

Mecanismos de Defesa do Estado e das Instituições Democráticas no Sistema Constitucional de 1988: Estado de Defesa e Estado de Sítio

HUMBERTO PEÑA DE MORAES

Defensor Público (RJ) aposentado, professor do Centro de Estudos, Pesquisa e Atualização em Direito - CEPAD e expositor-convidado da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

1. Introdução

O Estado de direito,¹ o Estado constitucional democrático,² o “*Governo de leis e não de homens*”, esse na expressão de Norberto Bobbio,³ é o Estado em que a vida social é regulada por normas jurídicas, *mesmo nos momentos de crise*.

Por essa razão, mantêm as Constituições contemporâneas, na sua tessitura, *mecanismos excepcionais* para enfrentar situações político-institucionais ou socialmente adversas, de sorte a permitir a substituição, *momentânea e ocasional*, do sistema de legalidade ordinária — coincidente com período de normalidade — pelo de *legalidade extraordinária* — coincidente com *período de crise* —, investindo, em conseqüência, o Presidente da República no exercício de poderes excepcionais, taxativamente enumerados no instrumento fundamental sobre o qual se apoiam.

É o denominado *sistema constitucional das crises*, considerado por Alexandre de Moraes, citando Paolo Barile, como “*consistente em um conjunto de normas constitucionais, que informadas pelos princípios da necessidade e da temporariedade, têm por objeto as situações de crise e por finalidade a manutenção ou o restabelecimento da normalidade constitu-*

¹ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “**A Democracia no Limiar do Século XXI**”, Saraiva: São Paulo, 2001, p. 95 e s.

² Cf. J.J. Gomes Canotilho, “**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**”, 3ª ed., Almedina: Coimbra, 1999, p. 95 e s.

³ Cf. “*Governo degli uomini o governo delle leggi*”, in “**Il Futuro della Democrazia**”, Einaudi, Torino, 1995, p. 169 e s., citado por J. J. Gomes Canotilho, *in* ob. cit.

cional”,⁴ impondo limitações *consentidas* a liberdades públicas.

1.1. Mecanismos constitucionais de defesa do Estado e das instituições democráticas albergados no Texto vigente e a titularidade do seu exercício

O Texto em vigor albergou sob o pálio do Título V, reservado à *defesa do Estado e das instituições democráticas*, apropriados em capítulos distintos, os mecanismos constitucionais do *estado de defesa* e do *estado de sítio*, sediando-os no espaço compreendido entre os artigos 136 *usque* 141.

Registre-se que, ao lado de tais mecanismos — *estado de defesa* e *estado de sítio* — o legislador constituinte de 1988 fez alocar, também, sob a mesma rubrica — Título V —, as *Forças Armadas*⁵ e a *segurança pública*⁶, conferindo-lhes contorno próprio, na perspectiva constitucional.

A titularidade, no que tange à decretação dos mecanismos cuidados — *estado de defesa* e *estado de sítio* —, satisfeitas as formalidades do estilo, é do Presidente da República, consoante a dicção das disposições catalogadas nos artigos 84, inc. IX, 136, *caput*, e 137, também *caput*, da Constituição Federal em vigor.

1.2. Princípios Regentes

A decretação dos mecanismos de defesa do Estado e das instituições democráticas — *estado de defesa* e *estado de sítio* —, inaugurando sistema de *legalidade extraordinária*, deve sujeitar-se a princípios regentes do tema, à vista de peculiaridades que lhes são intrínsecas.

Assim, constituem princípios informadores do *sistema constitucional das crises*, segundo o magistério de Aricê Moacyr Amaral Santos, citado por José Afonso da Silva, o princípio da *necessidade* e o princípio da *temporiedade*, cuja incidência “*nos sistemas de legalidade especial determina: a) a declaração é condicionada à ocorrência de pressuposto fático; b) os meios de resposta têm sua executoriedade restrita e vinculada*

⁴ "Direito Constitucional", 11ª ed., Atlas: São Paulo, 2002, p. 647.

⁵ CF, art. 142 et 143.

