rigorosamente apartidárias e os seus componentes não podem aproveitar-se de sua arma, do seu posto ou da sua função para qualquer intervenção política (arts. 120, 134 e 275). Ao discorrer sobre a atribuição do presidente da República como Comandante Supremo das Forças Armadas, Canotilho e Vidal destaca o caráter *simbólico* da função e da missão de preservação do Estado constitucional.

A função de Comandante Supremo das Forças Armadas suscita algumas questões. Substituindo-se a fórmula “desempenha, por inerência, as funções de Comandante Supremo das Forças Armadas”, constante do texto primitivo, pelo atual enunciado ‘é por inerência, Comandante das Forças Armadas’ pretendeu-se certamente esta qualidade de Comandante Supremo das Forças Armadas à função simbólica de representação da República e de garantia da unidade do Estado, sem implicar, porém, o exercício efetivo do cargo de Chefe de Estado-Maior General das Forças Armadas. Todavia, o sentido republicano da atribuição ao Chefe de Estado do comando supremo das Forças Armadas não é meramente honorífico-formal, antes tem um sentido jurídico-constitucional preciso: o Presidente da República não tem um comando técnico-

¹⁴ A Constituição chilena é datada de 1980 e depois dos intensos protestos no país que ocorreram durante um mês em 2019, foi realizado um acordo em novembro de 2019 para realização de plebiscito para início de um novo processo de construção de um novo pacto da nação, uma nova constituição. Inicialmente, o plebiscito estava marcado para o dia 26 de abril de 2020, mas em razão da pandemia do novo coronavírus, o plebiscito foi realizado em 25/10/2020 e a população optou pela realização de uma Assembleia Constituinte.

¹⁵ SEGADO, Fernandez, F, La posición constitucional de las Fuerzas Armadas en España, Reflexiones en torno al art. 8 de la Constitución de 1978, *Revista Derecho PUCP*, pp. 23-78.

*militar (o tradicional 'comando em pessoa' das constituições monárquicas), mas a sua função de comando assume natureza material ou substancial porque, por um lado, como representante da república garante a unidade do Estado, o Presidente da República é o órgão mais adequado para furta as Forças Armadas à instrumentalização partidária e, por outro, como garantidor do regular funcionamento das instituições democráticas, é ao Presidente da República que, em caso de estado de sítio ou estado de emergência, compete o comando das Forças Armadas, a fim de se evitar que a situação de exceção constitucional possibilite a chefia do Estado pelos chefes militares*¹⁶.

Na Constituição argentina, assim como a Constituição de uruguia de 1997, o chefe do Poder Executivo, o presidente recebe a atribuição de comandante-chefe das Forças Armadas, art. 99, sendo que na Argentina o Congresso aparece como poder que em tempos de paz e guerra estabelece as normas e organização dessas forças (art. 75).

Na Constituição americana, em seu art. 2º, seção 1, o presidente é o comandante-chefe das Forças Armadas americanas e demais forças públicas dos vários Estados, quando chamadas para o serviço dos Estados Unidos. Nos Estados Unidos, a questão sobre os poderes do presidente da República mantém um debate no que se intitulou *The Theory of Presidential Power*. Inicialmente, se colocava o presidente como um comandante supremo, como fosse um primeiro general¹⁷. Porém, tal definição já sofria ressalvas, ao passo que se considerava que apesar de ser possível admitir o comando geral das Forças Armadas ao presidente da República, seria muito perigoso deixar tais poderes sem nenhuma restrição, pois poderia ocorrer mal uso desta competência¹⁸.

As discussões sobre os poderes do presidente da República enquanto comandante das Forças Armadas sem controle do Congresso aparecem no curso da própria história americana, principalmente durante as guerras que o país esteve envolvido. A expressão mais plena dos defensores do poder presidencial ocorreu pelo Departamento de Estado americano durante a guerra do Vietnã.

