

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ISABELLA ZAFFALON MARRA

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA POLÍTICA PÚBLICA DE OCUPAÇÃO
DAS COMUNIDADES DO RIO DE JANEIRO PELO EXÉRCITO BRASILEIRO**

**BRASÍLIA
2016**

ISABELLA ZAFFALON MARRA

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA POLÍTICA PÚBLICA DE OCUPAÇÃO
DAS COMUNIDADES DO RIO DE JANEIRO PELO EXÉRCITO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Escola de Direito de
Brasília como requisito parcial para
conclusão do Curso de Pós
Graduação *latu sensu* em Direito
Penal e Processo Penal.

**BRASÍLIA
2016**

RESUMO

O aumento incontrolável da violência no Brasil conduziu o governo brasileiro ao redimensionamento das políticas públicas de segurança. Destarte, o Governo Federal tem reiteradamente recorrido, no estado do Rio de Janeiro, à utilização das Forças Armadas na pacificação de comunidades dominadas pelo tráfico de drogas. Nesse sentido, a presente monografia tem por intuito analisar as principais questões jurídicas – e em especial constitucionais – concernentes à política pública de ocupação de algumas comunidades do Rio de Janeiro pelas forças de pacificação, comandadas pelas Forças Armadas. Discute-se aspectos relacionados à constitucionalidade – ou não – dos dispositivos que regulam essa ocupação (Lei Complementar nº 97/99, Decreto nº 3897/2001 e Diretriz Ministerial nº15/2010); a quem deve fazer o controle dessa política pública e como – em especial o papel do judiciário nesse contexto; às vantagens e malefícios para as comunidades afetadas; à caracterização de um Estado de Exceção nas áreas ocupadas; aos princípios constitucionais envolvidos – em especial os conflitos entre eles; às causas do problema de segurança pública no país, entre outros. Nesse contexto, concluiu-se que o Decreto n. 3.897/2001 representa um mecanismo que tem a mesma finalidade da Intervenção Federal, mas sem a participação das casas legislativas na tomada de decisão, que fica sob responsabilidade exclusiva do presidente, ensejando restrição do processo democrático e um agigantamento do poder do chefe do Executivo. Ademais, as denúncias de violações a direitos fundamentais dos moradores das comunidades ocupadas pelo Forças Armadas suscita reflexões concernentes à necessidade e adequação dessa política pública, principalmente em face das liberdades individuais. Sendo assim, é possível afirmar, à luz do princípio da proporcionalidade, que o despreparo do Forças Armadas e a existência de outras medidas menos gravosas para as garantias fundamentais demonstram que o emprego das Forças Armadas é medida inconstitucional.

Palavras-chave: Constituição, Forças Armadas, Segurança Pública, Unidades de Polícia Pacificadora, Direito Constitucional.

ABSTRACT

The uncontrolled increase of violence in Brazil led Brazilian government to change public security policies. Thus, in state of Rio de Janeiro, Federal Government has repeatedly resorted to armed forces in the pacification of communities dominated by drug traffic. Therefore, this article examines the main legal issues - and particularly constitutional - concerning public policy of occupation of some communities of Rio de Janeiro by peacemaking forces, led by military. This work discuss aspects related to the constitutionality - or not - of the devices that regulate this occupation (Supplementary Law n. 97/99, Decree n. 3897/2001 and Ministerial Directive n. 15 /2010); the public entities responsible for the control of this public policy and how this control must be executed - in particular the role of judiciary in this context; the advantages and disadvantages for affected communities; the characterization of a state of exception in the occupied areas; constitutional principles involved - particularly the conflicts between them; and causes of public security problem in Brazil, among others. In this context, the conclusion of the work is that Decree n. 3897 /2001 is a mechanism that serves the same purpose of Federal intervention, but without participation of legislative bodies in decision making , which is under the sole responsibility of the president, restricting democratic process. Moreover, the alleged violations of fundamental rights of residents of communities occupied by armed forces raises reflections concerning necessity and appropriateness of this public policy, especially towards individual liberties. Thus, it is clear, in light of the principle of proportionality, that the unpreparedness of armed forces and the existence of other less restrictive measures to fundamental guarantees demonstrate that the use of military is an unconstitutional measure.

Key-words: Constitution, Armed Forces, Public Security, Pacifying Police Units, Constitutional Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	06
1. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DOS DISPOSITIVOS QUE REGULAMENTAM A AÇÃO DO EXÉRCITO.....	09
2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA POLÍTICA PÚBLICA E O PAPEL DO JUDICIÁRIO.....	22
3. A OCUPAÇÃO DO COMPLEXO ALEMÃO EM DADOS.....	29
4. CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS ACERCA DA SOLUÇÃO PARA O CONFLITO DE PRINCÍPIOS.....	33
CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	43

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por intuito analisar as principais questões jurídicas – em especial constitucionais e penais – concernentes à política pública de ocupação de algumas comunidades do Rio de Janeiro pelas forças de pacificação, comandadas pelo Exército Brasileiro.

Assim, o problema de pesquisa que se coloca é: essa política pública é constitucional ou inconstitucional?

As forças de pacificação nasceram como fruto de um acordo entre o Ministério da Defesa e o governo do Rio de Janeiro para o emprego temporário do Exército Brasileiro na preservação da ordem pública na comunidade do Complexo do Alemão. Para isso, o Exército estava autorizado a empregar os recursos operacionais militares necessários, com funções, entre outras, de patrulhamento, revista e prisão em flagrante. É consenso a afirmação de que o Exército exerceu um verdadeiro papel de polícia nesse contexto. Apesar de serem comandadas pelo Exército, as forças de pacificação também contam com recursos – pessoais e materiais – da Polícia Militar e da Polícia Civil do Rio de Janeiro.

A entrada efetiva no Complexo do Alemão foi autorizada no final de 2010, depois de uma onda de ataques a ônibus e patrulhas policiais, supostamente orquestrada por traficantes, na qual mais de cem ônibus foram incendiados. A permanência das forças de pacificação na área foi, posteriormente, prorrogada até junho de 2012. As unidades deixaram o complexo aos poucos, concomitantemente com a entrada em operação de várias unidades de polícia pacificadora. Em síntese, a estratégia do governo foi utilizar o Exército para estabilizar o panorama de segurança calamitoso a fim de que as unidades de polícia pacificadora conseguissem posteriormente manter a segurança pública.

Segundo o site oficial da UPP (Unidade de Polícia Pacificadora)¹, este programa:

(...) é um novo modelo de Segurança Pública e de policiamento que promove a aproximação entre a população e a polícia,

¹ <http://upprj.com/wp/>, acesso às 15h em 10/01/2016.

aliada ao fortalecimento de políticas sociais nas comunidades. (...) As UPPs representam uma importante 'arma' do Governo do Estado do Rio e da Secretaria de Segurança para recuperar territórios perdidos para o tráfico e levar a inclusão social à parcela mais carente da população. Hoje, cerca de 280 mil pessoas são beneficiadas pelas unidades. Criadas pela atual gestão da secretaria de Estado de Segurança, as UPPs trabalham com os princípios da Polícia Comunitária. A Polícia Comunitária é um conceito e uma estratégia fundamentada na parceria entre a população e as instituições da área de segurança pública.

Cabe lembrar que essa não foi a primeira vez que as Forças Armadas são empregadas em operações de segurança pública no Rio de Janeiro. Em 1992, semanas antes da Eco-92, militares também ocuparam várias favelas, entre elas o Complexo do Alemão. Em 1994 e 1995, o Exército novamente foi chamado a participar de uma ação conjunta com a polícia: a Operação Rio, com o suposto objetivo de combater o tráfico varejista nas favelas da cidade. Em junho de 1999, nova ocupação durante a Cimeira do Rio, que envolveu autoridades de países europeus e latino-americanos. Em 2007, mais uma vez, com uma mega-operação policial, às vésperas dos jogos Pan-Americanos, que mobilizou 1,4 mil policiais e deixou 19 pessoas mortas.

Dessa forma, diante do reiterado emprego das Forças Armadas nas situações de crise de segurança pública nas últimas décadas, faz-se imprescindível operar uma análise aprofundada da viabilidade dessa política pública de segurança em face dos ditames constitucionais vigentes, em especial as liberdades individuais.

Para a completa abordagem do tema, várias facetas precisam da problemática ser percorridas. Para isso, no primeiro capítulo, faremos considerações acerca da constitucionalidade – ou não – dos dispositivos que regularam essa ocupação (Lei Complementar nº 97/99, Decreto nº 3897/2001 e Diretriz Ministerial nº 15/2010). Com efeito, a partir do exame mais aprofundado dos diplomas legais que regulamentam a atuação do Exército em operações de garantia da lei e da ordem, espera-se alcançar uma compreensão aprofundada da pertinência constitucional dos dispositivos atinentes ao uso das Forças Armadas em operações de segurança pública.

No segundo capítulo, realizaremos uma breve abordagem teórica sobre quem, considerando-se as instituições jurídicas do nosso país, deveria fazer o

controle de constitucionalidade dessa política pública e como esse controle deve ser feito, em especial o papel do judiciário nesse contexto. Outrossim, no de cotejo entre a política pública de uso das Forças Armadas e a Constituição de 1988, é imprescindível analisar a dinâmica das relações entre os poderes no processo de controle e tomada de decisões. Neste ponto, o estudo das vantagens e desvantagens do papel assumido pelo Poder Judiciário será fundamental para apreender a interação entre as instituições e, em última instância, a própria formulação da política pública.

No terceiro capítulo, discutiremos aspectos relacionados às vantagens e aos malefícios para as comunidades afetadas e à caracterização de um Estado de Exceção nas áreas ocupadas, trazendo alguns dados sobre a ocupação do Complexo do Alemão.

