LAURO CAVALLAZZI ZIMMER

Sistema Constitucional do Estado de Exceção

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Dr. Alexandre de Moraes

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2017

LAURO CAVALLAZZI ZIMMER

Sistema Constitucional do Estado de Exceção

Versão corrigida em 25/06/18. A versão original, em formato eletrônico (PDF), encontra-se disponível na CPG da Unidade.

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Dr. Alexandre de Moraes

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2017

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Zimmer, Lauro Cavallazzi
: Sistema Constitucional do Estado de Exceção / Lauro Cavallazzi Zimmer ; orientador Alexandre de Moraes -- São Paulo, 2017.
244 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

1. Crise. 2. Estado de exceção. 3. Sistema constitucional das crises. 4. Estado de defesa. 5. Estado de sítio. I. Moraes, Alexandre de, orient. II. Título.

Nome: ZIMMER, Lauro Cavallazzi

Título: Sistema Constitucional do Estado de Exceção

Dissertação apresentada como requisito para conclusão do programa de Pós-Graduação Stricto Sensu / nível de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Área de Concentração: Direito do Estado

Orientador: Prof. Dr. Alexandre de Moraes

Examinado em: 11 de maio de 2018

Resultado: Aprovado

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr.: Alexandre de Moraes Instituição: USP

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr.: José Renato Nalini Instituição: UNINOVE

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr.: Richard Paulro Pae Kim Instituição: UNICAMP

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr.: José Levi Mello do Amaral Júnior Instituição: USP

Julgamento: _____ Assinatura: _____

A Paula e Michelle,
pela excepcional compreensão.

RESUMO

ZIMMER, Lauro Cavallazzi. **Sistema Constitucional do Estado de Exceção**. 2017. 244 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

O estado de exceção, constitucionalmente conformado, é o instituto jurídico que permite, em situações de grave crise que importem em risco à própria ordem constitucional democrática, a restrição temporária ao exercício de direitos e garantias fundamentais, com a finalidade exclusiva de restabelecer a normalidade institucional. Também se admite, nesse regime excepcional, a concentração provisória de poderes nas mãos do Executivo. No seu cerne reside o problema da conciliação do imperativo de defesa do Estado e da ordem democrática com a proteção dos direitos humanos, em situações limítrofes. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu duas modalidades de estado de exceção: o estado de defesa, para as crises mais brandas, e o estado de sítio, para aquelas mais severas. Implicitamente, também adotou um *tertium genus*, um tipo particularmente vigoroso de estado de sítio, para os casos de guerra ou agressão armada. As normas constitucionais que balizam, em linhas gerais, seus pressupostos, procedimentos, efeitos e limites integram o sistema constitucional do estado de exceção, também denominado sistema constitucional das crises. Os vocábulos empregados por essas normas, no entanto, conduzem a conceitos muito amplos, como "grave instabilidade institucional", "restrições aos direitos", etc. Embora o texto constitucional tenha previsto uma legislação de integração, esta, até hoje, nunca foi editada. Por outro lado, vários tratados internacionais, incorporados ao ordenamento interno, incidem especificamente no estado de exceção, fixando limites para a atuação estatal. Esta dissertação busca elucidar, portanto, o conteúdo das normas integrantes do sistema de exceção da Constituição de 1988 a partir da evolução constitucional brasileira, da experiência de outros países e dos estatutos internacionais. Na perspectiva da garantia dos direitos fundamentais, adquirem especial relevo duas das principais características do estado de exceção da atualidade: a incidência dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, e a sujeição do mesmo aos controles político e judicial.

Palavras-chave: Democracia. Crise. Estado de exceção. Sistema constitucional das crises. Estado de defesa. Estado de sítio. Restrição de direitos fundamentais. Controle político. Controle judicial.

ABSTRACT

ZIMMER, Lauro Cavallazzi. **Constitutional System of the State of Emergency**. 2017. 244 p. Degree (Master) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

The state of emergency, constitutionally regulated, is the legal institute that allows, in situations of extreme crises that represents a risk to the constitutional democratic order, the temporary restriction of fundamental rights and guarantees, with the exclusive aim of restoring institutional normalcy. It is also permitted, is this exceptional regime, a transitory concentration of powers in the hands of the Executive. In its core, lies the problem of conciliating the imperative of the defense of the State and the democratic order with the need of protection of fundamental rights, in extreme situations. The Brazilian Constitution of 1988 has established two varieties of state of emergency: the state of defense, for the milder crises, and the state of siege, for those more severe. Implicitly, it has also embraced a *tertium genus*, a particularly vigorous kind of state of siege, for the cases of war or armed foreign invasion. The constitutional rules that mark out, in broader terms, its conditions, procedures, effects and limits compose the constitutional system of emergency, also known as constitutional system of crises. The expressions adopted in these rules, however, leads to wide concepts, such as "serious institutional instability", "restrictions to rights", etc. Though the constitutional text had predicted the edition of a specific legislation to discipline this subject, it has never been issued, so far. On the other hand, several international treaties, incorporated to the Brazilian Law, were specifically designed to affect the state of emergency, setting boundaries to Government action. This dissertation aims to elucidate, therefore, the content of the rules of the system of emergency set by the Brazilian Constitution, considering Brazil's constitutional evolution, others countries experiences and international statutes. In the perspective of the assurance of fundamental rights, two of the main characteristics of contemporary state of emergency gain special relevance: its bidding to the constitutional principles of reasonableness and proportionality, and its subjection to political and judicial control.

Keywords: Democracy. Crises. State of emergency. Constitutional system of emergency. State of defense. State of siege. Restriction of fundamental rights. Political control. Judicial review.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 25

CAPÍTULO 1 – SISTEMA CONSTITUCIONAL DAS CRISES E ESTADO DE EXCEÇÃO 29

1.1 AS CRISES E O ESTADO DE EXCEÇÃO 29

1.2 A INSERÇÃO DO DIREITO DE EXCEÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO 37

1.3. OS DIFERENTES SISTEMAS DE ESTADO DE EXCEÇÃO 41

CAPÍTULO 2 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO EXCEÇÃO. 49

2.1 A DITADURA ROMANA 49

2.1.1 Ditadura clássica 49

2.1.2 Ditadura consular 50

2.2 O DIREITO DE EXCEÇÃO NO ESTADO MODERNO 52

2.3 O ESTADO DE EXCEÇÃO NA PRIMEIRA METADE DO SÉCULO XX: AS DITADURAS CONSTITUCIONAIS 61

2.4 O ESTADO DE EXCEÇÃO NO PÓS-GUERRA: A PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS 65

2.5 OS SISTEMAS CONSTITUCIONAIS DO ESTADO DE EXCEÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS 68

2.5.1 A Constituição de 1824 68

2.5.2 A Constituição de 1891 70

2.5.3 A Constituição de 1934, a Emenda Constitucional nº 1/1935 e a Constituição de 1937 74

2.5.4 A Constituição de 1946 77

2.5.5 Os Ato Institucionais nº 1/1964 e 2/1965, a Constituição de 1967, a Emenda Constitucional nº1/1969 e a Emenda Constitucional nº 11/1978 79

CAPÍTULO 3 – O ESTADO DE EXCEÇÃO NO DIREITO COMPARADO 83

3.1 ESTADOS UNIDOS 83

3.1.1 Poderes emergenciais durante a Guerra da Secessão 87

3.1.2 A Segunda Guerra Mundial e os cidadãos nipo-americanos - *Korematsu v. United States* 88

3.1.3 O 11 de Setembro e o *U.S. Patriot Act* 92

3.2 FRANÇA 94

3.2.1 Cláusula de Plenos Poderes 95

3.2.2 Estado de sítio 99

3.2.3 Estado de urgência 101

3.3 ITÁLIA 103

3.3.1 Estado de guerra 104

3.3.2 Estado de assédio 109

3.4 ALEMANHA 110

3.4.1 Estado de necessidade externo 112

3.4.1.1 Estado de defesa 112

3.4.1.2 Estado de tensão 115

3.4.1.3 Estado de tensão decorrente de cláusula de aliança 116

3.4.2 Estado de necessidade interior 117

3.4.2.1 Estado de necessidade interior decorrente de catástrofes naturais e acidentes especialmente graves 117

3.4.2.2 Estado de necessidade interior decorrente de risco à ordem liberal democrática 118

3.4.3 Direito de resistência 119

3.5 ESPANHA 120

3.5.1 Estado de alarme 123

3.5.2 Estado de exceção 125

3.5.3 Estado de sítio 128

3.6 PORTUGAL 131

CAPÍTULO 4 - SISTEMA CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE EXCEÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 137

4.1 CARACTERÍSTICAS DO ESTADO DE EXCEÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 140

4.2 PRESSUPOSTOS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTADO DE DEFESA E DO ESTADO DE SÍTIO 144

4.2.1 Estado de defesa 144

4.2.2 Estado de sítio decorrente de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa 147

4.2.3 Estado de sítio decorrente de declaração de estado de guerra ou em resposta a agressão armada estrangeira 157

4.3 PROCEDIMENTO PARA DECRETAÇÃO DO ESTADO DE DEFESA E DO ESTADO DE SÍTIO 161

4.3.1 Estado de defesa 161

4.3.2 Estado de sítio 163

4.4 EFEITOS DA DECRETAÇÃO DO ESTADO DE DEFESA E DO ESTADO DE SÍTIO 166

4.4.1 Estado de defesa 175

4.4.1.1 Efeitos materiais 175

4.4.1.2 Efeitos organizatórios 182

4.4.2 Estado de sítio decorrente de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa 187

4.4.2.1 Efeitos materiais 188

4.4.2.2 Efeitos organizatórios 193

4.4.3 Estado de sítio decorrente de declaração de estado de guerra ou em resposta a agressão armada estrangeira 197

4.5 INCIDÊNCIA DAS NORMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NO ESTADO DE EXCEÇÃO 199

4.5.1 Posição hierárquica dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento interno 199

4.5.2 Principais estatutos internacionais incidentes no sistema constitucional do estado de exceção brasileiro 205

4.5.2.1 Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos 205

4.5.2.2 Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José) ... 207

4.5.2.3 A Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e a Convenção Americana para Prevenir e Punir a Tortura 208

4.6 CONTROLE DO ESTADO DE EXCEÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 209

4.6.1 Controle interno 210

4.6.2 Controle político 211

4.6.3 Controle judicial 217

4.6.3.1 Sindicabilidade do ato de decretação do estado de defesa e estado de sítio: a doutrina dos atos de governo e a inafastabilidade da tutela jurisdicional 218

4.6.3.2 Sindicabilidade dos atos praticados na vigência do estado de defesa e do estado de sítio 225

4.6.4 Controle de convencionalidade 226

4.6.4.1 Controle de convencionalidade nacional 227

4.6.4.2 Controle de convencionalidade internacional – o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos 228

CONCLUSÃO 231

REFERÊNCIAS 235

INTRODUÇÃO

"Confesso, contudo, que o uso dos povos mais livres que já existiram sobre a terra leva-me a crer que há casos em que é necessário colocar, por um momento, um véu sobre a liberdade, como se ocultam as estátuas dos deuses". Assim Montesquieu[1] conclui o capítulo XIX do livro XII do seu *Do Espírito das Leis*, que versa sobre a suspensão do uso da liberdade na república, antevendo um debate que iria acompanhar o estado moderno desde sua origem até os dias atuais: a necessidade do estabelecimento de um regime jurídico excepcional para o enfrentamento das graves crises.

O estado liberal do século XVIII, consectário da recusa da sociedade ao arbítrio dos déspotas, vai encontrar seu novo fundamento na lei, compreendida como manifestação da vontade geral, emanada da própria razão. Essa nova perspectiva acabou por se refletir tanto na positivação de direitos e garantias individuais, antes pertencentes ao mundo dos direitos naturais, como na divisão e separação dos poderes, em regime de vigilância mútua.

No entanto, a turbulência política derivada das próprias revoluções liberais fez perceber que, em situações de crise extrema, o ordenamento jurídico ordinário pode não ser suficiente para assegurar a própria existência do Estado. Para lidar com situações excepcionais, há de se ter um direito excepcional. O Decreto de 8 de julho de 1791, da Assembleia Constituinte Francesa, previu a decretação de um estado intermediário entre os estados de guerra e de paz: o *état de siège*, no qual todas as atribuições referentes à manutenção da ordem e da polícia passavam ao comando militar. O governo do Diretório ampliou os poderes de exceção, editando as Leis de 27 de agosto de 1797 e de 5 de setembro de 1797, que criaram a figura do *état de siège fictif* ou *politique* (fictício ou político), aplicável às desordens internas, independentemente da verificação de ameaça de origem externa.

Para muitos autores, essas leis constituem o marco inaugural do que nos dias atuais se chama de "estado de exceção", expressão mais abrangente que serve para indicar um conjunto coerente de fenômenos jurídicos bastante semelhantes, presente em diversos ordenamentos jurídicos, mas com nuances diversas. Na Alemanha, há o *Notstand*, o estado de necessidade, interno ou externo; na Itália, o estado de guerra (*stato di guerra*) e o estado de assédio (*stato di assedio*); na França, o estado de sítio (*état de siège*), político ou fictício,

[1] MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis.* São Paulo: Edipro, 2004, p. 229.

além de poderes presidenciais de exceção e do estado de urgência (*état d'urgence*); nos países de matriz anglo-saxônica, ainda que com significativas diferenças entre si, há a previsão da lei marcial (*martial law*) e dos poderes emergenciais (*emergency powers*).

Em comum a todos esses institutos, há a necessidade da preservação da ordem democrática em situações extremas, a demandar a adoção de medidas de caráter excepcional, com o propósito de assegurar, no período mais breve possível, o retorno da normalidade institucional. Admite-se, nessas situações excepcionais, que o Poder Executivo adquira, em caráter temporário, prerrogativas especiais, desequilibrando-se momentaneamente a repartição constitucional dos poderes. Essa excepcionalidade implica também, e principalmente, na possibilidade de supressão temporária de alguns dos direitos e garantias fundamentais.

O estado de exceção, concebido como normatização das situações anormais e limítrofes, constitui questão central do constitucionalismo contemporâneo. A competência para sua decretação é das questões mais essenciais das democracias, pois a pessoa ou órgão com atribuição para tal terá o poder de suspender a ordem constitucional "normal", para instituir, no seu lugar, um regime de "legalidade extraordinária". Como bem sintetiza Carl Schmitt[2], na frase que ficou célebre, "soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção".

Alguns países optam por positivar essas possibilidades, trazendo, normalmente para o âmbito constitucional, o regramento respeitante às autoridades competentes para sua decretação, suas hipóteses autorizadoras e suas limitações. Ao conjunto de normas e princípios constitucionais que orientam as situações de crise extrema denomina-se "sistema constitucional do estado de exceção" ou "sistema constitucional das crises".

No Brasil, a Constituição de 1988 dedicou ao tema o Capítulo I do seu Título V - "Da Defesa do Estado e Das Instituições Democráticas". Seu artigo 136 outorgou ao Presidente da República a faculdade de decretar estado de defesa "para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza".

Estabeleceu, ainda, em seu artigo 137, a possibilidade de, mediante autorização prévia do Congresso Nacional, decretar-se estado de sítio, em duas hipóteses: (i) comoção

[2] SCHMITT, Carl. *Teologia política.* Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 7.

grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa, e (ii) declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

As hipóteses elencadas no texto constitucional são, por natureza, bastante amplas, abarcando um largo espectro de situações fáticas. Não obstante, as consequências decorrentes da decretação dos regimes excepcionais são severas, na medida em que importam em restrição temporária de direitos e garantias fundamentais de forma institucionalizada, em regime jurídico de exceção.

As situações de crise, no entanto, não são regidas apenas pela Constituição. Se, por um lado, a legislação de integração, expressamente prevista no texto constitucional, até hoje não foi editada, não se pode desconsiderar, por outro, que o Brasil é signatário de diversas convenções e tratados internacionais de direitos humanos, alguns deles com expressa previsão de incidência nos casos de decretação de estado de exceção. Dentre estes, destacam-se o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, e a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica). Esses estatutos adquirem especial importância no estado de sítio decorrente de estado de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira (art. 137, II), situação em que a Constituição de 1988 não enumera os direitos e garantias passíveis de restrição.

Pretende-se, neste trabalho, investigar os limites da ação estatal nas situações excepcionais, à luz da Constituição de 1988 e dos diplomas internacionais incorporados ao ordenamento brasileiro, com especial ênfase ao controle a ser desempenhado pelo Poder Judiciário, e seu reflexo na proteção dos direitos e garantias fundamentais.

CAPÍTULO 1 – SISTEMA CONSTITUCIONAL DAS CRISES E ESTADO DE EXCEÇÃO

1.1 AS CRISES E O ESTADO DE EXCEÇÃO

As sociedades, em sua evolução histórico-política, deparam-se, de quando em quando, com situações de perturbação da ordem, anormalidades verificadas em diferentes graus de intensidade, que podem desbordar em distúrbios ou mesmo rupturas.

O direito, enquanto instrumento de regulação da vida social, não está alheio ao fenômeno da crise. Gianfranco Pasquino[3] define crise como

> [U]m momento de ruptura no funcionamento de um sistema, uma mudança qualitativa em sentido positivo ou negativo, uma virada de improviso, algumas vezes até violenta e não prevista no módulo normal segundo o qual se desenvolvem as interações dentro do sistema em exame.

Paul Leroy[4] adverte que o vocábulo "crise" é bastante amplo, podendo, se tomado com liberalidade, abarcar infinitas situações. Importa, para fins de delimitação do tema em estudo, precisar seu conteúdo: as crises de que se vai tratar são aquelas que surtem efeitos sobre a organização constitucional, a ponto de justificar a incidência de medidas excepcionais, que, por sua vez, podem ensejar a suspensão temporária de direitos e garantias fundamentais. São, em regra, crises de ordem política, que o autor define como "situações que comportam um perigo para o Estado ou para o regime político".

Paul Leroy[5] identifica três espécies distintas de crise: as que têm por finalidade atingir a independência do Estado ou sua integridade territorial; as que pretendem a derrubada do regime político; e, em determinados casos, as crises econômico-financeiras.

As crises que buscam atingir a independência do Estado podem ter origem exterior, se provenientes de outros Estados, ou interior, se provenientes de seus próprios nacionais. O autor observa que as crises provenientes dos próprios cidadãos não são comuns, em razão de muitos Estados apresentarem alto nível de coesão social e integração nacional. No entanto, em Estados multicomunitários, como a Bélgica e o Canadá, a intensidade dos

---

[3] PASQUINO, Gianfranco. "Crise". In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política.* 11. ed. Brasília: Ed. UnB, 1988, vol. I, p. 303.
[4] LEROY, Paul. *L'organisation constitutionnelle et les crises.* Bibliothèque constitutionnelle et de science politique (Georges Burdeau). Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966, p. 9.
[5] Ibid., p. 13-15.

particularismos pode se acentuar, a ponto de levar à ruptura da nação. Os riscos de tais ataques também se acentuam nos Estados que integraram ao seu território algumas conquistas coloniais, em razão das demandas de emancipação política de muitos dos povos colonizados[6].

As crises que buscam atingir a independência ou a integridade territorial do Estado, ainda que de origem interna, não se confundem com as que pretendem a derrubada do regime político: a crise de regime político é uma crise de legitimidade, onde se pretende a transformação da ordem social e da organização constitucional vigente, enquanto nas crises que atingem a independência do Estado é a sua própria existência, ou a integridade do seu território, que é ameaçada.

As crises econômico-financeiras que interessam ao estudo das medidas excepcionais não são aquelas que costumeiramente os países atravessam, mas sim os desequilíbrios de proporções avassaladoras, como aqueles verificados no período entre guerras. Crises dessa amplitude podem representar, igualmente, ameaça à ordem constitucional.

Pedro Cruz Villalón[7] distingue as crises politicamente neutras das crises políticas, também chamadas de crises de segurança do Estado, sendo que ambas podem redundar em suspensão de parte da Constituição.

As crises politicamente neutras são exteriores ao funcionamento da Constituição, ainda que possam importar em sua suspensão e que por essa sejam, igualmente, reguladas. São as grandes catástrofes naturais ou acidentes produzidos por ação humana, as situações de isolamento econômico de determinadas comunidades, ou mesmo situações de agressão armada, que coloquem em risco a integridade física da população.

As crises políticas ou de segurança nacional são as mais problemáticas, pois o que se coloca em cheque é a própria Constituição e o modelo de organização política por ela projetado. Para Pedro Cruz Villalón[8], as crises políticas sempre remetem, em maior ou menor medida, aos pressupostos em que a Constituição se assenta, levantando a questão da viabilidade de salvação dessa Constituição.

Para o autor, as constituições democráticas encontram seu pressuposto básico em sua própria legitimidade, isto é, na aceitação, pelos cidadãos, de que a Constituição assume uma

---

[6] LEROY, Paul. *L'organisation constitutionnelle et les crises*. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique (Georges Burdeau). Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966, p. 13.
[7] VILLALÓN, Pedro Cruz. *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Madrid: Editorial Tecnos, 1984, p. 19-20.
[8] Ibid., p. 21.

regra ordenada de formação da vontade estatal, por meio de uma combinação de um princípio de maioria com o princípio da supremacia da Constituição. Ações hostis à ordem constitucional, perpetradas por grupos minoritários, podem ser combatidas pelas vias ordinárias do Estado (forças policiais, tribunais de justiça), sem que se possa falar em crise da Constituição; porém, quando essas hostilidades adquirem uma dimensão tal que o aparato repressivo ordinário se torna insuficiente, instaura-se a crise da Constituição.

Para Pedro Cruz Villalón[9], no entanto, esta é uma crise constitucional de caráter superficial, vez que os pressupostos da Constituição não são atingidos, e a adoção de um direito excepcional se aponta como medida adequada ao restabelecimento da normalidade institucional. O mesmo não se dá nas crises de constituições que careçam de legitimidade, caso em que a suspensão temporária do ordenamento jurídico pode produzir pouco ou nenhum efeito.

Outra classificação, sugerida por Paulo Bonavides[10], divide as crises em crise do Executivo, crise constitucional e a crise das instituições ou da sociedade. A do Executivo pode ser superada pela substituição da chefia de Governo, ou pelo advento bem-sucedido de uma nova política; a constitucional, mais severa, pode demandar uma reforma constitucional ou mesmo a promulgação de uma nova Constituição. Para o autor, no entanto, a mais grave é a institucional, ou da sociedade, que se verifica como uma etapa posterior das demais crises, atingindo a sociedade em seus últimos fundamentos.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho[11], as crises podem ser estruturais, quando tocam o cerne da sociedade, ou de conjuntura, quando não afetam sua organização fundamental. Ainda que possam oscilar quanto à intensidade, ambas importam em hostilidade à ordem constitucional. Para o autor[12], as circunstâncias anormais são previsíveis, posto que inerentes à própria vida política e social, e podem ser resumidas em duas expressões: guerra e comoção intestina[13]. A previsibilidade (inevitabilidade) dessas

---

[9] VILLALÓN, Pedro Cruz. *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Madrid: Editorial Tecnos, 1984, p. 21.
[10] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 575-576.
[11] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O estado de sítio na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 17.
[12] Ibid., p. 14, 20 e 21.
[13] Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a distinção entre guerra e comoção intestina não se dá pela verificação do emprego de armas, mas sim pelo concerto das ações empreendidas. As guerras, mesmo as civis, têm propósito determinado, e são dirigidas por um centro inteligente, ao passo que as comoções são desordenadas, sem um comando centralizado e sem objetivos definidos (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O estado*

anormalidades impõe a necessidade de estipulação de um direito excepcional, uma "ordem especial, voltada para as circunstâncias anormais".

Para Pedro Cruz Villalón[14], as constituições pressupõem uma realidade social normal e previsível, a qual pretendem normatizar. Situações excepcionais seriam, portanto, as situações imprevisíveis, para as quais a Constituição não teria uma resposta. As situações de crise se caracterizariam, assim, como

> "[...] un supuesto frente al cual la Constitución no ha previsto, no cuenta con una respuesta adecuada. Lo característico de la crisis sería, así, una situación en la que se ve superada la capacidad normativa de la Constitución, imponiendo se la fuerza normativa de lo fáctico".

Observa o autor, no entanto, que pode a Constituição optar por incorporar uma resposta para as situações de crise, trazendo ao ordenamento um modo alternativo de organização do poder, que supõe a negação, em caráter temporário, da ordem constitucional. Estabelece-se uma constituição alternativa de emergência, um *derecho de excepción* voltado ao restabelecimento da constituição legítima. Esse direito de exceção funcionaria como uma garantia da Constituição frente às situações de crises.

J. J. Gomes Canotilho[15] ressalta a impossibilidade de se constitucionalizar, de forma global e pormenorizada, estados imprevistos e imprevisíveis[16], vez que sua disciplina depende das situações histórico-concretas. Não obstante, reconhece a importância de se configurar uma "constituição de necessidade", para o enfrentamento dessas situações.

Em resposta às situações de anormalidade ou crise, capazes de pôr em risco a organização constitucional, incide o sistema constitucional do estado de exceção, ou sistema das crises, a ensejar, em sede temporária, a suspensão ou mitigação de alguns direitos e garantias fundamentais.

---

de sítio na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 20).

[14] VILLALÓN, Pedro Cruz. *Estados excepcionales y suspensión de garantías.* Madrid: Editorial Tecnos, 1984, p. 17.

[15] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.099.

[16] O sentido empregado por J. J. Gomes Canotilho e Pedro Cruz Villalón para a imprevisibilidade das situações de crise difere do sentido de imprevisibilidade de que trata Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Manoel Gonçalves Ferreira Filho se refere à previsibilidade das situações anormais como inevitabilidade, inexorabilidade de sua ocorrência ("não há vida política, da mesma forma que não há vida social, sem crises"), ao passo que J. J. Gomes Canotilho e Pedro Cruz Villalón tratam a imprevisibilidade como impossibilidade de se antever o conteúdo, a natureza da crise (imprevisibilidade do próprio processo histórico).

Partindo da definição de sistema de Juan Manuel Teeran ("conjunto ordenado de elementos segundo um ponto de vista unitário"), Aricê Moacyr Amaral Santos[17] conceitua o sistema constitucional das crises como

> [O] conjunto ordenado de normas constitucionais, que, informadas pelos princípios da necessidade e da temporariedade, têm por objeto as situações de crises e por finalidade a mantença ou o restabelecimento da normalidade constitucional.

O aspecto da necessidade ou emergência é ínsito à excepcionalidade; somente a ocorrência das situações de crise, devidamente previstas no ordenamento positivo, autoriza a incidência do direito excepcional.

De sua vez, a temporariedade, ou transitoriedade, diz respeito à limitação temporal do estado de exceção, que não pode ser permanente: o pronto restabelecimento da normalidade é o desiderato último do direito excepcional.

Outra característica relevante do estado de exceção diz respeito ao desequilíbrio momentâneo dos poderes, com o fortalecimento do Poder Executivo. Anota Alexandre de Moraes[18], nesse sentido, que

> A preeminência do Poder Executivo em tempos de crise é natural, por ter melhores condições de se portar do que os demais poderes. Primeiro por possuir todos os elementos necessários para avaliar corretamente a situação; em segundo lugar, porque o Poder Executivo é o órgão que assegura a ação do Estado e detém a Chefia das Forças Armadas.

O sistema constitucional das crises previsto na Constituição Brasileira de 1988 prescreve duas modalidades de estado de exceção: o estado de defesa e o estado de sítio.

O direito alemão prevê o *Notstand*, o estado de necessidade, interno ou externo (embora se tenha uma expressão precisa para o estado de exceção, o *Ausnahmezustand*). Na Itália, há o estado de guerra (*stato di guerra*) e o estado de assédio (*stato di assedio*); na França, o estado de sítio (*état de siège*), político ou fictício, além poderes presidenciais de exceção e o estado de urgência. A doutrina anglo-saxônica trata da lei marcial (*martial law*) e dos poderes emergenciais (*emergency powers*).

Em comum a todos esses institutos está o aspecto da necessidade, da emergência, em face de uma situação de grave crise ou anormalidade. Busca-se não a ruptura, mas a preservação da ordem constitucional, mediante a adoção de um direito de caráter transitório.

---

[17] SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O estado de emergência*. São Paulo: Malheiros, 1981, p. 32.
[18] MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais.* 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p 32.

Giorgio Agamben[19] insere tais institutos no âmbito do que denomina "estado de exceção", expressão mais abrangente que elege para designar um conjunto coerente de fenômenos jurídicos bastante semelhantes, presentes em diversos ordenamentos jurídicos, mas com nuances diversas.

Também Pedro Cruz Villalón [20] adota a expressão "estado excepcional", como o modelo mais característico do "derecho de excepción", fundado na manutenção da ordem constitucional em situações de crise. O "estado de necessidade", para o autor, figura como espécie do gênero direito de exceção, incidente nos casos em que a constituição não disciplina expressamente as situações de emergência.

Para François Saint-Bonnet[21], a pletora de expressões utilizadas atesta a dificuldade de delimitação do seu objeto. Se, no campo do direito administrativo, sedimentou-se o uso da "teoria das circunstâncias excepcionais" (ainda que a adoção de tal expressão não tenha encerrado a discussão), na esfera do direito constitucional ainda se empregam os termos "estado de necessidade", "direito de necessidade", "teoria da necessidade" ou mesmo "ditadura constitucional" – expressão que, para o autor, perdeu juridicidade, por remontar a uma noção ultrapassada do instituto.

Anota Saint-Bonnet[22], no entanto, que a fórmula da "excepcionalidade" é mais precisa que a da "necessidade", que peca também por não fazer distinção entre as necessidades públicas normais e as necessidades irresistíveis. Conclui, nesse aspecto, que o conceito mais apropriado é o que põe ênfase na noção de exceção, seu modo de ser e seus personagens, conceito esse que melhor se traduz na expressão "estado de exceção".

Francisco Segado[23], referindo-se ao *estado de excepción* em um sentido amplo, o define como

> El conjunto de circunstancias, previstas, al menos genéricamente, en las normas constitucionales, que perturban el normal funcionamiento de los poderes públicos y amenazan a las instituciones y principios básicos del Estado y cuyo efecto inmediato es la concentración en manos del gobierno de poderes o funciones que, en tiempo normal, deben estar divididas o limitadas.

---

[19] AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção.* 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 15.
[20] VILLALÓN, Pedro Cruz. *Estados excepcionales y suspensión de garantías.* Madrid: Editorial Tecnos, 1984, p. 31.
[21] SAINT-BONNET, François. *L'État D'exception*. Paris: Presses Universitaires de France, 2001, p. 2.
[22] Ibid., p. 3.
[23] SEGADO, Francisco Fernández. *El estado de excepción en el derecho constitucional español.* Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 18.

Já J. J. Gomes Canotilho[24] adota a expressão "direito (ou estado) de necessidade", sem deixar de anotar que, independentemente do enunciado linguístico a ser adotado – "defesa da Constituição", "defesa de segurança e ordem públicas", "estado de excepção constitucional" –, o tema se encerra na

> [...] previsão e delimitação normativo-constitucional de instituições e medidas necessárias para a defesa da ordem constitucional em caso de situação de anormalidade que, não podendo ser eliminadas ou combatidas pelos meios normais previstos na Constituição, exigem o recurso a meios excepcionais.

Konrad Hesse[25] utiliza a expressão "estado de exceção", ressalvando, no entanto, que a expressão "situação de emergência estatal" é a "designação predominantemente empregada" nos dias de hoje. Para o autor, um estado de exceção verdadeiro

> [...] 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 rechaço ou eliminação somente com *meios excepcionais* é possível.

A esse conceito, Hesse[26] contrapõe a noção de *perturbação constitucional*, que indica não uma ameaça à existência do Estado e da Constituição por fatores exteriores, mas sim "[...] uma 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 suas funções, atribuídas a ele constitucionalmente".

Dentre os autores pátrios, Manoel Gonçalves Ferreira Filho[27] faz referência aos "grandes sistemas de defesa da constituição", que abarcariam as ditaduras, a lei marcial e os sistemas de legalidade especial (no qual se insere o estado de sítio), enquanto Aricê Moacyr Amaral Santos[28] trata do "direito das crises". Em obra mais recente, Gilberto Bercovici[29]

---

[24] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.085.

[25] HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p. 526.

[26] Para Hesse, a Constituição não deve ofertar prontos auxílios institucionais às situações de mera perturbação constitucional, pois tais auxílios não somente são inadequados para se opor eficazmente às ameaças, como também dão a impressão de que haveria outras saídas para a perturbação constitucional, que não o respeito à Constituição ordinária (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p. 526-527).

[27] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O estado de sítio na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 27-28.

[28] SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O estado de emergência.* São Paulo: Malheiros, 1981, p. 26-28.

[29] BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição:* poder constituinte, estado de exceção e os limites da teoria constitucional. 2005. 356 f. Tese (Concurso de Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 33.

emprega a expressão "estado de exceção", ainda que para apreciar a questão sob uma ótica mais abrangente.

Alexandre de Moraes[30] também reconhece a diversidade conceitual trazida por diferentes textos constitucionais, em regimes parlamentaristas, presidencialistas ou mistos, tais como lei marcial, estado de proteção extraordinária, estado de defesa, de alarme, de exceção, de emergência, de sítio e de guerra. Todas estas designações traduzem a excepcionalidade da suspensão de direitos fundamentais, em hipóteses igualmente excepcionais. Anota, no entanto, que essa limitação só será possível em uma democracia, quando sua finalidade última for a própria defesa dos direitos fundamentais, postos em perigo.

Não obstante a rica controvérsia acerca da terminologia adotada, parece-nos que o emprego da expressão "estado de exceção" afigura-se mais adequado à descrição do fenômeno objeto de estudo, quer por sua maior abrangência, quer por trazer, de plano, a noção essencial da *excepcionalidade* – em contraposição à ideia de *normalidade*. A necessidade, ou a emergência, são os pressupostos do instituto, mas não bastam para sua caracterização; a excepcionalidade, de seu turno, é a sua característica fundamental, reveladora de sua natureza jurídica. É a excepcionalidade que autoriza, em caráter temporário e precário, a adoção de um direito extraordinário. A expressão "medidas de exceção", ou "medidas excepcionais", por sua vez, mostra-se mais adequada para descrever as providências tomadas pelos governos na vigência do estado exceção.

Uma advertência, ainda, se faz necessária. A expressão "estado de exceção" é utilizada, com frequência, como sinônimo de negação do estado de direito, ou para designar os regimes autocráticos. No entanto, está-se, aqui, a tratar de um fenômeno jurídico diverso: o estado de exceção *constitucionalmente conformado*, cabível nas hipóteses previstas no ordenamento jurídico, dentro dos limites que esse lhe impõe. É só nesta perspectiva que faz sentido falar-se em um "sistema constitucional do estado de exceção".

Cumpre também justificar a opção pelo título "sistema constitucional do estado de exceção", destoante da terminologia mais comumente adotada pela doutrina brasileira recente - "sistema constitucional das crises". A noção contemporânea de estado de exceção remete, obrigatoriamente, à questão da suspensão temporária de direitos e garantias fundamentais. Este é o recorte que se pretendeu dar ao tema, limitado, na Constituição de 1988, ao estado de defesa e ao estado de sítio. Não se ignora a existência de institutos

[30] MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais.* 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 33.

correlatos, tais como a intervenção federal, a atuação das forças armadas para a garantia da lei e da ordem, o direito de requisição de bens particulares e, no âmbito tributário, algumas modalidades de empréstimo compulsório. Não obstante a existência de um pressuposto fenomenológico comum – a situação de grave crise -, nenhum dos institutos mencionados tem o condão de suspender direitos e garantias fundamentais. Assim, a nosso ver, um "sistema constitucional do estado de exceção" indica com maior exatidão o objeto em exame, enquanto que um "sistema constitucional das crises" está a indicar um objeto mais amplo, não limitado às formas clássicas de estado de exceção.

Giorgio Agamben[31] anota que muitos países, diante do fenômeno recente do terrorismo e de outras formas de ameaça à segurança interna, têm adotado restrições severas a direitos fundamentais, ainda que sem socorrer à declaração formal de um estado de exceção. A adoção de tais medidas se dá sem a observância dos pressupostos da emergência e, principalmente, sem a devida limitação temporal, conduzindo ao que o autor define como estado de exceção permanente ou estado de exceção como paradigma de governo.

Também Pedro Cruz Villalón[32] vê com reserva a tendência contemporânea de se incorporar ao direito ordinário, "de forma praticamente permanente", institutos até então considerados, por seu caráter, como específicos do direto de exceção.

Sem embargo da relevante discussão suscitada pelos autores, interessa ao presente estudo, exclusivamente, a hipótese de incidência formal do estado de exceção, tal como previsto no ordenamento – suas características, pressupostos, competências, princípios orientadores, instrumentos, consequências e formas de controle.

1.2 A INSERÇÃO DO DIREITO DE EXCEÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Situações de crise ou anormalidade são regidas, antes de tudo, pela dinâmica política, pelo antagonismo de forças beligerantes, onde não raro o direito se verga às circunstâncias

[31] Para Giorgio Agamben, "[D]iante do incessante avanço do que foi definido como uma 'guerra civil mundial', o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça transformar radicalmente – e, de fato, já transformou de modo muito perceptível – a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição. O estado de exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo." (AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção.* 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 13).

[32] VILLALÓN, Pedro Cruz. *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Madrid: Editorial Tecnos, 1984, p. 35.

de fato. O próprio retorno à situação de normalidade, desiderato de todas as medidas de exceção, é autêntica *quaestio facto*, e não uma questão jurídica[33].

Esse aspecto, da preponderância da realidade social e política, faz também com que os publicistas, de forma geral, dediquem pouca atenção à formulação de uma teoria geral do estado de exceção, no campo da teoria constitucional. Invoca-se, com frequência, as máximas *salus populi suprema lex est* (a saúde do povo é a lei suprema), de Cícero; *necessitas legem non habet* (a necessidade não tem lei), atribuída à Graciano; e *nécessité fait loi,* expressão dessa mesma ideia já na idade moderna.

Para François Saint-Bonnet[34], o estado de exceção se situa no coração da relação entre a pressão dos fatos e a estabilidade da ordem jurídica. Essa posição precária obriga a se determinar, a cada período, o ponto de desequilíbrio entre o direito público e o fato político.

Anota Giorgio Agamben[35] que

> [...] Se são fruto dos períodos de crise política e, como tais, devem ser compreendidas no terreno político e não no jurídico-constitucional (De Martino, 1973, p. 320), as medidas excepcionais encontram-se na situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito, e o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal.

O autor aponta a ausência de formulações teóricas mais abstratas sobre o estado de exceção, no campo do direito público. Essa mesma deficiência é notada por Gilberto Bercovici[36], para quem não só o estado de exceção, mas também o próprio Poder Constituinte, tema com que guarda estreita ligação, são tratados de forma marginal pela doutrina publicista.

Não obstante a ausência de uma teoria geral mais elaborada sobre o estado de exceção, sua evolução se fez acompanhar de uma consistente discussão doutrinária sobre a conveniência da incorporação de um direito de exceção no ordenamento positivo, bem como sobre as diversas formas em que tal incorporação poderia se dar.

---

[33] BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição:* poder constituinte, estado de exceção e os limites da teoria constitucional. 2005. 356 f. Tese (Concurso de Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 37.
[34] SAINT-BONNET, François. *L'État D'exception*. Paris: Presses Universitaires de France, 2001, p. 28.
[35] AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 11-12.
[36] BERCOVICI, Gilberto. Op. cit. p. 33.

Gilberto Bercovici[37] aponta que, na configuração inicial do estado moderno, houve forte resistência à previsão constitucional de um direito para situações excepcionais, pois a própria ideia de crise iria de encontro à "ilusão de perfeição do funcionamento das novas instituições liberais". Colaciona a doutrina de Benjamin Constant, para quem, no estado de necessidade, os governantes deveriam se ater ainda mais firmemente às leis e às garantias. Para Constant, a necessidade de salvar a constituição é sempre o pretexto encontrado pelos revolucionários para sua violação. Sob essa inspiração, a Constituição Belga de 1831, mais do que não prever um direito de exceção, vedava expressamente sua suspensão, em qualquer circunstância.

Na primeira metade do século XX, outra vertente, de matiz não liberal, passou a questionar a conveniência da positivação do estado de exceção – ou, ao menos, a defender sua normatização sob uma nova perspectiva. A obra *Die Diktatur*, de Carl Schmitt, inaugurou, em 1921, o debate sobre as "ditaduras constitucionais". Para o autor, a exceção representaria a manifestação máxima de soberania ("soberano é quem decide o estado de exceção"). Estando a soberania popular acima da própria constituição, a inserção do estado de exceção em seu texto não faria sentido, pois implicaria em tentativa de normatizar o que, por definição, não poderia ser normatizado. O estado de exceção, tal como o Poder Constituinte, emanaria da soberania, não se conformando a contornos constitucionais previamente estabelecidos.

Nos dias atuais, os defensores da não normatização do estado de exceção sustentam que a existência de uma fórmula legal para a restrição ou suspensão das garantias fundamentais, constitucionalmente abrigada, representaria uma tentação permanente para os governantes. Haveria o risco de manipulação das situações de crise, com vistas apenas a uma maior concentração de poder e prerrogativas.

Não obstante, a maioria dos autores contemporâneos se mostra favorável à incorporação do estado de exceção ao ordenamento jurídico, como salvaguarda da própria constituição, ou seja, como um mecanismo de autopreservação, em situações de crise.

Para J. J. Gomes Canotilho[38], a dificuldade em se normatizar o estado de exceção não pode servir de pretexto para "lançar as situações de necessidade para os espaços livres da

---

[37] BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição:* poder constituinte, estado de exceção e os limites da teoria constitucional. 2005. 356 f. Tese (Concurso de Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 201.
[38] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.099.

Constituição". Anota que a compatibilização do estado de necessidade com o Estado de direito democrático, constitucionalmente conformado, exige que a constituição fixe "os pressupostos, as competências, os instrumentos, os procedimentos e as consequências da constituição de exceção".

Giuseppe Marazzita[39] anota que

> L'alternativa al diritto d'emergenza è il non-diritto, ovvero sciogliere l'agire umano e l'esercizio dei pubblici poteri da qualsiasi vincolo predeterminato e democraticamente accettato. Il pericolo, in mancanza di una disciplina d'emergenza (oppure per la concreta possibilità di darvi attuazione), è che il fatto emergenziale divenga l'occasione per condurre la lotta politica al di fuori di qualsiasi regola sociale o per introdurre modifiche ordinamentali permanenti al di fuori dei procedimenti legali.

Para o autor[40], na ausência de um direito emergencial, as medidas emergenciais, em vez de estenderem a tutela de determinados valores e interesses primários também aos momentos extraordinários, podem ser utilizadas, sorrateiramente, para afirmar novos valores, ou para negar outros até então garantidos.

Pedro Cruz Villalón[41] percebe duas vantagens na incorporação, pela Constituição, de uma resposta às situações de crise: em primeiro lugar, mantém-se a eficácia formal da Constituição, ainda que como Constituição alternativa, evitando-se a imposição da força dos fatos; em segundo, facilita-se, dentro do possível, o retorno ordenado da Constituição legítima.

Para Konrad Hesse[42], é nos momentos de crise que se ressalta a força normativa da constituição. A norma, ao se impor às circunstâncias de fato adversas ao direito, revela seu verdadeiro vigor:

> Se os pressupostos da força normativa encontrarem correspondência na Constituição, se as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem, se, também em tempos difíceis, a Constituição lograr preservar a sua força normativa, então ela configura verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio.
>
> Não é, portanto, em tempos tranquilos e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida a sua prova de força. Em verdade, esta prova dá-se nas situações de emergência, nos tempos de necessidade. Em determinada medida, reside aqui a relativa verdade da conhecida tese de Carl Schmitt segundo a qual o estado de necessidade configura ponto essencial para a caracterização da força normativa da Constituição. Importante, todavia, não é verificar, exatamente durante o estado de necessidade, a superioridade dos fatos sobre o significado secundário do elemento

[39] MARAZZITA, Giuseppe. *L'Emergenza costituzionale*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 2003, p. 40-41.
[40] Ibid., p. 41.
[41] VILLALÓN, Pedro Cruz. *Estados excepcionales y suspensión de garantías.* Madrid: Editorial Tecnos, 1984, p. 18-19.
[42] HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição.* Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991, p. 25.

> normativo, mas, sim, constatar, nesse momento, a superioridade da norma sobre as circunstâncias fáticas.

Para o autor[43], a não previsão da hipótese de estado de necessidade, na redação original da Lei Fundamental de Bonn, representava não só uma indesejável lacuna[44], mas também uma limitação à sua força normativa.

Konrad Hesse[45] não ignora que a previsão expressa de uma regulamentação para o estado de exceção poderia incentivar sua instalação. Uma normatização dos regimes excepcionais facilitaria sua instauração, pois haveria respaldo jurídico para tal. No entanto, entende que, ainda assim, é mais conveniente a Constituição dispor de tal regramento, pois um estado de exceção sem norma constitucional que o discipline só vai encontrar limites na força dos fatos:

> Sem dúvida, a existência de competência excepcional estimula a disposição para que dela se faça uso. Esse perigo existe. Maiores riscos poderão advir, todavia, da falta de coragem de enfrentar o problema. Trata-se de um terrível engano imaginar que, por não ser esperada, uma ameaça não se deverá concretizar. Caso se verifique essa situação, faltará uma disciplina normativa, ficando a solução do problema entregue ao poder dos fatos.

Nos tempos de crise, a constituição jurídica pode se contrapor à realidade dos fatos; sua força normativa é que poderá afastar o arbítrio e a supressão de direitos.

1.3. OS DIFERENTES SISTEMAS DE ESTADO DE EXCEÇÃO

Manoel Gonçalves Ferreira Filho[46] identifica, nas situações de crise, diferentes sistemas de defesa da Constituição, que podem ser distribuídos em três grandes grupos.

Um primeiro grupo abrange os sistemas que se caracterizam pela suspensão, total ou parcial, da ordem constitucional, com a concentração de todo o poder em uma única pessoa, irresponsável pelos seus atos. São as ditaduras, situação em que se encaixam as antigas magistraturas romanas extraordinárias e, nos tempos modernos, os casos de suspensão da

---

[43] HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição.* Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991, p. 30.
[44] A obra de Hesse é de 1959, anterior, portanto, ao advento da 17ª Emenda da *Grundgesetz*, que introduziu o regramento do estado de necessidade *(Notstandverfassung)*.
[45] HESSE, Konrad. Op. cit. p. 31-32.
[46] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O estado de sítio na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 27.

Constituição, a exemplo do previsto pela Constituição Francesa do 22 Frimário do Ano VIII[47].

O segundo grupo também importa em concentração de poder em uma única pessoa, com capacidade de agir despoticamente. Ao contrário das ditaduras, no entanto, essa pessoa pode responder, *a posteriori*, por quaisquer abusos ou desvios, com seus bens ou mesmo sua liberdade. É o sistema da lei marcial, modalidade anglo-saxônica do estado de exceção. O estado de lei marcial é um estado de fato, no qual o Estado age de forma semelhante ao indivíduo que age em legítima defesa ou estado de necessidade. Daí porque se afirma que, nessa modalidade, não há suspensão de direitos, nem se altera a relação entre o indivíduo e o Estado – ainda que o executor da lei marcial possa agir despoticamente.

O terceiro e último grupo comporta os sistemas que admitem, nos termos da Constituição, a adoção de uma legalidade especial e transitória, para as situações de crise. Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho[48], o sistema de legalidade especial se caracteriza pela restrição dos direitos e garantias fundamentais e pela suspensão de certas liberdades individuais, como a suspensão do *habeas corpus* e a decretação do estado de sítio.

Comentando o estado de sítio previsto na Constituição de 1946, Manoel Gonçalves Ferreira Filho[49] observa que o mesmo comporta, ainda, duas categorias distintas: a simples e a qualificada. O estado de sítio simples decorre de comoção intestina grave ou de ameaça, e se caracteriza por permitir apenas a adoção das medidas taxativamente enumeradas no texto constitucional. Sua forma qualificada é aplicada em situações mais extremas – a guerra externa e a comoção intestina grave com caráter de guerra civil. Admite-se, nesses casos, a suspensão das garantias constitucionais que forem necessárias ao restabelecimento da ordem, devendo sua decretação, no entanto, declinar expressamente aquelas que permanecem em vigor.

Aricê Moacyr Amaral Santos[50] invoca a doutrina de Manoel Gonçalves Ferreira Filho para distinguir os sistemas de crise de acordo com a forma com que o ordenamento

---

[47] "Art. 92. Em caso de revolta à mão armada, ou de desordem que ameacem a segurança do Estado, a lei pode suspender, nos lugares e pelo tempo que determinar, o império da Constituição. Essa 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".

[48] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves Manoel Gonçalves. *O estado de sítio na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964., p. 64.

[49] Ibid., p. 150-151.

[50] SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O estado de emergência.* São Paulo: Malheiros, 1981, p. 34.

disciplina as medidas extraordinárias nas situações de emergência, sendo rígidos aqueles que as medidas de coação necessárias não podem exceder àquelas expressamente elencadas nas normas, e flexíveis os que não prescrevem as medidas de constrição aplicáveis para o restabelecimento da normalidade.

O sistema rígido tem como exemplo clássico o estado de sítio francês. O autor[51] anota que as constituições brasileiras de 1891, 1934, 1946 e 1967 encamparam as linhas mestras desse instituto, sem mencionar, contudo, os casos de estado de sítio qualificado, de que trata Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

O sistema flexível encampa duas instituições distintas: a lei marcial, de matiz anglo-norte-americana, e os poderes excepcionais do Presidente, que têm sua maior expressão na Constituição Francesa de 1958.

Aricê Moacyr Amaral Santos[52] observa que a compatibilidade da lei marcial com a ordem constitucional é controvertida: para alguns autores, a lei marcial suspende a Constituição, que só restabelece sua eficácia com o fim do estado de beligerância; para outros, a lei marcial encontra seu fundamento de validade na própria Constituição, que permite a invocação de legislação especial para tempos de guerra. A lei marcial não restringe as medidas que podem ser adotadas na sua vigência, mas o emprego da força deve ser proporcional ao necessário para rechaçar a agressão, sendo que eventuais excessos podem ser posteriormente punidos.

Os poderes excepcionais do Presidente, nos termos em que disciplinado pela Constituição Francesa de 1958, permitem que o mesmo adote as medidas urgentes, exigidas pelas circunstâncias, dotando os poderes públicos dos meios necessários ao desempenho de sua missão. Ao Presidente compete conhecer e aferir a existência de grave crise, assim como, sem qualquer limitação jurídica prévia, decretar as medidas que entenda adequadas para a superação da crise. Aricê Moacyr Amaral Santos[53] observa que essas prerrogativas devem ser compreendidas no contexto mais amplo da Constituição Francesa de 1958, que eleva o Presidente da República à posição de árbitro do poder estatal, com extensas competências e atribuições.

---

[51] A Constituição de 1824 se caracterizou pela adoção do modelo anglo-francês, e a Constituição de 1937 concebeu dois institutos diferentes: o estado de emergência e o estado de guerra (SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O estado de emergência*. São Paulo: Malheiros, 1981, p. 70-71).
[52] SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O estado de emergência*. São Paulo: Malheiros, 1981, p. 38.
[53] Ibid., p. 48.

Já J. J. Gomes Canotilho[54] identifica quatro padrões básicos de constitucionalização das situações de necessidade: poderes implícitos, cláusula de plenos poderes, constitucionalização do direito de necessidade e *bill de idemnidade*.

O expediente dos poderes implícitos é utilizado nas constituições em que há simples indicação dos órgãos de soberania competentes para, em situações de emergência, adotar medidas necessárias ao restabelecimento da normalidade. É o caso da Constituição norte-americana.

A previsão de uma cláusula de plenos poderes, ou uma cláusula de ditadura, importa, em linhas gerais, em delegação temporária de competências extraordinárias ao Poder Executivo, pelos demais poderes. Os exemplos mais notórios são o art. 48 da Constituição de Weimar e o art. 16 da Constituição Francesa de 1958.

Outros regimes optam por uma regulamentação jurídico-constitucional completa das situações de excepcionalidade, contendo as competências, pressupostos, formas, limites e efeitos da anormalidade. É o padrão que J. J. Gomes Canotilho identifica, por exemplo, em Portugal, Alemanha, Espanha e Brasil.

Por fim, há os regimes que fixam prerrogativas a favor do Executivo, com posterior *bill de indemnidade* (ato do Parlamento que legaliza ato irregular do Executivo, exonerando as responsabilidades correlativas). É a solução adotada pelo direito constitucional inglês.

Para Pedro Cruz Villalón[55], há cinco modelos básicos de direito de exceção: o estado de necessidade, o estado excepcional, a ditadura constitucional, a "terceira categoria" e a incorporação ao direito ordinário de instituições próprias do direito de exceção.

O estado de necessidade tem lugar nos regimes em que a Constituição não prevê nenhum instituto para enfrentar uma situação de crise. Geralmente, essa é uma opção consciente do constituinte, que rejeita a hipótese de suspensão da Constituição, como, por exemplo, na Constituição Belga de 1931[56]. A resposta mais consistente à lacuna criada pela ausência de um direito de exceção é a exoneração parlamentar dos poderes públicos que tenham necessitado infringir a lei, por meio de uma lei de idemnidade (*bill of indemnity*).

O estado excepcional consiste no direito de exceção baseado na manutenção substancial da ordem constitucional, inclusive em situações de crise, porém, com a previsão

---

[54] CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.092-1093.
[55] VILLALÓN, Pedro Cruz. *Estados excepcionales y suspensión de garantías.* Madrid: Editorial Tecnos, 1984, p. 28-35.
[56] Ibid., p. 28-29.

de uma série de competências extraordinárias taxativamente enumeradas, que supõe a suspensão da Constituição em algumas de suas extremidades. Seu pressuposto essencial é a tipificação da emergência, cuja manifestação clássica é a insurreição à mão armada, e seus efeitos são reduzidos ao necessário para seu enfrentamento, como a suspensão de determinadas liberdades públicas e a formação de tribunais militares. Pedro Cruz Villalón[57] identifica quatro elementos integrantes do direito de exceção: i) a definição da situação de emergência; ii) a determinação da competência para verificar sua ocorrência e declarar o estado excepcional; iii) a determinação das medidas a serem tomadas no estado excepcional, taxativamente enumeradas; e iv) eventualmente, uma série de garantias adicionais, para o caso de utilização abusiva das competências extraordinárias derivadas do estado de exceção.

A ditadura constitucional, modelo alternativo básico ao estado excepcional, caracteriza-se pela possibilidade de concentração de todos os poderes do estado em uma única magistratura, ante uma situação emergencial. Diversamente do estado excepcional, na ditadura constitucional se desiste de tentar prever as possíveis situações de crise, renunciando-se, em consequência, à tentativa de delimitar os efeitos que as necessidades derivadas da situação de emergência possam ter sobre o ordenamento constitucional. Ao invés de trazer uma relação taxativa das medidas suscetíveis a serem adotadas, a ditadura constitucional embute uma "cláusula geral", que permite a tomada de quaisquer medidas que se façam necessárias para a superação da situação de crise.

Pedro Cruz Villalón[58] identifica, ainda, um *tertium genus*, uma modalidade intermediária entre o estado excepcional e a ditadura constitucional. Seu ponto de partida é o mesmo das ditaduras constitucionais, isto é, o reconhecimento da impossibilidade de se tipificar, nas condições do mundo moderno, a natureza e as dimensões das situações de crise, e, portanto, a inviabilidade de se estabelecer um rol taxativo de medidas cabíveis. No entanto, esse modelo se diferencia das ditaduras constitucionais, por apresentar as seguintes características: 1) separação das competências de declaração do estado de exceção das competências extraordinárias decorrentes do mesmo; 2) definição de um último núcleo da Constituição insuscetível de suspensão; 3) reforço das garantias frente ao uso incorreto do instituto (como, por exemplo, a criação de comissões de investigação da sua utilização).

---

[57] VILLALÓN, Pedro Cruz. *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Madrid: Editorial Tecnos, 1984, p. 32.
[58] Ibid., p. 34-35.

Por fim, Pedro Cruz Villalón[59] traz como modelo básico de direito de exceção a incorporação ao direito ordinário de instituições próprias do direito de exceção. Refere-se à questionável tendência contemporânea de trazer ao ordenamento normal, de forma praticamente permanente, institutos próprios do estado de exceção, como, por exemplo, a limitação permanente da inviolabilidade das comunicações.

Francisco Segado[60] não propõe, exatamente, uma classificação de diferentes sistemas de crise, mas identifica uma pluralidade de instituições de caráter excepcional ou extraordinário, com características próprias, dentre as quais destaca cinco: a suspensão de garantias constitucionais; o estado de sítio, de guerra e a lei marcial; o direito de intervenção do Executivo dos Estados federais nos Estados membros; os plenos poderes; e a ditadura.

A suspensão de garantias constitucionais é encontrada em várias constituições e se fundamenta na necessidade de preservar as instituições fundamentais do Estado e de proteger os poderes públicos contra as perturbações de ordem interior ou dos perigos de um ataque exterior. Essa suspensão não implica no estabelecimento de uma nova legislação, mas sim na restrição ao exercício de alguns direitos individuais. Apenas podem ser objeto de suspensão aquelas garantias cuja prática representem obstáculo à manutenção da ordem pública ou os direitos que imponham limites à ação do Poder Executivo. A suspensão só pode se dar por um breve período de tempo, e as autoridades devem agir em consonância com as leis de ordem pública vigentes.

O estado de sítio é um regime jurídico excepcional próprio de circunstâncias de crise ou exceção, destinado a possibilitar a superação das dificuldades derivadas dessa circunstância[61]. De origem francesa, o estado de sítio pode ser real (ou militar), quando houver o cerco de uma localidade por forças inimigas, ou fictício (ou político), que nada mais é do que um regime particular de redução de liberdades públicas. O estado de sítio pretende assegurar e manter a ordem e a tranquilidade pública, e não facilitar o desenvolvimento de uma contenda militar, no que difere do estado de guerra. No estado de guerra, ainda, modificam-se as relações entre o Legislativo e Executivo, pois a direção política da guerra demanda uma concentração política de governo.

---

[59] VILLALÓN, Pedro Cruz. *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Madrid: Editorial Tecnos, 1984, p. 35.
[60] SEGADO, Francisco Fernández. *El estado de excepción en el derecho constitucional español.* Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 26-47.
[61] Ibid., p. 28.

A lei marcial, de sua vez, é instituição típica dos países anglo-saxônicos, e complementa, nesses países, a suspensão do *habeas corpus*, como instrumentos aptos ao enfrentamento das situações de crise. A lei marcial implica não só em modificação da relação entre o Executivo e o Legislativo, mas também as relações entre diferentes órgãos do Executivo, com outorga de atribuições da autoridade civil para a autoridade militar. Sob a lei marcial, não só os delitos militares são julgados por tribunais militares, mas também os delitos comuns que afetem a ordem pública[62].

Francisco Segado[63] insere entre as instituições de caráter excepcional, ainda, o direito de intervenção do Executivo dos Estados federais, identificando na América Latina, nos Estados Unidos e na Alemanha seus exemplos mais característicos. Assinala que esse instituto se tornou prática habitual na América Latina, com grave prejuízo ao princípio federativo.

A instituição de plenos poderes se caracteriza pela concentração, no Executivo, de todos os poderes de caráter civil, em especial os Poderes Legislativos. Francisco Segado[64] registra sua ocorrência, com frequência, também na América Latina, trazendo o exemplo do art. 166 da Constituição Brasileira de 1937, que atribuía plenos poderes ao presidente em caso de ameaça externa ou iminência de perturbações internas.

Para o autor, os plenos poderes não se confundem com a suspensão das garantias constitucionais, pois, nesse último caso, afetam-se apenas as garantias taxativamente enumeradas. Além disso, mesmo que a suspensão de garantias importe em robustecimento das funções preventivas e repressivas do Poder Executivo, não se verifica delegação alguma de prerrogativas legislativas ao mesmo. Também diferem os plenos poderes do estado de sítio, pois nesse se sobressai o aspecto da diminuição das liberdades individuais, sendo possível a intervenção do exército, com transferência de poderes às autoridades militares e vigência de leis especiais militares. A distinção entre plenos poderes e ditadura constitucional, porém, é praticamente inexistente.

A ditadura constitucional, para Francisco Segado[65], é uma forma de exceção, e não um regime distinto, pois, desde a tradição romana, constitui uma forma de defesa ativa da Constituição. Esse instituto se manifesta, na contemporaneidade, como concessão de

---

[62] SEGADO, Francisco Fernández. *El estado de excepción en el derecho constitucional español.* Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 26-47. p. 32-33.
[63] Ibid., p. 34-35.
[64] Ibid., p. 38-40.
[65] Ibid., p. 41-42.

poderes extraordinários a um órgão, sob o título de "leis de defesa". Difere dos plenos poderes por não estar prevista (a ditadura) na Constituição. O autor invoca, ainda, a distinção que Carl Schmitt faz entre a ditadura comissária, que suspende a Constituição, em concreto, para proteger sua existência, e ditadura soberana, que pretende eliminar o ordenamento vigente.

Diversas outras sistematizações, com diferentes critérios, poderiam ser aqui colacionadas. O propósito de trazer algumas dessas categorizações não é outro senão o de aclarar as diferentes características dos estados de exceção, com vistas a melhor compreender o sistema das crises prescrito na Constituição de 1988. Esse sistema, em seus aspectos gerais, pode ser facilmente identificado como *sistema de legalidade estrita*, tal como proposto por Manoel Gonçalves Ferreira Filho; como *sistema rígido*, na sugestão de Aricê Moacyr Amaral Santos, e como *modelo de constitucionalização plena do direito de necessidade*, como preconiza J. J. Gomes Canotilho.

O sistema de crises brasileiro, no entanto, apresenta uma particularidade, bem anotada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho[66]: prevê um estado de sítio qualificado, isto é, um estado de sítio decorrente de declaração de estado de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira (art. 137, II), no qual não há relação das medidas excepcionais passíveis de adoção. Em tese, qualquer medida poderia ser tomada, ou qualquer direito poderia ser suspenso, bastando a verificação de três requisitos: a) necessidade à efetivação da medida; b) deliberação específica do Congresso Nacional a respeito, quando da autorização da decretação; e c) previsão expressa no decreto presidencial[67].