"Nos termos da Constituição, o presidente, além de ser chefe executivo, é comandante e chefe do exército e da marinha. Ele é o principal responsável pela condução das relações exteriores dos Estados Unidos. Esses deveres têm poderes muito amplos, incluindo o poder de mobilizar as forças americanas no exterior e comprometê-las com operações militares quando o Presidente considerar que essas ações são necessárias para manter a segurança e a defesa dos Estados Unidos... Em 1787, o mundo era um lugar muito maior, e os autores provavelmente tinham em mente ataques aos Estados Unidos. No século 20, o mundo ficou muito menor. Um ataque a um país longe de nossas costas pode afetar diretamente a segurança do país. No tratado SEATO,

¹⁶ GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *Os Poderes Do Presidente Da Republica*, Coimbra, Coimbra, p. 1991.P. 102.

¹⁷ JAY John, HAMILTON, Alexander, MADISON, James, *The Federalist, Indianapolis: liberty fund*, 1961.p. 465.

¹⁸ STORY, Joseph, *Commentaries on the Constitution of the United States*, Boston, Cambridge, 1833, p. 146.

por exemplo, é formalmente declarado que um ataque armado contra o Vietnã colocaria em risco a paz e a segurança dos Estados Unidos. “De acordo com nossa Constituição, é o presidente que deve decidir quando um ataque armado ocorrerá. Ele também tem a responsabilidade constitucional de determinar quais medidas de defesa são necessárias quando a paz e a segurança dos Estados Unidos estão em perigo. Se ele considera que é necessário o envio de forças dos EUA para o sul do Vietnã e que são necessárias medidas militares contra a fonte de agressão comunista no norte do Vietnã, ele tem o poder constitucional de tomar essas medidas.”¹⁹

Longe de se findar o debate, a lista de opositores à ampliação dos poderes presidenciais é extensa. Os opositores sustentaram, na época, que a autoridade para iniciar, por exemplo, a guerra não está dividida entre o Executivo e o Congresso, mas era investida exclusivamente no Congresso. O Presidente tem o dever e o poder de repugnar ataques repentinos e agir em outras emergências. Em seu papel de Comandante em Chefe, o presidente recebeu o poder de dirigir as Forças Armadas para qualquer finalidade especificada pelo Congresso. A limitação destes poderes do presidente, no caso principalmente de guerra, é palco de disputas até recentemente.

Menos polêmica é a afirmação de que o presidente enquanto chefe das Forças Armadas mantém a autoridade civil. Em 1944, o presidente Roosevelt explicitou este princípio em 1944, “*não foi por causa de nenhum acidente e nenhuma supervisão que os autores de nossa Constituição colocaram o comando de nossas forças sob autoridade civil*”. O Supremo Tribunal dos Estados Unidos em decisão consolidou a ‘supremacia da autoridade civil sobre os militares é uma de nossas grandes heranças²⁰.

As Forças Armadas estão presentes nos textos constitucionais brasileiros desde a constituição que inaugurou o Brasil independente, a Constituição do Império de 1824 até a adjetivada Constituição cidadã de 1988. A Constituição de 1924 determinava a obediência das Forças Armadas à autoridade legítima e a competência do Poder Executivo a prerrogativa de empregar tais forças para fins de segurança e da defesa do Império (arts. 149 e 150 da Constituição). Na Constituição da República de 1981, a figura das forças armadas tem atribuição explícita de defesa exterior da pátria e manutenção da lei interior, sendo obediente aos superiores hierárquicos (arts. 14 e 15). Aproximando ao texto constitucional de 1988, as Constituições de 1934 e 1946 determinam que as Forças Armadas devem defender a pátria, garantir os poderes constitucionais, a ordem e a lei, denominando-as como “*instituições nacionais permanentes, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República e dentro dos limites da lei*”.

¹⁹ MEEKER, Leonard.(1966) *The Legality of United States Participation in the Defense of Viet Nam*, New York, State Bull, 1966, P. 441.