No quarto capítulo, chega-se ao cerne da pesquisa: as razões pelas quais a política pública aqui em comento pode ser considerada inconstitucional ou não. Para isso, a análise precisa ser a partir de duas vertentes principais: a que trata da constitucionalidade dos dispositivos legais que regulamentam a ação do Exército e a que trata da constitucionalidade sob o ponto de vista teórico. Quanto à abordagem teórica, é essencial a exposição dos princípios constitucionais envolvidos na problemática e os conflitos entre eles.

Percorridas essas etapas, nas considerações finais, é de suma importância que a ocupação seja abordada do ponto de vista sociológico, inclusive no que concerne a causas do problema de segurança pública no país e a soluções práticas que poderiam ser adotadas no combate ao tráfico de drogas em comparação com a política pública de ocupação das comunidades do Rio de Janeiro pelo Exército Brasileiro. É claro que não possui a pretensão de achar a melhor resolução para a questão, extremamente profunda e complexa, mas apenas promover uma reflexão sobre alguns pontos pertinentes, envolvendo fatores econômicos, institucionais, políticos e outros concernentes à efetividade das políticas públicas. Essa reflexão auxiliará na formulação de uma conclusão final que responda da melhor maneira possível a problemática colocada, ou seja, se a ocupação é, afinal, constitucional ou não.

1. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DOS DISPOSITIVOS QUE REGULAMENTAM A AÇÃO DO EXÉRCITO

Inicialmente, é importante considerar que, muito embora a ordem pública sempre tenha sido atribuição dos organismos policiais, todas as constituições republicanas previram, direta ou indiretamente, a participação do Exército na defesa da lei e da ordem, compreendendo a necessidade do Estado de ter um último instrumento apto a restabelecer a sua autoridade no interior do seu território.

A Constituição Federal Brasileira prevê, em seu artigo 142, a destinação das Forças Armadas. Vejamos:

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.

§ 1º - Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas.

Interpretando-se esse artigo, tem-se que o Exército é uma instituição de caráter permanente, somente podendo ser dissolvido por uma Assembléia Constituinte. É nacional, devendo, portanto, estar presente em todo o território brasileiro, integrando-se à estrutura da União, o que, em conseqüência, o subordina à autoridade do chefe do Poder Executivo. Por fim, é regular, o que significa possuir efetivos mínimos suficientes ao seu funcionamento normal.

Organizado com base na hierarquia e na disciplina, estabelece o dever de obediência entre seus membros e destes com o comando supremo, exercido pelo Presidente da República, cabendo aos superiores hierárquicos a imposição de ordens e condutas aos seus subordinados.

O dispositivo fala ainda que, além da tradicional destinação de defender a Pátria e os Poderes constituídos, o Exército recebeu a atribuição de atuar na garantia da lei e da ordem interna do país. No entanto, o texto em vigor procurou restringir a dimensão do seu emprego em missões dessa natureza, ao estabelecer que a determinação da execução dessa atribuição deve ocorrer

somente quando houver a iniciativa (exclusiva) de um dos Poderes constitucionais - Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Pode-se depreender da leitura do dispositivo legal que em todas as circunstâncias de ordem interna, e mesmo naquelas de grave conturbação social e política, o Exército estará, constitucionalmente, impedido de intervir, sem que haja a expressa iniciativa de pelo menos um desses Poderes e, ainda assim, em qualquer caso, atuará sempre sob o comando do Presidente da República.

Não há que se falar em ilegalidade e ilegitimidade no emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, já que esta possibilidade está expressamente prevista na Constituição Federal de 1988, sendo oriunda do poder constituinte originário. A legitimidade, outrossim, é amparada pela teoria do Estado moderno, isso é, pela obrigação do Estado de prover segurança aos seus cidadãos.

O parágrafo 1º do artigo 142, todavia, determina que Lei Complementar deverá estabelecer as normas gerais a serem adotadas na organização, preparo e emprego das Forças Armadas. Isso porque o legislador constituinte entendeu tratar-se de uma norma de eficácia relativa, dependente de complementação.

Assim, constata-se que o artigo 142 não necessita de complementação apenas quanto ao emprego, propriamente dito, das Forças Armadas nas ações de garantia da lei e da ordem, mas também quanto ao próprio relacionamento entre os três Poderes no que tange à iniciativa desse emprego.

Nesse contexto, foi elaborada a Lei Complementar nº 97, de 09 de junho de 1999. Lê-se no artigo 1º e parágrafo único desse dispositivo:

Art. 1º: 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.

Parágrafo único. Sem comprometimento de sua destinação constitucional, cabe também às Forças Armadas o cumprimento das atribuições subsidiárias explicitadas nesta Lei Complementar.

A redação apresentada pela lei complementar - no que se trata da destinação e participação das Forças Armadas na solução de conflitos internos, que ponham em risco a preservação do respeito à lei e à ordem pública - manteve uma abordagem genérica, tal qual o texto constitucional, eximindo-se de enumerar taxativamente, e de forma limitadora, o seu campo de atuação.

A leitura dos demais dispositivos desta lei permite-nos concluir que a missão de garantia da lei e da ordem interna, em consonância com o texto Constitucional, é abordada como sendo de natureza eventual, por ser inerente não ao Exército, mas aos órgãos policiais, destinados à manutenção da segurança pública.

Essa lei determina também que todas as ações, bem como o gerenciamento dos meios disponíveis, ficam sob a responsabilidade do Comandante do Exército, nas missões de garantia da lei e da ordem.

Nesse contexto, conforme preceitua o artigo transcrito abaixo, o emprego das Forças Armadas e, em consequência, a responsabilidade política e jurídica relativa à decisão desse emprego será do Presidente da República. Já a responsabilidade, aqui principalmente jurídica, relativa a sua execução é atribuída ao Comandante da Força e aos seus comandos subordinados indicados para o cumprimento da missão. Veja-se o que preceitua o artigo 15 da Lei em estudo:

Art. 15. O emprego das Forças Armadas na defesa da Pátria e na garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem, e na participação em operações de paz, é de responsabilidade do Presidente da República, que determinará ao Ministro de Estado da Defesa a ativação de órgãos operacionais, observada a seguinte forma de subordinação:

Está claro, pois, que o Comandante da Força é o responsável pela execução da missão, mas a responsabilidade referente a decisão de emprego é unicamente do Presidente da República, cabendo-lhe, inclusive, responder perante o Poder Judiciário por decisões arbitrárias ou ilegais.

Ainda, na sessão que trata sobre o emprego das Forças Armadas nas missões de garantia da lei e da ordem, estabelecem os parágrafos 1º a 5º do artigo 15:

§ 1º Compete ao Presidente da República a decisão do emprego das Forças Armadas, por iniciativa própria ou em atendimento a pedido manifestado por quaisquer dos poderes constitucionais, por intermédio dos Presidentes do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados.

§ 2º A atuação das Forças Armadas, na garantia da lei e da ordem, por iniciativa de quaisquer dos poderes constitucionais, ocorrerá de acordo com as diretrizes baixadas em ato do Presidente da República, após esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, relacionados no art. 144 da Constituição Federal.

§ 3º Consideram-se esgotados os instrumentos relacionados no art. 144 da Constituição Federal quando, em determinado momento, forem eles formalmente reconhecidos pelo respectivo Chefe do Poder Executivo Federal ou Estadual como indisponíveis, inexistentes ou insuficientes ao desempenho regular de sua missão constitucional.

§ 4º Na hipótese de emprego nas condições previstas no § 3º deste artigo, após mensagem do Presidente da República, serão ativados os órgãos operacionais das Forças Armadas, que desenvolverão, de forma episódica, em área previamente estabelecida e por tempo limitado, as ações de caráter preventivo e repressivo necessárias para assegurar o resultado das operações na garantia da lei e da ordem.

§ 5º Determinado o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, caberá à autoridade competente, mediante ato formal, transferir o controle operacional dos órgãos de segurança pública necessários ao desenvolvimento das ações para a autoridade encarregada das operações, a qual deverá constituir um centro de coordenação de operações, composto por representantes dos órgãos públicos sob seu controle operacional ou com interesses afins.

Esses parágrafos são bastante esclarecedores: uma vez que os poderes Legislativo e Judiciário podem solicitar o emprego das Forças Armadas em questões de ordem interna do país, eles estabeleceram quais autoridades desses Poderes têm essa competência. Outrossim, é possível constatar, por meio da leitura desses dispositivos, que o legislador procurou estabelecer um ordenamento que evite a subordinação concorrente da Forças Armadas a mais de um Poder, impedindo-se que os comandantes militares venham a ser confrontados com ordens emanadas de outras autoridades, senão as do Presidente da República.

Há quem entenda, porém, que o legislador, ao tentar impedir a ingerência dos demais Poderes nas decisões de emprego das Forças Armadas em garantia da lei e da ordem, extrapolou suas atribuições, uma vez que concentrou o poder decisório com o chefe do Poder Executivo, ampliando-se a dúvida que decorre da leitura do artigo 142 da Constituição Federal, em que foi estabelecida a iniciativa de emprego das Forças Armadas em igualdade de condições para os três poderes da república, como forma de garantia do princípio da independência e harmonia dos poderes, previsto no artigo 2º da Carta Constitucional.

Assim, em respeito ao princípio da hierarquia das leis, constatou-se o conflito entre a obediência ao princípio da divisão funcional do poder, de forma harmônica e independente, e a concentração de poder junto ao Presidente da República, ao qual a Lei Complementar nº 97/99 estabelece a exclusividade da decisão de emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, a despeito da igualdade de direito à iniciativa de tal ação ter sido prevista, constitucionalmente, para os três Poderes da República.