Nesse caso, o sistema das crises de 1988 conteria autêntica "cláusula geral", aproximando-se, nessa parte, da descrição de ditadura constitucional de Pedro Cruz Villalón. No entanto, outros princípios e normas informam o sistema das crises da Constituição de 1988, limitando a atuação estatal mesmo nas situações de guerra.

---

[66] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O estado de sítio na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 150-151.

[67] MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 1634.

CAPÍTULO 2 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO EXCEÇÃO

A preocupação com o estado de exceção nasce quase que conjuntamente com o Estado constitucional moderno. Esse, por óbvio, seria um tema totalmente estranho ao Estado absolutista, que – ocioso dizer – desconhecia o constitucionalismo e pouca ou nenhuma atenção dedicava à proteção dos direitos e das garantias fundamentais.

Sabe-se, no entanto, que diversos povos, em diferentes épocas, buscaram disciplinar as situações de distúrbios e sedições, no intuito de preservar suas instituições políticas. Anota Pontes de Miranda[68] que hebreus, cartagineses e gauleses já previam a eleição, em determinadas circunstâncias, de magistraturas com poderes extraordinários.

Essa prática, no entanto, foi de fato sistematizada pelos romanos, que cuidaram de traçar seus contornos de forma mais elaborada.

2.1 A DITADURA ROMANA

2.1.1 Ditadura clássica

A República Romana, desde 501 a.C., previa a instituição de uma magistratura extraordinária – uma ditadura[69] – nos casos de invasão inimiga. O ditador avocava para si o poder de todas as outras magistraturas, mesmo as colegiadas. Esse modelo, que vigorou até a Segunda Guerra Púnica, em 216 a.C., é conhecido como ditadura clássica.

---

[68] MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, Tomo 5, p. 629-630.

[69] Cabe salientar que a percepção de ditadura da antiguidade clássica difere da noção contemporânea, de ditadura como contraposição à democracia. Para Norberto Bobbio, o termo que melhor expressa a negação ou a ausência da democracia é a autocracia. O autor distingue, ainda, a ditadura da tirania e do despotismo. As três formas de poder são monocráticas, com concentração de poder absoluto em uma única pessoa, mas a tirania é ilegítima e não necessariamente temporânea; o despotismo é legítimo, mas não temporâneo; e a ditadura é simultaneamente legítima e temporânea. O fundamento de legitimidade do despotismo é de natureza histórico-geográfica, ao passo que a legitimidade da ditadura deriva do estado de necessidade. (BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade:* por uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2012 p. 160). Também Carl Schmitt observa que os humanistas da Renascença não abordavam o tema da ditadura sob a ótica da teoria do direito constitucional, mas sim como um dos temas clássicos das formas de governo; para esses autores, a ditadura era uma sábia invenção da República Romana, que preservava o *imperium* em tempos de insegurança. Esse entendimento da ditadura permaneceu intacto, em seus termos gerais, até o século XIX (SCHMITT, Carl. *Dictatorship:* from the beginning of the modern concept of sovereignty to the proletarian class-struggle. Cambridge: Polity Press, 2014, p. 1).

Ainda que, originariamente, a ditadura tenha surgido para combater ameaças externas (*rei gerundae causa*), logo ela passou a ser adotada também para aplacar distúrbios internos, sendo aí reputada *dictatura seditionis sedandae*. Posteriormente, permitiu-se a instalação da ditadura para propósitos específico, como para a organização de assembleia popular (*comitiorum habendorum*), para presidir uma investigação, para a determinação de festividades públicas, etc.[70]

Na ditadura clássica, os cônsules elegiam um magistrado excepcional, a quem outorgavam amplos poderes, e cujo mandato se consumia com o fim da guerra ou revolta, ou com o decurso do prazo de seis meses – de acordo com o que ocorresse primeiro. Durante sua vigência, o ditador era irresponsável por seus atos, e sua figura se assemelhava a do rei, embora preponderasse seu caráter militar (*magister populi*). No entanto, o ditador não poderia modificar as leis da República, que retomavam seu vigor, assim que findo o período ditatorial[71].

Manoel Gonçalves Ferreira Filho[72] ressalta que a proclamação da ditadura importava na suspensão de duas importantes instituições romanas: a *intercessio*, que impedia que os demais magistrados se opusessem às decisões do ditador, e a *provocatio ad populum*, que abolia a apelação das sentenças penais – inclusive as que decretavam pena capital.

2.1.2 Ditadura consular

A partir de 216 a.C., ainda no período republicano, com as derrotas impingidas a Roma pelos cartagineses, a ditadura clássica cedeu lugar à ditadura consular. Na ditadura consular, eram os próprios cônsules que eram investidos de poderes excepcionais, e não um magistrado por eles escolhido.

O Senado detinha a prerrogativa de editar o *extremum atque ultimum senatus consultum,* o ato extremo que reconhecia a situação de excepcionalidade e que investia os cônsules de poderes excepcionais de ditadura, sob a máxima *dent operam consules ne quid*

---

[70] SCHMITT, Carl. *Dictatorship:* from the beginning of the modern concept of sovereignty to the proletarian class-struggle. Cambridge: Polity Press, 2014, p. 1-2.
[71] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O estado de sítio na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 33-34.
[72] Ibid., p. 34-36.

res publica detrimenti capiat (que ajam os cônsules para que a república não sofra nenhum dano).

Os poderes eram delegados aos cônsules, mas o Senado não abdicava de suas prerrogativas políticas e de suas funções ordinárias, permanecendo como centro de gravidade da República[73].

Manoel Gonçalves Ferreira Filho[74] observa que, não obstante a preservação do papel político do Senado na ditadura consular, os poderes conferidos aos cônsules eram vastíssimos, muito diversos dos verificados nas medidas excepcionais contemporâneas. Esses poderes advinham, principalmente, dos decretos que acompanhavam o *senatus-consulto ultimum.* O decreto *tumultus* convocava os cidadãos romanos às armas, em situações de distúrbio. O decreto *justitium* suspendia todos os processos legais perante a magistratura ordinária (inclusive os negócios particulares), por prazo de 4 a 20 dias. Havia, ainda, o decreto *contra Republicam*, que apontava fatos criminosos e reputava seus autores como *hostes*[75] (inimigos da pátria), imediatamente destituídos da condição de cidadãos romanos.

Nos estertores do período republicano, a ditadura romana acabou sendo desfigurada, convertendo-se em manto cobertor de tiranias instituídas pela força das armas. Primeiro, pelo general Sila, convertido em ditador em 82 a.C., e posteriormente por Júlio Cesar, proclamado ditador perpétuo de Roma em 48 a.C.

Essa corrupção do instituto romano foi percebida pelo historiador Plutarco, que assinalou, na sua célebre biografia de Júlio César, escrita por volta do sec. I d.C., que sua investidura como ditador perpétuo indicava, na verdade, uma tirania, "(...) pois à autoridade sem controle acrescentava-se a garantia de nunca ser substituído" [76]. Tal foi sua desvirtuação que, logo após o assassinato de Júlio César, em 44 a.C., o instituto foi extinto, por iniciativa de Marco Antônio[77].

---

[73] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O estado de sítio na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 35.
[74] Ibid., p. 35-36.
[75] Para Alberico Gentili, "[A] palavra *hostis* era usada em Roma para designar o forasteiro que tivesse igualdade de direitos com os romanos. Na verdade, *hostire* não quer dizer outra coisa que igualar, de onde *redhostire*, agradecer; *hostimentum*, permuta; *historium lignum*, rasoura, e assim *hostis* indica a pessoa contra a qual é feita a guerra e que é igual à outra" (GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra.* Ijuí: Unijuí, 2005, p. 61-62).
[76] PLUTARCO. *Alexandre e César:* as vidas comparadas dos maiores guerreiros da Antiguidade. Nova Fronteira: Rio de Janeiro, 2016, p. 162.
[77] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit. p. 31-32.

2.2 O DIREITO DE EXCEÇÃO NO ESTADO MODERNO

A Idade Média trouxe pouca ou nenhuma contribuição ao estado de exceção, principalmente em razão da organização político-social desse período, marcada pelo feudalismo e pela relativa insipiência dos centros urbanos. As guerras e os distúrbios internos eram regidos pela dinâmica dos fatos, sem maiores preocupações jurídico-filosóficas quanto à legitimidade da ação dos soberanos em tais situações[78].

Não obstante, Giorgio Agamben[79] identifica, na *Summa theologica* de Tomás de Aquino, do séc. XIII, a formulação de um princípio de necessidade, capaz de justificar a dispensa da lei pelo príncipe ou, na falta deste, pelo homem comum (*Prima secundae, q. 96, art. 6: utrum ei qui subditur legi, liceat praeter verba legis agere*):

> Se a observância literal da lei não implicar um perigo imediato ao qual seja preciso opor-se imediatamente, não está no poder de qualquer homem interpretar que coisa é útil ou prejudicial à cidade; isso é competência exclusiva do príncipe que, num caso do gênero, tem autoridade para dispensar a lei. Porém, se houver um perigo iminente, a respeito do qual não haja tempo para recorrer a um superior, a própria necessidade traz consigo a dispensa, porque a necessidade não está sujeita à lei.

A partir do século XIV, a ascensão das cidades-Estado na Itália trouxe grande concentração de poderes aos seus príncipes, cujo exercício se fundava em formulações teóricas mais sofisticadas, elaboradas pelos filósofos do Renascimento. A atuação estatal, tanto em relação aos Estados vizinhos como em relação a seus próprios súditos, passou a adotar o critério da *ragione di Stato*. As razões de estado justificavam a adoção de quaisquer medidas, contra estrangeiros ou mesmo contra a própria população, principalmente em situações em que a própria sobrevivência do reino estivesse em risco. Vicejou, com máxima força, a noção de que *la nécessité fait loi.*

Na Inglaterra, o direito costumeiro consagrou a lei marcial (*martial law*), compreendida, em linhas gerais, como a prerrogativa da Coroa de repelir, pelo uso da força, as invasões estrangeiras e as insurreições internas. Gilberto Bercovici[80] aponta que a lei

---

[78] Francisco Segado aponta, no entanto, que mesmo nesse período se pode reconhecer alguns procedimentos de concentração de poderes em determinadas pessoas. Os comissários extraordinários eram nomeados pelos príncipes e detinham a prerrogativa régia de determinar quando uma situação excepcional poderia requerer medidas excepcionais (SEGADO, Francisco Fernández. *El estado de excepción en el derecho constitucional español.* Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 50).

[79] AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção.* 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 41.

[80] BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição:* poder constituinte, estado de exceção e os limites da teoria constitucional. 2005. 356 f. Tese – Concurso de Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Direito Constitucional – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 203.

marcial não poderia existir em tempos de paz, e que sua vigência independia de proclamação. Para amparar a atuação das autoridades durante a lei marcial, foi editado, em 1714, o *Riot Act*, considerado o primeiro modelo jurídico de regulamentação de motins ou perturbações da ordem da era moderna[81]. Segundo esse diploma, a desobediência às ordens de dissolução de tumulto era tipificada como crime de felonia. As autoridades, em tais situações, eram isentas de responsabilidade por danos decorrentes do emprego da força no restabelecimento da ordem (*indemnity*)[82].

Na França, a Lei de 21 de outubro de 1789 (*Loi Martiale* ou *Décret contre les Attroupements*), de inspiração inglesa, foi editada para enfrentar os distúrbios de Paris, sendo posteriormente ampliada pelas Leis de 23-26 de fevereiro de 1790 (*Décret concernant la Sûreté des Personnes, des Propriétés et la Perception des Impôts*), de 2-3 de junho de 1790 (*Décret concernant les Poursuites à Exercer contre les Individus qui Séduisent, Trompent et Soulèvent le Peuple*) e de 26 de julho de 1791 (*Décret relatif à la Réquisition et à l'Action de la Force Publique contre les Attroupements*)[83].

No entanto, bem observa J. J. Gomes Canotilho[84] que, diversamente da lei marcial inglesa, que importava na sujeição a cortes militares dos delitos cometidos por militares[85], a lei marcial francesa era uma lei de autorização das forças armadas no interior do país, contra os próprios nacionais, para fins de repressão de tumultos geradores de intranquilidade pública.

O Decreto de 8 de julho de 1791, da Assembleia Constituinte Francesa, trouxe pela primeira vez a distinção entre o *état de paix*, no qual a autoridade civil e a autoridade militar agiam cada uma na sua própria esfera; o *état de guerre*, em que a autoridade civil deveria agir em consonância com a autoridade militar, e o *état de siège*, situação intermediária na

---

[81] Mesmo após o advento do *Riot Act*, Gilberto Bercovici observa que o instrumento de exceção mais utilizado pelos ingleses, como forma de prevenir revoluções, continuou a ser a suspensão do *habeas corpus* (BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição:* poder constituinte, estado de exceção e os limites da teoria constitucional. 2005. 356 f. Tese – Concurso de Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Direito Constitucional – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 204).
[82] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.087.
[83] BERCOVICI, Op. cit., p. 204.
[84] CANOTILHO, Op. cit., p. 1.088.
[85] J. J. Gomes Canotilho também anota que a lei marcial inglesa foi estendida, posteriormente, a outros setores da população, contra o que se insurgiu a *Petition of Rights*, de 1618, ao argumento que tal alargamento subtraía competência dos tribunais ordinários e seu processo correspondente (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1088).

qual todas as atribuições referentes à manutenção da ordem e da polícia passavam para o comando militar[86].

Giorgio Agamben[87] identifica nesse decreto a origem do estado de sítio moderno.

Para J. J. Gomes Canotilho[88], o estado de sítio introduzido pela lei francesa de 1791 era, em alguma medida, mais grave do que o estado de guerra, pois independia de qualquer decreto de declaração, legislativo ou real. Legitimava-se, tão somente, no fato do ataque ou do assédio, a ensejar, automaticamente, a transferência das atribuições de mantença da ordem para a autoridade militar.

A Lei de 4-5-8 de julho de 1792 (*Décret que Fixe les Mesures à Prendre quand la Patrie est en Danger*) trouxe a concepção de emergência nacional, levando os jacobinos a revogar, em 23 de junho de 1793, a lei marcial instituída em 1789. Em 21 de março de 1795, no entanto, a lei marcial foi restaurada (*Loi de Grande Police*)[89].

O governo do Diretório ampliou os poderes de exceção, pelas Leis de 27 de agosto de 1797 e de 5 de setembro de 1797 (leis de 10 e de 19 de frutidor do ano V, no Calendário Republicano Francês), atribuindo-se competência para declarar uma determinada cidade em estado de sítio.

Essas leis, fundamentais para o estabelecimento do estado de exceção moderno, criaram a figura do *état de siège fictif* ou *politique* (fictício ou político), aplicável às desordens internas, independentemente da verificação de ameaça de origem externa[90].

Anota Giorgio Agamben[91] que, a partir dessa criação francesa – o estado de sítio político ou fictício –, o estado de exceção vai progressivamente se distanciando das situações de guerra, para ser aplicado como medida extraordinária de polícia, em situações de desordem e sedições internas.

---

[86] AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção.* 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 16.
[87] Ibid. p. 16.
[88] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.088.
[89] BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição:* poder constituinte, estado de exceção e os limites da teoria constitucional. 2005. 356 f. Tese (Concurso de Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 204-205.
[90] Para Gilberto Bercovici, com as leis de frutidor do ano V, o Diretório se torna um regime de exceção, destituindo de sentido a lei marcial (BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição:* poder constituinte, estado de exceção e os limites da teoria constitucional. 2005. 356 f. Tese (Concurso de Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 205).
[91] AGAMBEN, Op. cit., p. 16.

J. J. Gomes Canotilho[92] identifica três momentos distintos, na evolução do estado de sítio militar para o estado de sítio político: (1) aplicação do estado de sítio a cidades abertas, e não apenas a praças de guerra; (2) declaração do estado de sítio, o que representaria uma ficção jurídica, vez que o estado de sítio deixaria de se fundar em situação de fato, ou seja, em uma necessidade real, para se basear em um ato de vontade estatal; e (3) regulamentação jurídica, positiva e negativa, com a enumeração dos direitos individuais a serem suspensos e a positivação das competências das autoridades militares na situação de exceção.

A Constituição de 22 Frimário do ano VIII (Constituição de 13 de dezembro de 1799) trouxe, pela primeira vez, a previsão normativa de suspensão da própria Constituição, em seu célebre artigo 92:

> Dans les cas de révolte à main armée ou de troubles qui menaceraient la sécurité de l'État, la loi peut suspendre, dans le lieux et pour le temps qu´elle détermine, l'empire de la constitution. Cette suspension peut être provisoirement déclarée dans les mêmes cas par un arrêté du gouvernement, le corps législatif étant en vacances, pourvu que ce corps soit convoqué au plus court terme par un article du même arrêté.

Permitia-se, assim, que determinada localidade fosse declarada "fora da Constituição" (*hors la constitution*), pelo tempo que a lei determinasse. Curiosamente, essa suspensão da Constituição se dava por meio de lei ordinária, ou mesmo por ato do governo, estando de férias o corpo legislativo.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho[93], a suspensão da Constituição, tal como instituída no art. 92 da Constituição Francesa de 1799, era a forma de defesa da Constituição que mais se aproximava da ditadura romana. Representava, assim, uma grave ameaça à ordem constitucional, ao permitir a instauração de um poder absoluto, sem freios, ainda que por prazo fixo e em regiões determinadas. O autor[94] identifica nesse dispositivo a influência doutrinária de Sieyès, aliada ao caráter autoritário e antiliberal de Napoleão, que então concentrava os poderes do Executivo, na condição de primeiro cônsul.

O senatus-consulto do 14 Termidor do ano X (2 de agosto de 1802) atribuiu a Napoleão o consulado vitalício. Apenas dois dias depois, foi editado o senatus-consulto do 16 Termidor do ano X (4 de agosto de 1802), limitando ao Senado, e não mais a todo o corpo

---

[92] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003 p. 1.088.
[93] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O estado de sítio na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 40-41.
[94] Ibid., p. 40.

legislativo, o poder de suspender a Constituição. Reforçou-se, assim, seu caráter autoritário, tanto mais porque se manteve, ainda, a prerrogativa de o governo fazê-lo por si próprio, durante o recesso parlamentar[95].

Em 18 de maio de 1804, Napoleão foi nomeado Imperador da França, adotando o nome de Napoleão I. O Decreto de 24 de dezembro de 1811, por si editado, reforçou o *état de siège fictif*, tornando competente para sua decretação o próprio Imperador, quando necessário para a pacificação de distúrbios, independentemente de uma situação de efetivo cerco ou ameaça externa a determinada cidade[96].

Giorgio Agamben[97] anota que, a rigor, o estado de sítio não se confunde com a suspensão da Constituição: o primeiro tem por paradigma a transferência de poderes da esfera civil para a militar, ao passo que o segundo trata da suspensão das liberdades individuais. No entanto, ambos os modelos convergem para o mesmo fenômeno jurídico – o estado de exceção.

J. J. Gomes Canotilho[98] observa que o estado de sítio, ao assumir sua forma fictícia, se transforma em "pressuposto de suspensão das liberdades, que assim deixam de constituir obstáculos jurídico-constitucionais para as autoridades militares".

A Carta Francesa de 4 de junho de 1814, editada após a restauração da dinastia Bourbon, no transcurso do Congresso de Viena, atribuiu ao soberano, em seu art. 14, o poder de "fazer os regulamentos e os decretos necessários para a execução das leis e a segurança do Estado". A vagueza da fórmula adotada foi, então, objeto de severas críticas, mas o ato adicional de 22 de abril de 1815 aclarou seu conteúdo, reservando expressamente a declaração do estado de sítio à edição de lei[99].

A Constituição de Bayona, primeira constituição espanhola escrita, promulgada em 8 de julho de 1808, decorreu de um projeto apresentado por Napoleão, submetido a uma assembleia de espanhóis notáveis. Seu art. 38 reproduziu o controvertido art. 92 da Constituição Francesa de 1799, instituindo-se, também na Espanha, a possibilidade de suspensão da Constituição.

---

[95] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O estado de sítio na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 41.
[96] AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção.* 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 15.
[97] Ibid., p. 17.
[98] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.088.
[99] AGAMBEN, Giorgio. Op. cit., p. 24-25.

Seguiu-se à Constituição de Bayona a Constituição Espanhola de Cádiz, de 1812, de nítido teor liberal, que revogou a possibilidade de suspensão da Constituição. Não obstante, seu art. 308 previa que, em circunstâncias extraordinárias, se a segurança do Estado assim o exigisse, poderiam as Cortes (o Parlamento), por tempo determinado, suspender algumas formalidades para a prisão de delinquentes. Embora esse dispositivo tenha sido, então, bastante criticado, Francisco Segado[100] anota que as Cortes espanholas adotaram interpretação bastante restritiva do preceito.

Comentando a Constituição Portuguesa de 1822, J. J. Gomes Canotilho[101] observa que a mesma não chega a apresentar um modelo de regulamentação das situações de necessidade, muito embora esteja presente a ideia de defesa do Estado, em dispositivos referentes às restrições ao poder do rei e às detenções preventivas. De forma semelhante à Constituição Espanhola de 1812, permitia-se, "nos casos de rebelião declarada ou invasão de inimigos", "por especial decreto das Cortes", a dispensa de formalidades relativas à prisão de delinquentes (art. 211).

A Carta Portuguesa de 1826, de seu turno, previa a suspensão das garantias individuais nos casos de rebelião, ou invasão de inimigos, mas vedava expressamente a possibilidade de suspensão da Constituição. Permitia-se, apenas, a dispensa de algumas formalidades que garantiam a liberdade individual (art. 145, §33 e §34)[102].

A já mencionada Constituição Belga de 1831, influenciada por Benjamin Constant, também vedava expressamente sua suspensão, em qualquer circunstância.

A Constituição Chilena de 1833, que vigorou até 1925, adotou a fórmula da Constituição Francesa de 1799 e da Constituição Espanhola de 1808, prevendo expressamente a hipótese de suspensão da Constituição. Nesse caso, a suspensão se operava como consequência da declaração do estado de sítio, ato exclusivo do Presidente da República em caso de ataque externo, ou dependente de concordância do Legislativo, na hipótese de comoção interna[103].

---

[100] SEGADO, Francisco Fernández. *El estado de excepción en el derecho constitucional español.* Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, 76.
[101] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.090.
[102] Ibid., p. 1.090.
[103] BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição:* poder constituinte, estado de exceção e os limites da teoria constitucional. 2005. 356 f. Tese (Concurso de Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 205.

À exceção da experiência chilena, a maioria das constituições latino-americanas da primeira metade do século XIX não previu a adoção de medidas excepcionais. No Brasil, a Constituição de 1824, também sob influência de Benjamin Constant, não instituiu um regime de necessidade, apesar da previsão, no caso de rebelião ou de invasão de inimigos, da suspensão temporária das liberdades individuais, por ato especial do Poder Legislativo ou, não se encontrando este reunido, por ato do governo[104].

O tratamento dado pelo direito norte-americano às situações de emergência destoa das práticas da Europa continental. A Constituição de 1787 não trouxe um regramento específico para o estado de exceção; no entanto, atribuiu ao Congresso e ao Presidente da República poderes especiais para situações de anormalidades – os *emergency powers*. Edward Corwin[105] observa que a concepção moderna, mais ampliada, do poder do Comandante-em-Chefe em tempo de guerra remonta à Guerra da Secessão, quando o Presidente Lincoln invocou o dever de zelar pelo fiel cumprimento das leis para solicitar poderes de guerra.

Gilberto Bercovici[106] observa que, a partir de 1850 (mais precisamente, a partir das revoluções de 1848), verifica-se o fenômeno da constitucionalização do estado de exceção, que se torna um instrumento indissociável do Estado de direito, buscando tornar a anormalidade uma situação constitucional. O estado de exceção é posto diante de novas situações, decorrentes da industrialização, como a questão social, a expansão colonialista e a premente democracia de massas. Para o autor[107], essa constitucionalização das medidas de exceção possui um caráter eminentemente formal, podendo assumir duas formas: a de um

---

[104] Art. 179. (...) XXXV. Nos casos de rebellião, ou invasão de inimigos, pedindo a segurança do Estado, que se dispensem por tempo determinado algumas das formalidades, que garantem a liberdade individual, poder-se-ha fazer por acto especial do Poder Legislativo. Não se achando porém a esse tempo reunida a Assembléa, e correndo a Patria perigo imminente, poderá o Governo exercer esta mesma providencia, como medida provisoria, e indispensavel, suspendendo-a immediatamente que cesse a necessidade urgente, que a motivou; devendo num, e outro caso remetter á Assembléa, logo que reunida fôr, uma relação motivada das prisões, e d'outras medidas de prevenção tomadas; e quaesquer Autoridades, que tiverem mandado proceder a ellas, serão responsaveis pelos abusos, que tiverem praticado a esse respeito.

[105] CORWIN, Edward S. *A constituição norte-americana e seu significado atual.* Tradução de Leda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Zahar, 1986, p. 125.

[106] BERCOVICI, Op. cit., p. 201-202.

[107] "A percepção de uma crise e os poderes requeridos para sua resolução não tratam apenas de uma situação de fato, mas contêm um determinante ideológico que condiciona a extensão em que aparece como argumento a necessidade de defender o poder e a ordem legal. A reação dos poderes constituídos frente às crises não é neutra em relação ao regime político. Os instrumentos extremos do paradigma da conservação são, assim, explicitamente utilizados quando se torna patente a impossibilidade de garantir a dinâmica e a imposição das formas de disciplina do modelo liberal de negociação política" (BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição:* poder constituinte, estado de exceção e os limites da teoria constitucional. 2005. 356 f. Tese (Concurso de Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 202).

estado de exceção completamente conformado, ou a de uma cláusula de poderes extraordinários ao Poder Executivo (ditadura constitucional).

Para J. J. Gomes Canotilho[108], a partir da segunda metade do séc. XIX, a questão do direito de necessidade estava suficientemente amadurecida, de modo a poder se estabelecer as premissas jurídico-constitucionais dos regimes de exceção: (a) a defesa do Estado e da segurança pública só é compatível com o Estado Constitucional se e na medida em que ela esteja prevista na própria Constituição, e não fora de seu domínio; (b) o Estado Constitucional não se compatibiliza com a ideia de suspensão da Constituição; (c) ao invés da suspensão da Constituição, a defesa do Estado demanda a suspensão de algumas de suas garantias; e (d) a constitucionalização do regime de exceção não implica, necessariamente, em uma normatização pormenorizada, podendo a Constituição remeter à lei a regulamentação de alguns de seus aspectos.

A Constituição Francesa de 1848 vai incorporar o estado de sítio em seu texto (art. 106), como consequência da revolta operária de Paris, de junho desse mesmo ano[109]. Seguiram-se a Lei de 9 de agosto de 1849 (*Loi sur l'État de Siège*)[110], e a Lei de 3 de abril de 1878, que deram ao estado de sítio sua forma definitiva e que vigoraram até recentemente.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho[111] anota que essas leis trataram de realçar a distinção do estado de sítio real ou efetivo do estado de sítio político ou fictício. O estado de sítio real se caracterizava pelo efetivo cerco da praça de guerra ou posto militar, ou por seu ataque, ou ainda pela reunião de forças inimigas em um raio de dez quilômetros dessas instalações. Nesse caso, é o próprio comandante militar que declara o estado de sítio, *ad referendum* do Presidente da República. O estado de sítio fictício, de sua vez, tinha lugar em situações de perigo iminente, decorrente de guerra ou insurreição, e só poderia ser declarado

---

[108] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.089-1.090.

[109] BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição: poder constituinte, estado de exceção e os limites da teoria constitucional.* 2005. 356 f. Tese (Concurso de Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 207.

[110] Gilberto Bercovici aponta que a Lei de 9 de agosto de 1849, elaborada por um legislativo de maioria monárquica e hostil à esquerda, foi posteriormente utilizada contra esse próprio legislativo, em 2 de dezembro de 1851, durante o golpe de estado de Luís Bonaparte (BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição:* poder constituinte, estado de exceção e os limites da teoria constitucional. 2005. 356 f. Tese (Concurso de Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 207).

[111] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O estado de sítio na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 76.

por lei; estando o Legislativo em férias, poderia o Presidente fazê-lo, mas sob ratificação posterior deste.

Seja real, seja fictício, o estado de sítio previsto nas leis francesas de 1849 e 1878 impunha os mesmos efeitos sobre os cidadãos, pois na sua vigência a autoridade militar se investia: (i) dos poderes de polícia, com poderes especiais de perquisição, mesmo durante a noite; (ii) do direito de afastar da zona de sítio os ex-condenados e os não domiciliados; e (iii) do direito de exigir a entrega de armas e munições, direito de proibir publicações e reuniões. Crimes contra a segurança do Estado, contra a Constituição e contra a ordem e a paz pública praticados na vigência do sítio eram competência de tribunais militares[112].

A Constituição Argentina de 1853 introduziu também o estado de sítio, em caso de comoção interior ou de ataque exterior, com suspensão das garantias constitucionais na província ou no território onde se verifiquem as perturbações da ordem (art. 23).

A Constituição Mexicana de 1857 instituiu a possibilidade de suspensão das garantias da Constituição, com exceção daquelas que asseguram o direito à vida, em caso de invasão, perturbação grave da paz pública ou qualquer outra situação que colocasse a sociedade em grande perigo ou conflito. Essa suspensão se dava por ato do Presidente da República, de acordo com o conselho de ministros e com aprovação do Congresso da União (art. 29).

A Constituição Espanhola de 1869 trouxe regulamentação minuciosa do estado de exceção, com relação taxativa das garantias passíveis de suspensão (segurança jurídica; inviolabilidade de domicílio; liberdade de opinião e de expressão; e direitos de reunião e de associação), proibição de deportação ou desterro além de 250 quilômetros de seu domicílio e proibição aos chefes civis e militares de aplicar penas distintas das previstas em lei. A suspensão das garantias só poderia se dar por lei, em caráter temporário, quando circunstâncias extraordinárias assim o exigissem. Em 1870, foi instituída a *Ley de Orden Público*, incidente apenas no caso de promulgação da lei de suspensão de garantias constitucionalmente prevista. Essa lei passou a distinguir duas espécies de estado excepcional: o de *prevención y alarma* e o de *guerra*[113].

---

[112] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O estado de sítio na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 77.

[113] SEGADO, Francisco Fernández. *El estado de excepción en el derecho constitucional español.* Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, 96-98.

No Brasil, a Constituição Republicana de 1891 introduziu o estado de sítio[114], em caso de agressão estrangeira ou comoção intestina. A prerrogativa de sua decretação foi atribuída ao Congresso Nacional, mas poderia o Presidente da República fazê-lo, não se achando reunido o mesmo.

2.3 O ESTADO DE EXCEÇÃO NA PRIMEIRA METADE DO SÉCULO XX: AS DITADURAS CONSTITUCIONAIS

Na primeira metade do séc. XX, marcada pelo temor da propagação das ideias da Revolução Russa, pelas duas grandes guerras e pela depressão econômica dos anos 30, ganharam força os modelos de estado de exceção centrados na noção de ditaduras constitucionais, também chamadas ditaduras presidenciais.

É nesse período, em razão da crise por que passaram muitas das democracias ocidentais, que o estudo da teoria do estado de exceção ganha especial destaque[115]. Esse debate enfocava as chamadas ditaduras constitucionais e gravitava em torno da progressiva expansão dos poderes do Executivo sobre os demais poderes. O Poder Legislativo, em vários países, passou a delegar ao Poder Executivo prerrogativas especiais. Essas delegações implicavam, não raro, na estipulação das chamadas cláusula de plenos poderes (delegações de *plein pouvoir*), que permitiam ao Executivo legislar mediante decreto. Expandiu-se para diversos ordenamentos a possibilidade de suspensão da Constituição. O papel do Judiciário era também mitigado: diversas constituições vedavam expressamente sua atuação no estado de exceção (como a Constituição Brasileira de 1937). Ganhou força nesse período, também,

---

[114] Art. 80 - Poder-se-á declarar em estado de sítio qualquer parte do território da União, suspendendo-se aí as garantias constitucionais por tempo determinado quando a segurança da República o exigir, em caso de agressão estrangeira, ou comoção intestina (art. 34, nº 21). § 1º - Não se achando reunido o Congresso e correndo a Pátria iminente perigo, exercerá essa atribuição o Poder Executivo federal (art. 48, nº 15). § 2º - Este, porém, durante o estado de sítio, restringir-se-á às medidas de repressão contra as pessoas a impor: 1º) a detenção em lugar não destinado aos réus de crimes comuns; 2º) o desterro para outros sítios do território nacional. § 3º - Logo que se reunir o Congresso, o Presidente da República lhe relatará, motivando-as, as medidas de exceção que houverem sido tomadas. § 4º - As autoridades que tenham ordenado tais medidas são responsáveis pelos abusos cometidos.

[115] A já citada obra de Carl Schmitt, *Die Diktatur*, de 1921, traz a lume o debate sobre as "ditaduras constitucionais". Giorgio Agamben destaca, após a publicação da obra de Schmitt, a obra do sueco Herbert Tingsten (*Le Pleins Pouvoirs:* L'expansion des pouvoirs gouvernementaux pendant e après la Grande Guerre, 1934), bem como a de Frederick Watkins (*The problem of Constitutional Dictatorship*, 1940), Carl Friedrich (*Constitutional Government and Democracy,* 1941) e, por fim, de Clinton Rossiter (*Constitutional Dictatorship*: crisis government in modern democracies*,* 1948) (AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 17). No Brasil, destaca-se o livro de Cândido Motta Filho, *O poder executivo e as ditaduras constitucionais*, de 1940.

a doutrina dos atos de governo (*political question*), que fazia pender a balança dos poderes em favor do Executivo.

Carl Schmitt distingue duas formas de ditaduras: a comissária, que tem por fim restabelecer uma ordem pré-existente, e a soberana, que pretende inaugurar uma nova ordem, ainda por se materializar. A ditadura comissária suspende a constituição, para proteger sua existência; a ditadura soberana invoca o Poder Constituinte, para tornar viável uma nova constituição[116]. A ditadura comissária, portanto, apresenta os elementos caracterizadores do que se compreende como estado de exceção, inserindo-se como modalidade do mesmo, equivalente à ditadura constitucional.

Na mesma linha, Cândido Motta Filho[117] observa que, dentro dos quadros jurídicos e políticos, a ditadura efetivamente se manifesta ou como conservadora ou como transformadora da ordem constitucional. No primeiro caso, tem-se o estado de sítio, ou de emergência, ou de alarma, ou os plenos poderes; no segundo, tem-se a ditadura como Poder Constituinte. Para Cândido Mota Filho[118], a ditadura constitucional, compreendida como arbitrariedade consentida legalmente, para não perder seu caráter de medida conservadora e se transmudar em obra revolucionária, deve ser: a) justificada como decorrente de um estado de necessidade; b) exercitada dentro de um lapso de tempo limitado, e cessada imediatamente, desde que cessem os motivos que a determinaram; c) sua ação político-administrativa concreta deve decorrer do fim a que se propõe; d) a sua atividade extralegal, suspendendo em todo ou em parte a Constituição, deve ter em vista resguardá-la e defendê-la; e) a entrega de maiores faculdades ao detentor do poder deve corresponder a um aumento de sua responsabilidade; e f) o fundamento da atividade excepcional é de caráter meramente político.

Partindo da esquematização proposta por Marcel Prélot, Jorge Bacelar Gouveia[119] assim resume as características das ditaduras constitucionais:

> 1º) feição monocrática, porque se dava a concentração de poderes no titular de um órgão de tipo executivo; 2º) vinculação a circunstancialismos específicos, previstos na Constituição, contra os quais se assumia essa concentração como funcionalmente dirigida; 3º) suspensão das liberdades constitucionais enquanto

[116] BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição:* poder constituinte, estado de exceção e os limites da teoria constitucional. 2005. 356 f. Tese (Concurso de Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 20-21.
[117] MOTTA FILHO, Cândido. *O poder executivo e as ditaduras constitucionais.* São Paulo: Phoenix, 1940, p. 60.
[118] Ibid., p. 152.
[119] GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de excepção no direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1998. v. I, p. 239.

> obstaculizassem à plena atividade do ditador; 4ª) limitação temporal do exercício dos poderes ditatoriais, com a incumbência do restabelecimento da ordem constitucional.

Cuida ainda o autor de realçar a distinção entre os regimes autocráticos e os regimes ditatoriais. Nos primeiros, a concentração de poderes se dá em caráter permanente, sem o desiderato de preservação da ordem constitucional pré-existente. As ditaduras, de sua vez – ao menos em sua acepção original –, além de se notabilizarem por seu caráter transitório, têm por finalidade a superação de uma crise institucional[120].

A Assembleia Federal Suíça, em 3 de agosto de 1914, outorgou ao Conselho Federal "poder ilimitado de tomar todas as medidas necessárias para garantir a segurança, a integridade e a neutralidade da Suíça". Essa medida, além de suscitar forte polêmica no âmbito do próprio Legislativo, teve também sua constitucionalidade questionada junto ao Tribunal Federal suíço, antecipando-se o debate sobre as ditaduras constitucionais, que teria maior repercussão nas décadas seguintes[121].

O artigo 48, § 2º, da Constituição do Império Alemão de 11 de agosto de 1919 (Constituição de Weimar), outorgava ao Presidente do Reich a prerrogativa de adotar todas as medidas necessárias ao restabelecimento da segurança e da ordem públicas, com o emprego de força armada, podendo ainda suspender um extenso rol de direitos fundamentais. Esse artigo previa, ainda, que uma lei definiria as modalidades de exercício do poder presidencial, mas essa lei nunca foi editada, de forma que os poderes presidenciais permaneceram indeterminados. Por essa razão, a doutrina, com frequência, traz o art. 48 como referência de ditadura presidencial[122].

Giorgio Agamben[123] observa que os sucessivos governantes do Reich se utilizaram largamente do art. 48, declarando estado de exceção e editando decretos de urgência em mais de duzentas e cinquenta ocasiões. Destaca a utilização do instituto para a prisão de militantes comunistas, para a instituição de tribunais especiais, com competência para condenações à pena de morte, e mesmo para combater o enfraquecimento da moeda. Também Hitler editou, em 28 de fevereiro de 1933, logo que assumiu o poder, o Decreto para a proteção do povo e do Estado, que suspendia artigos da Constituição de Weimar relativos às liberdades

---

[120] GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de excepção no direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1998. v. I, p. 240.
[121] AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção.* 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 30.
[122] Ibid., p. 28.
[123] Ibid., p. 28-29.

individuais. Esse decreto nunca foi revogado, razão pela qual muitos autores entendem que, sob a ótica jurídica, todo o Terceiro Reich foi um estado de exceção[124].

A Constituição Espanhola de 1931 regulou as hipóteses de suspensão das garantias constitucionais, inovando, em relação à Constituição de 1869, ao atribuir ao Governo o poder para sua decretação (ainda que submetida à ratificação pelo Parlamento). Outorgou, ainda, ao Presidente da República, uma competência extraordinária que tinha todas as características de uma "cláusula geral": a faculdade de ordenar *las medidas urgentes que exija la defensa de la integridad o la seguridad de la Nación, dando inmediata cuenta a las Cortes* (art. 76, *e*). Seguiu-se à Constituição a nova *Ley de Orden Público*, de 28 de julho de 1933, que trouxe pela primeira vez a distinção entre estado de prevenção e estado de alarme, e que vigorou até 1959, quando foi substituída por uma nova lei de ordem pública. Esses dispositivos foram invocados, com frequência, pelo regime de Franco; para Pedro Cruz Villalón, verificou-se, nesse período, uma utilização pervertida do direito de exceção, posto a serviço da ditadura[125].

Nos Estados Unidos, o período compreendido entre 1939 e 1945 (Segunda Guerra Mundial) é também marcado pela excepcional concentração de poderes no Presidente da República. Edward Corwin[126] observa que, para o Presidente Roosevelt, os poderes presidenciais, em situações de guerra, iam muito além do simples comando militar. Traz o exemplo da instituição da Junta Trabalhista de Guerra, órgão sem *status* legal criado para inibir greves e *lockouts*. Esse órgão emitia "pareceres", não formalmente vinculantes, mas cuja inobservância conduzia à estipulação de sanções indiretas, pelo Governo. Para os empregados, essas sanções poderiam significar a convocação para o serviço militar; os empregadores estavam sujeitos a negativas de empréstimo, "prioridades" ou mesmo intervenções nas suas fábricas.

Na Inglaterra, nesse mesmo lapso, o *War Cabinet* exercia plenos poderes para a condução da guerra, detendo prerrogativas extraordinárias ou de exceção, decorrentes especialmente do *Emergency Powers Act*, de 3 de setembro de 1939.

No Brasil, o estado de exceção instituído pelo Estado Novo, positivado na Constituição outorgada de 1937, bem se amolda ao figurino das ditaduras constitucionais.

---

[124] AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção.* 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 12-13.
[125] VILLALÓN, Pedro Cruz. *Estados excepcionales y suspensión de garantías.* Madrid: Editorial Tecnos, 1984, p. 42-44.
[126] CORWIN, Edward S. *A constituição norte-americana e seu significado atual.* Tradução de Leda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Zahar, 1986, p. 126-127.

Há, pela primeira (e única) vez no Brasil, a previsão de suspensão da Constituição, na hipótese de estado de guerra (art. 171). Os juízes e tribunais são expressamente proibidos de conhecer dos atos praticados no estado de emergência e no estado de emergência (art. 170).

2.4 O ESTADO DE EXCEÇÃO NO PÓS-GUERRA: A PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

No período do pós-guerra, o estado de exceção é marcado pela superação do paradigma da ditadura constitucional, revertendo-se a tendência de excessiva concentração de poderes no Executivo, com o fortalecimento dos papéis do Legislativo e Judiciário. A ênfase nos controles político e judicial dos poderes excepcionais deve ser compreendida sob a nova ótica de proteção dos direitos humanos, que passa também a orientar o estado de exceção.

Esse período igualmente se caracteriza pela ascensão do modelo de completa normatização das medidas excepcionais, mediante a descrição de seus pressupostos, competências e limitações do poder estatal. A regulamentação pormenorizada do estado de exceção foi adotada, dentre outros países, pela Alemanha, em 1968, com a implementação da 17ª Emenda da Lei Fundamental de Bonn, que introduziu a *Notstandverfassung*; em Portugal, pela Constituição de 1976; na Espanha, pela Constituição de 1978; e no Brasil, primeiramente, com a Carta de 1946 e, posteriormente, de forma mais aprimorada, com a Constituição de 1988[127].

O novo relevo dado aos direitos humanos se fez acompanhar de um notável processo de sua internacionalização, percebido com intensidade na segunda metade do séc. XX. Anna

[127] Exceção relevante é a Constituição Francesa de 1958, que optou por manter, em seu art. 16, a possibilidade de o Presidente da República se outorgar poderes presidenciais de exceção, ainda que em hipóteses restritas. A decretação da medida é ato exclusivo do Presidente, após consulta (não vinculante) ao Primeiro-Ministro, aos Presidentes das Assembleias e ao Conselho Constitucional, e tem por efeitos a concentração de funções legislativas, executivas e regulamentares na sua pessoa (FERREIRA, Olavo Alves. *Sistema Constitucional das Crises:* restrições a direitos fundamentais. São Paulo: Método, 2009, p. 106-107). Também os países que adotam o direito anglo-saxônico preservaram seu modelo particular de estado de exceção, fundado nos poderes emergenciais e na lei marcial. No entanto, nos Estados Unidos, algumas posições adotadas pela Suprema Corte durante a Segunda Guerra, tidas como excessivamente deferenciais, foram objeto de posterior revisão. Dentre elas, a controvertida *Korematsu v. United States*, de 1944, que permitiu a detenção compulsória de americanos de ascendência nipônica em campos de detenção, durante a guerra (*v.* item 3.1.2).

Cândida da Cunha Ferraz[128] observa que esse fenômeno da internacionalização dos direitos humanos é "resultado de um panorama mundial que exige, cada vez mais, que os Estados convirjam seus governos para a garantia e proteção dos direitos da pessoa humana".

Flávia Piovesan[129] anota que o movimento de internacionalização dos direitos humanos se iniciou a partir do término da Segunda Guerra Mundial, em resposta às atrocidades cometidas durante o conflito, apresentando-se o Estado como o grande violador dos direitos humanos. Para a autora, "se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar sua reconstrução", constituindo-se os direitos humanos, para a autora, no "paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea".

Essa densificação dos direitos humanos na esfera internacional trouxe, também, amplos reflexos na normatização do estado de exceção.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), assinada em 10 de dezembro de 1948, é considerada a mais importante conquista dos direitos humanos fundamentais em nível internacional[130]. Seu preâmbulo proclama a dignidade inerente a todos os membros da família humana como fundamento da liberdade, da justiça e da paz. André de Carvalho Ramos[131] assinala que esse estatuto, elaborado pela extinta Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, deveria ser uma etapa anterior de um almejado "tratado internacional de direitos humanos", um marco normativo vinculante a ser editado logo após a DUDH. No entanto, as dificuldades trazidas pela guerra fria adiaram a concretização deste objetivo por mais de vinte anos: foi somente em 1966 que foram aprovados o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, e o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos[132] é o primeiro instrumento convencional das Nações Unidas a regular, de forma expressa, o estado de exceção, dispondo, em síntese, que: i) as medidas a serem adotadas em situações excepcionais oficialmente proclamadas deverão ser compatíveis com as obrigações impostas pelo direito

---

[128] FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Conflitos e Tensões na Jurisdição Constitucional Decorrente da Internacionalização dos Direitos Humanos. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 8, n. 28, p. 125-152, jul./set. 2014, p. 136.

[129] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 206.

[130] MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais.* 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 18.

[131] RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 151.

[132] Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 521-537.

internacional, não podendo acarretar discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social (art. 4); ii) alguns direitos, expressamente arrolados, não são passíveis de suspensão, mesmo em situações de exceção, como o direito à vida (art. 6); a vedação à prática de tortura, à imposição de penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (art. 7); vedação à escravidão e à servidão (art. 8, parágrafos 1 e 2), etc; e iii) os signatários do Pacto devem comunicar os demais, por intermédio do Secretário-Geral das Nações Unidas, sempre que se utilizarem de medidas de suspensão de garantias, indicando as disposições suspensas e a motivação de tal suspensão (parágrafo 3).

Ainda no âmbito das Nações Unidas, outras convenções impactaram na proteção das garantias individuais em situações emergenciais, ainda que algumas não façam referência expressa a essas situações. É o caso da própria Carta das Nações Unidas, de 1945, como instrumento normativo, de caráter geral, de proteção dos direitos humanos; da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; do Segundo Protocolo Facultativo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos Destinados a Abolir a Pena de Morte, de 1966, e da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1951.

Além do sistema universal, instituído pela Organização das Nações Unidas, outros sistemas de proteção internacional dos direitos humanos, de cunho regional, passaram a incidir na normatização do estado de exceção de seus integrantes.

A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950 (Tratado de Roma), permite aos signatários, "em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação", tomar providências "que derroguem as obrigações previstas na presente Convenção, na estrita medida em que o exigir a situação", desde que "tais providências não estejam em contradição com as outras obrigações decorrentes do direito internacional" (art. 15). Instituiu-se, ainda, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que atua, preponderantemente, por provocação da Comissão Europeia de Direitos Humanos (ainda que possa também atuar em demandas interestatais).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), trouxe também, em seu art. 27, regramento específico para a suspensão de garantias em situações de emergência. A exemplo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, tratou a Convenção de enumerar, expressamente, os direitos e garantias não passíveis de suspensão, tais como o direito à vida, à integridade pessoal, à nacionalidade e à liberdade de consciência e de religião. A Convenção Americana para Prevenir e Punir a

Tortura, de 1985, vedou expressamente a invocação de circunstâncias como o estado ou ameaça de guerra, o estado de sítio ou de emergência, a comoção ou conflito interno, a suspensão das garantias constitucionais, a instabilidade política interna, outras emergências ou calamidades públicas como justificativa para a prática de tortura (art. 5º).

Logicamente, o impacto desses estatutos no regramento do estado de exceção vai depender da forma com que cada país os recepciona em seu ordenamento jurídico interno. O capítulo 4.5.1 será dedicado ao *status* das normas internacionais protetivas dos direitos humanos no direito brasileiro.

2.5 OS SISTEMAS CONSTITUCIONAIS DO ESTADO DE EXCEÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

2.5.1 A Constituição de 1824

A Constituição Brasileira de 1824, de inspiração francesa, caracterizou-se pela adoção da divisão e separação de poderes, com a peculiaridade da instituição do Poder Moderador, exercido pessoalmente pelo "Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil", "chave de toda organização política" (art. 98), e que chefiava, de forma concomitante, o Poder Executivo (art. 102).

A Carta de 1824 adotou, ainda que com escasso regramento, modalidade própria de direito de exceção, ao prever, no caso de "(...) rebelião ou de invasão de inimigos, a suspensão temporária das liberdades individuais" (art. 179, XXXV). A fórmula ampla e genérica de "suspensão temporária das liberdades individuais" não estipulava nenhum limite quanto à extensão da privação de direitos, nem tampouco adotava prazo para sua vigência, concedendo ao Governo elevado grau de discricionariedade na condução das crises. No tocante ao seu impacto sobre os direitos e garantias fundamentais, aproximava-se, em alguma medida, da modalidade de "suspensão da constituição" adotada pela Constituição Francesa de 1799, pois, em tese, qualquer direito ou garantia seria passível de suspensão.

A decretação da suspensão das liberdades individuais deveria se dar por ato especial do Poder Legislativo; não se achando o mesmo reunido, poderia fazê-lo o Executivo, submetendo em seguida o ato ao Parlamento (art. 179, XXXV).

Pimenta Bueno[133] reconhece, nesse dispositivo, exceção à regra de vedação de suspensão das garantias constitucionais contida no inciso imediatamente anterior (art. 179, XXXIV), "ato anormal, que atesta que a sociedade se acha em posição extraordinária, e tal que demanda meios fora dos comuns ou regulares". Para Pimenta Bueno, no entanto, a utilização do expediente constitucional extraordinário exigiria que a grandeza do perigo não pudesse ser combatida pelos meios ordinários, tornando indispensável a adoção dos meios de defesa suficientes para salvar a existência do estado[134].

À elevada discricionariedade do Governo na condução das medidas excepcionais somava-se a debilidade dos controles político e jurídico que caracterizaram o período imperial.

A debilidade do controle político das situações excepcionais era evidente, pois o Imperador, titular do Poder Moderador, detinha a prerrogativa de, "nos casos em que o exigir a salvação do Estado", prorrogar ou adiar a Assembleia Geral, e dissolver a Câmara dos Deputados (art. 101, V).

Igualmente precário era o controle jurisdicional. Não obstante a previsão constitucional da responsabilização das autoridades por abusos e omissões praticadas nos exercícios das suas funções (art. 179, XXIX), essa responsabilização era de difícil efetivação, em razão da fragilidade do Poder Judiciário no período imperial, decorrente, principalmente, da possibilidade de suspensão dos juízes por ato do Imperador (art. 154). Mesmo as garantias de vitaliciedade e inamovibilidade não eram rigorosamente observadas à época do Império, inviabilizando-se, igualmente, qualquer forma de controle judicial da atividade política[135]. Por outro lado, em relação ao Imperador, vigorava a total irresponsabilidade do mesmo por seus atos (art. 99).

A primeira decretação de suspensão das garantias constitucionais do Brasil se deu em 26 de julho de 1824, poucos meses após a outorga da Constituição de 1824, de 25 de março. Foi ensejada pela tentativa de separação de Pernambuco e de outras províncias do

---

[133] BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império.* Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores – Departamento de Imprensa Nacional, 1958, p. 431-433.

[134] Pimenta Bueno observa, ainda, que a legislação ordinária já prevê instrumentos aptos ao enfrentamento de determinadas situações, que independem da suspensão e garantias constitucionais, como os arts. 288 e seguintes do Código Criminal e a lei de 6 de junho de 1831, que autorizam os meios necessários para dispersão dos ajuntamentos ilícitos, que possam colocar em risco a segurança pública (BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império.* Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores – Departamento de Imprensa Nacional, 1958, p. 433).

[135] NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições Brasileiras: 1824*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 36.

norte do país do Império do Brasil, no episódio conhecido como Confederação do Equador. O Decreto do Imperador de 26 de julho de 1824 declarou que a "facção de alguns habitantes de Pernambuco, desgraçadamente alucinados pelo rebelde Manuel de Carvalho Pais de Andrade, chefe da mesma", colocou sob ameaça "a integridade deste Império", pois "temerariamente ousou proclamar a desmembração daquela província do Império e de outras do norte"; "chegando até aleivosamente atacar a minha pessoa e suprema autoridade, e a proibir que se jurasse o liberal projeto da Constituição". Invocando o art. 179, XXXV, da recém outorgada Constituição, decidiu pela suspensão provisória, na Província de Pernambuco, dos direitos civis e políticos constitucionalmente assegurados, "(...) até que cesse a necessidade urgente de tal medida (...) para que se possa proceder, sem as formalidades nele prescritas, contra qualquer indivíduo, quando assim se mostre necessário e o exija a paz daquela província"[136].

Ainda sob a égide da Constituição de 1824, foram editados decretos de suspensão de garantias nas províncias do Ceará, Bahia, Rio Grande do Sul e Cisplatina.

2.5.2 A Constituição de 1891

A Constituição Republicana de 1891 introduziu pela primeira vez o "estado de sítio", designando um instituto de contornos mais nítidos, que poderia ser declarado nos casos de "agressão estrangeira" ou "comoção intestina". A competência para sua decretação era do Congresso, podendo o Poder Executivo federal exercer essa atribuição, em situação de perigo iminente, caso o Parlamento não se achasse reunido (art. 80). A responsabilização das autoridades pelos abusos cometidos foi objeto de previsão específica, a incidir sobre os atos praticados na vigência do estado de sítio (art. 80, §4º).

O início da República, sabe-se, foi marcado por diversas crises e confrontos, como a Revolta da Armada e a Revolução Federalista, logo no seu nascedouro, seguidas pela Guerra do Contestado, a Revolta da Vacina, etc. Essas sucessivas crises, associadas à tibieza das instituições nascentes, formaram solo fértil para sucessivas decretações de estado de sítio, como se registra[137]:

---

[136] BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. *Textos políticos da história do Brasil*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002, v. 1, p. 796.

[137] ANJOS, Luiz da Camara Lopes dos. *O estado de sitio.* (Concurso para Professor Extraordinário Efetivo da Primeira Seção da Faculdade de Direito de São Paulo) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1912, p. 93-94.

- Em 3 de novembro de 1891, por decreto de Deodoro da Fonseca, decreto esse revogado pelo de 23 de novembro do mesmo ano pelo Marechal Floriano;

- Em 10 de abril de 1892, por decreto do Marechal Floriano;

- Em 10 de setembro de 1893, por decreto do Congresso Nacional, promulgado pelo Marechal Floriano;

- Em 25 de setembro de 1893, por decreto do Marechal Floriano;

- Em 13 de outubro de 1893, por decreto do Marechal Floriano, sendo prorrogado em 29 de novembro, em 25 de dezembro e, posteriormente, por decretos de 31 de janeiro, 25 de fevereiro, 2 de março e 30 de junho de 1894;

- Em 12 de novembro de 1897, pelo decreto nº 456 do Congresso Nacional, promulgado por Prudente de Moraes;

- Em 16 de novembro de 1904, pelo decreto legislativo nº 1270, promulgado por Rodrigues Alves, declarando o estado de sítio por trinta dias, no território do Distrito Federal e na Comarca de Niterói, no Estado do Rio de Janeiro;

- Em 14 de dezembro de 1904, pelo decreto nº 1297, do Poder Legislativo, que prorrogou por trinta dias a decretação do estado de sítio de 16 de novembro, nas mesmas áreas, decreto este também promulgado por Rodrigues Alves;

- Em 12 de dezembro de 1910, pelo decreto do Poder Legislativo nº 289, promulgado pelo Marechal Hermes da Fonseca, declarando por trinta dias o estado de sítio no território do Distrito Federal e na Comarca de Niterói, no Estado do Rio de Janeiro.

É neste atribulado contexto que emergem, de forma mais consistente, os debates doutrinários e jurisprudenciais acerca do novo instituto.

A Carta-Manifesto dos treze generais[138], de 31 de março de 1892, dirigida a Floriano Peixoto, conclamava a realização de nova eleição para Presidente da República, e estava na raiz do estado de sítio decretado em 10 de abril do mesmo ano. Na vigência desse estado de sítio, as garantias constitucionais foram suspensas e diversos cidadãos foram detidos ou desterrados. O *Habeas Corpus* nº 300[139], impetrado perante o Supremo Tribunal Federal por Ruy Barbosa, restou denegado, mas suas reflexões ensejaram a publicação, em 1892, da obra

[138] BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. *Textos políticos da história do Brasil. Vol. III*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002, v. 3, p. 333.

[139] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 300, de 27/04/1892. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC300.pdf>. Acesso em: 22 set. 2017.

"O Estado de Sítio", um dos grandes marcos doutrinários brasileiros. Manoel Gonçalves Ferreira Filho[140] percebe, nessa obra e em escritos posteriores de Ruy Barbosa, "o desejo de fazer o sítio servir à Constituição e, portanto, à liberdade". Para Ferreira Filho[141], Ruy Barbosa situa a natureza, os efeitos e os limites do estado de sítio à luz dos problemas brasileiros de sua época, em um contexto histórico permeado por intrigas, onde "ambições frustradas eletrizavam o ambiente, contaminando os quartéis, provocando levantes que o poder central conjurava, usando, e abusando, do remédio excepcional".

Igualmente, João Barbalho Uchôa Cavalcanti[142], comentando a Constituição de 1891, procurou objetar a banalização do estado de sítio, realçando a excepcionalidade e urgência que devem revestir sua decretação. Para o autor, o texto constitucional reserva o estado de sítio para "momento supremos, em que periclita a patria e não se póde de outra maneira salva-la", pois

> Nem se concebe que a possam autorisar factos, ainda que muito graves, que succedem na vida normal da sociedade, para os quaes está apparelhada a autoridade com as faculdades e meios ordinarios de acção. Fôra contradictorio, fôra inepto fazer uma Constituição e regular n'ella o exercicio do poder publico para assegurar a liberdade e o direito do cidadão, dando á autoridade ao mesmo tempo a faculdade de apartar-se das normas tutelares para isso estabelecidas e empregar meios heroicos contra occurrencias que se podem vencer sem sacrifício da liberdade individual, com os recursos ordinarios. Constituição que tal permittisse seria antes uma negação e uma armadilha, digna de Tiberios e de Machiavellos, que não dos procuradores do povo para garantil-o e mantel-o soberano. Seria uma constituição-suicidio.

Destaca-se nesse período, ainda, o estudo de Luiz da Câmara Lopes dos Anjos, elaborado para o concurso de Professor Extraordinário Efetivo da Faculdade de Direito de São Paulo, editado em 1912, também sob o título "O Estado de Sítio" [143].

De nítido viés liberal, a obra de Lopes dos Anjos traz forte crítica ao "sectarismo positivista, pernicioso aos próprios princípios democráticos", revelado em interpretações do

---

[140] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O estado de sítio na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 8.
[141] Ibid., p. 9.
[142] CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal Brasileira (1891)*. Brasília: Senado Federal, 2002, p. 119.
[143] ANJOS, Luiz da Camara Lopes dos. *O estado de sitio.* (Concurso para Professor Extraordinário Efetivo da Primeira Seção da Faculdade de Direito de São Paulo) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1912, p. 79.

texto constitucional que importavam em desequilíbrio das funções executivas e legislativas, em detrimento destas últimas[144].

Lopes dos Anjos ecoa as contundentes críticas trazidas por Ruy Barbosa no já mencionado *Habeas Corpus* nº 300, respeitante à possibilidade de suspensão das garantias constitucionais atingir a imunidade parlamentar. Isto porque, dentre os presos e desterrados na vigência do estado de sítio decretado por Floriano Peixoto em 1892, estavam onze membros do Congresso Nacional[145]. Ao denegar a ordem, no Acórdão nº 300, de 27 de abril de 1892[146], assentou o Supremo Tribunal Federal que não caberia ao Poder Judiciário apreciar o uso que fez o Presidente da República de uma atribuição constitucional sua, não sendo de sua índole se envolver nas funções políticas do Executivo ou do Legislativo[147].

Este debate, no entanto, não se encerrou com esse julgado. Em sequência, o Senado aprovou um projeto de anistia em favor dos presos e desterrados; porém, a própria Câmara dos Deputados aprovou parecer de sua comissão de constituição, legislação e justiça, em que se consignou que "a declaração de estado de sitio produz, como uma de suas consequencias, a suspensão das immunidades parlamentares". Sucessivos debates parlamentares se seguiram, inconclusivos[148].

Em 16 de abril de 1898, no entanto, o Supremo Tribunal Federal reverteu o entendimento anterior, concedendo ordem de *habeas corpus* para o Senador João Cordeiro e para os deputados Alcindo Guanabara, Alexandre José Barbosa Lima e Thomaz Cavalcanti de Albuquerque, que haviam sido desterrados para a ilha de Fernando de Noronha[149]. No

---

[144] ANJOS, Luiz da Camara Lopes dos. *O estado de sitio.* (Concurso para Professor Extraordinário Efetivo da Primeira Seção da Faculdade de Direito de São Paulo) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1912, p. 174-180.

[145] Ibid., p. 174-175.

[146] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 300, de 27/04/1892. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC300.pdf>. Acesso em: 22 set. 2017.

