

SISTEMAS DE EMERGÊNCIA

Francisco Ilídio Ferreira Rocha
Professor no UNIARAXÁ

Genney Randro Barros de Moura
Promotor de Justiça
Professor na Faculdade de Direito de Ituiutaba

Daniela de Melo Crosara
Professora na UNIT
Advogada

*Todos Mestrandos em Direito Público na Universidade de Franca
Especialistas em Ciências Criminais pela Universidade Federal de Uberlândia*

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A Constituição, tomada modernamente como “a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e direitos e se fixam os limites do poder político” (CANOTILHO, 1999, p. 48), lança através de si as bases diretrizes da vida política de dada população, determinando limites ao poder do Estado, bem como garantias aos indivíduos contra eventuais abusos estatais. A Constituição oferece, assim, um padrão de normalidade jurídica que deverá pautar o convívio político-social dos indivíduos tutelados entre si e entre estes e o Estado.

Este Estado ao qual nos referimos não pode ser outro senão o Estado de Direito. Este termo “Estado de Direito”, é considerado por muitos estudiosos, meramente como um contraponto em relação aos Estados que não possuem uma Constituição. “O significado da ordem estatal-jurídica não se esgota, como a compreensão tradicional o aceita, no asseguramento de princípios de direito e na mera restrição do poder estatal em favor da liberdade do particular” (HESSE, 1998, p. 159). Tal posicionamento, não pode ser afirmado temporaneamente, como já afirma o grande mestre alemão. De modo a determinar um conceito que nos permita o prosseguimento do estudo em pauta, entender-se-á Estado de Direito como o aquele que se encontra democraticamente legitimado e devidamente norteado e limitado por uma Constituição estabelecida por um Poder Legislativo competente, que consagre a divisão tripartida dos Poderes de forma equilibrada e independente e que garanta os direitos fundamentais do homem. Nesta concepção, o Estado de Direito proporciona a calculabilidade da vida política e social através da clareza e

certeza jurídica, imprescindíveis ao processo democrático, além de garantir juridicamente o indivíduo, contra ofensas de outros indivíduos e mesmo contra eventuais abusos estatais.

Este padrão de Estado de Direito supracitado se curva necessariamente à Constituição uma vez que nela reside o núcleo diretor de todo ordenamento jurídico que vincula toda a normalidade fática (ser) a um padrão de normalidade jurídica (dever ser). Para que o Estado de Direito seja devidamente legitimado, deve a ordem constitucional jurídica sobre a qual se apóia, ser reconhecida pelos cidadãos componentes da sociedade como uma ordem necessária para a vida social, sendo sua obediência, em regra, produto de um aceitação de seus preceitos, aceitação esta produto da convicção social de que a norma legítima é válida e necessária. Assim, a sociedade aceita pacificamente e se encontra convicta da validade das normas compreendendo a necessidade delas para a manutenção da configuração social básica e da paz social dentro desta ordem. Esta convicção possibilita que a norma seja seguida pelo tecido social sem a necessidade de impor sobre ele qualquer método coercitivo.

O padrão de normalidade jurídica, exposto e exigido pela Constituição é exarado de modo a orientar as relações para que as mesmas se desenrolem em uma situação de normalidade política e social. Nesta situação fática de normalidade, é esperado que os indivíduos e o Estado desenvolvam suas ações em obediência aos preceitos ditados pela Constituição. "De qualquer forma, porém, onde o poder se apoia no consentimento, onde a Constituição conforma a idéia de direito do grupo, onde o direito positivo é eficaz, a ordem normada tende a ser realizada. Essa ordem normada, todavia supõe, para ser eficaz e assim válida uma normalidade que é a ordem concreta aberta e receptiva para com ela" (FERREIRA FILHO, 1964, p. 12). Em suma, a Constituição estabelece um padrão de normalidade jurídica que há de ser pretendido e garantido pelo Estado de Direito e enquanto perdurar uma situação social e política de normalidade.

I - CONSTITUIÇÃO, SISTEMAS DE EMERGÊNCIA E NORMALIDADE

A mudança é uma constante inegável da vida social; ela permeia todas as instituições da vida humana, modificando, muitas vezes de modo gradual e lento a sociedade e, por via reflexa, a estrutura e a concepção do Estado. A Constituição deve se encontrar preparada para se adequar aos câmbios destas instituições através de mecanismos democráticos de adaptação à realidade que tutela. Deste modo, encontram-se presentes na maioria das Constituições do mundo, regras que permitem a mudança da Constituição a partir de princípios democráticos, o que permite à Carta Magna acompanhar a alteração que age nas instituições sociais, políticas, militares e econômicas.

Assim, a Constituição não é uma obra monolítica inatacável pelos

câmbios sociais e históricos, mas sim uma estrutura aberta que exige determinado rito de mudança interna que há de ser desenvolvido em respeito a princípios democráticos e pacíficos. "Ora, o Estado de Direito repele o emprego da força para fins políticos, permanecendo aberto às mudanças, quer fazê-las pacíficas. Assim, prevê processos especiais de revisão constitucional, para que a lei possa ser atualizada, para que a Carta Magna possa ser periodicamente ajustada à ordem social" (FERREIRA FILHO, 1964, p. 19). O texto constitucional, desta forma, repudia a força como meio de se estabelecer uma nova ordem jurídica e afirma que todas as mudanças não de ocorrer dentro de um ambiente de paz social e de democracia.

Entretanto, não raras vezes, a Constituição se vê afrontada por uma situação tal de anormalidade que ameaça a sua própria existência e da ordem social básica por ela protegida. Estas situações de crise estabelecem a necessidade imprescindível de no próprio texto constitucional, existirem dispositivos que permitam e possibilitem combater esta crise, afirmando a validade da Constituição e repudiando a violência como meio de mudança de seus termos. Estas situações de crise são o fundamento para que a existência de sistemas de emergência.

Uma vez que o corpo normativo da Constituição tem a validade acorrentada a uma certa normalidade, em períodos de crise, esta normalidade é perturbada e substituída por um período de instabilidade de tal gravidade que impõe a necessidade de um sistema extraordinário com o escopo de restabelecer a normalidade, garantindo a própria existência da Constituição e a configuração básica das relações sociais que ela urge em proteger.

É claro que nem todas as crises pelas quais passa determinada sociedade é fundamento necessário para o desencadeamento da instauração de um sistema de emergência. É necessário que esta crise seja de tal gravidade que ameace a própria existência da Constituição, importando seus dispositivos serem ineficazes para restabelecerem a ordem social por si mesmos, determinando a exigência de uma ordem especial para este momento de emergência.

Importa destacar que esta ordem extraordinária, imposta através de um sistema de emergência, não vem a ser uma nova ordem jurídica desvinculada da Constituição. O sistema de emergência é um "conjunto ordenado de normas constitucionais que, informadas pelos princípios da necessidade e de temporariedade, têm por objeto situações de crises e por finalidade a manutenção ou restabelecimento da normalidade constitucional" (SANTOS, 1981, p.32). O sistema de emergências se encontra inserido na Constituição, não como um corpo estranho, mas como um dispositivo excepcional de controle de crises que tem o objetivo de debelá-las e assim garantir a própria sobrevivência da Constituição. Em suma, o sistema de emergência é, com maior propriedade, um subsistema constitucional que, em situações extremas de anormalidade, garante instrumentos para a defesa da própria Constituição, da ordem estatal e social.

Por se constituir em um recurso extremo para a solução de um problema extremo, que somente pode ser debelado por meios que são estranhos à normalidade constitucional, não são todas as situações anormais que ensejam a declaração do sistema de emergência. A situação de anormalidade além de grave, deve ser de tal natureza que seu combate somente seja possível por meios extraordinários. É o caso, por exemplo, da perturbação constitucional, “sua característica (...) indica a situação anormal jurídico-estatal que nasce quando um órgão do Estado superior, por razões que estão com ele mesmo ou com outro órgão, não está em condições de exercer as funções, atribuídas a ele constitucionalmente, e quando ele, com isso, se torna incapaz de funcionar.” (HESSE, 1998, p. 526). Assim exemplificada a situação através do golpe branco praticado por Chaves na Venezuela e Fujimori no Peru. A solução para estas perturbações constitucionais não passa pela decretação de vigência de um sistema de emergência (uma ordem jurídica extraordinária); mas sim em determinar que seja respeitada a Constituição enquanto sistema normativo apto a resolver tal questão. Ora, nem todas as anormalidades graves ensejam o sistema de emergência, mas tão somente aquelas que demandam a necessidade de uma ordem jurídica anormal que possibilite a solução do problema.