Por ora, a adoção do princípio da presunção da constitucionalidade das normas jurídicas infraconstitucionais garante a obediência ao previsto na Lei Complementar, admitindo-se a concentração de poder sob a ação discricionária do Presidente da República. Compartilham dessa visão os professores Sylvio Motta e William Douglas², para quem essa subordinação constitui uma inconstitucionalidade.

Outro ponto que o legislador buscou esclarecer por meio da edição desta lei é o nível de comprometimento que deve existir da ordem pública, para que se possa justificar o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem.

Foi nesse intuito que o parágrafo segundo determinou que esse emprego fica vinculado às diretrizes presidenciais, a serem baixadas somente “após esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, relacionados no art. 144 da Constituição Federal”, caracterizando-se, uma vez mais, a excepcionalidade do emprego das Forças Armadas na solução de problemas internos de

² MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SANTOS, William Douglas Resinente dos. *Direito Constitucional*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

competência originária de outros órgãos do Estado membro da Federação.

De forma conclusiva, a edição da Lei Complementar nº 97/99 logrou êxito no que se refere ao esclarecimento da organização geral das Forças Armadas; na definição das autoridades competentes, em cada esfera, para fazer o pedido; e nas condições de subordinação exclusiva ao Presidente da República, quando forem empregadas nas operações de garantia da lei e da ordem.

Do mesmo modo, foi bem sucedida ao enfatizar que a defesa da lei e da ordem interna é missão de natureza excepcional, condicionada a incapacidade dos órgãos policiais originariamente investidos dessa função.

Lado outro, não trouxe de maneira satisfatória as peculiaridades do preparo técnico-profissional e da possibilidade operacional de as forças armadas atuarem substituindo, ou mesmo de maneira conjunta, com as polícias de natureza civil. Não abordou, outrossim, a questão da atribuição específica do “poder de polícia” aos membros das Forças Armadas no exercício da segurança pública.

Destaca-se ainda que a lei não tratou da abrangência das ações de caráter preventivo e permanente necessárias à garantia da lei e da ordem, deixando, inclusive, de abordar os limites e condições de relacionamento das Forças Armadas com os demais órgãos da Administração Pública Federal, principalmente com as polícias estaduais, subordinadas aos Governadores dos Estados.

Em especial sobre a missão de garantia da lei e da ordem, a lei silenciou quanto à amplitude da interferência do Poder Judiciário, em especial, sobre o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Nota-se que a Lei Complementar não foi capaz de sanar questionamentos significativos, principalmente no que se refere às operações de garantia da lei e da ordem conduzidas pelas Forças Armadas. Visando acabar com essas lacunas, o Presidente da República editou o Decreto-Lei nº 3.897, em 24 de Agosto de 2001.

Esse decreto regulamenta matéria de interesse do Poder Executivo, atendendo a previsão contida na Lei Complementar nº 97/99, que estabeleceu a obrigatoriedade do Presidente da República baixar diretrizes para o emprego das Forças Armadas nas operações de garantia da lei e da ordem. O objetivo

deste decreto foi, portanto, orientar a execução da referida lei, não podendo inová-la ou contrariá-la.

A primeira significativa alteração trazida pelo Decreto é a possibilidade de os Governadores de Estado ou do Distrito Federal solicitarem ao Presidente da República o emprego das Forças Armadas para a garantia da lei e da ordem. Vejamos o que estabelece o artigo 2º:

Art. 2º: É de competência exclusiva do Presidente da República a decisão de emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem.

§ 1º A decisão presidencial poderá ocorrer por sua própria iniciativa, ou dos outros poderes constitucionais, representados pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, pelo Presidente do Senado Federal ou pelo Presidente da Câmara dos Deputados.

§ 2º O Presidente da República, à vista de solicitação de Governador de Estado ou do Distrito Federal, poderá, por iniciativa própria, determinar o emprego das Forças Armadas para a garantia da lei e da ordem.

Essa novidade permite que os próprios Governadores reconheçam o esgotamento dos seus meios e requisitem o apoio do governo federal, evitando a necessidade de decretação da Intervenção Federal ou, até mesmo, das medidas excepcionais do Estado de Defesa e de Sítio.

Por sua vez, estabelece o artigo 3º deste Decreto-Lei que cabe às Forças Armadas a execução de ações de competência constitucional e legal das Polícias Militares Estaduais, tendo lhes sido atribuído o poder de polícia de segurança pública, na espécie de “polícia ostensiva”, permitindo que as Forças Armadas realizem ações de caráter preventivo e repressivo. Ou seja, aqui se regulamenta a hipótese de as Forças Armadas atuarem como Polícia Militar.

Ao revestir-se dessa atribuição, as Forças Armadas devem atuar de forma preventiva, por meio de ações de inteligência e de patrulhamento ostensivo, e de forma repressiva, no que juridicamente se considera a repressão imediata a um delito que foi praticado, cabendo-lhes perseguir o seu autor, prendê-lo e conduzi-lo para a lavratura do auto de prisão em flagrante.

O decreto também possibilita a realização de atividades de natureza policial, tais como a inspeção e a revista de pessoas e veículos considerados suspeitos, o cumprimento de mandados de busca e apreensão expedidos pelo

Poder Judiciário, a apreensão de materiais ilegais ou provenientes de ilícitos penais e o controle de manifestações públicas.

Ainda, o parágrafo único do artigo 3º busca criar parâmetros para o termo “esgotamento dos meios previstos no art. 144 da Constituição” utilizado na Lei Complementar nº 97/99, estabelecendo que se consideram esgotados os meios previstos no artigo 133 da CF, inclusive no que concerne às polícias militares, quando, em determinado momento, forem indisponíveis, inexistentes ou insuficientes ao desempenho regular de sua missão constitucional.

Depreende-se da leitura desse dispositivo que o emprego das Forças Armadas em decorrência do esgotamento dos meios previstos no art. 144 da Constituição Federal é válido somente com relação à Polícia Militar. O artigo 4º, porém, procura solucionar essa questão e prevê que a subordinação dessas polícias permanecerá com os seus respectivos Governadores, cabendo-lhes determinar que parte delas ou mesmo a sua totalidade passem ao controle operacional do comando militar responsável pela operação. Vejamos:

Art. 4º Na situação de emprego das Forças Armadas objeto do art. 3º, caso estejam disponíveis meios, conquanto insuficientes, da respectiva Polícia Militar, esta, com a anuência do Governador do Estado, atuará, parcial ou totalmente, sob o controle operacional do comando militar responsável pelas operações, sempre que assim o exijam, ou recomendem, as situações a serem enfrentadas.

§ 1º Tem-se como controle operacional a autoridade que é conferida, a um comandante ou chefe militar, para atribuir e coordenar missões ou tarefas específicas a serem desempenhadas por efetivos policiais que se encontrem sob esse grau de controle, em tal autoridade não se incluindo, em princípio, assuntos disciplinares e logísticos.

§ 2º Aplica-se às Forças Armadas, na atuação de que trata este artigo, o disposto no *caput* do art. 3º anterior quanto ao exercício da competência, constitucional e legal, das Polícias Militares.

Da análise desses dispositivos, observa-se uma clara invasão de competências. Nota-se que, em última análise, o comandante da polícia militar deixa de subordinar-se ao Governador do Estado para sujeitar-se ao comandante ou chefe militar responsável pela operação, “total ou parcialmente, sempre que assim o exijam ou recomendem, as situações a serem

enfrentadas”, ainda que sejam especificamente relacionadas ao caso concreto.

Por sua vez, o artigo 5º estabelece, de forma inovadora, outra possibilidade de emprego das Forças Armadas, não vinculada ao esgotamento dos meios dos órgãos de segurança pública. É a possibilidade de participação das Forças Armadas na segurança de eventos oficiais ou públicos, de significativa importância, por envolverem a participação de Chefes de Estado e/ou de Governo de outros países.

Ao criar esse emprego preventivo das Forças Armadas, o decreto foi além do previsto na Lei Complementar, considerando uma situação que não foi manifestada pelo legislador. Portanto, ao invés de regulamentar, inovou, o que não é da sua competência.

Não se pode negar a contribuição do Decreto nº 3.897 para melhor se entender o emprego das Forças Armadas nas operações de garantia da lei e da ordem. No entanto, deve-se reconhecer que este decreto também não esgota aspectos jurídicos concernentes a esse assunto, além de criar dispositivos, conforme disposto anteriormente, que geram clara invasão de competências constitucionais. Ademais, cria o emprego preventivo das forças armadas, não previsto na Lei Complementar e na Carta Constitucional, aos quais se encontra legalmente vinculado.

Deve-se citar, ainda, para uma completa análise dos dispositivos de lei objeto de estudo deste trabalho, as Diretrizes Ministeriais nºs 14 e 15 de 2010. A primeira foi o ato em que o Presidente da República, por meio do Ministério da Defesa, em atendimento ao previsto no art. 7, inciso I, do Decreto nº 3897/2001, determinou o emprego das Forças Armadas para a garantia da lei e da ordem, na cidade do Rio de Janeiro, atendendo à solicitação feita pelo Governador do Estado.

A outra, Diretriz Ministerial nº 15, estabeleceu as regras de engajamento para operação das forças de pacificação no Rio de Janeiro. Neste documento, encontram-se determinados os conceitos fundamentais para o planejamento e execução da operação de pacificação.

