

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A intervenção federal nos Estados Unidos: o emprego da cláusula de segurança, violência doméstica e poderes presidenciais de emergência

The federal intervention in the United States: using the security clause, domestic violence and presidential emergency powers

José Adércio Leite Sampaio

Sumário

A NATUREZA ECONÔMICA DO DIREITO E DOS TRIBUNAIS	13
Ivo Teixeira Gico Junior	
DAS CONDIÇÕES (OU CONTRAPARTIDAS) QUE O PODER CONCEDENTE PODE EXIGIR PARA A REALIZAÇÃO DA CHAMADA “PRORROGAÇÃO POR INTERESSE PÚBLICO” DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO	41
Felipe Montenegro Viviani Guimarães	
PACTO FEDERATIVO E A INTERVENÇÃO FEDERAL NA SEGURANÇA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO: O INCREMENTO DA VIOLÊNCIA E DA SELETIVIDADE PUNITIVAS	62
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Emanuele Dallabrida Mori	
POR QUE EXISTEM VIESES COGNITIVOS NA TOMADA DE DECISÃO JUDICIAL? A CONTRIBUIÇÃO DA PSICOLOGIA E DAS NEUROCIÊNCIAS PARA O DEBATE JURÍDICO	84
Ricardo Lins Horta	
A SEGURANÇA JURÍDICA COMO PARÂMETRO LEGAL DAS DECISÕES ESTATAIS	124
Cintia Barudi Lopes e Simone Tomaz	
SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA (SAS). EXPERIENCIAS INTERNACIONALES Y, DESAFÍOS EN MÉXICO	140
Martha Luisa Puente Esparza, Miguel Angel Vega Campos e Guadalupe del Carmen Briano Turrent	
LA ECONOMÍA COLABORATIVA EN COLOMBIA: UNA NUEVA VÍA DE INFORMALIDAD EN LAS RELACIONES LABORALES	155
Giraldo Yanitza	
IN DEFENSE OF PRO-CARCERAL ANIMAL LAW: UNDERSTANDING THE DICHOTOMY BETWEEN EMPIRICAL CRIMINOLOGICAL PERTURBATION AND SOCIAL MOVEMENT VALUES AND DEVELOPMENT	173
Mary Maerz	
PROFISSIONAIS JURÍDICOS E ACESSIBILIDADE NA JUSTIÇA RESTAURATIVA: ALTERNATIVA REAL OU MECANISMO DE CONTROLE? REFLEXÕES DESDE A EXPERIÊNCIA DE MEDIAÇÃO PENAL NO CHILE	190
Bianca Baracho	
A PERSECUÇÃO PENAL DO TRÁFICO INTERNACIONAL DE SERES HUMANOS NO SISTEMA DE JUSTIÇA FEDERAL	212
Luciano Ferreira Dornelas e Bruno Amaral Machado	

IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: DESAFIOS PARA INTEGRAÇÃO DOS PLANOS DIRETORES, DE SANEAMENTO BÁSICO E DE BACIA HIDROGRÁFICA.....	231
Maria Luiza Machado Granziera e Daniela Malheiros Jerez	
A ISENÇÃO DE LICENCIAMENTO E A APROVAÇÃO TÁCITA PREVISTAS NA DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DE LIBERDADE ECONÔMICA: REFLEXOS NA ADMINISTRAÇÃO AMBIENTAL E URBANÍSTICA.....	250
Pedro Niebuhr	
A INTERVENÇÃO FEDERAL NOS ESTADOS UNIDOS: O EMPREGO DA CLÁUSULA DE SEGURANÇA, VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E PODERES PRESIDENCIAIS DE EMERGÊNCIA.....	274
José Adércio Leite Sampaio	
THE CONSTITUTIONALITY OF THE EARLY PROROGATION OF THE PUBLIC SERVICE CONCESSIONS	295
Odone Sanguiné e Felipe Montenegro Viviani Guimarães	
ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO E PROPORCIONALIDADE: SEMELHANÇAS ESTRUTURAIS, MESMOS PROBLEMAS REAIS?.....	313
Fernando Leal	
“GOVERNO VERSUS JURISDIÇÃO”: APORTES PARA COMPREENSÃO DA CRISE NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS	350
Carlos Alberto Simões de Tomaz, Jamile Bergamaschine Mata Diz e Roberto Correia da Silva Gomes Caldas	
CONSENTIMIENTO LIBRE PREVIO E INFORMADO EN EL CONTEXTO DE PROYECTOS EXTRACTIVOS EN TERRITORIO INDÍGENA ¿REGLA GENERAL Y DERECHO CONSUECUDINARIO INTERNACIONAL?	373
Cristóbal Carmona Caldera	
SUÍTE MÚSICO-JURISPRUENCIAL - PEQUENAS CONSIDERAÇÕES HERMENÊUTICAS PARA VIOLINO, VIOLONCELO, PIANO E CONSTITUIÇÃO	401
Marcílio Toscano Franca	

A intervenção federal nos Estados Unidos: o emprego da cláusula de segurança, violência doméstica e poderes presidenciais de emergência*

The federal intervention in the United States: using the security clause, domestic violence and presidential emergency powers

José Adércio Leite Sampaio**

Resumo

A intervenção federal nas entidades subnacionais de segundo nível é uma excepcionalidade que se faz uso como forma de garantir-lhes a regularidade institucional e o respeito à lealdade federativa. Nos Estados Unidos, a intervenção se tem feito com base na Cláusula de Garantia da República, na Cláusula contra a Violência Doméstica e no poder presidencial de emergência. O presidente, em regra, faz uso de milícias e tropas federais para solucionar conflitos internos, insurreições e tumultos, bem como situações de graves desastres e comoção social, que colocam em risco a integridade do governo e os direitos dos indivíduos. Trata-se de um poder limitado, mas de difícil controle judicial. A intervenção federal, pela sua forma de expressão e intencionalidade, é caracterizada pela ambiguidade que o revela como um “black hole” da normatividade constitucional.

Palavras-chave: Estado federal. Intervenção federal. Direito Constitucional dos Estados Unidos.

Abstract

Federal intervention in second-level sub-national entities is an exceptionality that is used as a way of guaranteeing their institutional regularity and respect for federative loyalty. In the United States, intervention has been made on the basis of the Republican War Clause, the Domestic Violence Clause and the Presidential Emergency Power. The president, usually, makes use of militias and federal troops to resolve internal conflicts, insurrections and riots, as well as situations of serious disasters and social commotion, which endanger the integrity of government and the rights of individuals. It is a limited power; whose judicial review is so hard as unpredictable. Federal intervention, by its form of expression and intentionality, is characterized by the ambiguity that reveals it as a “black hole” of constitutional normativity.

Keywords: Federal state. Federal intervention. United States Constitutional Law.

* Recebido em 24/08/2019
Aprovado em 16/09/2019

** Pós-Doutor pela Universidad de Castilla-La Mancha (Espanha). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da Escola Superior Dom Helder Câmara. Procurador da República. Email: joseadercio.contato@gmail.com

1 Introdução

A autonomia das entidades subnacionais é um dos eixos conceituais do Estado federal, gerando direitos, poderes e deveres recíprocos entre a união (ou governo central) e aquelas entidades. À primeira vista, essas entidades são titulares de um poder constitucional oponível à união e às demais entidades. E é assim que deve ser. Há, todavia, um dever correlato a esse poder: o de bem exercer o espaço de autonomia, protegendo os direitos de seus habitantes e respeitando a “lealdade federativa”. Sempre que descumpre com esse dever, pode ter de submeter-se a constrangimentos, resumidos, quase sempre, à declaração judicial de inconstitucionalidade de seus atos e omissões; mas podem ser mais severos: a perda total ou parcial da sua autonomia. Do ponto de vista da união, a autonomia das entidades envolve um dever negativo, de abstenção ou de não interferência nos domínios das competências subnacionais; e um dever positivo, de intervenção para fazê-la respeitar nos quadros definidos pela Constituição federal. Esse dever positivo, se expressa em apoio ou auxílio àquelas entidades, mas, às vezes, se opera por meio da intervenção nos seus negócios internos.

A intervenção federal é esse instrumento excepcional, por meio do qual a união, em nome de todo o Estado federal, assegura o regular exercício da autonomia subnacional — notadamente das entidades de segundo nível como estados-membros, províncias, cantões, regiões e os diversos nomes que assume no direito constitucional comparado —, dentro dos marcos estabelecidos pela Constituição federal. Trata-se de um conceito-limite, em que habitam dois mundos: o do recurso a instrumento de exceção para assegurar — e tutelar — a autonomia subnacional; e o do uso de um expediente que, *de facto*, pode suspender o núcleo federal da Constituição.

Esse ambiente brumoso requer um estudo especial, quase sempre negligenciado pela literatura constitucional. É esse o objetivo do presente trabalho. Escolheu-se, para análise, o Estado federal por excelência — e origem da forma estatal —, os Estados Unidos. Em seu desenvolvimento, com uso de revisão bibliográfica e exame jurisprudencial, foram identificados dois centros de gravidade constitucional da intervenção federal, dados pelo Art. IV da Constituição estadunidense: a Cláusula de Garantia da Forma Republicana, mais conhecida como Cláusula de Garantia, e a Cláusula de Violência Doméstica. Poder presidencial de emergência se impôs entre eles como importante elemento para compreensão do fenômeno.

2 A intervenção federal

A autonomia das entidades federais, notadamente daquelas de segundo nível com a pluralidade de denominações que recebem como estados-membros, províncias e cantões, é um requisito das federações¹. Cuida-se de um poder-dever tanto para a união (ou governo central) quanto para as próprias unidades federativas. Como poder das entidades, ela tem um núcleo positivo, de exercício das competências que lhes são constitucionalmente exercidas, sem interferência de outras entidades ou da união. Como dever, manifesta-se no zelo que deve ter a essa mesma autonomia, na proteção dos direitos dos seus habitantes e no respeito à lealdade federativa. Por lealdade federativa, há de se entender não apenas a manutenção jurídica e fática dos vínculos federativos, mas também a promoção da Constituição federal e da solidariedade entre as partes da federação², ainda que de índole processual apenas³.

¹ STEPAN, Alfred. Federalism and democracy: beyond the U.S. model. *Journal of Democracy*, v. 10, n. 4, p. 19-34, 1999; ROBERTSON, David. *The Routledge Dictionary of Politics*. 3. ed. London: Routledge, 2004.

² Fallen, 1980; BAUER, Hartmut. *Die Bundestreue: Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Bundesstaatsrechts und zur Rechtsverhältnislehre*. Berlin: Mohr Siebeck, 1992; VOGEL, Juan J. El régimen federal de la ley fundamental. In: BENDA, Ernesto *et al. Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 613-675.

³ O sentido procedimental de lealdade federativa envolve a consideração e apoio recíprocos, baseando-se no espírito de solidariedade que conduza à coordenação estimulada e, até certo ponto, a cooperação, mas que não é de todo incompatível com a competição. A Bundestreue“ de que trata a Lei Fundamental de Bonn (art. 107). requer uma unidade cooperativa e coordenada

Para união, como sucede com as demais entidades federativas, impõe-se um dever de não interferência na economia interna daquelas entidades. Como poder, a união detém uma excepcional competência de fiscalização do exercício da autonomia subnacional, de modo a identificar situações anômalas que revelem o descumprimento dos deveres federativos por parte das entidades. Um poder que se deve exercer nos quadros estritos estabelecidos na Constituição federal. Um poder jurídico, porquanto expresso no texto constitucional, mas de firme matiz política, qualificada por um ampla discricionariedade⁴.