Por guardar em si uma força coercitiva extremada, o sistema de emergência possui determinados fundamentos que devem ser obrigatoriamente observados: a) somente pode ser declarado em ocorrendo uma situação fática de crise que seja de tal gravidade que ameace a própria existência da Constituição; e b) sua duração se encontra vinculada diretamente ao período em que durar a crise que se combate através dele; c) espacialmente, deve estar restrito às áreas que se encontram em crise e que exigem sua aplicação efetiva; e d) devem ser aplicados seus institutos com moderação, buscando sempre utilizar o meio menos gravoso aos indivíduos atingidos. Em se resumindo, deve a aplicação do sistema de emergência ser orientada pela necessidade, temporariedade, localidade e moderação

II - SISTEMAS DE EMERGÊNCIA E CRISES

Um dos pontos principais para a análise do sistema de emergência é o próprio objeto sobre o qual ele recai e do qual retira o fundamento da necessidade: as crises. A crise, para importar a declaração de um sistema de emergência, deve se revestir de uma gravidade tal que enseje a utilização de tão gravoso instrumento para normalizar a ordem social. De modo didático, podemos dividir estas crises que ensejam a declaração do sistema de emergência em dois principais grupos: a) guerras externas; e b) comoções intestinas.

Quanto à guerra, podemos defini-la inicialmente como “um ato de violência destinado a forçar o adversário a submeter-se à nossa vontade” (VON CLAUSEWITZ, 1976, p. 73).

Neste momento, estabelece-se uma nova divisão: a guerra pode ser

travada contra um inimigo externo (guerra externa) e contra um inimigo doméstico (guerra civil); entretanto, para todos os fins deste estudo, compreender-se-á como guerra tão somente a guerra externa, sendo a guerra civil entendida como inserta nas comoções internas. Assim, compreendemos o termo “guerra”, unicamente como um ato de violência administrado por um Estado contra um Estado adversário de modo a impor seus interesses. “Nesta ligação valem um para o outro como existentes em si e para si, de tal modo que a guerra se determina como algo transitório” (HEGEL, 1997, p. 306).

A guerra é, pois, um estado transitório de perturbação da normalidade das relações entre Estados, estabelecendo um padrão excepcional para a busca de satisfação de interesses através de instrumentos violentos. Entretanto, após a solução da beligerância, retorna-se à paz através da síntese dos interesses contrapostos e o estabelecimento desta determina um novo estado político entre os países, indicando um novo padrão de normalidade.

Trabalharemos, entretanto, para todos efeitos neste estudo, com uma concepção de “guerra” como a antítese do direito.

“Na concepção hobbesiana fundada na oposição entre o estado de natureza e o estado civil, o estado de natureza é um estado de guerra perpétua exatamente porque é um estado pré-jurídico e antijurídico, isto é, é aquele estado no qual não existem ainda leis positivas e as leis naturais são impotentes, enquanto o estado civil é aquele no qual através do monopólio da força é instituído um estado de paz exatamente porque é um estado jurídico” (BOBBIO, 2000, p. 563-4).

Em Cícero, encontramos uma reflexão sobre os efeitos da guerra sobre a ordem jurídica de determinado Estado: “As armas calam as leis; as leis tornam vãs as armas” (*Inter arma silent leges e Cedant arma togae*). Partindo de tal expressão ciceroniana, a guerra tem em si uma grande carga de irracionalidade e violência dirigidas contra a normalidade da ordem estatal; esta perturbação é muitas vezes, de natureza grave o suficiente para decretar a extinção do Estado por meio da administração de recursos violentos, recursos estes estranhos à normalidade jurídica das relações internacionais.

Para a salvaguarda do Estado, permite-se que ele promova a resistência contra essa agressão de modo a preservar-se; mas também e, principalmente, garantia toda a sociedade. O único meio de silenciar os efeitos nefastos da guerra é afirmando o império da lei, através do restabelecimento da normalidade social e, por via reflexa, da ordem constitucional.

Somente a lei cala as armas; mas, para isso é necessário que essas

leis possuam em si uma capacidade de, efetivamente, contrapor à tal situação anômala uma reação dirigida para trazer de volta toda sociedade a um estado pacífico. Assim, é necessário que a Constituição possua em seu cerne elementos que garantam ao Estado elementos necessários para a defesa da ordem social e permitam a reafirmação dos valores constitucionais. "O Estado moderno, porém, é um Estado de direito e, como tal, pretende regular por meio de normas jurídicas a vida social mesmo nos momentos de crise. Prevêem, por isso, as Constituições, para enfrentar circunstâncias anormais, a atribuição ao governo de poderes anormais" (FERREIRA FILHO, 1992, p. 286). Tais poderes anormais encontram-se disciplinados nos sistemas constitucionais de emergência.

Entretanto, as ameaças à ordem constitucional não emanam somente do perigo de guerra externa. A história da humanidade por muitas vezes observou guerras entre pessoas da mesma Nação de violência e sangue tais que nada deixam a dever àquelas externas. Estas crises internas são uma possibilidade real de que não pode ser desprezada pelo legislador, visto a lição de que nenhum povo está imune a elas. "No plano político e constitucional, crises de estrutura e crises de conjuntura repercutem diversamente" (FERREIRA FILHO, 1964, p. 18).

As crises estruturais podem ser compreendidas como aquelas que modificam as bases da vida social de um Estado, decorrendo principalmente de um desenvolvimento desigual dos elementos constituintes do tecido social. Muitas vezes, porém, estes diferentes níveis de evolução social são assimilados pacificamente pela sociedade e ratificadas através de meios democráticos na Constituição. A Constituição, assim, repudia a violência como instrumento modificado da sociedade determinando meios pacíficos para se implementar tais mudanças. Muitas vezes, contudo, estas crises estruturais são de tal modo ignoradas e/ou possuem uma vontade modificadora tão imediata que os meios legais se mostram ineficazes para condicioná-la dentro de limites democráticos e pacíficos. Neste momento, as crises estruturais tomam vulto sob a forma de revoluções que possuem como objetivo a própria modificação da situação social e de seus pressupostos elementares. Evidentemente, tais modificações, uma vez que se orientam por meios inconstitucionais, subvertem a ordem estatal determinando a necessidade de contrapor a esta crise uma reação por parte do Estado.

Outras vezes, as crises não possuem tal envergadura, e se determinam unicamente por serem conjunturais. Não possuem o afã de modificar a estrutura básica da sociedade, mas sim, tão somente promover uma nova situação de poder entre os membros da sociedade, sem contudo, subvertê-la ou modificá-la radicalmente. Enquanto as mudanças estruturais geralmente desembocam em revoluções, as conjunturais resultam golpes de Estado. Em todos os casos, é necessária uma pronta reação do Estado.

A reação do Estado deve ser feita de tal modo pronta e eficaz para restabelecer a paz social, e para isso precisa se valer, muitas vezes, de meios

estranhos àqueles que lhe são garantidos pela Constituição em situações de normalidade. A própria Constituição, observando a necessidade de garantir ao Estado instrumentos para sua defesa, determina meios extraordinários e poderes anormais para que seja restaurada a normalidade social e jurídica em seu território.

Entretanto, o Estado não pode estar livre para cometer toda a sorte de violências contra os inimigos de sua ordem. Assim, mesmo em situações de anormalidade, a Constituição funciona como uma limitadora do poder estatal e de sua irracionalidade representada no uso da violência institucionalizada em busca do fim que seria a reafirmação da ordem jurídica afrontada. O problema da técnica legislativa nos sistemas de emergência “não consiste só em se permitirem medidas que atinjam esse fim, é preciso que as medidas atinjam o fim, sem poderem, por sua violência e profundidade, atingir a própria Constituição ou suas instituições vigentes” (MIRANDA; Pontes de, *apud* FERREIRA FILHO, 1964. p. 25).

Em suma, através dos sistemas constitucionais de emergência, são limitados os instrumentos e meios que o Estado pode usar para rechaçar a instabilidade advinda, não só da guerra como também das comoções intestinas e graves catástrofes que possuam força tal que sejam capazes de desestabilizar gravemente ou mesmo demolir a ordem social.