Vê-se, pois, que o emprego das Forças Armadas para garantia da lei e da ordem é tema controverso. A propósito, fica latente a possibilidade de um conflito federativo caso o Presidente determine o seu emprego, em um determinado Estado da federação, sem a decretação da Intervenção Federal, e

sem a concordância do seu Governador, responsável, constitucionalmente, pela manutenção da ordem pública no Estado que governa.

Para nós, a permanência das Forças Armadas em missão que goze de poder de polícia, com intuito de incrementar a segurança pública, como foi feito no Complexo do Alemão, não atende aos princípios constitucionais chamados de garantia da lei e da ordem. Isto porque, para que as Forças Armadas possam atuar com poder de polícia no combate ao tráfico de drogas, faz-se necessária a decretação da Intervenção Federal, o que não ocorreu.

Em razão da estrutura descentralizada do Estado brasileiro, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios gozam de autonomia administrativa e de capacidade jurídica para exercerem as atribuições de sua competência.

Deve-se, todavia, considerar o caso em que um, ou vários desses entes, atuem em desrespeito aos interesses e objetivos do Estado Nacional, praticando atos que são contrários à Constituição Federal, Estadual ou às Leis Orgânicas dos Municípios, que estabelecem o ordenamento a que estão submetidos, ou, ainda, a situação de se verem, momentaneamente, incapacitados de cumprirem a sua finalidade jurídica.

Previendo isso, o legislador constituinte criou a hipótese da União intervir nos Estados e destes intervirem nos Municípios, buscando-se resguardar a forma federativa dentro dos parâmetros republicanos e democráticos (o instituto da Intervenção está previsto nos artigos 34, 35 e 36 da Constituição de 1988).

Segundo Pedro Calmon, na intervenção, “o Estado Federal acode aos Estados locais, para ampará-los na sua debilidade, corrigir-lhes a vida administrativa nos seus tumultos, defendê-los, resguardá-los, garanti-los e também os pacificar, não em proveito de um centralismo violento, porém em nome da igualdade e da harmonia, dogmas do regime federativo”³.

A Intervenção Federal, como se sabe, é medida excepcional, admissível somente nas hipóteses relacionadas nos incisos do artigo 34 da Constituição Federal. Senão, vejamos:

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

³ CALMON, Pedro. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

- 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 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 e nas ações e serviços públicos de saúde.

Consoante o disposto no artigo 36 da Constituição Federal, a decretação da Intervenção não é prerrogativa exclusiva do Poder Executivo, de sorte que também cabe ao Poder Legislativo ou ao Poder Judiciário solicitá-la quando forem esses os poderes impedidos de exercerem suas atribuições.

Ao Poder Executivo, estão relacionadas as hipóteses que envolvam a integridade e a segurança nacional, a autonomia dos estados-membros, a ordem e tranqüilidade interna, sem, no entanto, ser excluída a ação dos demais Poderes nessas situações.

O artigo 36, em seus parágrafos 1º e 2º, determina que o decreto de intervenção, que especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução e que, se couber, nomeará o interventor, será submetido à apreciação do Congresso Nacional ou da Assembléia Legislativa do Estado, no prazo de vinte e quatro horas, mesmo se essa casa legislativa estiver em recesso. Essa medida foi tomada visando impedir o uso político indiscriminado desse instituto.

Nota-se, outrossim, que a legislação obriga a especificação da amplitude, do prazo e das condições de execução de tal medida, evitando-se o arbítrio e as ações que não atendam às reais necessidades do interesse público.

Acreditamos, pois, que o uso das Forças Armadas em missões de garantia da lei e da ordem no Complexo do Alemão foi ilegal e permitiu um uso político delas.

O Decreto nº 3.897/2001 representa uma intervenção branca, uma vez que possibilita que as Forças Armadas atuem na garantia da lei e da ordem nos Estados membros da Federação, sem participação das casas legislativas na tomada da decisão, por meio de decisão personalista do chefe do Poder Executivo, que suprime a necessária participação do congresso nacional, essencial numa democracia.

Ademais, cremos que a decretação de Intervenção Federal seria perfeitamente aplicável. À época da criação da força de paz do Exército, que passou a agir em conjunto com as polícias militares no combate ao tráfico de drogas e na pacificação dos morros, a situação no Estado do Rio de Janeiro era caótica, com saques, arrastões, assaltos, que certamente comprometiam a ordem pública e feriam os direitos da pessoa humana.

O cerne da questão é que a decretação da intervenção não interessa ao governador do Estado, que, além de não querer admitir a perda do controle da situação, perderia poderes políticos. Em entrevista sobre o assunto, o procurador aposentado da Justiça Militar, João Rodrigues Arruda⁴, afirmou que:

(...) a intervenção pode se dar em função de uma necessidade de manutenção da ordem em uma área isolada. Mas isso não foi feito por questões políticas. Poderia ser até uma intervenção a pedido do governador. Mas o governador nunca quer admitir que perdeu o controle da situação. O resultado disso é que a presidente Dilma Rousseff assumiu com um estado da federação em uma situação de intervenção. Os envolvidos na decisão de empregar as tropas de forma irregular, entre eles Lula e Sérgio Cabral, cometeram crime de responsabilidade.

Outra crítica feita é que a saída desenhada foi a de uma colaboração das Forças Armadas em uma missão do governo do Estado. Diziam que os militares atuavam porque somente eles estavam aptos a operar os blindados. Num primeiro momento, inclusive, o comando da ação era da Secretaria de

⁴ João Rodrigues Arruda é autor do livro *O uso político das Forças Armadas* (Editora Mauad, 2007).

Segurança do Rio, com tropas federais prestando apoio ao Estado. O que se viu, no entanto, foi a extensão disso, com tropas acampadas por tempo indeterminado, cumprindo efetivamente um papel da Polícia Militar.

Em análise pormenorizada dos referidos dispositivos legais - Lei Complementar nº 97/99 e Decreto-Lei nº 3897/2001 -, pode-se constatar enorme semelhança com o disposto no artigo 36 da Constituição Federal, que regulamenta a decretação da intervenção. Daí porque chamar-se essa ilegalidade que foi cometida pelo governo estadual, em parceria com o governo federal, de intervenção branca, em que se tentou legitimar o uso político das forças armadas.

2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA POLÍTICA PÚBLICA E O PAPEL DO JUDICIÁRIO

Nesse contexto, em que se discute a constitucionalidade da presença do Exército Brasileiro nas comunidades do Rio de Janeiro, surge uma questão de especial relevância: como deve ser feito o controle dessas políticas públicas de segurança?

Sendo assim, é necessário estabelecer os limites para tal controle pelos diversos órgãos, principalmente pelo Poder Judiciário. Todavia, de modo a examinar de maneira apropriada essa controvérsia, é fundamental resgatar a problemática que cerca o controle de constitucionalidade de políticas públicas pelos magistrados.

Neste ponto, vale frisar que essa espécie de controle pelos juízes está inserida no escopo e nos questionamentos concernentes à legitimidade da jurisdição constitucional em sentido amplo. Por conseguinte, é necessário avaliar de forma detida as vantagens e desvantagens institucionais decorrentes da atribuição dessa tarefa ao Judiciário.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o controle de constitucionalidade pelo Judiciário, que remonta ao caso norte-americano *Marbury v. Madison*, está calcado na ideia de que os tribunais são os entes mais adequados para exercerem a função de guardião da Constituição – o que remete, portanto, ao pensamento de Hans Kelsen.

Sendo assim, o objetivo da fiscalização constitucional pelo Judiciário é colocar o Legislativo sob o controle de outro órgão e, conseqüentemente, assegurar a supremacia da Lei Fundamental, impedindo que sua força normativa fosse erodida por diversos textos legislativos incongruentes em relação a seus preceitos, e, da mesma forma, evitar que tomadas de decisão do Poder Executivo solapem os direitos fundamentais. Além disso, especialmente no que tange ao Poder Legislativo, atribuir a função fiscalizadora aos juízes significa proteger os direitos das minorias nos processos de deliberação. Igualmente, visa resguardar o processo democrático na forma como foi desenhado pelo legislador constituinte.

Não obstante essas vantagens, o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário apresenta algumas desvantagens relevantes.

Com efeito, os juízes carecem de falta de legitimação pela via eleitoral, o que, notadamente em casos que envolvem valores morais e religiosos, pode levar à falta de legitimidade das suas decisões perante a sociedade – a qual já tem instâncias democráticas deliberativas moldadas para decidir essas questões. Nesse mesmo sentido, os magistrados não têm instrumentos de controle pela vontade popular e, portanto, acabam por se perpetuar como tomadores de decisão, o que não é saudável para o processo democrático.

Além dos problemas referentes à legitimidade da magistratura, a atuação do Judiciário no controle apresenta outros questionamentos quando tratamos especificamente das políticas públicas. Isto porque elas trabalham com diversos conceitos de outras áreas do conhecimento que escapam da tradicional formação dos juristas, desenvolvendo uma verdadeira carência de recursos técnicos e institucionais para um adequado controle das políticas públicas. Neste ponto, vale ressaltar a falta de conhecimento, por parte dos juízes, de conceitos econômicos como os “trade-offs”, os quais são fundamentais para uma análise pertinente da efetividade e viabilidade de uma política pública⁵.

Ademais, o próprio *modus operandi* do Direito, por meio de seus instrumentos processuais, leva a um tipo de estudo inadequado para a apreensão do desenvolvimento das políticas públicas. Com efeito, o juiz pode exercer uma análise inadequada do problema concreto, sem atentar para o contexto amplo da política pública na qual esse caso individual está inserido.