Essa dualidade merece atenção e estudo, e nada mais desafiador do que iniciá-lo a partir da matriz do estado federal contemporâneo: os Estados Unidos. Logo de saída se nota a projeção daquela ambiguidade: a Constituição estadunidense diz muito pouco a respeito. Seu Art. IV, Sec. 4, dispõe: “Os Estados Unidos garantirão a cada Estado desta União uma forma republicana de governo e protegerão cada um deles contra a invasão; e, a pedido da Legislatura, ou do Executivo (quando a Legislatura não puder ser convocada), contra a violência doméstica”⁵.

Estão ali definidas, em sua primeira parte, a Cláusula de Garantia (do governo republicano) e, na segunda, a Cláusula da Violência. Não diz como se dará essa garantia. Na prática constitucional daquele País, ela se tem realizado, em regra, com a mobilização de tropas federais para os estados que as violem. É discutível, como se verá, se a competência de o fazer é inerente ao cargo de presidente da República ou se está afeita à disciplina legislativa. O poder presidencial de declarar emergência nacional se pode somar às duas Cláusulas, não contando, todavia, com previsão constitucional expressa⁶. Mostra-se, em qualquer modo, um paradoxo reforçado: a autonomia dos estados, no estado matriz da federação, pode ser suspensa, total ou parcialmente, por um decreto presidencial, ainda que fundado no roteiro normativo previsto numa lei do Congresso.

3 A cláusulas de garantia e de violência doméstica na constituição estadunidense

O Art. IV, Seção 4 da Constituição, dá poderes à união de intervir nos estados para dar cumprimento à Cláusula de Garantia (“Guarantee Clause”) e a Cláusula de Violência Doméstica (“Domestic Violence Clause”). A primeira delas se destina a assegurar: a) a forma republicana de governo, e b) a proteção dos estados contra invasão estrangeira ou por outro estado. A segunda visa proteger cada estado contra a “violência doméstica”, desde que haja pedido do poder legislativo ou, em não estando reunido e não podendo ser convocado, do poder executivo estaduais⁷. As duas expressões, “forma republicana de governo” e “violência

dos entes federativos, como uma imposição de assistência jurídica e administrativa mútua (art. 35.1), de equilíbrio macroeconômico (art. 109.2) e fiscal (arts.106.3(1) e (2), e 106.4) e de conduta favorável (ou amigável) ao regime federativo (BVerfGE 1, 299 (315). VOGEL, Juan J. El régimen federal de la ley fundamental. In: BENDA, Ernesto *et al.* *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 613-675. p. 633-634. Esse sentido substantivo da lealdade estaria sendo desafiada pela reforma constitucional de 2006; WOLLMAN, Hellmut. *The recent reform of german federalism: towards more heterogeneity and competition between the Länder?* 2009. Disponível em: http://amor.cms.hu-berlin.de/~h0598bce/docs/Wollmann_federalism_reform.pdf. Acesso em: 22 mar. 2018. p. 20. Na Áustria, é sentido é menos substantivo, identificado com a consideração mútua, baseada na cooperação e coordenação das unidades centrais e constituintes, do federalismo austríaco, conforme reconhecido pelo Tribunal Constitucional (v.g. VfSlg 10.292/1984; 15.552/1999) GAMPER, Anna. A “global theory of federalism”: the nature and challenges of a Federal State. *German Law Journal*, v. 6, n. 10, p. 1298-1318, 2005. p. 1311.

⁴ CHIKOTA, Richard A. *Riot in the cities: an analytical symposium on the causes and effects*. Rutherford: Fairleigh Dickinson University Press, 1970. p. 368-369.

⁵ The United States shall guarantee to every State in this Union a Republican Form of Government, and shall protect each of them against Invasion; and on Application of the Legislature, or of the Executive (when the Legislature cannot be convened) against domestic Violence.

⁶ DOUGHERTY, Candidus. “Necessity hath no law”: executive power and the posse comitatus act. *Campbell Law Review*, v. 31, p. 1-50, 2008. p. 18; BARRON, David J.; LEDERMAN, Martin S. The commander in chief at the Lowest Ebb: a constitutional history. *Harvard Law Review*, v. 121, n. esp., p. 941-1112, 2008. p. 989-990.

⁷ A garantia de proteção contra violência doméstica pode ser vista como uma parte da garantia republicana. NATELSON, Robert G. Guarantee Clause. In: FORTE, David F.; SPALDING, Matthew (eds). *The heritage guide to the constitution*. Washington, D.C.: The

doméstica”, são indeterminadas, dando margem a diversas interpretações e, portanto, diferentes hipóteses de autorização da intervenção federal⁸.

A expressão “violência doméstica” tem sido empregada, por parte da literatura, para significar atos massivos de violência como levantes e insurreições, embora também se reivindique um sentido mais amplo, de violência generalizada ou em grande escala, o que poderia incluir, por exemplo, as relações familiares e de gênero⁹. Os defensores do sentido mais restrito se aferram à ideia de que era o que inspirara os convencionais da Filadélfia,^{10 11} embora haja dúvidas de que a intenção original tenha sido, de fato, reduzir o seu significado a ações insurrecionais^{12 13}.

Para a segunda corrente, a garantia contra violência doméstica se destina a evitar ou reprimir atentados e violações em massa à lei penal como casos de roubo, estupro e assassinato, que perturbem a paz interna e a ordem pública. Se o estado não puder combatê-las com suas forças ordinárias, é dever do legislativo ou, na sua falta, do executivo estadual solicitar a proteção federal¹⁴. O termo, portanto, abrangeria não apenas ameaças diretas à autoridade do governo, mas também ações que indiretamente a pusessem em risco, desafiando a capacidade de um estado proteger seus cidadãos¹⁵. A Suprema Corte tem revelado maior simpatia à compreensão restritiva, todavia¹⁶.

A Cláusula de Garantia, por seu turno, visa à estabilidade dos Estados Unidos como uma união republicana de estados republicanos, de três maneiras: a) protegendo os estados existentes de tumultos e insurreições; b) preservando a integridade nacional, e c) evitando que os estados adotem uma forma não

Heritage Foundation, 2014. p. 368.

⁸ WIECEK, William M. *The guarantee clause of the U.S. constitution*. Ithaca: Cornell University Press, 1972. p. 78; TOREN, Jonathan. Protecting Republican government from itself: the guarantee clause of article IV, section 4. *New York University Journal of Law & Liberty*, v. 2, p. 371-410, 2007. p. 372.

⁹ STEIN, Mark S. The domestic violence clause in “new originalist” theory. *Hasting Constitutional Law Quarterly*, v. 37, p. 129-140, 2009.

¹⁰ MADDEX, Robert L. *The U.S. Constitution A to Z*. Washington, D.C.: CQ Press, 2002; BALKIN, Jack M. *Living Originalism*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

¹¹ A cláusula de violência doméstica foi acrescentada à Constituição em resposta à rebelião dos Shays em Massachusetts entre 1786 e 1787. Fazendeiros descontentes daquele estado fecharam as cortes estaduais e ameaçaram a legislatura. O Congresso, agindo sob os artigos da confederação e preocupado com o fato de que a rebelião poderia afetar outros estados, solicitou militares dos estados vizinhos para combatê-la, mas foi ignorado. Esse episódio marcou os convencionais. A rebelião havia sido debelada três meses antes dos trabalhos da Convenção, mas havia deixado suas lições. Os convencionais resolveram incluir a possibilidade de intervenção federal para assegurar a tranquilidade doméstica nos estados. MADDEX, Robert L. *The U.S. Constitution A to Z*. Washington, D.C.: CQ Press, 2002. p. 139. E é, sob esse olhar, que deve ser entendida a cláusula BALKIN, Jack M. *Living Originalism*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 37.

¹² STORY, Joseph. *Commentaries on the Constitution of the United States*. Boston; Cambridge: Hiliard, Cray, and Co; Brown; Shattuck, and Co., 1833. p. 471-472; COOLEY, Thomas. *General principles of constitutional law in the United States*. Boston: Little Brown & Co., 1880. p. 198; TOREN, Jonathan. Protecting Republican government from itself: the guarantee clause of article IV, section 4. *New York University Journal of Law & Liberty*, v. 2, p. 371-410, 2007. p. 380.

¹³ Os debates também indicariam que os convencionais pensavam num sentido estrito e noutro amplo. De acordo com Wilson “The object [of the Clause] is merely to secure the States agst. dangerous commotions, insurrections and rebellions”. Entretanto, para Randolph, seriam dois os objetos: “1. to secure Republican Government. 2. to suppress domestic commotions. He urged the necessity of both these provisions”. FARRAND, Max. *The Records of the Federal Convention of 1787*. New Haven: Yale University Press, 1911. p. 43.

¹⁴ RAWLE, William. *A view of the Constitution of the United States of America*. 2. ed. Philadelphia: Philip H. Nicklin, 1829. p. 299.

¹⁵ BYBEE, Jay S. Insuring domestic tranquility: Lopez, federalization of crime, and the forgotten role of the domestic violence clause. *George Washington Law Review*, v.66, p. 1-83, 1997. p. 39.

¹⁶ Em *United States v. Lopez*, foi reconhecida a inconstitucionalidade da lei federal que proibia a posse de armas de fogo nas imediações das escolas, por faltar ao Congresso competência para legislar sem vinculação com a Cláusula do Comércio. Em *United States v. Morrison*, uma decisão de 5 a 4, tomada cinco depois de *Lopez*, declarou-se inconstitucional a seção do “Violence Against Women Act (VAWA)” de 1994, que dava às vítimas de violência motivada por gênero o direito de processar seus agressores em um tribunal federal, mantendo intacto, porém, o financiamento do programa federal de apoio às vítimas. Nem a Cláusula do Comércio nem a Décima Quarta Emenda dariam essa competência ao Congresso. ESTADOS UNIDOS. *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/99-5.ZO.html> Acesso em: 11 mar. 2018

republicana de governo^{17 18}. Note-se que as duas primeiras hipóteses se aproximam da Cláusula da Violência Doméstica, embora sem preverem a necessidade de requerimento estadual.

A derradeira abre intensa discussão. Entende-se, de modo geral, que ela se destina a prevenir que o governo estadual se degenera em tirania ou assuma formas monárquicas ou aristocráticas. Entretanto, a república poderia exigir mais: reforçar um amplo direito de participação política do povo¹⁹; ou menos: impedir a supressão absoluta da democracia representativa²⁰. Há quem nela veja o corolário da vontade da maioria²¹, embora outros autores associem-na exatamente à proteção das minorias e aos direitos individuais²². Não há quem deixe de ver a cláusula, primária ou supletivamente, como uma proteção à autonomia dos estados, pois funcionaria como barreiras à iniciativa do legislador federal de aprovação de um código penal nacional abrangente ou mesmo de uma lei sobre educação e sobre direito de família e relações domésticas, que substituíssem toda a competência legislativa que, pela Constituição, seria estadual.^{23, 24}

A intervenção federal, com uso de tropas, baseada nessas cláusulas, foi disciplinada em diversas leis²⁵. A primeira é de 1792 (“Calling Forth Act”) e autorizava o presidente a convocar milícia²⁶ para suprimir insurreições, repelir invasões e garantir que as leis fossem fielmente cumpridas. Ela foi sucedida pela “Militia Act” em 1795. Em 1807, foi aprovada o “Insurrection Act” que expandia a expressão até então utilizada de “milícia” para incluir também as forças armadas, com vista a combater violências domésticas²⁷. Em 1861, foi aprovada o “Suppression of the Rebellion Act”, modificada em 1871 na forma do “Ku Klux Klan (Civil Rights) Act”²⁸.