²⁰ Suprema Corte Americana, Duncan v. Kahanamoku,1945.

3.2 As Forças Armadas como instituição no marco constitucional contemporâneo

No marco teórico do constitucionalismo contemporâneo e do Estado moderno, as Forças Armadas podem ser concebidas como uma instituição orgânica. Dentro do primeiro marco, elas têm o contorno no paradigma constitucional. Na maioria dos Estados modernos, as Forças Armadas se apresentam como sendo forças permanentes de caráter nacional compreendendo as forças de terra, mar e ar, organizadas para a defesa exterior e interior, para fins de conservação da ordem.

No segundo marco, alguns autores apontavam a organização interna das Forças Armadas²¹, chegando-se ao que já se denominou *military style of life*. Os membros das Forças Armadas formam coesão de grupo, lealdade, e um estilo de vida próprio²², extraíndo-se o que denominam ser um “código de valores” que conserva e anima os militares, *the military mind*. A forma de vida e o código de valores são preservados, trazendo uma ideia-força, norteando a alta valoração que as Forças Armadas possuem de sua missão²³.

O conceito de instituição é perfilado pela doutrina moderna, autores como Maurice Hauriou reconhecem as instituições como um elemento da sociedade cuja duração não depende da vontade de outros. As instituições se tornam algo de caráter objetivo e permanecem, duram. Como instituição, as Forças Armadas estão dentro da estrutura administrativa do Estado, segundo Hauriou, elas seriam o primeiro serviço do Estado, qual seja, a defesa dos cidadãos, a garantia da ordem e da segurança²⁴.

Essas ideias marcam o início do século passado e com alguns “reajustes” foram reelaborados pela doutrina. As instituições passam a ser determinadas pela norma jurídica. A instituição não é o Direito, porém a sua existência depende das normas jurídicas. Assim, a ordem jurídica-militar é determinada pelo Direito e tem como a primeira ordem, a Constituição. Por ser uma organização prevista constitucionalmente e subordinada ao Estado, o direito militar tem natureza organizativa, sem capacidade de produção de Direito. As Forças Armadas são reconhecidas, constituídas e conformadas a partir do marco constitucional.

Como consequência do atual significado das correntes institucionais, a natureza ou a tradição da instituição castrense não determinam por si o conteúdo do ordenamento militar. O Direito castrense prefigurado pelo princípio da necessidade ou a história do militar fica em primeiro lugar por conta dos mandados, princípios e valores reconhecidos pela Constituição. A natureza e a tradição da instituição militar só contribuem para perfilar o conteúdo do direito militar dentro do espaço que confere a lei das leis. A instituição fica por conta da Constituição²⁵.

²¹ VILLAFANE, Emilio Serrano, El Ejercito, Institucion Social, Jurídica Y Política, *Magazine of Political Studies*, 1972 pp. 65-108.

²² JANOWITZ, Morris, *The professional Soldier*, New York, Free Press, 1971, p. 175.

²³ SEGADO, Fernandez, F, La posición constitucional de las Fuerzas Armadas en España, Reflexiones en torno al art. 8 de la Constitución de 1978, *Revista Derecho PUCP*, pp. 23-78.

²⁴ HAURIOU, Maurice, *La teoría de la institución y la fundación*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1976, p. 202.

²⁵ HUESO, Lorenzo, *Cotino el Modelo Constitucional de Fuerzas Armadas*, tese de doutorado, Universidad de Valencia, 2007, p. 462.

As Forças Armadas mantêm uma unidade institucional, com organização e estabilidade, sendo uma instituição do Estado devendo perseguir os seus objetivos, reunindo um regime próprio, mas, o regime deve estar conformado à Constituição. As Forças Armadas têm estabilidade, organização específica, uniformidade em suas ações, com sua própria legislação e tribunais. Sua inspiração é monolítica, as decisões têm estrutura unitária, sendo a hierarquia uma estrutura operativa para a unidade dessas forças.