Nessa linha de raciocínio, é possível depreender, também, que a perspectiva que embasa a atividade do juiz não envolve o conceito de “trade-off”, ou seja, a ideia de que, dada a escassez de recursos, o formulador de políticas públicas deve fazer escolhas no momento de efetivá-las. Em outros termos, o juiz, ao decidir um caso fornecendo um medicamento, por exemplo, não tem a visão ampla de planejamento e, por conseguinte, não tem a preocupação de como os recursos orçamentários serão manejados de forma a cumprir sua decisão.

⁵ Essa carência de conhecimento de conceitos econômicos está atrelada, principalmente, à forma como são estruturados os currículos dos cursos de Direito no Brasil, sem uma adequada construção do conhecimento interdisciplinar – notadamente com relação à Economia, que pode contribuir fortemente para uma melhor formação do jurista.

Essa espécie de abordagem adotada pelo Poder Judiciário pode ser depreendida da análise do trecho, abaixo transcrito, do voto condutor do Min. Luiz Fux no REsp nº 570.280, Primeira Turma, publicado em 25/10/2004:

Realmente, meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas *de lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

A doutrina do tema assim se posiciona:

"A Constituição de 1988 reiterou ser a educação direito de todos e dever do Estado (art. 205), e detalhou, no art. 208, que tal dever será efetivado mediante a garantia de "ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria" (inciso I), bem como pelo "atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência..." (inciso III). Também aqui não parece haver dúvida quanto à imperatividade da norma e a exigibilidade do bem jurídico tutelado em ambos os casos. É bem de ver, no entanto, que o constituinte preferiu não sujeitar-se a riscos de interpretação em matéria á qual dedicou especial atenção: o ensino fundamental. Desse modo, interpretando assim mesmo, fez incluir no § 1º do art. 208 a declaração de que "o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo". O dispositivo, todavia, não deve induzir ao equívoco de uma leitura restritiva: todas as outras situações jurídicas constitucionais que sejam redutíveis ao esquema direito individual - dever do Estado configuram, na mesma sorte direitos públicos subjetivos. Não pretendeu o constituinte limitar outras posições jurídicas de vantagem mas tão-somente, ser meridianamente claro em relação a esta posição específica. Com isto evita que a autoridade pública se furte ao dever que lhe é imposto, atribuindo ao comando constitucional, indevidamente, caráter programático e, pois, insusceptível de ensejar a exigibilidade de prestação positiva." (O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas, Luís Roberto Barroso, pág. 115, 5ª edição).

Entretanto, quando a Constituição consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impõe-se ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que isso resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

É evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio, e atuar sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto, no regime democrático e no estado de direito, o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu.

Afastada assim a ingerência entre os poderes, o judiciário atacado de malferimento da lei nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa legal.

Assim, se é direito do menor a freqüência em creche, o Estado, num sentido *lato* deve desincumbir-se desse dever através da sua rede própria.

Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel.

Bem se vê, portanto, que a ótica adotada pelo Min. Luiz Fux apresenta a característica marcante de optar pela efetivação do comando do ordenamento jurídico, ainda que às custas de previsão orçamentária e do próprio planejamento dos formuladores de políticas públicas. Apesar de juridicamente acertada, tal decisão não atentou para os “trade offs” que balizaram a tomada de decisão dos gestores públicos.

A despeito desses questionamentos, cumpre ressaltar que o Poder Judiciário tem cumprido papel importante no controle da legalidade e constitucionalidade das operações desenvolvidas pelo Exército, entre outras políticas públicas de segurança.

De fato, os juízes têm sido provocados por meio de ações mandamentais (mandados de busca e apreensão e de segurança) e *habeas corpus*, atuando de forma a garantir os direitos fundamentais dos moradores das comunidades afetadas. Nesse sentido, no mês de outubro de 2011⁶, a Justiça do Rio de Janeiro suspendeu liminarmente (quatro dias após o deferimento) diversos mandados de busca e apreensão coletivos – sem a individualização das casas afetadas –, que haviam sido concedidos por juiz em regime de plantão para que a Força de Pacificação pudesse vasculhar diversas localidades do complexo de favelas do Alemão. Com efeito, esses mandados permitiam que o Exército vasculhasse diversas casas, somente sob a justificativa de estarem localizadas em uma comunidade alvo de uma ação das forças do Estado.

Sendo assim, o Judiciário agiu de maneira célere e efetiva de modo a impedir que, a pretexto de uma operação militar importante para a preservação da segurança pública no Estado do Rio de Janeiro, as garantias e liberdades fundamentais dos cidadãos fossem restringidas.

⁶ Para maiores informações a respeito da situação: <http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/noticias/operacao-no-complexo-do-alemao-termina-sem-presos-e-sem-material-apreendido-20111027.html> (acessado às 18:36 do dia 23/01/2016) e <http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/noticias/justica-suspende-outros-dois-mandados-de-busca-e-apreensao-nos-complexos-da-penha-e-do-alemao-20111027.html> (acessado às 18:37 do dia 15/01/2016).

Todavia, a atuação do Judiciário foi e tem sido proporcional à provocação dos cidadãos. Em outros termos, os juízes não foram convocados a decidir questões que interferissem no planejamento e viabilidade da presença do Exército no morro do Alemão. Nesse sentido, os magistrados ainda não foram chamados a analisar de forma profunda a política pública de segurança para o Rio de Janeiro, mas somente – em alguns poucos casos - a atuação e os instrumentos dos agentes estatais envolvidos nas operações. No entanto, caso isso ocorresse, as questões levantadas anteriormente, referentes à legitimidade e adequação do exercício da fiscalização pelos juízes, assumem posição importante.

Conquanto as referidas objeções ao controle judicial sejam pertinentes, o exercício dessa função pelos juízes tem se mostrado eficaz e imprescindível na garantia dos direitos fundamentais - como vimos no caso dos mandados de busca e apreensão coletivos -, até porque a inafastabilidade do Poder Judiciário é uma garantia da Constituição de 1988 (art. 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

Dessa forma, torna-se necessário ponderar os limites dessa atuação do Poder Judiciário, considerando, inclusive, a possibilidade de outros atores institucionais exercerem esse controle.

Por conseguinte, tendo em vista as restrições acima expostas, que são intrínsecas à abordagem do juiz, é necessário que o Poder Judiciário posicione-se como mais um ator no controle das políticas públicas. Com isso queremos dizer que os juízes não precisam elaborar decisões amplas e definitivas dos problemas postos, mas sim atuar harmonicamente com outros órgãos, utilizando o processo judicial para ampliar a discussão acerca da controvérsia e estimular a participação de outros órgãos.

Neste ponto, vale transcrever o ensinamento de Cass Sunstein, autor norte-americano que, ao defender o minimalismo judicialismo, sustenta a abertura de espaços democráticos pelo Poder Judiciário, conforme é possível depreender do trecho abaixo:

Cautious judges can promote democratic deliberation with more minimalist strategies, designed to bracket some of the deeper questions but also to ensure both accountability and reflection. Many minimalist decisions attempt to require deliberative

judgments by democratically accountable bodies. Democracy-foreclosing outcomes rule some practices off-limits to politics. Democracy-permitting outcomes simply validate what democratic processes have produced.

To avoid foreclosure and allow democratically accountable bodies to function, a court might decline to hear a case at all or rule narrowly than broadly. Democracy-permitting outcomes may well be desirable when considerations of democracy do not themselves call for a broad ruling.⁷

Assim, Sunstein vislumbra o juiz como um ator institucional cuja principal função, no âmbito do controle de constitucionalidade, é decidir de forma a promover o processo democrático, aumentando, inclusive, a legitimidade de suas decisões.

Nesse sentido, a atuação do Poder Judiciário deve ser cautelosa. Com efeito, decisões que fechem definitivamente o debate da utilização do Exército em ações de segurança pública podem ser danosas para a formulação de políticas de segurança de forma democrática e legítima. A título de exemplo, na hipótese de se arguir a inconstitucionalidade da Diretriz Ministerial que sustentou a atuação do Exército no complexo do Alemão, em razão de não ser medida adequada para a solução do problema, o Judiciário deveria agir com cuidado de forma a não fechar canais democráticos relacionados a tomadas de decisões. Isto porque a questão da utilização do Exército em situações de segurança pública é controversa no âmbito da sociedade, devendo os juízes, enquanto atores de uma sociedade plural, estimular o debate e a “accountability”⁸ dos agentes tomadores de decisões.

Conseqüentemente, ainda que seja importante para a consecução dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário possui limitações relevantes, relacionadas principalmente à legitimidade de suas decisões e preparo técnico de seus membros, que devem ser levadas em conta no momento de sua atuação. Nesse contexto, vale citar, novamente, o ensinamento de Cass Sunstein:

⁷ SUNSTEIN, Cass R. 2001. P. 26.

⁸ Para Sunstein, “the goal of accountability is fostered by ensuring that officials with the requisite political legitimacy make relevant decisions. Hence the non-delegation and void-for-vagueness doctrines ensure legislative rather than executive lawmaking; hence certain public law doctrines try to ensure that Congress, rather than the bureaucracy, has focused on certain issues. Attempts to ensure against continued rule by old judgments frozen by political processes belong in the same category” (2001. P. 31).

Why would courts attempt a minimalist path? When should they move in the direction of width or depth? (...) As we have seen, minimalism is associated with democratic goals. It also minimize the burdens of decisions and the costs of mistakes. It can do so while playing a healthy role in a pluralistic society in which people often disagree about fundamental issues. But there is no context-free case for minimalism. When planning is important, or when judges have confidence in a wide or deep ruling, non-minimalist approaches may well be best. The appropriate areas for minimalism involve issues of high factual or ethical complexity that are producing democratic disagreement and debate (...)⁹.