III - SISTEMAS CONSTITUCIONAIS DE EMERGÊNCIA

1. Os diferentes sistemas de emergência e suas espécies

O sistema de emergência possui dois princípios norteadores que lhe são básicos:

- a) o princípio da necessidade e;
- b) o princípio da temporalidade.

Pelo princípio da necessidade se afirma a imperatividade constitucional e indispensabilidade de proteger a ordem estatal fazendo uso dos meios eficazes para garanti-la. Estes meios devem, entretanto, ser imprescindíveis, isto é, a normalidade social não pode ser restabelecida pelos meios ordinários de defesa enumerados na Constituição. A utilização do sistema constitucional de emergência “nasce em todos os perigos sérios para a existência do Estado ou a segurança e ordem pública, que não podem ser eliminados pelos caminhos normais previstos pela Constituição, senão cujo o rechaço ou eliminação somente com meios excepcionais é possível” HESSE, 1998, p. 526). Mesmo estes meios excepcionais devem ser dosados pelo executor através de um juízo de moderação, ou seja, usar os meios excepcionais em limites estritos de necessidade dos mesmos para o combate efetivo da fonte de instabilidade.

Além da necessidade, deve o sistema de emergência encontrar-se

contido dentro de expressos limites temporais. Tal imperativo é necessário para que o sistema de emergência não se torne ele próprio uma ameaça para a ordem constitucional. O “princípio da temporalidade revela por si mesmo o caráter eminentemente transitório da exceção constitucional” (SANTOS, 1981, p. 33). Sem as amarras da temporalidade limitada, o sistema de emergência perigosamente estaria apto a ele próprio destruir a ordem constitucional que estava encarregado de proteger.

Estes princípios (necessidade e temporariedade) acabam por determinar uma série de imperativos: “a) a declaração é condicionada à ocorrência de um pressuposto fático; b) os meios de resposta têm executoriedade restrita e vinculada a cada anormalidade em particular e, ainda, ao lugar e ao tempo; c) o poder de fiscalização política dos atos de exceção é de competência do Legislativo; d) o controle judicial a tempore e a posteriori é o do Judiciário” (SANTOS, 1981, p. 33).

Ainda quanto aos sistemas de emergência, devemos destacar uma divisão inicial de distintas categorias que podem ser evidenciadas: a) sistemas rígidos e; b) sistema flexíveis.

Os sistemas rígidos são aqueles que a própria Constituição enumera taxativamente: o rol de poderes e instrumentos anormais de que pode o Estado se fazer valer em situações de profunda instabilidade. Já os sistema flexíveis, as medidas possíveis que o Estado pode tomar em tempos de crise não se encontram enumerados. Dentre os principais sistemas de emergência flexíveis destacamos a ditadura romana; a suspensão da Constituição; e a lei marcial. Os principais sistemas de emergência rígidos podem ser resumidos no instituto do estado de sítio, sistema esse adotado pela Constituição brasileira de 1988, juntamente com o estado de defesa.

2. Ditadura Romana

A história de Roma pode ser contada, salvo raras exceções, por meio das crises internas que sofreu e pelas guerras que travou. O Estado romano, assim, teve que enfrentar a necessidade de confrontar estes períodos turbulentos garantindo sua própria sobrevivência, sendo que o fez através da afirmação de um instituto hábil para a proteção da ordem jurídico social romana: a ditadura.

A ditadura surge, deste modo, como meio de garantir o Estado romano contra os riscos e perigos oriundos das guerras e de crises internas. É portanto, devido aos fins a que se propõe, uma estrutura jurídica que guarda enorme congruência com o que modernamente é compreendido como sistema de emergência.

Quando situações de grave crise ameaçavam a República, o senado

iniciava deliberações para se alcançar um nome para que nele se concentrasse uma autoridade de tal maneira absoluta que assim resultasse em um poder apto a vencer quaisquer dificuldades que derivassem das crises a serem vencidas. O ditador era nomeado tendo em vista uma crise que, assim que, fosse suprimida, suprimidos estavam os poderes que lhe foram conferidos. “De qualquer forma, porém, suas funções não iam além de prazo certo, que era de seis meses” (FERREIRA FILHO, 1964, p. 33).

O poder do qual fazia uso o ditador era fundamentalmente militar e, dentro deste âmbito, revestia-se de contornos absolutos, podendo o ditador fazer uso de todos os elementos de violência que estivessem disponíveis para atingir o fim de debelar a crise e suas fontes.

Como se frisou, os poderes absolutos do ditador eram-no simplesmente em relação à esfera de poder militar de Roma, tendo seus efeitos restritos espacialmente à península Itálica. “A proclamação da ditadura romana subordinava o ditador nomeado a todos os magistrados sem exceção alguma. Sua autoridade militar, porém, não ia além da Itália e seu poder de vida e de morte era limitado. A jurisdição civil, por outro lado, lhe permanecia estranha” (FERREIRA FILHO, 1964, p. 34). O ditador, assim, não possuía poder absoluto em Roma. Eles não alcançavam a modificação legislativa nem se revestiam de capacidade de intervenção sobre a vida civil da sociedade romana. O ditador ainda estava impedido de fazer uso de atribuições próprias do poder legislativo. Mesmo com tais limitações, em resumo, no âmbito militar seus poderes eram absolutos.

Podia dispor de tal forma dos meios de violência estatal que não estava condicionado a qualquer forma de fiscalização. Era, portanto, irresponsável por seus atos, não lhe pesando qualquer forma de controle legislativo ou judiciário, no momento da prática de eventuais excessos ou mesmo posteriormente. Concluindo, era o ditador, totalmente irresponsável pelos seus atos, inclusive pelos excessos, não podendo sofrer qualquer sanção derivada de equívocos ou mesmo de atrocidades praticadas durante o período de exceção.

3. Suspensão da Constituição

Esta espécie de sistema de emergência teve seu modelo determinado com a Constituição francesa de 13 de dezembro de 1799, “é a consequência de 18 Brumário, caracterizada pela influência de Sieyès e pelo pulso de Bonaparte” (FERREIRA FILHO, 1964, p. 40). No golpe do 18 Brumário, o jovem general Napoleão Bonaparte, escolhido pela burguesia para derrubar o Diretório deflagra um golpe de tal força que muda o norte da revolução, acorrentando os rumos da França à vontade férrea de seu cônsul [Napoleão]; que mais tarde seria proclamado imperador. Segundo o próprio Napoleão: “Eu aterrei o abismo anárquico e pus ordem no caos. Eu limpei a revolução (...). E depois sobre que poderiam atacar-me de que um historiador não

pudesse defender-me?" (BONAPARTE, Napoleão *apud* FREITAS, 1976, p. 124). O estadista francês, derruba o Diretório, e apoiado nos ensinamentos do constitucionalista francês Sieyès, determina a elaboração de uma Constituição tal que em seu cerne possua um sistema de emergência sobre medida para a sua personalidade e para suas ambições como estadista.

A suspensão da Constituição guardava muitas semelhanças com a ditadura romana, uma vez que determinava em casos de grave crise a suspensão da validade do texto Constitucional, situação esta que acabava por conferir ao governante um estado de poder que beirava o absoluto. Concentram-se, desta maneira, todos os poderes do Estado na figura do chefe do Executivo, sem qualquer amarra legal que por ventura garantisse um freio às pretensões de estabelecer-se como os imperadores derrubados pela revolução. Deste modo, cria tal perigo a ordem constitucional que não se pode dizer corretamente se o risco à ordem constitucional reside na crise que o sistema de emergência ousa combater ou no próprio sistema de emergência que, devido a seu caráter quase ilimitado de poder atribuído ao executor, cria tal perigo que solapa a própria Constituição.

Disponha a Constituição francesa de 1799 em seu art. 92: "Em caso de revolta armada, ou de desordem (...) que ameçam a segurança do Estado, a lei pode suspender, nos lugares e pelo tempo que determinar, o império da Constituição. Esta suspensão pode ser provisoriamente declarada, nos mesmos casos, por decreto do governo, se o Corpo legislativo estiver em férias, desde que este corpo seja convocado, no mais breve prazo, por um artigo do mesmo decreto" (FERREIRA FILHO, 1964, p. 40). A suspensão total do corpo constitucional acabava por conferir ao titular do poder uma situação de onipotência sobre a sociedade de tal forma e sem amarras que a ordem constitucional poderia ser violada ao bel prazer do governante.