⁶ CF, art. 144.

a cada anormalidade em particular e, ainda, ao lugar e tempo; c) o poder de fiscalização política dos atos de exceção é da competência do Legislativo; d) o controle judicial a tempore e a posteriori é do Judiciário.”⁷

Aos princípios acima elencados — *necessidade e temporariedade* —, Uadi Lammêgo Bulos acrescenta, com propriedade, um terceiro: o da *proporcionalidade*, valendo-se do sólido argumento de que, “*para serem adotadas tais medidas, elas devem ser proporcionais aos fatos que justificaram a sua adoção.*”⁸

Releva percutir que a inobservância de qualquer desses princípios compromete a higidez da providência adotada, sinalizando intolerável arbítrio e clara lesão dos postulados democráticos.

1.3 Finalidade

A finalidade da instauração do sistema em referência, próprio para o enfrentamento dos *períodos transitórios* de crise, consultadas as razões que a autorizam, é a *manutenção* ou o *restabelecimento* da normalidade constitucional, conforme sublinhado alhures, comprometida pela ocorrência, por vezes conjugada, de múltiplos fatores de desestabilização, inclusive social, ou que reclamem providências em ordem que derive, ***verbi gratia***, de guerra externa ou resposta a agressão armada estrangeira.

Sobre ser da hipótese, merece transcrita, neste passo, a percuciente observação de José Celso de Mello Filho, guardando absoluta atualidade, ***in verbis***:

“A preservação da intangibilidade do ordenamento e da autoridade do Estado, ameaçados por situações de crise político institucional ou social, constitui o objetivo específico desses instrumentos jurídicos postos à disposição do Poder Executivo federal. As regras constitucionais em análise instituem direitos públicos subjetivos deferidos ao Estado, que geram, no âmbito da sociedade civil, o status subjectionis, complexo de relações jurídicas que impõem às pessoas deveres, prestações e encargos, a serem por elas cumpridos e observados em benefício da organização estatal. A excepcionalidade dos mecanismos constitucionais de defesa do Estado torna necessariamente transitório o exercício dos poderes extraordinários de que o Executivo, por autorização constitucional, se investe. O status subjectionis, gerado por tais mecanismos, afeta,

⁷ “O Estado de Emergência”, Sugestões Literárias, 1981, p. 33. Cf. José Afonso da Silva, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 20ª ed., Malheiros: São Paulo, 2002, p. 737 e s.

⁸ “Constituição Federal Anotada”, 3ª ed., Saraiva: São Paulo, 2001, p. 1037.

de modo substancial, o regime das liberdades públicas."⁹

Aduza-se que as disposições constantes dos artigos 136 usque 141, referentes aos mecanismo *sub examine* — estado de defesa e estado de sítio —, residem entre os denominados *elementos de estabilização constitucional*, “consagrados nas normas destinadas a assegurar”, força no autorizado magistério de José Afonso da Silva, “a solução de conflitos constitucionais, a defesa da constituição, do Estado e das instituições democráticas, premunindo os meios e técnicas contra sua alteração e infringência, e são encontrados no art. 102, I, a (ação de inconstitucionalidade), nos arts. 34 a 36 (Da Intervenção nos Estados e Municípios), 59, I, e 60 (Processo de Emendas à Constituição), 102 e 103 (jurisdição constitucional) e **Título V (Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, especialmente o Capítulo I, porque os Capítulos II e III, como vimos, integram os elementos orgânicos).**” (O destaque não é do original).¹⁰

2. Estado de Defesa

2.1 Conceito

Trata-se o *estado de defesa*, consoante hospedado no sistema em curso, de mecanismo de extração constitucional consistente na adoção de medidas excepcionais que importam em restrições a direitos, ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, além da possibilidade de prisão por crime contra o Estado, na ocorrência de hipóteses a que se refere o art. 136, *caput*, da **Lex Fundamentalis**,¹¹ visando a defesa do estado e das instituições democráticas.

Correspondendo ao instituto das *medidas de emergência*, presente no Texto anterior, o *estado de defesa* consiste em uma forma mais branda de estado de sítio.

Assim, o mecanismo em voga pode ser decretado 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 calamidade de grandes proporções na natureza.

Observe-se que a adoção do *estado de defesa* deve circunscre-

⁹ "Constituição Federal Anotada", Saraiva: São Paulo, 1984, p. 383.

¹⁰ Ob. citada, p. 45.

¹¹ Art. 136, *caput*. "O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, 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 calamidade de grandes proporções na natureza."

ver-se a locais *restritos e determinados*,¹² sendo “*defesa sua extensão a todo o País*” — no caso, a medida eventualmente cabível seria o *estado de sítio* — de acordo com a opinião de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, em oportuno escólio sobre o tema.¹³

2.2 Fundamento constitucional

O fundamento constitucional para a instauração do *estado de defesa* está lastreado na regra inserta no art. 136, *caput*, do Diploma em curso.