As leis de 1792, 1795, 1861 e 1871 foram codificadas nos “Estatutos Revisados dos Estados Unidos” em 1875, reimpressos no “Código dos Estados Unidos em 1926”, e, enfim, reunidas, mais tarde, no Título

¹⁷ TOREN, Jonathan. Protecting Republican government from itself: the guarantee clause of article IV, section 4. *New York University Journal of Law & Liberty*, v. 2, p. 371-410, 2007. p. 372.

¹⁸ Em sua origem, a “república” não era incompatível com a escravidão, como reconhecera implicitamente Madison. MADISON, James. Paper n. 43. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*. New York: Dover, 1787. p. 212. As duas cláusulas tiveram aplicação contraditória, tanto em defesa dos direitos civis, quanto no combate a manifestações que os reivindicavam. McCURDY, Charles W. *The anti-rent era in New York law and politics, 1839-1865*. Chapel Hill; London: The University of North Carolina Press, 2001. p. 70-71.

¹⁹ BONFIELD, Arthur E. Baker v. Carr: new light on the constitutional guarantee of Republican Government. *California Law Review*, v. 50, p. 245-263, 1962.

²⁰ LINDE, Hans A. Who is Responsible for republican government? *University of Colorado Law Review*, v. 65, p. 709-731, 1994.

²¹ AMAR, Akhil R. The central meaning of republican government: popular sovereignty, majority rule, and the denominator problem. *University of Colorado Law Review*, v. 65, p. 749-786, 1994. p. 763.

²² CHEMERINSKY, Erwin. Cases under the guarantee clause should be justiciable. *University of Colorado Law Review*, v. 65, p. 849-880, 1994. p. 868-869.

²³ TRIBE, Lawrence H. *American Constitutional Law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000. p. 910.

²⁴ Uma visão mais restritiva entende que a cláusula reforça a limitação da competência legislativa penal da união a apenas três casos: traição, falsificação e pirataria no alto mar não podendo o Congresso criar outras figuras penais, valendo-se da “Cláusula do Comércio”. BYBEE, Jay S. Insuring domestic tranquility: Lopez, federalization of crime, and the forgotten role of the domestic violence clause. *George Washington Law Review*, v.66, p. 1-83, 1997. p. 80-81. Veja-se a discussão e a assunção da cláusula como competência e barreira ao poder presidencial. ESTADOS UNIDOS. *New York v. United States, 505 U.S. 144 (1992)*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/144/case.html> Acesso em: 16 mar. 2018.

²⁵ O uso de tropas para garantia da execução das leis, mesmo em apoio às autoridades com a função de aplicá-la, seja por meio da realização de prisão, seja mediante busca apreensão, investigação e vigilância, é vedado pelo “Posse Comitatus Act” de 1878. As exceções devem ser previstas em lei como os dois exemplos mencionados no texto. WHITLEY, Joe D.; ZUSMAN, Lynne K. *Homeland Security: legal and policy issues*. Chicago: ABA Section of Administrative Law and Regulatory Practice, 2009. p. 52-53.

²⁶ O termo “milícia” se refere à força militar que conta com pessoas treinadas sem serem soldadas profissionais, todavia. De acordo com o Título 10, Sec. 311, do Código dos Estados Unidos: a milícia norte-americana consiste de todos os homens fisicamente aptos, entre 17 e 45 anos de idade que são, ou que fizeram uma declaração de intenção de se tornar, cidadãos dos Estados Unidos e de mulheres cidadãos dos Estados Unidos que são membros da Guarda Nacional. As classes da milícia são: (1) a milícia organizada, que consiste na Guarda Nacional e a Milícia Naval; e (2) a milícia desorganizada, que consiste nos membros da milícia que não são membros da Guarda Nacional ou da Milícia Naval.

²⁷ HOFFMEISTER, Thaddeus. An insurrection act for the twenty first century. *Stetson Law Review*, v. 39, p. 861- 924, 2010. p. 881-882.

²⁸ HOFFMEISTER, Thaddeus. An insurrection act for the twenty first century. *Stetson Law Review*, v. 39, p. 861- 924, 2010. p. 887-888.

10 do Código, “Insurrection Act”²⁹. Nesse Título, autoriza-se a ajuda federal aos governadores estaduais, quando solicitada, semelhante às Leis de 1795 e 1807 (Sec. 331)³⁰, o uso da milícia e forças armadas para cumprimento da competência federal, mesmo sem a concordância do estado, a parecer-se com a Lei de 1861 (Sec. 332)³¹, e execução de lei federal e estadual, independentemente, também, do consentimento do estado, incluindo disposições das Leis de 1861 e 1871 (Sec. 333) em casos de insurreição, rebelião e atentado a igual proteção das leis, respectivamente³². Dedique-se à última disposição um exame mais detido.

A seção 333 foi promulgada a fim de garantir o respeito pelos estados à igual proteção da lei, prevista na Emenda XIV³³. De acordo com ela, o presidente, usando a milícia, as forças armadas, ou ambas, ou por qualquer outro meio, tomará as medidas que considerar necessárias para suprimir, em um estado, qualquer insurreição, violência doméstica, combinação ilegal ou conspiração, que:

- a) Dificultar a execução das leis estaduais ou federais, privando a população, ou parte dela, do exercício de qualquer direito, privilégio, imunidade ou proteção, assegurados pela Constituição e pelas leis, e estando as autoridades constituídas do estado incapazes de enfrentá-las deliberadamente ou não; ou
- b) Opuser ou obstruir a execução das leis federais ou impedir a prestação jurisdicional dessas leis.

O primeiro requisito é, portanto, de extensão e gravidade dos atos que ensejam a intervenção. Há três situações possíveis. Uma é dada pela presença de violência em massa ou de tumultos generalizados. A outra pode ser identificada pelo grande número de responsáveis por violação da legislação criminal federal sobre direitos civis, a ponto de inviabilizar uma resposta eficaz das autoridades estaduais. Enfim, pode suceder de serem as autoridades estaduais ou municipais as responsáveis pelo uso extremo de força contra parcela da população^{34 35}. O segundo requisito é a oposição e obstrução de cumprimento de lei federal ou estadual que vulnere direitos constitucionais ou legais. Não basta a mera violação da lei, mas um sério impedimento à sua execução, demonstrada, principalmente, pela impossibilidade de as autoridades estaduais e locais executarem-na, por exemplo, protegendo a população dos crimes e violações perpetradas em massa ou por uma multidão^{36 37}. Ou de os tribunais a aplicarem, prejudicando o exercício de um direito e garantia, inclusive

²⁹ HOFFMEISTER, Thaddeus. An insurrection act for the twenty first century. *Stetson Law Review*, v. 39, p. 861- 924, 2010. p. 890.

³⁰ Whenever there is an insurrections in any State against its government, the President may, upon the request of its legislature or of its governor if the legislature cannot be convened, call into Federal service such of the militia of the other States, in the number requested by that State, and use such of the armed forces, as he considers necessary to suppress the insurrection.

³¹ Whenever the President considers that unlawful obstructions, combinations, or assemblages, or rebellion against the authority of the United States, make it impracticable to enforce the laws of the United States in any State by the ordinary course of judicial proceedings, he may call into Federal service such of the militia of any State, and use such of the armed forces, as he considers necessary to enforce those laws or to suppress the rebellion.

³² CHIKOTA, Richard A. *Riot in the cities: an analytical symposium on the causes and effects*. Rutherford: Fairleigh Dickinson University Press, 1970. p. 364.

³³ A redação dessa Seção foi modificada pelo “Enforcement Act” em 2006, revogado logo depois. A modificação mais controversa da Seção 333 dava amplos poderes ao presidente para mobilizar tropas em caso de violência doméstica associada a desastre natural, epidemia ou outra grave emergência de saúde pública; ataque ou incidente terrorista, ou outra condição. A segunda grande mudança feita na primeira sentença da Seção, substituindo “shall” por “may”, reforçando a ideia de que a competência presidencial era discricionária. HOFFMEISTER, Thaddeus. An insurrection act for the twenty first century. *Stetson Law Review*, v. 39, p. 861- 924, 2010.

³⁴ FEDERAL intervention in the states for the suppression of domestic violence: constitutionality, statutory power, and policy. *Duke Law Journal*, v. 1966, n. 2, p. 415-462, 1966. p. 445, 460-461.

³⁵ A mera declaração do prefeito e do chefe da polícia local, expressando sua desaprovação com manifestações que ocorriam em Louisiana contra a proibição de negros frequentarem restaurantes de brancos (ocupando-os) e a intenção de aplicar a lei penal para debelá-la foram interpretadas como uma ação estatal violadora da cláusula de igual proteção — era como se estivessem autorizando a segregação nos restaurantes. ESTADOS UNIDOS. *Lombard v. Louisiana*, 373 U.S. 267 (1963a). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/373/267/> Acesso em: 14 mar. 2018.

³⁶ ESTADOS UNIDOS. *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. 715 (1961). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/365/715/case.html> Acesso em: 14 mar. 2018.

³⁷ A incapacidade de o estado enfrentar a situação equivalia a sua omissão, para os propósitos da 14ª emenda: “no State may effectively abdicate its responsibilities by either ignoring them or merely failing to discharge them whatever the motive may be [...]. By its inaction, the Authority, and through it the State, has not only made itself a party to the refusal of service, but has elected to place its power, property and prestige behind the admitted discrimination”. ESTADOS UNIDOS. *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365

o acesso ao judiciário e o devido processo legal.

As leis insurrecionais não foram muito aplicadas. Rutherford B. Hayes talvez tenha sido o primeiro presidente a fazer uso dela. Em 1877, a pedido do governador da Virgínia, enviou tropas federais para ajudar a pôr fim a uma rebelião trabalhista os ferroviários. Woodrow Wilson também fez uso de sua competência durante a greve do carvão de Colorado em 1914³⁸. Em várias ocasiões, porém, os presidentes se recusaram a atender a pedidos de assistência. Ora, porque partiam de pessoas sem legitimidade para requerer; ora, porque o estado não havia demonstrado a insuficiência de seus próprios recursos para enfrentar o problema; ou por conveniência política³⁹.

O uso mais recente dessas disposições legais está associado à garantia de cumprimento de ordens judiciais⁴⁰. O final da década de 1950 e início da década seguinte assistiram ao envio de tropas destinadas a dar efetividade às decisões que determinavam a integração racial nas escolas dos estados do sul⁴¹. Os presidentes se valeram dos três dispositivos do “Insurrection Act”. A ajuda do presidente Bush ao governador da Califórnia, para combater tumultos em Los Angeles em 1992, se baseou genericamente em todo o ato. Os presidentes Eisenhower e Kennedy fundamentaram-se, na Sec. 332, para o envio de tropas, destinadas a garantir o cumprimento da política de integração racial nas escolas do Arkansas e Alabama, e para controlar os protestos por direitos civis no Alabama e Mississipi. Kennedy também se valeu da Sec. 333 para enviar tropas ao Alabama em 1963 durante as marchas por direitos civis⁴².