Na Constituição brasileira, as Forças Armadas constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. O ministro Luiz Fux, em sede de liminar em ADI n. 6.457/DF considerou que a autoridade suprema do presidente da República está associada: “[...] às demais autoridades militares, mas, naturalmente, não o é em relação à ordem constitucional”. Com efeito, o atributo da supremacia não se sobrepõe à força normativa do texto constitucional, mas, antes, é por ela constituída e conformada. Deveras, a “autoridade suprema” sobre as Forças Armadas conferida ao Presidente da República correlaciona-se às balizas de hierarquia e de disciplina que informam a conduta militar.

A autoridade suprema do presidente da República não remete às Forças Armadas ao status de órgão de governo, sendo verdadeira instituição de Estado e como tal “*neutras e imparciais, a serviço da Pátria, da democracia, da Constituição, de todos os Poderes e do povo brasileiro*” (Barroso: MI, 7311 / DF).

Como instituições permanentes do Estado, as Forças Armadas têm como atribuições constitucionais: 1) defesa da pátria; 2) garantia dos poderes constitucionais; 3) garantia da lei e da ordem, por iniciativa de qualquer dos três Poderes. Enquanto, a defesa da pátria está na defesa contra-ataques externos ao Brasil; no papel de garantia dos poderes constitucionais, em decisões recentes, o STF entendeu que a interpretação do dispositivo não comporta a admissão do emprego das Forças Armadas para a defesa de “um Poder contra o outro” (Barroso, MI, 7311 / DF), mas a garantia dos poderes, nos termos da decisão do Ministro Luiz Fux:

No papel de garantia dos poderes constitucionais, o Presidente da República apenas deve, em ato vinculado, atender a requisição dos Presidentes dos demais poderes [...]. (4) Eventuais conflitos entre os Poderes devem ser resolvidos pelos mecanismos de freios e contrapesos existentes no texto constitucional, ao estabelecer controles recíprocos entre eles. No desenho democrático brasileiro, a independência e a harmonia entre os poderes devem ser preservadas pelos mecanismos pacíficos e institucionais de freios e contrapesos criados pela própria Constituição. Esses mecanismos são qualificados inclusive como cláusula pétrea (CF, art. 2º, c/c art. 60, § 4º, III) e conformam um sistema de controle recíproco e interdependente entre os Poderes, freando os riscos de eventuais abusos ou desvios. Nesse sentido, a atuação do Exército, da Marinha e da Aeronáutica para a “garantia dos poderes constitucionais” refere-se à proteção de todos os três Poderes contra ameaças alheias a essa tripartição. Trata-se, portanto, do exercício da “defesa das instituições democráticas” contra ameaças

de golpe, sublevação armada ou movimentos desse tipo. É o que também reconhece o próprio Ministério da Defesa, em Nota Oficial, que assenta que: “As Forças Armadas cumprem a sua missão Constitucional. Marinha, Exército e Força Aérea são organismos de Estado, que consideram a independência e a harmonia entre os Poderes imprescindíveis para a governabilidade do País. [...] As Forças Armadas estarão sempre ao lado da lei, da ordem, da democracia e da liberdade. Este é o nosso compromisso”. (ADI n. 6.457/DF)

Na garantia da lei e da ordem, conforme texto constitucional quaisquer dos poderes têm atribuição para invocar as Forças Armadas para, se necessário, “intervir” em comportamento de terceiros, “o art. 142 condicionou a garantia da “lei e ordem” à provocação de qualquer Poder, o que afasta qualquer exegese que habilitasse uma hipótese de intervenção” (FUX, ADI 6457).

3.3 Forças Armadas e Poder Moderador

Recentemente, em 1º de junho de 2020, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski publicou o artigo de opinião no Jornal Folha de S. Paulo, intitulado, “A garantia da lei e da ordem em crises de maior envergadura,” narmando que:

“Na Roma Antiga, quando a sobrevivência do Estado se encontrava ameaçada por rebeliões internas ou guerras externas, o povo outorgava plenos poderes a determinado líder para enfrentá-las”.