[147] O *habeas corpus* em questão foi patrocinado por Ruy Barbosa, e sua integra está transcrita no seu já mencionado "O Estado de Sítio". Após o julgamento, Ruy Barbosa publicou, na imprensa, severas críticas ao aresto, que também se incluem em sua obra. A discussão gravita em torno do controle judicial dos atos políticos, e tem por principal referência a doutrina norte-americana da *political question*. Invocando a lição de Marshall em *Marbury vs. Madison*, Ruy Barbosa anota que "[N]omeando empregados, ou declarando o estado de sitio, o governo exerce actos políticos. Mas desde que esses exorbitam da lei, e aggravam direitos, a acção corretiva da justiça é inquestionavel" (BARBOSA, Ruy. *O Estado de Sitio:* Sua Natureza, Seus Effeitos, Seus Limites. Capital Federal: Companhia Impressora, 1892. p. 113)

[148] ANJOS, Op. cit., p. 175-178.

[149] ANJOS, Luiz da Camara Lopes dos. *O estado de sitio.* (Concurso para Professor Extraordinário Efetivo da Primeira Seção da Faculdade de Direito de São Paulo) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1912, p. 178-179.

acórdão, de nº 1073[150], restou decidido que "com a cessação do estado de sitio cessam todas as medidas de repressão durante ele tomadas pelo Poder Executivo"[151]. Na sua fundamentação, consignou-se expressamente que a imunidade parlamentar "não pode estar incluída entre as garantias constitucionais que o estado de sítio suspende", pois

> [S]e ao Poder Executivo fosse lícito arredar de suas cadeiras deputados e senadores, ficaria à mercê do seu arbítrio, e, por isso mesmo, anulada a independência desse outro poder político, órgão, como ele, de soberania nacional (Const., art. 15) e o estado de sítio, cujo fim é defender a autoridade e livre funcionamento dos poderes constituídos, converter-se-ia em meio de opressão senão de destruição de um deles.

Em 1914, sob a presidência do Marechal Hermes da Fonseca, foi novamente decretado do estado de sítio no Distrito Federal, Niterói e Petrópolis, na vigência do qual foram efetuadas diversas prisões. Essas prisões ensejaram o *Habeas Corpus* nº 3.527[152], também patrocinado por Ruy Barbosa, que sustentou a ilegalidade do decreto de estado de sítio, porque não preenchidas as condições do art. 80 da Constituição de 1891. A ordem foi denegada, sob o entendimento de que o juízo da oportunidade e das razões determinantes do estado de sítio são exclusivos do Presidente da República. Nessa ocasião, novamente, o Supremo Tribunal Federal se socorreu de precedentes da Suprema Corte norte-americana que se fundavam na doutrina da *political question* (doutrina dos atos de governo).

2.5.3 A Constituição de 1934, a Emenda Constitucional nº 1/1935 e a Constituição de 1937

A Constituição Brasileira de 1934 preservou o estado de sítio, outorgando ao Legislativo a prerrogativa de autorizá-lo e ao Presidente da República de o declarar, na iminência de agressão estrangeira ou na emergência de insurreição armada, com prazo máximo de noventa dias, prorrogáveis uma única vez pelo mesmo prazo (art. 175). O texto

---

[150] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 1.073, de 16/04/1898. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC1073.pdf>. Acesso em: 22 set. 2017.

[151] João Barbalho Uchôa Cavalcanti, que firma o acórdão juntamente com os Ministros Aquino e Castro, Lúcio de Mendonça (relator) e Macedo Soares, anota que, se a imunidade parlamentar visa assegurar aos representantes do povo independência e isenção em tempo normais, muito mais necessária ela se faz quando em risco tais atributos, quando o Poder Executivo e seus agentes exercitam em determinados assuntos funções discricionárias. (CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal Brasileira (1891)*. Brasília: Senado Federal, 2002, p. 122).

[152] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 3.527, de 15/04/1914. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC3527.pdf>. Acesso em: 22 set. 2017.

constitucional arrolou, taxativamente, as garantias constitucionais passíveis de suspensão, ao mesmo tempo em que assegurou, expressamente, o acesso ao Poder Judiciário em caso de inobservância das prescrições constitucionais. O art. 161, de seu turno, trouxe a lume um novo instituto, o "estado de guerra", com previsão genérica de suspensão de garantias que pudessem "prejudicar direta ou indiretamente a segurança nacional".

A insurreição militar comunista (Intentona Comunista) deflagrada em novembro de 1935 por Luís Carlos Prestes em Natal, no Recife e no Rio de Janeiro ensejou a edição, por Getúlio Vargas, do Decreto nº 457, de 26 de novembro de 1935[153], que instituiu o estado de sítio em todo o território brasileiro por trinta dias.

Na sua esteira, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 1, de 18 de dezembro de 1935, que concedeu ao Legislativo, com a colaboração do Executivo, a faculdade de equiparar as situações de comoção intestina às situações de guerra. Assim, passou o estado de sítio a poder suspender, também, quaisquer garantias constitucionais, tal como no estado de guerra.

Com base nestes novos poderes, Getúlio Vargas editou, em 21 de março de 1936, o Decreto nº 702[154], declarando estado de guerra, por equiparação à comoção intestina grave, em todo o território nacional, por noventa dias. Esse ato foi sucessivamente prorrogado, por igual prazo, nos meses de junho, setembro e dezembro de 1936 e março de 1937. Apenas em 18 de junho de 1937 o estado de guerra foi finalmente suspenso, grande parte por esforços da oposição a Getúlio Vargas, que pretendia disputar as eleições presidenciais previstas para janeiro de 1938. No entanto, em 2 de outubro de 1937, na esteira do chamado Plano Cohen[155], Getúlio Vargas editou o Decreto nº 2.005[156], declarando novamente estado de guerra em todo território nacional. A partir dessa nova decretação, a Comissão Executora do Estado de Guerra passou a restringir as ações dos governadores de São Paulo e do Rio Grande do Sul,

---

[153] Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-457-26-novembro-1935-516652-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 1 jun. 2018.

[154] BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. *Textos políticos da história do Brasil*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002, v. 5, p. 116-117.

[155] "Documento divulgado pelo governo brasileiro em setembro de 1937, atribuído à Internacional Comunista, contendo um suposto plano para a tomada do poder pelos comunistas. Anos mais tarde, ficaria comprovado que o documento foi forjado com a intenção de justificar a instauração da ditadura do Estado Novo, em novembro de 1937". Arquivo CPDOC/FGV. Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos30-37/GolpeEstadoNovo/PlanoCohen>. Acesso em: 1 jun. 2018.

[156] Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-2005-2-outubro-1937-472109-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 1 jun. 2018.

focos de resistência a Vargas, criando as condições para o golpe de estado consumado em 10 de novembro de 1937.

Para Pontes de Miranda[157], a Emenda Constitucional nº 1/1935 foi "a crisálida do golpe de Estado e da Constituição de 1937".

Ainda sob a égide da Constituição de 1934, importa mencionar o *Habeas Corpus* nº 26.178[158], impetrado pelo Deputado João Mangabeira em seu favor e em favor dos Deputados Abguar Bastos, Domingos Velasco, Otávio Silveira e do Senador Abel Chermont, condenados pelo Tribunal de Segurança Nacional. O Supremo Tribunal Federal, em 20 de julho de 1936, denegou a ordem, por unanimidade, em razão da expressa autorização do Parlamento para o processamento e prisão dos pacientes. Assentou-se, no entanto, em sede de *obiter dictum*, que as imunidades parlamentares eram garantias constitucionais que não poderiam ser suspensas, mesmo na vigência do estado de sítio ou do estado de guerra.

A Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas após seu golpe de estado, inseriu o estado de exceção brasileiro no modelo das ditaduras constitucionais, bastante em voga à época, e cuja principal característica era a total preponderância do Poder Executivo sobre os demais Poderes. Abandonou-se a figura do estado de sítio, e estabeleceram-se duas novas modalidades de estado de exceção: o estado de emergência e o estado de guerra.

Sua decretação era prerrogativa exclusiva do Presidente da República, e os controles políticos e jurídicos eram praticamente inexistentes: havia vedação expressa de interferência do Poder Legislativo, que não poderia sequer suspender a medida (art. 166, parágrafo único), e do Poder Judiciário, do qual se afastava expressamente o conhecimento dos atos praticados na sua vigência (art. 170).

A distinção entre o estado de emergência e o estado de guerra não se verificava pela existência de ameaça estrangeira, mas apenas pela necessidade do emprego das forças armadas, a critério exclusivo do Presidente (art. 166). A decretação do estado de guerra, no entanto, tinha consequências drásticas, pois importava na suspensão da Constituição nas localidades atingidas (art. 171). Encampou a Constituição de 1937, assim, a fórmula da suspensão da Constituição, prevista originalmente no art. 92 da Constituição Francesa de

---

[157] MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, Tomo 5, p. 637.

[158] BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. *Textos políticos da história do Brasil*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002, v. 5, p. 132-149.

1799 e também albergada pelo art. 38 da Constituição Espanhola de 1808, pela Constituição Chilena de 1833 e pelo art. 48, §2º, da Constituição de Weimar.

Destaca-se, no período, a obra de Cândido Motta Filho[159], *O Poder Executivo e as ditaduras constitucionais*, de 1940. Para Motta Filho, a Constituição de 1937, ao suprimir a velha denominação do "estado de sítio", encerrou as confusões que se faziam entre a origem histórica do instituto e seu significado jurídico; sua substituição pelo "estado de emergência" e "estado de guerra" acentuam o significado preventivo da medida. Também releva, para o autor, a competência exclusiva do Presidente da República para decretá-lo, pois é este a autoridade suprema do Estado, a quem cabe dirigir a política externa e interna.

Francisco Campos[160], reconhecidamente o principal idealizador da Constituição de 1937, buscou justificá-la como "uma imposição das circunstâncias da época", quando "a luta política não era apenas uma luta pelo poder dentro dos quadros clássicos da democracia liberal", pois as "ideologias externas que se assenhoravam do campo da luta tinham como objetivo declarado a destruição tradicional, não somente no domínio político, como no domínio social e econômico".

Um último aspecto a ser observado, na Constituição de 1937, é que seu art. 186, constante das disposições transitórias e finais, decretava o estado de emergência em todo o território nacional, sem prazo determinado. Apenas em 30 de novembro de 1945, já com José Linhares na presidência da República, é publicada a Lei Constitucional nº 16, revogando expressamente o art. 186, razão pela qual todo o Estado Novo pode ser entendido como um período de exceção.

2.5.4 A Constituição de 1946

A Constituição de 1946 retomou a tradição liberal da Constituição de 1891, aproveitando ainda muitas das inovações trazidas pela Carta de 1934. Seu texto trouxe extenso rol de direitos e garantias individuais, além de adotar o modelo de regulação completa do estado de exceção, dedicando ao tema os arts. 206 ao 214 das suas disposições gerais.

---

[159] MOTTA FILHO, Cândido. *O poder executivo e as ditaduras constitucionais.* São Paulo: Phoenix, 1940, p. 97.

[160] Entrevista de Francisco Campos ao Correio da Manhã do Rio de Janeiro, em 3 de março de 1945 (COSTA PORTO, Walter. *Constituições Brasileiras: 1937.* Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 42).

Restituiu-se a figura do estado de sítio, já prevista nas Constituições de 1891 e 1934, para as hipóteses de comoção intestina grave (ou fatos que evidenciem sua iminente irrupção) e guerra externa, abandonando-se as conformações do estado de emergência e do estado de guerra do ordenamento anterior.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho[161], autor da principal referência doutrinária do período, *O estado de sítio na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional*[162], identifica, na Constituição de 1946, duas modalidades distintas de estado de sítio: um estado de sítio "simples", decorrente de comoção intestina grave ou sua iminente irrupção (art. 206, I), e um estado de sítio "qualificado", quando produto de guerra externa (art. 206, II).

Já Pontes de Miranda[163] extrai, do mesmo texto constitucional, três espécies de estado de sítio: a) o estado de sítio em caso de guerra externa (art. 206, II); b) o estado de sítio em caso de comoção grave, com caráter de guerra civil (art. 206, I, e art. 207); e c) o estado de sítio em caso de próxima irrupção da comoção intestina grave, ou de comoção grave, sem o caráter de guerra civil.

Essas classificações são relevantes, pois, embora a Constituição de 1946 tenha optado por adotar uma única designação ("estado de sítio"), havia substanciais diferenças entre os seus diversos pressupostos autorizadores, que reverberavam nos efeitos de sua decretação. As providências que poderiam ser tomadas no estado de sítio decorrente tanto de guerra externa como de comoção grave com caráter de guerra civil eram muito mais severas do que as previstas no estado de sítio "simples", pois faziam deflagrar o art. 207 da Constituição, que autorizava, mediante lei própria, ampla suspensão de garantias (sem rol limitativo), bem como a ampliação da jurisdição militar para crimes cometidos por civis. No estado de sítio decretado em razão de comoção intestina grave (sem caráter de guerra civil), de sua vez, apenas as medidas expressamente arroladas no art. 209 poderiam ser adotadas, permanecendo hígidas todas as demais garantias constitucionais.

Outra distinção dizia respeito, ainda, à duração do estado de sítio. Se decretado em razão de comoção intestina grave, não poderia exceder a trinta dias, nem ser prorrogado, de cada vez, por prazo superior a este, enquanto o estado de sítio decorrente de guerra externa

---

[161] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O estado de sítio na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 150-151.

[162] O Ato Institucional nº 1/1964, pouco anterior à publicação do livro, faz com que o autor insira um apêndice, já na primeira edição, comentando brevemente a nova regulação.

[163] MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, Tomo 5, p. 443.

vigeria enquanto perdurasse o conflito (art. 210). Nada se dispunha em relação ao prazo do estado de sítio decorrente de comoção grave, com caráter de guerra civil, fazendo supor que se aplicariam nesse caso as mesmas disposições aplicáveis às situações gerais de comoção grave.

A Constituição de 1946 devolveu ao Congresso Nacional a competência para decretação do estado de sítio, mediante a edição de lei específica (art. 206), embora pudesse o Presidente da República também o fazer, ou determinar sua prorrogação, no intervalo das sessões legislativas (art. 208). Neste caso, o Presidente deveria encaminhar ao Congresso Nacional, assim que este se reunisse, mensagem especial com os motivos determinantes da decretação e justificativa das medidas adotadas. Ao Parlamento caberia decidir, em sessão secreta, pela manutenção ou revogação do estado de sítio (art. 211).

O controle político era robustecido, também, pela obrigação do Presidente da República de encaminhar ao Congresso Nacional, ao término do estado de sítio, relatório com as medidas aplicadas, com especificação e justificação das providências adotadas (art. 214, parágrafo único).

Na vigência do estado de sítio da Constituição de 1946, as imunidades parlamentares deveriam ser observadas, podendo apenas ser objeto de suspensão por voto de dois terços dos membros das respectivas casas, quando a liberdade do deputado ou do senador fosse incompatível com a defesa da nação ou com a segurança das instituições políticas ou sociais (art. 213).

A Constituição de 1946 restabeleceu, também, o controle judicial dos atos praticados na vigência do estado de exceção, não só consagrando a inafastabilidade da tutela jurisdicional como princípio geral (art. 141, §4º), mas também prevendo, de forma específica, que a inobservância das normas específicas do estado de sítio constituiria coação ilegal, passível de revisão judicial (art. 215).

2.5.5 Os Ato Institucionais nº 1/1964 e 2/1965, a Constituição de 1967, a Emenda Constitucional nº1/1969 e a Emenda Constitucional nº 11/1978

Em 1º de abril de 1964, o presidente João Goulart foi deposto e substituído por uma junta militar, que passou a governar mediante a edição de atos institucionais, espécie normativa atípica que se pretendia emanada de Poder Constituinte originário. Editou-se, em

9 de abril desse mesmo ano, o Ato Institucional nº 1, que manteve (ao menos formalmente), com poucas, mas significativas alterações, a Constituição de 1946.

Dentre essas alterações, destacam-se as contidas no art. 6º, que outorgou ao Presidente da República competência para a decretação e prorrogação do estado de sítio, com posterior submissão ao Congresso Nacional, e no art. 7º, que suspendeu por seis meses as garantias de vitaliciedade e estabilidade.

O Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, manteve a atribuição do Presidente da República para a decretação do estado de sítio, "para prevenir ou reprimir a subversão da ordem interna", subtraindo do Congresso Nacional competência para apreciá-lo. Ampliou, ainda, o prazo máximo de sua vigência, de trinta para cento e oitenta dias (art. 13). Mais grave: independentemente da decretação do estado de sítio, o Presidente da República poderia, após oitiva do Conselho de Segurança Nacional, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de dez anos, e mesmo cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais (art. 15).

A Constituição de 1967 preservou a competência outorgada pelos atos institucionais nº 1 e 2 ao Presidente da República, para deliberar sobre o estado de sítio, nos casos de grave perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção, ou guerra (art. 152), submetendo o ato à apreciação do Congresso Nacional em cinco dias (art. 153, §1º). A duração máxima do estado de sítio decorrente de grave perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção era de sessenta dias, prorrogáveis pelo mesmo prazo. A Constituição nada estipulava sobre o prazo do estado de sítio decretado em caso de guerra, presumindo-se que tal decretação poderia vigorar enquanto perdurasse o conflito. Havia uma relação expressa das medidas coercitivas que poderiam ser adotadas no estado de sítio (art. 152, §2º), mas outras medidas, estabelecidas em lei, poderiam ser tomadas pelo Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, para assegurar a integridade e a independência do país, o livre funcionamento dos poderes e a prática das instituições, quando gravemente ameaçados por fatores de subversão ou corrupção (art. 152, §3º). As imunidades parlamentares poderiam ser suspensas durante o estado de sítio, por votação secreta de dois terços da casa a que pertencesse o parlamentar (art. 154, parágrafo único). O Poder Judiciário, por sua vez, detinha autorização expressa para afastar coação ilegal sofrida por particular, quando verificada a inobservância das prescrições constitucionais relativas ao estado de sítio (art. 156). Além das prerrogativas imanentes da decretação do estado de sítio, o Presidente da

República detinha competência para, nos casos de urgência ou de interesse público relevante, editar Decretos-leis sobre matérias de segurança nacional (art. 58, I).

O Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, trouxe para o âmbito do ordenamento "normal" (não excepcional) inúmeras restrições a direitos e garantias fundamentais de extrema gravidade, como a possibilidade de decretação de recesso parlamentar por prazo indeterminado pelo Presidente da República, que avocaria para si competência legislativa (art. 2º), e a suspensão do *habeas corpus* para crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular (art. 10). No tocante ao estado de exceção propriamente dito, ao Presidente da República atribuiu-se, além da competência para decretar o estado de sítio, também o poder de fixar o prazo de sua duração (art. 7º). Por fim, afastou-se da tutela jurisdicional todos os atos praticados de acordo com esse Ato Institucional e seus atos complementares (art. 11).

Para José Afonso da Silva[164], este foi "o instrumento mais arbitrário, mais ditatorial, que o País jamais conheceu", autêntica "legalidade extraordinária", formada sem atender aos pressupostos de necessidade e temporariedade.

A Emenda Constitucional nº 1/69 trouxe pouca alteração ao regramento do estado de sítio. Modificou-se o prazo máximo de sua duração, nos casos de grave perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção, para cento e oitenta dias, passíveis de prorrogação. A suspensão das imunidades dos deputados federais e senadores passaram a depender de maioria simples das respectivas casas, em votação aberta, e não mais de dois terços, por votação secreta. Repetiu-se a disposição do art. 156 da Constituição de 1967, que autorizava o Poder Judiciário a afastar coação ilegal sofrida por particular, quando verificada a inobservância das prescrições constitucionais relativas ao estado de sítio (art. 159 da CF 1967).

A Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, trouxe um novo regramento jurídico ao estado de exceção, introduzindo as medidas de emergência e o estado de emergência como modalidades do estado de exceção, juntamente com o estado de sítio. As medidas de emergência, ou medidas coercitivas, eram medidas aplicáveis quando a gravidade da situação não justificasse a decretação do estado de sítio ou do estado de emergência. Eram determinadas por ato do Presidente da República, com os limites fixados pelas medidas coercitivas previstas para o estado de sítio, e tinham duração máxima de sessenta dias, prorrogáveis por igual período. O estado de sítio, de sua vez, passou a ser cabível "no caso de guerra ou a fim de preservar a integridade e a independência do País, o

[164] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 644.

livre funcionamento dos poderes e de suas instituições, quando gravemente ameaçados ou atingidos por fatores de subversão" (art. 156). O estado de emergência poderia ser decretado também pelo Presidente da República, "quando forem exigidas providências imediatas, em caso de guerra, bem como para impedir ou repetir as atividades subversivas a que se refere o art. 156" (art. 158). Os pressupostos do estado de sítio e do estado de emergência eram praticamente idênticos, com exceção do aspecto da urgência, que ganha maior ênfase nesse último (necessidade de "providências imediatas"). A diferença fundamental era que o decreto de estado de sítio era submetido à apreciação do Congresso (art. 156, §4º), enquanto que a decretação do estado de emergência era meramente comunicada (art. 158, §3º). A duração do estado de emergência era de no máximo noventa dias, prorrogáveis por igual período.

A EC nº 11/1978 inovou, também, em relação às medidas excepcionais cabíveis no estado de exceção, introduzindo-se a "intervenção em entidades representativas de classes ou categorias profissionais" (art. 156, §2º, *e*).

Finalmente, em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, que regulamentou de forma detalhada o estado de exceção, prevendo: i) o estado de defesa, para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave ameaça ou iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza; ii) o estado de sítio, em caso de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa, ou em caso de declaração de estado de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira.

CAPÍTULO 3 – O ESTADO DE EXCEÇÃO NO DIREITO COMPARADO

3.1 ESTADOS UNIDOS

A Constituição Norte-Americana é a que melhor representa o modelo dos poderes implícitos. Seu texto original nada dispôs sobre regimes excepcionais; no entanto, a evolução jurisprudencial passou a admitir poderes e prerrogativas excepcionais do Estado em situações emergenciais, a partir de leitura alargada de atribuições genéricas outorgadas a determinados órgãos.

Ao Congresso compete prover a defesa comum e o bem-estar geral dos Estados Unidos (art. 1º, seção VIII, nº 1), declarar guerra à outra nação (art. 1º, seção VIII, nº 11), regular a convocação da milícia, a fim de garantir a execução das leis da União, reprimir insurreições e repelir invasões (art. 1º, seção VIII, nº 15), bem como suspender o *writ* de *habeas corpus* "quando, nos casos de rebelião ou invasão, a segurança pública o exigir" (art. 1º, seção IX, nº 2).

O Presidente, de seu turno, é o Comandante-em-Chefe do Exército, da Marinha e das milícias dos diversos Estados (art. 2º, seção II, nº 1), e tem, dentre seus deveres, zelar pelo "fiel cumprimento das leis" (art. 2º, seção III).

À União cabe garantir a cada Estado da Federação "uma forma republicana de governo", protegendo-os contra invasão e, "a pedido da legislatura ou do Executivo (quando a legislatura não puder ser convocada), também contra as desordens internas" (art. 4º, seção IV).

O dever de zelar pelo fiel cumprimento das leis concede ao Presidente o direito de tomar todas as providências necessárias, não vedadas por lei, para proteger os grandes interesses confiados ao Governo pela Constituição. Para tanto, pode, em caso de necessidade, proclamar a lei marcial[165]. Alexandre de Moraes[166] observa, no entanto, que essa só poderá ser decretada em caso de invasão, grave desordem interna, guerra civil ou externa, "desde que, primeiramente, a legislação ordinária seja insuficiente para assegurar a normalidade institucional, e, ainda, as medidas de exceção se limitem ao local necessário

[165] CORWIN, Edward S. *A constituição norte-americana e seu significado atual.* Tradução de Leda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Zahar, 1986, p. 150 e 211.
[166] MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais.* 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 31-32.

para a resolução dos conflitos". Anota o autor, ainda, que a lei marcial americana outorga poderes excepcionais ao Presidente, proporcionais à necessidade de restauração da ordem pública, mas sem deixar de prevalecer a supremacia do governo civil.

O constitucionalismo americano, sabe-se, é profundamente marcado pela doutrina da separação de poderes e pelo controle judicial dos atos dos demais poderes (*judicial review*). No entanto, de forma geral, os Poderes Legislativo e Judiciário reconhecem a necessidade de proeminência do Poder Executivo, em tempos de crise, por entenderem ser esse o órgão com mais recursos, poder e flexibilidade para seu enfrentamento. A definição do conteúdo dos dispositivos constitucionais mencionados, como, por exemplo, "forma republicana de governo", é com frequência tratada como *political question*, alheia à Suprema Corte[167].

Para Eric Posner e Adrian Vermeule[168], predomina a chamada "visão deferencial", segundo a qual o controle judicial da atividade governamental, em nome da Constituição, deve ser relaxado ou suspenso, em tempos de emergência. O risco de eventuais violações às liberdades civis, ou de abuso do poder para obtenção de ganho político, seria compensado por benefícios em termos de segurança nacional, em um *tradeoff* que, para os autores, ao longo da história americana se revelou compensador. A prevalência dessa visão, ainda segundo os autores, é a razão pela qual o sistema constitucional americano, diversamente do de outros países, manteve-se preservado, nas inúmeras situações de grave crise que o país atravessou[169].

A essa abordagem se opõe a chamada "visão civil-libertária" que, não obstante reconhecer que as situações de emergência demandam algum tipo de restrição às liberdades civis, faz um balanço crítico das medidas tomadas pelo Poder Executivo ao longo das diversas situações emergenciais dos Estados Unidos.

Sob a ótica deferencial, ou acomodativa, os tribunais apenas verificam se a emergência existe; uma vez verificada a situação de emergência, os juízes não podem exigir do Governo que demonstre que as medidas emergenciais atendem a um interesse convincente. Na visão civil-libertária, ou estrita, mais disseminada entre acadêmicos e os chamados "ativistas", as medidas de exceção deveriam estar sujeitas ao controle de

---

[167] CORWIN, Edward S. *A constituição norte-americana e seu significado atual.* Tradução de Leda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Zahar, 1986, p. 210-211.
[168] POSNER, Eric. A; VERMEULE, Adrian. *Terror in balance:* security, liberty, and the courts. New York: Oxford University Press, 2007, p. 15.
[169] Ibid., p. 4.

legalidade, podendo os tribunais afastá-las, quando não verificada sua conexão com um interesse convincente (*compelling interest*)[170].

Mark Tushnet propõe uma terceira leitura dos poderes emergenciais, para situá-los no campo do que denomina de extraconstitucionalidade. Nessa abordagem, os poderes emergenciais se situariam fora da Constituição, não podendo ser disciplinados pelo direito, nem submetidos ao controle judicial. O regime de exceção seria um fenômeno exclusivamente político, controlado apenas pela mobilização da sociedade civil.

Para Tushnet[171], há três posições básicas, relativas à incorporação das situações emergenciais ao constitucionalismo americano. A primeira indica que os princípios gerais da Constituição se aplicam mesmo em situações de guerra, mas que, nessa situação, deve-se levar em consideração os interesses mais convincentes do governo (*compelling interests*), para se determinar, no caso concreto, qual o interesse deve prevalecer. A segunda posição é de que as normas constitucionais aplicadas em situação de guerra diferem daquelas aplicadas em tempo de paz, bifurcando-se a Constituição em dois conjuntos de provisões, aplicáveis de acordo com a situação (normalidade/anormalidade).

Para o autor, estas são as duas leituras que, tradicionalmente, orientam os poderes emergenciais no direito norte-americanos. No entanto, Tushnet sugere que essas posições acabam por enfraquecer a noção de Estado de Direito, pois buscam na Constituição fundamentos jurídicos para questões que são mais bem compreendidas em termos morais, pragmáticos ou não.

Influenciado pela doutrina de Carl Schmitt, Tushnet busca tratar as situações emergenciais como ocasião para a suspensão extraconstitucional da legalidade. Para o autor, em caso de grave crise ou guerra, seria preferível que os poderes emergenciais fossem tratados como extraconstitucionais, não podendo ser considerados nem legais nem ilegais. Não sendo passíveis de controle judicial, seu controle seria exercido pela "cidadania mobilizada", onde então teriam importante papel os denominados "alarmistas constitucionais", ou seja, os grupos ativistas de direitos civis. Neste particular, o próprio autor reconhece que os perigos são aparentes, e que seria necessário o desenvolvimento de

---

[170] POSNER, Eric. A; VERMEULE, Adrian. Accommodating Emergencies. In: TUSHNET, Mark (Org.). *The Constitution in wartime:* beyond alarmism and complacency. 2 ed. Durham: Duke University Press, 2005, p. 56.

[171] TUSHNET, Mark (Org.). *The Constitution in wartime: beyond alarmism and complacency.* 2 ed. Durham: Duke University Press, 2005, p.39-40, 51.

uma estrutura de análise mais satisfatória, que pudesse orientar os formuladores de políticas públicas nas situações de emergência[172].

Essa posição, no entanto, parece não encontrar amparo na longa tradição de separação e independência dos poderes, bem como a de sujeição ao *judicial review*, característicos do sistema norte-americano. Para Alexandre de Moraes[173]

> A característica mais marcante no sistema constitucional americano consiste na absoluta supremacia constitucional e em seu mecanismo de efetivação jurisdicional (judicial review), permitindo-se ao Poder Judiciário e, em especial, à Suprema Corte, mediante casos concretos que lhe são postos a julgamento, interpretar a Constituição Federal, para com ela adequar e compatibilizar as leis e os atos normativos editados pelos demais Poderes do Estado.

Os principais precedentes da Suprema Corte indicam a prevalência, em situações de emergência, da visão deferencial, apontada por Eric Posner e Adrian Vermeule, sem, contudo, o abandono completo da prerrogativa do controle judicial dos atos praticados pelo Poder Executivo.

Os autores[174] identificam, na história americana, seis destacados períodos de emergência, ao longo dos quais o exercício dos poderes emergenciais, por parte do Poder Executivo, foi objeto de controvérsia:

- A guerra não declarada com a França, ao final do século XVIII, que levou ao *Sedition Act*, que permitiu que autoridades federalistas aprisionassem republicanos críticos à administração do Presidente John Adams;

- A Guerra Civil (1861-1865), que levou o Presidente Lincoln a suspender o *habeas corpus* e a impor lei marcial, sob a qual foram perseguidos os críticos da guerra;

- A Primeira Guerra Mundial, que juntamente com a ameaça do comunismo, decorrente da Revolução Russa, deflagrou o *Espionage Act*;

- A Segunda Guerra Mundial, em que se destaca a segregação de nipo-americanos em campos de detenção;

- A perseguição a comunistas no período da guerra fria; e

---

[172] TUSHNET, Mark. "Emergencies and the idea of constitutionalism". In: TUSHNET, Mark (Org.). *The Constitution in wartime:* beyond alarmism and complacency. 2 ed. Durham: Duke University Press, 2005, p. 51.

[173] MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 67.

[174] POSNER, Eric. A; VERMEULE, Adrian. *Terror in balance:* security, liberty, and the courts. New York: Oxford University Press, 2007, p. 03.

- O período imediatamente posterior ao ataque terrorista do 11/09, com medidas emergenciais como a detenção sem julgamento de membros da Al Qaeda e a utilização de interrogatórios coercitivos.

3.1.1 Poderes emergenciais durante a Guerra da Secessão

Em 1861, ao invocar seu poder de Comandante-em-Chefe dos Estados Unidos e seu dever de cuidar da fiel execução das leis, durante a Guerra da Secessão, o Presidente Abraham Lincoln deu os contornos da concepção moderna acerca dos poderes emergenciais no direito norte-americano. Com base nesses poderes, além de conduzir as questões militares, o Presidente determinou o bloqueio dos portos dos Estados do Sul, instituiu o alistamento temporário, suspendeu o *writ* de *habeas corpus* (1862), e lançou a Proclamação da Emancipação, libertando as pessoas mantidas em escravidão nas regiões em rebelião[175].

Em 1862, nos *Prize Cases*, a Suprema Corte, por apertada maioria, reconheceu a guerra civil como guerra pública, ratificando a investidura do Presidente Lincoln como Comandante-em-Chefe, com plenos poderes decorrentes de tal situação[176].

Em 1866, no entanto, em *Ex parte Milligan*, a Suprema Corte reformou algumas decisões de Lincoln, ao argumento de que a lei marcial, durante a guerra civil, não poderia ser aplicada a cidadãos em Estados que tivessem mantido a autoridade do governo, e onde os tribunais estivessem abertos e seus processos desobstruídos. Esse mesmo fundamento foi utilizado em *Duncan v. Kahanamoku*, no qual a Suprema Corte, em 1946, declarou inconstitucional a instituição de lei marcial no Estado do Havaí, ocorrida logo após o ataque a Pearl Harbor.

Sobre *Ex parte Milligan* e *Duncan v. Kahanamoku*, Laurence H. Tribe[177] observa que ambas as decisões, limitadoras do Poder Presidencial de declarar lei marcial, foram proferidas após a cessação das hostilidades, lançando dúvidas sobre ânimo da Suprema Corte em fazê-lo ainda sob situação de guerra.

---

[175] CORWIN, Edward S. *A constituição norte-americana e seu significado atual.* Tradução de Leda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Zahar, 1986, p. 125.
[176] Ibid., p. 126.
[177] TRIBE, Laurence H. *American constitutional law.* 3. ed. New York: New York Foundation Press, 2000, p. 670.

3.1.2 A Segunda Guerra Mundial e os cidadãos nipo-americanos - *Korematsu v. United States*

Se as duas decisões anteriores se situam no campo das decisões limitadoras da autoridade do Executivo, *Korematsu v. United States*, de 1944, que trata da segregação de cidadãos nipo-americanos durante a Segunda Guerra Mundial, é considerado o expoente máximo da abordagem deferencial dos poderes emergenciais.

Em 19 de fevereiro de 1942, pouco mais de dez semanas após o bombardeio japonês à base norte-americana de Pearl Harbor, o Presidente Roosevelt emitiu a *Executive Order 9066*, que autorizava o Secretário da Guerra ou outros comandantes militares por ele designados a demarcar "áreas militares", nas quais se poderia determinar a exclusão de todas ou algumas pessoas, ou restringir seu acesso e permanência. Um mês depois, o Congresso, em apoio ao Presidente, editou uma lei tornando crime a desobediência às ordens militares de exclusão. O ato presidencial e a lei aprovada nada versavam sobre confinamento de pessoas em campos de internação, mas já em abril de 1942 as autoridades militares passaram a editar as primeiras ordens que determinavam a remoção de cidadãos americanos de ascendência japonesa da Costa Oeste, e sua detenção em campos de internação no interior dos Estados Unidos. Foi instituída a *War Relocation Authority* e, até o fim da guerra, mais de cem mil pessoas, das quais mais de setenta mil cidadãos americanos, haviam sido aprisionadas sem indiciamento ou acusação formal. Recaíam sobre esses indivíduos questionamento genérico quanto a sua lealdade ao País, decorrente meramente de sua ancestralidade. As condenações individuais por "deslealdade" se davam por processo administrativo, muito embora não houvesse qualquer tipificação legal desse delito[178].

Fred Korematsu, cidadão americano de ascendência nipônica, foi detido e processado por permanecer em San Leandro, Califórnia, violando a *Civilian Exclusion Order nº 34*, que declarava essa área como militar e vedada a pessoas de ascendência japonesa. Seu caso foi levado à Suprema Corte, que deveria enfrentar, entre outras questões, as seguintes: a decisão militar sobre o programa de realocação de pessoas deveria ser automaticamente aceita, ou caberia uma investigação judicial da questão? Haveria suporte fático para a decisão militar

[178] ROSTOW, Eugene V. *The Japanese American Cases – A Disaster* (1945). The Yale Law Journal, vol. 54, June, 1945, Number 3. Yale Law School Legal Scholarship Repository. Faculty Scholarship Series. Paper 2155, p. 490, 497, 498. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2155>. Acesso em: 5 jul. 2017.

de que o decurso da guerra demandaria a exclusão e o confinamento da população nipo-americana da Costa Oeste? A remoção desnecessária ou excessiva violaria direitos amparados pelo Artigo Terceiro da Constituição e pelas V e VI Emendas? [179]

A Suprema Corte, no entanto, por maioria de votos, decidiu que a *Civilian Exclusion Order nº 34* – que tratava de evacuação, mas não de detenção – era constitucional, se recusando a relacionar a validade da detenção de Fred Korematsu por violação a essa ordem específica à legalidade da política de detenção em campos de internação. Essa decisão se deu por maioria, com seis votos a favor e três dissidências: Justices Murphy, Robert e Jackson.

O voto do Justice Black[180] bem sintetiza a posição que predominou:

> Some of the members of the Court are of the view that evacuation and detention in an Assembly Center were inseparable. After May 3, 1942, the date of Exclusion Order No. 34, Korematsu was under compulsion to leave the area not as he would choose, but via an Assembly Center. The Assembly Center was conceived as a part of the machinery for group evacuation. The power to exclude includes the power to do it by force if necessary. And any forcible measure must necessarily entail some degree of detention or restraint, whatever method of removal is selected. But whichever view is taken, it results in holding that the order under which petitioner was convicted was valid.

Adiante, Justice Black defendeu o critério de segregação racial adotado, nos seguintes termos:

> It is said that we are dealing here with the case of imprisonment of a citizen in a concentration camp solely because of his ancestry, without evidence or inquiry concerning his loyalty and good disposition towards the United States. Our task would be simple, our duty clear, were this a case involving the imprisonment of a loyal citizen in a concentration camp because of racial prejudice. Regardless of the true nature of the assembly and relocation centers – and we deem it unjustifiable to call them concentration camps, with all the ugly connotations that term implies – we are dealing specifically with nothing but an exclusion order. To cast this case into outlines of racial prejudice, without reference to the real military dangers which were presented, merely confuses the issue. Korematsu was not excluded from the Military Area because of hostility to him or his race. He was excluded because we are at war with the Japanese Empire, because the properly constituted military authorities feared an invasion of our West Coast and felt constrained to take proper security measures, because they decided that the military urgency of the situation demanded that all citizens of Japanese ancestry be segregated from the West Coast temporarily, and, finally, because Congress, reposing its confidence in this time of war in our military leaders – as inevitably it must –

[179] ROSTOW, Eugene V. *The Japanese American Cases – A Disaster* (1945). The Yale Law Journal, vol. 54, June, 1945, Number 3. Yale Law School Legal Scholarship Repository. Faculty Scholarship Series. Paper 2155, p. 490-491. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2155>. Acesso em: 5 jul. 2017.

[180] Disponível em <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/323/214#writing-USSC_CR_0323_0214_ZO>. Acesso em: 5 jul. 2017.

> determined that they should have the power to do just this. There was evidence of disloyalty on the part of some, the military authorities considered that the need for action was great, and time was short. We cannot – by availing ourselves of the calm perspective of hindsight – now say that, at that time, these actions were unjustified.

Em voto dissidente, Justice Roberts[181] abordou a questão sob a perspectiva da violação dos direitos constitucionais:

> I dissent, because I think the indisputable facts exhibit a clear violation of Constitutional rights. This is not a case of keeping people off the streets at night, as was *Hirabayashi v. United States,* 320 U.S. 81, nor a case of temporary exclusion of a citizen from an area for his own safety or that of the community, nor a case of offering him an opportunity to go temporarily out of an area where his presence might cause danger to himself or to his fellows. On the contrary, it is the case of convicting a citizen as a punishment for not submitting to imprisonment in a concentration camp, based on his ancestry, and solely because of his ancestry, without evidence or inquiry concerning his loyalty and good disposition towards the United States. If this be a correct statement of the facts disclosed by this record, and facts of which we take judicial notice, I need hardly labor the conclusion that Constitutional rights have been violated.

Para Justice Roberts, releva o fato de que a condenação de Korematsu se vincula, em última análise, a sua recusa ao aprisionamento, apenas em razão de sua ancestralidade, em campo de concentração (*concentration camp*) – que Justice Black prefere designar campo de reunião e realocação (*assembly and reallocation camps*).

Korematsu é apontado como exemplo extremo de deferência do Poder Judiciário em situações emergenciais, notadamente pela extensão da violação de direitos e garantias que foram toleradas: a) segregação de pessoas – inclusive crianças – com a utilização de critérios étnicos-raciais; b) detenção por tempo indeterminado desse mesmo grupo de pessoas, sem acusação formal; c) atuação das autoridades militares sem qualquer controle civil ou político; d) atribuição de tipo penal inexistente ("deslealdade"), com julgamentos militares sem autoridade judicial independente e sem garantias processuais mínimas.

Para muitos, *Korematsu* deve ser compreendido em seu contexto histórico, de crise mundial sem precedentes, que na maioria dos países levou a distorções graves no funcionamento dos sistemas constitucionais de crises. Mesmo democracias com valores liberais sólidos, como a norte-americana, sofreram reveses na proteção dos direitos individuais.

---

[181] Disponível em <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/323/214#writing-USSC_CR_0323_0214_ZD>. Acesso em: 5 jul. 2017.

No entanto, as severas críticas endereçadas a esse precedente remontam à época de sua própria edição. Em conhecido artigo, publicado no *The Yale Law Journal* poucos meses após o julgamento de *Korematsu*, Eugene V. Rostow[182] (que reputou o julgamento "um desastre") observou que, se a Suprema Corte, de forma ousada, houvesse declarado todo o programa ilegal, as internações teriam sido um escândalo nacional, mas reparável e temporário. No entanto, ao preservar as principais características do programa, a Corte transformou um disparate de tempos de guerra em uma doutrina política, e em uma parte permanente do direito norte-americano.

Para Mark Tushnet[183], as críticas a *Korematsu* seguem um padrão identificável, aplicáveis às respostas às ações governamentais em tempos de guerra: o Governo toma as medidas que, no momento da crise, entende necessárias. Seus oficiais – e, com frequência, os próprios tribunais – justificam essas ações invocando o imperativo de segurança nacional. Após a cessação da emergência (muitas vezes, após a vitória na guerra), essas ações são avaliadas retrospectivamente, em um contexto totalmente diverso, habitualmente com o apontamento crítico de excessiva deferência às autoridades. Para Tushnet, essa avaliação é enviesada e redunda em ceticismo, no momento de avaliação de novas crises.

No mesmo sentido, a análise de Bruce Ackerman[184], que reconhece um ciclo na atuação do Poder Judiciário em situações de emergência:

> [...] Then, when a real crisis hits, judges can display remarkable flexibility for the interim, while covering their tracks with confusing dicta and occasional restrictive holdings. As the crisis abate, the legal community can inaugurate a period of agonizing reappraisal, casting doubt upon the constitutional propriety of the court´s momentary permissiveness. After a revisionist decade or three, the oracles of the law can return to their older habit of casting aspersions on the entire idea of emergency powers – leading to an atmosphere of genuine restraint, until the next real crisis comes around.

Para Ackerman[185], *Korematsu* serve de caso paradigmático do momento permissivo do ciclo de administração de crises gerido pelo Judiciário: um excesso de deferência que é seguido por décadas de atividade revisionista.

---

[182] ROSTOW, Eugene V. *The Japanese American Cases – A Disaster* (1945). The Yale Law Journal, vol. 54, June, 1945, Number 3. Yale Law School Legal Scholarship Repository. Faculty Scholarship Series. Paper 2155, p. 491. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2155>. Acesso em: 5 jul. 2017.
[183] TUSHNET, Mark. Defending Korematsu? Reflections on civil liberties in wartime. In: TUSHNET, Mark (Ed.). *The Constitution in wartime:* beyond alarmism and complacency. 2 ed. Durham: Duke University Press, 2005, p. 125.
[184] ACKERMAN, Bruce. *Before the next attack:* preserving civil liberties in an age of terrorism. New Haven: Yale University Press, 2006, p. 60-61.
[185] Ibid., p. 63.

Prevalece a percepção de que a extensão dos poderes emergenciais é afetada pelas vicissitudes do momento, principalmente quando a ameaça à segurança nacional é atual, e as medidas a serem tomadas são prementes. De certa forma, as críticas de Tushnet e de Ackerman ecoam as observações de Tribe sobre *Ex parte Milligan* e *Duncan v. Kahanamoku*: teria a Suprema Corte tomado a mesma decisão durante a permanência dos conflitos?

Essa questão irá sempre permear as discussões acerca dos poderes emergenciais nos países que adotam o padrão de poderes implícitos, com mera indicação da autoridade competente para adotar as medidas emergenciais. Como anota Bruce Ackerman[186], a Constituição Norte-americana contém apenas disposições rudimentares sobre situações de emergência, deixando grande margem à imaginação dos tribunais, cujos precedentes contraditórios trazem grande incerteza.

A construção meramente jurisprudencial de um balizamento para as medidas de crise esbarra em três dificuldades: 1º) as situações de grave crise, capazes de ensejar o uso dos poderes de emergência, são raras, sendo, portanto, escassas as possibilidades dos tribunais se debruçarem sobre o tema; 2º) as situações de crise diferem muito umas das outras – as soluções que se mostram proporcionais e adequadas, em uma determinada situação, não necessariamente o serão em outras situações; e 3º) conforme apontado por Tushnet, Ackerman e Tribe, a percepção das crises, pelos tribunais, varia de acordo com o momento (normalidade/anormalidade), ensejando oscilação das decisões judiciais e, portanto, mais incerteza.

3.1.3 O 11 de Setembro e o *U.S. Patriot Act*

O ataque terrorista ao World Trade Center, em 11 de setembro de 2001, perpetrado pelo grupo terrorista Al Qaeda, inaugurou um novo período de discussão sobre a extensão das medidas excepcionais a serem adotadas em situações de emergência.

Em resposta aos ataques, foi editado o *U.S. Patriot Act*, de 26 de outubro de 2001, que trouxe, em caráter permanente, diversas restrições a direitos individuais. Dentre outras medidas, permitiu-se ao Procurador Geral (*Attorney General*) autorizar a detenção, por sete dias, de estrangeiros suspeitos de pôr em risco a segurança nacional, e sua transferência à

[186] ACKERMAN, Bruce. *Before the next attack:* preserving civil liberties in an age of terrorism. New Haven: Yale University Press, 2006, p. 60.

custódia de autoridades militares. Ao final desse prazo, o detido deveria ser expulso ou formalmente acusado de violação às leis de imigração ou de algum outro crime.

Menos de três semanas depois, no entanto, a edição da *Military Order*, de 13 de novembro de 2001, pelo Presidente da República, ampliou as prerrogativas do *Attorney General,* facultando-lhe autorizar a detenção desses estrangeiros por tempo indeterminado. Essas detenções não se submetiam ao controle judicial, não sendo os *"detainees"* considerados como acusados (com as garantias inerentes aos acusados de violação das leis americanas) ou como prisioneiros de guerra (*P.O.W. – prisioner of war*), com as prerrogativas da Convenção de Genebra. Sob esse *status* indefinido, foram presos, na base militar norte-americana de Guantánamo, em Cuba, centenas de combatentes do Taleban, no Afeganistão, e diversos outros indivíduos considerados como pertencentes a grupos terroristas, capturados em diversas partes do globo[187].

A Seção 802 do *U.S. Patriot Act*[188] alargou, ainda, a definição de terrorismo, colocando-a em termos bastante genéricos. A previsão da modalidade de terrorismo doméstico passou a abranger a prática de atos perigosos à vida humana que constituam violação às leis criminais dos Estados Unidos ou de qualquer Estado, e que pareça se destinar a intimidar ou coagir uma população civil, a influenciar a política governamental por intimidação ou coerção ou a afetar a condução do governo mediante destruição em massa, assassinato ou sequestro.

A edição dessas medidas suscitou intenso debate, que permanece até hoje. Um aspecto que desperta polêmica diz respeito ao caráter permanente das medidas impostas, negando a característica elementar das medidas excepcionais: a transitoriedade, ou provisoriedade. Medidas excepcionais, por definição, destinam-se a situações excepcionais, e devem cessar seus efeitos, uma vez superada a emergência ou crise.

Para Giorgio Agamben[189], "(...) a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos". Afastando-se da emergência que o justifica e legitima, o estado de exceção se transmuda em paradigma de governo, apresentando-se, nessa perspectiva, como "um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo".

---

[187] AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção.* 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 14.
[188] Cornell Law School. Legal Information Institute. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/background/warpower/3162.html>. Acesso em: 12 jul. 2017.
[189] AGAMBEN, Op. cit, p. 13.

Outra vertente das críticas alerta para a gravidade das restrições aos direitos fundamentais impostas, principalmente em relação às detenções a prazo indeterminado, sem acusação formal.

Em *Hamdan v. Rumsfeld*[190], de 2004, Hamdan, um cidadão do Iêmen detido no Afeganistão e feito prisioneiro em Guantánamo, foi posteriormente acusado de conspiração perante uma comissão militar. A Suprema Corte entendeu que a comissão militar em questão não era autorizada por nenhum ato do congresso, e que careceria de poderes para processá-lo, pois sua estrutura e procedimentos violava o *United States Code of Military Justice* (*UCMJ*) e a Convenção de Genebra.

Em *Boumediene v. Bush*[191], de 2006, a Suprema Corte assegurou a Boumediene e a outros estrangeiros considerados combatentes inimigos, também detidos em Guantánamo, o direito à impetração de *habeas corpus*, que não poderia ser suspenso, a despeito de sua condição de combatente inimigo ou de sua localização em Guantánamo.

Nota-se, portanto, uma distensão em relação às reações iniciais ao 11 de setembro, voltando a balança a pender para os direitos civis, em detrimento dos imperativos de segurança nacional. No entanto, a se confirmar o ciclo de administração de crises identificado por Ackerman, a postura revisionista irá perdurar até o advento da próxima grave crise, quando novamente prevalecerá a visão deferencial do Poder Judiciário.

3.2 FRANÇA

O sistema de crises francês prevê três espécies de mecanismos para situações de emergência: a cláusula de plenos poderes, o estado de sítio (ambos com amparo constitucional) e o estado de urgência, previsto na legislação ordinária.

[190] Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/05pdf/05-184.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2017.
[191] Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/06-1195.pdf>. Acesso em: 13. jul. 2017.

3.2.1 Cláusula de Plenos Poderes

O art. 16 da Constituição Francesa de 1958[192] é o maior expoente contemporâneo da cláusula de plenos poderes: em caso de grave ameaça às instituições da República, à independência da Nação, à integridade do território francês ou à execução de seus compromissos internacionais, com a interrupção do funcionamento regular dos poderes públicos, o Presidente da República pode adotar as medidas exigidas pelas circunstâncias. É ato exclusivo do Presidente da República a decretação de poderes excepcionais, após consulta aos órgãos políticos e ao Conselho Constitucional. A decretação de poderes excepcionais importa na concentração das funções legislativas, executivas e regulamentares na pessoa do Chefe de Estado.

A cláusula de plenos poderes da Constituição de 1958 evoca o instituto romano da ditadura, que permitia ao Senado, nas graves crises, outorgar aos cônsules poder para tomar todas e quaisquer providências necessárias à preservação da república (*dent operam consules ne quid res publica detrimenti capiat*). Essa percepção influenciou, nos primórdios do liberalismo, o modelo de suspensão da constituição, adotado pela Constituição Francesa de 1799 (em seu célebre art. 92), e seguido pela Constituição Chilena de 1833. Posteriormente, a Constituição de Weimar adotou solução semelhante, ao conceder ao Presidente do Reich poderes para adotar as medidas necessárias ao restabelecimento da segurança e da ordem pública (art. 48, §2º).

Para muitos autores, no entanto, esse modelo é característico de um determinado momento histórico, constituindo manifesto anacronismo sua introdução em um texto constitucional da segunda metade do século XX. Sobressaem a ausência de garantias

[192] Constituição Francesa, artigo 16º: "Quando as instituições da República, a independência da Nação, a integridade de seu território ou o cumprimento de seus compromissos internacionais são ameaçados de forma séria e imediata e o funcionamento regular dos poderes públicos constitucionais é interrompido, o Presidente da República toma as medidas exigidas por essas circunstâncias, após consulta formal ao Primeiro-Ministro, os presidentes das assembleias e do Conselho Constitucional. Ele informa à Nação através de uma mensagem. Essas medidas devem ser inspiradas pelo desejo de garantir às autoridades públicas constitucionais, prontamente, os meios para cumprir sua missão. O Conselho Constitucional será consultado a seu respeito. O Parlamento se reúne de pleno direito. A Assembleia Nacional não pode ser dissolvida durante o exercício dos poderes excepcionais. Após 30 dias de exercício dos poderes excepcionais, o Conselho Constitucional pode ser convocado pelo Presidente da Assembleia Nacional, o Presidente do Senado, sessenta deputados ou sessenta senadores para examinar se as condições enunciadas no primeiro parágrafo continuam em vigor, e após o resultado é pronunciado no menor prazo possível por edital. Ele procede de pleno direito a este exame nos mesmos termos ao final de 60 dias de exercício dos poderes excepcionais e a qualquer momento além desse período." Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf>. Acesso em: 4. ago. 2017.

mínimas de proteção a direitos individuais em situações de crise e a debilidade dos controles políticos e jurídicos.

A introdução da cláusula de plenos poderes na Constituição Francesa de 1958 se deu, porém, por decisiva influência de Charles de Gaulle, a quem se atribui a redação original do art. 16 – posteriormente aperfeiçoada pelo Comitê Consultivo Constitucional, que sugeriu a obrigatoriedade de consulta formal ao Conselho Constitucional, anteriormente à sua adoção[193].

O próprio Charles de Gaulle invocou essa cláusula, em 23 de abril de 1961, em razão da crise na Argélia, quando alguns generais franceses se rebelaram contra o Governo. O Conselho Constitucional foi instado a se manifestar em 22 de abril, concluindo, no dia seguinte, estarem presentes os requisitos constitucionais para a deflagração dos poderes excepcionais. A crise foi prontamente debelada, mas somente em 30 de setembro o Presidente da República encerrou o período de exceção. Esse hiato entre a cessação da crise e o restabelecimento da normalidade institucional foi, então, objeto de severas críticas.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho[194], o recurso aos poderes excepcionais da Constituição Francesa se subordina ao atendimento de condições de fundo e de forma. As condições de fundo são a verificação, simultânea, de (a) ameaça grave e imediata sobre as instituições, a independência, a integridade e os compromissos internacionais da França e (b) a interrupção do funcionamento regular dos poderes públicos. As condições de forma dizem respeito à obrigação de realizar as consultas prévias ao Primeiro-Ministro e aos presidentes das assembleias e do Conselho Constitucional, e de formular comunicado oficial ao povo.

Quanto à condição de interrupção do funcionamento dos poderes públicos, não se exige o total colapso dos mesmos, bastando que os poderes públicos constitucionais não possam funcionar de uma forma regular, como assentou o Conselho Constitucional na mencionada decisão de 23 de abril de 1961[195]. Comentando essa decisão e encampando seu entendimento, Louis Favoreu e Loïc Philip[196] anotam que

---

[193] GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de excepção no direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1998. v. I, p. 477.
[194] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O estado de sítio na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 115-116.
[195] FAVOREU, Louis; PHILIP, Loïc. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel.* 10. ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 129.
[196] Ibid, p. 131.

> [U]ne interprétation plus large devait s'imposer, alors surtout ce que vise la Constitution est moins l'interruption totale du fonctionnement des pouvoirs publics que la mise en cause de la *régularité* de leur fonctionnement: pour que la deuxième condition soit remplie, il faut que les pouvoirs publics, c'est-à-dire le Parlement, et l'exécutif ne puissent exercer *normalement* leurs activités

Não obstante a necessidade de formulação de consultas aos órgãos representativos dos demais poderes (ao Primeiro-Ministro, como chefe do Executivo; aos presidentes da Assembleia Nacional e do Senado, como chefes do Legislativo; e ao presidente do Conselho Constitucional), os pareceres exarados pelos mesmos não vinculam o Presidente da República, que detém o poder exclusivo, discricionário e não partilhado de decretar o exercício de plenos poderes. No entanto, Jorge Bacelar Gouveia[197] observa que, na prática, o Parecer do Conselho Constitucional, por ser obrigatoriamente fundamentado e publicado na imprensa oficial, tem destacada força política.

Alexandre de Moraes[198] observa que a doutrina francesa se divide quanto à interpretação do art. 16. Uma *interpretação lata* admitiria a suspensão provisória da separação de poderes e da repartição das competências normalmente previstas, em favor do Presidente da República. Permitir-se-ia, assim, uma *suspensão implícita* da Constituição. Uma *interpretação estrita*, no entanto, exigiria que os dispositivos constitucionais a serem suspensos fossem expressamente determinados, sem que houvesse *suspensão implícita de todo o texto constitucional*.

Para Jorge Bacelar Gouveia[199], a concentração de poderes na figura do Presidente da República, embora excepcional e de extrema amplitude, não é absoluta, encontrando limites teleológicos, materiais, procedimentais e temporais.

Os limites teleológicos dizem respeito à vinculação da atuação presidencial ao desiderato dos próprios poderes excepcionais, que é o restabelecimento da ordem constitucional. Para o autor, a doutrina francesa se inclina a uma interpretação mais ampla dessa vinculação, admitindo uma intervenção presidencial mais ampla, apenas genericamente motivada pela gravidade da situação a se resolver.

A limitação material, ou de conteúdo, impede o Presidente da República de invocar seus poderes excepcionais para revisão da Constituição. Se a justificativa dos poderes

---

[197] GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de excepção no direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1998. v. I, p. 484.
[198] MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais.* 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 35.
[199] GOUVEIA, Op. cit, p. 486.

excepcionais reside na proteção da Constituição, o poder de modificá-la não pode pertencer ao seu âmbito.

Os limites procedimentais se situam na necessidade de consulta ao Conselho Constitucional, não somente para o decreto de invocação dos plenos poderes, mas para o exercício destes. Esse parecer, também de caráter consultivo, não é publicado na imprensa oficial, mas serve de subsídio ao Chefe de Estado.

Por fim, embora o artigo 16 seja omisso em relação ao prazo de duração dos poderes excepcionais, admite-se que os mesmos devam permanecer enquanto permanecerem as circunstâncias que justificaram sua invocação. A transitoriedade, aliás, é característica comum a todos os sistemas constitucionais de exceção.

Não obstante essas limitações, a própria natureza da cláusula de plenos poderes, concentradora de poderes excepcionais no Chefe do Executivo, debilita os controles político e jurisdicional.

O controle político da cláusula de plenos poderes é exercido, de forma branda, pelo Parlamento. Buscando contemporizar a excepcional concentração de poderes na Presidência da República, cuidou o texto constitucional de preservar a atividade parlamentar, asseverando expressamente que, na vigência dos plenos poderes, o Parlamento se reúne de pleno direito, e que a Assembleia Nacional não pode ser dissolvida. No entanto, não obstante a preservação de suas atividades, a Constituição Francesa não dotou o Parlamento de instrumentos eficazes para o controle político dos poderes excepcionais.

A primeira questão que se coloca é a impossibilidade de o Parlamento rever decreto de instituição dos plenos poderes. Para Paul Leroy, seria mesmo surpreendente que o Parlamento pudesse revogar, ou mesmo questionar, o ato presidencial de invocação da cláusula de plenos poderes. Para o autor[200],

> Ne peut-on, enfin, faire remarquer que la mise en vigueur des pouvoirs de crise correspond normalement à une interruption du fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels. Le Parlement, même si, matériellement, il peut se réunir, a, d'une façon ou d'une autre, son action hypothéquée. Il semble, en conséquence, disqualifié pour se prononcer sur le recours aux pouvoirs de crise.

[200] LEROY, Paul. *L'organisation constitutionnelle et le crises.* Bibliothèque constitutionnelle et de science politique (Georges Burdeau). Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966, p. 194-195.

Restaria ao Parlamento, em casos extremos de abuso do exercício da cláusula de plenos poderes, invocar o art. 68 da Constituição e acusar o Presidente de alta traição[201]. Essa hipótese, no entanto, é bastante controvertida na doutrina francesa[202].

Também o controle jurisdicional dos poderes excepcionais é tênue, encontrando seu balizamento em dois precedentes principais: o caso *Forhan*, de 1961, e o caso *Rubin de Servens*, de 1962.

Em *Forhan*, o Tribunal de Cassação Francês se recusou a apreciar recurso contra decisão administrativa que instituiu um tribunal militar, na vigência de plenos poderes presidenciais, por entender que tal ato não seria sindicável[203].

Tal entendimento, no entanto, foi atenuado um ano depois, pelo Conselho de Estado Francês, no caso *Rubin de Servens*, onde se assentou a distinção entre o ato de decretação do estado excepcional (este, sim, ato de governo, insindicável) e os atos praticados no exercício das prerrogativas excepcionais, cujo controle é possível, a partir da seguinte distinção: atos legislativos (também insindicáveis, posto que pertencentes ao domínio do Poder Legislativo), atos regulamentares e atos individuais, estes últimos sujeitos à tutela da jurisdição administrativa, podendo ser afastados por excesso de poder[204].

3.2.2 Estado de sítio

Além dos poderes excepcionais do Presidente da República, a Constituição Francesa, prevê, em seu artigo 36, a possibilidade de decretação do *estado de sítio*, pelo Conselho de Ministros, com prazo máximo de doze dias. Sua prorrogação, para além desse prazo, depende de autorização expressa do Parlamento.

Conforme já tratado no Capítulo 2, item 2.2, o estado de sítio é uma criação da França revolucionária, introduzida pelo Decreto de 8 de julho de 1791, que instituiu o *état de siège* como um estágio intermediário entre o *état de paix* e o *état de guerre*. No estado de sítio original, as atribuições de manutenção da ordem pública eram automaticamente transferidas para as autoridades militares, mediante qualquer assédio ou ataque.

---

[201] GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de excepção no direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1998. v. I, p. 490.
[202] LEROY, Op. cit., p. 196-197.
[203] GOUVEIA, Op. cit, p. 492.
[204] Ibid., p. 492-493.

O estado de sítio francês foi regulado, até recentemente, por duas leis do séc. XIX, a LES-1 (lei de 9 de agosto de 1849), e a LES-2 (lei de 3 de abril de 1878), que se conservaram por meio de sucessivas ordens constitucionais[205].

Em 20 de dezembro de 2004, foi editada a Ordonnance n° 2004-1374[206], que revogou as LES 1 e 2. Posteriormente, foi editada a Lei nº 2005-1550, de 12 de dezembro de 2005, que substituiu as leis anteriores e passou a integrar o Code de la Défense[207].