A expedição do decreto que deflagra o mecanismo cogitado inclui-se entre as atribuições exclusivas do Presidente da República, satisfeitos os encargos de praxe.¹⁴

“*Nas sociedades organizadas*”, a afirmação é de José Carlos Cal Garcia, “*as crises, não obstante inevitáveis, são previsíveis nas suas conseqüências, podendo, assim, ser evitadas ou reduzidas.*”¹⁵

3.3 Pressupostos de fundo

Constituem pressupostos de fundo para a instauração do *estado de defesa*, conforme a pronúncia do art. 136, *caput*, do ordenamento maior, (i) *a grave e iminente instabilidade institucional* e (ii) *calamidade de grandes proporções na natureza* que ameacem, em qualquer das circunstâncias anotadas, a *ordem pública* ou a *paz social*.

Livre-se que, na primeira hipótese — *grave e iminente instabilidade institucional* —, não basta, tão-somente, a proximidade, a iminência de instabilidade institucional, de comoção localizada que ponha “*em risco as estruturas estabelecidas pelo Estado e pela sociedade*”,¹⁶ de forma a autorizar a decretação do mecanismo telado. É essencial que essa episódica ocorrência seja qualificada por efetiva *gravidade*, isto é, conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “*que a ordem não possa ser restabelecida pelo recurso aos meios coercitivos normais, com que conta, sempre, o Poder Público.*”¹⁷

No que pertine ao segundo pressuposto — *calamidade de grandes proporções na natureza* —, adverte José Afonso da Silva que “*A calamida-*

¹² CF, art. 136, *caput*.

¹³ “**Curso de Direito Constitucional**”, Saraiva: São Paulo, 1998, p. 300.

¹⁴ CF, arts. 84, IX, e 136, *caput*.

¹⁵ “**Linhas Mestras da Constituição de 1988**”, Saraiva: São Paulo, 1989, p. 142.

¹⁶ “**A Constituição do Brasil - 1988**”, Price Waterhouse, 1989, p. 595.

¹⁷ “**Comentários à Constituição Brasileira de 1988**”, 2ª ed., Saraiva: São Paulo, v. 2, p. 59.

de é sempre um fato de desajuste no âmbito de sua verificação, mas, nos termos do texto constitucional, ela terá que ser de grandes proporções e ainda gerar situação de séria perturbação à ordem pública ou à paz social para servir de base à decretação do estado de defesa."¹⁸

2.4 Pressupostos de forma

2.4.1 Prévia manifestação dos Conselhos da República e de Defesa Nacional

De outro ângulo, a prévia manifestação dos Conselhos da República¹⁹ e de Defesa Nacional,²⁰ inclui-se entre os pressupostos formais e, portanto, inarredáveis, do processo de instauração do *estado de defesa*, pena de inconstitucionalidade da medida.

A oitiva de tais Conselhos, inseridos entre os órgãos superiores de consulta do Presidente da República, conquanto obrigatória, não vincula, todavia, o Chefe do Poder Executivo que, ante o caráter meramente opinativo das respostas, poderá decretar a providência mesmo quando as manifestações institucionais se posicionarem em contrário.²¹ O Presidente da República exercita, na hipótese, juízo de interesse e oportunidade.

Observe-se que no *estado de defesa*, o Presidente da República consulta os Conselhos da República e de Defesa Nacional para *decretar* a medida,²² diversamente do que ocorre na hipótese de ordenação do estado de sítio, o que se verá adiante, quando então o Chefe do Poder Executivo consulta os Conselhos para *solicitar* autorização parlamentar necessária à imposição da providência excepcional.²³

2.4.2 Decreto presidencial: conteúdo

O decreto que instaura a medida emergencial, compondo, com a prévia manifestação dos Conselhos consultivos, os *pressupostos de forma* da providência reportada, deverá conter, além da indicação do tempo de sua duração, a especificação das áreas abrangidas e a explicitação das

¹⁸ Ob. cit., p. 740.

¹⁹ CF, art. 90, I.

²⁰ CF, art. 91, § 1º, II.

²¹ Cf. Pedro Lenza, "**Direito Constitucional Esquemático**", 6ª ed., Método: São Paulo, 2003, p. 339 e s.

²² CF, art. 136, caput.