Cabe ao presidente avaliar esses requisitos e decretar a intervenção. Trata-se de um juízo discricionário, para alguns, no entanto, necessário e vinculado, para outros⁴³. Em 1827 e 1849⁴⁴, a Suprema Corte considerou absoluta a discricionariedade presidencial⁴⁵ ⁴⁶, reformulando seu pensamento, em 1866, no sentido da competência vinculada⁴⁷. Nos três casos, porém, sem possibilidade de controle judicial. Em 1963, deixou-se entreaberta a porta de concessão de liminar contra o uso de tropas⁴⁸. Pelo menos, há um consenso de que

U.S. 715 (1961). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/365/715/case.html> Acesso em: 14 mar. 2018. p. 725.

³⁸ JENSEN, Billie B. Woodrow Wilson's intervention in the coal strike of 1914. *Labor History*, v. 15, p. 63-77, 1974.

³⁹ Teria sido o caso dos esforços federais e da resistência estadual na violência associada à devastação provocada pelo furacão Katrina. HOFFMEISTER, Thaddeus. An insurrection act for the twenty first century. *Stetson Law Review*, v. 39, p. 861- 924, 2010.

⁴⁰ Em 1963, o governo federal não esperou descumprimento de ordem judicial para deslocar tropas federais para as vizinhanças de Birmingham em virtude dos distúrbios na cidade. O procurador-geral dos Estados Unidos havia feito declaração de que a gravidade dos distúrbios e a propensão da polícia do Alabama de mais inflamar do que pacificar o ambiente estariam a exigir, de acordo com a Sec. 333, o uso de tais tropas. Em vista disso, o governador do Alabama pediu que a Suprema Corte determinasse a retirada das tropas do estado. A Corte negou a ordem, sob fundamento de que os movimentos de tropas eram apenas medidas preparatórias, não tendo sido utilizadas efetivamente: ESTADOS UNIDOS. *Alabama v. United States*, 373 U.S. 545 (1963b). Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/373/545.html> Acesso em: 14 mar. 2018.

⁴¹ FEDERAL intervention in the states for the suppression of domestic violence: constitutionality, statutory power, and policy. *Duke Law Journal*, v. 1966, n. 2, p. 415-462, 1966. p. 416-417.

⁴² WHITLEY, Joe D.; ZUSMAN, Lynne K. *Homeland Security: legal and policy issues*. Chicago: ABA Section of Administrative Law and Regulatory Practice, 2009. p. 53-54.

⁴³ CHIKOTA, Richard A. *Riot in the cities: an analytical symposium on the causes and effects*. Rutherford: Fairleigh Dickinson University Press, 1970. p. 368-369.

⁴⁴ “By th[e] 1795 Act], the power of deciding whether the exigency had arisen upon which the government of the United States is bound to interfere, is given to the President. (...) “[I]f the President in exercising this power shall fall into error, or invade the rights of the people of the State, it would be in the power of Congress to apply the proper remedy.” ESTADOS UNIDOS. *Luther v. Borden*, 7 How. (48 U.S.) 1 (1849). p. 43-45. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/48/1/case.html>. Acesso em: 14 mar. 2018.

⁴⁵ ESTADOS UNIDOS. *Martin v. Mott*, 25 U.S. (12 Wheat.) 19 (1827). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/25/19/case.html> Acesso em: 14 mar. 2018.

⁴⁶ De acordo com o Justice Story, a quem coube externar a decisão unânime da Corte: “We are all of opinion that the authority to decide whether the exigency has arisen, belongs exclusively to the President, and that his decision is conclusive upon all other persons. We think that this construction necessarily results from the nature of the power itself, and from the manifest object contemplated by the [1795 Militia Act]” ESTADOS UNIDOS. *Martin v. Mott*, 25 U.S. (12 Wheat.) 19 (1827). p. 30. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/25/19/case.html> Acesso em: 14 mar. 2018.

⁴⁷ ESTADOS UNIDOS. *Supervisors v. United States*, 71 U.S. 735 (1866b). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/71/435/case.html> Acesso em 14 mar. 2018.

⁴⁸ ESTADOS UNIDOS. *Alabama v. United States*, 373 U.S. 545 (1963b). Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme->

ao presidente cabe escolher os meios e formas da intervenção, se com uso das forças armadas, de milícias estaduais ou por outros meios⁴⁹.

Antes do decreto, entretanto, exige-se que faça uma proclamação, ordenando o fim da violência ou abuso dentro de determinado prazo (Sec. 334)⁵⁰. Visa-se dar um alerta final aos autores dos atos violentos de que, a perdurarem tais atos, haverá o emprego das forças armadas⁵¹. Descumprido o prazo, que, em regra, é muito curto, o presidente edita uma “ordem executiva” em que autoriza o emprego das tropas, sob coordenação do Departamento de Defesa^{52 53}.

Não deixa de ser curioso o fato de a intervenção federal, por meio do uso de milícia ou das forças armadas, terem sua disciplina feita por uma lei do Congresso, fazendo uso do Art. I(8)(15) da Constituição. E, pior ainda, se entender-se que se trata de um poder inerente do presidente como se verá adiante.

Assim como é merecedor de atenção também o fato de a legislação que disciplina, especialmente quando dispensa a vontade do governo estadual, exigir uma interpretação que não se contente com a literalidade da Cláusula de Violência Doméstica, querendo a teleologia que a imanta, e suas conexões de sentido — sistemático — com a Cláusula de Garantia. Algo que se torna ainda mais agudo com o uso dos poderes presidenciais de emergência.

4 O poder presidencial de emergência

O presidente dos Estados Unidos possui a competência de declarar estado de emergência nacional, passando a agir com amplos poderes, inclusive de intervenção federal com uso de tropas. Como não há uma previsão constitucional expressa dessa competência, entende-se que ela é decorrência da sua condição de chefe do executivo e, mais especificamente, de comandante-em-chefe das forças armadas (art. II(2) (1)) ou, ainda, que é derivada de seu dever de garantir o cumprimento das leis dos Estados Unidos, derivado da “Take Care Clause” (art. II(3)). Trata-se, portanto, de um “poder inerente” do presidente^{54 55}.

Embora o poder de emergência esteja mais direcionado para o plano das relações internacionais e quadros de ameaça à segurança nacional ou guerra, ele também se pode voltar para o plano interno, inclusive sem requerer disciplina legislativa. Se um estado se recusa a enviar forças militares para enfrentar uma emergência, como uma revolta da população ou uma terrível quarentena de saúde, o presidente deve agir nessas situações com os poderes capazes de superá-la⁵⁶.

court/373/545.html Acesso em: 14 mar. 2018.

⁴⁹ FEDERAL intervention in the states for the suppression of domestic violence: constitutionality, statutory power, and policy. *Duke Law Journal*, v. 1966, n. 2, p. 415-462, 1966. p. 451.

⁵⁰ A proclamação está prevista no 10 U.S.C. § 334: “Whenever the President considers it necessary to use the militia or the armed forces under this chapter [chapter 15], he shall, by proclamation, immediately order the insurgents to disperse and retire peaceably to their abodes within a limited time.”

⁵¹ RICH, Bennett M. *The Presidents and Civil Disorder*. Washington, D.C.: The Brookings Institution, 1941. p. 206.

⁵² WHITLEY, Joe D.; ZUSMAN, Lynne K. *Homeland Security: legal and policy issues*. Chicago: ABA Section of Administrative Law and Regulatory Practice, 2009. p. 54.

⁵³ Diversas leis autorizam o secretário de defesa a prestar auxílio às forças federais ou estaduais de segurança: WHITLEY, Joe D.; ZUSMAN, Lynne K. *Homeland Security: legal and policy issues*. Chicago: ABA Section of Administrative Law and Regulatory Practice, 2009. p. 54-55.

⁵⁴ Dougherty, 2008, p. 18 ss; BARRON, David J.; LEDERMAN, Martin S. The commander in chief at the Lowest Ebb: a constitutional history. *Harvard Law Review*, v. 121, n. esp., p. 941-1112, 2008. p. 989-990.

⁵⁵ A Suprema Corte reconheceu um “poder presidencial inerente de emergência”, extraído da “Take Care Clause”. ESTADOS UNIDOS. *Cunningham v. Neagle*, 135 U.S. 1, 67 (1890). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/135/1/> Acesso em: 14 mar. 2018.

⁵⁶ ESTADOS UNIDOS. *Haig v. Agee*, 453 U.S. 280 (1981). p. 307. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/453/280/case.html> Acesso em: 14 mar. 2018.; FRIEDMAN, Joshua L. Emergency powers of the executive: the president’s authority when all hell breaks loose. *Journal of Law & Health*, v. 25, p. 265-306, 2012. p. 279.

De acordo com o Departamento de Defesa, o presidente pode adotar todas as medidas necessárias para garantir a preservação da ordem pública dentro de limites territoriais do País, independente de autorização congressual⁵⁷. Em caso de ameaça ao funcionamento regular do governo estadual e às competências federais ou quando houver risco a vidas ou à destruição de bens, causados por distúrbios civis, desastres ou calamidades, que superem a capacidade de resposta estadual efetiva, poderá o presidente fazer uso de seu poder de emergência. Normalmente, a adoção de tais medidas deve ser autorizada por ordem executiva, mas os oficiais do Departamento de Defesa e os comandantes militares podem adotá-las sem autorização prévia em casos de distúrbios civis súbitos e inesperados provocados por violência generalizada ou decorrentes de terremotos, incêndios, inundações ou outras situação de perigo e calamidade, desde que as autoridades locais não possam controlar a situação e as circunstâncias impossibilitem a obtenção de autorização prévia do presidente da República, sem prejuízo da imediata comunicação ao chefe do executivo, quem, enfim, decide a respeito⁵⁸.

Não raras vezes, porém, esse poder inerente se vale da “Insurrection Act” ou de outros dispositivos legais que conferem poderes extraordinários ao presidente como forma de, ao mesmo tempo, reduzir as críticas de eventual abuso, e de ampliar o arsenal de competências e medidas à sua disposição⁵⁹ ⁶⁰. A interconexão das fontes jurídicas que embasam e qualificam a intervenção por meio do uso das forças armadas ou militares federais é muito frequentemente encontrada ao longo da história estadunidense⁶¹. O uso do poder

⁵⁷ ESTADOS UNIDOS. *Cooperation with Civilian Law Enforcement Officials*, DOD Dir. 5525.5 (Encl. 4) § E4.1.2.3.1. (1986). p. 15. Disponível em: https://fas.org/irp/doddir/dod/d5525_5.pdf Acesso em: 26 mar. 2018.

⁵⁸ ESTADOS UNIDOS. *Cooperation with Civilian Law Enforcement Officials*, DOD Dir. 5525.5 (Encl. 4) § E4.1.2.3.1. (1986). p. 15. Disponível em: https://fas.org/irp/doddir/dod/d5525_5.pdf Acesso em: 26 mar. 2018.

⁵⁹ THOMAS, Kenneth R.; EIG, Thomas, Larry M. *The Constitution of the United States of America: analysis and interpretation: centennial edition: analysis of cases decided by the Supreme Court of the United States to June 28, 2012*. Washington: U.S. Government printing office, 2013. p. 772-773.

⁶⁰ Embora, de acordo com a Sec. 1621 da Lei de Emergência Nacional, o presidente deva especificar que competências legais empregará. Como se notará no texto, o controle congressista e judicial é, todavia, precário. Observa-se ainda que o poder presidencial de emergência inerente se alia ao poder delegado pelo Congresso, por exemplo, por meio da “Insurrection Act”, que é exercício das “Militia Clauses” do Art. I (15) e (16). Este dá os meios para aquele. A Lei de Emergência tenta domesticar o executivo, mas a “inerência” com a “delegação” lhe fogem entre os dedos. VLADECK, Stephen I. *Emergency Power and the Militia Acts*. *The Yale Law Journal*, v. 114, p. 149-194, 2004.