A decretação do estado de sítio importa na transferência dos poderes da autoridade civil relativos à manutenção da ordem, e de polícia para as autoridades militares. A autoridade civil continua a exercer seus outros poderes.

Na vigência do estado de sítio, pode a autoridade militar: a) fazer buscas domiciliares, de dia e de noite; b) manter pessoas que se tornaram sujeitas à condenação definitiva por um crime e indivíduos não domiciliados fora dos locais sujeitos ao estado de sítio; c) ordenar a entrega das armas e munições, e realizar sua procura e remoção; e d) proibir publicações e reuniões que julgar suscetíveis de ameaçar a ordem pública.

A lei assegura expressamente, no entanto, o gozo de todos os demais direitos garantidos pela Constituição, cujo exercício não é suspenso pelo estado de sítio.

O novo regramento do estado de sítio preservou, também, a divisão do estado de sítio entre o militar e o político, ou fictício (*état de siège fictif, ou politique*), que remonta às Leis de 27 de agosto de 1797 e de 5 de setembro de 1797 (respectivamente, leis de 10 e de 19 de frutidor do ano V, no Calendário Republicano Francês). Ambos têm por pressuposto a perturbação de ordem pública; no estado de sítio militar, no entanto, essa ameaça decorre de guerra estrangeira, ao passo que, no estado de sítio fictício, de desordens internas.

Essa distinção tem grande importância em relação à extensão dos efeitos da decretação do estado de sítio. No estado de sítio decorrente de situação de guerra, podem ser instalados tribunais militares, com competência extraordinária para julgar diversos crimes previstos no Código Penal, independentemente da condição do autor ou de seus cúmplices

---

[205] Jorge Bacelar Gouveia aponta, contudo, que a sistemática da Constituição de 1958 conflitava com os diplomas legais do séc. XIX, pois estes indicam uma correlação de forças entre o Presidente da República e o Parlamento, enquanto na Constituição de 1958 o papel do Governo é central (GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de excepção no direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1998. v. I, p. 471-472).

[206] Ordonnance n° 2004-1374 du 20 décembre 2004 relative à la partie législative du Code de La Défense. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005935955>. Acesso em: 9. ago. 2017.

[207] Code de la Défense. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071307>. Acesso em: 9. ago. 2017.

(se militar ou civil). Esses crimes, no entanto, são taxativamente enumerados pela legislação que compõe o Code de la Défense.

Além dos crimes previstos no Código Penal, a autoridade militar pode também apreciar: a) fatos puníveis nos termos do artigo 476-7 do Código de Justiça Militar (traição ou espionagem); b) desobediência para execução das leis e regulamentos militares; c) incitamento para os crimes de assassínio, fogo, saque, destruição de edifícios e instalações militares; d) infrações cometidas pelos fornecedores relativas às prestações para as forças armadas; e e) em geral, todos os crimes ou delitos atentatórios à defesa nacional.

Uma vez restaurada a paz, cessam imediatamente os poderes excepcionais das autoridades militares.

3.2.3 Estado de urgência

Há, ainda, a previsão do estado de urgência, em caráter infraconstitucional. O estado de urgência é regulado pela Lei nº 55-385, de 3 de abril de 1955, que integra atualmente o Code de la Défense. Este veda, expressamente, a decretação simultânea de estado de sítio e estado de urgência, em um mesmo território.

Nos termos da Lei nº 55-385 (LEU-1, posteriormente alterada pela LEU-2, de 7 de agosto de 1955, e pela Ordonnance nº 60-372, de 17 de abril de 1960), o estado de urgência pode ser decretado em caso de perigo iminente resultante de grave atentado à ordem pública, ou em caso de eventos que apresentem, por sua natureza ou por sua gravidade, caráter de calamidade pública[208].

A Constituição, promulgada apenas três anos após a edição dessa lei, disciplinou apenas o estado de sítio, sem mencionar o estado de urgência, o que suscitou dúvidas quanto à sua recepção pelo novo texto constitucional.

O Conselho Constitucional Francês[209], no entanto, apreciando a decretação do estado de urgência na Nova Caledônia, em 1985, deu por sua constitucionalidade, destacando que a competência outorgada pela Constituição ao legislador ordinário, para fixar as regras

---

[208] Lei nº 55-385, de 03 de abril. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000695350>. Acesso em: 9 ago. 2017.

[209] FAVOREU, Louis; PHILIP, Loïc. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel.* 10. ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 626.

relativas às garantias fundamentais, compreende também a necessária conciliação do respeito às liberdades com a salvaguarda da ordem pública:

> 3. Considérant qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques; que, dans le cadre de cette mission, il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré;

O estado de urgência é declarado pelo Conselho de Ministros, que deve fixar as circunscrições territoriais por si abrangidas. Seu prazo máximo de duração é de doze dias; a partir desse prazo, dependerá da edição de lei, que deve fixar sua duração definitiva.

A lei prevê duas hipóteses para sua decretação, bastando a ocorrência de uma delas: a) perigo iminente resultante de grave atentado à ordem pública; ou b) em caso de eventos que apresentem, por sua natureza ou por sua gravidade, caráter de calamidade pública.

O estado de urgência tem por efeito:

a) a extensão dos poderes dos prefeitos dos departamentos afetados, podendo os mesmos (i) interditar a circulação de pessoas e veículos em determinados horários e locais; (ii) instituir zonas de proteção ou de segurança, com restrição à permanência de pessoas; e (iii) proibir, em qualquer parte do departamento, a permanência de pessoa cujo comportamento represente ameaça à segurança e à ordem pública (LEU, art. 5º);

b) a possibilidade de o Poder Executivo adotar medidas de mobilização geral e de requisição de bens (LEU, art. 10, modificado pela Lei nº 2015-1501, de 20 de novembro de 2015);

c) a possibilidade de as autoridades administrativas determinarem a entrega de armas e munições, de posse legal dos particulares (LEU, art. 9º);

d) a possibilidade de dissolução, pelo Conselho de Ministros, de associações ou agrupamentos de fato implicados na prática de atos seriamente prejudiciais à ordem pública, ou cujas atividades facilitem ou incitem essa prática (LEU, art. 6º, modificado pela Lei nº 2015-1501, de 20 de novembro de 2015);

e) a possibilidade de fechamento provisório de casas de espetáculos, lugares de bebidas e lugares de reunião de qualquer natureza, em particular dos lugares de culto ao ódio ou à violência ou uma incitação à prática de atos de terrorismo, ou sua apologia (LEU, art. 8º, modificado pela Lei nº 2016-987, de 21 de julho);

f) possibilidade de controle de identidade, à inspeção visual e à revista de bagagem, e à vistoria de veículos.

Há, ainda, a possibilidade de um estado de urgência qualificado, mediante cláusula legal expressa contida no próprio ato de decretação do estado de urgência, que delega poderes especiais ao Ministro do Interior, para todo o território, ou para o Prefeito, para o respectivo departamento (LEU, art. 11º, modificado pela Lei nº 2017-258, de 28 de fevereiro).

No estado de urgência qualificado, além das medidas aplicáveis já declinadas, podem as autoridades ordenar buscas em qualquer lugar, inclusive casas, exceto em lugar designado para o exercício de mandato parlamentar ou atividade profissional de advogados, magistrados e jornalistas, possibilitando-se ainda a apreensão de equipamentos de informática.

Pode ainda o Ministro do Interior tomar as medidas necessárias para garantir a interrupção de qualquer serviço de comunicação pública *on-line*, que provoque o cometimento de atos de terrorismo, ou sua apologia.

Verifica-se, portanto, que o estado de urgência e o estado de sítio francês, em suas diferentes modalidades, buscam modular a extensão das restrições aos direitos individuais às diversas gradações das situações de crise. Têm-se, em ordem crescente de gravidade: 1º) o estado de urgência; 2º) o estado de urgência, em sua forma qualificada; 3º) o estado de sítio fictício ou político (decorrente de distúrbios internos); e 4º) o estado de sítio em situações de guerra.

Percebe-se, também, que, ao longo da história, esses institutos preservaram-se pouco alterados, desde sua origem, quando buscavam conter os distúrbios revolucionários, até os dias atuais, quando se prestam a combater o fenômeno do terrorismo e suas novas formas de propagação, proporcionadas pela internet.

3.3 ITÁLIA

O direito italiano se afasta do modelo de regramento pormenorizado do estado de exceção, trazendo para o ordenamento jurídico previsão genérica de duas modalidades de regimes de emergência: o estado de guerra (*stato di guerra*), de assento constitucional, e o estado de assédio (*stato di assedio*), previsto por legislação infraconstitucional, anterior à

Constituição de 1947. A controvertida compatibilidade dessa última tipologia com o texto constitucional leva muitos doutrinadores a negar, mesmo, sua possibilidade jurídica.

3.3.1 Estado de guerra

O art. 78 da Constituição Italiana de 1947 concede ao Senado e à Câmara dos Deputados competência para deliberar sobre o estado de guerra, conferindo ao Governo "os poderes necessários". No entanto, não há uma regulação sistematizada desse instituto no texto constitucional, seja em relação aos seus pressupostos, seja em relação a seus aspectos procedimentais e efeitos. Há, apenas dispositivos esparsos e genéricos, que ensejam amplo debate no campo doutrinário.

Seu pressuposto único é a situação fática de guerra internacional, que por sua vez é disciplinada pelo art. 11 da Constituição[210]:

> Art. 11. A Itália repudia a guerra como instrumento de ofensa à liberdade dos outros povos e como meio de resolução das controvérsias internacionais; consente, em condições de paridade com os outros Estados, nas limitações de soberania necessárias para um ordenamento que assegure a paz e a justiça entre as nações; promove e favorece as organizações internacionais que visam essa finalidade.

Esse dispositivo bem reflete o momento histórico do imediato pós-guerra, evidenciando a intenção do legislador constituinte de busca de uma nova posição para a Itália, em um novo concerto internacional. Para grande parte da doutrina, a Constituição Italiana passou a vedar a possibilidade de guerra ofensiva ou de agressão, permitindo apenas a guerra para sua própria defesa. Tal vedação, por consequência, impediria a decretação do regime jurídico próprio para situações de guerra – o estado de guerra.

Giuseppe Marazzita[211] anota, neste sentido, que o referido dispositivo "[...] delimita il presupposto fenomenico per la legittima instaurazione dello stato bellico ad una aggressione militare in atto contro l'Italia, consentendo così la sola guerra difensiva".

Para Marazzita[212], três elementos compõe uma situação de emergência bélica: a guerra, compreendida como o evento histórico militar (fato bélico); a necessidade bélica; e

---

[210] Constituição Italiana. Disponível em: <http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2017.

[211] MARAZZITA, Giuseppe. *L'Emergenza costituzionale*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 2003, p. 254-255.

[212] Ibid., p. 255.

o estado de guerra, que constitui, efetivamente, o regime jurídico excepcional, que acompanha o evento militar. A guerra exclusivamente defensiva constituiria, na exegese do art. 11, pressuposto taxativo para a instauração do regime jurídico excepcional[213]:

> La *ratio* della disposizione, in armonia con l'indirizzo pacifista di cui l'intero articolo è espressione, è quella di limitare il presupposto legittimante dello stato bellico alla sola "guerra difensiva": è costituzionalmente illegittimo attivare il meccanismo di risposta contenuto nell'art. 78 Cost., in assenza di un'aggressione bellica in atto contro il nostro Paese.

O procedimento para a deflagração do estado de guerra passa por duas etapas distintas: uma primeira, relativa à verificação do seu pressuposto autorizador, a cargo do Parlamento (art. 78); e uma segunda etapa, de decretação do estado de guerra, de competência exclusiva do Presidente da República (art. 87).

A intervenção parlamentar envolve as duas casas – a Câmara dos Deputados e o Senado da República, que deliberam separadamente sobre a matéria. Essa deliberação deve envolver não só a verificação do pressuposto do estado de guerra, mas também a extensão dos poderes excepcionais atribuídos ao Executivo[214].

A doutrina se divide em relação à natureza da deliberação parlamentar sobre o estado de guerra. Essa diferença não é irrelevante: em se tratando de ato de natureza legislativa, o poder de deflagração é compartilhado com o Governo e com Presidente da República; tomada como ato de natureza diversa, a decisão sobre a verificação dos pressupostos do estado de defesa deve recair exclusivamente sobre o Parlamento[215].

Não obstante, é imprescindível que a decretação do estado de guerra se dê por ato do Presidente da República, pois é este que representa a República Italiana perante a comunidade internacional (art. 87). Emerge daí outra questão que divide a doutrina, qual seja, definir se a decisão parlamentar, de caráter interno, vincula o ato de decretação, exclusivo do *Capo dello Stato*, ou se é ato discricionário do mesmo, que pode deixar em suspenso a deliberação do Poder Legislativo.

A cessação do estado de guerra depende, igualmente, de autorização formal do Parlamento, que autoriza a ratificação do tratado de paz.

---

[213] MARAZZITA, Giuseppe. *L'Emergenza costituzionale*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 2003, p. 265.
[214] GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de excepção no direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1998. v. I, p. 411-412.
[215] Ibid., p. 412.

Os efeitos da decretação do estado de guerra são bastante amplos. O primeiro efeito diz respeito à aplicação imediata do Direito Interno de Guerra, como direito predisposto, ou *norme direttamente precettive*, na dicção de Giuseppe Marazzita[216]. Sua previsão normativa tem amparo constitucional e infraconstitucional, e inclui: (i) a vedação de atribuição de quaisquer poderes normativos às autoridades militares (como forma de limitar os poderes militares em situações de guerra); (ii) a possibilidade excepcional de aplicação da pena de morte; (iii) a ampliação das competências dos tribunais militares; e (iv) a possibilidade de prorrogação dos mandatos parlamentares[217].

Além da incidência do Direito Interno de Guerra, a decretação do estado de guerra implica na outorga ao Governo, pelo Parlamento, de poderes excepcionais, cabendo a esse último determinar a extensão e os limites desses poderes. Há, inclusive, a delegação de poderes legislativos excepcionais ao Governo, instando muitos autores a classificar o ato parlamentar como um ato de delegação legislativa, apesar de não se utilizar essa nomenclatura[218].

A redação genérica do texto constitucional (*poteri necessari*) permite que essa outorga se dê de forma bastante ampla, com a possibilidade de suspensão de direitos fundamentais e de reorganização temporária das competências constitucionais.

Para Gerardo Morelli[219], nessa forma amplíssima, deve ser considerado todo o poder idôneo à realização do seu desiderato, e, porque isso é impossível sem a imposição de uma série de limitações ao direito do cidadão, deve-se, por consequência, admitir também a possibilidade de tal limitação.

O autor anota que os direitos são relevantes porque são amparados pelo ordenamento jurídico, e, no ordenamento jurídico italiano, os limites imanentes dos direitos são reconhecidos. Conclui, nesse diapasão, que

---

[216] Marazzita destaca, no texto Constitucional, o art. 27, 4º, que admite a pena de morte nos casos previstos na lei de guerra; o art. 103, 3º, que estende a competência dos tribunais militares em tempo de guerra; e o art. 60, 2º, que possibilita a extensão dos mandatos parlamentares, em situação de guerra. Em sede ordinária, elenca a *Leggi di guerra e di neutralità (Regio decreto 8 luglio 1938)*; a *Legge sull'organizzazione della nazione per la guerra (legge 21 maggio 1940)*; o *Codice penale militare di guerra (Regio decreto 20 febbraio 1941)*; e o *Testo unico delle leggi sulla disciplina dei cittadini in tempo di guerra (Regio decreto 31 ottobre 1942)*, cujos dispositivos, no entanto, devem estar em conformidade com a Constituição (MARAZZITA, Giuseppe. *L'Emergenza costituzionale*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 2003, p. 309-310).

[217] GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de excepção no direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1998. v. I, p. 420-423.

[218] Ibid,. p. 418.

[219] MORELLI, Gerardo. *La sospensione dei diritti fondamentali nello stato moderno.* Milão: Dott. A. Giuffrè, 1966, p. 309.

> Anche ammesso che lo Stato è per l'individuo, l'esistenza dello Stato è necessaria per l'esercizio delle libertà individuali; quindi i diritti degli individui trovano limiti nella necessità di garantire l'esistenza dello Stato.

Giuseppe Marazzita[220], por sua vez, sugere a existência de duas categorias de limite ao estado de guerra: os limites necessários, ou internos; e os limites formais, ou externos.

Para Marazzita[221], os limites necessários, ou internos, guardam relação com o princípio da adequação às circunstâncias (*principio di adeguatezza alle circostanze*), e se desdobram em: 1) limite temporal – o estado de guerra deve ser cronologicamente delimitado, pois o pressuposto emergencial é, por sua natureza, temporário; 2) limite espacial – o estado de guerra não pode ter eficácia além do território envolvido na situação de emergência, ou fora do âmbito espacial indicado na sua decretação; 3) limite de objeto – não pode ter eficácia sobre fatos diversos daqueles diretamente relacionados à situação emergencial; e 4) limite de conteúdo – não se podem asseverar interesses e valores diversos daqueles normalmente reconhecidos pelo direito vigente (o estado de exceção importa na reafirmação, por meios extraordinários, de interesses e valores ordinários).

Os limites externos, ou formais, são aqueles puramente normativos e dizem respeito à adequação da disciplina emergencial ao ordenamento vigente. Podem ser expressos (*limiti espressi*), quando se fundam nas disposições de atribuições de competências extraordinárias que, como fonte de legitimação de medidas de emergência, não podem ser derrogadas ou suspensas; ou implícitos (*limiti impliciti*), quando decorrentes de uma interpretação lógico-sistemática da Constituição[222].

Para Marazzita[223], a busca pelos limites implícitos consiste em se determinar, a partir de uma leitura mais abrangente da Constituição, o mínimo constitucional (*minimo costituzionale inderogabile*), ou seja, um núcleo de normas e princípios que se situariam fora do alcance do estado de exceção. O autor não ignora que a identificação de tal núcleo dá ao intérprete ampla margem de discrição, em grande parte associada à sua própria concepção do direito e do Estado. No entanto, a invocação de tais limites pode impedir a degeneração do regime excepcional em abusos, pois

> L'individuazione della categoria dei "limiti impliciti" nasce infatti dall'esigenza, prettamente positiva, di impedire che la portata antinomica del

[220] MARAZZITA, Giuseppe. *L'Emergenza costituzionale*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 2003, p. 238.
[221] Ibid., p. 238, 239 e 317.
[222] Ibid., p. 239 e 318.
[223] Ibid., p. 318 e 247.

> concreto stato d'eccezione possa ampliarsi fino a minare le fondamenta dell'ordinamento giuridico di riferimento.

Jorge Bacelar Gouveia[224] anota que, de forma geral, a doutrina italiana admite a suspensão da eficácia de normas constitucionais, com a finalidade específica de preservação da própria Constituição (autoconservação). Essa suspensão, contudo, não pode convolar-se em ruptura da Constituição, ou sequer sua revisão. Para o autor, a suspensão não pode ser genérica, mas restrita a algumas categorias de direitos fundamentais e a algumas normas organizatórias.

Gouveia[225] invoca ainda a doutrina de Giuseppe Ferrari que, analogamente à tipologia descrita por Marazzita, propõe três condicionantes aos efeitos do estado de guerra: a) limites de caráter temporal, que vinculam a vigência da suspensão das garantias constitucionais à duração do evento bélico; b) limites de caráter formal, consistente na intangibilidade do princípio do controle jurisdicional, pelo juiz natural; e c) limites de caráter material, que abrangem os direitos e princípios estranhos à situação de guerra, como direitos da família, liberdade de culto, liberdade de manifestação do pensamento, direito de petição, liberdade de criação de partidos políticos, etc.

O controle político do estado de guerra é evidente e deriva do próprio papel reservado ao Parlamento, tanto na verificação do pressuposto do ato de decretação como na determinação dos poderes outorgados ao Executivo.

O estado de guerra também se sujeita ao controle jurisdicional, com participação destacada do Tribunal Constitucional Italiano, ao qual compete examinar as medidas de exceção adotadas, sob a ótica do texto constitucional. Esse escrutínio abrange, inclusive, eventuais excessos praticados pelo próprio Parlamento, na delegação de poderes ao Executivo[226].

Além do TCI, outros órgãos jurisdicionais podem exercer o controle de legalidade dos atos praticados na vigência do estado de guerra. Para Giuseppe Marazzita[227], o controle jurisdicional das atividades dos órgãos com atribuições emergenciais é corolário da determinação dos limites ao estado de exceção, ou de norma juridicamente inadmissível ao

---

[224] GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de excepção no direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1998. v. I, p. 416-417.
[225] FERRARI, Giuseppe. *Stato di guerra*. Milão: ED, 1970, *apud* GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de excepção no direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1998. v. I, p. 417-418.
[226] GOUVEIA, Op. Cit., p. 424.
[227] MARAZZITA, Giuseppe. *L'Emergenza costituzionale*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 2003, p. 244.

seu regramento. Não há razão, de ordem geral, capaz de afastar o direito de se recorrer ao Judiciário, em qualquer de suas instâncias.

3.3.2 Estado de assédio

A segunda modalidade de estado de exceção do direito italiano é o estado de assédio, de controvertida existência.

A legislação ordinária italiana, anterior à Constituição de 1947, contemplava diversas modalidades de regramento para situações excepcionais. Dentre estes, o "estado de perigo público", o "estado de guerra por motivos de ordem pública" e o "estado de guerra interna", previstos no *Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza*, constante do Régio Decreto de 18 de junho de 1934, no Regulamento de Execução nº 635, de 6 de maio de 1940, e em outros textos normativos[228].

A inserção de um tipo próprio para enfrentamento de graves crises de ordem interna, semelhante aos já previstos na legislação ordinária, foi objeto de amplo debate pelo constituinte de 1947.

Jorge Bacelar Gouveia[229] anota que, se, por um lado, a redação final aprovada não encampou a proposta de normatização do estado de assédio, por outro lado, não vedou também, expressamente, a adoção de um estado de emergência interno, diverso do estado de guerra. Para o autor, diante do silêncio constitucional a respeito da figura do estado de assédio, sua admissibilidade tem sido equacionada segundo dois diferentes esquemas: ou pela sua inserção em um estado de guerra, interna e externamente ambivalente, ou pela descoberta, em diversos órgãos constitucionais, de poderes excepcionais não escritos, ou não explicitados.

Alguns doutrinadores, de fato, adotam a primeira solução, defendendo a interpretação extensiva do vocábulo "guerra", para abranger, também, as situações de conflitos internos. Neste caso, haveria de prevalecer o rito procedimental do art. 78, cabendo ao Parlamento a verificação do pressuposto e a delimitação dos poderes excepcionais a serem outorgados ao Executivo.

---

[228] GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de excepção no direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1998. v. I, p. 425.
[229] Ibid., p. 426.

A segunda proposição, do estado de assédio fundado em uma interpretação lógico-sistemática da Constituição, de caráter mais abrangente, traz dificuldades óbvias, pois implicaria admitir uma leitura ainda mais elástica do texto constitucional, em questão bastante sensível, por envolver a suspensão de direitos e garantias fundamentais.

Em contraposição a essas duas correntes, que buscam uma conformação constitucional do estado de assédio, há os que postulam a sua total incompatibilidade com a Constituição. Para estes autores, o vocábulo "guerra", constante do art. 78, deve ser compreendido em seu sentido preciso, de guerra internacional. Além disto, esse dispositivo deve ser lido conjuntamente com o art. 11, evidenciando-se que o estado de guerra a que alude o art. 78 só pode fazer referência à guerra contra outros países.

Essa discussão, inconclusiva, não é irrelevante, pois somente a possibilidade constitucional do estado de assédio é que pode justificar ou não a suspensão das normas constitucionais, inerentes à sua decretação[230]. Isto porque, de acordo com a melhor doutrina, uma norma infraconstitucional não pode prever a suspensão de direitos e garantias amparados constitucionalmente.

3.4 ALEMANHA

O texto original da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, trouxe escassa disciplina para situações de grave crise, em evidente contraposição às extensas prerrogativas outorgadas ao Poder Executivo pela Constituição de Weimar e seu célebre art. 48, §2º. Buscava-se, no imediato pós-guerra, a superação dos institutos jurídicos que deram suporte ao regime nazista. Além disso, como bem observa Konrad Hesse[231], as faculdades de exceção não estavam à disposição da Alemanha, situando-se, antes, na esfera dos direitos reservados às potências ocupantes. O art. 37 da *Grundgesetz* tratava da intervenção federal nos Estados, enquanto o art. 91 instituía regulação limitada para situações de grave crise[232].

No entanto, o desenrolar da guerra fria e, notadamente, a expansão crescente do poderio militar da Alemanha Oriental fizeram com que diversas revisões constitucionais

---

[230] GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de excepção no direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1998. v. I, p. 431.

[231] HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p. 532.

[232] Konrad Hesse anota que, então, as faculdades de exceção estavam reservadas às potências estrangeiras que ocupavam o território alemão e, portanto, indisponíveis à Alemanha (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p. 532).

viessem a normatizar, de forma mais elaborada, o enfrentamento das situações de crise. Essas sucessivas alterações do texto constitucional, bem como a edição de outras leis ordinárias, compõem, de forma um tanto fragmentada e desarticulada, a atual normatização do direito excepcional alemão.

A revisão constitucional de 26 de março de 1954 atribuiu à Federação competência legislativa exclusiva para matérias referentes à defesa e proteção da população civil; a revisão constitucional de 19 de março de 1956, de seu turno, possibilitou o rearmamento da Alemanha, para fins exclusivos de defesa. Essas modificações vieram acompanhadas de diversas precauções, com destacado controle parlamentar e das autoridades civis sobre as autoridades militares[233].

Com a entrada em vigor da 17ª Lei de Revisão Constitucional, em 24 de junho de 1968, instituiu-se de fato um direito constitucional de exceção, ou seja, uma Constituição de Necessidade (*Notstandverfassung*), com regramento pormenorizado das medidas excepcionais. À 17ª Lei de Revisão Constitucional se seguiram, ainda, em sede de legislação ordinária, a Lei sobre a Ampliação da Proteção contra as Catástrofes e a Lei de Salvaguarda do Trabalho, ambas de 9 de julho de 1968; e a Lei para a Restrição do Segredo de Correspondência, Postal e de Telecomunicações, de 13 de agosto 1968[234].

Jorge Bacelar Gouveia[235] elenca três características trazidas com a 17ª lei de Revisão Constitucional para o direito de exceção alemão (*Notstandrecht*): (i) pormenorização da regulação efetuada, consistente na máxima especificação das diversas hipóteses de exceção, com numerosa e densa regulação constitucional; (ii) exaustividade das situações de exceção abrangidas, com poucas lacunas e estreita margem de regulação pelo legislador ordinário; e (iii) diversidade regulatória em torno do exceção, com a estipulação de vários instrumentos, agrupados em dois grandes grupos, o estado de necessidade interno e o estado de necessidade externo.

Com efeito, remete-se à 17ª Lei de Revisão Constitucional a distinção entre o estado de necessidade externo e o estado de necessidade interno. No entanto, esta é, antes de tudo, uma construção doutrinária, pois o texto constitucional não traz uma sistematização precisa dessa tipologia, estando suas características dispersas por diversos dispositivos

---

[233] GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de excepção no direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1998. v. I, p. 433-434.
[234] HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p. 533.
[235] GOUVEIA, Op. cit., p. 436.

constitucionais. Além disso, mesmo a localização territorial das causas ensejadoras do estado de necessidade pode suscitar dúvidas[236].

Ekkehart Stein propõe a enunciação das diferentes espécies de estado de necessidade previstas na Constituição, sem seu agrupamento em dois grandes gêneros (externos e interno). Identifica, assim, o estado de necessidade derivado de catástrofes e de outros perigos; o estado de necessidade interno para defesa da ordem constitucional liberal e democrática; o estado de necessidade determinado pelo Parlamento; o estado de tensão; e o estado de defesa[237].

A classificação mais aceita pela doutrina, contudo, é mesmo a que distingue dois grandes grupos de estado de necessidade: o externo (*äußerer Notstand*) e o interno (*Innerer Notstand*), a depender da origem da ameaça sofrida.

Konrad Hesse[238] aponta, ainda, a subdivisão do estado de necessidade externo em: a) estado de defesa; b) estado de tensão; e c) estado de necessidade decorrente de cláusula de aliança externa. O estado de necessidade interno, de sua vez, é aquele fundado: a) em catástrofes naturais e acidentes especialmente graves; ou b) perigos iminentes para a existência ou a ordem fundamental liberal democrática da Federação ou de um Estado.

3.4.1 Estado de necessidade externo

3.4.1.1 Estado de defesa

O estado de defesa, modalidade extrema do estado de necessidade externo, está previsto no art. 115a da Lei Fundamental[239], e tem lugar em caso de ataque armado, ou ataque iminente, ao território federal.

O estado de defesa é decretado pelo Parlamento, por maioria de dois terços dos votos, com a aprovação do Conselho Federal, mediante solicitação do Governo Federal. Em casos

---

[236] GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de excepção no direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1998. v. I, p. 438.
[237] *Apud* GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de excepção no direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1998. v. I, p. 440.
[238] HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p. 534 e s.
[239] Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2017.

de urgência, havendo impedimentos insuperáveis para a reunião do Parlamento Federal em tempo hábil, ou não havendo quórum, essa deliberação poderá ser feita pela Comissão Conjunta[240], com uma maioria de dois terços dos votos dados, de pelo menos a maioria de seus membros. Neste caso, a Comissão Conjunta substitui o Parlamento Federal.

Ainda, se o território federal for objeto de ataque armado e os órgãos federais competentes não estiverem em condições de constatá-lo imediatamente, a constatação é considerada como feita no momento do ataque inicial. O Presidente Federal, oportunamente, irá determinar esse termo inicial. É também o Presidente quem proclama, oficialmente, o estado de defesa, mediante publicação no Diário Oficial da Federação.

A decretação do estado de defesa alemão afeta não somente o equilíbrio de poderes e os direitos fundamentais, mas também a relação federativa.

Na vigência do estado de defesa, o Chanceler assume o comando das Forças Armadas (art. 115b), e o Governo Federal pode, se necessário, pôr em ação, em todo o território nacional, a Polícia Nacional de Proteção de Fronteiras. Pode também, excepcionalmente, dar instruções aos governos estaduais, ou transferir esse poder para membros dos governos estaduais à sua escolha (art. 115f).

No estado de defesa, a Federação adquire competência concorrente para legislar sobre matéria de competência dos Estados (com a aprovação do Conselho Federal – art. 115c, alínea 1), assim como competência extraordinária para regular as indenizações em caso de expropriação (115c, alínea 2).

Há, ainda, a previsão de simplificação do processo legislativo, para elaboração das leis consideradas urgentes, com vistas a torná-lo mais célere (art. 115d). Contudo, é expressamente vedada a dissolução do Parlamento (art. 115h).

Preservam-se, também, a posição constitucional e o cumprimento das tarefas constitucionais do Tribunal Constitucional Federal e seus juízes. Na vigência do estado de defesa, a lei que rege o Tribunal Constitucional Federal só pode ser alterada pela Comissão Conjunta do Parlamento, com a anuência expressa do próprio Tribunal, quando este entender que a alteração legislativa é necessária para a continuidade do exercício de suas funções (art. 115g).

---

[240] Comissão composta por dois terços de deputados do Parlamento Federal, determinados na relação de força das frações, e por um terço dos representantes, um de cada estado, no Conselho Federal (art. 53ª, alínea 1).

Em relação às restrições aos direitos fundamentais, as mesmas devem emanar de ato legislativo específico, abrangendo:

(i) fixação de prazo para privação de liberdade em prazos diversos dos estabelecidos no art. 104, §2, terceira frase, e §3, primeira frase[241], prazo este limitado, contudo, a quatro dias, quando não for possível a atuação de um juiz no prazo normal vigente (art. 115c, alínea 1);

(ii) restrições à liberdade de trabalho e profissão, para os alistados militares que não tenham sido convocados, que podem ser chamados para a prestação de serviços civis com a finalidade de defesa (art. 12a, alínea 3), ou para mulheres entre dezoito e cinquenta e cinco anos, que podem ser chamadas, na ausência de voluntários, para a prestação de serviços nas instituições civis de saúde, nos serviços médicos e nos hospitais militares estacionários;

(iii) restrições ao direito de propriedade, decorrentes da já mencionada competência extraordinária para regular as indenizações em caso de expropriação (art. 115c, alínea 2); e

(iv) restrições à liberdade de locomoção, de domicílio, e à inviolabilidade de domicílio (art. 17a, alínea 2).

O texto constitucional exclui, expressamente, a possibilidade de invocação de normas de exceção contra conflitos laborais.

O estado de defesa se encerra quando cessam as condições que ensejaram sua decretação, por decisão do Parlamento Federal, aprovada pelo Conselho Federal, por meio de resolução a ser promulgada pelo Presidente Federal (art. 115l, alínea 2).

O estado de defesa alemão se caracteriza, portanto, por um rigoroso controle político, com ampla participação do Parlamento Federal e do Conselho Federal, em todas as suas fases.

Quanto ao controle judicial, Konrad Hesse[242] anota que, apesar de a Constituição assegurar, expressamente, o funcionamento regular do Tribunal Constitucional Federal em sua vigência, sua eficácia não é elevada, "[...] porque ela é dependente de um pedido e as

---

[241] Art. 104, 2§ - "[...] Em qualquer caso de privação de liberdade não ordenada pelo juiz, terá de ser imediatamente obtida uma decisão judicial. [...] §3º Toda pessoa detida provisoriamente sob a suspeita de um delito deve ser levada à presença do juiz, o mais tardar no dia seguinte à detenção. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf.>. Acesso em: 16 ago. 2017.

[242] HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p. 540.

normalizações correspondentes são formuladas tão indeterminada e amplamente que o tribunal pode opor-se às instâncias políticas somente em infrações graves e evidentes".

3.4.1.2 Estado de tensão

A segunda modalidade de estado de necessidade exterior é o estado de tensão (*Spannungsfall*). Apesar de seu assento constitucional (art. 80a), não há uma descrição precisa das hipóteses de sua incidência, devendo o intérprete se socorrer do próprio conteúdo semântico da expressão "tensão". De acordo com a doutrina, o estado de tensão é um estado anterior ao estado de defesa, quando uma situação de tensão internacional ainda não caracteriza uma ameaça de ataque iminente, mas aparenta caminhar para tal[243].

A fluidez de sua conceituação concede ao Parlamento Federal ampla discricionariedade para sua decretação, a quem compete fazê-lo, em caráter exclusivo, desde que por maioria de dois terços. Embora o texto constitucional não o preveja, exige-se, também, por analogia ao estado de defesa, sua publicação na imprensa oficial.

O Parlamento Federal pode, também, de forma ainda mais discricionária, em situações em que a tensão internacional ainda não justifica a aprovação do estado de tensão (*Bedrohung in der Vorstufe des Spannungsfalles*), aprovar determinadas medidas próprias do estado de tensão, no que a doutrina denomina de *estado de tensão fictício* (ainda que o texto constitucional não adote, exatamente, essa nomenclatura)[244].

O estado de tensão fictício consiste na possibilidade, outorgada ao Parlamento pelo art. 80a da Lei Fundamental, de aprovar a aplicação de determinadas medidas previstas para o regime de estado de tensão, mesmo quando não ocorrer a sua decretação.

Os efeitos da decretação do estado de tensão são bens menos severos do que os derivados do estado de defesa, e remetem apenas a algumas das restrições à liberdade de trabalho e profissão impostas naquela situação, tanto para os alistados militares que não tenham sido convocados, que podem ser chamados para a prestação de serviços civis com a finalidade de defesa, como para os civis, que podem ser convocados para determinadas

---

[243] SEGADO, Francisco Fernández. *El estado de excepción en el derecho constitucional español.* Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 57; HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p. 540; e GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de excepção no direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1998. v. I, p. 461.

[244] GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de excepção no direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1998. v. I, p. 461.

funções, na ausência de voluntários (art. 80a, c/c art. 12a, alíneas 5 e 6). Há, também, a possibilidade de o Governo Federal recorrer às Forças Armadas para o apoio da polícia e da Polícia Federal de Proteção de Fronteiras, quando estas forem insuficientes à proteção de objetos civis ou ao combate de rebeldes armados e organizados militarmente (art. 87a, alínea 4).

Cabe ao Parlamento a decretação do estado de tensão e a aprovação das medidas excepcionais pertinentes. Sua efetiva implementação, no entanto, compete ao Executivo[245].

O controle político do estado de tensão é feito pelo próprio Parlamento Federal, que pode determinar, a qualquer tempo, a revogação das medidas tomadas no âmbito do estado de tensão (art. 80a, alínea 2).

3.4.1.3 Estado de tensão decorrente de cláusula de aliança

A terceira modalidade de estado de estado de necessidade exterior é o estado de tensão decorrente de resolução tomada por órgão internacional, no âmbito de um tratado de aliança, previsto no art. 80a, alínea 3, da Lei Fundamental.

Também conhecido por estado de vinculação internacional, a origem desse instituto está intimamente ligada à participação da Alemanha no Tratado do Atlântico-Norte. A competência para sua decretação é exclusiva do Governo Federal, sem a aprovação anterior pelo Parlamento, e sem a observância de pressupostos normativos específicos, por tratar-se, meramente, do cumprimento de obrigações contraídas perante a comunidade internacional, sujeitas aos princípios do direito internacional público.

Os efeitos da decretação do estado de tensão por cláusula de aliança são os mesmos decorrentes da decretação do estado de tensão, à exceção da possibilidade do emprego das forças armadas no interior e da estipulação de obrigações de serviço e proibições de mudar o lugar de defesa[246].

---

[245] GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de excepção no direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1998. v. I, p. 462-463.

[246] HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p. 543; e GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de excepção no direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1998. v. I, p. 464.

O controle político do estado de vinculação internacional é exercido de forma plena pelo Parlamento que, por maioria dos seus membros, pode exigir, a qualquer tempo, a revogação das medidas fundadas nessa modalidade de exceção.

3.4.2 Estado de necessidade interior

3.4.2.1 Estado de necessidade interior decorrente de catástrofes naturais e acidentes especialmente graves

No estado de necessidade interior, a situação de emergência se dá no âmbito do território nacional, e pode abranger um ou mais Estados da Federação. Diferentemente do estado de necessidade exterior, o estado de necessidade interior independe de comprovação e promulgação[247], e a verificação de suas condições não obedece a qualquer juízo, nem implica na aplicação formal de qualquer estado de necessidade específico[248].

A primeira modalidade de estado de necessidade interior é o estado de emergência interno decorrente de catástrofes naturais e acidentes especialmente graves, cuja ocorrência se dá sem que haja ação humana intencional.

Insere-se no âmbito do dever de mútuo auxílio, inerente às relações federativas, sendo regulado pelo art. 35, alíneas 1, 2 e 3 da Lei Fundamental[249]. Seu principal efeito é a possibilidade, pelo estado atingido, de requisição de auxílio da Polícia Federal de Proteção de Fronteiras, para auxiliar sua polícia na manutenção da ordem pública, caso essa última se revele insuficiente ao enfrentamento da crise. Em caso de catástrofes naturais e acidentes especialmente graves, pode ainda o estado solicitar, além da ajuda da Polícia de Fronteiras, o auxílio das Forças Armadas, de outros serviços administrativos ou mesmo das forças policiais de outros Estados.

Quando a catástrofe natural ou o grave acidente atingir mais de um estado da Federação, pode o Governo Federal, se necessário, dar instruções aos governos estaduais, para determinar aos mesmos que disponibilizem suas forças policiais aos demais Estados.

---

[247] HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p. 545.
[248] GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de excepção no direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1998. v. I, p. 464.
[249] Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2017.

Essa determinação pode ser revogada pelo Conselho Federal, a qualquer tempo, ou imediatamente após cessado o perigo.

3.4.2.2 Estado de necessidade interior decorrente de risco à ordem liberal democrática

A segunda modalidade de estado de necessidade interior decorre de ação humana intencional e deliberada, nos casos em que se verifica, no âmbito do território alemão, perigo que ameace a existência ou a ordem fundamental livre e democrática da Federação ou de um estado (art. 91, alínea 1).

Deve haver um perigo mínimo (*Gefahrenschwelle*), de caráter concreto, que represente uma suficiente probabilidade (*hinreichende Wahrscheinlichkeit*) de violação dos bens protegidos[250].

Cabe ao estado ameaçado requerer a cooperação das forças policiais de outros Estados, bem como de pessoal e instalações de outras administrações e da Polícia Federal de Proteção de Fronteiras (art. 91, alínea 1). Caso o estado não esteja em condições de combater o perigo, ou não se disponha a fazê-lo, pode o Governo Federal assumir o comando de sua polícia, e mesmo das forças policiais de outros Estados, recorrendo ainda à Polícia Federal de Proteção de Fronteiras (art. 91, alínea 2).

Tal como no estado de necessidade interna decorrente de catástrofe natural, o estado de necessidade interna decorrente de ameaça à ordem democrática cessa quando cessar o perigo, ou a qualquer tempo, quando o Conselho Federal assim o decidir.

Se a situação de perigo for constatada em mais de um estado da Federação, pode o Governo Federal dar instruções aos governos estaduais, na medida do necessário (art. 91, alínea 2).

Na emergência interna, as medidas não podem ser dirigidas contra conflitos coletivos de trabalho (art. 9º, alínea 3), mas, se necessário, pode haver restrição ao direito fundamental da liberdade de circulação (art. 11, alínea 2).

[250] GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de excepção no direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1998. v. I, p. 468.

3.4.3 Direito de resistência

Conexo com a legislação de emergência, a Lei Fundamental consagra o direito de resistência, como "extremo e último meio de defesa da ordem fundamental liberal democrática"[251].

Muito embora seja, com frequência, objeto de estudo da ciência política, não é comum a incorporação do direito de resistência aos ordenamentos jurídicos. Não obstante, optou o legislador alemão por positivá-lo, em sede constitucional, ainda que em termos bastante amplos: "[C]ontra qualquer um que tente subverter esta ordem, todos os alemães têm o direito de resistência, quando não houver outra alternativa" (art. 20, alínea 4).

Konrad Hesse[252] anota que o direito de resistência pode ser invocado por qualquer cidadão, seja para combater a eliminação ilegítima da Constituição por detentores do poder estatal ("golpe de Estado de cima"), seja para confrontar forças revolucionárias que queiram se apoderar do poder estatal ("golpe de Estado de baixo").

Anota o autor que não é qualquer inconstitucionalidade ou antijuridicidade que autorizam o exercício do direito de resistência, mas apenas aquelas que buscam eliminar as partes da Constituição que compõem "a ordem fundamental liberal democrática", expressamente elencadas no art. 20, alíneas 1, 2 e 3[253]. É necessário, também, a verificação de ações concretas de violação à ordem democrática, ou ao menos sua tentativa, não sendo suficiente a constatação da execução de simples atos preparatórios para tal.

Para Hesse[254], em uma situação de resistência, não há instância capaz de decidir, com autoridade, sobre a ocorrência de seus pressupostos, razão pela qual a ameaça de subversão da ordem democrática deve ser notória. É preciso, ainda, que não haja outra alternativa, ou seja, que as demais competências outorgadas em situações emergenciais não sejam suficientes para o enfrentamento da ação anticonstitucional.

---

[251] HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p. 547.
[252] Ibid., p. 548.
[253] Lei Fundamental da República Federal da Alemanha: "Art. 20. (1) A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social. 2) Todo o poder estatal emana do povo. É exercido pelo povo por meio de eleições e votações e através de órgãos especiais dos poderes legislativo, executivo e judiciário. (3) O poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito". Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2017.
[254] HESSE, Op. cit., p. 548.

3.5 ESPANHA

A Constituição Espanhola de 1978[255] adotou a fórmula clássica de normatização completa e pormenorizada das situações excepcionais. Instituiu, para tanto, três categorias de estado de exceção, a depender da intensidade da crise: o estado de alarme, para as mais brandas; o estado de exceção (em sentido estrito), para as intermediárias; e o estado de sítio, para as crises de maior gravidade. Além das normas próprias aplicáveis a cada uma dessas categorias, previu-se também um conjunto geral de regras e princípios, incidente em toda e qualquer emergência constitucional.

Normas de caráter geral e normas específicas para cada modalidade estão contidas tanto no texto constitucional (competência para decretação, prazo máximo de duração, relação taxativa dos direitos que podem ser objeto de suspensão nos casos de estado exceção ou estado de sítio, etc.) como na Lei Orgânica n° 4, de 1º de junho de 1981 (LOEAES), sendo que a própria Constituição remete à lei orgânica a regulamentação de determinadas matérias.

Pedro Cruz Villalón[256] descreve o direito excepcional espanhol como um direito excepcional *limitado*, *diversificado* e *parlamentário*. *Limitado*, pois impede a suspensão "genérica" da Constituição, permitindo apenas modificações pontuais, com expressa vedação de suspensão de determinados direitos, taxativamente elencados. *Diversificado*, pois prevê espécies diversas de estado de exceção, tratando de forma distinta emergências qualitativamente diferentes. E *parlamentário*, pois se caracteriza pela presença imediata do Parlamento (*Cortes Generales*), e concretamente do Congresso dos Deputados, no que se refere à declaração e ao conteúdo dos estados excepcionais.

Com efeito, o Parlamento ocupa posição central no sistema de crises espanhol, cabendo ao mesmo deliberar sobre a eventual prorrogação do estado de alarme (cuja decretação compete ao Governo), autorizar a decretação do estado de exceção e declarar o estado de sítio (Constituição Espanhola, art. 116, 2, 3 e 4[257]).

---

[255] Constituição Espanhola. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em: 28 ago. 2017.
[256] VILLALÓN, Pedro Cruz. *Estados excepcionales y suspensión de garantías.* Madrid: Editorial Tecnos, 1984, p. 48-53.
[257] Constituição Espanhola. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em: 28 ago. 2017.

Em qualquer das modalidades previstas, há vedação constitucional expressa para a dissolução do Congresso dos Deputados. Não se encontrando o mesmo em período de sessão, deverá ser automaticamente convocado, juntamente com o Senado (com o qual compõe as *Cortes Generales*). O funcionamento das *Cortes Generales* e dos demais poderes constitucionais do Estado não pode ser interrompido na vigência do regime de exceção. Dissolvido o Congresso, ou havendo expirado o mandato parlamentar, e se verificando alguma das situações ensejadoras do regime excepcional, as competências do Congresso serão assumidas por sua Deputação Permanente (Constituição Espanhola, art. 116, 5).

Permanece inalterado, na vigência do regime excepcional, o princípio da responsabilidade do Governo, e de seus agentes, que respondem, penal e civilmente, por eventuais excessos (Constituição Espanhola, art. 116, 6).

A mencionada Lei Orgânica nº 4/1981 (LOEAES)[258] traz, em seu primeiro capítulo, um conjunto de normas e princípios aplicáveis a todas as modalidades de estado de exceção. Pedro Cruz Villalón[259] identifica, nessa parte, uma disciplina geral do direito de exceção, que reflete os seguintes princípios:

a) Princípio da necessidade e proporcionalidade (artigo 1.2): a excepcionalidade desse direito faz com que o mesmo só se justifique com base na sua necessidade. A necessidade vincula a todos os poderes públicos, de modo que tanto o Legislativo quanto o Governo só podem decretar medidas que, em cada caso, sejam estritamente necessárias. Também a aplicação dessas medidas deve ser norteada por esse mesmo princípio. Para Villalón, o princípio da necessidade implica na limitação temporal dos estados excepcionais: cessando a necessidade, deve ser levantado o estado excepcional. O princípio da necessidade traz implícito, ainda, o princípio da proporcionalidade, com especial efeito sobre as autoridades encarregadas da administração dos poderes excepcionais, pois há vinculação direta entre a necessidade e a medida a ser tomada.

b) Princípio da temporariedade (art. 1.3): o direito de exceção difere do direito normal, e está formalmente dominado pela temporariedade de sua vigência. Cessando sua vigência, deixa de ser direito aplicável, inclusive para as situações então produzidas.

---

[258] Lei Orgânica nº 4/1981. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-12774>. Acesso em: 28 ago. 2017.

[259] VILLALÓN, Pedro Cruz. *Estados excepcionales y suspensión de garantías.* Madrid: Editorial Tecnos, 1984, p. 63 e s.

c) Princípio da vigência imediata (art. 2º): a natureza especial do direito de exceção exige um certo sacrifício da segurança jurídica, devendo o mesmo vigorar imediatamente após a publicação de sua decretação (embora nunca antes disto).

d) Princípio da publicidade (art. 2º): como consequência do princípio anterior, o direto de exceção precisa ser divulgado de forma ampla, por todos os meios de difusão possíveis.

e) Princípio da responsabilidade (art. 3º da Lei Orgânica nº 4/1981, c/c art. 116, 6): o princípio da responsabilidade do Governo e de seus agentes não se altera com a declaração do estado excepcional. Por conseguinte, os atos e disposições adotados sob a sua vigência são impugnáveis pela via jurisdicional, assim como cabe indenização pelos danos sofridos decorrentes da aplicação desses atos e disposições.

Analisando o mesmo capítulo inicial da Lei Orgânica nº 4/1981, Jorge Bacelar Gouveia[260] extrai dois princípios gerais adicionais: o princípio da subsidiariedade e o princípio da sindicabilidade jurisdicional.

O princípio da subsidiariedade, extraído do art. 1.3, exige que a situação de crise, ensejadora de qualquer uma das modalidades de regime excepcional, não possa ser superada pelo emprego dos poderes ordinários das autoridades competentes. Diz respeito, portanto, ao pressuposto da decretação do estado excepcional.

O princípio da sindicabilidade jurisdicional, que Villalón insere no âmbito do princípio da responsabilidade, em uma leitura mais alargada do mesmo, decorre de expressa disposição legal, que assegura a impugnação, pela via judicial, de todos os atos e disposições da Administração Pública adotados durante a vigência do estado de alarme, de exceção e de sítio.

Ainda em relação ao controle jurisdicional dos estados excepcionais, Pedro Cruz Villalón[261] observa que não há maior controvérsia quanto à possibilidade de afastamento de eventuais medidas arbitrárias, ou da busca de indenização, pelo particular, por prejuízos sofridos na sua vigência. A dificuldade emerge quando se alude à viabilidade de controle jurisdicional do próprio ato de decretação do estado excepcional. Para o autor, essa questão remete à complexa investigação dos limites do controle jurisdicional dos poderes públicos. No entanto, mesmo o reconhecimento dos limites da jurisdição constitucional não pode

[260] GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de excepção no direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1998. v. I, p. 513 e 514).
[261] VILLALÓN, Pedro Cruz. *Estados excepcionales y suspensión de garantías.* Madrid: Editorial Tecnos, 1984, p. 139-141.

implicar em se excluir, de antemão, a possibilidade de um controle jurisdicional dos atos de declaração dos estados excepcionais.

3.5.1 Estado de alarme

O texto constitucional, embora preveja expressamente a figura do estado de alarme, não traz qualquer descrição normativa das hipóteses de sua decretação. O mesmo se dá com o estado de exceção e o estado de sítio: a Constituição faz referência à tipologia e ao procedimento para sua decretação, mas a delimitação de seus pressupostos é matéria que se remete à lei orgânica – no caso, a LOEAES.

As situações ensejadoras do estado de alarme não têm caráter político ou militar, estando diretamente relacionadas a eventos catastróficos, de causas naturais ou não. O estado de alarme tem lugar em casos de grave alteração da normalidade, de causas taxativamente enumeradas[262]: a) catástrofes, calamidades ou desgraças públicas, tais como terremotos, inundações, incêndios urbanos e florestais, ou acidentes de grande magnitude; b) crises sanitárias, tais como epidemias e situações de contaminação graves; c) paralisação de serviços públicos essenciais para a comunidade[263]; e d) situações de desabastecimento de produtos de primeira necessidade[264].

A decretação do estado de alarme compete ao Governo, após acordo com o Conselho de Ministros (estado de alarme governamental). Sua iniciativa pode partir do próprio Governo, ou do Presidente da Comunidade Autônoma afetada pela situação emergencial. O decreto deve determinar o âmbito territorial do estado de alarme, cuja vigência é de quinze dias, ao final dos quais se presume que a situação de crise tenha sido superada. Em persistindo a crise, no entanto, cabe exclusivamente ao Congresso dos Deputados determinar

[262] Lei Orgânica nº 4/1981, art. 4º. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-12774>. Acesso em: 28 ago. 2017.
[263] A Constituição Espanhola assegura aos trabalhadores o direito de greve e de adoção de medidas de conflito coletivo, condicionados à manutenção de serviços considerados essenciais à comunidade (art. 28, 2º; e 37, 2º). Constituição Espanhola. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em: 28 ago. 2017.
[264] Para Pedro Cruz Villalón, o estado de alarme não pode abranger as situações de grave conflito social, ainda que tais situações possam desbordar em grave crise de desabastecimento. Neste caso, incidiria o estado de exceção, único que permite medidas verdadeiramente excepcionais (In: VILLALÓN, Pedro Cruz. *Estados excepcionales y suspensión de garantías.* Madrid: Editorial Tecnos, 1984, p. 71).

sua prorrogação, podendo o mesmo, inclusive, definir o alcance e as condições do decreto original[265]. Neste caso, a doutrina passa a designá-lo de estado de alarme parlamentar[266].

Ainda que a decretação inicial do estado de alarme prescinda de autorização do Congresso dos Deputados, tal estipulação não importa em total alheamento desse: deve o Governo informá-lo imediatamente dessa decisão, dando conta, também, de todos os decretos editados na vigência do mesmo, que guardem pertinência com a situação emergencial. Obriga-se o Governo, ainda, a prestar todas as informações que lhe forem requeridas[267].

Os efeitos do estado de alarme são também de escassa regulação constitucional. O art. 55, que trata da *suspensão* de determinados direitos e liberdades, alude, exclusivamente, ao estado de exceção e ao estado de sítio. Seu silêncio em relação ao estado de alarme permite concluir que sua decretação não pode operar a suspensão de nenhum direito constitucionalmente consagrado.

Por outro lado, o art. 30, 4º, indica que, mediante lei, poderão ser regulados os deveres dos cidadãos em caso de grave risco, catástrofe ou calamidade pública; e o art. 116, 1, remete à lei orgânica a regulação do estado de alarme, de exceção e de sítio, e das competências e das *limitações* correspondentes.

A partir de uma interpretação sistemática desses dispositivos, Pedro Cruz Villalón[268] identifica no estado de alarme um "terceiro estado" dos direitos fundamentais, que se situaria entre o estado de plena vigência (situação de normalidade) e o estado de suspensão (cabível no estado de exceção e no estado de sítio), qual seja, um estado de *limitação* desses direitos. Para o autor,

> Esta limitación se traduciría en un régimen particularmente restrictivo del ejercicio de tales derechos, sin que pudiera llegar a afectar a su *contenido esencial*, supuesto este último que se identificaría con el de suspensión. La diferencia quedaría clara en el caso de la libertad de circulación: Mientras que el artículo 11 de la ley orgánica, en relación con el estado de alarma habla de "*limitar* la circulación o permanencia de personas o vehículos", el artículo 20, en relación con el estado de excepción, dice "*prohibir* la circulación o permanencia de personas o vehículos".

---

[265] Constituição Espanhola, art. 116, 2º, c/c Lei Orgânica nº 4/1981 (LOEAES), art. 6º ao 9º. Disponíveis, respectivamente, em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229> e <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-12774>. Acesso em: 28 ago. 2017.

[266] GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de excepção no direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1998. v. I, p. 517.

[267] Lei Orgânica nº 4/1981, art. 8º. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-12774>. Acesso em: 28 ago. 2017

[268] VILLALÓN, Pedro Cruz. *Estados excepcionales y suspensión de garantías.* Madrid: Editorial Tecnos, 1984, p. 76.

Esse enfoque de limitação dos direitos fundamentais, com preservação de um conteúdo essencial, e não de sua suspensão, verifica-se não apenas em relação à circulação de pessoas e veículos, declinada pelo autor, mas nas demais medidas cabíveis no estado de alarme, elencadas na LOEAES: requisição temporária de bens e imposição de prestações pessoais obrigatórias (art. 11, b); intervenção e ocupação provisória de indústrias ou fábricas, com exceção de domicílios privados (art. 11, c); limitação ou racionamento do uso de serviços, ou do consumo de bens de primeira necessidade (art. 11, d); emissão de ordens necessárias para assegurar o abastecimento dos mercados e o funcionamento dos serviços e centros de produção em situações de carência de bens de primeira necessidade (art. 11, e).

Os efeitos da decretação do estado de alarme não se traduzem apenas na limitação a direitos fundamentais, mas implicam, também, na modificação do exercício das competências da Administração Pública. No estado de alarme, todas as autoridades civis da Administração Pública do território afetado pelo decreto, os integrantes das forças policiais da sua Comunidade Autônoma e das corporações locais, assim como os trabalhadores a serviço da mesma, passam a se subordinar, diretamente, à autoridade competente, compreendida esta como o próprio Governo ou, por delegação do mesmo, o Presidente da Comunidade Autônoma, quando o estado de alarme afetar exclusivamente a todo ou parte do território de uma Comunidade[269].

3.5.2 Estado de exceção

O estado de exceção espanhol também é designado, pela doutrina, como estado de exceção em sentido estrito, para diferenciar a modalidade própria do direito excepcional espanhol da expressão "estado de exceção", de caráter mais abrangente, aplicável a todas as categorias de regimes excepcionais.

Pedro Cruz Villalón[270] observa que o estado de exceção da Constituição de 1978 remonta à suspensão de direitos albergada pela Constituição de 1812, limitada primeiramente à suspensão do *habeas corpus* e, posteriormente, ampliada a outros direitos

[269] Lei Orgânica nº 4/1981, art. 7º e 9º. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-12774>. Acesso em: 28 ago. 2017.
[270] VILLALÓN, Pedro Cruz. *Estados excepcionales y suspensión de garantías.* Madrid: Editorial Tecnos, 1984, p. 81.

em 1837, 1869 e 1931. O emprego da designação "estado de excepción", no entanto, deu-se apenas com a edição da Lei de Ordem Pública de 1959.

O estado de exceção tem lugar em caso de grave alteração do livre exercício dos direitos e liberdades dos cidadãos, do normal funcionamento das instituições democráticas e dos serviços públicos essenciais para a comunidade, ou de qualquer outro aspecto de ordem pública, a ponto de o exercício dos poderes ordinários se revelar insuficiente para seu restabelecimento e manutenção[271].

Há, portanto, um pressuposto geral, de alteração da ordem pública de gravidade tal que os poderes ordinários se demonstrem insuficientes para o seu enfrentamento, seguido de um rol de situações em que isto pode se verificar: ameaça a direitos e liberdades dos cidadãos, ao normal funcionamento das instituições democráticas e dos serviços públicos essenciais, ou de qualquer outro aspecto de ordem pública. Essa última previsão legal – "ou de qualquer outro aspecto de ordem pública" – indica, claramente, não se tratar de relação taxativa, mas meramente exemplificativa[272].

O estado de exceção é declarado pelo Governo, mediante decreto acordado no Conselho de Ministros, com autorização prévia do Congresso dos Deputados. Sua autorização e proclamação deverá determinar expressamente seus efeitos, o âmbito territorial a que se estende e sua duração, que não poderá exceder a trinta dias, prorrogáveis por igual período, desde que atendidos os mesmos requisitos[273].

A decretação do estado de exceção depende, portanto, de um concerto de vontades do Governo e do Congresso dos Deputados, que se desdobra em três fases. A iniciativa do Governo, que deve submeter ao Congresso um pedido de autorização que contemple a determinação dos direitos objetos de suspensão, o rol das medidas a serem adotadas, o âmbito territorial e a quantia máxima pecuniária que pode ser imposta em caso de violação das disposições excepcionais (LOEAES, art. 13, 2º). A essa iniciativa se segue a fase de debates no Congresso dos Deputados, que pode aprová-la, em seus próprios termos, introduzir modificações na mesma ou rejeitá-la (LOEAES, art. 13, 3º). Por fim, uma vez obtida a autorização parlamentar, o Governo poderá proceder a declaração do estado de

---

[271] Lei Orgânica nº 4/1981, art. 13. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-12774>. Acesso em: 28 ago. 2017.
[272] GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de excepção no direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1998. v. I, p. 519-520.
[273] Constituição Espanhola, art. 116, 3. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em: 28 ago. 2017.

exceção, acordando no Conselho de Ministros um decreto com o conteúdo previamente autorizado (LOEAES, art. 14).

Sobre o prazo de duração, Jorge Bacelar Gouveia[274] observa que, apesar da limitação constitucional de trinta dias, prorrogáveis por igual período, nada obsta que, após sessenta dias, a persistirem as razões que ditaram a proclamação do estado de exceção original, nova declaração seja editada. Esta também a posição de Pedro Cruz Villalón[275], para quem pode o Congresso, ao final dos sessenta dias, autorizar um novo estado de exceção, em vez de prorrogar o anterior.

Ainda em sede procedimental, a decretação do estado de exceção deve ser comunicada ao Conselho da Europa, sempre que implicar na suspensão de algum dos direitos reconhecidos pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Tratado de Roma), declinando-se as providências tomadas e os motivos que a ensejaram[276].

Os efeitos do estado de exceção implicam na suspensão de direitos e garantias fundamentais declinados no ato de sua decretação, arrolados no art. 55, 1º, da Constituição, a saber: a liberdade e a segurança pessoal; a inviolabilidade do domicílio; a inviolabilidade das comunicações; a liberdade de circulação e residência; a liberdade de expressão; a liberdade de reunião e de manifestação; o direito de greve e de proteção diante de conflitos laborais.

A doutrina predominante entende tratar-se de relação taxativa, não sendo possível a suspensão de outros direitos que não os expressamente elencados. Além disso, a suspensão desses direitos não se dá de forma automática, pois o texto constitucional não *determina*, mas apenas *autoriza* tal suspensão. Portanto, a suspensão de cada direito deve ser devidamente declinada e justificada no ato de sua decretação, o que depende, conforme já colocado, do concurso das vontades do Governo e do Parlamento[277].