Portanto, o controle da política pública de segurança deve ser exercido, também, pelo Poder Judiciário, que tem sido importante protetor das garantias fundamentais dos cidadãos. No entanto, os juízes devem atuar de forma cautelosa, em razão de suas limitações intrínsecas, atentando para o fato de estarem inseridos num desenho institucional plural como importantes agentes promotores do processo democrático.

⁹ Idem. P. 46.

3. A OCUPAÇÃO DO COMPLEXO ALEMÃO EM DADOS

Desde que foi iniciada a parceria da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro com as Forças Armadas, feita com a missão de pacificar as favelas do Rio de Janeiro, frequentemente ouviu-se nos noticiários sobre o “sucesso da união das instituições de vários níveis de governo”, da “devolução da dignidade e do território” para os moradores do Complexo do Alemão, da “diminuição nos incidentes de violência” nos morros e, principalmente, da mudança da realidade de insegurança e abandono estatal que vigorava nas favelas cariocas há anos.

Dizem as mídias que a atuação do Exército na garantia da lei e da ordem foi de extrema importância para o sucesso das pacificações, vez que as polícias Civil e Militar tem problemas de capacitação e condições de trabalho, além de possuírem uma cultura autoritária no tratamento da sociedade. Assim, alegam ser essencial a cooperação do governo federal no combate ao tráfico nos morros do Rio de Janeiro, por meio do emprego de suas forças de segurança.

Ressaltam, ainda, o papel social desempenhado pelo Exército nos morros ocupados e pacificados, em que promoviam ações cívico-culturais e esportivas. Afirmam que esse tipo de iniciativa, apoiada pelos moradores, é que mostra aos jovens que existem na vida reais perspectivas de paz, crescimento e desenvolvimento, e não as ilusórias, criadas e oferecidas pelo mundo das drogas e do crime.

Alegam que a presença militar nos morros resultou em uma ampla queda dos índices de criminalidade: o roubo de veículos teve queda de 78%, a taxa de homicídio caiu 86%, os assaltos a residência caíram 91% e os assaltos a transeuntes apresentaram redução de 78%.¹⁰

Todavia, essas notícias não representam o consenso. Diversos estudiosos apontam para o fracasso da utilização das forças armadas no combate ao tráfico de drogas. Não são poucas as referências à utilização de força desarrazoada pelo Exército no combate ao tráfico de drogas nas comunidades ocupadas e pacificadas.

¹⁰ Fonte: Portal Brasil. Reportagem do dia 24.10.2011.

Em artigo publicado na época, o professor Nilo Batista lembrou de alguns desses excessos cometidos: “A *Chacina do Pan*”, em que ocorreram dezenove execuções no Complexo do Alemão, dias antes da abertura dos Jogos Pan-Americanos em 2007; e o “Tropa de Elite 3”, outro episódio, mais recente, em que supostos traficantes eram executados enquanto fugiam da tomada do morro do Alemão pela “Força de Paz do Exército”, com exibição “ao vivo” em diversos canais de televisão.

Contam as reportagens que a ação de ocupação permanente do Complexo de Alemão, ocorrida em novembro de 2010, foi marcada por inúmeras denúncias de abusos dos agentes. De fato, centenas de denúncias de abusos e de repressão foram feitas pelos moradores, em que afirmaram serem vítimas de torturas, agressões e depredações, além de lembrarem o número de mortos em algumas das operações realizadas nas comunidades. Resumem: "nada mudou. Saiu o comando vermelho e entrou o comando verde. A mesma opressão e miséria, sob as rédeas de outro comando. Há um uso desproporcional da força e uma porção de erros táticos e técnicos"¹¹.

Em matéria que tratava sobre um ano da ocupação militar do Complexo do Alemão, o site *rededemocratica.org* trouxe a imagem de um papel pendurado em uma porta, com os seguintes dizeres: “Atenção! Nossa casa já foi revistada dia 28.11.2010. Estamos trabalhando e só estaremos de volta às 18 horas. Caso seja necessário, por favor ligue para os números 9426-0888 ou 8025-0367. Não arrumbem nossa porta novamente!!!!”¹².

Relatam que, com autorização da justiça, operações realizadas no Complexo do Alemão à procura de armas e drogas, iniciavam-se com mensagem gravada e emitida por um carro de som, dizendo: "Senhores moradores, o Exército Brasileiro está realizando um mandado judicial em cumprimento da lei. Fechem suas portas e janelas e aguardem orientação. Quando solicitado, abra a porta e aja de maneira educada. Obedeça a todas as instruções. Qualquer ação contrária será considerada como ato hostil e receberá a resposta necessária".

¹¹ Reportagem disponível no sítio eletrônico: http://www.rededemocratica.org/index.php?option=com_k2&view=item&id=759:um-ano-de-ocupa%C3%A7%C3%A3o-militar-no-complexo-do-alem%C3%A3o-mis%C3%A9ria-e-opress%C3%A3o-sob-um-novo-comando. Acesso em 18/01/2016 às 18:45.

¹² Idem.

Vera Malaguti, socióloga, secretária geral do Instituto Carioca de Criminologia e professora de criminologia da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, fez uma análise da situação de violência do Rio de Janeiro e afirmou que estamos seguindo no Brasil um modelo fracassado de guerra contra as drogas.¹³

A autora afirma que a característica da Política Pública de Segurança que foi e vem sendo adotada no Rio de Janeiro é caracterizada pelo controle totalizante sobre as comunidades pobres dentro do paradigma bélico, o qual é um modelo muito usado pelos Estados Unidos, nas ocupações que promovem, e também por Israel, no tratamento do Estado Palestino.

Isso significa, ainda segundo a autora, que existe um atropelo das garantias. As áreas pobres ficam transformadas em territórios de exceção, onde não regem direitos e as garantias são supérfluas, porque o governo trabalha com a ideologia da segurança nacional.

Vê-se, pois, que a erosão das garantias básicas se faz presente numa avalanche legislativa penal brasileira que, obedecendo à lógica da hipertrofia punitiva do Estado neoliberal, substitui a omissão no implemento de políticas sociais.

Criou-se um acentuado número de leis - dentre elas, a dos Crimes Hediondos (Lei nº 9.072/90), a do Crime Organizado (Lei nº 9.034/95), a das Interceptações Telefônicas (Lei nº 9.296/96), a que estabelece o Regime Disciplinar Diferenciado (Lei nº 10.792/03) - todas capitaneadas pela política criminal de guerra às drogas.

Estes são diplomas normativos paradigmáticos da configuração de uma “criminologia de guerra” no campo penal brasileiro, com supressão de garantias, agigantamento e endurecimento do tratamento penal dos conflitos sociais, transformando em Estado de Exceção a realidade vivenciada pelos moradores das comunidades ocupadas pela força de pacificação do Exército. Escrevendo sobre o assunto¹⁴, o professor Nilo Batista afirmou:

¹³ Entrevista disponível em: <http://www.epsjv.fiocruz.br/index.php?Area=Entrevista&Num=18>. Acesso em 20/01/2011 às 19:10.

¹⁴ Reportagem disponível no sítio eletrônico: <http://www.fazendomedia.com/ainda-ha-tempo-de-salvar-as-forcas-armadas-da-cilada-da-militarizacao-da-seguranca-publica/>. Acessado em 22/01/2016, às 16:00.

No Estado de direito, esses dois poderes não podem se aproximar sem riscos gravíssimos. Mas essa aproximação foi muito dinamizada por um projeto, gestado no hemisfério norte, de converter as Forças Armadas latino-americanas em grandes milícias, a perder sua higidez e sua orientação estratégica no incontestável fracasso da “guerra contra as drogas”. Onde há guerra não pode haver direito. O militar é adestrado para o inimigo, o policial para o cidadão. Na estrutura militar, a obediência integra a legalidade; na policial, a legalidade é condição prévia da obediência. São formações distintas, dirigidas a realidades também distintas. O sistema de responsabilização é também diferente: não há ordens vinculantes para um policial, adstrito a aferir a legalidade de todas elas (num teatro de guerra, iniciativa similar significaria derrota certa).

Isto é, ainda que não se possa confiar em tudo que é veiculado na mídia, uma coisa é certa: a militarização da Segurança Pública traz grandes riscos.

4. CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS ACERCA DA SOLUÇÃO PARA O CONFLITO DE PRINCÍPIOS

Diante do que tem sido exposto, constatamos que, no caso em estudo, há uma clara colisão entre princípios constitucionalmente positivados. Antes, porém, de adentrarmos no cerne da questão dos princípios em contraposição na política pública de ocupação das comunidades do Rio de Janeiro pelo Exército - analisando a resposta teórica de alguns doutrinadores sobre o tema e expondo nosso entendimento a partir delas -, faz-se necessário enumerarmos os principais princípios a serem considerados para uma correta abordagem da problemática:

1. Princípio da supremacia constitucional: entende-se que a Constituição Federal está no ápice do ordenamento jurídico nacional e nenhuma norma jurídica pode contrariá-la, formal ou materialmente, sob pena de se praticar uma inconstitucionalidade;

2. Princípio da imperatividade da norma constitucional: entende-se que a norma constitucional é imperativa, de ordem pública e emana da vontade popular. Por isso, deve-se interpretá-la no seu sentido mais amplo possível, buscando-se o que de melhor possa oferecer ao povo, sem se prender à legislação ordinária precedente;

3. Princípio da unidade da Constituição: é natural que o texto da Constituição Federal possa apresentar ideias aparentemente antagônicas, visto que a Carta Magna é o resultado do trabalho de uma assembleia que foi marcada pelo pluralismo democrático. Por essa razão cresce de importância o papel do intérprete, que deve examinar a Constituição como um todo, um bloco único, procurando harmonizar esses possíveis conflitos;

4. Princípio do efeito integrador: prevê que deve-se priorizar a adoção de métodos de interpretação que favoreçam a integração e a unidade política e social;

5. Princípio da máxima eficiência: de fundamental importância para a compreensão do caso em tela, visto que pode ser utilizado para justificar o emprego do Exército na garantia da lei e da ordem. Estabelece que se deve atribuir a maior efetividade possível à norma constitucional, particularmente aos direitos fundamentais, entre os quais destaca-se aqui o direito à segurança;

6. Princípio da presunção da constitucionalidade das normas: estabelece que toda lei é constitucional, até que se prove o contrário, ou seja, até que o poder judiciário, por meio do controle de constitucionalidade, a declare inconstitucional;

7. Princípio da legalidade: sendo uma variação do direito à liberdade, determina que somente as leis podem limitá-la. É com base nesse princípio, entre outros, que os indivíduos deveriam ser protegidos de eventuais desvios de finalidade e/ou excessos, que podem caracterizar abuso de poder, por parte de agentes públicos;

8. Princípio da dignidade da pessoa humana: busca assegurar a integridade física e psíquica do indivíduo. Nesse aspecto, importante chamar atenção para o disposto no inciso III do artigo 5º da Constituição Federal: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”¹⁵;

9. Princípio da liberdade de expressão: é essencial saber distinguir a ocorrência de atos e manifestações públicas de opiniões praticados de forma pacífica daqueles praticados por meio de violência e baderna;

10. Princípio da liberdade de pensamento: deve-se permitir o trabalho livre dos diversos meios de comunicação social, desde que não haja prejuízo do aspecto fundamental da ocupação;

11. Princípio da inviolabilidade da intimidade e da vida privada;

12. Princípio da inviolabilidade de domicílio;

13. Princípio do devido processo legal;

14. Princípio da inviolabilidade das comunicações: conforme o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”¹⁶;

15. Princípio da liberdade de locomoção: ressalta-se que, além dos casos já previstos em lei, somente quando for decretado Estado de Defesa ou

¹⁵ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm, acesso às 11h do dia 30/01/2016.

¹⁶ Idem.

Estado de Sítio poderá esse direito sofrer algumas restrições;

16. Princípio da liberdade de reunião: ressalta-se que esse princípio garante a liberdade de organizar festas e eventos, desde que respeitadas outras regulamentações a respeito do assunto;

17. Princípio da anterioridade: conforme o inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”;

18. Princípio da soberania do Estado;

19. Princípio do direito social à segurança;

20. Princípio da supremacia do bem-comum;

Nesse contexto, a resposta de Posner para casos similares ao aqui abordado pode ser traduzida no seguinte trecho:

I have argued that the proper way to think about constitutional rights in a time such as this is in terms of the metaphor of a balance. One pan contains individual rights, the other community safety, with the balance needing and receiving readjustment from time to time as the weights of the respective interests change. The safer we feel, the more weight we place on the interest in personal liberty; the more endangered we feel, the more weight we place on the interest in safety, while recognizing the interdependence of the two interests. Civil libertarians should value safety not only for its intrinsic merits but also because a terrorist attack or other national security crisis incites curtailments of civil liberties.¹⁷

Isto é, Posner defende que, em tempos de crise, alguns princípios e direitos constitucionais podem ser afastados para que a segurança da comunidade prevaleça. Para ele, a precedência do Estado é sempre o aspecto mais importante, devendo ser preservado a qualquer custo, mesmo em detrimento dos direitos civis, podendo o Presidente da República suspender a ordem constitucional quando for preciso.

Não compartilhamos dessa visão. Acreditamos que nossa Constituição é a única lei que jamais pode ser afastada: sua supremacia é para nós inquestionável e é com base nela que todo o ordenamento jurídico deve ser construído. Nenhum princípio nela elencado pode ser considerado *prima facie* preponderante sobre outro, devendo todos serem igualmente aplicados, ao

¹⁷ POSNER, 2006. P. 149.

menos que haja um conflito entre eles que impeça essa aplicação.

É nesse ponto que a teoria de Alexy nos parece extremamente útil por fornecer uma fundamentação racional (as etapas do processo) para a escolha de qual princípio deve ser aplicado num *hard case*, isto é, num caso que impossibilita a aplicação concomitante de dois ou mais princípios constitucionais, considerados por isso conflitantes.¹⁸

Para o alemão Robert Alexy, o direito deve ser visto com um sistema de regras, princípios e procedimentos. Tanto regras como princípios são espécies de um gênero maior, normas. A diferença fundamental é que, para Alexy, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandatos de otimização. Nesse sentido, os direitos fundamentais têm natureza de princípios e, logo, são mandamentos de otimização. Já as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não, ou seja, não podem ser cumpridas em parte, somente na sua totalidade. Se uma regra é válida, então deve ser feito exatamente o que ela diz, sem mais nem menos; pois as regras são frutos do sopesamento - elas já contêm o sopesamento. Assim sendo, as regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível.

Segundo ele, porém, o direito não pode ser concebido de modo estático, restringindo-o à um conjunto de normas. Os procedimentos são responsáveis por fornecer o lado ativo do direito e surgem da necessidade de resposta à uma indagação prática: no plano fático, como chegar à única resposta correta que seja, também, vinculante? Alexy defende que, no âmbito do discurso prático geral, isso não é possível basicamente por dois motivos: as regras do discurso não garantem que se possa alcançar uma única solução correta para cada questão prática (problema do conteúdo), nem tampouco que, caso se alcançasse esse acordo, todo mundo estaria disposto a segui-lo (problema da imposição).

É nesse sentido que Alexy propõe um método racional de sopesamento dos princípios conflitantes, equalizado na chamada lei do balanceamento:

¹⁸ Apesar das recorrentes críticas à teoria de Alexy de sopesamento de princípios ao argumento de que esta ponderação, conquanto busque a racionalidade, acaba por incorrer em uma valoração axiológica, acreditamos que essa é a teoria que melhor embasa uma fundamentação racional na solução de conflitos principiológicos.

quanto maior o grau de não-satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro. Segundo ele, só se pode preencher o caráter *prima facie* de um princípio a luz do caso concreto; sendo que, na argumentação prática, é possível apontar questões não institucionalizadas, como éticas, morais, pragmáticas, entre outras.

A lei do balanceamento de Alexy traduz-se em três máximas: a da adequação, a da necessidade e a da proporcionalidade em sentido estrito. É preciso analisar cautelosamente cada um desses três fatores de modo a concluir se a política pública deve ou não ser efetivada. Como já exposto, há diversos princípios essenciais na análise do caso em tela, mas, para efeitos de sopesamento, os dividiremos em dois grupos principais, a exemplo do tratamento dado por Posner a casos similares: de um lado, temos as liberdades individuais; de outro, a segurança da comunidade.

Na primeira etapa – a da adequação – indaga-se se a medida proposta alcança o objetivo (combater o tráfico de drogas e outras formas de criminalidade, garantindo a segurança da comunidade). Segundo os dados já apresentados neste trabalho, verifica-se uma redução significativa dos índices de criminalidade e do número de vítimas do tráfico quando da ocupação das comunidades afetadas pelas forças de pacificação, o que justificaria a adequação da medida proposta.

Na segunda etapa – a da necessidade – indaga-se se o objetivo está sendo alcançado pela medida menos gravosa. Isto é, se de todas as soluções cabíveis para o problema da segurança nas favelas do Rio de Janeiro, a política pública de ocupação dessas comunidades pelas forças de pacificação é a que menos ofende as liberdades individuais. É aqui para nós que reside o cerne dos questionamentos atinentes à constitucionalidade da política pública em questão.

Ao longo deste trabalho, verificamos que a presença do Exército exercendo funções de polícia em determinadas localidades do Rio de Janeiro acarretou uma restrição acentuada das liberdades individuais, gerando uma diminuição da qualidade de vida dos moradores. Nesse sentido, vale ressaltar novamente que o Exército foi acusado de, entre outras medidas, estabelecer toque de recolher, reprimir festas da comunidade, ser agressivo, depredar a propriedade privada, saquear e até mesmo torturar. Não temos como confirmar

com precisão até que ponto as denúncias que foram feitas correspondem à realidade. O fato é, porém, que é inegável a existência de violações às liberdades individuais.

Somado à isso constata-se um despreparo do Exército para exercer o papel de polícia que, ordinariamente, não lhe cabe – tema também já anteriormente analisado. Em outros termos, o Exército não é o meio menos gravoso para lidar com o problema de segurança pública.

Nesse contexto, é interessante observar a possibilidade de promover outras políticas públicas que alcançassem o mesmo objetivo de forma menos gravosa. A título de exemplo, podemos citar o investimento na educação e na conscientização da população; o combate ao desemprego, promovendo uma maior inclusão dos moradores no mercado de trabalho; as políticas preventivas do uso de drogas, bem como um sistema eficiente de ressocialização de seus usuários, etc. Essas considerações nos levam a concluir que a política pública analisada no presente trabalho não é a solução menos gravosa.

Na terceira etapa – a da proporcionalidade em sentido estrito – indaga-se quanto às possibilidades jurídicas da medida. Como consideramos que a política pública das forças de pacificação não é, no sentido alexyniano, necessária; não seria preciso analisá-la segundo a terceira máxima da lei de balanceamento, pois basta que um dos três critérios não seja identificado para invalidar sua aplicação.