⁶¹ O uso do poder presidencial de emergência, com uso de tropas federais, não envolve necessariamente a declaração de “estado do sítio” ou “martial law” de âmbito nacional ou necessariamente intervenção federal. Há casos em que a “martial law” é decretada pelo governador do estado, seguindo-se de pedido de apoio das tropas federais. Em 1892, em Coeur d’Alene, Idaho, o governador do estado declarou a lei marcial, para enfrentar violências praticadas durante uma greve de mineiros, solicitando o envio de tropas federais. Além de muitas prisões, houve o julgamento dos líderes por um tribunal militar. Em 1914, a lei marcial foi utilizada pelo governador do Colorado também para enfrentar grevistas que trabalhavam em minas de carvão em Ludlow. O presidente Wilson enviou tropas federais para acabar com a violência. Entre 1920 e 1921, a situação se repetiu, agora, em West Virginia: governador decretou lei marcial e pediu envio de tropas federais para enfrentar os grevistas das minas de carvão. Em 1934, o governador da Califórnia decretou lei marcial nas docas de San Francisco para enfrentar os tumultos causados pela greve dos trabalhadores das docas. A Guarda Nacional foi chamada. Em 21 de maio de 1961, foi a vez de o governador do Alabama declarar lei marcial para enfrentar tumultos e o ingresso no estado de agitadores contrários às leis e costumes do estado. O decreto de lei marcial pode ser do prefeito municipal. Em virtude do grande incêndio de Chicago de 1871, o prefeito da cidade declarou estado de lei marcial, nomeando o general Philip Sheridan como comandante provisório da cidade. Alguns episódios relatam declaração de lei marcial pelo governante local, de modo a enfrentar as forças militares enviadas pelo governo federal ou estadual. Por exemplo, em 1857, o Presidente James Buchanan enviou forças federais para Utah para pôr fim ao governo teodemocrático do, então, território. O governador decretou lei marcial para enfrentá-las. Cenário parecido ocorreu em Illinois, entre prefeito e governador. O prefeito de Nauvoo declarou lei marcial no município para protegê-lo da milícia estadual. O governador enviou um grupo de homens ao local, pondo fim ao decreto do prefeito. Tecnicamente, a “lei marcial” é o governo pelos militares. A Suprema Corte já a definiu como “um substituto temporário da autoridade civil” para preservar a segurança de todos, diante de uma guerra civil ou invasão externa (“If, in foreign invasion or civil war, the courts are actually closed, and it is impossible to administer criminal justice according to law, then, on the theatre of active military operations, where war really prevails, there is a necessity to furnish a substitute for the civil authority, thus overthrown, to preserve the safety of the army and society; and as no power is left but the military, it is allowed to govern by martial rule until the laws can have their free course. As necessity creates the rule, so it limits its duration; for, if this government is continued after the courts are reinstated, it is a gross usurpation of power. Martial rule can never exist where the courts are open, and in the proper and unobstructed exercise of their jurisdiction. It is also confined to the locality of actual war.”) ESTADOS UNIDOS. *Ex parte Milligan*, 71 U.S. 2 (1866a). p. 127. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/71/2/case.html> Acesso em: 14 mar. 2018..

presidencial de urgência se alia, por exemplo, com a Cláusula de Violência Doméstica, para dar uma força legitimadora maior às medidas adotadas. É difícil, muitas vezes, separá-las. As mobilizações e tumultos que sacudiram Los Angeles, no início de 1992, podem ser lembrados a esse respeito. A incapacidade das forças militares locais de controlarem a situação fez com que o presidente enviasse quatro mil combatentes federais para a região. As forças federais, em conjunto com a Guarda Nacional da Califórnia, agora, federalizada, rapidamente solucionaram o problema⁶².

As leis promulgadas pelo Congresso com a finalidade de limitar o poder presidencial de emergência servem, na prática, para expandi-lo. Um exemplo disso é encontrado na Lei de Emergência Nacional (“National Emergency Act – NEA”), que foi aprovada em 1976 e na Lei Internacional dos Poderes Econômicos de Emergência (“International Emergency Economic Act – IEEPA”⁶³) em 1977, com o nítido intuito de restringirem à competência presidencial na declaração de emergência, em razão do diagnóstico dos congressistas de que havia um campo muito amplo de discricionariedade do chefe do executivo^{64 65}. Depois da aprovação das duas leis — e de outras tantas promulgadas em seguida⁶⁶ —, esses poderes somente aumentaram.

A Diretiva Presidencial de Segurança Nacional e Segurança Interna (“Diretiva NSPD 51”, “HSPD 20”, ou simplesmente “Diretiva Executiva 51”), talvez seja um bom exemplo dessa ampliação. Editada em 2007, a Diretiva autoriza adoção de procedimentos para garantia da “continuidade do governo federal” no caso de uma “emergência catastrófica”, sem necessidade de aprovação do Congresso. As definições dadas aos dois

A lei marcial é, de regra, acompanhada da suspensão de algumas liberdades e direitos, inclusive o habeas corpus, o que leva alguns a entenderem que a competência para decretá-la é do Congresso, em virtude o Art. I(9)) da Constituição. Prevalece, no entanto, a tese de que o presidente, como chefe do executivo e comandante-em-chefe das forças armadas, pode decretá-la, sem prejuízo do controle pelos congressistas. A fiscalização judicial da lei marcial é rara. Entretanto, a Suprema Corte, no caso acima (*Ex parte Milligan*), já teve oportunidade de realizá-la, ao declarar que a lei marcial e a suspensão do habeas corpus, decretadas por Lincoln em setembro de 1863 para todo o País, era inconstitucional. A lei marcial não poderia existir onde, por mais que convulsionada fosse a situação, as cortes estivessem funcionando. Ela deveria ser circunscrita aos locais onde estivesse ocorrendo efetivamente uma guerra (Estados Unidos, 1886, p. 127). Vejam-se, CORWIN, Edward S. Martial law, yesterday and today. *Political Science Quarterly*, v. 47, n. 1, p. 95-104, 1932. p. 286. Há quem assuma a equivalência entre as figuras: POE, Douglas A. The use of federal troops to suppress domestic violence. *American Bar Association Journal*, p. 168-171, 1968.

⁶² FRIEDMAN, Joshua L. Emergency powers of the executive: the president’s authority when all hell breaks loose. *Journal of Law & Health*, v. 25, p. 265-306, 2012. p. 289.

⁶³ O IEEPA autoriza o presidente a declarar a existência de uma “incomum e extraordinária” ameaça à segurança nacional, à política externa ou à economia dos Estados Unidos que tenha sua fonte, total ou parcialmente, no estrangeiro (§1701(a)). O presidente pode, após declarar emergência, bloquear transações e congelar ativos para lidar com a ameaça (§ 1702(a)(1)(B)). No caso de um real ataque, o presidente também pode confiscar propriedades de um país, grupo ou pessoa que prestaram auxílio aos responsáveis (§1702(a)(1)(C)).

⁶⁴ ESTADOS UNIDOS. Congresso Nacional. *International Emergency Economic Act (IEEPA)*, 1977. Disponível em: <https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Documents/ieepa.pdf> Acesso em: 12 mar. 2018.

⁶⁵ A Lei disciplina as competências presidenciais sobre estado de emergência e estabelece procedimentos para sua declaração. O presidente deve deixar expresso que poderes fará uso (sec. 1631) e notificar imediatamente o Congresso da declaração (sec. 1621(a)). A declaração chegaria ao fim por revogação expressa do presidente, pela sua não renovação anual ou por uma resolução conjunta (sec. 1622(a) e (d)). O Congresso deve votar a cada seis sobre a manutenção do estado de emergência (sec. 1622(b)). A Lei também exige que o presidente e as agências executivas mantenham registros de todas as ordens e regulamentos expedidos e que informem regularmente ao Congresso os custos incorridos (sec. 1641).

⁶⁶ Citem-se o “Stafford Act” de 1988, que autoriza o uso de tropas federais para ajudar os governos estaduais durante emergências, em situações de desastre natural, enquanto o trabalho for “essencial para a preservação da vida e da propriedade”. O presidente coordena a administração da ajuda humanitária, por meio da Agência Federal de Gestão da Emergência (FEMA) ou de outras agências governamentais. Em regra, deve haver um pedido estadual. No caso em que a emergência envolva responsabilidade primária federal, como a que ocorre em uma propriedade da união, o presidente pode inclusive anular ações e medidas tomadas pelo estado. A Lei do Serviço de Saúde Pública (“The Public Health Service Act”), promulgada em 1994, concede ao executivo o poder unilateral para declarar emergência nacional na área de saúde pública. Diversas outras normas de emergência foram aprovadas para controlar doenças transmissíveis, para prevenir a disseminação interestadual de doenças; para evitar a introdução, disseminação ou transmissão de doenças estranhas; para estabelecer a lista de doenças transmissíveis em quarentena e penalidades por violação dos regulamentos de quarentena; controle de aduana e de estrangeiros com doenças transmissíveis; autorização de cancelamento ou aterrisagem de voos ou restrição do espaço aéreo, devido a condições de emergência no solo; regulação do transporte interestadual, dentre outras. FRIEDMAN, Joshua L. Emergency powers of the executive: the president’s authority when all hell breaks loose. *Journal of Law & Health*, v. 25, p. 265-306, 2012. p. 300-301).

termos são demasiadamente vagas. A “emergência catastrófica” é “qualquer incidente, independentemente da localização, que resulte em níveis extraordinários de vítimas, danos ou perturbações em massa que afetem gravemente a população, a infraestrutura, o meio ambiente, a economia ou as funções do governo dos Estados Unidos” (art. 2(b))⁶⁷. A “continuidade do governo” é apresentada como “um esforço coordenado dentro do Poder Executivo Federal para garantir que às Funções Nacionais Essenciais continuem a ser executadas durante uma emergência catastrófica”⁶⁸.

Ainda mais problemática é a definição de “governo constitucional duradouro”: um esforço cooperativo entre os poderes executivo, legislativo e judiciário federais, coordenado pelo presidente,

como uma questão de cortesia em relação aos poderes legislativo e judiciário, para preservar a estrutura constitucional sob a qual a nação é governada e a capacidade de todos os três poderes de exercerem suas responsabilidades constitucionais e proverem uma sucessão ordenada, uma transição apropriada de liderança, [bem como] a interoperabilidade e apoio das Funções Essenciais Nacionais durante uma emergência catastrófica.⁶⁹

Há diversos anexos à Diretiva que são considerados “classificados”, não sendo permitido o acesso ao público e sequer ao Congresso⁷⁰.

A falta de controle judicial do estado de emergência, como se discutirá no tópico seguinte, é agravada pelas falhas ou insuficiências do controle exercido pelos congressistas⁷¹. De fato, embora o Congresso deva decidir a cada seis meses sobre a continuidade de um estado de emergência nacional, declarado com base na Lei de 1976, somente o fez uma vez⁷². Algumas diretivas de emergência permanecem em vigor por décadas. Em 1974, um relatório do Senado identificara quatro antigas declarações de emergência ainda vigendo: uma, de 1970, relativa à greve dos trabalhadores dos correios; outra, do ano seguinte, editada para combater a inflação; uma terceira, de 1950, adotada à época da guerra contra a Coreia; e uma ainda mais antiga, destinada a enfrentar a crise bancária de 1933⁷³. Em 2013, havia, pelo menos, trinta emergências nacionais declaradas. Os números podem ser maiores, pois muitas diretivas presidenciais são mantidas em segredo, sob alegada justificativa de garantia de segurança nacional⁷⁴.