Ao que tudo indica, em crises sanitárias como a vivida na atualidade, medidas excepcionais extremas para a *garantia da lei e da ordem* podem vir a ser decretadas por iniciativa qualquer dos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), com estrita observância do Poder Constituinte e das norma legais em um Estado Democrático de Direito (art. 142 da Constituição Federal; Lei Complementar 97/1999, arts. 1º, *caput* e 15, *caput*, e parágrafos 1º, 2º, 3º).

Manchetes polêmicas na mídia levantaram a questão através de menção reiterada à possibilidade de uso das *forças armadas*, se requeridas por iniciativa do Poder Executivo, fato este que tem gerado protestos, fundamentados, pela análise das balizas de interpretação das normas jurídicas. aplicáveis.

Ives Gandra Martins, parece ter acendido o estopim ao afirmar em artigo publicado no site CONJUR, dia 28 de maio de 2020, equivocadamente, que “*se um Poder sentir-se atropelado por outro, poderá solicitar às Forças Armadas que ajam como Poder Moderador para repor, naquele ponto, a lei e a ordem, se esta, realmente, tiver sido ferida pelo Poder em conflito com o postulante*”.

Poder Moderador?

“Não há lugar para quarto poder, reagiu o Ministro Dias Toffoli, em 9 de junho de 2020. “As Forças Armadas sabem muito bem que o art. 142 não lhes dá poder mode-

rador. Tenho certeza de que as Forças Armadas são instituições de Estado, que servem o povo brasileiro, não instituições de governo”.

O Poder Moderador era previsto na Constituição do Império de 1824, e funcionava como mediador entre os três poderes em caso de divergência, dando a última palavra. Esse poder não mais consta na Constituição há cerca de 200 anos e jamais foi atribuído às Forças Armadas.

Assim, o Ministro do Supremo Tribunal federal Luís Fux diz que é “óbvio que a Constituição não dá ao Presidente poderes para romper com a ordem constitucional [...]. A autoridade suprema sobre as Forças Armadas [...] por óbvio, não se sobrepõe à separação e à harmonia entre os Poderes, cujo funcionamento livre e independente fundamenta a democracia constitucional, no âmbito da qual nenhuma autoridade está acima dos demais ou fora da Constituição” (ADI 6457).

O art. 142 da Constituição Federal Brasileira de 1988, inserido no Título V, Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, Capítulo II, Das Forças Armadas, prescreve:

[...]Art. 142. As Forças Armadas constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

E o § 1º dispõe que:

Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo, e no emprego das Forças Armadas.

Em lúcida e sábia interpretação, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2020), em conversa no dia 5 de junho de 2020, ponderou:

No texto normativo tudo indica que Forças Armadas são instituições, não são poder de nenhuma espécie, muito menos moderador. Vis, força, arma nada tem a ver com moderação. Sendo forças e armadas, detêm a vis, mediante o uso, ultima ratio de violência, para cumprir suas atribuições: a defesa da pátria, a garantia dos poderes constitucionais, a garantia da lei e da ordem, por iniciativa de qualquer dos três Poderes.

Defesa da pátria, como um todo, é atribuição referida a uma agressão externa. À inversa, quando se fala de garantia da lei e da ordem, expressamente, por iniciativa de qualquer dos poderes, lei e ordem é situação objetiva no plano interno e, diante dessa situação, qualquer dos Poderes pode tomar a iniciativa para solicitar o uso(vis) das Forças Armadas. Parece evidente que ela é para lei e ordem no espaço interno, por comportamento de terceiros, que não dos próprios Poderes.

Como elas estão sob a autoridade suprema do Presidente da República, o texto normativo é relevante para os Poderes Legislativo e Judiciário, que poderão tomar a iniciativa, diretamente, sem mediação do Executivo.