Mesmo que uma Constituição guarde em seu seio tal previsão, não se pode deixar de destacar que esta determinação, por não limitar de nenhuma forma o poder estatal na situação de emergência, acaba por pavimentar o caminho para sua própria derrocada, visto anuir com a criação de sua própria antítese: um poder ilimitado nos moldes absolutistas.

4. Lei Marcial

A lei marcial é um sistema de emergência que pode ser considerado como padrão nos direitos anglo-saxônicos, em especial, o Reino Unido, podendo ser conceituada como "direito que, em common law, possui a Coroa e seus agentes, de repelir a força pela força em caso de invasão, de insurreição, de tumulto (*riot*) ou mais geralmente de resistência violenta a lei" (DICEY; Albert Venn *apud* FERREIRA FILHO, 1964, p. 49).

A lei marcial possui seu amparo no mesmo fundamento da legítima

defesa, possuindo com como única diferença o fato de que na legítima defesa é a pessoa que esta autorizada a utilizar da violência para repelir uma grave ameaça; enquanto na lei marcial, esta "pessoa" é o Estado, que em situação de ameaça, se encontra garantido pela "common law", de modo que pode utilizar de meios violentos para garantir a ordem pública. O direito das pessoas e estendido ao Estado. O princípio básico é, assim, o da afirmação do direito. A saber por este, entende-se que os atos particulares praticados em estado de legítima defesa são próprios para afirmar a validade do ordenamento jurídico em casos em que o Estado se encontra inapto para a função. Assim, quem atua em legítima defesa não só defende direito particular próprio ou alheio, mas também reafirma a validade do Direito. Estendendo este entendimento para o Estado, temos que pode o mesmo fazer uso da lei marcial, como um instrumento de legítima defesa, quando os meios normais de garantia da ordem jurídica se mostrarem inaptos para restabelecerem a dita ordem, justificando uma intervenção severa fazendo uso de força militar.

Pode o Estado, quando em situação de lei marcial, fazer uso de todos os meios aptos e moderados para conseguir suprimir a desordem e garantir a ordem jurídica. Esta ordem jurídica destaca-se, não deixa de valer durante a lei marcial, da mesma forma que não deixa o ordenamento jurídico de possuir validade em situações de legítima defesa. "Delineado o perfil da Martial Law, observe-se que a instituição se positiva nos povos anglo-americanos, como legislação comum e não excepcional" (SANTOS, 1981, p. 40). Conclusão: A lei marcial nos ordenamentos anglo-americanos não se constitui em um lei de exceção, visto a Constituição e toda legislação ordinária continuarem vigentes durante a crise. A lei marcial afirma a continuidade da vigência da Constituição, frisando, entretanto, que meios anormais serão utilizados para garantir a ordem pública.

No ensinamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: "O estado de lei marcial como a legítima defesa ou o estado de necessidade exclui apenas e tão somente a punição pela violação da lei, quando tal for, dadas as circunstâncias, necessário para a salvaguarda de bem alheio ou próprio. E só exclui a punição se a retorsão for proporcional à agressão" (1964, p. 57). Cabe uma pequena correção ao ensinamento do ilustre constitucionalista. O "estado de necessidade", assim como a "legítima defesa", não afastam simplesmente a possibilidade de punir a conduta por eles amparada. Muito além disso, concederem ao agir a qualidade de ser uma "conduta conforme o direito", isto é, perfeitamente lícita. Evidentemente, para que a conduta se mantenha no plano da conformidade com o direito, a reação de alguém a uma situação de ataque ou risco deve se orientar por marcos de moderação e estrita necessidade. Da mesma forma, o agir praticado pelo executor da lei marcial não é, simplesmente, uma agir que o direito renuncia a punição, mas com maior precisão, um agir conforme o direito. As ações praticadas durante a lei marcial são ações conforme o direito, uma vez que objetivam garantir o direito.

Não cessam no ponto supracitado, as semelhanças da lei marcial com a legítima defesa. Ambas possuem sua juridicidade atrelada à existência de

uma situação fática. Sendo assim, para que atos próprios da lei marcial comecem a ser praticados pelos executores, não há necessidade de que exista uma proclamação formal de lei marcial, mas tão somente a necessidade fática de se praticar tais ações.

Apesar de não existir a obrigatoriedade de ser declarada a lei marcial para que se possibilite a tomada de medidas que lhe são próprias, em geral, a lei marcial é declarada. O efeito da declaração da lei marcial encontra-se além da mera formalidade e legalidade, ela é mais uma advertência a todos "os cidadãos de que as forças militares foram chamadas pelo executivo para ajudá-lo na manutenção da lei e da ordem e que, enquanto a emergência durar, devem, sob pena de prisão e castigo, não cometer ato algum que dificulte de algum modo a restauração da ordem e do cumprimento da lei" (WILLOUGHBY; Westel Woodbury *apud* FERREIRA FILHO, 1964 . p. 59).

O estado de fato que justifica a instauração de lei marcial é justamente aquele que demonstra a ineficácia dos meios normais de aplicação da lei. Assim, o fechamento de tribunais é o principal elemento caracterizador para a instauração da lei marcial.

Instaurada a lei marcial, ela possui duração enquanto existir a situação de anormalidade, e poderá dispor de todos os meios aptos a trazer a sociedade de volta à ordem. Uma vez findo o estado de fato que justifica a lei marcial, finda também esta, estando, a partir deste momento, os executores do referido sistema de emergência obrigados a justificar suas ações perante as autoridades judiciais.

O instituto da lei marcial pode ser enquadrado dentro dos sistemas de emergência flexíveis, pelo fato de não prever com anterioridade os limites que serão demarcados para o executor das medidas que objetivam restabelecer a normalidade jurídica. Entretanto, possui um grande avanço em relação à ditadura romana e à suspensão da constituição (nos moldes napoleônicos) por vincular os atos do executor a um juízo de responsabilidade civil e criminal sobre todos aos atos praticados que fugirem ao princípio da estrita necessidade e ponderada moderação.

"Para Keir e Lawson, não há dúvida que a autoridade tem que responder por todos os atos que houver praticado de má fé, seja com outro objetivo que não o de apenas reprimir a desordem, seja com abuso manifesto. Nos demais casos, todavia, isso não deve se dar. Desse modo, uma certa margem deve ser deixada a quem combate a desordem. Seus atos devem ser interpretados benevolentemente" (FERREIRA FILHO, 1964, p. 62).

A responsabilidade do executor, uma vez apurada por um juízo que se forma em um período posterior ao calor da necessidade, por vezes, pode ser por demais rigoroso com aqueles que defenderam a ordem social e assim punir, às vezes com severidade exagerada, os que combateram pelo direito. Deve assim, este juízo sempre levar em conta que a moderação não pode ser medida com régua

milimetrada quando os combates e enfrentamentos se desenrolam. Mesmo devendo ser o juízo benevolente com os executores da lei marcial, não deve ser a tal ponto que se perca o objeto da justiça. Em suma, todos os excessos devem ser punidos no rigor que a lei exige.

5. Estado de Sítio

5.1. Origem

Assevera Celso Ribeiro Bastos que “Os Estados Democráticos de Direito só podem sobreviver sob um regime de normalidade jurídica” (BASTOS, 1999, p. 427).

É da própria essência dos direitos e garantias constitucionais a limitação da atuação estatal, porém, uma vez quebrada a normalidade jurídica acima referida, torna-se mister a suspensão de tais franquias até mesmo como forma de fortalecimento do Estado para enfrentar a novel situação que se instaura.

Analiseemos, então, mais um dos meios de defesa da ordem constitucional, qual seja, o estado de sítio.