⁶⁷ “Catastrophic Emergency” means any incident, regardless of location, that results in extraordinary levels of mass casualties, damage, or disruption severely affecting the U.S. population, infrastructure, environment, economy, or government functions (Item 2(b)).

⁶⁸ “Continuity of Government”, or “COG,” means a coordinated effort within the Federal Government’s executive branch to ensure that National Essential Functions continue to be performed during a Catastrophic Emergency (Item 2(c)).

⁶⁹ “Enduring Constitutional Government”, or “ECG”, means a cooperative effort among the executive, legislative, and judicial branches of the Federal Government, coordinated by the President, as a matter of comity with respect to the legislative and judicial branches and with proper respect for the constitutional separation of powers among the branches, to preserve the constitutional framework under which the Nation is governed and the capability of all three branches of government to execute constitutional responsibilities and provide for orderly succession, appropriate transition of leadership, and interoperability and support of the National Essential Functions during a catastrophic emergency (Item 2(e)).

⁷⁰ EMISON, John A. *Lincoln Uber Alles: dictatorship comes to America*. Gretna: Pelican Publishing, 2009. p. 297-298.

⁷¹ PAUST, Jordan J. *Beyond the Law: the Bush Administration’s Unlawful Responses in the “War” on Terror*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 70.

⁷² THOMAS, Kenneth R.; EIG, Thomas, □ Larry M. *The Constitution of the United States of America: analysis and interpretation: centennial edition: analysis of cases decided by the Supreme Court of the United States to June 28, 2012*. Washington: U.S. Government printing office, 2013. p. 738.

⁷³ Note-se, por esse levantamento, que nem toda emergência trata de mobilização de tropas, podendo dizer respeito a diversas situações de crise. Em 1933, o presidente Roosevelt decretou estado de emergência diante da crise bancária no País, decretando feriado bancário por quatro dias até que o Congresso, em reunião conjunta, aprovasse a “Emergency Banking Act”. Essa lei, dentre outras medidas, estabeleceu a garantia dos depósitos bancários. Em 5 de abril de 1933, foi assinada a Ordem Executiva 6102 que criminalizou a posse de ouro monetário por qualquer indivíduo, associação ou corporação. HOLZNER, Henry Mark. How americans lost their right to own gold and became criminals in the process. *Brooklyn Law Review*, v. 39, p. 517-559, 1972. O presidente Nixon, por sua vez, declarou emergência nacional em 15 de agosto de 1971, para impor controles cambiais e restringir o comércio exterior em resposta a uma crise no balanço de pagamentos. Dentre as medidas, estavam o fim da capacidade dos bancos centrais estrangeiros de converter suas participações em dólar, em ouro, e um acréscimo de 10% nos produtos importados. IRWIN, Douglas A. The Nixon shock after forty years: the import surcharge revisited. *World Trade Review*, v. 12, p. 29-56, 2013.

⁷⁴ THOMAS, Kenneth R.; EIG, Thomas, Larry M. *The Constitution of the United States of America: analysis and interpretation: cen-*

5 O difícil controle judicial da intervenção federal

Os motivos que podem levar a uma intervenção federal nos Estados Unidos, como a violação da Cláusula de Garantia ou da Cláusula de Violência Doméstica, assim como as situações autorizadoras do estado de emergência nacional, são arredios ao controle judicial. Antiga jurisprudência da Suprema Corte considera a qualificação de um governo estadual como republicano, por exemplo, uma questão política, carecendo de competência para enfrentá-la. A primeira decisão se deu em *Luther v. Borden*, de 1849. Desde sua fundação, Rhode Island fora governada por uma Carta que só permitia o voto aos homens proprietários de terras. Contra essa restrição, a população excluída, basicamente formada de homens sem terras, realizou sua própria convenção constitucional estadual e elegeu um Thomas Dorr como novo governador do estado, havendo, então, dois governos estaduais. Os líderes desse grupo acabaram sendo presos e o caso chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos. A Corte não conheceu do pedido, argumentando que a definição de um governo estadual como uma forma republicana legítima não era competência do judiciário. O presidente da Corte, Taney, lembrou que uma lei federal de 28 de fevereiro de 1795 autorizara o presidente a convocar a milícia em caso de insurreição contra o governo de qualquer estado. Portanto, no caso, cabia ao presidente decidir qual o governo estadual era legítimo, adotando as providências cabíveis contra o usurpador⁷⁵.

Esse entendimento foi aplicado em diversas ocasiões durante o período da Reconstrução. Com um detalhe: a ação do presidente, ao estabelecer governos provisórios no final da guerra civil nos estados rebelados, era justificada como um exercício de seus poderes como Comandante-em-Chefe, cabendo ao Congresso resolver definitivamente o assunto⁷⁶. Até meados do século XX, diversas disposições estaduais foram questionadas com base nessa Cláusula, todas, no entanto, receberam a mesma resposta⁷⁷. As mesmas dificuldades se aplicam à Cláusula da Violência Doméstica, no mais das vezes, correlacionada com a de Garantia⁷⁸. Parte da literatura tem encontrado sinais de que a Corte poderia rever esse posicionamento^{79, 80}, o que não ocorreu até a conclusão do presente trabalho.

ennial edition: analysis of cases decided by the Supreme Court of the United States to June 28, 2012. Washington: U.S. Government printing office, 2013. p. 742-744.

⁷⁵ ESTADOS UNIDOS. *Luther v. Borden*, 7 Hon. (48 U.S.) 1 (1849). p. 43. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/48/1/case.html>. Acesso em: 14 mar. 2018.; WIECEK, William M. *The guarantee clause of the U.S. constitution*. Ithaca: Cornell University Press, 1972.

⁷⁶ ESTADOS UNIDOS. *Texas v. White*, 7 Wall. (74 U.S.) 700, 729 (1869). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supreme-court/text/74/700> Acesso em: 14 mar. 2018. O estado da Geórgia quis que a legislação da Reconstrução não lhe fosse aplicada, ao argumento de que já possuía uma forma republicana de governo. A Corte, no entanto, declarou que a competência para esse julgamento cabia ao Congresso e não a ela. ESTADOS UNIDOS. *Georgia v. Stanton*, 6 Wall. (73 U.S.) 50 (1868). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/73/50/case.html>. Acesso em: 14 mar. 2018.

⁷⁷ *Pacific States Tel. & Tel. Co. v. Oregon*, 223 U.S. 118 (1912); *Kiernan v. City of Portland*, 223 U.S. 151 (1912); *O'Neill v. Leamer*, 239 U.S. 244 (1915); *Davis v. Ohio*, 241 U.S. 565 (1916); *Ohio v. Akron Park District*, 281 U.S. 74 (1930); *Highland Farms Dairy v. Agnew*, 300 U.S. 608 (1937). Em pelo menos dois casos, porém, a Corte examinou o mérito: *Minor v. Happersett* (21 Wall. (88 U.S.) 162 (1875)) e *Forsyth v. Hammond* (166 US 506 (1897)). THOMAS, Kenneth R.; EIG, Thomas, □ Larry M. *The Constitution of the United States of America: analysis and interpretation: centennial edition: analysis of cases decided by the Supreme Court of the United States to June 28, 2012*. Washington: U.S. Government printing office, 2013. p. 769.

⁷⁸ BYBEE, Jay S. Insuring domestic tranquility: Lopez, federalization of crime, and the forgotten role of the domestic violence clause. *George Washington Law Review*, v.66, p. 1-83, 1997. p. 82.

⁷⁹ BONFIELD, Arthur E. The guarantee clause of article IV, section 4: a study in constitutional desuetude. *Minnesota Law Review*, v. 46, p. 513-572, 1962; CHEMERINSKY, Erwin. Cases under the guarantee clause should be justiciable. *University of Colorado Law Review*, v. 65, p. 849-880, 1994.

⁸⁰ Acredita-se no avanço da definição de “political question”. ESTADOS UNIDOS. *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/369/186/case.html> Acesso em 11 mar. 2018. A leitura se concentra na ideia de que a Corte se pode valer da Cláusula como limite, judicialmente, aferível à competência federal. MERRITT, Deborah J. The guarantee clause and state autonomy: federalism for a third century. *Columbia Law Review*, v. 88, n. 1, p. 1-78, 1988. Na expressão que a ela deram alguns votos da Justice O'Connor, como em *Gregory v. Ashcroft* ESTADOS UNIDOS. *Gregory v. Ashcroft*, 501 U.S. 452 (1991). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/501/452/case.html> Acesso em: 16 mar. 2018. p. 463. E em *New York v. United States* ESTADOS UNIDOS. *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992). p. 2432-2433. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/144/case.html> Acesso em: 16 mar. 2018.

A situação se repete com os motivos autorizadores da declaração de emergência nacional. Já se afirmou que, ao agir de acordo com uma autorização expressa ou implícita do Congresso, a competência do presidente é quase plena, pois reúne seu direito próprio com aquele delegado pelo Congresso, sendo, especialmente no tocante ao juízo de necessidade da emergência, insusceptível de controle judicial^{81, 82}. A desnecessidade de autorização congressual para a declaração de emergência interna também foi expressamente reconhecida pela Suprema Corte. Sempre que uma situação grave colocar em risco a liberdade do comércio interestadual, o transporte do correio ou alguma outra competência do governo federal, o presidente pode recorrer ao “exército da Nação e a todas as suas milícias para remover os obstáculos”⁸³.

Raramente se avança sobre os poderes presidenciais exercidos depois de declarada a emergência, embora já se tenha afirmado que não poderia apropriar-se de propriedade privada, fundando-se apenas na sua condição de comandante-em-chefe^{84 85}. No mais das vezes, porém, os tribunais dizem-se incompetentes para exercer a fiscalização da declaração e da execução da emergência, invocando a doutrina da “questão política”⁸⁶.

6 A intervenção federal como um “black hole”

Chama a atenção a dualidade da intervenção federal. Trata-se de um regime de exceção que suspende total ou parcialmente a autonomia subnacional, para garanti-la dentro do equilíbrio e integridade federativos. Mas não deixa de ser, simultaneamente, um expediente que aplica um conteúdo constitucional (o poder de intervenção), desaplicando outro (a autonomia subnacional)⁸⁷. Pode-se dizer que se trata de mais uma tarefa

⁸¹ ESTADOS UNIDOS. *Prize Cases*, 67 U.S. (2 Black) 635 (1863). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/67/635/case.html> Acesso em: 14 mar. 2018; ESTADOS UNIDOS. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*. 343 U.S. 579 (1952). p. 670. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/579/case.html> Acesso em: 11 mar. 2018; ESTADOS UNIDOS. *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004). p. 635. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/542/507/opinion.html> Acesso em: 12 mar. 2018.

⁸² Segundo o Justice Thomas: “The power to protect the Nation ought to exist without limitation because it is impossible to foresee or define the extent and variety of national exigencies, or the correspondent extent and variety of the means which may be necessary to satisfy them.” Na mesa sentada, declarou-se “The circumstances that endanger the safety of nations are infinite; and for this reason no constitutional shackles can wisely be imposed on the power to which the care of it is committed”. ESTADOS UNIDOS. *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004). p. 516, 580. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/542/507/opinion.html> Acesso em: 12 mar. 2018.

⁸³ Estados Unidos, 1919, p. 381.