²³ CF, art. 137, caput. ²⁴ CF, art. 136, § 1º.

medidas coercitivas que serão adotadas.²⁴

Dentre as providências excepcionais, constitucionalmente permitidas, estão (i) as *restrições aos direitos* de a) *reunião*, ainda que exercida no seio de associações, b) *sigilo de correspondência*, c) *sigilo de comunicação telegráfica e telefônica*, (ii) a *ocupação e uso* temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública — respondendo a União pelos danos e custos decorrentes — e (iii) a *prisão por crime contra o Estado*,²⁵ determinada pelo executor da medida, que será comunicada imediatamente ao juiz competente, para a constatação de sua legalidade, sendo facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial.²⁶

É importante destacar, neste ponto, que a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, caracteriza, igualmente, exceção ao princípio consagrado no art. 5º, inc. LXI, da Constituição da República, segundo o qual ninguém será preso senão em *flagrante delicto* ou por *ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente*.

Note-se que a Constituição atual, no que alude à medida comentada, não faz menção explícita à designação de *executor do estado de defesa*,²⁷ ao contrário do que ocorre em relação ao sítio, sendo factível, no caso, a aplicação analógica do dispositivo constante do art. 138, *caput*, do mesmo diploma.²⁸

Há opinião na doutrina no sentido de que o desrespeito, por parte do Presidente da República, dos pressupostos de fundo e de forma induz o reconhecimento da prática de crime de responsabilidade, previsto na ambiência do art. 85 da Constituição Federal, sem prejuízo das responsabilidades civis e penais.²⁹

²⁴ CF, art. 136, § 1º.

²⁵ Cf. Nagib Slaibi Filho, "**Anotações à Constituição de 1988. Aspectos Fundamentais**", 2ª ed., Forense: Rio de Janeiro, 1989, p. 311.

²⁶ CF, art. 136, § 1º, I e II.

²⁷ CF, art. 136.

²⁸ Art., 138, *caput*. "O decreto do estado de sítio indicará sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas." Cf. Price Waterhouse, ob. cit., p. 598 e s.

²⁹ Alexandre de Moraes, ob. cit., p. 650.

2.5 Duração

O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado *uma única vez*, por igual período, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação.³⁰ Não haverá, portanto, prorrogação de prorrogação.

Vale mencionar, sobre o assentado, que a prorrogação consentida — *uma vez* —, fica sujeita ao mesmo procedimento imposto, na Constituição Federal, para a decretação inicial da providência — *audiência prévia dos Conselhos da República e de Defesa Nacional e decreto do Presidente da República*.³¹

Findo o período inicial de trinta dias, prorrogado, *uma vez*, por igual lapso de tempo, e persistindo as razões que justificaram a decretação da medida extraordinária, não restará ao Presidente da República outra alternativa senão a de recorrer ao estado de sítio, valendo-se do argumento da *ineficácia das providências tomadas durante o estado de defesa*.³²

6.6 Controles: político e jurisdicional

O estado de defesa não encerra situação de arbítrio, senão mecanismo que objetiva, finalisticamente, a manutenção ou o restabelecimento da normalidade constitucional, atendidas as situações que autorizam a sua decretação.

Pelo fato, o instituto sobre o qual se versa está submetido, o que ocorre também com o estado de sítio, a um duplo sistema de controle: o (i) político e o (ii) jurisdicional.

É forçoso admitir que a complexidade do regime que envolve o controle integrado à instituição do *estado de defesa* decorre, à toda evidência, da natureza excepcional do sistema das crises, a exigir o irrestrito cumprimento das disposições constitucionais adequadas à espécie.

2.6.1 Controle político

O controle político da medida, a cargo do Congresso Nacional, será operado, em sucessivos momentos, ordenados no tempo.

O primeiro consiste na apreciação do decreto que instituir ou prorrogar o *estado de defesa*, a ser encaminhado, pelo Presidente da República, com a respectiva justificação, em vinte e quatro horas, ao órgão

³⁰ CF, art. 136, § 2º.

³¹ CF, art. 136, *caput*.