Prossegue o eminente professor:

Outra hipótese é de garantia dos poderes constitucionais: contra quem ou contra o que e por iniciativa de quem?

Garantia dos poderes constitucionais há de ser da relação entre eles, portanto, da harmonia de pesos e contrapesos. Essa harmonia é princípio fundamental do Estado de Direito: tripartição dos Poderes. Mediante ele, o poder se divide e se controla o arbítrio, check and balance. Daí a função da partição de poderes. Por isso, quando, como, em que sentido esse princípio constitucional é agredido, é questão de interpretação da Constituição.

Para que a fundamentação recíproca funcione, ao eixo político que liga a legislação à execução e remete ao julgamento, se acrescenta um eixo paradigmático, o eixo da interpretação. Trata-se do mecanismo da interpretação ou da interpretação, uma espécie de mecanismo secundário, mas indispensável a serviço do regime de check and balance.

Mas como a interpretação é um continuum redundante, afinal é inútil pretender ultrapassar a interpretação, pois ela se estende ao infinito sem que nada se encontre para interpretar que não seja uma outra interpretação, é preciso submeter a interpretação a um ponto em que ela não restitui um novo significado interpretável e uma nova interpretação, um significado que não cessa de fornecer outro significado, uma espécie de significante que se recarrega e se reproduz continuamente. Donde o papel de uma Corte Suprema, forma de contornar um sério problema de arbítrio interpretativo. Como disse Hughes (um ex-presidente da Suprema Corte norte americana, no início do século XX):

“Estamos regidos por uma Constituição, mas esta Constituição é o que os juízes decidem o que é”. (Sampaio, 2020)

Ensina que data dessa época a expressão “governo dos juízes”.

Isto não fazia do judiciário um poder político, mas lhe dava competência para atuar como um freio às aspirações políticas dos outros poderes, pois, a relação de independência e harmonia que devia existir entre os poderes, exigia um princípio com força capaz de controlar as paixões políticas.

A chave da legitimidade democrática, é peculiarmente garantida pelo papel da judicatura, configurada mediante regras neutralizadoras de sua atividade (imparcialidade, independência, mandato permanente) e organizado na forma de uma hierarquia instancial.

A neutralização não torna o Judiciário imune, de fato, a pressões de ordem política. Sua neutralização não se dá face dos fatos, mas das expectativas institucionalizadas: ainda que de fato haja pressões políticas, estas institucionalmente não contam. A independência do Poder Judiciário e da Suprema Corte exige que a crença nela esteja enraizada profundamente na população. Pois só desse modo a pressão política, como fato, se descarta como versão ética.

O Judiciário não concentra a força, mas filtra o seu uso, ao decidir sobre ele. Esta importante consequência faz da neutralização, na concepção do Estado Democrático de Direito, uma espécie de regulador do uso político da violência.

Para isso a função atribuída às Forças Armadas, destinada à garantia dos poderes constitucionais. (Sampaio, 2020)

Nesse sentido, as normas são diretivas para o juiz. Todo ato jurídico emana de uma competência, mas há uma profunda diferença entre a competência das autoridades públicas, que existe para a proteção dos interesses da comunidade e está baseada na ideia de autoridade e a competência dos particulares, que existe para a proteção dos interesses privados e está baseada na ideia de autonomia.

3.4 A pandemia frente ao Estado constitucional

Uma nova peste, uma pandemia assola o mundo, o novo coronavírus, denominado SARS-CoV-2, causador da doença COVID-19, detectado, em 31 de dezembro de 2019 em Wuhan, na China. A propagação do vírus logo se tornou uma realidade em todos os quatro cantos do mundo, o que fez a OMS (Organização Mundial de Saúde) declarar a pandemia como uma Emergência de Saúde Pública de interesse internacional (*Public Health Emergency of International Concern – PHEIC*).