⁸⁴ ESTADOS UNIDOS. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*. 343 U.S. 579 (1952). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/579/case.html> Acesso em: 11 mar. 2018.

⁸⁵ De acordo com Justice Franfurter, o Judiciário era para resolver casos e controvérsias: “Judiciary is not the overseer of our government”. ESTADOS UNIDOS. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*. 343 U.S. 579 (1952). p. 594. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/579/case.html> Acesso em: 11 mar. 2018. O controle judicial é, portanto, a exceção nesse campo: “In the declared exercise of [the President’s] powers as Commander in Chief of the Army in time of war and of grave public danger, [is] not to be set aside by the courts without the clear conviction that [it is] in conflict with the Constitution or laws of Congress” ESTADOS UNIDOS. *Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942). p. 25. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/317/1/case.html> Acesso em: 14 mar. 2018. Já em o Justice Story havia reconhecido: “It may be fit and proper for the government, in the exercise of the high discretion confided to the executive, for great public purposes, to act on a sudden emergency, or to prevent an irreparable mischief, by summary measures, which are not found in the text of the laws” ESTADOS UNIDOS. *The Apollon*, 22 U.S. 362 (1824). p. 366-367. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/22/362/> Acesso em: 30 jul. 2019.

⁸⁶ GROSS, Oren; NI AOLÁIN, Fionnuala. *Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 63; FRIEDMAN, Joshua L. Emergency powers of the executive: the president’s authority when all hell breaks loose. *Journal of Law & Health*, v. 25, p. 265-306, 2012. p. 272.

⁸⁷ O tema remete à leitura schmittiana de Agamben: “O estado de exceção [...] é a abertura de um espaço em que a aplicação e norma mostram sua separação e em que uma pura força de lei realiza (isto é, aplica desaplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa. [...] [A] união impossível entre norma e realidade, e a consequente constituição do âmbito da norma, é operada sob a forma da exceção, isto é, pelo pressuposto de sua relação”. O que é mais denotativo do sentido expresso no texto: “Em todos os casos, o estado de exceção marca um patamar onde lógica e práxis se indeterminam e onde uma pura violência sem *logos* pretende realizar um enunciado sem nenhuma referência real”. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 63.

de solução de conflito constitucional. E o é.

Porém, é mais: é um espaço nebuloso que coloca em suspeição a regularidade institucional, um triz entre a normatividade e a anomia, que requer um olhar atento para divisá-lo. Paradoxalmente, em situações assim, o judiciário tende a ser mais refratário a exercer controle sobre a situação, como sucede nos Estados Unidos⁸⁸. E, mesmo que o fizesse, sua intervenção também estaria submersa nas dobras entre direito e política, entre a normatividade plena e sua mera facticidade⁸⁹. Um encontro de contrários e uma tensão permanente entre a estabilidade, associada à fragilidade, do direito e a flexibilidade, com certa dose de capricho, do improviso da política que se perfazem na estratégia republicana e, agora, constitucional do domínio⁹⁰.

A aparente contradição entre a valorização da autonomia estadual, a ponto de remanescer a imprecisa afirmação terminológica de “soberania” atribuída aos estados⁹¹, e a definição pelo Congresso das hipóteses de mobilização de tropas, por meio da qual se realiza a intervenção, é, de fato, a revelação daquele paradoxo⁹². Por outro lado, a abertura do texto, tanto horizontalmente, pela suposta e, por vezes, deliberada presença de lacuna, quanto verticalmente, pela imprecisão terminológica, é a estratégia de esconder o paradoxo⁹³.

Não se pode deixar de ver, na mesma direção, que o direito, por meio da dupla abertura e de forma implícita, exclui o poder, notadamente o executivo, dos rigores do estado do direito, o que é mais sintomático (porque parece querer-se mostrar), quando a exclusão se faz de modo expresso por meio da impossibilidade de controle judicial, por exemplo, com a adoção doutrina das “political questions”. São os “black holes” da normatividade constitucional⁹⁴. Aquela mesma abertura permite que se chegue ao mesmo lugar, embora com um esforço maior de argumentação, exigido por limitações do poder expressas de forma vaga o suficiente para admitir praticamente qualquer comportamento do poder. Eis os “grey holes” da normatividade⁹⁵. No fim, são todas expressões da emergência ou da facticidade nos espaços de normatividade, erodindo a fé cega num estado constitucional de direito substantivo⁹⁷.

Essa ambiguidade da intervenção federal não se resolve com o estudo analítico de sua expressão, mas é permitido conhecê-la, ao estudá-la. O reconhecimento da ambiguidade reforça o cuidado que a ela se deve dedicar: é um regime de exceção que requer, como tal, interpretação restrita e aplicação limitada⁹⁸ ⁹⁹. E, como tudo que se situa nas dobras entre o direito e a política, assim como entre a norma e sua efetividade, é necessária — com o seu paradoxo — à sobrevivência do próprio direito e, no caso, do estado federal¹⁰⁰.

⁸⁸ GROSS, Oren; NI AOLÁIN, Fionnuala. *Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 63.

⁸⁹ TEUBNER, Günther. *And God Laughed...: indeterminacy, self-reference, and paradox in law*. Florence: European University Institute, 1988.

⁹⁰ WALLACH, Philip A. *To the Edge: legality, legitimacy, and the responses to the 2008 financial crisis*. Washington, D.C.: The Brookings Institution Press, 2015. p. 22.

⁹¹ MERRITT, Deborah J. The guarantee clause and state autonomy: federalism for a third century. *Columbia Law Review*, v. 88, n. 1, p. 1-78, 1988; BYBEE, Jay S. Insuring domestic tranquility: Lopez, federalization of crime, and the forgotten role of the domestic violence clause. *George Washington Law Review*, v.66, p. 1-83, 1997.

⁹² Algo que se conecta com a ambiguidade da luta antiterror nos Estados Unidos. Na verdade, a outra face do mesmo fenômeno tratado no texto. SCHEUERMAN, William E. Survey Article: Emergency Powers and the Rule of Law after 9/11. *Journal of Political Philosophy*, v. 14, p. 61-84, 2006.

⁹³ WALLACH, Philip A. *To the Edge: legality, legitimacy, and the responses to the 2008 financial crisis*. Washington, D.C.: The Brookings Institution Press, 2015. p. 30.

⁹⁴ STEYN, Johan. Guantanamo Bay: the legal black hole. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 53, n. 1, p. 1-15, 2004. p. 1.

⁹⁵ DYZENHAUS, David. *The constitution of law: legality in a time of emergency*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 42.

⁹⁶ Ao fim, os “grey holes” são “black holes” disfarçados. DYZENHAUS, David. *The constitution of law: legality in a time of emergency*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 5.

⁹⁷ VERMEULE, Adrian. Our Schmittian Administrative Law. *Harvard Law Review*, v. 122, p. 1095-1149, 2009. p. 1096-1097.

⁹⁸ HONIG, Bonnie. *Emergency politics: paradox, law, democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

⁹⁹ Honig, todavia, chama atenção ao fato, também paradoxal, de que a teoria do estado de exceção, em sua pluralidade de forma, é um alimento à própria exceção HONIG, Bonnie. *Emergency politics: paradox, law, democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2009. p. 2-3.

¹⁰⁰ Veja-se, de novo com Honig, que, a seu ver, o paradoxo da política (antes ou depois mesmo de sua conexão com o direito)

7 Considerações finais

A intervenção federal é um instrumento excepcional nas federações. Por meio dela, procura-se garantir o equilíbrio entre a autonomia subnacional e a integridade federal. As Constituições federais procuram delimitar seu espaço e incidência. Nos Estados Unidos, a Cláusula de Garantia e a Cláusula de Violência Doméstica, previstas no Art. IV, Seção 4, dão poderes à união de intervir nos estados. A primeira o faz se estiver em causa a forma republicana de governo e a necessidade de proteção dos estados contra invasão estrangeira ou por outro estado. A segunda a autoriza para combater a violência doméstica, desde que haja pedido do legislativo ou, em não estando reunido e não podendo ser convocado, do executivo estaduais. A imprecisão dos dois termos, “forma republicana de governo” e “violência doméstica”, dá margem a diferentes interpretações.

Pode ocorrer, ainda, a intervenção federal, por meio de uma declaração presidencial de estado de emergência nacional. Os motivos autorizadores estão abertos ao juízo de discricionariedade presidencial no exercício de uma competência inerente ao seu cargo, ainda que existam leis que o tentam disciplinar, ao menos, formalmente.

Em regra, a intervenção se faz por meio da mobilização de milícias ou das forças armadas para enfrentar a crise no estado, caracterizada, normalmente, por tumulto ou violência generalizados. A disciplina dessa mobilização foi objeto de diversas leis ao longo da história estadunidense. A que está em vigor prevê diversas hipóteses de autorização. Algumas carecem de aquiescência do governo estadual no cumprimento literal da Cláusula de Violência Doméstica; outras permitem a mobilização mesmo sem essa aquiescência, o que pode ser interpretado como expressão de teleológica da Cláusula ou de sua conjugação com a Cláusula de Garantia. Ou, enfim, como decorrência do poder presidencial para declarar estado de emergência nacional. A Suprema Corte do País tem reiterado entendimento de que a aplicação das duas Cláusulas e a competência presidencial para declarar emergência estão inseridas no âmbito das questões políticas, sendo, portanto, imune ao controle judicial.

A análise do modelo estadunidense serve para demonstrar como a intervenção federal é um daqueles expedientes por meio do qual a Constituição (como o direito) se aplica (com a intervenção), desaplicando-se (com a suspensão da autonomia estadual). Não resta dúvida de que se trata de um instrumento de garantia do próprio estado federal e deve operar dentro dos quadros previstos constitucionalmente. Por isso mesmo, é reveladora de um paradoxo que habita a fronteira entre o direito e a política, o sistema jurídico-normativo e sua mera facticidade.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2008.

AMAR, Akhil R. The central meaning of republican government: popular sovereignty, majority rule, and the denominator problem. *University of Colorado Law Review*, v. 65, p. 749-786, 1994.

BALKIN, Jack M. *Living Originalism*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

não se resolve com demanda de justificação como pensa Habermas. HONIG, Bonnie. *Emergency politics: paradox, law, democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2009. p. 3-4, 130. A questão não está em solucionar-se o paradoxo, mas em compreendê-lo no ambiente dinâmico (e nebuloso) em que vive. Por isso, parece certo quando afirma que o paradoxo do direito (e inclui-se, por conta própria, da política) mostra e ensina os limites do sistema e chama por responsabilidade HONIG, Bonnie. *Emergency politics: paradox, law, democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2009. p. 3.