A suspensão desses direitos e as medidas tomadas com base nessa suspensão devem observar ainda, os princípios gerais albergados nos arts. 1º, 2º e 3º da LOEAES, especialmente os princípios da necessidade, da proporcionalidade e da responsabilidade do Estado e de seus agentes.

---

[274] GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de excepção no direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1998. v. I, p. 521.
[275] VILLALÓN, Pedro Cruz. *Estados excepcionales y suspensión de garantías.* Madrid: Editorial Tecnos, 1984, p. 91.
[276] Ibid., p. 91.
[277] GOUVEIA, Op. Cit. p. 524-525.

Em relação às competências organizacionais, a decretação do estado de exceção não traz qualquer modificação na distribuição dos poderes constitucionais; no entanto, dentro do âmbito permitido de suspensão de direitos fundamentais, o Governo assume o protagonismo, podendo coordenar as suas ações com os governos autônomos, quando o estado de exceção se circunscrever a uma região autônoma[278].

3.5.3 Estado de sítio

Assim como o estado de exceção, o estado de sítio tem firmes raízes no constitucionalismo espanhol, sendo equivalente ao anteriormente designado "estado excepcional militar"[279].

O estado de sítio pode ser decretado em caso de insurreição ou ato de força contra a soberania ou independência da Espanha, contra sua integridade territorial ou contra o ordenamento constitucional, de tal gravidade que não possam ser resolvidos pelas vias normais. Não é preciso a concretização da insurreição ou do ato de força, admitindo-se apenas sua ameaça[280].

Para Pedro Cruz Villalón[281], o estado de sítio se distingue dos demais por sua especificidade, constituindo-se em instrumento de resposta frente a situações que coloquem em perigo imediato tanto a própria existência do Estado, enquanto comunidade política soberana e independente, como a existência de seu próprio ordenamento constitucional. A expressão "crise de Estado" reflete o alcance e a profundidade da emergência que esse instituto contempla; o *caráter violento* do pressuposto se manifesta nos termos empregados pela norma: *insurreição ou atos de força*.

Os *atos de força contra a soberania ou independência da Espanha* contemplam, basicamente, as agressões contra o Estado procedentes do exterior. Em situações de guerra, há recursos específicos de resposta outros que o estado de sítio, como o próprio potencial de defesa do Estado, seus recursos militares, pessoais e materiais. No entanto, a situação de guerra pode exigir, também, a adoção de medidas especiais no interior, tais como a

---

[278] GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de excepção no direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1998. v. I, p. 521-522.
[279] VILLALÓN, Pedro Cruz. *Estados excepcionales y suspensión de garantías.* Madrid: Editorial Tecnos, 1984, p. 107.
[280] Lei Orgânica nº 4/1981, art. 32. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-12774>. Acesso em: 28 ago. 2017.
[281] VILLALÓN, Op. cit., p. 107-112.

suspensão de determinados direitos e liberdades, e a transferência de funções das autoridades civis para as autoridades militares. A adoção de tais medidas impõe a decretação do estado de sítio – muito embora os pressupostos do estado de sítio não se resumam à situação de guerra.

A *insurreição ou atos de força contra o ordenamento constitucional* trata justamente de situações internas, de atentados contra as instituições básicas do Estado, com o fito de modificar, à força, o processo de formação e manifestação dos órgãos da soberania popular. Esses atendados podem ter sua origem tanto em movimentos insurrecionais como em golpes de força gerado no interior do próprio aparato do Estado.

Por fim, a hipótese legal de *insurreição ou atos de força contra a integridade territorial da Espanha* pode-se considerar contida nas duas hipóteses anteriores, pois há ameaça à integridade do território ou parte do exterior, afetando também a soberania e independência da Espanha, ou se trata de uma agressão interior, situação em que há evidente ataque ao ordenamento jurídico.

A declaração do estado de sítio se dá por proposta de iniciativa exclusiva do Governo, submetida ao Congresso de Deputados, que deliberará por maioria absoluta de seus membros. Essa deliberação deverá abranger seu âmbito territorial, prazo de duração e condições, podendo o Legislativo, de forma soberana, modificar livremente a proposta do Governo[282].

Tal como ocorre no estado de exceção, em caso de suspensão de algum dos direitos reconhecidos pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o Governo deve comunicar a decretação do estado de sítio ao Conselho da Europa, indicando as medidas tomadas e os motivos que a ensejaram.

O ordenamento espanhol não define um prazo máximo de vigência do estado de sítio, cabendo ao Parlamento fixá-lo, no ato de sua decretação. Incide, no entanto, o princípio da temporariedade, albergado no art. 1º, 2, da LOEAES, que vincula a duração do estado excepcional ao estritamente necessário para o restabelecimento da normalidade.

Os efeitos da decretação do estado de sítio, em relação à restrição a direitos e garantias fundamentais, são semelhantes àqueles que incidem no estado de exceção, diferindo apenas pela inclusão de três novos direitos no rol daqueles passíveis de suspensão:

---

[282] Constituição Espanhola, art. 116, 4. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em: 28 ago. 2017.

(i) o direito do detido ser informado dos seus direitos e da razão de sua detenção; (ii) o direito a não ser obrigado a prestar declarações; e (iii) o direito a ser assistido por advogado[283].

Já o impacto da decretação do estado de sítio na distribuição das competências dos órgãos estatais se mostra mais evidente, refletindo-se, principalmente, na transferência de atribuições das autoridades civis para as autoridades militares. A supremacia permanece com o Governo, que se vale, no entanto, da colaboração das autoridades militares, às quais competem as políticas militar e de defesa[284].

Dentre as modificações de atribuição de competência, destacam-se: (a) a possibilidade de autoridades militares editarem ordens de caráter administrativo, com vistas à execução do estado de sítio (LOEAES, art. 34); (b) a obrigação das autoridades civis de prestar às autoridades militares as informações solicitadas, bem como de outras notícias referentes à ordem pública de que tenham conhecimento (LOEAES, art. 36); e (c) a possibilidade de alargamento da competência jurisdição militar (Constituição, art. 117, 5, c/c o art. 35 da LOEAES).

Jorge Bacelar Gouveia[285] observa que o poder militar de editar normas é meramente *regulamentar*, sendo vedado o exercício do *poder legislativo militar*, mesmo que expressamente conferido pelo Congresso. O *poder legislativo militar* tradicionalmente se exerce mediante a criação, pelas autoridades militares, de novos tipos penais, assim como pelo agravamento da pena de crimes já existentes.

Importa destacar, por fim, que a Constituição Espanhola[286] prevê uma espécie de suspensão de direitos para pessoas determinadas, referindo-se expressamente ao caso de investigação de *bandos armados ou elementos terroristas*, o que veio a ser regulamentado pela Lei Orgânica nº 9/1984[287].

Essa lei foi impugnada perante o Tribunal Constitucional Espanhol pelo Parlamento da Catalunha e pelo Parlamento do País Basco. Em julgado de 16 de dezembro de 1987 (STC

---

[283] Constituição Espanhola, art. 55, 1. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em: 28 ago. 2017

[284] GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de excepção no direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1998. v. I, p. 528.

[285] Ibid., p. 529.

[286] Constituição Espanhola, art. 55, 2. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em: 17 out 2017.

[287] Lei Orgânica nº 9, de 26 de dezembro de 1984. Disponível em: < https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-63>. Acesso em: 18 out 2017.

199/1987[288]), entendeu a Corte que a emergência ou a situação que legitima o legislador a criar o marco normativo que autoriza este tipo de suspensão é precisamente aquela que deriva das atividades delitivas cometidas por "bandos armados ou elementos terroristas".

O Tribunal traz uma interpretação mais ampla de terrorismo, enfatizando seu caráter coletivo, isto é, uma atividade própria de organização ou de bandos, normalmente com caráter de armadas, com o propósito de difundir uma situação de alarme ou de insegurança social. O conceito de "bandas armadas", por seu turno, há de ser interpretado restritivamente, "y en conexión, en su trascendencia y alcance, con el de *elementos terroristas* mencionado en el precepto constitucional". Esses elementos pressupõem a permanência e a estabilidade do grupo, seu caráter armado (com armas de defesa ou de guerra, ou com substâncias ou aparatos explosivos), suficientes para produzir um terror na sociedade e um rechaço da coletividade, pela sua grande incidência sobre a segurança dos cidadãos, que faça supor, assim, um atentado ao conjunto da sociedade democrática[289].

3.6 PORTUGAL

A Constituição Portuguesa de 1976 prescreve, em seu art. 19, duas modalidades de estado de exceção: o *estado de sítio* e o *estado de emergência*. Ambos os institutos têm os mesmos pressupostos normativos: uma situação de *agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras*, de *grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática*, ou de *calamidade pública*. Sua única diferença é o grau de intensidade desses pressupostos, sendo cabível o estado de emergência nas crises em que estes se manifestem em menor ímpeto, e o estado de sítio nas crises mais severas[290].

A doutrina reconhece a deficiência conceitual do texto constitucional, que dificulta a diferenciação entre as duas modalidades. Essa distinção, contudo, é bastante relevante, pois

---

[288] Sentença do Tribunal Constitucional nº 199, de 16 de dezembro de 1987 (LLORENTE, Francisco Rubio. *Derechos fundamentales y principios constitucionales.* Barcelona: Ariel, 1995, p. 738-739. Disponível também em <http://hj.tribunalconstitucional.es/cs/Resolucion/Show/931>. Acesso em: 18 out. 2017).

[289] Sentença do Tribunal Constitucional nº 199, de 16 de dezembro de 1987 (LLORENTE, Francisco Rubio. *Derechos fundamentales y principios constitucionales.* Barcelona: Ariel, 1995, p. 738-739. Disponível também em <http://hj.tribunalconstitucional.es/cs/Resolucion/Show/931>. Acesso em: 18 out. 2017).

[290] Constituição da República Portuguesa, art. 19, 2 e 3. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 2 set. 2017.

enquanto no estado de sítio se permite apenas a suspensão parcial dos direitos e garantias, no estado de emergência se opera sua suspensão total[291].

A Lei nº 44/86[292], de 30 de setembro, que disciplina o regime do estado de sítio e do estado de emergência, repetiu em seu texto os pressupostos elencados na Constituição, mas buscou, de alguma forma, elucidá-los. Manteve a reserva do estado de emergência às "situações de menor gravidade", mas inovou, ao torná-lo cabível "nomeadamente quando se verifiquem ou ameacem verificar-se casos de calamidade pública". A doutrina, no entanto, não admite que a lei ordinária venha a limitar o texto constitucional, de forma a excluir, aprioristicamente, do âmbito do estado de sítio, as situações de calamidade pública.

Jorge Bacelar Gouveia[293] observa, neste sentido, que, pelo critério constitucional, não é possível destacar algum pressuposto ou efeito material como privativo do estado de emergência ou do estado de sítio, ou seja, as duas modalidades podem ser decretadas em quaisquer das hipóteses constitucionalmente descritas, sendo a intensidade da crise o único critério válido para sua diferenciação (critério gradualista). Para o autor, no entanto, é forçoso aceitar "uma dimensão qualitativa quanto aos elementos normativos disponibilizados para diferenciar entre estado de sítio e estado de emergência".

J. J. Gomes Canotilho[294] propõe um esforço de densificação dos conceitos constitucionais, de forma a aclarar os seus pressupostos objetivos. Nessa perspectiva, indica que ambos os institutos (o estado de emergência e o estado de sítio) abrangem tanto um estado de necessidade externo como um estado de necessidade interno.

O estado de necessidade externo é aquele que tem origem em ameaça estrangeira, e que compreende o *estado de guerra* e o *estado de emergência militar*.

Verifica-se o *estado de guerra* diante da hipótese do primeiro pressuposto constitucional: *agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras*. Canotilho[295] observa, no entanto, que não basta a existência desses pressupostos materiais para a configuração do estado de guerra; é necessário que haja um ato de declaração formal de guerra, de

---

[291] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1099.

[292] Lei nº 44/86, de 30 de setembro, art. 9º. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1712&tabela=leis&so_miolo>. Acesso em: 4 set. 2017.

[293] GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de excepção no direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1998. v. I, p. 710-711.

[294] CANOTILHO, Op. Cit., p. 1100.

[295] Ibid, p. 1100-1101.

competência exclusiva do Presidente da República, mediante prévia autorização da Assembleia da República e proposta do Governo. Portanto, a suspensão de direitos inerente ao estado de sítio, em caso de guerra, não se opera de pleno direito, diante da eclosão de um conflito internacional, mas pressupõe dois atos anteriores, de natureza constitutiva: (1) o ato de declaração de guerra e (2) o ato de declaração do estado de sítio que sucede este ato[296].

O *estado de emergência militar* é um estágio anterior ao estado de guerra, no qual se verifica, já, uma *ameaça* exterior, mas que ainda não se configura uma *agressão iminente* – hipótese em que incidiria o estado de guerra. Canotilho[297] observa que às autoridades constitucionais competentes cabe decidir entre o estado de sítio ou estado de emergência, de acordo com o que seja necessário à prossecução da defesa nacional (Lei de Defesa Nacional e das Forças Armadas, art. 5º); mas o princípio da proibição do excesso indicará a opção pelo estado de emergência, se esse se mostrar suficiente ao restabelecimento da normalidade constitucional.

O estado de necessidade interno corresponde ao enfrentamento dos distúrbios de origem interna, decorrentes de duas situações distintas, enunciadas no texto constitucional: *grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática*, ou *calamidade pública.* Em ambas as situações, podem incidir tanto o estado emergência como o estado de sítio.

As calamidades públicas são detectáveis com relativa facilidade, compreendendo as catástrofes naturais (terremotos, enchentes, epidemias, etc), as catástrofes tecnológicas e os acidentes graves (acidentes ferroviários, aéreos, incêndios de grandes proporções, etc)[298]. Será a gravidade da calamidade pública que irá determinar a instauração do estado de sítio ou de emergência, mas é inegável que o estado de emergência, em regra, se afigura mais adequado a essas situações.

Mais difícil é a delimitação conceitual da *grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática*. Para J. J. Gomes Canotilho[299], há dois elementos a se considerar:

---

[296] Jorge Bacelar Gouveia observa que a decretação do estado de guerra não acarreta, necessariamente, na decretação do estado de exceção. Em não havendo acordo para a decretação do estado de exceção, a declaração do estado de guerra produzirá efeitos militares reduzidos e específicos. Para Gouveia, ainda, na hipótese de agressão efetiva ou iminente, pode haver a declaração do estado de exceção, sem que tenha havido a declaração do estado de guerra (GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de excepção no direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1998. v. I, p. 720-721).

[297] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1101.

[298] Ibid., p. 1102.

[299] Ibid., p. 1102.

> Em primeiro lugar, o objecto de protecção é a ordem constitucional democrática e não qualquer apriorística e monolítica "ordem pública" ou "segurança pública", definida a nível infraconstitucional. Não se trata, pois, de defender uma "ordem do Estado", mas sim uma ordem constitucional, isto é, a ordem jurídica normativamente conformada pela Constituição. Em segundo, os *pressupostos* justificadores da adopção das medidas do estado de sitio ou do estado de emergência são apenas a "perturbação da ordem constitucional" ou a sua "grave ameaça". Não basta um perigo abstrato, exigindo-se antes uma ameaça concreta.

Para o autor, é necessário, ainda, que a ameaça ou perturbação ponham em causa "a ordem constitucional democrática e seus princípios estruturantes", não podendo ser enfrentada pelas vias normais e, portanto, tornando indispensável o recurso às medidas extraordinárias. Novamente, a intensidade da ameaça ou perturbação determinará a modalidade de exceção a ser adotada.

O procedimento para decretação do estado de sítio e do estado de emergência é o mesmo, e envolve a participação dos diversos órgãos de soberania. Sua declaração depende de decreto próprio do Presidente da República (art. 134, d), condicionado à autorização da Assembleia da República (ou confirmação da Assembleia, caso a autorização tenha sido concedida pela Comissão Permanente - art. 161, l e art. 179, f) e à audição do Governo (art. 138, 1, e art. 197, 1, f), submetido, ainda, à referenda do Governo (art. 140, 1)[300].

O decreto do estado de emergência ou de sítio deve declinar expressamente sua duração, que não poderá exceder a quinze dias, exceto quando decorrente de declaração de guerra. É possível, no entanto, que os mesmos sejam sucessivamente renovados, mediante a edição de novos decretos. Neste caso, deve-se obedecer ao princípio da proporcionalidade, vinculando-se tais renovações ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da ordem constitucional[301].

A Constituição Portuguesa, de forma inovadora, trouxe o princípio da proporcionalidade, de forma expressa, para dentro do regramento do estado de exceção. Tal diretriz incide não só sobre o prazo do regime excepcional, mas também sobre a sua extensão e sobre os meios utilizados[302]. Assim, o principal efeito da declaração do estado de

---

[300] Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 5 set. 2017.

[301] Constituição da República Portuguesa, art. 19, 4 e 5. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 5 set. 2017.

[302] Constituição da República Portuguesa, art. 19. "(...) 4. A opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, bem como as respectivas declaração e execução, devem respeitar o princípio da proporcionalidade e limitar-se, nomeadamente quanto às suas extensão e duração e aos meios utilizados, ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional" Disponível em:

emergência ou de sítio, a suspensão coletiva de direitos e garantias individuais, encontra limitações no princípio da proporcionalidade, ou mandamento da proibição do excesso, devendo haver uma adequação entre a suspensão do direito, ou a medida concreta tomada, com a finalidade pretendida – o restabelecimento da normalidade constitucional.

Além disto, os direitos a serem suspensos devem estar expressamente declinados no respectivo decreto, não podendo abranger, em nenhuma hipótese: (a) o direito à vida, (b) à integridade pessoal, (c) à identidade pessoal, (d) à capacidade civil e à cidadania, (e) à irretroatividade da lei penal, (f) ao direito de defesa e (g) à liberdade de consciência e de religião. São os denominados *direitos invioláveis*, ou *direitos fundamentais garantidos ou firmados contra a ditadura*[303].

É também em relação aos efeitos que reside a principal diferença entre o estado de sítio e o estado de emergência: no primeiro, mais grave, o exercício dos direitos, liberdades e garantias pode ser total ou parcialmente suspenso ou restringido, ao passo que no segundo essa suspensão é somente parcial[304].

No tocante aos efeitos do estado de sítio e de emergência sobre a organização do Estado, há vedação expressa, no texto constitucional, de modificação das regras constitucionais relativas à competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania e de governo próprio das regiões autônomas, ou dos direitos e imunidades dos respectivos titulares. A única exceção diz respeito ao poder de revisão constitucional: na vigência do estado de sítio ou de emergência, nenhum ato de revisão constitucional pode ser praticado (limite circunstancial da revisão constitucional)[305]. Admite-se, exclusivamente no estado de sítio, que as forças de segurança sejam subordinadas, para fins operacionais, ao comando das Forças Armadas[306].

<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 5 set 2017.

[303] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1106.

[304] Constituição da República Portuguesa, art. 19, 3. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 5 set 2017. Lei nº 44/86, de 30 de setembro, arts. 8º e 9º. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1712&tabela=leis&so_miolo>. Acesso em: 4 set 2017.

[305] Constituição da República Portuguesa, art. 19, 7, e art. 289. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 5 set 2017.

[306] Lei nº 44/86, de 30 de setembro, art. 8º, 3. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1712&tabela=leis&so_miolo=>. Acesso em: 4 set 2017.

O controle político do estado de exceção português é exercido pela Assembleia da República, que participa ativamente de sua decretação, concedendo a prévia autorização, mediante resolução, que é precedida de deliberação tanto sobre a verificação dos pressupostos constitucionais como sobre os termos propostos para o seu regime[307]. É vedada, ainda, a dissolução da Assembleia da República, na vigência do estado de emergência ou do estado de sítio. Além disso, compete à Assembleia da República fiscalizar a aplicação da declaração do estado de sítio e do estado de emergência[308], podendo, para tanto, *a posteriori*, solicitar as providências necessárias para a eventual responsabilização cível e criminal do Governo[309]. A ampla gama de poderes concedidos à Assembleia da República permite se falar, na percepção de J. J. Gomes Canotilho[310], de "parlamentarização" do estado de sítio ou estado de emergência.

O art. 19, 6, da Constituição Portuguesa, consagra a inafastabilidade do direito de defesa dos réus, tanto no estado de emergência como no estado de sítio, assegurando-se, por conseguinte, o controle jurisdicional das medidas praticadas na sua vigência. De forma mais contundente, o art. 22 da Lei nº 44/86 assegura a manutenção das competências e funções dos tribunais comuns, durante os regimes excepcionais, cabendo-lhes velar pelas normas constitucionais e legais que os regem.

Para J.J Gomes Canotilho[311], também o próprio decreto presidencial e a resolução autorizativa da Assembleia da República, que deliberam sobre o estado de exceção, podem ser escrutinados pelo Tribunal Constitucional, vez que a declaração do estado de sítio ou de emergência não perturba o esquema organizatório-funcional do Estado (CRP, art. 19, 7).

---

[307] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1104-1105.

[308] Constituição da República Portuguesa, art. 162, *b*. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 5 set. 2017.

[309] Lei nº 44/86, de 30 de setembro, art. 28º: "Apreciação de aplicação da declaração: 1 – Até 15 dias após a cessação do estado de sítio ou do estado de emergência ou, tendo ocorrido a renovação da respectiva declaração, até 15 dias após o termo de cada período, o Governo remeterá à Assembleia da República relatório pormenorizado e tanto quanto possível documentado das providências e medidas adotadas na vigência da respectiva decretação. 2 – A Assembleia da República, com base nesse relatório e em esclarecimentos e documentos que eventualmente entenda dever solicitar, apreciará a aplicação da respectiva declaração, em forma de resolução votada pelo respectivo Plenário, da qual constarão, nomeadamente, as providências necessárias e adequadas à efetivação de eventual responsabilidade civil e criminal por violação do disposto na declaração do estado de sítio ou do estado de emergência ou na presente lei. 3 – Quando a competência fiscalizadora prevista no número antecedente for exercida pela Comissão Permanente da Assembleia da República, a resolução desta será ratificada pelo Plenário logo que seja possível reuni-lo." Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1712&tabela=leis&so_miolo=>. Acesso em: 4 set. 2017.

[310] CANOTILHO, Op. Cit., p. 1107.

[311] Ibid., p. 1109.

CAPÍTULO 4 - SISTEMA CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE EXCEÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 veio inaugurar uma nova fase da proteção dos direitos e garantias fundamentais, sendo chamada, não por outra razão, de "constituição cidadã". Importa, antes de tudo, situar a Constituição de 1988 como corolário do gradual processo de redemocratização da sociedade brasileira, desde a abertura política, iniciada em meados dos anos setenta, passando, por dentre outros fatos políticos relevantes, pela edição da lei de anistia, em 1979, pelas eleições estaduais e municipais de 1982, pela campanha por eleições diretas em 1984, pela eleição indireta de um presidente civil em 1985 e, nesse mesmo ano, pela edição da Emenda Constitucional nº 26, que convocou a Assembleia Nacional Constituinte[312].

De forte conteúdo axiológico, a Constituição de 1988 impactou profundamente a relação entre os indivíduos e o Estado, seja em razão da nova ênfase dada à proteção dos direitos e garantias fundamentais, seja em razão da importância dada aos princípios que balizam as atividades da Administração Pública.

A cidadania e a dignidade da pessoa humana ocupam a centralidade do ordenamento constitucional, sendo erigidas, já no seu art. 1º, à condição de fundamento da República.

Para Alexandre de Moraes[313],

> A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Luís Roberto Barroso[314] observa que a dignidade da pessoa humana é parte do conteúdo dos direitos materialmente fundamentais, mas que não se confunde com esses; nem tampouco é um direito fundamental em si, ponderável com os demais. Ao contrário, a

---

[312] ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 327.
[313] MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 128-129.
[314] BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro:* contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 299.

dignidade da pessoa humana "é o parâmetro de ponderação, em caso de concorrência de direitos fundamentais".

É sob esta perspectiva, de caráter mais abrangente, que deve ser compreendido o sistema constitucional do estado de exceção da Carta de 1988.

Como já afirmado, harmônico à concepção protetiva dos direitos humanos da contemporaneidade, optou o legislador constituinte não apenas por incorporar o estado de exceção ao texto constitucional, mas por fazê-lo mediante a adoção de um modelo de regulação pormenorizada do mesmo, com descrição normativa de seus pressupostos, procedimento, efeitos e limites[315].

Para tanto, dedicou ao tema o Capítulo I de seu Título V – Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, que abrange os artigos 136 a 141, que constituem o cerne do sistema constitucional do estado de exceção brasileiro, e que prescreve duas (na verdade, três) modalidades de estado de exceção: o estado de defesa e o estado de sítio, em suas formas simples e qualificada. A esses artigos se somam ainda outras disposições dispersas no texto constitucional, como, por exemplo, as que, na sua vigência, limitam o poder de revisão constitucional (art. 60, §1º), instituem disciplina especial para suspensão das imunidades parlamentares (art. 53, §8º), e que atribuem ao Congresso Nacional competência expressa para suspender, a qualquer tempo, o estado de defesa e de sítio (art. 49, IV).

O estado de defesa consiste em inovação da Constituição de 1988, ainda que se possa traçar um paralelo entre o mesmo e as "medidas de emergência" introduzidas pela Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978. Essas eram cabíveis para o enfrentamento de "calamidades ou graves perturbações" que não justificassem a decretação dos estados de sítio ou de emergência, enquanto que o estado de defesa tem lugar nos casos de *grave e iminente instabilidade institucional* e situações de *calamidade de grandes proporções na natureza*. Pode o estado de defesa, ainda, desbordar em estado de sítio, quando as medidas tomadas na sua vigência se mostrarem insuficientes para o restabelecimento da normalidade.

[315] Os contornos de um modelo de regulação pormenorizadas vislumbravam-se, já, na Constituição de 1934, que disciplinava as condições, o procedimento e o prazo do estado de sítio, bem como os direitos passíveis de suspensão, na sua vigência. Este sistema foi reafirmado pela Constituição de 1946, após o breve interregno da Constituição de 1937, que introduziu o paradigma da ditadura constitucional. Após o Golpe de 1964, sucessivos atos institucionais e emendas constitucionais desvirtuaram o estado de exceção, seja por trazer para o âmbito da normalidade medidas próprias de exceção (AI-5), seja pela opção de concentração de poder no Executivo (EC nº 11/1978).

O estado de sítio, por sua vez, conservou, em linhas gerais, as variantes já adotadas pela Constituição de 1946[316]: enquanto essa previa um estado de sítio simples, para as situações de "comoção intestina grave", e um estado de sítio com efeitos mais severos, nos casos de "guerra externa", a Carta de 1988 estabeleceu, analogamente, o estado de sítio nos casos de *comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa*, ou de *declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira*, com diferentes desdobramentos. Diversamente da Constituição de 1946, no entanto, não cogitou a hipótese de comoção intestina grave *com caráter de guerra civil*.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho[317], comentando a Constituição de 1946, designou essa modalidade agravada de estado de sítio, decorrente de guerra externa, como "estado de sitio qualificado", em oposição ao estado de sítio "simples", cabível nos casos de "comoção intestina grave"[318], conceitos que podem ser perfeitamente transportados para a Constituição de 1988.

A distinção entre as duas espécies de estado de sítio não reside apenas no seu pressuposto: tanto o procedimento para decretação (no caso de estado de sítio decorrente de declaração de guerra) como os efeitos decorrentes desse ato diferem substancialmente em cada tipo, razão pela qual se justifica tratar o estado de sítio qualificado como modalidade autônoma de estado de exceção, juntamente com o estado de defesa e o estado de sítio simples.

Pode-se afirmar, portanto, que o sistema constitucional do estado de exceção da Constituição de 1988 contempla três, e não duas modalidades: o estado de defesa, o estado de sítio e, de forma implícita, um *tertium genus*, o estado de sítio qualificado, uma modalidade especial de estado de sítio incidente nas situações de estado de guerra ou de agressão armada estrangeira. Em relação aos efeitos, a propósito, o estado de sítio simples se aproxima mais do estado de defesa do que do próprio estado de sítio qualificado.

---

[316] A Constituição de 1891, que introduziu no direito brasileiro o estado de sítio, já previa, no seu art. 80, as duas hipóteses de decretação: agressão estrangeira ou comoção intestina. No entanto, os efeitos da decretação eram os mesmos, descabendo distinguir modalidades diversas de estado de sítio. A Constituição de 1934 previa duas modalidades distintas: o estado de guerra (art. 161) e o estado de sítio, cabível na iminência de agressão estrangeira ou na emergência de insurreição armada (art. 175).

[317] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O estado de sítio na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 150.

[318] O art. 206, I, da Constituição de 1946, empregava a expressão "comoção intestina grave", de forma assemelhada à "comoção grave de repercussão nacional" trazida pelo art. 137, I, da Constituição de 1988.

Outro aspecto a ser considerado, no balizamento constitucional do estado de exceção brasileiro, diz respeito ao advento da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que introduziu importante alteração ao regramento dos direitos fundamentais, ao permitir que tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos adquiram status de norma constitucional, mediante a aprovação, na Câmara e no Senado, em dois turnos, por três quintos dos respectivos membros.

Nessa perspectiva, integram-se também ao sistema constitucional do estado de exceção brasileiro, em condições de igualdade com as demais normas constitucionais, os diplomas internacionais que versam sobre restrição a direitos fundamentais em regimes excepcionais, que tenham adotado o rito prescrito pela EC n° 45/2004.

4.1 CARACTERÍSTICAS DO ESTADO DE EXCEÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

As características fundamentais do estado de exceção previsto no sistema brasileiro de 1988, composto pelo estado de defesa e o estado de sítio, simples e qualificado, são comuns a todas as modalidades de estado excepcional, e dizem respeito à *emergência* (vinculada à ideia de necessidade) e à *temporariedade*. Essas características situam-se na essência do estado de exceção, condição *sine qua non* de sua verificação, traduzindo-se, nesse sentido, em seus pressupostos autorizadores mais elementares.

A emergência indica a existência de uma crise, atual ou iminente, que importe em grave risco à ordem constitucional, a autorizar a excepcionalidade. Essa característica se extrai das prescrições legais trazidas pelo texto constitucional: casos de grave e iminente instabilidade institucional, calamidades naturais de grandes proporções, comoção grave de repercussão nacional, declaração de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

Está intimamente relacionada à ideia de necessidade: a situação de crise impõe a adoção de medidas excepcionais, urgentes, sem as quais não é possível o seu enfrentamento e superação. A impossibilidade do restabelecimento da ordem constitucional democrática pelas vias ordinárias é o que legitima a adoção de um sistema de legalidade extraordinária.

A temporariedade, ou transitoriedade, por sua vez, impõe aos regimes de exceção um prazo determinado, o que também foi adotado pela Constituição de 1988, que limitou a duração do estado de defesa e do estado de sítio a um prazo máximo de trinta dias, ainda que

prorrogáveis, por igual período[319]. Escapa a essa característica, apenas, o estado de sítio qualificado, decretado em caso de guerra. Mesmo nessa hipótese, a vigência do estado de exceção permanece vinculada à duração do conflito, pois seu desiderato último é a restauração da normalidade e da ordem jurídica original.

Para José Afonso da Silva[320],

> Sem que se verifique a necessidade, o estado de exceção configurará puro golpe de estado, simples arbítrio; sem atenção ao princípio da temporariedade, sem que se fixe tempo limitado para vigência da legalidade extraordinária, o estado de exceção não passará de ditadura.

Outra característica do estado de exceção brasileiro é a adoção do modelo de completo regramento constitucional. Incorporou-se ao próprio texto da constituição uma disciplina pormenorizada do regime excepcional, com a estipulação de competências, pressupostos, procedimento, efeitos e limites. Essa disciplina, em nível constitucional, permite identificar o sistema brasileiro como *modelo de constitucionalização plena do direito de necessidade*, como preconiza J. J. Gomes Canotilho[321], a exemplo do adotado por Alemanha, Portugal e Espanha.

O sistema brasileiro de crises adotou, ainda, a *taxatividade* dos direitos e garantias fundamentais passíveis de restrição, ou seja, os efeitos da decretação do estado de defesa ou de sítio podem alcançar apenas aqueles direitos e garantias expressamente arrolados no texto constitucional. Essa característica diz respeito aos efeitos e aos limites do estado de exceção e constitui, sem dúvida, a mais expressiva garantia de preservação dos direitos individuais nos regimes excepcionais. A impossibilidade das medidas de coação necessárias ao combate às crises excederem àquelas expressamente elencadas nas normas insere o sistema brasileiro no âmbito dos sistemas rígidos, na formulação de Aricê Moacyr Amaral dos Santos[322].

A exceção a essa regra se dá, novamente, no estado de sítio decorrente de guerra ou agressão armada estrangeira, situação em que o constituinte optou por não enumerar os direitos e garantias passíveis de suspensão. Não obstante o eloquente silêncio da Constituição a esse respeito, é certo que determinados direitos e garantias não são passíveis de suspensão (aí compreendida como supressão total), seja em razão da inarredável proteção

---

[319] A doutrina admite, no entanto, prorrogações sucessivas do estado de sítio, enquanto que o estado de defesa só pode ser prorrogado uma única vez: após essa prorrogação, em persistindo a situação de crise, deve o mesmo ser convertido em estado de sítio.
[320] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 644.
[321] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.093.
[322] SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O estado de emergência*. São Paulo: Malheiros, 1981, p. 34.

da dignidade humana, seja pela incidência dos estatutos internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento pátrio.

A *publicidade* é a característica do estado de exceção que condiciona sua validade à publicação do ato de decretação nos órgãos de imprensa oficial. Em regra, também os efeitos e as medidas decorrentes da sua decretação se sujeitam ao princípio da publicidade; no entanto, não se exclui a possibilidade de se adotar medidas de caráter reservado, quando a preservação de sua eficácia depender de sigilo. Medidas dessa natureza, porém, têm caráter excepcionalíssimo, e devem ser devidamente fundamentadas.

Para Ives Gandra Martins[323], ainda, casos extremos podem também autorizar que o estado de defesa possa vigorar imediatamente após sua decretação e informação à imprensa falada; para o autor, a espera de um dia para publicação na imprensa oficial, ou mesmo para a edição extra do diário oficial, pode representar um lapso considerável, em caso de insurreição ou revolução. Pela mesma razão, entende o autor que o estado de sítio pode ser decretado de fato, ainda que pendente a autorização do Parlamento. Esses casos, no entanto, são excepcionalíssimos; a regra condiciona os efeitos do estado de exceção a sua publicação na imprensa oficial.

A *determinação geográfica* diz respeito à limitação espacial do estado de exceção, que deve corresponder a uma localidade ou área rigorosamente delimitada. A Constituição de 1988 dispõe que o decreto do estado de defesa já deve determinar a localidade atingida; no estado de sítio, é o Presidente que, após a publicação do decreto, designa a área de sua abrangência.

Ives Gandra Martins[324] observa que, no estado de defesa, o Presidente da República só poderá declarar estado de defesa em áreas restritas e determinadas, indicando que as mesmas não poderão ser muito extensas, nem em grande número. Para o autor, no entanto, o estado de sítio pode abranger todo o território nacional, se a crise de origem interna ou externa o atingir por inteiro. Este também o entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho[325], para quem seria inconstitucional um decreto que instituísse o estado de defesa em todo território nacional, mas não o estado de sítio, em vista da repercussão nacional da comoção grave a que se refere o art. 137, I. Pinto Ferreira[326] adota a mesma posição,

---

[323] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1997, v. 5, p. 60 e 90-91.
[324] Ibid., p. 9 e 97.
[325] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 3, p. 60 e 69.
[326] FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 5, p. 193.

admitindo o estado de sítio na totalidade do território nacional, desde que razões o justifiquem, e restringindo o estado de defesa a um âmbito de atuação limitada.

A *sujeição a controles* é outra característica do sistema de crises da Constituição de 1988. O controle político é exercido pelo Congresso Nacional, a quem compete aceitar ou rejeitar o estado de defesa; autorizar previamente o Presidente da República a decretar estado de sítio; e fiscalizar os atos praticados na vigência de ambos. A possibilidade de controle judicial dos estados excepcionais, por sua vez, foi consagrada por todas as constituições brasileiras, com exceção da Constituição de 1937, que vedava expressamente essa possibilidade. No tocante ao controle judicial, dois aspectos distintos merecem atenção: a possibilidade de se afastar medidas coercitivas ilegais, que afetem direitos subjetivos, e a sindicabilidade do próprio ato de decretação do estado de defesa e do estado de sítio. A este tema (controle do estado de exceção) será dedicado o item 4.6 desta dissertação.

Por fim, é também característico do sistema brasileiro das crises a incidência dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade (*regra*) e da proibição do excesso[327]. Embora o texto constitucional não faça referência expressa a esses princípios, é incontroverso que os mesmos são albergados pela Constituição de 1988, quer como desdobramento do devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV e LV), quer como decorrência lógica da estrutura dos direitos e garantias fundamentais[328].

Muito embora a razoabilidade, a proporcionalidade e a proibição do excesso incidam em todos os aspectos do estado de exceção, é na delimitação dos seus efeitos que esses princípios ganham especial relevância. Sendo o principal efeito da decretação do estado de exceção a restrição de direitos, são estes princípios, enquanto norteadores da *restrição às restrições*, que balizarão os limites da atuação estatal na sua vigência. Esse tema será devidamente abordado no item 4.4.

---

[327] Os conceitos e peculiaridades de cada um serão abordados no capítulo 4.4.

[328] Mais contundente, nesse particular, é a Constituição Portuguesa, que não apenas faz referência textual ao princípio da proporcionalidade, mas também assegura expressamente sua incidência no regime excepcional: art. 19. "(...) 4. A opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, bem como as respectivas declaração e execução, devem respeitar o princípio da proporcionalidade e limitar-se, nomeadamente quanto às suas extensão e duração e aos meios utilizados, ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional" Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 5 set 2017.

4.2 PRESSUPOSTOS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTADO DE DEFESA E DO ESTADO DE SÍTIO

A decretação do estado de defesa e do estado de sítio, simples ou qualificado, depende da verificação de seus respectivos pressupostos autorizadores, formais e materiais.

Os pressupostos formais dizem respeito à observância dos procedimentos e ritos prescritos no texto constitucional, como a oitiva de determinados órgãos, o respeito a determinados prazos, etc.

Os pressupostos materiais demandam a verificação da ocorrência das hipóteses descritas no texto constitucional. Dependem, portanto, de uma perquirição mais rigorosa do significado e alcance das expressões como "grave e iminente instabilidade institucional", "comoção grave de repercussão nacional", etc.

A análise da evolução doutrinária e legislativa do estado de exceção, bem como o uso do direito comparado, se revela bastante útil à compreensão dos requisitos constitucionais. Não se pode perder de vista, contudo, que os vocábulos empregados nas definições dos pressupostos materiais estado de defesa e do estado de sítio não possuem significado unívoco, e que a sua verificação depende, em última análise, de juízo jurídico-político da Presidência da República e do Congresso Nacional, de estreito escrutínio judicial.

4.2.1 Estado de defesa

O estado de defesa é previsto no art. 136 da Constituição, nos casos de *grave e iminente instabilidade institucional,* que represente ameaça à *ordem pública ou a paz social*, ou nas situações de *calamidade de grandes proporções na natureza*. A competência para sua decretação é do Presidente da República, que em vinte e quatro horas submeterá o ato, com a respectiva justificação, ao Congresso Nacional (art. 136, §4º).

Os pressupostos formais da decretação do estado de defesa são extraídos do texto constitucional:

a) Manifestação prévia do Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional: esse pressuposto, de caráter procedimental, está previsto no art. 136, *caput*, que determina que, anteriormente à decretação do estado de defesa, o Presidente da República ouça o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional. Ambos são órgãos consultivos da

Presidência da República, a ela vinculados, não obstante serem integrados pelos Presidentes das duas casas legislativas e, no caso do Conselho da República, também por seus líderes da maioria, da minoria e de dois representantes indicados por cada uma delas (CF, art. 89, 90 e 91). A manifestação desses órgãos, embora obrigatória, não vincula o ato presidencial, sendo meramente opinativa. Importa destacar, ainda, que a atuação desses órgãos não se confunde com o controle político do estado de exceção, exercido pelo Parlamento, dentro de suas competências e prerrogativas.

b) Publicação, na imprensa oficial, do ato de decretação: as severas consequências do estado de exceção impõem que seu ato de decretação seja público e oficial, não podendo surtir quaisquer efeitos antes de sua publicação no Diário Oficial da União. O texto constitucional exige somente a publicação na Imprensa Oficial, de modo diverso do disposto no direito excepcional espanhol, que prescreve que a ampla divulgação do ato de decretação, por todos os meios de difusão possíveis (art. 2º da Lei Orgânica nº 4/1981 - LOEAES). A publicação deve descrever, necessariamente, o tempo de duração do estado de defesa, as áreas a serem atingidas e as medidas coercitivas a serem impostas.

c) Limitação temporal de trinta dias, permitida uma única prorrogação: o decreto do estado de defesa deve divulgar, expressamente, sua limitação temporal, que não poderá exceder a trinta dias. Ao final desse prazo, em persistindo os motivos da decretação, permite-se a prorrogação, por uma única vez, do estado de emergência, pelo mesmo prazo máximo de trinta dias. Uma segunda prorrogação não é permitida, mas a ineficácia das medidas tomadas no estado de defesa pode ensejar a decretação do estado de sítio.

d) Descrição das medidas coercitivas a serem impostas: devem estar devidamente descritas no decreto do estado de defesa todas as medidas restritivas de direito que se pretenda adotar, que por sua vez devem constar dentre aquelas taxativamente permitidas pelo texto constitucional.

e) Submissão do ato de decretação ao Congresso Nacional em vinte e quatro horas: também de cariz procedimental, esse pressuposto é de fundamental relevância, pois diz respeito à necessidade de participação do Parlamento na aprovação do estado de defesa. É elemento essencial do controle político do estado de exceção, pois cabe ao Congresso Nacional apreciar a justificação presidencial do ato de decretação do estado de defesa, emitindo seu juízo jurídico-político acerca da verificação de seus pressupostos materiais e formais. Esse controle, no estado de defesa, ocorre *a posteriori*, pois o decreto possui vigência imediata, após sua publicação na imprensa oficial, enquanto sua aprovação ou

rejeição, pelo Congresso, pode se dar em até dez dias, a contar de seu recebimento. Se o Congresso, quando do envio do decreto pelo Presidente, estiver em recesso, deverá ser convocado, extraordinariamente, no prazo de cinco dias; uma vez rejeitado o decreto, cessa imediatamente o estado de defesa.

Os pressupostos materiais do estado de defesa se traduzem na verificação de duas hipóteses distintas: casos de *grave e iminente instabilidade institucional* e situações de *calamidade de grandes proporções na natureza*.

As *calamidades de grandes proporções na natureza* são facilmente identificáveis: são os agudos eventos catastróficos, decorrentes de ação humana ou não. A legislação espanhola, ao disciplinar o estado de alarme, cabível em situação análoga, busca elucidar as calamidades públicas trazendo, a título ilustrativo, suas situações mais corriqueiras: os terremotos, inundações, incêndios urbanos e florestais, ou acidentes de grande magnitude, assim como as crises sanitárias, tais como epidemias e situações de contaminação graves.

José Afonso da Silva[329] anota que a calamidade deve ser de grandes proporções, a ponto de "gerar situação de séria perturbação à ordem pública ou à paz social".

Mais complexa é a delimitação do conteúdo semântico da *grave e iminente instabilidade institucional,* que ameace *a ordem pública ou a paz social*.

Por *iminente* se deve entender o que está em vias de se consumar, mas que ainda não é *atual*. Deve haver, portanto, fortes indícios de um *perigo concreto*, de que uma situação de instabilidade institucional está prestes a ocorrer.

A ideia de *instabilidade institucional*, por seu turno, remete à noção de perturbação do funcionamento regular das instituições, ou seja, uma fratura no desenvolvimento das atividades regulares do Estado e de seus órgãos.

A instabilidade institucional não exige o total colapso dessas atividades, mas um determinado nível de precariedade que se traduza em risco ao império das leis e da Constituição – ou seja, que constitua ameaça *à ordem pública ou à paz social*.

Como bem acentua Canotilho[330], deparando-se com a *perturbação da ordem constitucional democrática* a que alude a Constituição Portuguesa, não se trata de invocar "qualquer apriorística e monolítica ordem pública ou segurança pública", mas sim de defender a "ordem jurídica conformada pela Constituição".

---

[329] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 646.
[330] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1102.

Além disto, tanto a *calamidade de grandes proporções na natureza* como a *iminente instabilidade institucional* devem ser reputadas *graves*, a indicar a imposição de um exame da *intensidade* da situação crise. Essa gravidade, portanto, deve ser interpretada à luz da já comentada *necessidade*, que orienta o estado de exceção: é preciso que a iminente instabilidade institucional ou o evento catastrófico se revistam de uma intensidade tal que torne os meios ordinários insuficientes ao enfrentamento da crise, tornando imperiosa a adoção das medidas de caráter excepcional.

A verificação dos pressupostos materiais deve ser observada em toda a extensão territorial em que se pretenda a decretação do estado de defesa, que por sua vez deverá ser especificada no próprio ato de decretação. É o que Ives Gandra Martins[331] identifica como "aspecto espacial" do estado de exceção. Para o autor, como o Presidente da República somente pode declarar estado de defesa em áreas restritas e determinadas (*caput* do art. 136), "à evidência, tais áreas não poderão ser muito extensas nem em grande número".

4.2.2 Estado de sítio decorrente de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa

Os artigos 137 e seguintes da Constituição Federal disciplinam o estado de sítio, decretado também pelo Presidente da República, mas dependente de prévia autorização do Congresso Nacional. O estado de sítio reputado "simples", pela doutrina, é aquele que têm por fundamento as hipóteses descritas no inciso I do art. 136: (a) comoção grave de repercussão nacional; ou (b) ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa.

O texto constitucional impõe os seguintes pressupostos formais:

a) Oitiva prévia, pelo Presidente da República, do Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional (art. 137, caput): esse pressuposto, de natureza procedimental, é idêntico ao requerido para decretação do estado de defesa, cabendo as mesmas considerações, especialmente no que se refere ao caráter meramente opinativo dessas manifestações.

---

[331] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 5, p. 9.

b) Apresentação ao Congresso Nacional, pelo Presidente da República, de solicitação fundamentada para sua decretação (art. 137, caput): o Presidente da República deve solicitar formalmente ao Congresso Nacional autorização para decretação do estado de sítio, com exposição dos motivos determinantes do pedido de decretação.

c) Deferimento da solicitação, pelo Congresso Nacional, por maioria absoluta de seus membros: diversamente do estado de defesa, em que a autorização para decretação ocorre *a posteriori*, o estado de sítio depende de apreciação prévia do Congresso Nacional, que decide por maioria absoluta de seus membros.

d) Publicação, na imprensa oficial, do ato de decretação: tal como no estado de defesa, a gravidade do estado de exceção exige que seu ato de decretação seja público e oficial, surtindo efeitos somente após sua publicação no Diário Oficial da União. A publicação deve indicar o prazo de sua duração, as normas necessárias à sua execução e as garantias constitucionais que serão suspensas. As áreas a serem abrangidas são designadas posteriormente, pelo Presidente da República, diferindo, nesse aspecto, do estado de defesa.

e) Limitação temporal de trinta dias, prorrogáveis: assim como no estado de defesa, o decreto do estado de sítio "simples" deve divulgar, expressamente, sua limitação temporal, que não poderá exceder a trinta dias. Ao final desse prazo, em persistindo os motivos da decretação, permite-se sua prorrogação, pelo mesmo prazo máximo de trinta dias. Ao contrário do estado de defesa, que permite uma única prorrogação, nada impede que o estado de sítio "simples" seja objeto de sucessivas prorrogações, se as circunstâncias assim o exigirem.

f) Descrição das normas necessárias à sua execução e garantias constitucionais que ficarão suspensas: devem constar expressamente no decreto do estado de sítio simples as normas necessárias à sua execução e as garantias constitucionais que serão suspensas, que não podem ser outras que não aquelas taxativamente descritas no art. 139 da Constituição Federal.

g) Designação de um executor das medidas específicas previstas no decreto do estado de sítio, e das áreas por si abrangidas: após a publicação do ato de decretação do estado de sítio, deve o Presidente da República nomear um executor das medidas específicas previstas nesse ato, bem como determinar as áreas que serão afetadas.

Tal como no estado de defesa, os pressupostos materiais dependem da elucidação de cada uma das hipóteses de decretação do estado de sítio simples, descritas no inciso I do art.

137: (a) comoção grave de repercussão nacional; ou (b) ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa.

Segundo o Dicionário Houaiss[332], a expressão "comoção" comporta diferentes significados. O sentido empregado pelo legislador constituinte, no entanto, indica claramente que a comoção em tela não se refere ao seu sentido mais corriqueiro, de abalo emocional, mas sim a *agitação, alvoroço, revolta popular, levantamento, agitação social*.

A *comoção grave de repercussão nacional* equivale à *comoção intestina*, presente nas Constituições de 1891 e 1946, à *emergência de insurreição armada*, inserida na Constituição de 1934, e à *grave perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção*, da Constituição de 1967.

Analogamente, a legislação francesa autoriza o estado de sítio em caso de *perigo iminente resultante de uma insurreição armada* (Lei nº 2005-1550 – *Code de la Défense*), enquanto a legislação espanhola trata de *insurreição ou ato de força contra a soberania ou independência da Espanha, contra sua integridade territorial ou contra o ordenamento constitucional, de tal gravidade que não possam ser resolvidos pelas vias normais* (Lei Orgânica nº 4/1981, art. 32).

A Constituição Portuguesa prevê, em seu art. 19, o cabimento tanto do estado de emergência quanto do estado de sítio nos casos de *agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras*, de *grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática*, ou de *calamidade pública*. A única distinção entre os estados de emergência e de sítio reside no grau de intensidade desses pressupostos.

A Lei Fundamental de Bonn, embora não empregue a terminologia "estado de sítio", prevê um estado de necessidade interior, para o enfrentamento de ação humana intencional e deliberada, no âmbito do território alemão, que importe em perigo que ameace a existência ou a ordem fundamental livre e democrática da Federação ou de um Estado (art. 91, 1).

Essa miríade de expressões traduz, em linhas gerais, a concepção original do estado de sítio fictício ou político, que remonta à França revolucionária. O já mencionado Decreto de 8 de julho de 1791 introduziu pioneiramente a expressão *état de siège*, como situação intermediária entre o *état de paix* e o *état de guerre*; as leis de 27 de agosto e de 5 de setembro de 1797, por sua vez, criaram a figura do *état de siège fictif* ou *politique*, ou seja, um estado de sítio aplicável às desordens internas, independentemente da existência da ameaça de

[332] HOUAISS, Antônio. Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. Versão online. Disponível em: <https://houaiss.uol.com.br>. Acesso em: 14 dez. 2017.

origem externa. A partir dessas leis, a concepção original de *sítio*, qual seja, *cerco militar*, vai sendo gradativamente abandonada, para se voltar ao enfrentamento dos distúrbios de ordem interna.

Não obstante os vocábulos que descrevem as hipóteses de sítio assemelharem-se em diferentes tempos e lugares, é certo que o entendimento do que seja a grave comoção ou a perturbação da ordem constitucional varia de acordo com as circunstâncias político-sociais de cada época e de cada lugar.

Ruy Barbosa[333], comentando a *comoção intestina* da Constituição de 1891, observa que

> Na escala das commoções possiveis, ha gradações indeterminaveis. Commoções podem resultar de conflitos materiaes, mais ou menos limitados em sua área, ou na quantidade, no caracter, na disposição de seus autores. Commoções promovem, na cidade, a indisciplina da guarda. Commoções podem estabelecer-se pela repetição de certos sinistros, ou pela extensão delles. A desorganização dos serviços administrativos póde trazer o animo publico em estado de commoção.
>
> [...] Mas nenhuma dessas é a *commoção intestina*, que a Constituição quiz precisar. Porque? Porque contra essas commoções não faltam ao governo, nos meios ordinarios, ponto de resistencia efficaz. Porque, deante dellas, a Republica não se sente insegura. Porque, se adaptarmos ao vago da phrase "comoção intestina" toda essa variedade de situações, normalmente remediaveis, a sorte dos direitos da liberdade ficará entregue, de ora avante, ás cambiações caprichosas de luz e sombra na imaginação do governo.

Para Ruy Barbosa[334], para que se verifique a comoção intestina, é necessário que a segurança da República não apenas se abale, mas que se ponha em perigo real. Para tal, são indispensáveis três requisitos:

> Primeiro, ha de haver elementos de perturbação organizados e capazes de acção violenta. Segundo, o objeto da acção perturbadora ha de ser realizável. Terceiro, ha de se demonstrar que o governo não tinha, na policia, na força armada e nos tribunaes, meios de repressão decisivos.

Esses requisitos refletem, com primor, o fundamento essencial do estado de exceção, que diz respeito à sua necessidade. Somente um perigo ou ameaça concreta, capaz de se efetivar, e que não possa ser superado pelas vias normais, autorizam a adoção de um direito excepcional.

João Barbalho Uchôa Cavalcanti[335], também comentando a Constituição de 1891, entende que a *comoção intestina* deva assumir "proporções taes que o perigo para a patria

---

[333] BARBOSA, Ruy. *O Estado de Sitio:* Sua Natureza, Seus Effeitos, Seus Limites. Capital Federal: Companhia Impressora, 1892. p. 33-34.
[334] Ibid., p. 34.
[335] CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal Brasileira (1891)*. Brasília: Senado Federal, 2002, p. 119-120.

tamanho seja como o que ella corre com a guerra, e que não possa ser destruido sinão com os meios usados n'esta". Para o autor, é preciso restringir o conceito de *comoção intestina*, interpretando esse vocábulo como sinônimo de *guerra intestina*. Prossegue anotando que o motim, o tumulto, a assuada, o ajuntamento ilícito, a sedição e a conspiração têm sua previsão legal própria no Código Penal, já conferindo a lei meios para enfrentá-los, como o emprego de força armada e a prisão preventiva sem mandado do juiz. O sítio se reserva para as situações de maior gravidade, como a rebelião, a revolução, a guerra intestina, que compromete não somente a ordem pública, mas a segurança da República.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho[336] identifica nas posições de Ruy Barbosa e de João Barbalho uma interpretação mais restritiva do pressuposto constitucional, que busca estabelecer uma simetria entre guerra externa e guerra interna (guerra civil). A essa corrente, Ferreira Filho contrapõe aquela que entende que a comoção intestina compreende a insurreição armada, mas não se resume a ela, posição compartilhada por Carlos Maximiliano e por Pontes de Miranda.

Com efeito, Pontes de Miranda[337] invoca o próprio texto da Constituição de 1946, que previa tanto a *comoção intestina* como a *comoção intestina com caráter de guerra civil*, para demonstrar que poderia haver comoção intestina independentemente da ocorrência de guerra civil. Para o autor, ainda, a *comoção intestina grave* da Constituição de 1946 se apresenta como "qualquer perturbação da ordem, grave, que, a juízo do Congresso Nacional, seja pressuposto suficiente para a decretação do estado de sítio com fundamento no art. 206, I"; fórmula que repete ao comentar o estado de sítio da Constituição de 1967, cujo pressuposto consistia na *grave perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção*[338]. Há, em ambas as definições, nítida preocupação do autor em ressaltar a discricionariedade do Parlamento, em seu juízo jurídico-político sobre os pressupostos autorizativos do estado de sítio.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, defendendo uma interpretação mais ampla da grave comoção, busca também dissociar o estado de sítio das situações exclusivas de levante

---

[336] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O estado de sítio na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 125-126.
[337] MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, Tomo 5, p. 446-447.
[338] Ibid., p. 641.

armado. Discorrendo sobre a comoção intestina no contexto histórico dos anos sessenta, época da publicação de sua obra, Ferreira Filho[339] observa que

> [A] comoção intestina grave não é mais a conspirata que sai à rua de armas na mão. É a insurreição longamente preparada por agitadores profissionais, com apoios estrangeiros, à frente de partidos organizados. É a subversão pacífica da ordem econômica e social pelas greves políticas, pela perturbação da produção, do transporte, da vida rotineira de cada um.

Essa visão abrangente da *comoção intestina grave*, logicamente, reflete o ambiente político-social de então, em que um mundo bipolar se digladiava na chamada guerra fria, e onde as nações gravitavam sob a esfera de influência de duas superpotências imbuídas de ideologias concorrentes.

José Afonso da Silva[340], comentando a *comoção grave de repercussão nacional* já sob a égide da Constituição de 1988, alinha-se à interpretação mais restritiva, definindo-a como "um estado de crise que seja de efetiva rebelião ou de revolução que ponha em perigo as instituições democráticas e a existência do governo fundado no consentimento popular". Para o autor, as greves, por mais prolongadas e intensas que sejam, não podem ser tomadas como ameaça à ordem ou à paz social, pois estão albergadas pela própria Constituição, sem limitações.

Uma concepção contemporânea da "grave comoção de repercussão nacional", com efeito, deve considerar o momento histórico atual, onde os valores democráticos e de respeito aos direitos humanos buscam se afirmar, nos planos nacionais e supranacionais, em um mundo multipolar e globalizado.

Isso não quer dizer que ideologias extremistas, já existentes ou vindouras, não possam pretender atentar contra a ordem constitucional democrática. Ao contrário: porque essas ameaças, imprevistas e imprevisíveis, podem sempre ocorrer, é que existem os sistemas constitucionais das crises.

No entanto, o estado de exceção deve atender, sempre, ao primado da necessidade, e é sob esta ótica que deve ser compreendida a "grave comoção" que conduz ao mesmo. A severidade de seus efeitos exige que sua decretação seja a última alternativa restante, a decisão menos gravosa a ser adotada[341].

---

[339] FERREIRA FILHO, Op. cit., p. 9.
[340] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 646.
[341] Nesse aspecto, o primado da necessidade, próprio do estado de exceção, guarda relação com a já citada sub-regra da necessidade, derivada da regra ou princípio da proporcionalidade, a que alude a doutrina alemã

Jorge Bacelar Gouveia[342], comentando o estado de necessidade interior do direito alemão, anota ainda a exigência de verificação de "perigo sério", que deve corresponder à "existência um perigo mínimo (*Gefahrenschwelle*), de caráter concreto, que represente uma suficiente probabilidade (*hinreichende Wahrscheinlichkeit*) de violação dos bens protegidos" – no caso, a ordem constitucional liberal e democrática.

Francisco Segado[343] elenca, como requisito do estado de exceção *lato sensu*, a "imposibilidad practica de enfrentarse con la amenaza por medio del normal funcionamiento de las instituciones", orientação essa encampada pelo próprio ordenamento espanhol, com a edição da Lei Orgânica nº 4/1981, que, de forma expressa, adotou a necessidade de demonstração de insuficiência das vias ordinárias para superação da crise como pressuposto do estado de exceção em sentido estrito e do estado de sítio. O estado de exceção em sentido estrito exige uma alteração tão grave dos aspectos de ordem pública que "el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo"; o estado de sítio, igualmente, demanda que a crise "no pueda resolverse por otros medios"[344].

Luiz da Camara Lopes dos Anjos[345], ao se referir ao estado de sítio fictício ou político, de inspiração francesa, o define como "acto resultante da gravidade da situação politica n'um Estado, legalizado pela constituição, como solução unica e imprescindivel para o restabelecimento da ordem e imperio da lei".

Trazendo a proposição de Ruy Barbosa[346] para os dias atuais, uma situação de crise, para configurar a "comoção grave de repercussão nacional", autorizadora do estado de sítio, deve atender aos seguintes requisitos:

1º) deve pressupor a existência de um grupo ou facção disposto a atentar contra a ordem constitucional;

2º) esse grupo deve dispor de meios factíveis, organizacionais (estrutura de pessoal, com comandos e hierarquias estabelecidos) e materiais (armas convencionais, ou químicas,

---

(SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>. Acesso em: 3 nov. 2017).

[342] GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de excepção no direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1998. v. I, p. 468.

[343] SEGADO, Francisco Fernández. *El estado de excepción en el derecho constitucional español.* Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 62.

[344] Lei Orgânica nº 4/1981, arts. 13 e 32. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-12774>. Acesso em: 13 out. 2017.

[345] ANJOS, Luiz da Camara Lopes dos. *O estado de sitio.* (Concurso para Professor Extraordinário Efetivo da Primeira Seção da Faculdade de Direito de São Paulo) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1912, p. 97.

[346] BARBOSA, Ruy. *O Estado de Sitio:* Sua Natureza, Seus Effeitos, Seus Limites. Capital Federal: Companhia Impressora, 1892. p. 34.

biológicas, recursos logísticos, etc.) para alcançar tal desiderato, de sorte que a ameaça seja *realizável*; e

3º) há de se demonstrar, ainda, que os meios ordinários de que dispõe o Estado são insuficientes ao enfrentamento dessa ameaça concreta, tornando indispensável a suspensão de direitos e garantias fundamentais, em regime de legalidade extraordinária.

Com frequência, se faz referência ao fenômeno contemporâneo do terrorismo internacional, de motivação religiosa ou política, como ameaça à ordem constitucional democrática, apta a justificar a declaração de estado de exceção.

É inegável a perturbação trazida pela existência de tais grupos, muitos deles bem estruturados e internacionalmente articulados. É fato, também, que os mesmos pretendem atingir a ordem jurídica em seus mais elementares fundamentos, seja para fins de secessão de um determinado país (Irlanda do Norte, País Basco), de substituição do regime político, de implementação de teocracias (notadamente de matiz islâmica), etc.

No entanto, *em regra*, os métodos e táticas adotados pelos mesmos, ainda que causem grandes perdas materiais e humanas, bem como profundo abalo social, não se mostram suficientes para ameaçar, concretamente, a existência do Estado, que além disso pode dispor de meios suficientes para enfrentá-los, sem se socorrer a medidas de exceção. Em outras palavras, dois dos requisitos propostos por Ruy Barbosa para configuração da *comoção intestina* – o fim *realizável* e a incapacidade de superação da crise pelas vias ordinárias – são de difícil verificação, nessas situações.