Os fatos seguintes foram o mundo sendo tomado por medidas jurídicas emergenciais de caráter excepcional, populações inteiras postas em quarentena, distanciamento social, testes forçados para verificação da doença. No Brasil, a situação é considerada de caráter emergencial pelo poder público. Por meio da portaria do Ministério da Saúde 188/2020, o Coronavírus foi declarado Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), ou seja, uma epidemia que apresenta risco de disseminação nacional com gravidade elevada e que pode congestionar a capacidade de resposta do principal sistema de atendimento à saúde no Brasil, o SUS – Sistema Único de Saúde.

Durante o mês de março, diversos decretos caracterizando estado de calamidade foram baixados por estados-membros da federação, como em São Paulo e o Rio de Janeiro (Decretos 64.879/2020 e 46.984/2020). Os membros da federação, como o Distrito Federal, Rio de Janeiro e São Paulo determinaram fechamento de estabelecimentos comerciais, mantendo o serviço de alimentação apenas por delivery e determinando suspensão das aulas, dentre outras medidas de caráter excepcionais.

Um estado de emergência ocasionado pela pandemia é declarado em escala global. Mas, a emergência não precede ao Estado constitucional, sendo um caos que, longe de preceder a norma, possibilita capturar e incluir o que está fora do âmbito jurídico²⁶. As medidas emergências efetivamente nos forçam a viver em condições atípicas, mas ainda assim, dentro do marco teórico-jurídico da Constituição.

A emergência não pode ser dissociada do Estado constitucional, pois ela interpela o Estado e a sociedade a garantirem os direitos fundamentais esculpidos na Constituição. A emergência interpela o Estado e a sociedade a controlarem os abusos de poderes e o exercício da força dentro dos parâmetros do Direito. Assim, a emergência está dentro da Constituição, não estando alienada do contexto constitucional, sendo as ações para combater as emergências pontuais, finalísticas e específicas.

²⁶ AGAMBEN, G, *O Estado de Exceção*, São Paulo, Boitempo, 2004, p. 24.

Nesses casos, conforme Susana Cayuso²⁷, os poderes e o sistema de controle dos poderes devem modelar o alcance das medidas de emergências para a garantia dos direitos, principalmente os fundamentais previstos nos textos constitucionais, podendo haver a restrição, suspensão temporária de direitos, mas não a frustração por completa ou a eliminação de direitos.

Não se pode, deste modo, pensar em uma razão de Estado ilimitada; as medidas adotadas devem manter como paradigma a regra da proporcionalidade. Isto quer dizer, deve ser demonstrada a necessidade, adequação e aquilo que se denomina de teste estrito de proporcionalidade. No primeiro caso, deve ser demonstrada a ausência de outro caminho. No segundo caso, atingir a finalidade com segurança. Por fim, as medidas ou restrições de direitos às pessoas ou às comunidades afetadas devem guardar relação com os benefícios esperados pela medida.

Em relação à necessidade de apelo ao parâmetro da proporcionalidade frente ao contexto de emergência, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em opinião Consultiva 8/87, consolidou o entendimento ao apelo à proporcionalidade para suspensão de direitos humanos e fundamentais frente às medidas emergenciais. A modulação sobre a adequação e necessidade das medidas emergências, dentro do marco constitucional, são realizadas pelos poderes constituídos.

Os poderes constituídos, principalmente o legislativo e judiciário, podem manter a sua interação e cooperação durante a pandemia, por meio, por exemplo de ferramentas oferecidas pelo Ciberespaço que hoje traduz a forma de interação, interatividade e cooperação que conduz a socialidade humana, sem com isso, excluir o conflito que é inerente às relações humanas. No caso dos poderes constituídos, os conflitos devem ser resolvidos pelos mecanismos de freios e contrapesos existentes na ideia com consolidada de Estados constitucionais.

Além dos poderes, no marco do Estado constitucional brasileiro, onde a Constituição inclui como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a cidadania, (art. 2, II) e como um dos objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo, 3, I); a sociedade organizada é importante para a manutenção dos direitos e a realização do controle dos poderes constituídos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Toda interpretação do direito legislado começa com um texto, isto é, uma fórmula linguística escrita. Há muitas coisas que têm uma função simbólica. Todos os símbolos são convencionais. O significado das palavras é relativo ou dependente do contexto em que é usado em um plano que podemos denominar sistemático.