- BARRON, David J.; LEDERMAN, Martin S. The commander in chief at the Lowest Ebb: a constitutional history. *Harvard Law Review*, v. 121, n. esp., p. 941-1112, 2008.
- BAUER, Hartmut. *Die Bundestreue*: zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Bundesstaatsrechts und zur Rechtsverhältnislehre. Berlin: Mohr Siebeck, 1992.
- BONFIELD, Arthur E. Baker v. Carr: new light on the constitutional guarantee of Republican Government. *California Law Review*, v. 50, p. 245-263, 1962.
- BONFIELD, Arthur E. The guarantee clause of article IV, section 4: a study in constitutional desuetude. *Minnesota Law Review*, v. 46, p. 513-572, 1962.
- BYBEE, Jay S. Insuring domestic tranquility: Lopez, federalization of crime, and the forgotten role of the domestic violence clause. *George Washington Law Review*, v. 66, p. 1-83, 1997.
- CHEMERINSKY, Erwin. Cases under the guarantee clause should be justiciable. *University of Colorado Law Review*, v. 65, p. 849-880, 1994.
- CHIKOTA, Richard A. *Riot in the cities*: an analytical symposium on the causes and effects. Rutherford: Fairleigh Dickinson University Press, 1970.
- COOLEY, Thomas. *General principles of constitutional law in the United States*. Boston: Little Brown & Co., 1880.
- CORWIN, Edward S. Martial law, yesterday and today. *Political Science Quarterly*, v. 47, n. 1, p. 95-104, 1932.
- DOUGHERTY, Candidus. "Necessity hath no law": executive power and the posse comitatus act. *Campbell Law Review*, v. 31, p. 1-50, 2008.
- DYZENHAUS, David. *The constitution of law*: legality in a time of emergency. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- EDELSON, Chris. *Emergency Presidential power*: from the drafting of the constitution to the war on terror. Madison: The University of Wisconsin Press, 2013.
- EMISON, John A. *Lincoln Uber Alles*: dictatorship comes to America. Gretna: Pelican Publishing, 2009.
- ESTADOS UNIDOS. *Alabama v. United States*, 373 U.S. 545 (1963b). Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/373/545.html> Acesso em: 14 mar. 2018.
- ESTADOS UNIDOS. *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/369/186/case.html> Acesso em 11 mar. 2018.
- ESTADOS UNIDOS. *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. 715 (1961). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/365/715/case.html> Acesso em: 14 mar. 2018.
- ESTADOS UNIDOS. Congresso Nacional. *1 Stat. 424, de 28/2/1795*. Disponível em: <http://csa.systekproof.com/wp-content/uploads/2014/03/CHAP.-XXXVI.%E2%80%94Act-to-provide-for-calling-forth-the-Militia-to-execute-the-laws-of-the4.pdf> Acesso em: 16 mar. 2018.
- ESTADOS UNIDOS. Congresso Nacional. *Insurrection Act*. Disponível em: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2010-title10/pdf/USCODE-2010-title10-subtitleA-partI-chap15.pdf> Acesso em: 18 mar. 2018.
- ESTADOS UNIDOS. Congresso Nacional. *International Emergency Economic Act (IEEPA)*, 1977. Disponível em: <https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Documents/ieepa.pdf> Acesso em: 12 mar. 2018.
- ESTADOS UNIDOS. Congresso Nacional. *National Emergencies Act (50 USC 1601–1651)*. Disponível em: <http://policy.defense.gov/portals/11/Documents/hdasa/references/50%20USC%201601-1651.pdf> Acesso em: 11 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *Cunningham v. Neagle*, 135 U.S. 1, 67 (1890). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/135/1/> Acesso em: 14 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *Cooperation with Civilian Law Enforcement Officials*, DOD Dir. 5525.5 (Encl. 4) § E4.1.2.3.1. (1986). Disponível em: https://fas.org/irp/doddir/dod/d5525_5.pdf Acesso em: 26 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *Ex parte Milligan*, 71 U.S. 2 (1866a). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/71/2/case.html> Acesso em: 14 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/317/1/case.html> Acesso em: 14 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *Georgia v. Stanton*, 6 Wall. (73 U.S.) 50 (1868). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/73/50/case.html>. Acesso em: 14 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *Gregory v. Ashcroft*, 501 U.S. 452 (1991). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/501/452/case.html> Acesso em: 16 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *Haig v. Agee*, 453 U.S. 280 (1981). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/453/280/case.html> Acesso em: 14 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/542/507/opinion.html> Acesso em: 12 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *In re Debs*. 158 U.S. 564 (1895). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/158/564/case.html> Acesso em: 26 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *Lombard v. Louisiana*, 373 U.S. 267 (1963a). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/373/267/> Acesso em: 14 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *Luther v. Borden*, 7 How. (48 U.S.) 1 (1849). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/48/1/case.html>. Acesso em: 14 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *Martin v. Mott*. 25 U.S. (12 Wheat.) 19 (1827). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/25/19/case.html> Acesso em: 14 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *National Security and Homeland Security Presidential Directive*. 2007. Disponível em: <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2007/05/20070509-12.html> Acesso em: 21 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/144/case.html> Acesso em: 16 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *Prize Cases*, 67 U.S. (2 Black) 635 (1863). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/67/635/case.html> Acesso em: 14 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *Supervisors v. United States*, 71 U.S. 735 (1866b). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/71/435/case.html> Acesso em 14 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *Texas v. White*, 7 Wall. (74 U.S.) 700, 729 (1869). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/74/700> Acesso em: 14 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *The Apollon*, 22 U.S. 362 (1824). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/22/362/> Acesso em: 30 jul. 2019.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Code. Título 10, Capítulo XV. Disponível em: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2010-title10/pdf/USCODE-2010-title10-subtitleA-partI-chap15-sec333.pdf> Acesso em: 11 mar. 2018.

- ESTADOS UNIDOS. *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/514/549/case.html> Acesso em: 11 mar. 2018
- ESTADOS UNIDOS. *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/99-5.ZO.html> Acesso em: 11 mar. 2018.
- ESTADOS UNIDOS. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*. 343 U.S. 579 (1952). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/579/case.html> Acesso em: 11 mar. 2018.
- FAIRMAN, Charles. The law of martial rule and the national emergency. *Harvard Law Review*, v. 55, p. 1253-1302, 1941.
- FALLER, Hans J. El principio de la lealtad federal en el orden federativo de la República Federal de Alemania. *Revista de estudios políticos*, n. 16, p. 197-202, 1980.
- FARRAND, Max. *The Records of the Federal Convention of 1787*. New Haven: Yale University Press, 1911.
- FEDERAL intervention in the states for the suppression of domestic violence: constitutionality, statutory power, and policy. *Duke Law Journal*, v. 1966, n. 2, p. 415-462, 1966.
- FISHER, Louis. Abraham Lincoln: preserving the Union and the Constitution. *Albany Government Law Review*, v. 3, p. 503-532, 2010.
- FRIEDMAN, Joshua L. Emergency powers of the executive: the president's authority when all hell breaks loose. *Journal of Law & Health*, v. 25, p. 265-306, 2012.
- GAMPER, Anna. A "global theory of federalism": the nature and challenges of a Federal State. *German Law Journal*, v. 6, n. 10, p. 1298-1318, 2005.
- GROSS, Oren; NI AOLÁIN, Fionnuala. *Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- HOFFMEISTER, Thaddeus. An insurrection act for the twenty first century. *Stetson Law Review*, v. 39, p. 861- 924, 2010.
- HOLZER, Henry Mark. How americans lost their right to own gold and became criminals in the process. *Brooklyn Law Review*, v. 39, p. 517-559, 1972.
- HONIG, Bonnie. *Emergency politics: paradox, law, democracy*. Princeton: Princenton University Press, 2009.
- IRWIN, Douglas A. The Nixon shock after forty years: the import surcharge revisited. *World Trade Review*, v. 12, p 29-56, 2013.
- JENSEN, Billie B. Woodrow Wilson's intervention in the coal strike of 1914. *Labor History*, v. 15, p. 63-77, 1974.
- LINDE, Hans A. Who is Responsible for republican government? *University of Colorado Law Review*, v. 65, p. 709-731, 1994.
- MADDEX, Robert L. *The U.S. Constitution A to Z*. Washington, D.C.: CQ Press, 2002.
- MADISON, James. Paper n. 43. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*. New York: Dover, 1787.
- McCURDY, Charles W. *The anti-rent era in New York law and politics, 1839-1865*. Chapel Hill; London: The University of North Carolina Press, 2001.
- MERRITT, Deborah J. The guarantee clause and state autonomy: federalism for a third century. *Columbia Law Review*, v. 88, n. 1, p. 1-78, 1988.

- NATELSON, Robert G. Guarantee Clause. In: FORTE, David F.; SPALDING, Matthew (eds). *The heritage guide to the constitution*. Washington, D.C.: The Heritage Foundation, 2014.
- PAUST, Jordan J. *Beyond the Law: the Bush Administration's Unlawful Responses in the "War" on Terror*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- POE, Douglas A. The use of federal troops to suppress domestic violence. *American Bar Association Journal*, p. 168-171, 1968.
- RAWLE, William. *A view of the Constitution of the United States of America*. 2. ed. Philadelphia: Philip H. Nicklin, 1829.
- RICH, Bennett M. *The Presidents and Civil Disorder*. Washington, D.C.: The Brookings Institution, 1941.
- ROBERTSON, David. *The Routledge Dictionary of Politics*. 3. ed. London: Routledge, 2004.
- SANDS, Eric C. *American public philosophy and the mystery of Lincolnism*. Columbia; London: University of Missouri Press, 2009.
- SCHEUERMAN, William E. Survey Article: Emergency Powers and the Rule of Law after 9/11. *Journal of Political Philosophy*, v. 14, p. 61-84, 2006.
- SCOTT, Peter D. Is the state of emergency superseding the US constitution? continuity of government planning, war and american society. *Asia-Pacific Journal*, v. 8, n. 48, 2010.
- STEIN, Mark S. The domestic violence clause in "new originalist" theory. *Hasting Constitutional Law Quarterly*, v. 37, p. 129-140, 2009.
- STEPAN, Alfred. Federalism and democracy: beyond the U.S. model. *Journal of Democracy*, v. 10, n. 4, p. 19-34, 1999.
- STEYN, Johan. Guantanamo Bay: the legal black hole. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 53, n. 1, p. 1-15, 2004.
- STORY, Joseph. *Commentaries on the Constitution of the United States*. Boston; Cambridge: Hiliard, Cray, and Co; Brown; Shattuck, and Co., 1833.
- TEUBNER, Günther. *And God Laughed...: indeterminacy, self-reference, and paradox in law*. Florence: European University Institute, 1988.
- THOMAS, Kenneth R.; EIG, Thomas, □ Larry M. *The Constitution of the United States of America: analysis and interpretation: centennial edition: analysis of cases decided by the Supreme Court of the United States to June 28, 2012*. Washington: U.S. Government printing office, 2013.
- TOREN, Jonathan. Protecting Republican government from itself: the guarantee clause of article IV, section 4. *New York University Journal of Law & Liberty*, v. 2, p. 371-410, 2007.
- TRIBE, Lawrence H. *American Constitutional Law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000.
- VERMEULE, Adrian. Our Schmittian Administrative Law. *Harvard Law Review*, v. 122, p. 1095-1149, 2009.
- VLADECK, Stephen I. Emergency Power and the Militia Acts. *The Yale Law Journal*, v. 114, p. 149-194, 2004.
- VOGEL, Juan J. El régimen federal de la ley fundamental. In: BENDA, Ernesto *et al. Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 613-675.
- WALLACH, Philip A. *To the Edge: legality, legitimacy, and the responses to the 2008 financial crisis*. Washington, D.C.: The Brookings Institution Press, 2015.

WHITLEY, Joe D.; ZUSMAN, Lynne K. *Homeland Security: legal and policy issues*. Chicago: ABA Section of Administrative Law and Regulatory Practice, 2009.

WIECEK, William M. *The guarantee clause of the U.S. constitution*. Ithaca: Cornell University Press, 1972.

WOLLMAN, Hellmut. *The recent reform of german federalism: towards more heterogeneity and competition between the Länder?* 2009. Disponível em: http://amor.cms.hu-berlin.de/~h0598bce/docs/Wollmann_federalism_reform.pdf. Acesso em: 22 mar. 2018.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.