Essa questão, logicamente, dependerá das circunstâncias concretas de cada situação de emergência, e da interpretação mais ou menos restritiva que os tribunais emprestem aos seus requisitos.

O mesmo raciocínio pode se aplicar às novas formas de criminalidade transnacionais, centradas no tráfico de entorpecentes, de armas e em outros delitos, e conduzidas por facções cada vez mais estruturadas e organizadas. Esse fenômeno é bem conhecido no Brasil, mas não somente, pois também aflige diversos outros países da América Latina. A ação desses grupos, não raro, implica em subjugação de determinadas áreas e localidades, com imposição de regras próprias, como "toque de recolher", restrição a circulação de pessoas e veículos, etc. Pode abranger, também, a deflagração de rebeliões em instituições prisionais, atentados às forças de segurança pública e aos transportes coletivos, etc.

Esses ataques têm por fito causar forte impacto social, mas apenas em caráter instrumental, pois o desiderato último dessas organizações é preponderantemente

econômico. Em que pese seu poderio e sua capacidade de gerar instabilidade social, é preciso, para a configuração da *grave comoção social*, que a intensidade da ameaça dessas organizações seja tal que não possa ser combatida pelas vias institucionais normais, tornando indispensável a suspensão dos direitos e garantias fundamentais.

Não se pode descartar, também, a possibilidade de simbiose dessa nova criminalidade com ideologias radicais, que buscam a tomada do poder pela via das armas, a exemplo do ocorrido na Colômbia, com as FARC, no Peru, com o Sendero Luminoso, e no Paraguai, com o Exército Popular Paraguaio. O acesso, por grupos extremistas com finalidades revolucionárias aos amplos recursos financeiros possibilitados pelo narcotráfico (ou seu inverso: a contaminação de organizações criminosas por ideologias revolucionárias) pode eventualmente desbordar em formas "clássicas" de insurreição, caracterizando então a *comoção grave de repercussão nacional*. Novamente, será o critério da necessidade, cognoscível pela impossibilidade do enfrentamento da crise pelas vias normais, que deverá nortear a verificação desse pressuposto.

Sobre esse último aspecto, em particular – a disponibilidade, pelo Estado e seus agentes, de meios ordinários eficazes para o enfrentamento das ameaças contemporâneas –, impende reconhecer que os Estados nacionais, em regra, estão hoje bem mais estruturados e aptos a enfrentar, pelas vias normais, as situações de crise do que no passado. Isso se deve, em grande medida, ao combate às diferentes formas de terrorismo que se intensificou após o atentado das torres gêmeas, de 11 de setembro de 2001. A partir de então, se verificou inegável aprimoramento dos órgãos estatais de inteligência e repressão, com notável adensamento do intercâmbio e da colaboração internacional.

Mais importante: a partir daquele evento, muitos países passaram a editar legislações específicas que, sem implicar em deflagração de regimes excepcionais clássicos, com suspensão de direitos e garantias constitucionais, permitiram maior efetividade ao enfrentamento das novas formas de ameaça.

Esse o caminho adotado pelo Brasil que, após amplos debates, editou a Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, que deu novo trato às práticas terroristas, reformulando o conceito de organização terrorista e das práticas investigatórias e processuais relativas às mesmas[347].

Sem adentrar no mérito das críticas endereçadas a várias dessas novas legislações, em diversos países, é forçoso reconhecer que, ao se dotar o Estado de instrumentos jurídicos

[347] Lei 13.260, de 16 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

"ordinários" mais eficazes para o enfrentamento das crises da atualidade, abriu-se espaço para uma interpretação mais restritiva das hipóteses autorizadoras dos regimes extraordinários. Isto porque, conforme já exaustivamente afirmado, a necessidade, revelada pela insuficiência das vias ordinárias de combate à crise, está no núcleo de todo pressuposto do estado de exceção, em qualquer sistema jurídico.

Por essas razões, afigura-se mais adequado o emprego de interpretação restritiva ao vocábulo *comoção grave de repercussão nacional*, reservando-se o estado de sítio para as situações de real gravidade (mas não necessariamente de guerra civil), onde se faça indispensável a adoção de medidas excepcionais para a superação da crise e o restabelecimento da normalidade.

A segunda hipótese de cabimento do estado de sítio diz respeito a *ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa.*

A Constituição de 1988 estabelece que o estado de defesa só pode ser decretado uma única vez; não se revelando eficaz à superação da crise, não pode o mesmo ser renovado. O estado de sítio, por sua vez, pode ser sucessivamente prorrogado, apenas observando o prazo de trinta dias de cada renovação.

Optou o legislador constituinte, inequivocamente, por instituir uma escala de gradação das situações de crise, sendo que a ineficácia das medidas do estado de defesa indica que a superação da crise demanda que se tomem medidas mais severas. Assim, não faria sentido a prorrogação de uma modalidade de exceção que apenas permitisse medidas que já se mostraram ineficazes; há que se subir um degrau, para adotar medidas mais severas, próprias de uma outra espécie de estado excepcional.

Para José Afonso da Silva[348], há, na prática, uma *conversão* do estado de defesa em estado de sítio, diante da comprovação de ineficácia do primeiro. Essa comprovação, no entanto, deve estar evidenciada em fatos, comprováveis, e que tenham ocorrido na vigência do estado de defesa.

[348] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 646.

4.2.3 Estado de sítio decorrente de declaração de estado de guerra ou em resposta a agressão armada estrangeira

O estado de sítio qualificado é aquele previsto no art. 137, II, da Constituição, para as situações de *declaração de estado de guerra* ou de *resposta a agressão armada estrangeira*. A competência para sua deflagração é idêntica à do estado de sítio simples: cabe ao Presidente da República decretá-lo, mas somente após prévia autorização do Congresso Nacional.

Os pressupostos formais da decretação do estado de sítio qualificado são também os mesmos do estado de sítio simples, já elencados, com a diferença que, no caso do estado de sítio decorrente da declaração do estado de guerra, há de haver uma declaração formal de guerra, nos termos dos arts. 49, II, e 84, XIX, da Constituição.

São dois os pressupostos materiais do estado de sítio qualificado: a *declaração de estado de guerra*, ou em *resposta a agressão armada estrangeira*.

A Constituição de 1824, sem fazer referência ao estado de sítio, permitia a suspensão de garantias constitucionais no caso de rebelião ou *invasão de inimigos* (art. 179, XXXV). A Constituição de 1891 previa o estado de sítio em caso de *agressão estrangeira* (art. 80), conceito esse alargado pela Constituição de 1934, que passou a se referir à *iminência de agressão estrangeira*, remetendo, ainda, à lei especial a regulação do estado de sítio em caso de *guerra, ou de emergência de guerra* (art. 175, caput, e §15º).

Porém, a principal inovação da Constituição de 1934 foi a introdução de um vago *estado de guerra*. Nada se dispôs sobre as hipóteses de seu cabimento, mas sua deflagração poderia suspender garantias constitucionais que prejudicassem, direta ou indiretamente, a segurança nacional (art. 161). A Emenda Constitucional nº 1/1935 equiparou o estado de sítio ao estado de guerra, acentuando a ambiguidade dos institutos.

A Constituição de 1937 substituiu o estado de sítio pelo estado de emergência, cabível em caso de *ameaça externa* ou iminência de perturbações internas. No entanto, em qualquer situação que se fizesse necessário o emprego das Forças Armadas para a defesa do Estado, poderia o Presidente da República declarar o *estado de guerra* (art. 166). Essa forma peculiar de *estado de guerra* permitia sua decretação independentemente da ocorrência de guerra, em sentido material ou formal, ou de ameaça de guerra. Para Pontes de Miranda[349],

[349] MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, Tomo 5, p. 445.

tinha-se o estado de guerra sem guerra, nem ameaça de guerra; vivia-se em plena paz, mas em estado de guerra.

O estado de emergência e de guerra foram abandonados pela Constituição de 1946, que reintroduziu o estado de sítio, também para o caso de *guerra externa*. O vocábulo *guerra* foi adotado pelas Constituições de 1967 e 1969, sendo também mantido pela Emenda Constitucional nº 11/1978.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho[350], analisando o pressuposto de *guerra externa* da Constituição de 1946, observa "uma mudança de atitude em relação aos textos mais antigos", que tratavam de invasão de inimigos (Constituição de 1824) e de agressão estrangeira (Cartas de 1891 e 1934), concluindo ser suficiente à decretação do estado de sítio a verificação do *estado de guerra*, isto é, a declaração do "estado de luta armada com potência estrangeira, submetido às regras do direito internacional". Para o autor, a partir da Constituição de 1946, seria dispensável a ocorrência de invasão ou agressão, bastando o ato formal de decretação de guerra.

A palavra "guerra" deriva do germânico *werra*, que significa combate ou discórdia. A palavra paz, de sua vez, tem origem latina: *pax, pacis*. A noção de guerra precede a de paz. A definição de guerra nem sempre é precisa, pois varia de acordo com o momento histórico e civilizacional. Concebe-se comumente a paz como a negação, cessação ou conclusão da guerra.

Raymond Aron[351] define guerra como um "ato social" que "pressupõe a contraposição de vontades, isto é, pressupõe coletividades politicamente organizadas", onde "cada uma das quais quer sobrepor-se às outras".

Yoran Dinstein[352] busca distinguir as noções de guerra em sentido formal e material:

> Guerra é a interação hostil entre dois ou mais Estados, seja num sentido técnico ou material. A guerra no sentido técnico é o status formal produzido por uma declaração de guerra. A guerra no sentido material é gerada pelo uso de força armada, que deve ser extensiva e realizada por pelo menos uma das partes do conflito.

---

[350] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O estado de sítio na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 123-124.

[351] ARON, Raymond. *Paz e Guerra entre as Nações*. Trad. Sérgio Bath. 1ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002, p. 69.

[352] DINSTEIN, Yoram. *Guerra, agressão e legítima defesa*. 3. ed. Barueri: Manole, 2004, p. 21.

A guerra em sentido material se inicia com a agressão armada de um país a outro, e se encerra pela cessação das hostilidades; em seu sentido formal, principia com os atos formais de declaração de guerra, e perdura até a celebração de um armistício ou tratado de paz.

O legislador constituinte de 1988, ao instituir como condição para a decretação do estado de sítio qualificado tanto a *declaração formal do estado de guerra* como a *resposta a agressão estrangeira*, contemplou as duas concepções de guerra, em sede alternativa: tanto a guerra em sentido formal como a guerra em sentido material são aptas a, isoladamente, autorizar o estado de sítio.

Como assinala José Afonso da Silva[353], pode haver uma situação de agressão armada estrangeira "(...) que exija pronta resposta, desembaraçada de situação que porventura a dificulte" ou, eventualmente, uma situação de guerra dependente de referendo do Congresso Nacional. Nesse caso, em que se verifica uma situação de guerra em sentido material, é possível a decretação do estado de sítio, independentemente do ato formal de declaração de guerra.

A *agressão armada estrangeira*, no entanto, deve ser atual, isto é, as hostilidades já devem ter tido início, não mais se admitindo a *iminência* de ataque externo, ou a sua *emergência*, tal como previsto na Constituição de 1934.

A *declaração de estado de guerra* de que trata o art. 137, II, da Constituição de 1988, é o ato formal, de competência exclusiva do Presidente da República, em caso de agressão estrangeira, condicionado à prévia autorização do Congresso Nacional, ou por ele referendado, quando a agressão ocorrer no intervalo das sessões legislativas (art. 49, II c/c art. 84, XIX). Presume-se que haja uma efetiva agressão estrangeira, embora a natureza jurídico-político do ato conceda ao Presidente da República e ao Congresso Nacional relativa discricionariedade na interpretação desse conceito – ao menos no plano do direito interno.

A declaração formal do estado de guerra, no entanto, não implica em decretação automática do estado de sítio – é preciso um novo ato, específico para a decretação do estado de sítio, com o atendimento de todos os requisitos formais e materiais[354].

---

[353] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 648-649

[354] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O estado de sítio na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 123.

A questão que se coloca, no entanto, é saber se a declaração formal de guerra a que alude o art. 137, I, preenche, de per si, o pressuposto material do estado de sítio, ou se há outros elementos a serem considerados para a decretação do estado de sítio.

Pontes de Miranda[355], comentando a Constituição de 1946, observa que a guerra externa, diversamente da comoção intestina grave, tem aparência notória, começo e fim, e que o texto constitucional *permite* que se decrete o estado de sítio na sua vigência. Conclui que "o pressuposto da guerra externa é necessário, não suficiente", pois "o ato de decretação ou aprovação do estado de sítio é político".

O mesmo pode se afirmar, sem dúvida, sobre a *declaração formal do estado de guerra* trazida pela Constituição de 1988: a posterior decretação do estado de sítio, com base nessa premissa, constitui *faculdade* dos poderes políticos. Os mesmos, considerando as circunstâncias de fato específicas de cada momento, poderão avaliar se a decretação do estado de sítio será necessária ou não.

Também para Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira[356] a simples declaração de guerra (ou mesmo a agressão armada estrangeira) não implica em declaração automática do estado de sítio, pois "somente quando necessárias medidas restritivas de direitos fundamentais é que se legitima tal decretação, sob pena de violação ao critério da proporcionalidade".

A título de ilustração, o autor traz interessante exemplo: uma hipotética declaração de guerra do Brasil a um país do Oriente Médio, onde as tropas nacionais apenas auxiliam forças aliadas, sem que ocorra nenhuma ameaça ao território brasileiro. Nesse caso, há de se concordar com o autor, nada indica que as medidas excepcionais do estado de sítio se justifiquem. Novamente, será o princípio da necessidade, a recomendar a adoção da solução menos gravosa para a sociedade, que deverá orientar a decisão dos órgãos políticos.

Aplica-se ao estado de sítio qualificado o mesmo critério válido para o estado de defesa e o estado de sítio simples: não basta mera a verificação da incidência das hipóteses constitucionalmente previstas; é preciso que a crise seja de tal intensidade que torne indispensável a aplicação de medidas extraordinárias.

---

[355] MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, Tomo 5, p. 457.
[356] FERREIRA, Olavo Alves. *Sistema Constitucional das Crises:* restrições a direitos fundamentais. São Paulo: Método, 2009, p.223.

4.3 PROCEDIMENTO PARA DECRETAÇÃO DO ESTADO DE DEFESA E DO ESTADO DE SÍTIO

4.3.1 Estado de defesa

A decretação do estado de defesa é de competência exclusiva do Presidente da República, condicionada à oitiva prévia do Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional (art. 136, *caput*).

O decreto presidencial que declara o estado de defesa deve determinar: a) o seu tempo de duração, que não poderá exceder a trinta dias, prorrogáveis uma única vez, por igual período; b) as áreas abrangidas, que deverão corresponder a locais restritos e determinados; e c) as medidas coercitivas a serem adotadas, na forma da lei, que se limitam a c.1) restrições ao direito de reunião, ao sigilo de correspondência e ao sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; e c.2) no caso de estado de defesa decorrente de calamidade pública, a ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos (art. 136, §1º).

Embora o art. 136, §3, I, preveja a figura do executor do estado de defesa, não é preciso que sua indicação conste do decreto presidencial.

Após a declaração do estado de defesa, o Presidente da República, em até vinte e quatro horas (contadas da publicação no diário oficial), deve submeter o decreto e sua respectiva justificação ao Congresso Nacional, que decidirá, por maioria absoluta, em até dez dias. Estando o Congresso Nacional em recesso, deverá ser convocado, extraordinariamente, em até cinco dias, devendo permanecer em funcionamento durante a vigência do estado de defesa (art. 136, §4º).

O prazo de dez dias para deliberação do Congresso Nacional é contado a partir do recebimento do decreto (art.136, §6º). Para Ives Gandra Martins[357], esse termo inicial se aplica ainda que o Congresso se encontre em recesso, e que o decreto seja recebido por funcionários sem poder decisório. Para o autor, o exíguo prazo de vigência do estado de defesa (máximo de trinta dias) não permite que a decisão se procrastine, ainda que em prejuízo de uma análise mais detida e demorada, pelo Parlamento.

---

[357] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 5, p. 68.

A deliberação é do Congresso Nacional (votos de senadores e deputados se equivalem), que pode aprovar o decreto do estado de defesa, rejeitá-lo ou deixar transcorrer o prazo, sem decidir.

Sendo o decreto do estado de defesa aprovado pelo Congresso Nacional, o Presidente da República e o executor por si nomeado prosseguem na execução das medidas descritas no mesmo. Ao término do prazo fixado no decreto (não superior a trinta dias), cessam os efeitos do estado de defesa; se, porém, persistirem as razões que ensejaram a sua decretação, pode o Presidente da República prorrogá-lo por até mais trinta dias, por uma única vez, submetendo-o, novamente, à deliberação do Congresso (art. 136, §2º). Transcorrida essa prorrogação sem que as medidas tomadas tenham se demonstrado eficazes, pode apenas o Presidente da República, tendo ouvido novamente o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização prévia para a decretação do estado de sítio (art. 137, I)

Em sendo rejeitado o decreto do estado de defesa, ou sua prorrogação, cessam imediatamente seus efeitos (art. 136, §7º). Manoel Gonçalves Ferreira Filho[358] observa que essa rejeição se opera com efeitos *ex nunc*, sendo legítimos os atos praticados na sua vigência[359].

Para Ferreira Filho[360], ainda, transcorrido o prazo de dez dias sem deliberação do Congresso Nacional, ficará extinto o estado de defesa, tal como se operasse a sua rejeição, ou seja, com eficácia *ex nunc*, permanecendo válidas as medidas tomadas na sua vigência.

Em sentido oposto, Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira[361] entende não ser possível a revogação ou a aprovação tácita do estado de defesa, em razão da ausência de norma constitucional autorizadora. Argumenta o autor que a sanção tácita, dentro do processo legislativo ordinário, deve decorrer de previsão expressa.

---

[358] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988. Vol. 3*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 63.

[359] Essa também a posição de Ives Gandra Martins, que, no entanto, assinala que a legalidade dos atos praticados não desobriga o Estado de ressarcir pecuniariamente o particular por prejuízos que possa haver sofrido. Para o autor, "[N]ão se deve confundir a legalidade dos atos praticados durante o período com aquela dos danos causados por atos que foram considerados desnecessários pelo Legislativo, de tal maneira que a responsabilidade objetiva do estado permanece, por força do art. 37, §6º, da Constituição Federal, mas não a dos agentes, a não ser em caso de abuso. É que, no primeiro caso, a responsabilidade é objetiva e, no segundo, apenas subjetiva" (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1997, v. 5, p.73).

[360] FERREIRA FILHO, Op. cit., p. 63.

[361] FERREIRA, Olavo Alves. *Sistema Constitucional das Crises:* restrições a direitos fundamentais. São Paulo: Método, 2009, p. 213-212.

A decretação do estado de defesa implica, ainda, na designação, pela Mesa do Congresso Nacional, de comissão específica para o acompanhamento e fiscalização das medidas tomadas na sua vigência, composta por cinco de seus membros (art. 140).

Após a cessação do estado de defesa, o Presidente da República deverá encaminhar mensagem ao Congresso Nacional, relatando as medidas aplicadas durante a sua vigência, com especificação e justificação das medidas adotadas, acompanhada de relação nominal dos atingidos e indicação das restrições aplicadas (art. 141, §1º).

Essas duas últimas medidas materializam, respectivamente, o *controle político concomitante* e o *controle político sucessivo*, que serão abordadas no item 4.6.2.

4.3.2 Estado de sítio

O procedimento para decretação do estado de sítio simples é semelhante ao do estado de sítio qualificado, razão pela qual serão abordados em um único tópico. Também não serão objeto de análise as exigências comuns às do estado de defesa, já comentadas.

Tal como no estado de defesa, a decretação do estado de sítio principia com a provocação, pelo Presidente da República, do Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional, aos quais compete somente opinar sobre seu cabimento (art. 137).

Após a oitiva desses órgãos, o Presidente da República deverá encaminhar ao Congresso Nacional pedido de autorização para a decretação do estado de sítio, relatando os motivos determinantes do pedido (art. 137, *caput* e parágrafo único)[362].

A solicitação deverá, ainda, ser motivada, indicando o Presidente os pressupostos que justificam a decretação do estado de sítio[363]. Esses pressupostos, por sua vez, irão repercutir no âmbito procedimental.

No estado de sítio "simples", decorrente de "comoção grave de repercussão nacional, ou de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa" (art. 137, I), cabe ao Presidente da República demonstrar a ocorrência desses fatos, na solicitação

---

[362] Manoel Gonçalves Ferreira Filho observa que a necessidade de autorização prévia do parlamento para a decretação do estado de sítio retoma uma justificada tradição, excepcionada apenas pelas Constituições de 1934 e de 1967, inclusive com as Emendas nº 1/1969 e nº 11/1978[362]: para o autor, a instauração de uma "legalidade provisória", com sérias restrições ao exercício de direitos fundamentais, é congruente com um controle *a priori* por parte do Poder Legislativo. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 3, p. 66).

[363] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 3, p. 67.

ao Congresso Nacional. O mesmo se dá no estado de sítio "qualificado", fundamentado em "agressão armada estrangeira" (art. 137, II, segunda parte); sendo essa também uma situação *exclusivamente fática*, deve o Presidente da República demonstrar sua ocorrência.

Porém, no estado de sítio qualificado por "declaração de estado de guerra", há não apenas uma premissa fática, mas também uma jurídico-formal: deve haver um ato formal de declaração de estado de guerra, nos termos do art. 49, II, c/c art. 84, XIX, da Constituição Federal[364]. Esse ato, com todas as suas formalidades, deve anteceder o pedido de autorização do Chefe do Governo.

Caso o Congresso Nacional se encontre em recesso no momento da solicitação, o Presidente do Senado Federal deverá convocá-lo, extraordinariamente, para em até cinco dias se reunir e apreciá-la (art. 138, §2º). Assim como no estado de defesa, deve o Congresso Nacional permanecer em funcionamento até o término das medidas coercitivas (art. 138, §3º).

A autorização para decretação do estado de sítio depende de deliberação da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional (art. 137, parágrafo único). Deferida a autorização, o Presidente da República editará o decreto do estado de sítio, indicando o prazo de sua duração, as normas necessárias à sua execução e as garantias constitucionais que serão suspensas. Diversamente do decreto do estado de defesa, as áreas a serem abrangidas são designadas posteriormente, pelo Presidente da República (art. 138, *caput*).

Assim como no estado de defesa, o decreto do estado de sítio só surte efeitos após sua publicação na imprensa oficial. Para Ives Gandra Martins[365], no entanto, algumas situações podem exigir que o estado de sítio seja declarado de fato, enquanto se aguarda a autorização do Congresso Nacional, como no caso de invasão do território nacional por força estrangeira. Nesse sentido, o autor não vislumbra grande diferença entre a solicitação de autorização para decretar o estado de sítio e a prévia decretação, "pois a gravidade do caso é que determinará a celeridade de execução, correndo, naturalmente, o Presidente da República, os riscos inerentes a sua atuação na emergência, inclusive em nível de responsabilização".

---

[364] Conforme já exposto anteriormente, esse ato formal é necessário, mas não suficiente para a decretação do estado de sítio. Pode haver, por exemplo, uma situação de guerra longínqua, sem ameaça ao território nacional, onde não se faça necessária a restrição de direitos e garantias fundamentais. O juízo jurídico-político será exercido pelo Congresso nacional, soberanamente.

[365] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1997, v. 5, p. 90-91.

O decreto do estado de sítio "simples" (decorrente de comoção grave de repercussão nacional, ou de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa – art. 137, II) deve indicar seu prazo de duração, que não poderá exceder trinta dias, "nem prorrogado, de cada vez, por prazo superior" (art. 138, §1º). Portanto, diversamente do estado de defesa, nada obsta que o estado de sítio seja prorrogado sucessivamente, se persistirem as condições que o autorizaram[366]. Deve, ainda, indicar as garantias constitucionais que ficarão suspensas, que por sua vez só poderão estar entre as elencadas no art. 139.

O decreto do estado de sítio "qualificado" (fundado em "declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira" – art. 137, II) poderá viger por toda a duração do conflito (art. 138, §1º). Deve indicar, também, as garantias passíveis de suspensão, embora o texto constitucional não traga nenhuma relação taxativa das mesmas[367].

Após a publicação do decreto, o Presidente da República nomeará o executor do estado de sítio e as áreas por si abrangidas (art. 138, *caput*)[368], sendo que no estado de sítio há a possibilidade da decretação incidir em todo o território nacional.

Assim como no estado de defesa, a execução das medidas do estado de sítio deve ser objeto de fiscalização por comissão específica do Congresso Nacional, composta por cinco de seus membros (art. 140).

A cessação do estado de sítio implica também: a) na cessação dos seus efeitos e b) na obrigação do Presidente da República de encaminhar ao Congresso Nacional mensagem com as medidas aplicadas na sua vigência, com a especificação e justificação das providências adotadas, com relação nominal dos atingidos e indicação das restrições aplicadas.

---

[366] Nesse sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 3, p. 70; e BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1997, v. 5, p. 102.

[367] Há, no entanto, uma relação das medidas *vedadas*, previsto nos diplomas internacionais incorporados ao ordenamento interno, que serão objeto de capítulo específico.

[368] Para Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, a indicação *a posteriori* das áreas abrangidas pelo estado de sítio traz sério prejuízo à segurança jurídica da população, ao gerar incerteza sobre a incidência espacial das medidas restritiva de direitos fundamentais, opinião da qual partilhamos (FERREIRA, Olavo Alves. *Sistema Constitucional das Crises:* restrições a direitos fundamentais. São Paulo: Método, 2009, p. 226-227).

4.4 EFEITOS DA DECRETAÇÃO DO ESTADO DE DEFESA E DO ESTADO DE SÍTIO

A deflagração do estado de exceção, em qualquer de suas variantes, pode comportar, em linhas gerais, efeitos de duas naturezas distintas: a) relativos à suspensão ou restrição temporária à direitos e garantias fundamentais; e b) referentes a modificações provisórias na organização do Estado, que comumente se refletem na outorga de prerrogativas extraordinárias para autoridades do Executivo ou em transferência de poderes das autoridades civis para autoridades militares. Não raro, esse último aspecto importa, também, em alargamento da jurisdição dos tribunais militares.

Jorge Bacelar Gouveia[369] insere a suspensão do exercício de direitos, liberdades e garantias no âmbito dos *efeitos de índole material* do estado de exceção; o segundo núcleo, relativo à atribuição de competência administrativa extraordinária, revela o que denomina de *efeitos de cariz organizatório*[370].

Sobressai, no sistema de crises da Constituição de 1988, esse primeiro aspecto, de ordem *material*: a restrição ou suspensão temporária de direitos e garantias fundamentais. Embora se verifiquem, também, algumas repercussões no âmbito organizatório, como a vedação de aprovação de emendas constitucionais na vigência do estado de exceção (sem dúvida, um dos principais efeitos desta natureza), a necessidade de nomeação de um executor das medidas excepcionais, etc., tais reflexos são acessórios, e não alteram, de forma significativa, a organização e atribuições dos poderes e dos órgãos do Estado.

Nesse sentido, pode se afirmar que o estado de exceção brasileiro se divorcia do modelo francês, que originariamente lhe inspirou, ao rejeitar modificações mais profundas na organização dos poderes do estado, durante a sua vigência[371]. Ao contrário: o modelo de regulação completa do estado de exceção escolhido pelo constituinte de 1988 privilegia os controles político e jurídico, em tudo diferindo do paradigma da cláusula de *pleins pouvoirs*,

---

[369] GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de excepção no direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1998. v. I, p. 836 e 940.

[370] Para Jorge Bacelar Gouveia, a dimensão organizatória "esclarece, dentro de uma concepção actualizada da separação de poderes, o papel específico de cada órgão de soberania na decretação, execução e fiscalização do estado de excepção" (GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de excepção no direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1998. v. I, p. 104).

[371] GOUVEIA, Op. Cit., p. 532.

adotado pelo art. 16 da Constituição Francesa de 1958, cuja deflagração resulta em imediata e intensa concentração de poderes na figura do Executivo.

No sistema constitucional do estado de exceção brasileiro, o aspecto dos efeitos materiais é de tal maneira preponderante que se amalgama na própria conceituação de sua principal modalidade – o estado de sítio.

Para Alexandre de Moraes[372], o estado de sítio corresponde a *suspensão provisória e localizada de garantias constitucionais*, enquanto que o estado de defesa se apresenta como modalidade mais branda do mesmo (diferindo, portanto, apenas na gravidade dos pressupostos e na intensidade dos efeitos, mas revestindo-se da mesma natureza jurídica).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho[373] observa que essa posição (o estado de sítio como sinônimo de suspensão provisória e localizada de garantias constitucionais) é consensual na doutrina brasileira, evocando a lição de Ruy Barbosa, Soriano de Souza, Rodrigo Otávio, Pontes de Miranda, Themístocles Cavalcanti e Pinto Ferreira. Ressalta, no entanto, que estas garantias devem ser compreendidas em seu sentido estrito, isto é, respeitantes apenas aos direitos e garantias dos indivíduos. Uma interpretação ampla das garantias constitucionais, que abarcasse também as normas referentes à organização dos poderes públicos, poderia fazer com que a suspensão das garantias constitucionais equivalesse à autêntica *suspensão da Constituição*, modalidade de exceção não amparada pelo direito brasileiro. Para o autor[374], o *modelo de legalidade especial*, no qual se insere o estado de sítio, aponta apenas para a restrição temporária de alguns direitos e garantias de *natureza individual*, sem alterar a relação de poderes entre Legislativo e Executivo. Buscando realçar esse aspecto, Ferreira Filho[375] traz conceito de lavra própria do estado de sítio, definindo-o como "o regime excepcional das liberdades públicas, caracterizado pela suspensão localizada e temporária, autorizada pela Constituição para situações de graves crises, de todas ou de algumas de suas garantias".

Ferreira Filho[376] também procura diferenciar a suspensão dos *direitos* da suspensão das *garantias constitucionais*. A suspensão das garantias constitucionais não atinge o gozo dos direitos que são inerentes ao homem, mas sim as garantias que os homens dispõem contra

---

[372] MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais.* 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 37.
[373] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O estado de sítio na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 91-92.
[374] Ibid., p. 63-63
[375] Ibid., p. 98.
[376] Ibid., p. 94-96.

o Estado, para assegurar tais direitos. As limitações do poder público, suscetíveis de restrição, se traduzem em uma série de prestações negativas: não prender, não censurar, não tomar bens, etc. Apenas se tomando as garantias constitucionais também como um direito, em sentido mais amplo, é que se pode afirmar que o estado de sítio suspende os direitos constitucionais.

Pontes de Miranda[377], comentando a suspensão do *habeas corpus* do direito anglo-saxão, aponta para o mesmo sentido, assinalando que o objeto da suspensão não é o gozo do direito individual, a liberdade de ir e vir, de mover-se, pois esses são direitos inerentes à natureza humana; o que se suspende é o remédio célere e eficaz para as situações em que esta liberdade sofra restrições. Para o autor,

> Tôda suspensão, qualquer que seja e atinja o que lhe aprouver atingir, é essencialmente, exclusivamente, inquestionavelmente, por definição mesmo, a cessação do exercício, a interrupção da processualidade. Gôzo de direitos constitucionais não se suspende. Suspender direito constitucional é suspender a Constituição. Gôzo extingue-se, desaparece, suprime-se, como, na pena de morte, o gôzo do direito à liberdade e à vida; mas não se suspende. A reclusão, o encarceramento, o degredo e a incomunicabilidade, durem o quanto durem, não suspendem o direito – suspendem o *exercício* do direito.

Jorge Bacelar Gouveia[378] procura também elucidar o conteúdo jurídico dessa "suspensão" de direitos, que para o autor significa que os direitos afetados ficam "paralisados", de acordo com as seguintes características:

1) as normas constitucionais atributivas dos direitos e garantias fundamentais não são atingidas, havendo apenas uma *compressão da eficácia* das mesmas, razão pela qual o autor entende, tal como Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Pontes de Miranda, que não se deve falar em suspensão do direito, mas sim do seu *exercício*;

2) o efeito da suspensão é *absolutamente fulminante dos direitos atingidos*, em termos totais ou parciais, não podendo a *suspensão* ser confundida com mero *enfraquecimento* do direito; e

3) a suspensão é necessariamente temporária, nunca podendo assumir caráter definitivo.

---

[377] MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, Tomo 5, p. 635-636.
[378] GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de excepção no direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1998. v. I, p. 836-837.

Em oposição à segunda característica apontada por Bacelar Gouveia, que remete à noção de total eliminação (ainda que provisória) do direito, Walter Claudius Rothenburg[379], comentando o sistema de crises da Constituição de 1988, anota que os direitos individuais não podem ser suprimidos (inteiramente suspensos), mas apenas restringidos, sendo que "nem todos os direitos podem ser restringidos, nem todo ele".

Na mesma linha, Alexandre de Moraes[380], discorrendo sobre o *habeas corpus* na Constituição de 1988, observa que, mesmo na vigência do estado de defesa e do estado de sítio, o instituto pode ter seu âmbito de atuação diminuído (inclusive em razão da permissão de prisões decretadas pela autoridade administrativa), mas nunca *suprimido*.

A redação do texto constitucional não contribui para o aclaramento dessa questão, ora se referindo à *restrição* de direitos (art. 136, §1º, I), ora à *suspensão* dos mesmos (art. 139, IV), sem maiores explicitações quanto ao sentido dessas expressões.

Para alguns autores, a escolha de locuções distintas não foi despropositada, permitindo concluir que há gradações diversas no atingimento dos direitos, cabendo a sua *restrição* no estado de defesa, mais brando, e reservando-se a *suspensão* apenas para as situações mais graves, ensejadoras do estado de sítio. Ives Gandra Martins[381], no entanto, entende que a restrição de direito pode ser relativa ou absoluta, confundindo-se a restrição absoluta com a suspensão de direitos.

Não obstante a riqueza desse debate, entendemos que a resposta para os limites à restrição ou à suspensão dos direitos e garantias (*intensidade* da limitação) deve ser encontrada: a) na dignidade humana, cuja primazia se conserva, mesmo nos regimes excepcionais; e b) no princípio da razoabilidade, da proporcionalidade e no mandamento da proibição do excesso, que vincula as restrições de direito a exigências e particularidades do caso concreto.

A dignidade humana, central à ordem constitucional democrática, é o limite mais evidente das restrições de direito do estado de exceção. Sendo o desiderato deste a preservação daquela (da ordem constitucional democrática e, por via reflexa, da dignidade humana), sua profanação seria uma manifesta contradição.

---

[379] ROTHENBURG, Walter Claudius. Comentário aos arts. 136 a 141. In CANOTILHO, J. J. Gomes et al (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1.574.
[380] MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional.* 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 120-121.
[381] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1997, v. 5, p.130.

O imperativo da dignidade humana obsta que determinadas categorias de direito sofram restrição, tais como o direito à vida, à liberdade de crença, a vedação da prática de tortura, etc. Alguns países optam por positivar essa proibição absoluta de suspensão de determinados direitos, liberdades e garantias, no que a terminologia alemã designa como *diktaturfeste Grundreche*, ou seja, *direitos invioláveis* ou *direitos fundamentais garantidos ou firmados contra a ditadura*[382]. Embora não tenha sido essa a opção do constituinte de 1988, é certo que a dignidade humana, de forma implícita, cumpre a mesma função: impede que os direitos humanos essenciais sejam violados, mesmo sob regimes de legalidade especial.

Também na proporcionalidade, razoabilidade e na proibição do excesso residem os limites elementares do estado de exceção, não só em relação aos seus efeitos, mas também a todos os demais aspectos. Não por outra razão, a Constituição Portuguesa, de forma inovadora, previu expressamente a incidência do princípio da proporcionalidade no estado de exceção (estado de sítio ou de emergência), limitando sua extensão, sua duração e também *os meios utilizados* "ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional"[383].

Embora a Constituição de 1988 não tenha sido tão explícita, é indisputável que o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade estão por ela abrigados, quer como decorrência do direito ao devido processo legal, em caráter substantivo, quer como inerentes à própria estrutura dos direitos fundamentais.

O exame de adequação e proporcionalidade das medidas excepcionais tomadas no âmbito do estado de exceção é fundamental à perspectiva contemporânea do instituto: cada medida ou cada restrição de direito deve guardar relação com o desiderato do estado excepcional, que é o enfrentamento e a superação da situação de crise (retorno da normalidade). Para J. J. Gomes Canotilho[384], os princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade, bem como a proibição do excesso, são cautelas necessárias, que devem cercar a suspensão coletiva de direitos individuais, para evitar que as situações de exceção sirvam de pretexto para a introdução de medidas abusivas ou excessivas.

---

[382] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.105-1.106.

[383] Constituição da República Portuguesa, art. 19, 4. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx.>. Acesso em: 5 set. 2017.

[384] CANOTILHO, Op. cit., p. 1.105-1.106.

Não obstante a doutrina e a jurisprudência tratarem, com frequência, desses princípios como sinônimos, algumas considerações se fazem necessárias.

Para Alexandre de Moraes[385], a noção de razoabilidade guarda estreita ligação com o princípio do devido processo legal, em seu aspecto material, "pois tem por finalidade a proteção dos direitos fundamentais contra condutas administrativas e legislativas do Poder Público pautadas pelo conteúdo arbitrário, irrazoável, desproporcional".

Anota o autor que a interligação da razoabilidade e do devido processo legal material é antiga, remontando à Magna Carta, de 1215, que previa, para as situações excepcionais de lançamento de taxas ou tributos sem o consentimento do Conselho Geral do Reino, que as mesmas não deveriam exceder os *limites razoáveis*. Estipulava, ainda, que as multas para pequenos delitos deveriam ser *proporcionais* à sua gravidade; e pela prática de um crime, *proporcional* ao horror desse.

Virgílio Afonso da Silva[386] assinala que o conceito de *razoabilidade* se traduz na exigência de adequação entre os fins e os meios, bem como na verificação da legitimidade dos fins, representando, assim, apenas um dos aspectos da proporcionalidade. Para o autor, no entanto, sua origem se encontra na jurisprudência alemã, e não na jurisprudência inglesa ou norte-americana.

O autor observa que, a rigor, a *proporcionalidade* se apresenta antes como uma *regra* do que como um *princípio*, pois é aplicado de forma constante, sem produzir efeitos em formas variadas. Não colide, pois, com outros princípios, não podendo ser aplicável mediante ponderação, mas somente por subsunção[387].

Nessa perspectiva, Virgílio Afonso da Silva[388] define a regra da proporcionalidade como

> [U]ma regra de interpretação e aplicação do direito [...] empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade,

---

[385] MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 368.

[386] SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>. Acesso em: 3 nov. 2017.

[387] Virgílio Afonso da Silva observa, no entanto, que a prática jurídica brasileira consagra a expressão "princípio da proporcionalidade", pretendendo conferir ao conceito a devida importância, isto é, a *exigência de proporcionalidade*. Para o autor, o termo "princípio" carrega forte carga semântica, sendo tanto inútil como de menor importância querer uniformizar sua utilização. Por esta razão, ao longo deste trabalho, será adotada a expressão "princípio da proporcionalidade", e não "regra da proporcionalidade", de forma a robustecer seu conteúdo, sem deixar de reconhecer as nuances que revestem o tema.

[388] SILVA, Op. cit.

> como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma *restrição às restrições*.

Sendo o estado de exceção, por definição, um regime excepcional de restrição de direitos e garantias individuais, é certo que a limitação de seus efeitos deve ser buscada na regra ou princípio da proporcionalidade, cujo desiderato é, justamente, impor *restrição às restrições*.

Para Virgílio Afonso da Silva[389], a regra da proporcionalidade se desdobra em três sub-regras, às quais o ato estatal deve se coadunar: *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*. Para o autor, no entanto, não é necessário que se verifique a análise das três regras, simultaneamente, para a aferição da violação à proporcionalidade, pois as mesmas se relacionam, entre si, de forma subsidiária.

Assim, deve se proceder, primeiramente, ao exame de *adequação*; não se resolvendo o caso com essa regra, segue-se a análise da *necessidade*; apenas nos casos mais complexos, em que as sub-regras anteriores não se mostrarem suficientes à solução do caso, é que se deve aplicar o exame de *proporcionalidade em sentido estrito*.

A sub-regra da *adequação* guarda relação direta com o *princípio da razoabilidade*, ou seja, busca verificar se o ato estatal é compatível com o objetivo almejado. Para Virgílio Afonso da Silva[390], "uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido".

No sistema constitucional de crises brasileiro, por exemplo, a decretação do estado de defesa decorrente de catástrofe natural que impusesse, dentre as medidas cabíveis, a restrição ao direito de reunião, estaria nitidamente violando essa sub-regra, pois uma restrição dessa natureza em nada poderá contribuir para a superação da crise ensejadora da decretação do estado de exceção.

A sub-regra da *necessidade* exige que o ato adotado para a persecução de um determinado objetivo seja o menos gravoso possível, em termos de restrição aos direitos individuais. É um critério essencialmente comparativo: dentre duas ou mais opções que possibilitem, com a mesma eficiência, o alcance de determinado objetivo, deve-se optar pelo que limite o direito fundamental com menor intensidade.

---

[389] SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>. Acesso em: 3 nov. 2017.
[390] Ibid.

A principal dificuldade na aplicação dessa sub-regra no estado de exceção reside, justamente, em como aquilatar a eficiência das diferentes medidas cabíveis, ou seja, a possibilidade das mesmas, de forma equivalente, contribuírem para o restabelecimento da normalidade institucional. No estado de defesa decorrente de grave instabilidade institucional, a restrição ao direito de reunião pode ter a mesma eficácia da restrição ao sigilo telefônico, para fins de superação da crise? Como, também, identificar a medida menos gravosa? São questões que dependerão, sem dúvida, de criteriosa análise das circunstâncias do caso concreto.

Igualmente complexa a aplicação da terceira sub-regra, a *proporcionalidade em sentido estrito*, que Virgílio Afonso da Silva[391] define como "um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva". Trata-se da chamada avaliação de custo-benefício da medida, isto é, verificar se a medida tomada não acaba por cercear um direito maior ou mais importante do que o que se pretendia tutelar.

Em uma situação limítrofe, periga a ordem constitucional democrática e o próprio Estado, garantidores, em última instância, de todos e quaisquer direitos. A essa necessidade se contrapõe o imperativo de defesa dos direitos individuais fundamentais, e da própria dignidade da pessoa humana, em torno da qual gravitam. Como já mencionado, uma medida que importasse em excessiva restrição de tais direitos se revelaria contraditória, pois não se pode, a pretexto de salvar a ordem constitucional democrática, negar seus fundamentos mais elementares.

Há, por fim, a incidência do princípio (dever, mandamento) da proibição do excesso. Esse princípio, originariamente identificado com o próprio princípio da proporcionalidade, tem merecido pouco destaque, nos dias atuais, diante de sua inadequação como instrumento contra as *omissões* estatais. No entanto, é certo que, diante de situações excepcionais, com a emergência da necessidade de coibição dos abusos e arbitrariedades do Estado, o mandamento da proibição do excesso poderá adquirir novo vigor.

Com suas nuances próprias, é certo que os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e proibição do excesso estão intimamente interligados. Para Alexandre de

---

[391] SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>. Acesso em: 3 nov. 2017.

Moraes[392], "o que se exige do Poder Público é uma coerência lógica nas decisões e medidas administrativas e legislativas, bem como na aplicação de medidas restritivas e sancionadoras". Constituem, nessa perspectiva, instrumento essencial para o controle judicial do estado de exceção.

Um último aspecto a ser aclarado, ainda em relação aos aspectos gerais dos efeitos do estado de exceção, diz respeito à impossibilidade de suspensões "individualizadas" de direitos e garantias.

J. J. Gomes Canotilho[393], invocando a exigência de generalidade e abstração das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, observa que sua suspensão só pode se dar de forma coletiva, e nunca individual. Para o autor, leis que, sob qualquer forma, venham a institucionalizar a suspensão individual de direitos, liberdades e garantias devem ser reputadas inconstitucionais, pois "o princípio da igualdade e não discriminação subsistirá sempre como parâmetro conformador da constitucionalidade ou da legalidade da declaração do estado de sítio e estado de emergência e das respectivas medidas de execução"[394].

Esta também a opinião de Walter Claudius Rothenburg[395], para quem só pode haver restrições genéricas aos direitos e garantias individuais, e nunca limitações individuais (particularizadas)[396].

Cabe, no entanto, um parêntese: a Constituição Brasileira de 1988, tal como a Constituição Portuguesa, faz alusão às "medidas" que podem ser tomadas no estado de exceção. Para J. J. Gomes Canotilho[397], o enunciado linguístico "medidas" abrange todos os meios, fáticos ou jurídicos, adequados, necessários e proporcionais ao restabelecimento da normalidade constitucional, aí incluídos tanto os *atos normativos* como as *medidas de natureza concreta*. A vedação de suspensão individual de direitos e garantias, por óbvio, diz respeito apenas às leis e aos atos normativos que, genericamente, disciplinam o estado de exceção, não se confundindo com as medidas concretas que possam ser tomadas na sua

---

[392] MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 369.
[393] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.103.
[394] A Constituição espanhola, diversamente, prevê uma espécie de suspensão de direitos para pessoas determinadas, referindo-se expressamente ao caso de investigação de *bandos armados ou elementos terroristas*, o que veio a ser regulamentado pela Lei Orgânica nº 9/1984.
[395] ROTHENBURG, Walter Claudius. Comentário aos arts. 136 a 141. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1.574.
[396] Sobre a possibilidade de suspensão de direitos e garantias para bandos armados ou elementos terroristas, prevista no art. 55, 2, da Constituição Espanhola, e objeto da Sentença do Tribunal Constitucional nº 199, de 16 de dezembro de 1987, ver item 3.5, p.
[397] CANOTILHO, Op. cit., p. 1.105.

vigência, endereçadas a pessoas certas e determinadas, em circunstâncias específicas (como a obrigação de permanência em localidade determinada, quebra de sigilo telefônico, etc.).

4.4.1 Estado de defesa

4.4.1.1 Efeitos materiais

A decretação do estado de defesa tem por efeito principal a possibilidade de restrição dos seguintes direitos e garantias fundamentais (*efeitos materiais*): a) aqueles expressamente declinados no art. 136, §1º, I, (direito de reunião, sigilo de correspondência e sigilo de comunicação telegráfica e telefônica), e b) o direito disposto no art. 5º, LXI, que determina que somente a autoridade judiciária pode decretar a prisão, salvo os casos de flagrante delito e de transgressão militar, ou crime propriamente militar.

As restrições ao direito de reunião, sigilo de correspondência e sigilo de comunicação telegráfica e telefônica, bem como a ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, são elencadas como medidas coercitivas passíveis de serem adotadas no estado de defesa, mediante decreto, *nos termos e limites da lei* (art. 136, §1º). A expressão *nos termos e limites da lei* faz surgir dúvida quanto à *eficácia* do dispositivo, ou seja, se o mesmo é autoaplicável ou dependente de legislação de integração.

Para José Afonso da Silva[398], a Constituição, ao mencionar a necessidade de se respeitar os termos e limites da lei, "está a requerer a elaboração de uma lei que discipline a utilização desse estado de exceção". O autor, no entanto, não aprofunda a questão, não catalogando a norma em nenhuma das categorias por si propostas para estas situações – se norma de eficácia contida, de aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral, ou se norma de eficácia limitada, dependente de edição de legislação ulterior[399].

Também Manoel Gonçalves Ferreira Filho[400] se limita a afirmar que as medidas enumeradas no art. 136, §1º, devem se dar "nos termos e limites da lei que vier a disciplinar o estado de defesa", sem dar maiores pistas sobre sua eficácia.

---

[398] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 646.
[399] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais.* 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 85.
[400] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 3, p. 60.

Para Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira[401], o dispositivo legal pode ser considerado autoaplicável, pois a norma já contém todos os elementos necessários para que surta efeitos. Para o autor, a expressão "nos termos e limites da lei" indica apenas que a lei poderá estabelecer limites à restrição dos direitos elencados e à atuação do Poder Público, no que conclui tratar-se de norma de eficácia contida, na classificação proposta por José Afonso da Silva, que menciona.

A questão é assaz controvertida, e pouco aprofundada pela doutrina. Em regra, normas restritivas de direito devem ser interpretadas restritivamente, o que poderia indicar que, na ausência da legislação prevista pelo texto constitucional, nenhuma restrição de direito poderia ser admitida. Por outro lado, os sistemas de legalidade extraordinária demandam a conciliação das proteções clássicas do indivíduo com as necessidades de preservação da ordem constitucional democrática em situações limite, o que deve repercutir na interpretação dos dispositivos respectivos.

A solução que se afigura mais compatível com estas exigências é permitir a restrição dos direitos, mesmo sem uma legislação de integração, cabendo ao intérprete buscar na razoabilidade, proporcionalidade e na proibição do excesso dos limites à tal restrição.

De toda forma, é inegável que a incerteza trazida pela lacuna legislativa é de todo indesejável, tanto mais em se tratando de normas que disciplinam situações emergenciais, que demandam pronta e segura resposta. É oportuno que, o quanto antes, tal lacuna seja suprida.

No estado de defesa, podem ser objeto de restrições: i) o direito de reunião, mesmo no seio de associações; ii) o sigilo de correspondência; iii) o sigilo de comunicação telegráfica ou telefônica. Isso não significa que a decretação do estado de defesa importe, obrigatoriamente, na restrição automática desses direitos, mas sim que esses (alguns, ou todos) podem sofrer restrições, se assim o exigirem as circunstâncias concretas que ensejaram tal decretação.

O direito de reunião é consagrado no art. 5º, XVI, da Constituição Federal, que assegura a todos o direito de se reunir pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, condicionado apenas à não frustração de reunião previamente convocada para o mesmo local e ao prévio à autoridade competente.

---

[401] FERREIRA, Olavo Alves. *Sistema Constitucional das Crises:* restrições a direitos fundamentais. São Paulo: Método, 2009, p. 205-206.

A Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, a primeira declaração de direitos em sentido moderno, já previa o direito de reunião, assegurando ao povo o direito de se reunir, de deliberar para o bem comum, de dar instruções a seus representantes e de solicitar à legislatura, por meio de mensagens, de petições ou representações, a emenda dos erros que considere por ela praticados[402].

Para José Afonso da Silva[403], reunião é "qualquer agrupamento formado em certo momento com o objetivo comum de trocar ideias ou de receber manifestação de pensamento político, filosófico, religioso, científico ou artístico".

Alexandre de Moraes define[404] o direito de reunião como

> [U]ma manifestação coletiva da liberdade de expressão, exercitada por meio de uma associação transitória de pessoas e tendo por finalidade o intercâmbio de ideias, a defesa de interesses, a publicidade de problemas e de determinadas reivindicações.

Na vigência do estado de exceção, a restrição ao direito de reunião é medida característica, pois guarda relação direta com a necessidade de se debelar tumultos ou mesmo manifestações pacíficas que possam desbordar em violência ou sublevação.

Como bem anota Ives Gandra Martins[405], o indivíduo, isoladamente, não preocupa o Estado, por mais armado que esteja, por mais inteligente que seja, ou por mais relações que tenha. Os cidadãos reunidos, no entanto, tanto mais quando sob a liderança carismática de oradores brilhantes, são capazes, em momento de forte emoção, de enfrentar armas e destituir governos. Por essa razão, a restrição ao direito de reunião se revela pertinente ao estado de defesa decretado em razão de *iminente instabilidade institucional*, que ameace *a ordem pública ou a paz social*; é neste caso que a restrição imposta pode se mostrar capaz de contribuir para a superação da instabilidade institucional e para o restabelecimento da normalidade.

Na dicção do art. 136, §1º, I, *a*, o direito de reunião pode ser objeto de *restrição* no estado de defesa, mas no estado de sítio prevê-se, expressamente, a possibilidade de *suspensão* da liberdade de reunião (art. 139, IV). Como já afirmado, alguns autores entendem que a *suspensão* indica a possibilidade de total supressão do direito, enquanto que a *restrição*

---

[402] MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 257.
[403] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 239.
[404] MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais.* 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 157.
[405] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1997, v. 5, p. 18-19.

remete à ideia de mitigação, de diminuição do direito de reunião, que deveria ser preservado em determinadas circunstâncias. Esse entendimento, no entanto, não é unânime. Para Ives Gandra Martins[406], a suspensão de direito é restrição de direito, que pode ser relativa ou absoluta; para o autor, nada impede que o estado de defesa adote uma restrição absoluta do direito de reunião, equivalente à suspensão. Uma legislação de integração poderia, sem dúvida, aclarar essa distinção; na sua ausência, serão a razoabilidade e a proporcionalidade a indicar a melhor solução para o caso concreto.

Há de se observar, ainda, que o legislador constituinte permitiu a restrição ao direito de reunião *ainda que exercida no seio de associações*, endereçando a medida àquelas coletividades que possam estar, de alguma forma, colaborando para o quadro de instabilidade institucional. Ainda que o direito de livre associação, consagrado no art. 5º, XVII, não possa ser, de forma direta, objeto de restrição (permanece a liberdade de criar e de dissolver associação, bem como a de aderir e de se desligar da mesma), é certo que a vedação de reunião, nesse âmbito particular, interfere nas atividades regulares das associações.

Diversamente do que ocorre no estado de defesa decorrente de *grave e iminente instabilidade institucional*, no estado de defesa decretado em razão de *calamidades de grandes proporções na natureza* pouca ou nenhuma serventia terá a restrição ao direito de reunião. Ao contrário: nas grandes catástrofes naturais, sobressai a necessidade de colaboração social, impondo-se a solidariedade e a união dos cidadãos.

Novamente, não se pode desconsiderar que, dentre as características do sistema de crise brasileiro, está a incidência dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que demandam o exame de adequação entre os meios e fins e prescrevem a vedação do excesso. Não se verificando, portanto, compatível com o desiderato constitucional (restauração da normalidade), a medida restritiva de direito deve ser reputada inconstitucional.

As alíneas *b* e *c* do art. 136, §1º, I, da Constituição, trazem o segundo e terceiro direitos fundamentais passíveis de restrição, na vigência do estado de defesa: o sigilo de correspondência (b) e o sigilo de comunicação telegráfica e telefônica (c).

Esses direitos são respaldados pelo art. 5º, XII, da Constituição, e se referem, de uma forma mais ampla, à inviolabilidade das comunicações privadas, ou de dados. Inserem-se no

---

[406] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1997, v. 5, p.130.

âmbito do direito à intimidade ou, em sua concepção anglo-saxônica, do direito à privacidade (*right of privacy*), embora a tradição latina reserve essa última designação para outras manifestações da privacidade, como a vida privada, honra e imagem das pessoas[407]. No seu âmago está a prerrogativa individual de não ter seus segredos devassados, de ter suas comunicações privadas protegidas do interesse e curiosidade alheios.

Não se trata, contudo, de direito absoluto, ressalvando o próprio texto constitucional a possibilidade de interceptação telefônica por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal[408].

Historicamente, o direito ao sigilo de correspondência precede o direito aos sigilos de comunicação telegráfica ou telefônica, sendo os últimos derivados do primeiro, em razão da simples evolução tecnológica. As diversas possibilidades de comunicação dos tempos atuais, no entanto, exigem novamente uma leitura ampliada dessa proteção, para abrigá-las, também, sob o manto constitucional. Assim, as mensagens eletrônicas (e-mails), as mensagens de texto de smartphones e todas as demais formas de intercâmbio de dados privados, existentes ou que venham a ser criadas, devem ser amparadas pelo sigilo a que se refere o art. 5º, XII, por interpretação extensiva[409].

E, se o advento das novas tecnologias impõe uma leitura ampla da proteção ao sigilo de dados de que trata o art. 5º, XII, é certo que sua restrição, em casos excepcionais, deve também ser considerada amplamente, exigindo-se, por simetria, uma interpretação alargada do art. 136, §1º, I, *b* e *c*, sob pena de se tornar inócua a restrição constitucionalmente imposta. Essa é a posição de Ives Gandra Martins[410], para quem a possibilidade de quebra de sigilo, no estado de defesa, deve abranger toda técnica moderna de comunicação, ainda que não expressamente previstas nas alíneas *b* e *c*, pois "o princípio hospedado pela Constituição é que, se houver grave crise institucional, pode, o Estado, suspender direitos que possam colocar em risco a democracia e o Poder Público".

---

[407] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 189.
[408] Alexandre de Moraes esclarece que, apesar da exceção constitucional fazer referência apenas à intercepção telefônica, é possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação de correspondências e de outras comunicações, sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas para acobertar práticas ilícitas (MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais.* 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 135).
[409] Para Alexandre de Moraes, "O preceito constitucional que assegura o sigilo de dados engloba o uso de informações decorrentes da informática. Essa nova garantia, necessária em virtude da existência de uma nova forma de armazenamento e transmissão de informações, deve coadunar-se com as garantias de intimidade, honra e dignidade humanas, de forma a impedir-se as interceptações ou divulgações por meios ilícitos" (MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais.* 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 135).
[410] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1997, v. 5, p. 28.

Assim como a restrição ao direito de reunião, a restrição ao sigilo de comunicações também é medida ínsita ao estado de exceção, pois tem o condão de dotar o Estado, em caráter temporário, de descomunal e necessário poder de investigação. A salvaguarda do Estado e da ordem democrática, especialmente quando verificada diante de *grave e iminente instabilidade institucional*, pode exigir a interceptação de dados de forma ágil e instantânea, o que não seria possível pelas vias ordinárias, isto é, com a necessidade de expedição de ordem judicial.

A conciliação do direito à intimidade, e a decorrente proteção do sigilo de dados, com as exigências de ordem pública próprias dos regimes excepcionais, é questão das mais árduas e controvertidas do direito de exceção. No cerne da questão está o sacrifício temporário de direitos e garantias fundamentais, em troca de segurança e da estabilidade da ordem constitucional. É certo, porém, que somente no interesse dessa segurança e ordem públicas é que podem as autoridades públicas atuar, devendo as mesmas responder pelos excessos eventualmente cometidos.

Para Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira[411], apenas o *sigilo* de correspondência pode ser objeto de restrição, não sendo cabível a *censura* de correspondência, por incidência do art. 220 da Constituição, e seu §2º, que veda expressamente *toda e qualquer censura de natureza política, ideológica ou artística*[412]. Esse dispositivo, no entanto, deve ser compreendido com reserva, pois a proibição da censura não possui caráter absoluto, tanto mais em situações excepcionais. Uma correspondência interceptada que contenha instruções para ações subversivas ou mesmo terroristas, por exemplo, pode ser retida, em razão do loquaz interesse público.

Vale repetir, por fim, o já afirmado em relação ao direito de reunião: a restrição ao sigilo de dados também não se afigura, em regra, compatível com o estado de defesa decretado em razão de *calamidades de grandes proporções na natureza*, pois o acréscimo da capacidade investigatória do Estado pouco ou nada pode contribuir para o enfrentamento das grandes catástrofes naturais.

O art. 136, §3º, I, institui a figura do *executor* do estado de defesa, com competência extraordinária para determinar a prisão por *crimes contra o Estado*. Trata-se de mitigação do preceito insculpido no art. 5º, LXI, que determina que somente a autoridade judiciária

---

[411] FERREIRA, Olavo Alves. *Sistema Constitucional das Crises:* restrições a direitos fundamentais. São Paulo: Método, 2009, p.217.

[412] De modo diverso, a Constituição de 1967 previa expressamente, em seu art. 152, §2º, *e*, no caso de estado de sítio, a "censura de correspondência, da imprensa, das telecomunicações e diversões públicas".

pode decretar a prisão, salvo os casos de flagrante delito e de transgressão militar, ou crime propriamente militar. Nesse sentido, embora o texto constitucional não arrole esse dispositivo, expressamente, dentre aqueles passíveis de restrição (art. 136, §1º, I), é certo que a decretação do estado de defesa redunda em limitação de sua aplicação.

Nos termos do art. 5º, XLIV, constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. A definição dos crimes contra o Estado e a Ordem Política e Social, de sua vez, consta da Lei nº 1.802[413], de 5 de janeiro de 1953.

A aplicação de alguns dos tipos penais ali descritos exige, sem dúvida, prévio exame de sua recepção pela Constituição de 1988 – como, por exemplo, o art. 11, *a*, que estabelece como crime contra o Estado *fazer publicamente propaganda de processos violentos para a subversão da ordem política ou social*. Além disso, são diversas as condutas descritas pela lei, algumas delas de redação bastante aberta, como a incitação das classes sociais à luta pela violência (art. 12). Essa amplitude da definição dos crimes contra o Estado dota o executor do estado de defesa de ampla discricionariedade para decretação de prisões, durante a sua vigência.

Para contrapesar essa faculdade extraordinária, cuidou o constituinte de impor ao executor do estado de defesa algumas obrigações, bem como de outorgar ao particular determinadas prerrogativas.

Deve o executor do estado de defesa proceder a imediata comunicação da prisão ao juiz competente, acompanhada de declaração do estado físico e mental do detido, no momento de sua autuação (art. 136, §3º, I e II). A locução "juiz competente" indica que deve ser observado o princípio do juiz natural, não se admitindo juízo de exceção. A declaração do estado físico e mental do detido no momento da detenção, por sua vez, visa resguardar o particular de métodos de interrogação abusivos – outra questão sensível ao estado de exceção. Pode o preso, ainda, com o mesmo desiderato, requerer exame de corpo de delito à autoridade policial (art. 136, §3º, I)[414].

Após a comunicação, o juiz competente deverá decidir sobre a legalidade da prisão, em espécie de *controle judicial obrigatório* desse ato (art. 136, §3º, I). A prisão ou detenção

---

[413] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1802.htm>. Acesso em: 23 out 2017.

[414] Sobre este aspecto, nunca é demais lembrar que a Constituição de 1988 veda a prática de tortura, reputando-a crime inafiançável (art. 5º, III e XLIII). Estes dispositivos não são passíveis de suspensão, em nenhuma das modalidades de estado de exceção constitucionalmente previstas.

determinada pelo executor do estado de defesa não poderá ser superior a dez dias, salvo, também, se autorizada pelo Judiciário (art. 136, §3º, III). Esses dispositivos são indicativos da configuração contemporânea do estado de exceção, em que o excessivo protagonismo do Poder Executivo na gestão das situações de crise cede lugar à coparticipação dos demais poderes da República, com a finalidade de se impedir desvios e abusos.