Em tempos excepcionais e calamitosos de pandemia, o acirrar dos ânimos preocupa a todos, gerando ansiedade e apreensão. A decisão em atitudes políticas são incertas e nebulosas devendo ser contidas. Para tanto, será inevitável a eleição entre as diversas possibilidades técnicas e jurídicas expostas.

27 Los derechos constitucionales frente a la pandemia, Evento on line promovido pela Universidade de Buenos Aires em 29 de abril de 2020.

Entretanto, um estado de excepcional não precede a Constituição, devendo, os poderes constituídos e a sociedade controlar abusos de poderes e o exercício da força. As Forças Armadas, no texto normativo, são instituições sob autoridade suprema do Presidente da República, podendo os Poderes Legislativo e Judiciário solicitarem o uso das Forças Armadas, sem precisar de interferência do Executivo.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, G, *O Estado de Exceção*, São Paulo, Boitempo, 2004.
- ARAUJO, Marilene P, *O hiper ciclo do Direito: os desafios do Ciberespaço, o jogo e as regras*, Tese de doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020.
- BOBBIO, Norberto, *Do Poder ao Direito e vice-versa*, Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Conferência proferida na faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1982.
- BOBBIO, Norberto, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1985.
- BOURDIEU, Pierre, PASSERON, Jean Claude, A reprodução: elementos para uma teoria do ensino, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves Editora, 1975
- FERRAZ Jr., Tercio Sampaio, *Teoria da norma jurídica: análise de pragmática da comunicação normativa*, Rio de Janeiro, Forense, 1978
- FERREYRA, Raúl Gustavo, *Constituição e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, Linus, 2012.
- JAY John. HAMILTON, Alexander. MADISON, James. *The Federalist*, Indianapolis, liberty fund. 1961.
- JANOWITZ, Morris, *The professional Soldier*, New York, Free Press, 1971.
- HAURIUO, Maurice, *La teoría de la institución y la fundación*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1976.
- HUESO, Lorenzo, *Cotino el Modelo Constitucional de Fuerzas Armadas*, tese de doutorado, Universidad de Valencia, 2007.
- KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, Coimbra, Arménio Amado Editor, 1984.
- LUHMANN, Niklas, *Soziale Systeme: grundriB einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt on Maine, Suhrkamp, 1987.
- LUHMANN, Niklas *La differenziazione del diritto*. Roma, Mulino.
- LUHMANN, Niklas, *Poder*, México, Universidad Ibero Americana, 1990.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva, Cabe às Forças Armadas moderar os conflitos entre os Poderes. Acessado, 28 de julho de 2020. Disponível: de <https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/ives-gandra-artigo-142-constituicao-brasileira>
- MEEKER, Leonard.(1966) *The Legality of United States Participation in the Defense of Viet Nam*, New York, State Bull, 1966.
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires, Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1977.
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos, *Poder Jurídico e Violência Simbólica. Problemas do Poder na obra póstuma de Hans Kelsen, "Allgemeine Theorie der Normen"*, São Paulo, Cultural Paulista, 1985.
- SEGADO, Fernandez, F, La posición constitucional de las Fuerzas Armadas en España. Reflexiones en torno al artículo 8 de la Constitución de 1978. *Revista Derecho PUCP*, pp. 23-78.
- STORY, Joseph, *Commentaries on the Constitution of the United States*, Boston, Cambrigde, 1833, p. 146
- WEBER, Max, *Economia y Sociedad. Esbozo de Sociología Comprensiva*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.
- VILLAFÁÑE, Emilio Serrano, El Ejercito, Institucion Social, Jurídica Y Política. *Magazine of Political Studies*, 1972 pp. 65-108.