Segundo Pinto Ferreira (1998, p. 458) já na Grécia antiga encontra-se sua origem histórica tendo como referência Theodoro Reinach, em “Do Estado de Sítio” e Perrot em “Direito Público de Atenas”, que falavam dos tiranos eletivos. Cita ainda, a idéia de estado de sítio que aparece na Inglaterra com os *habeas corpus suspension acts*, que autorizavam o governo a agir com medidas coativas sobre o cidadão, além dos Estados Unidos que se inspiraram na orientação inglesa.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho (FERREIRA FILHO, 1992, p. 288) sua origem está no Direito francês. Com a Declaração dos Direitos do Homem, reconhecem-se em favor do indivíduo, direitos e garantias superiores ao Estado o que não poderia ser assegurado em circunstâncias graves, por ex., em casos de efetivo cerco por tropa inimiga. Daí o Decreto de 10 de julho de 1791 previu o estado de sítio, ou seja, admitiu a suspensão temporária e localizada de certas garantias constitucionais em momentos de grave perigo.

Posteriormente, o estado de sítio também foi estendido para os casos de desordens internas através do Ato adicional de 1815.

A origem do estado de sítio no direito constitucional brasileiro será objeto de estudo do capítulo seguinte.

5.2. Conceito

Dos conceitos apresentados pela doutrina pátria, aquele que nos afigura mais completo é o do Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho segundo o qual o

estado de sítio “é a suspensão temporária e localizada das garantias constitucionais, ou mais, explicitamente, regime excepcional de liberdades públicas, caracterizado pela suspensão localizada e temporária, autorizada pela Constituição para ocasiões de grave crise, de todas ou de algumas de suas garantias” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves *apud* SANTOS, 1981, p. 64).

Segundo Orlando Soares (1998, p. 524) “o estado de sítio pode ter um caráter preventivo, isto é, para evitar o perigo ou ameaça de insurreição ou guerra civil, ou agressão externa, ou em caráter repressivo, para enfrentá-las e combatê-las.”

A boa doutrina tem reprovado a confusão que se faz entre direitos e garantias, de se fazer um sinônimo da outra. E para que não possamos incorrer na mesma falha façamos a distinção.

O confronto entre direitos e garantias na lição de Rui Barbosa é o que de melhor se produziu sobre o assunto no direito constitucional brasileiro, tanto que é citado por todos os demais constitucionalistas pátrios.

Para Paulo Bonavides (2001, p. 483) o referido publicista se insurgiu contra a inadvertência de não se fazer a distinção entre direitos e garantias partindo da definição de direito de Littré, o dicionarista da Academia Francesa e asseverava: “A confusão, que irrefletidamente se faz muitas vezes entre direitos e garantias, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir à interpretação dos textos, e adúltera o sentido natural das palavras. Direito é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos. Garantia ou segurança de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil” (BARBOSA, s/d, p. 193/194. *Apud* BONAVIDES, 2001, p. 483/484).

O mesmo Rui Barbosa citado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1992, p. 290) nos ensina que a expressão “garantias constitucionais” pode ser tomada em sentido lato e em sentido estrito. Naquele designa “as providências que, na Constituição, se destinam a manter os poderes no jogo harmônico das suas funções, no exercício contrabalançado e simultâneo das suas prerrogativas. Neste, “garantias constitucionais se chamam, primeiramente, as defesas postas pela Constituição aos direitos especiais do indivíduo. Consistem elas no sistema de proteção organizado pelos autores da nossa lei fundamental em segurança da pessoa humana, da vida humana, da liberdade humana.”

Para o constitucionalista lusitano Jorge Miranda (MIRANDA, 1988, p. 88/89) “Clássica e bem atual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias, por outro lado.

Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-

se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas; as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.”

Ilustremos os conceitos e diferenciações acima transcritos. Fiquem alguns exemplos de direitos e suas respectivas garantias à luz da Constituição Federal de 1988.

Não raro o direito fundamental se exprime pela norma de garantia, conforme se depreende dos seguintes exemplos previstos no art. 5.º da CF/88 – VI – é inviolável a liberdade de crença sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos (**direito à liberdade de religião**) garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias (**garantia**); XI – a casa é o asilo inviolável do indivíduo (**direito à intimidade**), ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (**garantia**); **direito ao juízo natural** – XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção (**garantia**) etc.

Nesse diapasão, verifica-se que a própria garantia constitucional transmuda-se em um direito, embora instrumental, pois existe como forma de tutelar o **direito** chamado principal.

5.3. Limitação espacial e temporal

Conforme alhures salientado, os princípios informadores do sistema constitucional das crises são o princípio da necessidade e o princípio da temporariedade.

No que mais nos interessa de perto em relação ao tema tratado no presente tópico, importa dizer que em estados de exceção, como o de sítio, os meios de resposta têm sua executoriedade restrita e vinculada a cada anormalidade em particular e, ainda, ao lugar e tempo. (SANTOS, 1981, p. 33)

Pela própria essência do estado de sítio, ou seja, pela sua excepcionalidade, a suspensão de garantias dos direitos fundamentais deve ser imposta tão somente onde se fizerem presentes os motivos autorizadores da sua instauração (agitação, desordem, perturbação da ordem social, guerras etc.). O que, sem embargo de opinião em sentido contrário (Pontes de Miranda), não impede que a restrição abranja todo o território nacional, desde que necessário seja para restabelecimento da ordem constitucional, como aliás, têm lecionado Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Orlando Soares.

E ainda, não mais do que o tempo necessário para evitar a perturbação

da ordem pública ou para reprimi-la.

É que a suspensão das garantias por tempo ilimitado é o mesmo que se admitir a aniquilação da garantia. Assim, mormente nos sistemas constitucionais de crises rígidos o período de exceção é previamente estabelecido, comportando, contudo, prorrogação que também deve ser limitada.

Em defesa da própria Constituição, o estado de sítio suspenderá tão somente as garantias, jamais os direitos, pois importaria na suspensão daquela, o que é inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

Contudo, oportuna a lembrança de Orlando Soares (1998, p. 524) ao afirmar que “É pacífico o entendimento teórico, segundo o qual o estado de sítio não suspende a vigência da Constituição, nem os direitos dos cidadãos, mas algumas formalidades, que garantem a liberdade individual; na prática, sobretudo em relação aos países latino-americanos, tal teoria é pura ficção, mistificação hipócrita dos mestres burgueses conservadores, sempre empenhados em agradar aos seus amos capitalistas, que controlam o aparelho estatal, e por isso podem contemplar àqueles fiéis servidores, com algumas migalhas, cargos públicos, sinecuras.”

Destarte, a história tem demonstrado que as decretações de estado de sítio têm sido o meio pelo qual políticos inescrupulosos negam a Constituição e, por conseguinte, a existência dos direitos fundamentais nela consubstanciados para instalação de ditadura próprias.

Conforme leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1882, p. 290) “Entende-se, porém, como limitada a suspensão que se apraze até ocorrer fato futuro, porém certo.”

Em caso de guerra, por tratar-se de uma situação que não existe prazo pré-determinado para sua duração, o estado de sítio pode ser decretado por tempo indeterminado, ou melhor, enquanto persistir o motivo que o ensejou (guerra).

5.4. Algumas considerações importantes sobre o estado de sítio

5.4.1. Pressupostos

Ao longo da história diversos foram os pressupostos do estado de sítio, tais como rebelião ou invasão de inimigos, agressão estrangeira, comoção intestina, a emergência de insurreição armada, ameaça externa, guerra etc.. Todos evidenciam uma alteração da situação sobre a qual se estabelece o Estado de Direito, ou seja, de normalidade constitucional. O que de per si justifica a instauração de uma legalidade excepcional, porém, limitada e provisória, que possa regulamentar a vida social em tal período.

5.4.2. A declaração e o controle político do estado de sítio

Por tratar-se de uma alteração da própria legalidade de Estado de Direito, em regra, cabe ao órgão incumbido de legislar, por representar a vontade popular, a declaração, autorização ou ratificação do estado de sítio anteriormente declarado pelo Presidente.

Ao parlamento também incumbe o controle de todas as medidas praticadas durante e após o estado de sítio. Embora devesse ser mais rigoroso, este controle tem sido exercido apenas formalmente. Nesta quadra, não tem barrado o arbítrio ao longo dos anos e, muito menos, evitado o desencadeamento de processos de desestabilização governamentais, desfechos de golpes de Estado, conspirações contra as instituições democráticas, etc (SOARES, 1998, p. 527).

5.4.3. A responsabilidade civil e criminal dos executores do estado de sítio

Diferentemente daquilo que foi dito sobre a ditadura romana, na qual o ditador era irresponsável, ou seja, não havia previsão de sanção pelos abusos cometidos durante as ocasiões de grave perigo, no estado de sítio o regime adotado é diametralmente oposto, uma vez que não só os executores como o Presidente são pessoalmente responsáveis pelos excessos porventura praticados (civil e criminalmente).