Como exercício de aprofundamento, todavia, parece-nos extremamente interessante transpor o pensamento de Thiago Fabres de Carvalho. Guiando-se pela visão desse autor, não haveria nenhuma possibilidade jurídica da medida, pois os traficantes são somente vítimas da estratégia de manutenção da ordem social e de brutalização dos excluídos pelo poder dominante, sendo completamente desproporcional uma medida como a ocupação das comunidades pelas forças de pacificação. Para elucidar seu pensamento, que traz algumas ponderações bastante pertinentes, apesar de por vezes demasiadamente críticas, apontamos alguns trechos de sua obra:

Os circuitos da violência e do campo penal no Brasil reproduzem sistematicamente os fenômenos políticos da exclusão (invisibilidade) e da vitimação (humilhação social) de amplos segmentos populacionais, na medida em que o sistema

penal expõe diversos grupos sociais à desonra e ao desrespeito cultural, todos eles ligados pela experiência invencível da exposição ao sofrimento da dominação.¹⁹

Em rigor, a faceta mais sombria desta edificação teórica reside, precisamente, na ambiguidade e no viés autoritário dos critérios da definição hegemônica daquilo que seria o verdadeiro “inimigo”, obedecendo meramente a antagonismos religiosos, a clivagens culturais, a diferenças étnicas, a disparidades econômicas e sociais, e no limite, a opções políticas e ideológicas que culminam na criminalização do embate político. Portanto, a noção inimiga tende a identificar-se simplesmente com os elementos indesejados e nocivos para uma certa visão dominante da realidade social.²⁰

No cenário brasileiro, embora facilmente visível a disseminação deste paradigma, ante a criação de inimigos internos, nomeadamente no figura do traficante e na categoria bem mais porosa do crime organizado, sugere-se aqui a hipótese de que o paradigma brasileiro não caminha no sentido de gradativamente afirmar um modelo de exceção no interior do Estado de Direito, operando-se a distinção, ainda que falaciosa, fornecida por Jakobs entre “direito penal do cidadão” e “direito penal do inimigo”, mas de apenas e tão-somente aprofundar um modelo caótico e autoritário de exceção permanente sem nem mesmo ter percorrido a etapa de construção de um modelo de garantias. Trata-se, na verdade, do abandono definitivo da busca pelo respeito e pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais, e sobretudo da tentativa de eliminação ou minimização do “terrorismo de Estado” que sempre pautou a atuação das agências de controle penal no Brasil, especialmente sobre os segmentos marginalizados, e a final da eleição da “tanato política” e da cultura do extermínio como estratégia de manutenção da ordem social e de brutalização dos excluídos. Em realidade, vislumbra-se a degradação permanente dos direitos fundamentais e a emergência do espectro do *homo sacer*, no qual a vida humana aparece nua, submetida aos desígnios do poder soberano, com seu proeminente poder de decidir em que momento a vida deixa de ser politicamente relevante. Esse é o pano de fundo do paradigma do “Direito Penal do *Homo Sacer* da Baixada” que se quer desnudar.²¹

Gostaríamos apenas de ressaltar que, como já exposto em momento anterior deste estudo, a concretização tanto das liberdades individuais quanto da segurança da comunidade são essenciais para a construção de uma sociedade justa, igualitária, harmônica e coesa. E é justamente por isso que o Estado deve buscar promover, na medida do possível, políticas públicas que

¹⁹ CARVALHO, P. 4.

²⁰ Idem, P. 6.

²¹ Idem, P. 9 e 10.

alcançem o objetivo constitucional de garantia da segurança da comunidade, sem comprometer, além do estritamente necessário, as liberdades individuais.

Por fim, é mister observar que o significado dos princípios pode variar segundo o entendimento que se adota e essa conceituação, por sua vez, é fator determinante no momento de aplicá-los. O pensamento de Vera Malaguci ilustra bem essa percepção:

A questão é o que quer dizer segurança pública para nós. Para mim, é transporte coletivo não monopolizado, de boa qualidade, escola pública de boa qualidade - o Rio é o penúltimo estado em termos de educação pública. Segurança é decorrência de um conjunto de políticas públicas; é assim que nos sentimos seguros: quando temos políticas urbanas, políticas de iluminação, de cultura, de lazer. Numa cidade que precisa de tanta polícia, de exército, marinha, aeronáutica, cercando um quilombo, ou um Canudos ou uma favela, alguma coisa está fora da ordem, como diz o Caetano Veloso.²²

²² Entrevista disponível em <http://www.epsjv.fiocruz.br/index.php?Area=Entrevista&Num=18>, acesso às 16h em 08/02/2016.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto ao longo deste estudo, verifica-se que a análise das políticas de segurança pública do Rio de Janeiro, em especial a atuação do Exército, suscita diversos questionamentos acerca da sua constitucionalidade.

Com efeito, o exame mais aprofundado dos diplomas legais que regulamentam a atuação do Exército em operações de garantia da lei e da ordem revela a existência de irregularidades constitucionais relevantes. Nesse sentido, cumpre ressaltar que o Decreto nº 3.897/2001 representa um mecanismo que tem a mesma finalidade da Intervenção Federal, mas sem a participação das casas legislativas na tomada de decisão, que fica sob responsabilidade exclusiva do presidente. Com isso, ocorre uma restrição do processo democrático e um agigantamento do poder do chefe do Executivo.

Nesse contexto, a restrição do controle exercido por outros Poderes sobre a política pública de segurança também é problemática. Nesse sentido, num sistema institucional em que diversos atores são responsáveis por averiguar a regularidade constitucional de determinada política pública, a supressão de mecanismos de controle por parte de instâncias deliberativas – especialmente no caso do Decreto nº 3.897/2001 – gera uma perda de legitimidade das decisões. Neste ponto, acreditamos que o Poder Judiciário, enquanto importante agente na garantia dos direitos fundamentais, pode exercer papel decisivo, estimulando, por meio de suas decisões, o debate democrático acerca da controvérsia.

Ademais, a divulgação pela imprensa de diversas violações a direitos fundamentais dos moradores das comunidades ocupadas pelo Exército suscita reflexões concernentes à necessidade e adequação dessa política pública, principalmente em face das liberdades individuais. Sendo assim, concluímos que o autoritarismo do Exército e a existência de outras medidas menos gravosas para as garantias fundamentais - investimento na educação e na conscientização da população; o combate ao desemprego, promovendo uma maior inclusão dos moradores no mercado de trabalho; políticas preventivas do uso de drogas, etc -, demonstram que a atuação do Exército é medida desnecessária.

Nesse contexto, é necessário ressaltar que a solução da crise de segurança pública vivida pelo Rio de Janeiro – e pelo país em geral – não passa somente pela repressão à criminalidade, mas principalmente pela promoção de políticas que promovam o cidadão e impeçam sua marginalização da sociedade. Nesse sentido, vale citar a pertinente reflexão de Thiago Fabres:

Assim, o aprofundamento da desigualdade e da exclusão, na medida em que a absolutização do mercado é obtida ao custo da degradação salarial, da informatização da produção e do aniquilamento de inúmeros postos de trabalho, consolida a produção crescente da marginalidade econômica e da inevitável subsequente marginalidade social, obrigando os aparelhos estatais a concentrar a sua atuação na preservação da ordem, da segurança e da disciplina. Nesta perspectiva, os excluídos do mercado de trabalho ficam completamente alijados da possibilidade de exercício de quaisquer das dimensões de direitos fundamentais formalmente reconhecidas pela Constituição. A condenação à marginalidade sócio-econômica e à “condições hobbesianas de vida” não permite que estes segmentos excluídos apareçam como portadores de direitos públicos subjetivos. Nesse contexto, os setores sociais subalternos, vivendo numa espécie de estado de guerra perpétua, ficam à mercê de inúmeras formas de violência física, simbólica ou moral, que os sistemas de controle social geralmente exercem sobre eles, mantendo-os vinculados ao sistema jurídico nacional apenas através das sanções normalizadoras e afastando-os das garantias estabelecidas pela ordem constitucional.²³

Dessa forma, depreende-se que o uso do Exército reflete uma política de aprofundamento da supressão das liberdades fundamentais das populações marginalizadas do processo sócio-econômico. Assim, o Estado, ao invés de formular políticas públicas de promoção da cidadania, estabelece a repressão como paradigma de redução da criminalidade, desconsiderando os ditames constitucionais e construindo um estado permanente de guerra que apenas acentua a crise de segurança pública que é, em última instância, uma crise da sociedade.

²³ CARVALHO. P. 32-33.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade.** Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, junho de 2003 (p. 131-40).

_____. 2002. **A Theory of Constitutional Rights.** Oxford: Oxford University Press (1st ed. 1985).

CARVALHO, Thiago Fabres de. **O “Direito Penal do Inimigo” e o “Direito Penal do Homo Sacer da Baixada”:** Exclusão e Vitimização no Campo Penal Brasileiro. Disponível no sítio eletrônico www.ihj.org.br/pdfs/Artigo_Thiago_Fabres.pdf.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CALMON, Pedro. **Curso de Direito Constitucional.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 5º edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SANTOS, William Douglas Resinente dos. **Direito Constitucional.** 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

PINTO HOMEM, Nelson Calvoso. **Respaldo Jurídico das Operações Militares: O Emprego da Força Terrestre nas Operações de Garantia da Lei e da Ordem.** Rio de Janeiro: ECEME, 2001.

POSNER, Richard A. **Not a Suicide Pact: the Constitution in a Time of National Emergency.** 2006.

SANTOS, Marcelo Cantagalo dos. **Segurança Pública no Brasil – Reflexos para o Exército**. Rio de Janeiro: ECEME, 2001.

SUNSTEIN, Cass R. **One Case at a Time**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.