³² CF, art. 137, I.

do Poder Legislativo, que decidirá por maioria absoluta, conferindo-lhe, ou não, aprovação.³³

Encontrando-se em recesso, o Congresso Nacional será convocado extraordinariamente, incumbindo-lhe apreciar o decreto, em qualquer caso, dentro de dez dias, contados do seu recebimento, devendo continuar funcionando enquanto vigorar o *estado de defesa*.³⁴

Recusado o edito, cessa imediatamente a providência extraordinária,³⁵ sendo de admitir que “os atos regularmente praticados em sua vigência são considerados e, assim, têm repercussão no mundo jurídico.”³⁶

Não obstante o gerenciamento do decreto que instituir ou prorrogar o *estado de defesa*, o processo de instituição da medida será submetido, também, a controles *concomitante e sucessivo*.

O *controle concomitante* será realizado por Comissão designada pela Mesa do Congresso Nacional, composta de cinco de seus membros, que acompanhará e fiscalizará a execução das medidas em apreço.³⁷ O expediente cuidado e comum, também, ao estado de sítio.

O *controle sucessivo*, de seu turno, atuará após o término do *estado de defesa* e a conseqüente cessação dos seus efeitos, sem prejuízo da responsabilidade pelos ilícitos cometidos por seus executores ou agentes,³⁸ ocasião em que o Presidente da República deverá encaminhar mensagem ao Congresso Nacional relatando as medidas aplicadas, com especificação e justificação das providências adotadas, com relação nominal dos atingidos, e indicação das restrições impostas.³⁹

Não havendo aceitação, pelo Congresso Nacional, das razões apresentadas pelo Presidente da República, através do expediente sobredito, a ocorrência poderá identificar modalidade de crime de responsabilidade.⁴⁰

³³ CF, art. 140.

³⁴ CF, art. 136, §§ 5º e 6º.

³⁵ CF, art. 136, § 7º.

³⁶ Price Waterhouse, ob. cit., p. 601.

³⁷ CF, art. 140.

³⁸ CF, art. 141, *caput*. Possibilidade de controle jurisdicional sucessivo sobre a conduta dos executores ou agentes da medida. Cf. José Afonso da Silva, ob. cit., p. 742. Responsabilidade objetiva (CF, art. 37, § 6º.). Cf. Sylvio Motta & William Douglas, 11ª ed., Impetus: Rio de Janeiro, 2002, p. 509.

³⁹ CF, art. 141, p. único.

⁴⁰ Cf. José Afonso da Silva, ob. cit., p. 742.

2.6.2 Controle jurisdicional

A decretação dos mecanismos constitucionais de defesa do Estado não impede o acesso das pessoas interessadas ao Poder Judiciário.

Em razão disso, o Poder Judiciário pode e deve ser provocado, formalmente, para pronunciar-se acerca da exaço dos atos praticados com espeque nos poderes de crise.⁴¹

Dessa maneira, o controle jurisdicional, em tema de *estado de defesa*, encontra alicerce na disposição contida no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, prestigiando o princípio da *inafastabilidade do controle judicial*.⁴²

Inobstante isso, o legislador constituinte originário fez inscrever, no Texto Fundamental, normas que, identificando fundada preocupação, sinalizam a possibilidade de submetimento a controle jurisdicional de atos praticados com sede em medidas extraordinárias de defesa do Estado e das instituições democráticas.

Servem de exemplo do afirmado o preceito que define acerca da prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, aprazando que seja comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal,⁴³ o que dispõe relativamente à prisão ou detenção de qualquer pessoa, impedindo que seja superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário,⁴⁴ e o que veda a incomunicabilidade do preso.⁴⁵

3. Estado de Sítio

3.1 Conceito

Agasalhado no Título V do ordenamento em vigor, junto ao estado de defesa, consiste o *estado de sítio* no emprego de medidas excepcionais

⁴¹ Segundo José Celso de Mello Filho, "Os atos emanados dos agentes públicos, que excedam as faculdades excepcionais deferidas ao Poder Público ou que desrespeitem as regras constitucionais disciplinadoras dos mecanismos de defesa do Estado, são passíveis de controle jurisdicional, inclusive por meio dos remédios do habeas corpus ou do mandado de segurança." Ob. cit., p. 385.

⁴² CF, art. 5º, XXXV. "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

⁴³ CF, art. 136, § 3º, I.

⁴⁴ CF, art. 136, § 3º, III.

⁴⁵ CF, art. 136, § 3º, IV.

que resultam em suspensão temporária de *garantias constitucionais*, na ocorrência de hipóteses a que se refere o art. 137, *caput*, da Lei Fundamental,⁴⁶ visando a defesa do Estado e das instituições democrática.

É consabida a distinção feita por Ruy Barbosa, em comentário à Constituição de 1891, entre *direitos* e *garantias* constitucionais.