Aliás, é o que se extrai do art. 7.º, da Lei 1079/50, que define e sanciona os crimes de responsabilidade ao preconizar: "tomar ou autorizar durante o estado de sítio medidas de repressão que excedam os limites da Constituição."

5.4.4. Eleições durante o estado de sítio

É conhecida a formulação de Lincoln quanto à essência da democracia: "governo do povo, pelo povo e para o povo." O que para Canotilho é como um modo de justificação positiva da democracia (1999, p. 285).

Tal formulação está inscrita no art. 1.º, parágrafo único da CF/88, que também traz inserta em seu conteúdo a chamada soberania popular, que nada mais é que o poder de escolher os seus próprios representantes.

No Brasil, mormente em cidades interioranas e nas eleições municipais, até mesmo aqueles que são um pouco arredios com a política são contagiados pelo clima dessa "festa democrática", que por certo não encontrará solo fértil para atingir as suas finalidades constitucionais em momentos de tensão vividos quando de um estado de sítio.

A suspensão de garantias constitucionais impede ou ao menos dificulta

a prática dos atos inerentes ao processo eleitoral, principalmente em uma democracia participativa fundamentada no pluralismo político (art. 1.º, V da CF/88). O que leva a doutrina tradicional considerar incompatível a realização de eleições em períodos de estado de sítio.

5.4.5. A fiscalização do Poder Judiciário

O princípio da divisão dos poderes é um dos princípios fundamentais adotados pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 2.º que dispõe: “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

O desempenho independente e harmônico de suas funções não quer dizer um poder deva se subordinar ao outro, mas que deve haver uma colaboração e um controle recíproco, evitando-se então as distorções e os desmandos (SILVA, 1996, p. 112).

A declaração do estado de sítio não tem o condão de cerrar as portas do Poder Judiciário. Em situações de tensão, em que vigora uma legalidade excepcional, o guardião das leis e da Constituição deve fiscalizar de forma mais austera possível a execução do estado de sítio para que tudo não deságüe em excessos e abusos, o que já se tornou tão comuns em nosso país até mesmo em períodos de normalidade jurídica.

A doutrina e a jurisprudência pátrias acenam no sentido de que o controle da legalidade durante e depois do estado de sítio pode e deve ser exercido pelo Poder Judiciário. Conforme assevera Alexandre de Moraes (1999, p. 577) “será possível ao Poder Judiciário reprimir eventuais abusos e ilegalidades cometidas durante a execução das medidas do Estado de Defesa e de Sítio, inclusive por meio de mandado de segurança e *habeas corpus*, pois a excepcionalidade da medida não possibilita a total supressão dos direitos e garantias individuais, e tampouco configura um salvo-conduto aos agentes políticos para total desrespeito à constituição e às leis.”

Em sentido contrário e, a nosso ver com acerto, a melhor doutrina e jurisprudência constitucionalistas repelem o entendimento segundo o qual ao Judiciário também caberia a fiscalização da verificação dos pressupostos fáticos para declaração do estado de sítio. Destarte, trata-se de matéria de mérito (oportunidade e conveniência) que, para o insigne Manoel Gonçalves é uma apreciação política e de conveniência, devendo a mesma ficar a critério das autoridades políticas que por ela responderão (1998, p. 293).

5.5. Modalidades de Sítio no Direito Brasileiro

A Constituição Federal de 1988 prevê duas modalidades de estado de

sítio (Estado de Defesa e Estado de Sítio), tendo como parâmetro diferenciador a extensão das medidas que poderão ser praticadas durante o período de anormalidade constitucional, sem qualquer vinculação a uma situação fática específica para sua declaração.

Este assunto será objeto do próximo capítulo.

IV - DO ESTADO DE DEFESA E DO ESTADO DE SÍTIO PERANTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O Título da Constituição vigente reservado para a defesa do Estado e das Instituições Democrática, traz entre o rol de órgãos e mecanismos para tanto, os institutos do estado de defesa e de sítio.

A presente Carta Constitucional surgiu no cenário jurídico inaugurando um novo momento, onde rompeu com o regime ditatorial até então vigente, reformulando vários conceitos e instituições, buscando a democratização do Estado. Para isso, abandonou algumas terminologias, instituiu novos direitos e estabeleceu meios de garantir-se este regime democrático, dando uma nova roupagem a algumas formas já existentes, como é o caso do objeto em estudo.

Contaminado por esta aspiração democratizadora, o constituinte deixou claro que o estado de sítio e o de defesa existem, não para facilitar a instauração de uma outra ditadura, mas sim para garantir que, em situações de crise, seja possível restaurar a normalidade e garantir a existência do Estado e do princípio democrático.

Não se trata, portanto, de supressão da vigência da Constituição como ocorreu na Constituição de 1937, mas da previsão de um "sistema constitucional de crises" (SANTOS, 1981, p. 23) que permita a tomada de medidas só possíveis em situações extremas e necessárias, para que se possa reconduzir o país ao seu estado de normalidade jurídica.

Tal previsão se justifica na medida em que, o constituinte não poderia deixar de atentar para o fato de que sempre é possível haver um descompasso entre a realidade político-social e as normas positivadas, fazendo-se necessário adiantar-se ao caos e prever mecanismos de solução destas crises institucionais.

Como bem observa Konrad Hesse, para que uma Constituição possua força normativa, tendo em vista que está inserida em um contexto social, político e econômico de constantes mudanças, não pode estar assentada em uma "estrutura unilateral" (1991, p.21). É preciso, entre outras coisas, que acolha moderadamente a estrutura contrária, para que nos momentos em que surge o possível rompimento da ordem jurídica, a Carta Constitucional não precise ser afastada, ao contrário, ela

mesma já traz em seu bojo um mínimo de meios excepcionais, mas fundamentais para garantir sua existência.

Por esse motivo, a divisão de poderes deve ser acompanhada da possibilidade de concentração de poder, a federação de doses de unitarismo. Portanto, quando ocorrer um "estado de necessidade" (HESSE, 1991, p. 31) a Constituição estará armada de competências excepcionais e restritas para restabelecer a ordem constitucional. Logicamente que existe o perigo do uso abusivo de tais medidas, o que levaria a uma ditadura, contrariando os próprios objetivos visados pela sua previsão. Todavia, maiores riscos adviriam caso não estivessem presentes no texto constitucional, posto que em situações anormais a força normativa da Constituição restaria comprometida.

Para isso é que, apesar de acolher um imenso rol de direitos e garantias dos cidadãos, permite-se em casos extremos, onde a própria existência do Estado e das Instituições Democráticas se encontram abaladas, a limitação desse elenco, no intuito não de extingui-los mas de preservá-los.

Logo, não há incoerência por parte da Constituição em agasalhar o estado de sítio e o estado de defesa. Ao contrário, ela o faz para garantir a sua vigência e o exercício regular dos direitos e garantias inerentes ao regime democrático. Caso não previsse mecanismos para situações de anormalidade, aí sim estaria colocando em risco a existência de todo o ordenamento jurídico e das conquistas por ele logradas.

A opção em se prever tais mecanismos objetiva, em suma, a "estabilização e defesa da Constituição contra processos violentos de mudança ou perturbação da ordem constitucional, mas também a defesa do Estado quando a situação crítica derive de guerra externa. Então, a legalidade normal é substituída por uma legalidade extraordinária, que define e rege o estado de exceção" (SILVA, 1996, p. 643).

1. Do estado de defesa

O antigo estado de emergência existente na Constituição de 1967 deu lugar ao estado de defesa, que nada mais é do que uma atenuação do estado de sítio, já que prevê medidas menos gravosas, ajustando-se ao princípio da proporcionalidade que exige compatibilidade entre a gravidade da situação e o grau de restrições feitos aos direitos fundamentais.

Sendo assim, a Constituição traz em seu artigo 136 os fundamentos para a instauração do estado de defesa, que José Afonso da Silva classifica como sendo de fundo e de forma (1996, p. 645).

Os pressupostos de fundo são as situações cuja ocorrência autoriza

a decretação do estado de defesa, quais sejam, a existência de grave ou iminente instabilidade institucional que ameace a ordem pública ou paz social, bem como ocorrência de calamidades de grandes proporções na natureza que igualmente perturbe a paz social e a ordem pública.