Por fim, há vedação absoluta da incomunicabilidade do preso, assegurada pelo art. 136, §3º, I, permanecendo intactos, na vigência do estado de defesa, os direitos assegurados pelo art. 5º, LXII (direito de comunicação da prisão à família ou à pessoa por si indicada) e LXIII (direito à assistência de advogado e da família).

Esse último aspecto – o direito de ser assistido por advogado – reforça, novamente, a ênfase dada ao controle judicial no estado de exceção constitucionalmente conformado: se a proteção dos direitos individuais, no estado de exceção, demanda a participação do Judiciário, igualmente imprescindível será o papel da advocacia, em observância ao art. 133 da Constituição Federal.

4.4.1.2 Efeitos organizatórios

Em sede acessória, a decretação do estado de defesa repercute também sobre as atividades do Estado, gerando os seguintes efeitos, de *cariz organizatório*: a) possibilidade de ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, nos casos de calamidade pública (136, §1º, II); b) necessidade de nomeação de um executor das medidas do estado de defesa (136, §3º, I); c) obrigatoriedade de manutenção do funcionamento do Congresso Nacional durante a vigência do estado de defesa, não podendo o mesmo entrar em recesso (136, §5º e §6º); d) necessidade de designação, pelo Congresso Nacional, de comissão composta por cinco de seus membros, para acompanhamento e fiscalização das medidas referentes ao estado de defesa (art. 140); e e) proibição de alteração da Constituição (vedação expressa de aprovação de emenda constitucional - art. 60, §1º).

A *ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos* é medida coercitiva passível de ser adotada no estado de defesa, quando esse decorre de calamidade pública (art. 136, §1º, II)[415].

[415] A Constituição de 1967 previa, de forma mais detalhada, como medida coercitiva do estado de sítio, o "uso ou ocupação temporária de bens das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista ou

Seu aspecto mais evidente diz respeito à necessidade de preservação dos serviços públicos em situações de calamidade pública, de forma a se evitar o caos social, evidenciando-se o caráter administrativo da medida.

Edmir Netto de Araújo[416] define serviço público como

> [T]oda atividade exercida pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, para a realização direta ou indireta de suas finalidades e das necessidades ou comodidades da coletividade, ou mesmo conveniências do Estado, tudo conforme definido pelo ordenamento jurídico, sob regime peculiar, total ou parcialmente público, por ele imposto.

Portanto, a ocupação a que alude o art. 136, §1º, II, pode atingir qualquer pessoa jurídica, de direito público ou privado, que preste serviço público, diretamente ou sob regime de concessão, autorização ou permissão. A ocupação, no entanto, deve se revelar necessária à continuidade da prestação do serviço e ao restabelecimento da normalidade. Deve ainda ser provisória, findando seus efeitos com a cessação do estado de defesa.

Ives Gandra Martins[417] anota que o adjetivo "públicos", no caso, se refere apenas aos serviços, sendo todos os bens, públicos ou privados, passíveis de apropriação temporária, na vigência do estado de defesa. O autor dá também à locução "serviços públicos" uma interpretação sistemática abrangente, decorrente dos próprios poderes do Estado, para abarcar, também, os *serviços privados de natureza social*.

Também Manoel Gonçalves Ferreira Filho[418] entende que o instituto da *requisição*, previsto no texto constitucional, "autoriza a ocupação e uso de bens e serviços em geral, como é da índole da requisição, não apenas de 'bens e serviços públicos', mas sim de bens e serviços, inclusive públicos". O chamado *direito de requisição*, no entanto, não incide apenas na decretação formal de estado de defesa, mas também: a) no estado de sítio, nos termos do art. 139, VI e VII (adiante abordados), e b) em qualquer situação em que iminente perigo público o exija, nos do art. 5º, XXV, da Constituição, que também assegura ao proprietário o direito de indenização, por eventuais danos[419].

---

concessionárias de serviços públicos, assim como a suspensão do exercício do cargo, função ou emprego nas mesmas entidades" (art. 152, §2º, *f*).

[416] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 132.

[417] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1997, v. 5, p. 31-32.

[418] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 3, p. 60-61.

[419] Constituição Federal de 1988, art. 5º, XXV: "no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada indenização ulterior, se houver dano".

Portanto, mesmo no estado de defesa decorrente de *grave e iminente instabilidade institucional*, pode o poder público requisitar bens de particulares, bastando que se verifique o *iminente perigo público* de que trata o art. 5º, XXV, da Constituição.

Essa interpretação afigura-se compatível com o primado da necessidade, devendo o poder público dispor de todos os meios capazes de ampliar seu poder de atuação nas situações de grandes catástrofes naturais. O direito de propriedade privada sobre aeronaves e embarcações, por exemplo, deve se vergar ao uso social que se possa fazer desses bens, em situações emergenciais; escolas privadas e grandes estabelecimentos que possam prover abrigo temporário para os afetados nessas calamidades também devem ser instados a ceder suas instalações, etc.

Sob este prisma, a prerrogativa do poder público de ocupar temporariamente bens e serviços públicos, no caso de calamidades públicas, pode tanto repercutir sobre a organização da atividade estatal (quando incidir diretamente sobre a prestação de serviço público), como também pode atingir bem de particular, sem qualquer vinculação com as atividades estatais, propriamente ditas, revelando-se, aí, como uma autêntica restrição ao direito de propriedade. Na primeira hipótese, o efeito do estado de defesa é preponderantemente *organizatório*, ao passo que, na segunda, prevalece seu caráter *material*.

Essa prerrogativa excepcional do poder público, no entanto, não pode ser feita mediante sacrifício do patrimônio do particular, devendo toda a coletividade arcar, solidariamente, com tal ônus. Não por outra razão o texto constitucional prevê, expressamente, a obrigação da União de indenizar o particular pelos danos e custos decorrentes da ocupação e uso temporário de seus bens.

É também de competência privativa da União legislar sobre *requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra* (art. 22, III). Embora esse dispositivo não mencione o estado de defesa e de sítio, é certo que suas hipóteses, coincidentes com os pressupostos autorizadores dos mesmos, abrangem tais situações. A expressa previsão legal dessa competência reforça o argumento da necessidade de legislação de integração, também no que se refere às requisições temporárias de bens e serviços.

O segundo efeito de natureza organizatória do estado de defesa diz respeito à necessidade de nomeação um executor para o estado de defesa. Tal necessidade se presume, pois o dispositivo constitucional que disciplina o estado de defesa apenas menciona a

existência de tal executor, como autoridade competente para decretar a prisão por crimes contra o Estado (art. 136, §3º, I).

Novamente, se faz sentir a falta de uma legislação de integração – há escassa referência à figura do executor do estado de defesa e também do estado de sítio no texto constitucional. A leitura conjugada do art. 136, §3º, I, com o art. 138, *caput* (referente ao estado de sítio), permite concluir, apenas, que a competência para sua nomeação é do Presidente da República, que o fará apenas após a publicação do decreto da respectiva modalidade do estado de exceção.

Ives Gandra Martins[420] anota que a escolha do executor é ato discricionário, de competência exclusiva do Presidente da República, cuja escolha não deve recair, necessariamente, sobre servidor público. José Afonso da Silva[421] observa, porém, que, em regra, são nomeadas autoridades militares, que se incumbem de tomar as medidas coercitivas autorizadas no decreto.

Chama a atenção o fato da nomeação do executor ser ato posterior ao decreto. O ideal seria que o próprio decreto já apontasse o nome do seu executor, de modo que o Congresso Nacional tivesse conhecimento do mesmo, quando de sua decisão sobre o cabimento do estado de defesa.

Importante notar que o executor do estado de defesa ou de sítio não está elencado, na Constituição, entre as autoridades que possuem prerrogativa especial de foro; seus atos estão sujeitos ao controle judicial das instâncias ordinárias. Em se tratando de autoridade federal, a competência para revisão de seus atos é da primeira instância da Justiça Federal – inclusive para o exame da legalidade da prisão por si efetuada em razão de crime contra o Estado (art. 136, §3º). Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira[422] observa, porém, que o ato praticado pelo executor do estado de defesa ou de sítio por determinação do Presidente da República só pode ser objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, por força da Súmula 510 desse tribunal.

---

[420] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1997, v. 5, p. 97.
[421] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 650.
[422] Súmula 510 do STF: *Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial.* (FERREIRA, Olavo Alves. *Sistema Constitucional das Crises:* restrições a direitos fundamentais. São Paulo: Método, 2009, p. 193).

O executor do estado de defesa ou de sítio também pode responder, nas esferas cível, penal e administrativa, pelos ilícitos eventualmente cometidos na sua vigência (art. 141, *caput*).

Ainda em sede organizatória, a Constituição determina que, caso o Congresso Nacional se encontre em recesso no momento da decretação do estado de defesa, deverá o mesmo ser convocado, extraordinariamente, em cinco dias (art. 136, §5º). O decreto do estado de defesa será apreciado em até dez dias, contados do seu recebimento; na vigência do estado de defesa, deverá o Congresso Nacional permanecer em funcionamento (art. 136, §6º). A necessidade de convocação extraordinária do Congresso Nacional para apreciar o estado de defesa, se em recesso, é evidente, sendo decorrência natural da própria situação de emergência que ensejou sua decretação. Sua manifestação se dará sob a forma de decreto legislativo, visto se tratar de matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional, nos termos do art. 49, IV.

Da mesma forma, a gravidade da situação emergencial impõe que o Congresso Nacional continue funcionando, durante todo o período de vigência do estado de defesa. Como bem observa Ives Gandra Martins[423], não podem os parlamentares, após conceder ao Presidente da República sua concordância com o regime excepcional, desvincularem-se das responsabilidades que o momento de grave crise estaria suscitando, seja em razão de calamidade pública, seja por desestabilização institucional. Alerta o autor, com propriedade, que pode se fazer necessário, por exemplo, a edição de lei complementar para criação de empréstimo compulsório, cabível para o atendimento de despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública, nos termos do art. 148, I da CF.

No estado de defesa, assim como em qualquer outra modalidade de estado de exceção, o regular funcionamento do Parlamento é fundamental, e se justifica tanto pela necessidade de colaboração com o Governo, para a superação da situação da crise, como também para o exercício do controle político, coibindo-se eventuais excessos ou arbitrariedades.

O último e talvez o mais importante efeito organizatório do estado de defesa, incidente também no estado de sítio e nas situações de intervenção federal, diz respeito à

[423] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1997, v. 5, p. 68-69.

impossibilidade de aprovação de emenda constitucional durante a sua vigência (art. 60, §1º, da Constituição).

Alexandre de Moraes[424] insere essa vedação no âmbito das *limitações expressas circunstanciais* do poder reformador, compreendidas como "as que pretendem evitar modificações na Constituição em certas ocasiões anormais e excepcionais do país, a fim de evitar perturbação na liberdade e independência dos órgãos incumbidos da reforma".

Essa limitação decorre da posição que a própria Constituição ocupa no ordenamento jurídico, consagrada pelo princípio da sua supremacia, não sendo conveniente nem desejável sua modificação em períodos de conturbações e insegurança. A reforma da Constituição, assim, exige plena estabilidade institucional, razão pela qual as Constituições de 1934, 1946, 1967 e 1969 vedavam sua alteração na vigência do estado de sítio, proibição essa que o constituinte de 1988 estendeu também aos períodos de estado de defesa e de intervenção federal.

Pontes de Miranda[425], comentando a vedação de reforma da Constituição durante o estado de sítio prevista na Constituição de 1946 (art. 217, §5º), assinala que nem mesmo o projeto de emenda pode ser apresentado na sua vigência, nem pode haver sua discussão, na casa iniciadora. Para o autor, se em algum momento houver a decretação do estado de sítio, nula é a emenda, por vício de inconstitucionalidade.

4.4.2 Estado de sítio decorrente de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa

O estado de sítio decorrente de comoção grave de repercussão nacional, ou de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa (estado de sítio "simples", em oposição à sua forma "qualificada"), importa em efeitos mais severos do que os decorrentes do estado de defesa, mas mesmo de fundo comum – a substituição da legalidade constitucional comum por um regime de legalidade especial ou extraordinária.

---

[424] MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 1.088.
[425] MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946.* Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947, v. 4., p. 223.

Tal como no estado de defesa, os efeitos podem se revestir de duas naturezas jurídicas distintas: ou repercutem sobre os direitos e garantias individuais (efeitos materiais), ou afetam a organização do Estado e o funcionamento e competência dos respectivos órgãos (efeitos organizatórios).

4.4.2.1 Efeitos materiais

Os efeitos materiais possíveis estão expressamente elencados no art. 139, incisos I a V, que elenca, expressamente, as medidas que podem ser tomadas na sua vigência: (i) a obrigação de permanência em localidade determinada; (ii) a detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; (iii) restrições à inviolabilidade de correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão; (iv) suspensão da liberdade de reunião; (v) busca e apreensão em domicílio[426].

Essa relação é taxativa, ou seja, nenhuma outra medida que não as elencadas no art. 139 poderá ser tomada no estado de sítio simples; o decreto que o instituir é que irá eleger, dentre as elencadas, quais as necessárias e adequadas ao restabelecimento da normalidade.

A obrigação de permanência em localidade determinada é modalidade de restrição ao direito de ir e vir (liberdade de locomoção), consagrado no art. 5º, XV, da Constituição Federal, diversa da prisão.

Alexandre de Moraes[427] assinala que a liberdade de locomoção engloba quatro situações: direito de acesso e ingresso no território nacional; direito de saída do território nacional; direito de permanência no território nacional; e direito de deslocamento dentro do território nacional. A restrição a que alude o inciso I do art. 139 recai especificamente sobre essa última situação, restringindo o direito de deslocamento do particular dentro do território nacional (e, por óbvio, o seu direito de saída do território nacional). Em verdade, a norma implica em restrição à liberdade de circular, impedindo que o indivíduo ultrapasse as fronteiras de determinado âmbito geográfico.

---

[426] As outras medidas elencadas no art. 139, nos incisos VI (intervenção nas empresas de serviços públicos) e VII (requisição de bens) são consideradas medidas de efeito organizatório, embora possam se verificar – especialmente em relação à essa última, a requisição de bens – restrição ao direito de propriedade.

[427] MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais.* 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 154-155.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho[428], trata esse dispositivo de *menagem*, isto é, a obrigação de permanecer em lugar determinado, sem implicar em detenção. Narra que o instituto, também conhecido como *residência forçada*, foi introduzido no Brasil pela Constituição de 1937, sob inspiração do direito italiano de Mussolini, que por sua vez buscou raízes no direito romano. Esclarece o autor, ainda, que a residência forçada deve obrigar o indivíduo a permanecer no lugar em que se encontra no momento da decretação do estado de sítio; a obrigação de permanecer em localidade diversa de sua residência implica em *desterro*, medida não autorizada pela Constituição de 1988.

Pontes de Miranda[429], comentando dispositivo análogo da Constituição de 1967, observa que o termo "localidade" deve ser compreendido como circunscrição, como zona territorialmente limitada, que deve aludir a limites de direito público, como zona urbana ou rural de determinado Município, vila, cidade, bairro, comarca, etc., não podendo se considerar localidade, por exemplo, uma determinada fazenda ou uma fábrica de tecidos. Pinto Ferreira[430], por sua vez, acrescenta que a localidade não deve ser insalubre, nem representar obstáculo ao exercício normal da profissão.

Ives Gandra Martins[431] anota que a ordem para permanência em determinado lugar pode recair sobre um indivíduo específico ou atingir uma coletividade de pessoas. Ilustra essa segunda situação com hipotética fuga ou abandono de cidade que demande a utilização de ponte também necessária às tropas do governo. Nesse caso, a situação de emergência pode exigir a permanência dessa população na cidade, ao menos em caráter temporário, como medida de sua própria proteção.

A medida coletiva para permanência em determinado lugar pode se verificar, também, pela imposição de toque de recolher, isto é, de obrigação dos moradores de determinada localidade permanecer em suas residências em determinados horários ou ocasiões.

A detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns (art. 139, II) é medida de garantia da sociedade, que tem por objetivo evitar que os presos detidos por envolvimento em rebeliões ou sedições exerçam influência sobre a população

---

[428] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 3, p. 71.
[429] MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, Tomo 5, p. 643.
[430] FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 5, p. 216.
[431] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 5, p. 116-117.

carcerária comum. Um grande contingente de pessoas, já na desfavorável condição de privação de liberdade, pode mais facilmente se deixar seduzir por um discurso revolucionário, de ruptura do *status quo*, que pode somente beneficiá-lo. Por esta razão, de ordem pública, permite-se a segregação desses indivíduos, que são comumente detidos em quartéis ou instalações militares. Ives Gandra Martins[432] observa, no entanto, que, diante da dramática realidade do sistema prisional brasileiro, o que era para ser uma restrição de direito se afigura mais como um benefício, "um fortalecimento do direito para tratamento condigno à sua condição de ser humano". Não obstante, a segregação do preso detido em razão do estado de sítio é prerrogativa exclusiva do poder público, não se convertendo em direito subjetivo do particular.

As restrições admitidas pelo inciso III do art. 139 são bastante abrangentes, abarcando limitações à inviolabilidade de correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, *na forma da lei*.

Tal como na regulação das medidas do estado de defesa, surge novamente a questão da necessidade de existência de lei de integração para a aplicação desse dispositivo. Não obstante o texto constitucional submeter as restrições elencadas à disciplina legal específica, não há, até o presente momento, lei própria que regule o estado de defesa ou de sítio. As demais legislações correlatas também não tratam dessa matéria: a Lei nº 9.296/1996, por exemplo, que regulamenta as interceptações telefônicas, nada dispõe sobre sua aplicação no estado de defesa ou de sítio.

José Afonso da Silva[433], uma vez mais, sugere a imprescindibilidade da edição de lei de integração, ao afirmar que a locução "na forma da lei", inserida ao final da norma, "significa a necessidade de elaboração de uma lei que preveja a possibilidade e limites dessas restrições, que, como se nota, importam em interceptação e censura aos meios de comunicação em geral". Manoel Gonçalves Ferreira Filho[434] observa que o dispositivo constitucional autoriza a censura da correspondência, das comunicações, da prestação de informações, da imprensa, rádio e televisão, "tudo, porém, de conformidade com lei

---

[432] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1997, v. 5, p. 122-123.
[433] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 650.
[434] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 3, p. 72.

regulamentadora". De forma mais assertiva, Walter Claudius Rothenburg[435] defende que as restrições constantes no inciso III do art. 139 dependem de prévia regulação em lei, acrescentando, ainda, que a eventual censura dos meios de comunicação dificilmente poderia implicar em sua interdição, pois a restrição de direitos não pode desbordar em supressão total dos mesmos.

Também Ives Gandra Martins[436] afirma que "a lei especial para o estado de sítio definirá de que forma as restrições mencionadas serão feitas", levantando, contudo, uma controvérsia adicional, respeitante à possibilidade de edição, pelo Presidente da República, de medida provisória com essa finalidade. Para o autor, a resposta é negativa, pois não poderiam ser objeto de restrição, por medida provisória, direitos que a própria Constituição veda que sejam regulados por lei delegada (art. 68). O próprio autor reconhece, contudo, que a tendência, em eventual e indesejada decretação de estado de sítio, é de que se admita a regulamentação, por medida provisória, do inciso III do art. 139. E, de fato, a relevância e urgência, ínsitas às medidas provisórias, revestem igualmente as situações ensejadoras do estado de exceção.

Um último aspecto, relativo à restrição à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, diz respeito à impossibilidade de sua incidência sobre a difusão de pronunciamentos parlamentares efetuados na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal, quando liberados pela respectiva Mesa (art. 139, parágrafo único). Esse dispositivo visa reforçar o controle político do estado de sítio, possibilitando a ampla divulgação de eventuais críticas de parlamentares às medidas tomadas no âmbito do mesmo. A necessidade de autorização da Mesa de cada Casa Legislativa, no entanto, permite concluir que possa haver restrições ao televisionamento, em tempo real, das atividades parlamentares.

A quarta medida passível de ser adotada, no estado de sítio, é a *suspensão da liberdade de reunião* (art. 139, IV). A limitação a esse direito se dá pela óbvia razão, já exposta no capítulo relativo ao estado de defesa, de que as *graves comoções de repercussão nacional* são frutos de empreitada coletiva, de agrupamentos com finalidades políticas, cuja prerrogativa de se reunir é central para a efetivação de suas atividades ilícitas. Repise-se, também, que o texto constitucional menciona *restrição do direito de reunião*, no estado de defesa (art. 136, §1º, I, *a*), e *suspensão da liberdade de reunião, no estado de sítio* (art. 139,

---

[435] ROTHENBURG, Walter Claudius. Comentário aos arts. 136 a 141. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1.575.

[436] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1997, v. 5, p. 126-127.

IV), sugerindo, mas não explicitando, diferentes gradações de atingimento do direito. Esse ponto poderia, sem dúvida, ser aclarado por legislação específica.

Neste diapasão, embora o art. 139, IV, não o mencione expressamente, é razoável supor que também podem ser objeto de restrição, no estado de sítio, as reuniões exercidas *no seio de associações*, tal como previsto para o estado de defesa. Sendo o estado de defesa uma modalidade de estado de exceção mais branda que o estado de sítio, não faria sentido ter-se uma restrição menos ampla nesse do que naquele.

O estado de sítio também admite a busca e apreensão em domicílio, independentemente de autorização judicial. Trata-se de suspensão da garantia insculpida no art. 5º, XI, da Constituição Federal, que assegura a inviolabilidade do domicílio, com exceção das hipóteses expressamente previstas no texto constitucional (flagrante delito, desastre, para prestar socorro ou, durante o dia, por determinação judicial). A imposição dessa medida, no estado de sítio, se justifica pela eventual necessidade de rápida apreensão de materiais subversivos, como panfletos e material de propaganda, ou até mesmo explosivos, equipamentos militares, etc. Nesse caso, evidencia-se que a demora na obtenção de mandado judicial pode representar sério risco à sociedade.

Pontes de Miranda[437], comentando dispositivo idêntico da Constituição de 1967, observa que a busca e apreensão se refere somente a coisas, e não à prisão ou detenção de pessoas, dentro do domicílio. Para o autor, o estado de sítio não permite a penetração no domicílio para detenção de alguém; o que as autoridades executoras podem fazer é deter a pessoa do lado de fora da casa. Entende igualmente ilegal convidar a pessoa para que compareça em lugar fora da casa, somente com o objetivo de detê-la. Em sentido inverso, Pinto Ferreira[438] entende que a busca e apreensão pode atingir tanto a coisas como a pessoas, opinião essa partilhada por Wolgran Junqueira Ferreira[439].

A segunda interpretação se afigura mais razoável pois, em situações específicas, o imperativo de ordem pública pode demandar a busca e apreensão de indivíduos que possam lograr graves prejuízos à coletividade – como, por exemplo, no caso de suspeita fundada de que indivíduos reunidos em uma determinada casa estejam planejando atentados terroristas.

---

[437] MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, Tomo 5, p. 644.
[438] FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 5, p. 216.
[439] FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição de 1988 V. 2.* Julex, 1989, p. 827 *apud* BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1997, v. 5, p. 134.

Não se ignora, no entanto, que essa prerrogativa dá ao poder público margem para abusos, que devem ser corrigidas pelo controle judicial.

4.4.2.2 Efeitos organizatórios

Além dos efeitos materiais, a decretação do estado de sítio implica também em efeito organizatórios, que podem ser extraídos do próprio texto constitucional: a) possibilidade de *intervenção nas empresas de serviços públicos* (art. 139, VI), bem como a *requisição de bens* (art. 139, VII); b) necessidade de nomeação de um executor das medidas do estado de sítio (138, *caput*); c) obrigatoriedade de manutenção do funcionamento do Congresso Nacional durante a vigência do estado de sítio, não podendo o mesmo entrar em recesso (138, §2º e §3º); d) necessidade de designação, pelo Congresso Nacional, de comissão composta por cinco de seus membros, para acompanhamento e fiscalização das medidas referentes ao estado de sítio (art. 140); e) proibição de alteração da Constituição (vedação expressa de aprovação de emenda constitucional - art. 60, §1º); e f) possibilidade de suspensão das imunidades parlamentares, nos termos do art. 53, §8º.

O primeiro efeito organizatório do estado de sítio diz respeito à possibilidade de *intervenção nas empresas de serviços públicos* (art. 139, VI), bem como de *requisição de bens* (art. 139, VII).

A *intervenção nas empresas de serviços públicos* busca assegurar a continuidade da prestação desses serviços em situações de comoção grave, enquanto que a *requisição de bens* visa permitir que o poder público possa usufruir, imediatamente, de bens que se revelem necessários ao restabelecimento da normalidade, sejam eles imóveis (em razão de sua localização estratégica, características específicas, etc.) ou móveis (veículos, embarcações, etc.). Equivalem, ambas, à *ocupação e uso temporário de bens* (*públicos ou privados*) *e serviços públicos* prevista para o estado de defesa (art. 136, §1º, II), e já devidamente comentada no capítulo respectivo.

A *requisição de bens* prevista no art. 137, VII, guarda conexão, ainda, com o também abordado *direito de requisição* de que trata o art. 5º, XXV, da Constituição, para os casos de *iminente perigo público*, e que independe de decretação formal de estado de defesa ou de sítio.

Ives Gandra Martins[440] observa que, na vigência do estado de sítio, o poder de intervenção é absoluto, podendo a União interferir nos serviços públicos prestados pelos Estados e Municípios, sem que isso implique em violação do pacto federativo. Sobre a requisição de bens, anota o autor[441] que a mesma é sempre temporária, devendo retornar o bem ao seu proprietário ou possuidor após a cessação do estado de sítio.

Embora a redação do art. 139, VII, não faça referência expressa ao direito à indenização, no caso de requisição de bens decorrente de estado de sítio, sua leitura conjugada com o art. 5, XXV, permite concluir que também nesses casos o proprietário deverá ser ressarcido por eventuais danos. Essa a posição de Alexandre de Moraes[442], para quem a requisição de bens do estado de sítio deve se compatibilizar não somente com o art. 5º da Constituição Federal, mas também com o Estado Democrático de Direito, que impede o confisco arbitrário de bens dos particulares.

Cumpre notar que a *intervenção nas empresas de serviços públicos* possui caráter eminentemente organizatório, enquanto na requisição de bens particulares pode prevalecer o aspecto da restrição de direito – no caso, o direito de propriedade, consagrado no art. 5º, XXII, da Constituição.

Os efeitos organizatórios seguintes – necessidade de nomeação de um executor das medidas (138, *caput*); obrigatoriedade de manutenção do funcionamento do Congresso Nacional durante a vigência do estado de sítio, não podendo o mesmo entrar em recesso (138, §2º e §3º); necessidade de designação de comissão parlamentar para acompanhamento e fiscalização das medidas referentes ao estado de sítio (art. 140); e proibição de alteração da Constituição na sua vigência – são os mesmos do estado de defesa, já devidamente abordados no capítulo anterior.

O único efeito organizatório que é, de fato, exclusivo do estado de sítio, é a possibilidade de suspensão da imunidade parlamentar na sua vigência, nos termos do art. 53, §8º, da Constituição Federal.

De acordo com este dispositivo, preserva-se, em regra, a imunidade parlamentar, mesmo na vigência do estado de sítio; essas imunidades, no entanto, poderão ser suspensas, por voto de dois terços dos membros da respectiva Casa, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso, que sejam incompatíveis com a execução da medida.

---

[440] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1997, v. 5, p. 140.
[441] Ibid. p. 145.
[442] MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais.* 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 170.

A preservação das imunidades parlamentares na vigência do estado de sítio é objeto de amplo debate, que se inicia com a própria introdução do instituto no Brasil, na Constituição de 1891. Mesmo sendo essa silente sobre a matéria, em diversas ocasiões parlamentares foram alvo de medidas excepcionais, dando ensejo a acalorados embates doutrinários e jurisprudenciais[443]. Versam sobre o tema os já mencionados HC nº 300, de 27 de abril de 1892, HC nº 1.073, de 16 de abril de 1898, e HC nº 3.527, de 15 de abril de 1914.

João Barbalho Uchôa Cavalcanti[444], comentando a Constituição de 1891, traz, em defesa da manutenção das imunidades parlamentares na vigência do estado de sítio, argumentos que ainda hoje se revelam de extrema atualidade. Para o autor,

> A immunidade parlamentar é considerada como inherente á funcção de representante da nação, como essencial á qualidade de membro do corpo legislativo. É dando-lhe esse caracter que as constituições a consagram. E isto diferente cousa é de garantias individuaes estabelecidas *para assegurar a inviolabilidade do direito do cidadão*. [...] Si fosse autorisada a suspensão da immunidade parlamentar, haveria n'isso contradicção. Sendo ella estabelecida para assegurar aos representantes a independencia e isenção mesmo em tempos normaes, como retiral-a exactamente quando essa isenção e independencia mais perigam? Quando o poder executivo e seos agentes exercitam a certos respeitos funcções discrecionarias? Com effeito, os constructores de nossa organisação constitucional entenderam imprescindivel a immunidade e estabeleceram-n'a como garantia e broquel. Quando pois a situação é a que exige maior segurança e quando mais expostos a arbitrio e violencias ficam os membros do Parlamento, não é que se ha de dar ao poder mais capaz de pratical-as a faculdade de prender e desterrar a seo arbitrio deputados e senadores!

A Constituição de 1934 supriu a lacuna da Constituição de 1891, vedando expressamente que as medidas restritivas da liberdade de locomoção tomadas na vigência do estado de sítio atingissem parlamentares, membros dos tribunais superiores, do tribunal de contas, governadores de estado e os membros das assembleias legislativas e tribunais locais (art. 174, §4º). Instituiu, portanto, a *imunidade formal*, isto é, a impossibilidade de o parlamentar ser preso, ou permanecer preso, na vigência do estado de sítio[445].

O modelo de ditadura constitucional instituído pela Constituição de 1937 alterou drasticamente esse panorama, outorgando ao Presidente da República, na vigência do chamado *estado de emergência*, a prerrogativa de deter os membros do Parlamento envolvidos no *concerto, plano ou conspiração contra a estrutura das instituições*. Essa prerrogativa não dependia de autorização das respectivas casas parlamentares; ao contrário,

---

[443] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O estado de sítio na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 159.
[444] CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal Brasileira (1891)*. Brasília: Senado Federal, 2002, p. 122
[445] MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional.* 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 424.

poderia ser exercida mesmo quando as mesmas recusassem a licença para tal (art. 169, *caput*, e §1º).

A Constituição de 1946 restituiu a vedação da suspensão da imunidade parlamentar como regra, excepcionada somente quando a respectiva Casa, por decisão de dois terços de seus membros, decidisse suspender a imunidade de deputado ou senador "cuja liberdade se torne manifestamente incompatível com a defesa da Nação ou com a segurança das instituições políticas ou sociais" (art. 213). Manoel Gonçalves Ferreira Filho[446] observa que Constituição de 1946 foi além da Constituição de 1934, assegurando não somente a liberdade de locomoção dos parlamentares, na vigência do estado de sítio (*imunidade formal*), mas também a imunidade em qualquer de suas formas. Estava a se referir, sem dúvida, à *imunidade em sentido material*, compreendida, na lição de Alexandre de Moraes[447], como a "subtração da responsabilidade penal, civil, disciplinar ou política do parlamentar por suas opiniões, palavras ou votos".

O Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, outorgou ao Presidente da República a faculdade de, independentemente da decretação do estado de sítio, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de dez anos, e mesmo cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais (art. 15). A Constituição de 1967 preservou a imunidade parlamentar na vigência do estado de sítio, mas que poderia ser suspensa, por votação secreta de dois terços da casa a que pertencesse o parlamentar (art. 154, parágrafo único). A Emenda Constitucional nº 1/69 reduziu esse quórum para maioria simples, em sistema votação aberta (art. 157, parágrafo único), norma essa que foi mantida pela Emenda Constitucional nº 11/1978.

A Constituição de 1988, em sua redação original, nada dispunha sobre as imunidades parlamentares em caso de estado de defesa, de sítio, ou de intervenção federal, presumindo-se hígidas tais prerrogativas, na vigência de qualquer desses institutos.

Com a aprovação da Emenda Constitucional nº 35, de 20 de dezembro de 2001, que incluiu o §8º ao art. 53 da Constituição Federal, sedimentou-se a subsistência das imunidades parlamentares como regra, na vigência do estado de sítio.

Essa imunidade compreende seus aspectos *formais* e *materiais*, excepcionada somente quando: (i) por aprovação de dois terços da respectiva casa; (ii) em razão de atos

---

[446] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O estado de sítio na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 160-161.

[447] MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional.* 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 420.

praticados fora do recinto do Congresso Nacional; (iii) esses atos se revelarem incompatíveis com a execução da medida.

O quórum de dois terços, e não mais o de maioria simples, previsto na Emenda Constitucional nº 1/69, reforça a prerrogativa da imunidade parlamentar, tornando mais difícil a sua suspensão, pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado. A votação também voltou a ser secreta, nos termos do art. 188, I, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados[448], e do art. 291, I, *d*, do Regimento Interno do Senado Federal[449].

A exigência de que o ato ensejador da suspensão da imunidade seja praticado fora das dependências do Congresso Nacional resguarda a imunidade dos parlamentares relativa as suas manifestações na tribuna. Esse dispositivo deve ser lido conjuntamente com o parágrafo único do art. 139, que preserva exatamente essa prerrogativa, apenas condicionando a sua difusão à prévia autorização da Mesa da respectiva Casa Legislativa.

A configuração de um determinado ato como incompatível com a execução da medida do estado de sítio é juízo político-jurídico da Câmara ou do Senado, que deve, no entanto, fundamentar sua decisão.

4.4.3 Estado de sítio decorrente de declaração de estado de guerra ou em resposta a agressão armada estrangeira

Os *efeitos organizatórios* do estado de sítio decorrente de declaração de estado de guerra ou em resposta a agressão armada estrangeira, dito qualificado (art. 137, II), são idênticos aos do estado de sítio "simples", fundado em comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa (art. 137, I), nada havendo a acrescentar, nesse tópico específico.

Mais delicada é a questão dos *efeitos materiais* do estado de sítio decorrente de declaração de estado de guerra ou em resposta a agressão armada estrangeira. Nesses casos, a Constituição é silente quanto aos diretos e garantias passíveis de restrição, indicando que,

---

[448] Regimento Interno da Câmara dos Deputados, 18ª edição, aprovado pela Resolução nº 17, de 1989, e alterado até a Resolução nº 20, de 2016. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/18847>. Acesso em: 4 nov. 2017.

[449] Regimento Interno do Senado Federal, publicado em 2 de fevereiro de 2015, no Diário do Senado Federal. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/diarios/BuscaPaginasDiario?codDiario=19335&seqPaginaInicial=1&seqPaginaFinal=150>. Acesso em: 4 nov. 2017.

aprioristicamente, diante de tal extrema situação, poderia haver suspensão ou restrição de qualquer direito e garantia fundamental.

Cabe lembrar que, para os casos de guerra, há exceção à vedação da pena de morte, nos termos do art. 5º, XLVII, *a*, da Constituição Federal. Esse efeito, porém, não decorre propriamente do estado de sítio, mas sim da declaração de guerra que pode ou não o anteceder. Alexandre de Moraes[450] observa que a pena de morte, nessas situações, depende de uma declaração de guerra, nos moldes constitucionais (art. 84, XIX), e da previsão em lei anterior (princípios da reserva legal e anterioridade). No caso, a previsão infraconstitucional da aplicação da pena de morte se materializa no art. 55, I, do Código Penal Militar (Decreto-lei nº 1.001/69), que o autor reputa recepcionado pela Constituição de 1988.

Para além dessa situação específica, não há qualquer relação de medidas cabíveis no estado de sítio qualificado, *positiva* (medidas cabíveis) ou *negativa* (medidas expressamente vedadas).

Alexandre de Moraes[451] anota que, nessas situações, em tese, poderiam ser objeto de restrição todos direitos e garantias fundamentais, bastando o preenchimento dos seguintes requisitos: necessidade à efetivação da medida; deliberação e autorização pelo Congresso Nacional; previsão expressa do decreto presidencial nacional. Para o autor, no entanto, "jamais haverá, em concreto, a possibilidade de supressão de todos os direitos e garantias individuais, sob pena do total arbítrio e anarquia, pois não há como suprimir-se, por exemplo, o direito à vida, à dignidade humana, à honra, ao acesso ao Judiciário".

De fato, a aparente lacuna do texto constitucional não pode ser interpretada como um salvo-conduto para as autoridades adotarem quaisquer tipos de medidas, ou para suspenderem quaisquer direitos e garantias, ao menos por duas razões.

Primeiro, porque a Constituição de 1988 traz, em seu âmago, a concepção hodierna de proteção aos direitos humanos, amalgamada no princípio da dignidade da pessoa humana. Essa perspectiva não se perde, mesmo nos regimes excepcionais.

Em segundo lugar, a lacuna normativa é apenas aparente, pois incidem, nesses casos, todas as normas internacionais protetivas de direitos humanos, incorporadas pelo ordenamento pátrio com *status* de norma supralegal ou constitucional, como se verá a seguir.

---

[450] MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 329.
[451] MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais.* 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p 37.

4.5 INCIDÊNCIA DAS NORMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NO ESTADO DE EXCEÇÃO

O constitucionalismo contemporâneo, sabe-se, gravita em torno do princípio da dignidade da pessoa humana, que está intimamente imbricado ao respeito aos direitos humanos.

André de Carvalho Ramos[452] assinala que "os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade", arrematando que "os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna".

Dessa concepção emana um conjunto de direitos insuscetíveis de suspensão ou mitigação, mesmo em situações extremas como guerras ou revoluções, tal como o direito à integridade física, a vedação da prática de tortura, a vedação à discriminação racial, a liberdade de pensamento, a liberdade de crença religiosa, a irretroatividade da lei penal, etc.

Esses direitos são consagrados não apenas no plano interno: no plano internacional, também, diversos estatutos contemplam a permanência de determinados direitos e garantias, mesmo na vigência de sistemas de legalidade extraordinária, decorrentes de grave crise.

No capítulo 2, item 2.4, já se pôde discorrer, sob o ponto de vista histórico, sobre o fenômeno da internacionalização dos diretos humanos, verificado com intensidade na segunda metade do séc. XX. Duas questões, no entanto, restam ser elucidadas. A primeira diz respeito à posição que os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos ocupam no ordenamento interno brasileiro. A partir dessa constatação, há que se desvendar quais estatutos internacionais incidem no regramento do seu estado de exceção.

4.5.1 Posição hierárquica dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento interno

Tratados internacionais são acordos entre dois ou mais sujeitos da comunidade internacional, para a produção de determinados efeitos jurídicos, podendo adotar

[452] RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 29.

terminologias diversas, tais como convenção, pacto, carta, etc[453]. A Convenção de Viena, de 1969 (conhecida como a "Lei dos Tratados"), promulgada no Brasil com a edição do Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009[454], assimila a consagrada definição doutrinária, conceituando tratado como "um acordo internacional concluído entre Estados por escrito e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica".

André de Carvalho Ramos[455] anota que a Constituição de 1988 não traz um capítulo específico sobre a relação do direito interno com o direito internacional, estando os dispositivos referentes à hierarquia normativa dos tratados dispersos pelo texto constitucional. A possibilidade de cabimento de recurso extraordinário no caso de a decisão impugnada ter considerado inconstitucional lei ou *tratado* (art. 102, III, *b*), ou de recurso especial para as decisões que violarem ou negarem vigência à lei federal ou *tratado* (art. 105, III, *a*), e o quórum de aprovação dos tratados por maioria simples (art. 47) indicam que os tratados internacionais *comuns* possuem, de fato, natureza de lei ordinária.

Carvalho Ramos[456] observa, ainda, que a Constituição de 1988, que tem como epicentro a dignidade humana, foi acanhada em conceder (ao menos de forma expressa) tratamento diferenciado aos tratados que versam especificamente sobre direitos humanos. Não obstante, parte da doutrina passou a sustentar a diferenciação dos tratados de direitos humanos dos demais tratados, a partir da leitura do art. 5º, parágrafos primeiro e segundo[457] – notadamente esse último que, ao abrir possibilidade de outros direitos e garantias (ombreados com aqueles elencados no art. 5º) serem instituídos por tratado, ensejou muitos a postularem a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos.

Essa é a posição de Flávia Piovesan[458], para quem o texto constitucional, ao afirmar que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais, está a incluir, *contrario sensu*, os direitos enunciados nos

---

[453] MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais.* 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p 302.
[454] Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.
[455] RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 466.
[456] Ibid., p. 472-473.
[457] Constituição Federal, art. 5º: "§1º As normas definidoras dos direitos e garantias individuais têm aplicação imediata. §2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".
[458] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 126 e 128.

tratados internacionais no rol dos direitos constitucionalmente protegidos. Além disso, para a autora, a "natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais" indica também a hierarquia constitucional dos direitos enunciados em tratados internacionais.

Para Carvalho Ramos[459], a controvérsia sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos pode ser resumida em quatro posições de maior ressonância: i) natureza supraconstitucional, derivada de sua origem internacional; ii) natureza constitucional, de forte apoio doutrinário; iii) natureza equiparada à lei ordinária federal; e iv) natureza supralegal, ou seja, superior à lei, mas abaixo da Constituição.

De acordo com o entendimento jurisprudencial que predominou até 2008, a partir do julgamento do RE nº 80.004/SE, de 1977[460], o tratado incorporado ao direito interno adquiria *status* de lei ordinária, eventualmente revogando lei anterior, na parte em que conflitasse com a mesma. A validade dessa nova lei, obviamente, estaria condicionada à sua compatibilidade com o texto constitucional, submetendo-se aos mesmos mecanismos de controle das demais leis e atos normativos.

Esse mesmo entendimento foi confirmado, já sob a égide da Constituição de 1988, no HC nº 72.131[461], de 1995, que manteve a prisão civil do devedor como depositário infiel, nos termos do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, sem interferência do art. 7º, §7º, do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos).

A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, contudo, introduziu ao art. 5º o §3º, que dispõe que "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

Tal dispositivo alterou substancialmente a internacionalização dos documentos internacionais no Brasil, possibilitando, pela primeira vez, conferir-se aos mesmos, de forma expressa, *status* constitucional. Para André de Carvalho Ramos[462], no entanto, a redação final do dispositivo foi recebida com desalento pelos defensores dos direitos humanos, pois: 1) estabeleceu rito semelhante à aprovação de emendas à Constituição, tornando dificultosa

---

[459] RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 475.
[460] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 80.004/SE, de 1º/06/1977. *DJ*, Brasília, 29 dez. 1977. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acesso em: 14 nov. 2017.
[461] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 72.131-1, de 23/11/1995. *DJ*, Brasília, 1 ago. 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>. Acesso em: 14 nov. 2017.
[462] RAMOS, Op. cit., p. 475.

sua aprovação; 2) ao adotar a expressão "que forem", sugeriu a existência de dois tipos de tratados de direitos humanos "pós-emenda" – os aprovados pelo rito comum e os aprovados pelo rito de emenda constitucional; e 3) nada dispôs sobre os tratados de direitos humanos anteriores à Emenda.

Para Anna Cândida da Cunha Ferraz[463], esse último aspecto – a omissão da EC nº 45/2004 em relação os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos celebrados anteriormente a sua edição –, é fonte de tensão e de divergências doutrinárias na sua aplicação. A autora observa que a opção de outros países, a exemplo de Portugal e Argentina, que colocam os documentos internacionais (de direitos humanos ou gerais) em igualdade com as normas constitucionais, ou em posição superior à das leis internas (supralegalidade), reduz as chances de conflito entre os tratados internacionais e o direito interno[464].

Essa questão emergiu no julgamento do RE nº 466.343/SP[465] e do HC nº 87585/TO[466], em que novamente a prisão civil do depositário infiel, permitida pelo art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, foi confrontada com o art. 7º, §7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Nesse paradigmático julgamento, o Supremo Tribunal Federal alterou seu entendimento anterior, atribuindo aos documentos internacionais de direitos humanos, mesmo que não aprovados na forma do §3º do art. 5º, *status* de normas "supralegais", ou seja, normas superiores às leis ordinárias, mas inferiores à Constituição.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes, reconhecendo o "inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos", admitiu que sua internalização no ordenamento jurídico, por meio da ratificação, "tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa com ela conflitante".

---

[463] FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Conflitos e Tensões na Jurisdição Constitucional Decorrente da Internacionalização dos Direitos Humanos. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 8, n. 28, p. 125-152, jul./set. 2014, p. 136-138.

[464] Especificamente em relação à Argentina, Anna Cândida da Cunha Ferraz ressalta que a sua Constituição não apenas atribuiu *status* de norma constitucional aos documentos internacionais de direitos humanos anteriores à reforma, mas também cuidou de os relacionar, um a um. Aos demais documentos internacionais atribuiu, ainda, caráter de supralegalidade, eliminando quaisquer tensões na sua aplicação. (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Conflitos e Tensões na Jurisdição Constitucional Decorrente da Internacionalização dos Direitos Humanos. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 8, n. 28, p. 125-152, jul./set. 2014, p. 140).

[465] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 466.343-1/SP, de 03/12/2008. *DJ*, Brasília, 5 jun. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 14 nov. 2017.

[466] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 87.585-8/TO, de 03/12/2008. *DJ*, Brasília, 26 jun. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>. Acesso em: 14 nov. 2017.

Não se trata, para Gilmar Mendes, de revogação do dispositivo constitucional que prevê a prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII), em face da Convenção Americana de Direitos Humanos, mas de perda de sua aplicabilidade, "diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria". O "caráter supralegal" desses diplomas internacionais paralisa também a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante.

Na mesma linha, o Ministro Celso de Mello assinalou que, examinada a matéria sob a ótica da *supralegalidade*, os tratados internacionais sobre direitos humanos devem ser considerados como "estatutos situados em posição intermediária que permita qualificá-los como diplomas impregnados de estatura superior à das leis internas em geral, não obstante subordinados à autoridade da Constituição da República".

Para Anna Cândida da Cunha Ferraz[467], porém, o *status* de *supralegalidade* não é figura reconhecida pela doutrina brasileira, nem integra a pirâmide normativa brasileira, taxativamente estabelecida no art. 59 da Constituição. Países como Argentina e França, que adotam a categoria da *supralegalidade*, o fazem mediante previsão expressa no texto constitucional. Em relação ao caso específico, observa Anna Ferraz que a decisão proferida resulta na própria invalidação do art. 5º, LXVII, da Constituição (a norma "supralegal" se sobrepõe ao texto expresso da Constituição). Para a autora, a consequência dessa orientação é que "documentos internacionais podem, sim, modificar a Constituição brasileira, mesmo sem expressa autorização constitucional para tanto".

Flávia Piovesan[468], por sua vez, observa que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria tem se revelado marcadamente oscilante, apontando: a) o entendimento jurisprudencial até 1977, que consagrava o primado do Direito Internacional; b) a decisão do RE nº 80.004, de 1977, que equiparou os tratados à lei federal; c) a decisão do HC nº 72.131, que, já sob a égide da Constituição de 1988, manteve a paridade entre os tratados e a lei federal; e d) a decisão do RE nº 466.343, em 2008, que conferiu aos tratados internacionais de direitos humanos uma hierarquia especial e privilegiada, prevalecendo a tese da *supralegalidade* desses estatutos.

---

[467] FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Conflitos e Tensões na Jurisdição Constitucional Decorrente da Internacionalização dos Direitos Humanos. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 8, n. 28, p. 125-152, jul./set. 2014, p. 146-147.

[468] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 152.

Dissentindo da jurisprudência mais recente do STF, a autora[469] defende que todos os tratados de direitos humanos têm *status* constitucional, por força do art. 5º, §2º, da Constituição; os anteriores ao advento da EC nº 45/2004 seriam *materialmente* constitucionais, enquanto que os posteriores seriam *materialmente* e *formalmente* constitucionais.

Não obstante a rica controvérsia doutrinária que acompanha as decisões proferidas no RE nº 466.343/SP e no HC nº 87585/TO, a detida fundamentação dos respectivos acórdãos, bem como as repetidas decisões posteriores[470], apontam para a sedimentação do entendimento de que os tratados de direitos humanos ratificados anteriormente à edição da EC nº 45/2004 têm caráter de *normas supralegais*, compreendidas como normas que se situam abaixo da constituição, mas acima de qualquer outra espécie normativa do ordenamento jurídico brasileiro.

Para André de Carvalho Ramos[471], consagrou-se, a partir do RE nº 466.343/SP, a *teoria do duplo estatuto dos tratados de direitos humanos*, revestindo-se de *natureza constitucional* aqueles aprovados de acordo com o rito prescrito pelo §3º do art. 5º, e de *natureza supralegal* todos os demais estatutos de direitos humanos. Os primeiros integram o chamado *bloco de constitucionalidade restrito*, e podem servir de parâmetro para verificação de constitucionalidade de qualquer norma infraconstitucional; os segundos, enquanto normas de caráter *supralegal*, não serão aplicáveis somente no que colidirem com o próprio texto constitucional.

Carvalho Ramos observa, por fim, que a adoção do rito prescrito pelo §3º do art. 5º é *facultativa*, e não obrigatória. A título de ilustração, elenca os tratados de direitos humanos aprovados após a edição da EC nº 45/2004 que adotaram o rito simples[472].

---

[469] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 156.

[470] Flávia Piovesan colaciona, nesse sentido, as decisões proferidas no HC nº 123.246, Rel. Min. Gilmar Mendes; RE nº 497.634, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 08/04/2010; HC nº100.888-MC, Rel. Min. Carlos Britto, DJe de 07/10/2009; HC nº 98.893-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 12/06/2009; RE 562.051, Rel. Min. Cezar Peluzo, DJe de 15/06/2009; HC nº 96.778, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 15/05/2009; HC nº 99.211, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 09/06/2009; HC nº 96.020, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 05/05/2009; HC nº 93.231, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 17/03/2009; e HC nº 97.467, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 12/03/2009. (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 153-154).

[471] RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 478-479.

[472] Dentre eles, o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, adotado em 18 de dezembro de 2006, objeto do Decreto Legislativo nº 483, de 20/12/2006; o Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos do Mercosul, objeto do Decreto Legislativo de nº 592, de 27/08/2009, e do Decreto nº 7.225, de 1º/07/2010; e a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, objeto do Decreto

4.5.2 Principais estatutos internacionais incidentes no sistema constitucional do estado de exceção brasileiro

A decretação do estado de defesa ou de sítio (simples ou qualificado) importa na deflagração dos tratados internacionais que prescrevem normas específicas para o estado de exceção. Esses estatutos buscam resguardar direitos humanos fundamentais em situações excepcionais, e podem ser incorporados ao direito interno como norma de *natureza constitucional*, quando sua incorporação atender o rito do art. 5º, §3º, da Constituição Federal, ou de *caráter supralegal*, nos demais casos.

Os principais diplomas internacionais que impactam no sistema de crises brasileiro são anteriores à Emenda Constitucional nº 45/2004, revestindo-se, portanto, de *supralegalidade*: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966; a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984 (ambas no âmbito universal); a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969; e a Convenção Americana para Prevenir e Punir a Tortura, de 1985 – essas últimas integrantes do sistema regional.

Essas normas, conjuntamente com os dispositivos constitucionais respectivos, irão disciplinar tanto o estado de defesa como o estado de sítio, mas terão especial relevância no estado de sítio qualificado, ou seja, declarado em razão de guerra ou invasão armada estrangeira. Isso porque, nesse caso, os estatutos internacionais preenchem inquietante lacuna do texto constitucional, ao enumerar, taxativamente, direitos humanos fundamentais que não podem ser objeto de suspensão, em nenhuma circunstância.

4.5.2.1 Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, entrou em vigor em 23 de março de 1976, e integra, juntamente com o Protocolo Facultativo de 1966, com o Pacto

---

Legislativo nº 485, de 20/12/2006, e do Decreto nº 6.177, de 1º/08/2007 (RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 480).

Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Carta Internacional de Direitos Humanos[473].

Esse estatuto foi incorporado ao ordenamento brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, sendo promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992[474]. Reveste-se, portanto, de caráter *supralegal*, estando abaixo, apenas, das normas constitucionalmente amparadas.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos[475] é o principal instrumento convencional das Nações Unidas a disciplinar, de forma expressa, do estado de exceção. Dispõe seu art. 4 que

> 1. Quando situações excepcionais ameacem a existência da nação e sejam proclamadas oficialmente, os Estados-partes no presente Pacto podem adotar, na estrita medida em que a situação o exigir, medidas que derroguem as obrigações decorrentes do presente Pacto, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes sejam impostas pelo Direito Internacional e não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social.

O parágrafo 2 dessa mesma cláusula elenca os direitos que não são passíveis de suspensão, mesmo em situações excepcionais: direito à vida (art. 6); vedação à prática de tortura, ou de imposição de penas ou tratamentos cruéis (art. 7); vedação à escravidão e à servidão (art. 8, parágrafos 1 e 2); vedação de prisão por descumprimento de obrigação contratual (art. 11); direito à irretroatividade da lei penal (art. 15); direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica (art. 16); e direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião, abrangidos aí a liberdade de crença e de culto (art. 18).

De se notar, ainda, que as medidas que não são expressamente vedadas devem ser adotadas "na estrita medida em que a situação o exigir", em nítida adoção do princípio da proporcionalidade.

Por fim, os signatários do Pacto se obrigam a comunicar os demais, por intermédio do Secretário-Geral das Nações Unidas, sempre que se utilizarem de medidas de suspensão de garantias, indicando as disposições suspensas e a motivação de tal suspensão (art. 4, parágrafo 3).

O Segundo Protocolo Adicional ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos com vistas à Abolição da Pena de Morte, de 15 de dezembro de 1989 (Resolução nº 44/128

---

[473] RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 152.
[474] Ibid., p. 152.
[475] Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 521-537).

da Assembleia Geral da ONU) foi aprovado, no Brasil, pelo Decreto Legislativo nº 311/2009.

Esse protocolo, no entanto, foi objeto de *reserva expressa*, para fins de compatibilização com o art. 5º, XLVII, *a*, da Constituição Federal, que autoriza a pena de morte em caso de guerra declarada, nos moldes do art. 84, XIX[476].

4.5.2.2 Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, foi adotada pela Organização dos Estados Americanos, quando da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José, Costa Rica, e passou a vigorar a partir de 1978[477].

Sua promulgação, no Brasil, se deu em 6 de novembro de 1992, com a edição do Decreto nº 678. Tal como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, sua posição no ordenamento interno é de norma jurídica dotada de *supralegalidade*.

Seu art. 27 trouxe regramento específico para a suspensão de garantias em situações de emergência[478]:

> 1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte, este poderá adotar as disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.

Também a exemplo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, tratou a Convenção de enumerar, expressamente, os direitos e garantias não passíveis de suspensão:

> 2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 6 (proibição da escravidão e da servidão), 9 (princípio da legalidade e da retroatividade), 12 (liberdade de consciência e religião), 17 (proteção da família), 18 (direito ao nome), 19 (direitos da criança), 20 (direito à nacionalidade) e 23 (direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.

---

[476] RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 157.
[477] Ibid., p. 294.
[478] Convenção Americana de Direitos Humanos (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 671-692).

A suspensão de garantias deverá ser imediatamente comunicada pelo Estado-parte aos demais signatários da Convenção, por intermédio do Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos, apontando-se as disposições cuja aplicação haja suspendido, os motivos determinantes da suspensão e a data em que haja dado por terminada tal suspensão (art. 27, 3).

4.5.2.3 A Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e a Convenção Americana para Prevenir e Punir a Tortura

A Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes foi adotada em Nova Iorque, em 10 de dezembro de 1984; assinada pelo Brasil em 23 de setembro de 1985; aprovada pelo Congresso Nacional em 23 de maio de 1989 (Decreto nº 4); ratificada em 28 de setembro de 1989 e, por fim, promulgada em 15 de fevereiro de 1991, pelo Decreto nº 40[479].

Em 9 de dezembro de 1985, a Organização dos Estados Americanos adotou a Convenção Americana para Prevenir e Punir a Tortura. Esse tratado foi aprovado pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 5, de 31 de maio de 1989, e promulgado pelo Decreto nº 98.386, de 9 de dezembro de 1989[480].

Ambos os estatutos, portanto, integram o ordenamento interno como normas dotadas de *supralegalidade*.

A vedação da tortura já é consagrada pelo art. 5º, III, da Constituição Federal. O princípio da dignidade da pessoa humana já seria, por si só, suficiente para afastar a possibilidade de suspensão dessa proibição, mesmo no estado de sítio decorrente de guerra ou invasão armada estrangeira.

Ainda assim, de forma categórica, o art. 2º, 2, da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes[481] estabelece que

> Em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais, como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, como justificação para a tortura.

---

[479] RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 186.
[480] Ibid., p. 313-314.
[481] Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 567-578).

No mesmo norte, o art. 5º da Convenção Americana para Prevenir e Punir a Tortura[482] assim dispõe:

> Não se invocará nem admitirá como justificativa do delito de tortura a existência de circunstâncias tais como o estado de guerra, a ameaça de guerra, o estado de sítio ou de emergência, a comoção ou conflito interno, a suspensão das garantias constitucionais, a instabilidade política interna, ou outras emergências ou calamidades públicas.

Portanto, no sistema de crises brasileiro, a impossibilidade de suspensão da vedação à prática de tortura decorre, *tacitamente*, do próprio conteúdo axiológico da Constituição de 1988, e *expressamente* por incidência dos estatutos internacionais acima transcritos.

4.6 CONTROLE DO ESTADO DE EXCEÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O sentido do vocábulo "controle", tal como empregado no direito brasileiro, advêm do francês *contrôle*, e remete à noção de fiscalização, verificação ou vigilância[483].

A excepcionalidade do estado de defesa e de sítio e a gravidade das medidas excepcionais ensejam a submissão dos mesmos a diversos tipos de controle, por diferentes órgãos e instâncias.

Em perspectiva, a sujeição a controles é da essência do estado de exceção contemporâneo, em contraposição ao modelo de excessiva concentração de poderes no Executivo, característico do modelo predominante na primeira metade do século XX. Não seria exagerado afirmar que a incidência dos controles é a mais importante característica do sistema constitucional do estado de exceção: em última instância, apenas o sistema de pesos e contrapesos é capaz de assegurar o respeito aos direitos fundamentais em situações de grave crise.

Estão sujeitos a controle tanto as medidas tomadas no âmbito da excepcionalidade como o próprio ato de decretação da situação excepcional, e esse controle pode ser interno, político ou judicial.

---

[482] Convenção Americana para Prevenir e Punir a Tortura (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 702-707).

[483] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo.* São Paulo: Saraiva, 2011. 3. ed., p. 228.

4.6.1 Controle interno

O controle interno é aquele exercido no âmbito do próprio Poder Executivo, e se arrima na autotutela, ou seja, na prerrogativa da Administração Pública de rever seus próprios atos.

Para Edmir Netto de Araújo[484], o conceito de autotutela indica "o poder da Administração Pública de prover, no exercício de sua potestade de império, à satisfação do interesse público sem recorrer à autoridade a ela estranha". Anota o autor que esse poder de revisão, decorrente da autotutela, inclui não somente a possibilidade da *revogação* ou *anulação* do ato, mas também a possibilidade de sua *reforma* (modificação), mediante a substituição das partes viciadas por outras mais condizente com o interesse público, ou sua *convalidação*, isto é, sua consolidação definitiva, com ou sem acréscimo de modificação.

No tocante ao controle das medidas excepcionais adotadas pelo Poder Executivo, no estado de defesa ou de sítio, esse pode ser feito pessoalmente, pelo próprio Presidente da República. Como a ele incumbe nomear e destituir o(s) executor(es) dessas medidas, cabe-lhe também, por consequência, a revisão dos seus atos[485].

Além disso, em relação ao ato de decretação, há previsão de um controle prévio, de competência do Conselho da República e do Conselho de Segurança Nacional, que têm por obrigação emitir pareceres para orientação do Presidente (CF, art. 136, *caput*, e art. 137, *caput*).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho[486] observa que os pareceres desses órgãos, no entanto, não vinculam a decisão do Presidente da República, que pode decretar o estado de defesa contrariamente a esses pareceres, sob sua exclusiva responsabilidade.

Ives Gandra Martins[487] também ressalta que os pareceres não têm efeito vinculante, sem deixar de observar, contudo, que, na prática, a posição de ambos os Conselhos tem considerável peso, uma vez que composto, tanto o Conselho da República como o Conselho

---

[484] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 540.
[485] FERREIRA, Olavo Alves. *Sistema Constitucional das Crises:* restrições a direitos fundamentais. São Paulo: Método, 2009, p. 193-194.
[486] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 3, p. 59.
[487] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 5, p. 5.

de Defesa Nacional, pelos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado; esse último, ainda, é integrado por todos os Ministros militares.

Para José Afonso da Silva[488], caso o estado de defesa seja decretado em contrariedade aos pareceres do Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional, e tal decreto, posteriormente, venha a ser rejeitado pelo Congresso Nacional, poderá haver a hipótese de crime de responsabilidade do Presidente da República.

4.6.2 Controle político

Em regra, a separação de poderes veda a interferência de um poder na esfera de outro, sendo as respectivas competências delimitadas na própria constituição. No entanto, em algumas situações, o próprio texto constitucional autoriza, de maneira expressa, que o Congresso Nacional interfira no juízo de oportunidade e conveniência do Poder Executivo, para a prática de determinados atos. É o caso, por exemplo, da faculdade do Congresso Nacional de rejeitar a incorporação de tratados ou acordos internacionais firmados pelo Presidente da República (ar. 49, I), ou mesmo de negar autorização para que o mesmo se ausente do País por mais de quinze dias (art. 49, III).