A falta da existência destes motivos, desautoriza a decretação do estado de defesa, por inexistir um dos princípios informadores deste regime jurídico de legalidade extraordinária, qual seja, a necessidade.

Além dos pressupostos de fundo, a decretação depende de pressupostos formais: a) prévia oitiva do Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional; b) decreto do Presidente; c) submissão do ato ao Congresso Nacional, juntamente com as justificativas.

Logo, compete ao Presidente decretar o estado de defesa, após o pronunciamento do Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional, que não o vincula .

Posteriormente, deverá o decreto ser submetido ao Congresso Nacional, dentro do prazo de vinte e quatro horas, para que seja aprovado ou não. Tal decisão se dará por maioria absoluta. Caso esteja em recesso, será convocado extraordinariamente no prazo de cinco dias, devendo apreciar o decreto dentro de dez dias contados do seu recebimento, continuando em funcionamento enquanto durar o estado de defesa. Caso seja rejeitado o decreto, o estado de defesa deverá cessar imediatamente.

Por se tratar de medida extrema, o estado de defesa deverá ser temporário, caso contrário resultaria em regra e não em exceção. Sendo assim, o decreto deverá indicar o tempo de duração, que não poderá exceder o prazo de trinta dias, podendo ser prorrogado por igual período, mas somente se persistirem os motivos que levaram à decretação, devendo a mesma ser igualmente submetida à aprovação pelo Congresso Nacional.

Além de indicar o tempo, caberá ao decreto indicar a área ou localidades afetadas pelas medidas, donde decorre a impossibilidade do estado de defesa abranger todo o território nacional, atingindo apenas locais restritos e determinados onde a paz social ou a ordem pública se encontrem comprometidas.

Ademais, por se tratar de um sistema rígido, o estado de defesa não deixa em aberto as medidas excepcionais que poderão ser tomadas para restaurar a paz e ordem pública. A Constituição determina no artigo 136, parágrafo 1º, incisos I e II quais são as restrições de direitos e demais ações que podem ser praticadas e que devem estar discriminadas no decreto, quais sejam, restrições aos direitos de reunião - ainda que dentro de uma associação - ao sigilo de correspondência e de comunicação telegráfica ou telefônica, além da possibilidade de ocupar e usar

temporariamente bens e serviços públicos, quando da ocorrência de calamidade pública, devendo a União se responsabilizar pelos danos e gastos decorrentes. Claro que se trata de restrição e não supressão de direitos.

Além destes casos, é possível que aquela pessoa ou órgão escolhido para executar as medidas acima elencadas poderá, nos termos do artigo 136, parágrafo 3º, incisos I, determinar prisão por crime contra o Estado.

2. Controle do estado de defesa

Apesar do juízo de conveniência da expedição do decreto pertencer ao Presidente da República, ele não pode agir de forma arbitrária. Deverá sempre atentar para as normas constitucionais que regulam esta decretação, cabendo controle político e jurisdicional.

No que se refere ao controle político, quem o fará será o Congresso Nacional em três momentos. Poderá ser feito quando da apreciação do decreto, onde o rejeitará ou o aprovará, como já mencionado. Além disso, após o término do estado de defesa, quando já cessados seus efeitos, o Presidente deverá relatar, em mensagem ao Congresso, as medidas tomadas durante sua vigência, especificando e justificando as providências adotadas, relacionando nominalmente todos os atingidos e indicando as restrições aplicadas.

Caso o Congresso não concorde com as justificativas do Presidente da República, entendendo que houve abuso, poderá estar caracterizado crime de responsabilidade, podendo ser submetido ao processo político de responsabilização com a conseqüente perda do mandato e inabilitação para o exercício de qualquer função pública por oito anos, nos termos da Lei 1079/50, sem prejuízo da responsabilidade pelos ilícitos cometidos por seus executores.

Ademais, há ainda um controle concomitante, já que a Mesa do Congresso Nacional, ouvidos os líderes partidários, designará uma Comissão composta por cinco membros para fiscalizar e acompanhar as medidas tomadas no estado de defesa.

Contudo, apesar da discricionariedade em decretar ou não o estado de defesa dada ao Presidente, este não está imune a se submeter ao crivo do Poder Judiciário, sempre que houver descumprimento do texto constitucional, ou seja, quando faltar um dos pressupostos autorizadores da decretação, ou quando não se obedecer as formalidades necessárias, implicando na inconstitucionalidade do decreto, podendo, inclusive ser objeto de controle de constitucionalidade. Poderá, ainda, ser responsabilizado criminal e civilmente pelos abusos cometidos.

Além disso, a Constituição conferiu algumas garantias aos indivíduos que porventura sejam presos por crime contra o Estado. Determinou a comunicação

imediate ao juiz competente da prisão, acompanhada da declaração do estado físico e mental do detido no momento da autuação, podendo ser relaxada pelo magistrado caso a entenda ilegal, bem como poderá o preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial. A prisão ou detenção não poderá exceder o prazo de dez dias, salvo autorização do Poder Judiciário, vedando-se a incomunicabilidade do preso. Caso a prisão exceda o período estipulado na Constituição, passível será a correção do abuso através de *habeas corpus*.

Logo, o sujeito não permanece cerceado de garantias ao seu direito de locomoção, apenas o terá de forma menos abrangente.

3. Do estado de sítio

O estado de sítio, por sua vez, de inspiração francesa, prevê medidas mais graves, por ser utilizado em situações mais dramáticas. Tal estado consiste na suspensão temporária e localizada de garantias constitucionais, na medida necessária para a preservação do Estado e das Instituições Democráticas.

Vale lembrar que o estado de sítio não suspende direitos, mas a garantia dos direitos, ou seja, suspende os limites colocados aos Estado para que se possa exercer amplamente os direitos, em que poderá agir legitimamente em espaço que antes lhe era vedado (FERREIRA FILHO, 1992, P. 333). Isto ocorre porque em casos de grave crise, resta impossível defender a ordem posta e respeitar tais garantias, e como sem Estado, sem democracia e sem Constituição, tais garantias passam a inexistir realmente. Os males o menor, ou seja, sua restrição temporária.

Portanto, não restam dúvidas de que o estado de sítio, apesar de mais enérgico que o estado de defesa, igualmente não suprime a vigência da Constituição, bem como dos direitos nela elencados, mas apenas de algumas formalidades que "garantem a liberdade individual" (SOARES, 1998, p. 524).

Contudo, em face de consistir em medida perigosa, somente poderá ser tomada em situações extremas. Tendo em vista tais situações, pode-se classificar o estado de sítio em repressivo ou defensivo.

O estado de sítio repressivo tem, como pressupostos de fundo ou materiais a ocorrência de comoção grave de repercussão nacional, ou a existência de fatos que demonstrem a ineficácia do estado de defesa.

Por comoção grave de repercussão nacional entende-se aquela que não pode ser contornada através dos mecanismos regulares existentes dentro do ordenamento constitucional, como exemplifica José Afonso da Silva, quando da ocorrência de efetiva rebelião ou de revolução que "ponha em risco as instituições democráticas e a existência de um governo fundado no consentimento popular"

(1996, p. 648).

Além disso, poderá ocorrer esta espécie de estado de sítio quando da ineficácia do estado de defesa, ou seja, apesar deste ter sido decretado, não foi suficiente para restaurar a normalidade, quando, por exemplo, extrapolar a prorrogação e ainda assim persistirem os motivos ensejadores da adoção da decretação do estado de defesa. Tal hipótese corresponde, na realidade, a uma conversão do estado de defesa em estado de sítio, implicando no agravamento das medidas a serem tomadas na tentativa de por fim à crise instituída.

Nos casos acima citados, somente poderão ser adotadas as providências arroladas no artigo 139, incisos I ao VII da Constituição Federal de 1988, o que demonstra seu caráter rígido. Assim, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: obrigação de permanência em localidade determinada; detenção em edifícios não destinados a acusados ou condenados por crimes comuns; restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, não se incluindo a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa; suspensão da liberdade de reunião; busca e apreensão em domicílio; intervenção nas empresas de serviços públicos; requisição de bens.

O estado de sítio repressivo deverá durar, no máximo, trinta dias, podendo ser renovado sucessivamente, mas cada renovação só poderá durar, igualmente, trinta dias.

Outra modalidade de estado de sítio é o defensivo, que terá como pressupostos de fundo a declaração de estado de guerra ou a resposta a agressão armada estrangeira que exija resposta imediata, sem estar limitada por qualquer situação interna que a dificulte.

Por estado de guerra declarada entende-se aquela estabelecida juridicamente nos termos do artigo 49, inciso II e 84, inciso XIX ambos da CF/88. Já no que tange a resposta a agressão armada estrangeira, existindo uma eventual situação de guerra, exige-se o referendo do Congresso Nacional. Logo, no estado de sítio defensivo, exige-se guerra externa, vale dizer, conflito com outro Estado.

Nestes casos, não haverá um prazo máximo de duração do estado de sítio, ele perdurará enquanto existir a guerra ou a agressão estrangeira armada. Ademais, em ambas as situações não existe uma determinação constitucional de quais medidas poderão ser tomadas, o que implica na possibilidade da suspensão de qualquer garantia constitucional.

Além da necessidade da ocorrência das situações fáticas mencionadas, para que se possa decretar o estado de sítio, este deve obedecer a alguns pressupostos de forma, ou seja, respeitar um procedimento específico previsto

na Constituição.

Assim sendo, cabe ao Presidente da República decretar o estado de sítio, mediante prévia consulta ao Conselho da República e ao Conselho de Defesa Nacional, bem como autorização voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, que se estiver em recesso, será convocado imediatamente pelo Presidente do Senado Federal, devendo permanecer em funcionamento até o fim da prática das medidas coercitivas, caso autorize o estado de sítio.

O decreto do Presidente da República deverá conter a duração do estado de sítio, as normas necessárias à sua execução, vale dizer, as regras que deverão ser observadas pelos executores das medidas, além das garantias constitucionais que serão suspensas.

Após sua publicação, o Presidente nomeará o executor das medidas necessárias para a defesa do Estado e da democracia, o que normalmente recairá sobre autoridades militares, em especial quando se tratar de guerra.

Para tanto deverá haver a determinação das localidades atingidas, o que não impede que seja todo o território nacional. Tais exigências são feitas com o intuito de se evitar abusos, posto que a aplicação das providências coercitivas e a suspensão das garantias só são autorizadas na medida do estritamente necessário para a restauração da normalidade, não sendo admitidos excessos.

4. Controle do estado de sítio

Cabe ao Presidente da República realizar juízo de conveniência e oportunidade no que diz respeito à decretação do estado de sítio. Contudo, apesar da decretação ser de sua competência discricionária, o Chefe do Poder Executivo Federal só poderá fazê-lo caso estejam presentes os pressupostos materiais ou de fundo, ou seja, deverá existir alguma das situações descritas na Constituição para que esteja autorizado a tomar as medidas restritivas de garantias.

Ademais, deverão ser observados as normas constitucionais que traçam o procedimento e as exigências para a consecução do estado de sítio, posto tratar-se de instituto previsto constitucionalmente e não um sistema de arbítrio. Dentro esta perspectiva é que existe a possibilidade do controle político ou jurisdicional.

O controle político é realizado pelo Congresso Nacional e que poderá ser feito preventivamente, em face da necessidade de autorização do Poder Legislativo Federal para a decretação. Poderá, ainda, ser realizado concomitantemente, onde o Congresso, ouvido os líderes partidários, designará Comissão com cinco de seus membros para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas tomadas durante o estado de sítio. Igualmente poderá ser feito a

posteriori posto que o Presidente, em mensagem ao Congresso, especificará e justificará as providências adotadas, trazendo a relação nominal dos atingidos, bem como indicando as restrições aplicadas.

No que concerne ao controle jurisdicional, é possível ser feito em relação às restrições realizadas, tendo em vista que só serão legítimas se necessárias e proporcionais para defender o Estado e a democracia.

Sendo assim, os agentes ou executores das providências determinadas no decreto não podem cometer abusos, restringindo desproporcional e desnecessariamente garantias constitucionais. Caso ocorra tal extrapolação, o Poder Judiciário será competente para, através dos recursos judiciais cabíveis, por fim a arbitrariedade, responsabilizando os autores dos atos ilícitos praticados durante a execução das medidas restritivas, ainda que cessado o estado de sítio, nos termos do artigo 141 da Constituição Federal vigente.

Portanto, qualquer pessoa que se sinta prejudicada pelas providências determinadas pelo Presidente da República durante o estado de sítio, poderá buscar a tutela do Estado, através do Poder Judiciário, visando obter a reparação dos danos causados, em face da não observância das prescrições constitucionais, pois trata-se de sistema de legalidade apesar de excepcional.

CONCLUSÃO

Reza o bom senso que se espere o melhor, mas que se prepare para o pior. Evidentemente, todo legislador constituinte, no momento da feitura da Carta Magna, espera que a ordem jurídica se estabeleça pacificamente no tecido social e que se interiorize nas consciências individuais como absolutamente legítimas e válidas, devendo ser observadas em todos os momentos da vida em sociedade.

Entretanto, sabe-se que não basta a promulgação de uma lei para a pacificação da sociedade, e que a paz social, longe de ser uma situação imutável, encontra-se constantemente afrontada, na maioria das vezes, de maneira prevista dentro de uma certa normalidade, bastando, para a afirmação do direito, os meios ordinários previstos no ordenamento jurídico. Em alguns raros momentos, a normalidade da vida em sociedade se esvai de modo tão violento que a Constituição, assim como as próprias bases da sociedade passam a ser seriamente ameaçadas. Para possibilitar a própria sobrevivência da estrutura jurídica, política e social de um Estado, necessário se faz prever determinadas situações de anormalidade e dotar o Estado de meios de combatê-las. Neste combate, reside a estrutura básica dos sistemas de emergência.

Os sistemas de emergência tratam da previsão de poderes anormais e extraordinários a serem utilizados pelo Estado em situações de crise, em que os

meios estatais ordinários de controle social não estão aptos a procederem suas tarefas. A afirmação da necessidade de existência de sistemas constitucionais de emergência não pode ser contestada.

O que concentra um grave problema do tema é a delimitação dos marcos dos poderes anormais concedidos no sistema de emergência. Evidentemente, sistemas constitucionais rígidos possibilitam uma melhor limitação do poder estatal, evitando assim o perigo de tornar o Estado de exceção previsto no sistema de emergência uma situação permanente. Um texto constitucional deve se preocupar em prever poderes especiais para tempos de crise, mas também deve se preocupar em determinar limites para a atuação estatal nestas situações, para deste modo, se proteger de pessoas inescrupulosas que se aproveitam de determinadas crises para usurpar o poder, camuflando seus atos como “uma pacificação da sociedade” ou “restabelecimento da ordem”. Quando os homens ousam cometer atos mais torpes, primeiramente os insinuam como obras divinas.

Propor limites ao Estado mesmo em situações de crise é uma necessidade importante para evitar que o executor do sistema de emergência perca seu norte. Ele não está administrando a crise para preservar o Estado. Ele se encontra nesta posição com um único objetivo: defender a sociedade.

BIBLIOGRAFIA

- ARAUJO: Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR; Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BARBOSA, Rui. *A constituição e os atos inconstitucionais*, 2ª ed. Rio de Janeiro, s/d.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BOBBIO: Norberto. *Teoria geral da política; a filosofia política e as lições dos clássicos*. Org. Michelangelo Bovero. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CANOTILHO; J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1999.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- _____. *O estado de sítio*. São Paulo: RT, 1964.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- FREITAS: Gustavo de. *900 textos e documentos de história*. V. II. Lisboa: Plátano, 1976.

HEGEL: G. W. *Princípios da filosofia do direito*. trad. Orlando Vitorino.

– São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HESSE: Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998.

_____. *A força normativa da constituição*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: tomo IV, direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1988.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O estado de emergência*. 1ª ed. São Paulo: Sugestões literárias, 1981.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11ª ed. revista. São Paulo: Malheiros, 1996.

SOARES: Orlando. *Comentários à constituição da república federativa do Brasil: (promulgada em 05.10.1998)*. Rio de Janeiro: Forense. 1998.

VON CLAUSEWITZ: Carl. *Da guerra*. Trad. Tereza Barros Pinto Barroso. Lisboa: Perspectivas & realidades. 1976.