O ato de decretação de estado de defesa ou de sítio submete-se a essa modalidade de controle político, pois é a própria Constituição que outorga ao Congresso Nacional competência para *aprovar* o estado de defesa, para *autorizar* o estado de sítio e para, a qualquer tempo, determinar a *suspensão* de ambos. No exercício dessas competências, age o Legislativo com ampla discricionariedade, apreciando o mérito do ato de decretação sob a ótica exclusiva da sua compatibilidade com o interesse público.

Há, no entanto, uma segunda dimensão do controle político, respeitante à competência outorgada ao Congresso Nacional para, genericamente, "fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta" (art. 49, X). Essa prerrogativa, no sistema constitucional do estado de exceção, se reflete em normas mais específicas: o art. 140 determina a designação de uma comissão parlamentar especial, para acompanhamento e fiscalização da execução das medidas referentes ao estado de defesa e ao estado de sítio; pode, ainda, o Congresso Nacional convocar o executor do estado de sítio para prestar informações (art. 50); por fim,

[488] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 646.

cessado o estado de exceção, obriga-se o Presidente da República a encaminhar ao Congresso Nacional mensagem ao Congresso Nacional, com especificação e justificação das providências adotadas, relação nominal dos atingidos e indicação das restrições aplicadas (art. 141, parágrafo único).

O controle político do estado de exceção, portanto, é aquele que se concentra, com exclusividade, no Congresso Nacional, órgão político por excelência, e que se traduz em dois aspectos: na competência do Congresso Nacional para apreciar o decreto do estado de defesa e autorizar a decretação do estado de sítio, hipóteses em que exerce juízo discricionário sobre a oportunidade e conveniência desses atos; e na atribuição de fiscalização dos atos praticados na sua vigência.

José Afonso da Silva[489] identifica, no controle político do estado de sítio, três momentos distintos: um *controle prévio*, derivado da necessidade de autorização expressa, anterior à sua decretação; um *controle concomitante*, decorrente da obrigatoriedade de designação de comissão especial para acompanhar e fiscalizar as suas medidas, e um *controle sucessivo*, quando da apreciação do relatório encaminhado pelo Presidente da República com a especificação e justificação das providências adotadas. Para o autor, o estado de defesa apresenta fases semelhantes, à exceção do controle prévio, pois a apreciação do decreto, nesse caso, se dá após sua edição.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho[490] observa que a preocupação em se evitar abusos, nos casos de suspensão das garantias, manifestava-se já na Constituição de 1824, que exigia que, ao final, fosse enviada à Assembleia relação motivada das prisões efetuadas e de outras medidas de prevenção tomadas. O texto constitucional previa expressamente a responsabilização das autoridades por abusos praticados.

A Constituição de 1891 outorgava ao Congresso Nacional competência tanto para declarar o estado de sítio quanto para suspendê-lo, quando, na sua ausência, declarado pelo Poder Executivo (art. 34, 21). Determinava-se, igualmente, que, ao seu término, o Presidente da República deveria relatar, motivadamente, as medidas de exceção tomadas, sendo as autoridades responsáveis por estas medidas responsáveis pelos abusos cometidos (art. 80, §3º e §4º).

---

[489] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 649-651.

[490] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O estado de sítio na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 144-145.

A exigência de submissão ao Parlamento de relatório das medidas tomadas na vigência do estado de sítio, com possibilidade de responsabilização civil e criminal do Presidente da República e demais autoridades, constava também da Constituição de 1934 (art. 175, §12º e §13º). Essa Carta também prescrevia a necessidade de prévia autorização do Poder Legislativo para a declaração do estado de sítio, que competia ao Presidente da República (art. 175).

A Constituição de 1937, coerente com seu peculiar autoritarismo, vedava expressamente a interferência do Parlamento no ato de decretação do estado de exceção (art. 166, §1º). Foi mantida a obrigação da posterior prestação de contas, mas em eventual não aprovação das medidas e responsabilização do Presidente da República, poderia o mesmo dissolver a Câmara e convocar novas eleições (art. 167).

O controle político do estado de exceção foi restaurado pela Constituição de 1946, que devolveu a competência para a decretação do estado de sítio ao Congresso Nacional (art. 206) e retomou o controle sucessivo (art. 214, parágrafo único). A grande inovação trazida, contudo, foi a introdução da imunidade parlamentar em sentido material, já objeto de análise no item 4.3.2.

Na Constituição de 1967, a competência para a decretação do estado de sítio pertencia ao Presidente da República, que deveria submetê-la ao Congresso Nacional em cinco dias (art. 153, §1º). Manteve-se a exigência de envio de relatório posterior, com justificação das providências adotadas, mas sem menção à responsabilização dos órgãos do Poder Executivo (art. 155). Essas disposições foram mantidas pela Constituição de 1969 e, em linhas gerais, pela Emenda Constitucional nº 11/1978. Essa última introduziu o estado de emergência que, diversamente do estado de sítio, era apenas comunicado ao Congresso Nacional (art. 158, §3º).

A Constituição de 1988 restaurou por completo o controle político do estado de exceção, em suas duas dimensões: o controle enquanto faculdade para decidir sobre relações jurídicas que afetam o Poder Executivo, e o controle como decorrência da atribuição genérica do Parlamento, de fiscalização da atividade desse poder.

No sistema constitucional do estado de exceção brasileiro, ao Congresso Nacional compete aceitar ou rejeitar o decreto de estado de defesa (art. 136, §4º), e autorizar ou não a decretação do estado de sítio (art. 137, *caput*). Pode, ainda, a qualquer tempo, suspendê-los, nos termos do art. 49, IV.

Para Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira[491], esse controle é amplo, abarcando tanto a constitucionalidade do ato como sua compatibilidade com o interesse público (conveniência e oportunidade). Alves Ferreira observa que o Congresso Nacional exerce, no estado de defesa, um *controle repressivo de constitucionalidade*, de modo semelhante ao adotado na apreciação de medidas provisórias, pois a análise dos seus pressupostos, procedimentos e demais requisitos se dá já na sua vigência. Esse *controle repressivo de constitucionalidade* pode se dar, ainda, pela suspensão do estado de defesa, nos termos do art. 49, IV. Anota o autor que, por sua vez, o Parlamento adota, no estado de sítio, um *controle de constitucionalidade preventivo*, pois a análise se dá previamente à edição do decreto.

Questão relevante, no controle político, diz respeito a saber se a competência do Congresso Nacional se limitaria a aprovar ou não a decretação da defesa ou do sítio, ou se o mesmo poderia conformar o ato decretação, alterando sua configuração.

Para Walter Claudius Rothenburg[492], a resposta deve ser buscada no princípio do inter-relacionamento harmônico dos Poderes de Estado, à luz do critério da proporcionalidade. Segundo esse critério, o Parlamento poderia modificar o decreto proposto pelo Executivo, desde que não desfigurasse a essência da sua proposta.

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira[493], por sua vez, entende que o texto constitucional outorga ao Congresso uma apreciação amplíssima da decretação dos estados de defesa e de sítio, a ponto de se permitir a inclusão ou exclusão de elementos constantes do decreto, tais como o prazo de duração, as áreas atingidas e os direitos e garantias passíveis de restrição. Essa possibilidade de modificação do decreto se manteria, inclusive, nas suas eventuais prorrogações.

Sem embargo, a posição de Rothenburg se afigura mais razoável. Não se ignora que, em tese, quem detém o poder de rejeitar um determinado ato seria também titular do "poder menor" de o modificar. No entanto, uma alteração desmedida, que importasse na desfiguração completa do ato, importaria em invasão à seara exclusiva do Presidente da República, de editar o decreto, com todos os seus elementos. Por mais amplo que seja o controle político, não se pode ignorar que, pela sistemática constitucional, a decretação do

---

[491] FERREIRA, Olavo Alves. *Sistema Constitucional das Crises:* restrições a direitos fundamentais. São Paulo: Método, 2009, p. 180-181.
[492] ROTHENBURG, Walter Claudius. Comentário aos arts. 136 a 141. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1.571-1.572.
[493] FERREIRA, Op. cit., p. 182-183.

estado de defesa ou de sítio é antes um ato de colaboração das vontades dos Poderes Executivo e Legislativo, não cabendo a esse último reescrever o decreto, a seu exclusivo talante.

O quórum de deliberação para apreciação do decreto de defesa e para autorização da decretação do estado de sítio é de maioria absoluta, nos termos do art. 136, §4º, e 137, parágrafo único. O art. 49, IV, que dispõe sobre a competência do Congresso Nacional para suspender o estado de defesa e do estado de sítio, nada menciona sobre quórum, mas é sensato supor que deva ser idêntico ao previsto para a sua decretação.

Um dos efeitos de cariz organizatório da decretação do estado de defesa e do estado de sítio, já abordado no item 4.4.1.2, é a exigência de regular funcionamento do Parlamento na vigência dos mesmos (art. 136, §6º, e art. 137, §3º). Essa estipulação, decorrência natural da gravidade da situação emergencial, é fundamental à efetivação da dimensão fiscalizadora do controle político.

A comissão específica para o acompanhamento e a fiscalização das medidas tomadas na vigência do estado de defesa ou de sítio, composta por cinco membros, designados pela Mesa do Congresso Nacional, nos termos do art. 140, materializa o que José Afonso da Silva[494] denomina *controle concomitante*, que deve acompanhar, em tempo real, as medidas tomadas pelo Poder Executivo.

Para Ives Gandra Martins[495], essa comissão deve observar o regime previsto no art. 58 da Constituição Federal, cumprindo, inclusive, na medida do possível, assegurar a representação proporcional dos partidos ou blocos parlamentares representados (art. 59, §1º). Essa diversidade poderia, sem dúvida, tornar o controle mais efetivo, ao evitar que um único segmento político, eventualmente alinhado ao Governo, fosse responsável por sua fiscalização. Contudo, o próprio autor admite que a decisão final sobre sua composição será objeto de deliberação majoritária.

Observa Ives Gandra[496], ainda, que o poder de fiscalização outorgado à comissão não se confunde com o poder de intervir. À comissão cabe apenas alertar o Congresso Nacional, que deve então deliberar sobre a atuação do Executivo, por maioria absoluta.

---

[494] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 649-651.
[495] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1997, v. 5, p.151.
[496] Ibid., p.153.

O executor do estado de defesa ou de sítio é autoridade diretamente subordinada à Presidência da República. Nessa condição, a Câmara dos Deputados, o Senado Federal ou qualquer de suas comissões poderão convocá-lo para prestar informações, nos termos do art. 50 da CF.

Finalmente, o *controle político sucessivo*, ou posterior, se dá após a cessação do estado de defesa ou de sítio, ocasião em que o Presidente da República deverá encaminhar mensagem ao Congresso Nacional, relatando: a) as medidas aplicadas durante a sua vigência; b) com especificação e justificação das providências adotadas, c) acompanhada de relação nominal dos atingidos e indicação das restrições aplicadas (art. 141, §1º).

Para Ives Gandra Martins[497], essa prestação de contas do Presidente da República visa permitir que o Congresso Nacional avalie se o mesmo atuou dentro dos limites da delegação que lhe foi conferida. Daí a necessidade de serem elencadas todas as medidas excepcionais, com relação nominal dos atingidos e indicação individualizada das restrições aplicadas a cada um deles.

Pinto Ferreira[498] observa que o texto constitucional não estipula prazo para o encaminhamento da mensagem presidencial ao Congresso, apenas indicando que deva ser feito "logo", isto é, com rapidez. Assinala que, na vigência da Constituição de 1967/1969, havia a fixação do prazo de trinta dias para tal.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho[499] aponta essa mesma deficiência, sem deixar de observar que a demora na apresentação do relatório, ou seu encaminhamento em termos vagos, ou com omissões, constitui suspeita suficiente para que o Presidente da República seja denunciado por crime de responsabilidade, e seja procedido o processo de *impeachment* contra o mesmo.

Para Ferreira Filho[500], também, a eventual desaprovação do relatório presidencial deve desencadear, instantaneamente, processo de responsabilidade contra os praticantes dos atos reprovados, ou mesmo do Presidente da República, por omissão, ao não exigir dos seus subordinados, executores do estado de sítio, o respeito à lei e à Constituição.

---

[497] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1997, v. 5, p. 159-161.
[498] FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 5, p. 218.
[499] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O estado de sítio na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 145-146.
[500] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988.* São Paulo: Saraiva, 1994, v. 3, p. 75.

O autor[501], no entanto, defende que o Congresso Nacional tem também a prerrogativa de anistiar os responsáveis por eventuais abusos, mormente quando praticados no calor da luta, com propósitos patrióticos, adquirindo essa anistia o sentido do *act of indemnity*, próprio do direito inglês. No entanto, para tal anistia, é preciso que a resolução do Congresso seja explícita em relação aos fatos e aos autores.

4.6.3 Controle judicial

O controle judicial, compreendido como aquele exercido por todos os Órgãos Jurisdicionais, de forma difusa, e pelo Supremo Tribunal Federal, em sede concentrada, é o instrumento mais eficaz para conformar o estado de exceção aos ditames constitucionais, constituindo-se na maior garantia dos indivíduos nos regimes excepcionais. Juntamente com o controle político, exercido pelo Congresso Nacional, integra o sistema de pesos e contrapesos capaz de refrear o excessivo protagonismo que o Poder Executivo naturalmente exerce em situações de grave crise.

A Constituição de 1937, que introduziu o estado de emergência e o estado de guerra, vedava expressamente o escrutínio judicial dos atos praticados na sua vigência (art. 170). A Constituição de 1946 não só restabeleceu a figura do estado de sítio, como assentou, expressamente, que a inobservância das normas específicas sobre o mesmo constituiria coação ilegal, passível de revisão judicial (art. 215).

Embora a Constituição de 1988 não traga um dispositivo semelhante, com previsão expressa do controle judicial no estado de defesa e de sítio[502], é indisputável que a inafastabilidade da tutela jurisdicional, consagrada como princípio geral no art. 5º, XXXV, integra também o sistema constitucional do estado de exceção brasileiro.

Aliás, o controle judicial não apenas integra, mas ocupa posição central no sistema de crises da Constituição de 1988, que se traduz em dois aspectos: a) na sindicabilidade do próprio ato de decretação do estado de defesa e de sítio, que implica na verificação de seus

---

[501] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O estado de sítio na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 146.

[502] Há, apenas, a previsão de uma provocação *ex officio* da autoridade judicial competente, para as prisões efetuadas pela autoridade administrativa por crimes contra o Estado, na vigência do estado de defesa (CF, art. 136, §3º, I)

pressupostos autorizadores, e b) no exame das medidas tomadas no âmbito da excepcionalidade (controle dos efeitos do estado de exceção).

4.6.3.1 Sindicabilidade do ato de decretação do estado de defesa e estado de sítio: a doutrina dos atos de governo e a inafastabilidade da tutela jurisdicional

A sindicabilidade do ato de decretação do estado de defesa e estado de sítio diz respeito à possibilidade de exame, pelo Poder Judiciário, dos pressupostos (formais e materiais) autorizadores da decretação do estado de defesa ou de sítio.

A deflagração do estado de defesa ou de sítio, já se demonstrou, é ato complexo que envolve a colaboração dos Poderes Executivos e Legislativo, cabendo a esse último conceder posterior aprovação, na primeira modalidade, ou autorização prévia, na segunda. Esses poderes têm a evidente competência constitucional para verificar o preenchimento dos pressupostos formais e materiais do estado de defesa ou do estado de sítio, já abordados no item 4.2.

Admita-se, no entanto, a hipótese de decretação do estado de exceção pelo Presidente da República, chancelada pelo Parlamento, sem o atendimento de algum dos pressupostos formais, constitucionalmente estabelecidos. Por exemplo, uma decretação do estado de defesa sem a prévia oitiva do Conselho da República ou do Conselho de Defesa Nacional; ou a decretação do estado de sítio, decorrente de comoção grave de repercussão nacional, por prazo indeterminado, ou por lapso superior ao máximo estabelecido, de trinta dias.

Nesses casos, parece não restar dúvida de que o Poder Judiciário pode e deve anular o decreto presidencial. E, na estrutura do Poder Judiciário, é ao Supremo Tribunal Federal que compete fazê-lo, mediante provocação de qualquer um dos entes legitimados para o manuseio das ações próprias ao controle concentrado de constitucionalidade.

Muito mais controvertida, no entanto, é a possibilidade do escrutínio dos pressupostos materiais do estado de defesa e do estado de sítio, deduzidos da interpretação de expressões como “grave e iminente instabilidade institucional” e “comoção grave de repercussão nacional”.

Não se ignora que os dispositivos constitucionais outorgam, nesse particular, competência discricionária à Presidência da República, compartilhada, também, com o Congresso Nacional. No entanto, hodiernamente, a insuscetibilidade absoluta de escrutínio

de determinados atos (os chamados atos políticos ou atos de governo), deve ser cotejada com o já mencionado princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV).

No seu sentido mais comum, compreende-se os atos de governo como atos emanados pelo órgão supremo do Poder Executivo (ou, em alguns casos, de outros órgãos políticos superiores), de natureza política, sobre os quais se pretende que haja restrições quanto à possibilidade de controle jurisdicional. Não obstante o direito norte-americano se referir a "questões políticas" e o direito inglês mencionar os "atos de Estado", mais comumente se utiliza a expressão "ato de governo" ou "ato político".

Ruy Barbosa[503], defendendo justamente a sindicabilidade do ato de decretação do estado de sítio, invoca a doutrina de Cooley e Hitchcock, para divisar as questões puramente políticas dos interesses políticos que venham a afetar interesses individuais:

> [S]ó questões puramente políticas são impenetráveis á defeza apoiada na justiça federal. *Questions purely political are not within the province of the courts.*
>
> Mas os casos, que, si por um lado tocam a interesses políticos, por outro envolvem *direitos individuaes*, não podem ser defesos á intervenção dos tribunaes, amparo da liberdade pessoal contra as invasões do executivo. [...]
>
> Onde quer que haja um direito individual violado, ha de haver um recurso judicial para a debellação da injustiça: este, o princípio fundamental de todas as Constituições livres. Si, sob o pretexto da natureza política das necessidades, que legitimam esse temeroso parenthesis na ordem constitucional conhecido pelo nome de estado de sitio, o governo, fóra das condições extremas taxadas na lei, puder arremessar contra os seus antagonistas politicos essa mole de arbitrio, e o direito esmagado não tiver contra ella a sua salvaguarda natural nos tribunaes, quem conterá mais o poder executivo?

Adiante, esclarece os papéis do Legislativo e Judiciário na apreciação das questões políticas[504]:

> Quando a necessidade da preservação de taes direitos, cuja declaração de inviolabilidade é o orgulho das democracias contemporaneas, se complica, nas medidas de governo, com as exigências da ordem social (como se dá na questão do estado de sítio), a mescla dos dois elementos impõe a conciliação entre elles, em vez da absorpção de um pelo outro; e essa conciliação não se póde operar, senão reservando, ao mesmo tempo, a competência do poder legislativo, como órgão do interesse politico, e a da justiça, como orgão do direito individual. [...] Essas duas juridicções não se annullam reciprocamente. Cada uma tem a sua funcção peculiar: o Congresso aprecia o facto politico, á luz da conveniência, ou do direito fundamental. A justiça entende nas questões civis, restabelecendo o direito do indivíduo, quando o executivo, para o ferir, transpoz a barreira constitucional. A sancção politica da legislatura não exclue a necessidade da desaggravação da liberdade pessoal, oprimida, ou suprimida, pelas impaciencias da autoridade administrativa. E para esses desaggravos, para essas reposições da

[503] BARBOSA, Ruy. *O Estado de Sitio:* Sua Natureza, Seus Effeitos, Seus Limites. Capital Federal: Companhia Impressora, 1892. p. 23-24.
[504] Ibid., p. 26-27.

> justiça magoada no encontro das paixões combatentes falta á legislatura a vocação especifica e a capacidade constitucional.

Igualmente inspirado nos autores norte-americanos, Pedro Lessa[505] comunga do entendimento que somente as questões puramente políticas escapam da apreciação do Judiciário. Identifica as questões "exclusivamente políticas" como aquelas que se resolvem com as faculdades meramente políticas, por meio de poderes exclusivamente políticos, sem que lhes faça oposição direitos individuais. Para o autor, poder meramente político é sinônimo de poder discricionário, que "pressuppõe evidentemente o arbítrio da autoridade em que reside".

No paradigmático *Habeas Corpus* nº 3.527[506], de 15 de abril de 1914, pretendia-se a soltura de Eduardo de Macedo Soares e outros pacientes, acusados de crime político na vigência de estado do sítio declarado pelo Decreto de 4 de março de 1914 e prorrogado por Decreto de 31 de março do mesmo ano, ambos do Presidente da República, Hermes da Fonseca. Alegava-se que a decretação do estado de sítio não preenchia os requisitos constitucionais previstos no art. 80[507], sendo, portanto, um ato inconstitucional.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, reconheceu a natureza política do ato de decretação de estado de sítio, e se declarou incompetente para apreciar o *habeas corpus*. Assentou-se, no acórdão, que

> [É] princípio cardeal do direito constitucional, relativamente ao exercício dos poderes públicos, armados de igual independência quanto às suas funções privativas, que, uma vez expressamente conferida a um deles uma atribuição para a prática de dado ato ou para o uso de dada faculdade, é ele o único juiz competente da oportunidade e das razões determinantes do respectivo ato, ou do uso da sua faculdade; porque o contrário seria a negação completa da sua independência. [...] [C]orreta é a autoridade do Supremo Tribunal Federal para conhecer de quaisquer atos dos poderes políticos, quando ofensivos dos direitos individuais, por ser ele o intérprete final da Constituição e das leis, nem por isto a consequência, única obrigada, seria a de julgar o mérito do pedido em questão, mas também a de poder declarar, ele próprio, se a controvérsia constituiu, ou não, um caso judicial, ou uma questão meramente política; como assim o tem tantas vezes feito a Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Vencidos, os Ministros M. Murtinho, Leoni Ramos e Pedro Lessa fundamentaram sua dissidência em precedentes da Suprema Corte norte-americana, com destaque para o

---

[505] LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário.* Brasília: Senado Federal, 2003, p. 59.

[506] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 3.527, de 15/04/1914. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC3527.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2016.

[507] Constituição Brasileira de 1891: "Art. 80. Poder-se-á declarar em estado de sítio qualquer parte do território da União, suspendendo-se aí as garantias constitucionais por tempo determinado, quando a segurança da República o exigir, em caso de agressão estrangeira, ou comoção intestina (art. 34, n. 21)."

caso *Milligan*, quando, em meio à Guerra da Secessão, se julgou inconstitucional a suspensão do *habeas corpus* no estado de Indiana, por se verificar, nesse estado, situação de tranquilidade. Consignaram os vencidos que "mesmo depois de aprovado o sítio pelo Congresso nada pode embaraçar uma decisão em que o Tribunal garanta direitos individuais, lesados pelo ato do Executivo, aprovado pelo Legislativo".

A Constituição de 1946 trouxe o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, assim positivado: "art. 141. (...) §4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual". Sedimentou-se a noção de tutela jurisdicional como direito do indivíduo, e a prestação da jurisdição como obrigação do Estado, que a exerce em caráter monopolístico.

A partir daí, passou a doutrina a cotejar a teoria dos atos de governo com o novo princípio. E, novamente, teve destaque o critério da proteção aos direitos subjetivos. Sendo pressuposto da inafastabilidade do Poder Judiciário a lesão à direito individual, os atos meramente políticos, que por definição não repercutiriam sobre esses direitos, não se submeteriam a esse princípio – não por constituir exceção à regra, mas pela não subsunção dos mesmos no figurino constitucional. Essa é a posição de Ada Pellegrini Grinover[508]:

> Não é correta, pois, a afirmação de que as questões meramente políticas representam exceção ao princípio da inafastabilidade do controle judiciário: pois que, em se tratando de lesões de direitos individuais, não há que falar-se, a rigor, em ato administrativo exclusivamente político, o qual, como vimos, pode atingir somente interesses, mas não direitos.

A dificuldade, no entanto, se desloca para a distinção entre lesão a direito individual e a mero interesse, que se evidencia no exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal da época:

> Desapropriação; pressupostos concernentes a necessidade ou utilidade da ordem pública, ou de interesse social. Atos essencialmente políticos ou discricionários; Neles não pode intervir a Justiça. RE 13.367-Bahia, de 9 de maio de 1949, Rel. Min. Álvaro Ribeiro da Costa.

Percebe-se, na jurisprudência de então, a resistência à ideia de controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, com mais intensidade verificada em relação aos atos políticos, que é ato discricionário por excelência[509].

---

[508] GRINOVER, Ada Pellegrini. *A garantia constitucional do direito de ação e sua relevância no processo civil. São Paulo* 1972. Tese (livre docência de Direito Judiciário Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1972, p. 145.

[509] Para José Cretella Júnior, o ato de governo é dotado de discricionariedade política ou governamental, em uma esfera de difícil demarcação, "porque a discricionariedade política está desvinculada de fórmulas

Essa tendência se acentua na vigência da Constituição de 1967 e da EC nº 1/1969. Sobre o posicionamento do STF acerca do afastamento da competência do Judiciário para apreciação dos atos políticos, Fernando Dias Menezes de Almeida[510] observa que a Corte aceitou pacificamente tais disposições, decidindo por unanimidade pelo não conhecimento das ações manejadas com esse intuito, em acórdãos de sucinta motivação, sem maiores debates. Cita o autor, nesse sentido, os acórdãos proferidos no MS 14.746, 14.801, 14.821, 14.826 e outros.

A Constituição de 1988 restaurou de forma plena a inafastabilidade do controle do Poder Judiciário, assinalando, no seu art. 5º, XXXV, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Observa-se, de plano, uma inovação em relação ao disposto na Constituição de 1946: o texto constitucional não se refere, mais, a direito "individual", mas a todo e qualquer direito, inclusive os difusos e coletivos, ampliando-se o âmbito de atuação do Judiciário, dentro de uma nova perspectiva de controle jurisdicional.

Conforme já exposto no capítulo 3 da Parte II, a Constituição de 1988 inaugurou uma nova etapa na relação entre os indivíduos e o Estado, alçando a novo patamar a proteção dos direitos e garantias fundamentais e os princípios que balizam as atividades da Administração Pública. Alterou-se, de forma não menos significativa, a relação entre os poderes da República.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho[511], a Constituição conferiu aos magistrados "um certo distanciamento em relação à lei que não admitia a doutrina clássica", permitindo-se aos mesmos invocar questões como a razoabilidade e proporcionalidade da lei. Também o controle da Administração Pública pelo Judiciário foi ampliado, consagrando a Constituição vários princípios de conteúdo subjetivo – inclusive o da eficiência, introduzido pela EC n. 19/1998. Vislumbra, assim, "um controle que vai além da mera legalidade: um controle de legitimidade".

---

apriorísticas que, existentes, destituiriam a ação governamental da benéfica plasticidade que lhe é inerente e que possibilita ao agente a intervenção contínua, oportuna, conveniente e rápida, adequada à imprevisibilidade do caso emergente" (In: *Tratado de Direito Administrativo.* São Paulo: Forense, 1966, 1. ed., v. 2 p. 123).

[510] ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Memória Jurisprudencial: Ministro Vitor Nunes*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006. p. 189.

[511] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo.* São Paulo: Saraiva, 2011. 3. ed. p. 217-218.

A jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal aponta justamente para uma atuação mais discricionária do Poder Judiciário, com maior interferência nos âmbitos de atuação dos demais poderes. A teoria dos atos de governo, ou atos políticos, continua a ser adotada, mas de forma muito mais cautelosa e criteriosa.

Na ADI nº 2.348-9/DF[512], de 7/12/2000, pela primeira vez uma medida provisória foi declarada inconstitucional, por ausência do pressuposto de urgência. Para o relator, Ministro Marco Aurélio,

> O tabu, o dogma sacrossanto de que foi revestido o exame dos predicados "relevância" e "urgência", previstos no artigo 62, não mais existe. Por ter-se o envolvimento de requisitos constitucionais e estar a Carta da República, como um grande todo, submetida a guarda do Supremo Tribunal Federal, o Plenário vem admitindo a possibilidade do crivo jurisdicional. Essa visão é harmônica não só com a atividade precípua da Corte – de guarda da Constituição Federal (cabeça do artigo 102) –, como também com o Estado Democrático de Direito, avesso à consagração de poder absoluto.

Nesse caso, o uso abusivo de medidas provisórias, pelo Executivo, encontrou resistência no Poder Judiciário, por meio desse julgado e, também, da ADI nº 293-7, que vedou a reedição, na mesma sessão legislativa, de MP rejeitada pelo Congresso Nacional.

No entanto, alguns acórdãos demonstram que atos que guardam relação com a soberania do Estado e com a condução das relações exteriores permanecem sensíveis à teoria dos atos de governo. Na Reclamação nº 11.243[513], de 2011, a República Italiana buscava a extradição de Cesare Battisti, após o julgamento da Extradição nº 1.085/2011, pelo Supremo Tribunal Federal, diante da recusa do Presidente da República em fazê-lo. O STF assim decidiu:

> [...] Extradição como ato de soberania. Identificação do crime como político traduzida em ato igualmente político. Interpretação da cláusula do diploma internacional que permite a negativa de extradição "se a parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição". Capacidade institucional atribuída ao Chefe de Estado para proceder à valoração da cláusula permissiva do diploma internacional. Vedação à intervenção do Judiciário na política externa brasileira. [...]

Evidencia-se, portanto, que, embora mitigada, os tribunais continuam a aplicar a teoria dos atos políticos ou de governo, ora optando por uma atitude de autocontenção, ora

---

[512] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2.348-9/DF, de 07/12/2000. *DJU*, Brasília, 7 nov. 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347557>. Acesso em: 9 jul. 2016. Não obstante esse precedente, apenas em situações excepcionais a jurisprudência do STF tem admitido o exame de relevância e urgência pelo Poder Judiciário.

[513] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RCL nº 11.243, de 08/06/2011. *DJU*, Brasília, 5 out. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1495257>. Acesso em: 9 jul. 2016.

adotando uma postura mais ativista, de acordo com o que as especificidades das circunstâncias concretas.

Especificamente em relação aos atos de decretação de estado de defesa e de sítio, os mesmos não passaram, em período recente, pelo escrutínio do Judiciário, o que não impede, a partir da análise dos julgados de atos análogos, de traçar alguns parâmetros para seu controle judicial.

Em primeiro lugar, não se afigura compatível com a moderna ordem jurídica a invocação do ato político como um argumento que se encerra em si mesmo, bastando sua adjetivação como tal para sustentar a impossibilidade de controle judicial.

Tampouco parece razoável a adoção de listas ou categorias de atos políticos, pré-definidas, que estariam, aprioristicamente, fora do controle judicial, tais como atos relativos à soberania, à segurança nacional, às relações internacionais, etc.

Portanto, em casos excepcionalíssimos, quando for flagrante a ausência de caracterização dos pressupostos constitucionais materiais (a partir dos parâmetros expostos no capítulo 4.2), pode o Supremo Tribunal Federal, mediante provocação, interferir no juízo discricionário do Presidente da República e do Congresso Nacional, invalidando a decretação do estado de defesa ou de sítio.

Um segundo aspecto merece destaque, ainda, sobre a sindicabilidade do ato de decretação do estado de defesa ou de sítio.

Já se mencionou que tanto a Constituição Brasileira de 1988 como a Constituição Portuguesa aludem às "medidas" que podem ser tomadas no estado de exceção. No entanto, como bem leciona J. J. Gomes Canotilho[514], essas "medidas" abrangem tanto os *atos normativos* como as *medidas de natureza concreta*, tomadas na vigência do estado de exceção. Trata-se de coisas bem distintas. As *medidas* contidas no decreto presidencial consistem, em regra, em *atos normativos* que traduzem os *efeitos* do estado de exceção, e não seus *pressupostos*.

Essas *medidas normativas*, esses *efeitos*, que não se confundem com seus pressupostos, devem também se compatibilizar com a Constituição. No entanto, a eventual inconstitucionalidade de uma dessas medidas, de um desses efeitos, pode, em tese, ser afastada em controle concentrado, sem que todo o decreto seja afetado. A título de exemplo: um estado de defesa regularmente decretado, com todos os pressupostos formais e materiais

[514] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.105.

configurados, prevê, entre as medidas a serem tomadas, a restrição a algum direito não expressamente permitido pelo art. 136, §1º, I. A liberdade de culto religioso, por exemplo. Nesse caso, ao menos em tese, pode o Supremo Tribunal Federal, devidamente provocado, em sede de controle concentrado, declarar inconstitucional apenas o dispositivo que preveja essa medida, preservando o restante do decreto.

4.6.3.2 Sindicabilidade dos atos praticados na vigência do estado de defesa e do estado de sítio

Se a sindicabilidade do ato de decretação do estado de defesa ou de sítio é controversa (ao menos em relação à verificação de seus pressupostos materiais), a possibilidade de controle judicial dos atos e medidas praticados na sua vigência, que afetem diretamente direito subjetivo, é não só inquestionável, como em alguns casos obrigatória.

Aqui está a se referir às medidas de natureza concreta, que recaem sobre um indivíduo específico, determinado, hipótese em que a inafastabilidade da tutela jurisdicional é indisputável. Nessas situações, os órgãos jurisdicionais competentes exercerão, de forma plena, o controle difuso de constitucionalidade, o controle de legalidade e também o controle de convencionalidade dos atos administrativos, compreendidos esses controles como o exame de conformidade desses atos, respectivamente, com a Constituição, com as leis e com os tratados e convenções internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento interno.

Nessa modalidade de controle, terão central importância os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e o mandamento da proibição do excesso, já abordados no item 4.4. Esses princípios constituem o principal instrumento do controle judicial, pois deles serão extraídas as limitações às restrições de direitos e garantias fundamentais (*restrição das restrições*).

Importante lembrar que o próprio texto constitucional prevê um controle judicial obrigatório: nas prisões efetuadas pelo executor do estado de sítio, está o mesmo obrigado a comunicar, imediatamente, o juiz competente, que verificará a legalidade da mesma (CF, art. 136, §3º, I). Ao mencionar *juiz competente*, quer-se dizer que o *princípio do juiz natural* deve ser observado, não podendo o decreto do estado de defesa instituir *competência jurisdicional extraordinária* para a apreciação dessa medida.

Nesse particular, vale lembrar que o executor (ou os executores, se mais de um) das medidas coercitivas do estado de defesa ou de sítio é autoridade federal, sem prerrogativa especial de foro. Portanto, a autoridade judiciária competente para o exercício do controle judicial será o juiz federal da respectiva circunscrição judiciária.

4.6.4 Controle de convencionalidade

Insta analisar, por fim, uma modalidade recente de controle jurisdicional, lastreada na crescente tendência de internacionalização da proteção dos direitos humanos.

As leis e os atos administrativos que conflitem com o estabelecido nos estatutos internacionais poderão ser submetidas ao chamado *controle de convencionalidade*, que, para Marcelo Figueiredo[515], é "aquele exercido para verificar a compatibilidade das regras locais às convenções internacionais".

Na mesma senda, mas de forma mais ampla, André de Carvalho Ramos[516] assinala que

> [O] controle de convencionalidade consiste na análise de compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organizações internacionais).

Carvalho Ramos[517] identifica duas espécies de controle de convencionalidade. Uma de matriz internacional, também denominado de *controle de convencionalidade autêntico ou definitivo*, de competência de órgãos internacionais, criados por tratados internacionais e integrado por julgadores independentes. Outra, de matriz nacional, realizada pelos próprios juízes internos, igualmente chamado de *controle de convencionalidade provisório ou preliminar.*

Classificação semelhante é proposta por Marcelo Figueiredo[518], para quem o controle de convencionalidade pode ser *primário*, quando efetuado no campo doméstico dos países, por seus próprios juízes, ou *secundário*, quando exercido pelo Tribunal regional competente – no caso brasileiro, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para o autor, o controle de convencionalidade *primário* é reputado, ainda, *difuso*, por ser exercido por cada um dos

---

[515] FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil.* São Paulo: Malheiros, 2016, P. 87.
[516] RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 488.
[517] Ibid., p. 478-479.
[518] FIGUEIREDO, Op. cit., p. 88-89.

países integrantes do sistema regional, enquanto que o controle de convencionalidade secundário é *concentrado*, porque efetuado por um único tribunal.

Outros autores utilizam nomenclaturas diversas, porém adotando o mesmo critério. Por sua clareza, adotamos a primeira designação proposta por Carvalho Ramos: controle de convencionalidade nacional e internacional.

4.6.4.1 Controle de convencionalidade nacional

Conforme colocado, o Supremo Tribunal Federal, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, alterou seu entendimento a respeito da posição que os estatutos protetivos dos direitos humanos ocupam no ordenamento interno. No julgamento dos já mencionados RE 466.343-SP[519] e HC 87585-TO[520], assentou-se que os documentos internacionais de direitos humanos incorporados ao direito brasileiro são equivalentes à emenda constitucional somente quando tramitados na forma prescrita no §3º do art. 5º da CF. Os demais estatutos internacionais de proteção ao homem são dotados de "supralegalidade", atributo inovador que os situam em posição intermediária entre as leis ordinárias e a Constituição.

Portanto, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos incorporados ao direito brasileiro ocuparão, em qualquer situação, hierarquia superior a lei ordinária, quer como norma equivalente à emenda constitucional, quando aprovados, em dois turnos, por três quintos dos votos da Câmara e do Senado (CF, art. 5º, §3º), quer como "normas supralegais", nos termos da construção jurisprudencial do STF.

Em ambos os casos, os juízes e tribunais pátrios deverão exercer o controle de convencionalidade, para afastar a aplicação de normas ou atos que sejam incompatíveis com esses estatutos. Procederão, nesse caso, de forma semelhante à adotada no controle difuso de constitucionalidade.

Merece destaque, nesse particular, a incidência dos já mencionados Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966 (Pacto de Roma), e Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), normas

---

[519] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 466.343-1/SP, de 03/12/2008. *DJ*, Brasília, 5 jun. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2016.

[520] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 87.585-8/TO, de 03/12/2008. *DJ*, Brasília, 26 jun. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>. Acesso em: 9 jul. 2016.

supralegais com disciplina específica para a proteções de direitos fundamentais no estado de exceção.

Por outro lado, outros tratados internacionais podem vir a ingressar no ordenamento interno com o *status* de norma constitucional, mediante a adoção do rito do art. 5º, §3º, da CF. Nesse caso, passarão a integrar o chamado "bloco de constitucionalidade", que para André de Carvalho Ramos[521] consiste "no reconhecimento da existência de outros diplomas normativos de hierarquia constitucional, além da própria constituição"[522].

Essa situação conduz à possibilidade, ao menos em tese, das normas internacionais com *status* de emenda constitucional autorizarem a incidência do controle de convencionalidade nacional sob a forma concentrada, tal como o controle concentrado de constitucionalidade. O controle concentrado (ou abstrato) de convencionalidade, assim, seria aquele exercido pelo Supremo Tribunal Federal, provocado pelo manejo das ações próprias, como a ADIn e a ADPF, na hipótese de uma norma infraconstitucional violar disposição expressa desses estatutos, ou preceito fundamental extraído dos mesmos. O que diferenciaria o controle concentrado de constitucionalidade do controle concentrado de convencionalidade seria apenas a norma prevalecente no exame de adequação: norma constitucional, no primeiro caso, e norma internacional à qual se atribui equivalência à norma constitucional, no segundo.

4.6.4.2 Controle de convencionalidade internacional – o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos

Conforme colocado, o controle de convencionalidade internacional é aquele exercido por órgãos internacionais, criados especialmente para esses fins, por tratados ou convenções internacionais.

O Brasil faz parte, simultaneamente, do sistema global de proteção aos direitos humanos, integrado por instrumentos da Organização das Nações Unidas, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, etc, e do

[521] RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 485.
[522] Mais precisamente, integrarão o "bloco de constitucionalidade restrito", pois alguns doutrinadores insistem em colocar todo e qualquer tratado internacional de direitos humanos em um "bloco de constitucionalidade amplo" (RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 486-488).

sistema regional de proteção das Américas, decorrente da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Embora esteja consolidada a convivência dos sistemas globais e regionais, a doutrina aponta que esses últimos se revelam muito mais efetivos na proteção aos direitos humanos, ao menos por três razões: o menor número de países envolvidos, a facilitar o estabelecimento de consensos políticos; a maior homogeneidade respeitante à língua, costumes e tradições; e a proximidade geográfica entre os países, que potencializa as pressões que possam ser exercidas, no sentido de coibir violações[523].

No sistema interamericano de direitos humanos, vigora o *princípio da subsidiariedade*, isto é, permanecem os Estados como os principais defensores dos direitos humanos; o controle de convencionalidade, por parte de seus órgãos competentes, somente incide quando os mesmos falham na aplicação dos estatutos internacionais[524].

Nesses casos, a recalcitrância dos Estados-partes – aí incluídas as decisões dos órgãos jurisdicionais competentes – na aplicação das normas contidas na Convenção Americana de Direitos Humanos pode ensejar a intervenção da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O art. 44 da Convenção Americana de Direitos Humanos[525] estabelece que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos pode receber petições com denúncias ou queixas de violação da Convenção de qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou de entidade não-governamental legalmente reconhecida em um Estado membro.

A essa queixa ou denúncia se segue a busca de uma composição com o Estado membro acusado de violação; em não se logrando êxito, a Comissão encaminha a esse Estado um relatório, onde se podem formular proposições ou recomendações. Decorridos três meses do envio do relatório, sem que haja uma solução para o caso, a Comissão poderá emitir sua opinião e conclusões, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, fixando um prazo para que o Estado tome as medidas necessárias (CADH, art. 51).

Outra alternativa é a submissão do caso pelo Estado interessado, no curso do prazo de três meses, à apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CADH, art. 61).

---

[523] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional:* um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 86.
[524] FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil.* São Paulo: Malheiros, 2016, p. 90.
[525] Convenção Americana de Direitos Humanos (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 671-692).

Essa, se verificar a ocorrência de violação de direito ou liberdade protegidos na Convenção, determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do direito ou liberdade violados, nos termos do art. 63, 1. Releva também o disposto no segundo parágrafo desse artigo, que outorga à Corte competência para adotar medidas provisórias, em casos de extrema gravidade e urgência.

Em que pese a importância e o prestígio que os sistemas regionais vêm adquirindo em período recente, não se pode ignorar que os mesmos ainda não estão munidos de instrumentos contundentes o suficiente para dar efetividade às suas decisões.

Essa debilidade deve se acentuar nos períodos de grave crise e instabilidade que marcam o estado de exceção, quando a preocupação dos Estados nacionais se volta antes para a preservação de sua própria existência, deixando-se em plano secundário o atendimento das obrigações assumidas nos foros internacionais.

CONCLUSÃO

As situações de grave crise são inerentes às sociedades humanas. De natureza política ou decorrentes de catástrofes naturais, são imprevisíveis e, muitas vezes, irresistíveis. Algumas crises, no entanto, colocam em risco a própria ordem constitucional democrática, não sendo possível a sua superação pelos meios ordinários de que dispõe o Estado.

Para essas situações, o direito positivo deve poder oferecer uma resposta previamente configurada, traduzida em uma legalidade extraordinária capaz de, em caráter temporário, dotar os poderes públicos dos meios suficientes para o restabelecimento da normalidade.

Coloca-se, no entanto, uma questão anterior, central ao estado de exceção: será o direito capaz de oferecer solução apta ao enfrentamento de situações que extravasam a esfera jurídica?

Não se subestima a força do fato político, nem se ignoram as dificuldades de se impor o estado de direito em meio às situações de convulsão social que podem emergir de guerras ou revoluções. *Nécessité fait loi* é a manifestação moderna do adágio latino *necessitas legem non habet*, atribuído a Graciano, a indicar a impotência do direito e da razão diante da violência dos fatos. No entanto, se o direito é criação humana, produto da realidade social, é também força capaz de influenciar e moldar essa realidade. Como leciona Konrad Hesse, não é em tempos tranquilos e felizes, mas sim nas situações de emergência, nos períodos de necessidade, que a Constituição é capaz de revelar sua força normativa, sua capacidade de se impor sobre as circunstâncias fáticas.

O estado de exceção constitucionalmente conformado é o instituto que visa, justamente, dotar o Estado de prerrogativas excepcionais e temporárias para o enfrentamento das graves crises, prerrogativas essas especialmente previstas no ordenamento jurídico para a realização desse desiderato. Guardam, na sua essência, esses dois aspectos: a *necessidade*, decorrente da emergência, e a *temporariedade*, a indicar seu caráter transitório.

Mas qual estado de exceção? As chamadas *ditaduras constitucionais*, predominantes na primeira metade do século XX, revelaram-se incapazes de assegurar direitos e garantias fundamentais mínimos. De maneira oposta, serviram para legitimar juridicamente inúmeros abusos e arbitrariedades, para o que contribuiu, sem dúvida, para a manifesta debilidade dos controles político e judicial de então.

Os regimes excepcionais surgem não para permitir, em caráter temporário, o arbítrio por parte do poder público. Ao contrário: uma perspectiva contemporânea do estado de exceção deve ser orientada para a conciliação das necessidades de defesa do Estado e da ordem democrática com a proteção dos direitos fundamentais. As medidas tomadas no âmbito da exceção só se justificam na medida em que tem por finalidade última a própria preservação do regime democrático e dos direitos fundamentais, em situações de emergência, com vistas à posterior restauração da ordem constitucional dita *normal*.

Nesse prisma, é possível identificar, no estado de exceção da atualidade, ao menos quatro tendências (ou características) marcantes.

A primeira delas é o afloramento dos modelos de regulação completa do estado de exceção, percebida com clareza a partir da segunda metade do século XX. O chamado modelo de regulação completa importa na descrição normativa pormenorizada do estado de exceção; seus pressupostos, procedimentos, efeitos e limites são sistematizados pelo ordenamento jurídico. Mais comumente, ou ao menos sua moldura fundamental, integram a própria constituição. Esse foi o paradigma adotado, por exemplo, pela Lei Fundamental de Bonn, em sua 17ª lei de revisão constitucional, de 1968, pela Constituição Portuguesa de 1976 e pela Constituição Espanhola de 1978.

A segunda tendência ou característica é a incidência de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, que trazem previsão expressa de normas a serem observadas nos regimes excepcionais. Intensamente marcados pela proteção da dignidade humana, esses diplomas preveem, expressamente, limitações à restrição de determinadas garantias nessas situações.

Em terceiro lugar, merece destaque a aplicação dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da proibição do excesso ao estado de exceção. Tão ou mais importante do que uma verificação apriorística e abstrata dos efeitos materiais da decretação do estado de exceção é o exame de adequação e proporcionalidade das medidas tomadas no seu âmbito. Cada medida ou cada restrição de direito deve guardar relação com o desiderato do estado excepcional, que é o enfrentamento e a superação da situação de crise (retorno da normalidade).

Em quarto lugar, marca o estado de exceção hodierno a ênfase na restrição aos direitos (aspecto material), em detrimento de modificações mais substantivas nas competências e prerrogativas dos poderes do Estado (aspecto organizatório). Não se ignora a proeminência que adquire o Poder Executivo em situações de grave crise. No entanto, tal

protagonismo não mais se confunde com hegemonia, ou com o retorno ao Estado pleromático, anterior à separação dos poderes, no qual as autoridades poderiam agir sem qualquer restrição ou contrapeso. A participação dos demais poderes na administração da situação emergencial, enquanto órgãos de controle, político e jurídico, assegura não só a legitimidade das ações governamentais, como também possibilita a coibição de excessos.

Essas tendências contemporâneas do estado de exceção moldam e ajudam a compreender o sistema do estado de exceção da Constituição de 1988.

Afinado à senda corrente, optou o constituinte de 1988 não só por manter, mas por aprimorar o sistema de regulação completa do estado de exceção, com regramento geral de seus pressupostos, procedimentos, efeitos e limitações de cada uma das modalidades previstas: o estado de defesa e o estado de sítio.

Peca, no entanto, o legislador ordinário, ao retardar a edição da legislação de integração exigida pelo texto constitucional. É conveniente que o Congresso o faça com presteza, em tempos de paz e de tranquilidade social, sob pena de ter que o fazer em situação de emergência, sob o calor dos acontecimentos.

Os tratados e convenções internacionais também ocupam posição de destaque no sistema de crises brasileiro. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, incorporados ao ordenamento interno como *normas supralegais*, têm especial relevo, ao instituir uma relação de direitos que, em nenhuma circunstância, podem ser passíveis de suspensão, tais como o direito à irretroatividade da lei penal; o direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; a vedação à prática de tortura, ou de imposição de penas ou tratamentos cruéis, etc. Esse rol taxativo de direitos inalcançáveis ganha especial significado no estado de sítio qualificado, decorrente de guerra ou invasão armada estrangeira (CF, art. 137, II), pois nesse caso o texto constitucional não prevê, ao menos de forma expressa, nenhuma limitação à restrição aos direitos fundamentais.

Impactam também no sistema constitucional do estado de exceção brasileiro os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da proibição do excesso. Compreendidos como *restrição das restrições*, é certo que a razoabilidade e a proibição do excesso incidem em toda a mitigação de direitos fundamentais, tendo especial aplicação nos estados excepcionais.

Por fim, no sistema do estado de exceção da Constituição de 1988, as repercussões organizatórias são apenas laterais, prevalecendo o aspecto das restrições aos direitos.

Preserva-se, assim, a grande característica do estado de exceção contemporâneo: a sujeição a controles, político e judicial. Significa admitir que, nas graves crises, a salvaguarda maior dos cidadãos reside, em última análise, na atuação conjunta dos poderes do Estado, em sistema de pesos e contrapesos.

O controle político se perfectibiliza em todas as fases do estado de defesa e de sítio: desde a verificação dos pressupostos para o seu cabimento até a prestação de contas, *a posteriori*, pelo Presidente da República. Na sua vigência, não cessam as atividades do Parlamento, e se preservam as imunidades de deputados e senadores.

É no controle judicial, no entanto, que residem as mais eficazes garantias dos indivíduos. Se a razoabilidade e a proporcionalidade são os princípios balizadores das restrições a direitos, os juízes e tribunais são os órgãos que podem concretizá-los, por sopesamento e ponderação. Cabe precipuamente ao Poder Judiciário, portanto, a tarefa de, nos casos concretos, harmonizar as necessidades do estado com a proteção dos direitos individuais, tendo como norte o primado da dignidade humana. Em situações excepcionalíssimas, quando flagrantemente ausentes os pressupostos autorizadores do estado de defesa ou de sítio, deverá o Supremo Tribunal Federal ir além, invalidando o próprio ato de decretação.

Dent operam consules ne quid res publica detrimenti capiat. Que ajam os cônsules para que a república não sofra nenhum dano, prescreviam os senadores romanos, ao lhes outorgar poderes ditatoriais temporários. Mais de dois mil anos separam a exortação romana dos dias atuais, e ainda o imperativo de garantia da ordem pública continua a exigir que os poderes governamentais sejam dotados de prerrogativas extraordinárias e temporárias, para o enfretamento de graves crises. No entanto, o estado de exceção contemporâneo não persegue apenas a perpetuação do Estado, mas sim a manutenção da ordem constitucional democrática. Não basta, mais, a salvação de Roma; é preciso assegurar o estado de direito. As normas que compõem o sistema constitucional do estado de exceção brasileiro encampam, de forma difusa e implícita, essa premissa – a defesa de uma ordem constitucional autenticamente liberal e democrática – sendo capazes de lhe conferir não apenas uma legalidade meramente formal, mas a indispensável legitimidade.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *Before the next attack:* preserving civil liberties in an age of terrorism. New Haven: Yale University Press, 2006.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2017.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil.* São Paulo: Quartier Latin, 2015.

_____. *Memória Jurisprudencial: Ministro Vitor Nunes.* Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.

ALVAREZ GARCIA, Vicente. *El concepto de necesidad en Derecho público.* Madrid: Civitas, 1996.

ANJOS, Luiz da Camara Lopes dos. *O estado de sitio.* (Concurso para Professor Extraordinário Efetivo da Primeira Seção da Faculdade de Direito de São Paulo) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1912.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ARISTÓTELES. *A política.* São Paulo: Escala Educacional, 2011.

ARON, Raymond. *Paz e Guerra entre as Nações*. Trad. Sérgio Bath (1ª edição). Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002.

BALEEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras: 1891.* Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. *Constituições Brasileiras: 1946*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BALEEIRO, Aliomar; CAVALCANTI, Themístocles Brandão e; BRITO, Luiz Navarro de. *Constituições Brasileiras: 1967*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional.* São Paulo: Malheiros, 1992.

BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição federal brasileira.* São Paulo: Saraiva, 1933.

_____. *O Estado de sitio:* sua natureza, seus effeitos, seus limites. Capital Federal: Companhia Impressora, 1892.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro:* contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1997. v. 5.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional.* 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição:* poder constituinte, estado de exceção e os limites da teoria constitucional. 2005. 356 f. Tese (Concurso de Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de S Paulo, São Paulo, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo.* 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política.* 11. ed. Brasília: Ed. UnB, 1988.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade:* por uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Ciência Política.* 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Teoria do Estado.* 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. *Textos políticos da história do Brasil*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002. v. 1-3, 5.

BRASIL. Regimento Interno da Câmara dos Deputados, 18ª edição, aprovado pela Resolução nº 17, de 1989, e alterado até a Resolução nº 20, de 2016. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/18847>. Acesso em: 4 nov. 2017.

BRASIL. Regimento Interno do Senado Federal, publicado em 2 de fevereiro de 2015, no Diário do Senado Federal. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/diarios/BuscaPaginasDiario?codDiario=19335&seqPaginaInicial=1&seqPaginaFinal=150>. Acesso em: 4 nov. 2017.

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. Lei 13.260, de 16 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. Lei nº 1.802, de 5 de janeiro de 1953. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1802.htm>. Acesso em: 23 out 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 300, de 27/04/1892. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC300.pdf>. Acesso em: 22 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 1.073, de 16/04/1898. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC1073.pdf>. Acesso em: 22 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 3.527, de 15/04/1914. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC3527.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 80.004/SE, de 1º/06/1977. *DJ*, Brasília, 29 dez. 1977. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acesso em: 14 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 72.131-1, de 23/11/1995. *DJ*, Brasília, 1 ago. 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>. Acesso em: 14 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2.348-9/DF, de 07/12/2000. *DJU*, Brasília, 7 nov. 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347557>. Acesso em: 9 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RCL nº 11.243, de 08/06/2011. *DJU*, Brasília, 5 out. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1495257>. Acesso em: 9 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 466.343-1/SP, de 03/12/2008. *DJ*, Brasília, 5 jun. 2009. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 14 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 87.585-8/TO, de 03/12/2008. *DJ*, Brasília, 26 jun. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>. Acesso em: 14 nov. 2017.

BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império.* Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores – Departamento de Imprensa Nacional, 1958.

BURDEAU, George; TROPER, Michel e; HAMON, Francis. *Direito constitucional.* 27. ed. Barueri: Manole, 2005.

CAMUS, Geneviève. *L'État de nécessité en démocratie.* Bibliothèque constitutionnelle et de science politique (Georges Burdeau). Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes et al (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal Brasileira (1891)*. Brasília: Senado Federal, 2002.

CORWIN, Edward S. *A constituição norte-americana e seu significado atual.* Tradução de Leda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Zahar, 1986.

COSTA PORTO, Walter. *Constituições Brasileiras: 1937.* Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

CPDOC/FGV. *Documento divulgado pelo governo brasileiro em setembro de 1937, atribuído à Internacional Comunista, contendo um suposto plano para a tomada do poder pelos comunistas. Anos mais tarde, ficaria comprovado que o documento foi forjado com a intenção de justificar a instauração da ditadura do Estado Novo, em novembro de 1937*. Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos30-37/GolpeEstadoNovo/PlanoCohen>. Acesso em: 1 jun. 2018.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo.* Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Tratado de Direito Administrativo*. São Paulo: Forense, 1966, v. 2.

DAHL, Robert. *Sobre a democracia.* Brasília: UnB, 2001.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo.* 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DINSTEIN, Yoram. *Guerra, agressão e legítima defesa*. 3. ed. Barueri: Manole, 2004.

ESPANHA. Constituição Espanhola. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em: 28 ago. 2017.

ESPANHA. Lei Orgânica nº 4/1981, arts. 13 e 32. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-12774>. Acesso em: 13 out. 2017.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

FAVOREU, Louis; PHILIP, Loïc. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel.* 10. ed. Paris: Dalloz, 1999.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Conflitos e Tensões na Jurisdição Constitucional Decorrente da Internacionalização dos Direitos Humanos. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 8, n. 28, p. 125-152, jul./set. 2014.

FERREIRA, Olavo Alves. *Sistema Constitucional das Crises:* restrições a direitos fundamentais. São Paulo: Método, 2009.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira.* São Paulo: Saraiva, 1992. v. 5.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O estado de sítio na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

_____. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988. Vol. 3*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Curso de direito constitucional.* 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Direitos humanos fundamentais.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Estado de direito e constituição.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *O estado de sítio na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil.* São Paulo: Malheiros, 2016.

FRANÇA. Ordonnance n° 2004-1374 du 20 décembre 2004 relative à la partie législative du Code de la Défense. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005935955>. Acesso em: 9. ago. 2017

FRANÇA. Code de la Défense. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071307>. Acesso em: 9. ago. 2017.

FRANÇA. Lei nº 55-385, de 03 de abril. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000695350>. Acesso em: 9 ago. 2017.

GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra.* Ijuí: Unijuí, 2005.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de excepção no direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1998. v. I e II.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A garantia constitucional do direito de ação e sua relevância no processo civil.* São Paulo 1972. Tese (livre docência de Direito Judiciário Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1972, p. 145.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição.* Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

HORBACH, Carlos Bastide. *Controle judicial da atividade política: As questões políticas e os atos de governo.* Revista de informação legislativa: v. 46, n. 182 (abr./jun. 2009). Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194912>. Acesso em: 12 nov. 2015.

HOUAISS, Antônio. Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. Versão online. Disponível em: <https://houaiss.uol.com.br>. Acesso em: 14 dez. 2017.

LEROY, Paul. *L'organisation constitutionnelle et les crises.* Bibliothèque constitutionnelle et de science politique (Georges Burdeau). Paris: Librarie Génerale de Droit et de Jurisprudence, 1966.

LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário.* Brasília: Senado Federal, 2003.

LLORENTE, Francisco Rubio. *Derechos fundamentales y principios constitucionales.* Barcelona: Ariel, 1995.

LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G et al. *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative.* 11. ed. Paris: Dalloz, 1996.

MADISON, James, HAMILTON, Alexander, JAY, John. *Os artigos federalistas (1787-1788)*. Edição integral. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MARAZZITA, Giuseppe. *L'Emergenza costituzionale*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Comentários à Constituição brasileira de 1891.* Brasília: Senado Federal, 2005.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno.* 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Atos de Governo.* Revista de Direito Administrativo, v. 191, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, Tomo 5.

_____. *Comentários à Constituição de 1946.* Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947, v. 4.

_____. *Comentários à Constituição de 1967.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, Tomo 5.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis.* São Paulo: Edipro, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Presidencialismo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Direito constitucional.* 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Direitos humanos fundamentais.* 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORELLI, Gerardo. *La sospensione dei diritti fondamentali nello stato moderno.* Milão: Dott. A. Giuffrè, 1966.

MOTTA FILHO, Cândido. *O poder executivo e as ditaduras constitucionais.* São Paulo: Phoenix, 1940.

NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições Brasileiras: 1824.* Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

PIEROTH, Bodo; SCHINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais.* São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional:* um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PLUTARCO. *Alexandre e César:* as vidas comparadas dos maiores guerreiros da Antiguidade. Nova Fronteira: Rio de Janeiro, 2016.

POLETTI, Ronaldo. *Constituições Brasileiras: 1934.* Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 5 set. 2017.

PORTUGAL. Lei nº 44/86, de 30 de setembro, arts. 8º e 9º. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1712&tabela=leis&so_miolo>. Acesso em: 4 set 2017.

POSNER, Eric. A; VERMEULE, Adrian. *Terror in balance:* security, liberty, and the courts. New York: Oxford University Press, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROSSITER, Clinton L. *Constitutional dictatorship:* crisis government in the modern democracies. Princeton: Princeton University Press, 1948.

ROSTOW, Eugene V. *The Japanese American Cases – A Disaster* (1945). The Yale Law Journal, vol. 54, June, 1945, Number 3. Yale Law School Legal Scholarship Repository. Faculty Scholarship Series. Paper 2155. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2155>. Acesso em: 5 jul. 2017.

SAINT-BONNET, François. *L'État D'exception.* Paris: Presses Universitaires de France, 2001.

_____. *L'article 16 et les antagonismes constitutionnels issus de la Révolution.* Giornale di storia costituzionale, n. 28, 2014, p. 99.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O estado de emergência.* São Paulo: Malheiros, 1981.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Sistema constitucional das crises:* os direitos fundamentais face a situações extremas. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2004.

SCHMITT, Carl. *Dictatorship:* from the beginning of the modern concept of sovereignty to the proletarian class-struggle. Cambridge: Polity Press, 2014.

_____. *O guardião da constituição.* Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Teologia política.* Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SEGADO, Francisco Fernández. *El estado de excepción en el derecho constitucional español.* Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.

SEIDMAN, Louis Michael. *The Secret Life the Political Question Doctrine.* The John Marshall Law Review, nº 37, 2004, pp. 441-480.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais.* 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Curso de direito constitucional positivo.* 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais:* conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>. Acesso em: 3 nov. 2017.

TÁCITO, Caio. *Constituições Brasileiras: 1988.* Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

TRIBE, Laurence H. *American constitutional law.* 3. ed. New York: New York Foundation Press, 2000.

TUSHNET, Mark (Org.). *The Constitution in wartime:* beyond alarmism and complacency. 2 ed. Durham: Duke University Press, 2005.

VILLALÓN, Pedro Cruz. *El estado de sitio y la Constitución.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980.

_____. *Estados excepcionales y suspensión de garantías.* Madrid: Editorial Tecnos, 1984.

VOISSET, Michele. *L'article 16 de la constitution du 4 octobre 1958.* Bibliothèque constitutionnelle et de science politique (Georges Burdeau). Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969.

WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.