Com efeito, asseverou o insigne brasileiro que *direitos*, no plano em evidência, são normas *declaratórias*, ou seja, as “*que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos*”, enquanto que as *garantias* são normas *as-securatórias*, é dizer, aquelas que, “*em defesa dos direitos, limitam o poder.*”⁴⁷

Sem embargo, a doutrina mais atual inseriu na discussão da matéria o tema dos *remédios constitucionais*, isto é, de *ações com sede constitucional que tutelam os direitos, na hipótese de violação das garantias*. Por tal circunstância cogita-se, modernamente, de uma dessemelhança não apenas entre *direitos* e *garantias*, mas entre *direitos*, *garantias* e *remédios*.

Deriva do exposto que, na eventualidade da decretação do *sítio*, dar-se-á a suspensão das *garantias* e não dos *direitos* ou dos *remédios constitucionais*, que permanecerão ilesos.⁴⁸

Acentua Carlo Baldi, em obra coletiva coordenada por Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, que “*Com a expressão ‘Estado de Sítio’ se quer geralmente indicar um regime jurídico excepcional a que uma comunidade territorial é temporariamente sujeita, em razão de uma situação de perigo para a ordem pública, criado por determinação da autoridade estatal ao atribuir poderes extraordinários às autoridades públicas e ao estabelecer as adequadas restrições à liberdade dos cidadãos.*”⁴⁹

Podendo alcançar a totalidade do território nacional, a decretação do *estado de sítio* pressupõe, na aguda apreciação de Kildare Gonçalves Carvalho, “*a ocorrência de situações de maior gravidade que as justificadoras do estado de defesa.*”⁵⁰

⁴⁶ Art. 137. “O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o de Segurança Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de: I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.”

⁴⁷ “**Comentários à Constituição Federal Brasileira**”, Saraiva: São Paulo, 1934, V v., p. 181. Textos coligidos e ordenados por Homero Pires.

⁴⁸ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “**Curso de Direito Constitucional**”, 29ª ed., Saraiva: São Paulo, 2002, p. 331.

⁴⁹ “**Dicionário de Política**”, 9ª ed., Universidade de Brasília: Brasília, 1997, p. 413. Tradução de Carmen C. Varriale, et al.

⁵⁰ “**Direito Constitucional Didático**”, 3ª ed., Del Rey: Belo Horizonte, 1994, p. 396.

3.2 Fundamento constitucional

O fundamento constitucional do *estado de sítio*, como instrumento de defesa do Estado e das instituições democráticas, está suportado, o que foi visto, no comando inserto no art. 137, *caput*, da **Lex Fundamental** vigente.⁵¹

Da forma como ocorre em relação o estado de defesa, a instrumentalização do *sítio* se insere entre os encargos privativamente confiados ao Presidente da República, como Chefe do Poder Executivo.⁵²

As hipóteses em que a medida poderá ser decretada residem, no dispositivo suso, em rol exaustivo.

3.3 Pressupostos de fundo

São pressupostos de fundo do *estado de sítio*, em ordem a legitimar a efetivação da providência extraordinária sob exame, (i) a *comoção grave de repercussão nacional*, (ii) a *ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa* e (iii) a *declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira*.⁵³

Destarte, por *comoção grave de repercussão nacional* deve entender-se a perturbação da ordem que põe em risco a estabilidade do regime e das instituições democráticas tuteladas pela Constituição Federal.⁵⁴ Frise-se, em complemento, que a comoção da qual se trata há de ter, necessariamente, reflexo *nacional*, não se adequando a situações regionalizadas ou locais.

Acerca da decretação do *sítio* com âncora no segundo pressuposto — *ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa* — é relevante notar que o instituto em observação, sobre ser mais denso do que o do estado de defesa, o que é inegável, conta, ainda, com rol de providências restritivas mais amplo.⁵⁵ É útil lembrar, ademais, que o reportado estado de defesa só pode ser prorrogado uma vez.⁵⁶ Assim, findo o período de prorrogação, presentes, ainda, os fatos que auspiciaram a decretação inicial do instituto, não restará ao Presidente da República, efetivamente, outra opção senão a de avaliar a possibilidade de, cumpridas as formalidades

⁵¹ Nota de rodapé nº 46.

⁵² CF, art. 84, IX.

⁵³ CF, art. 137, *caput*. Nota de rodapé nº 46.

⁵⁴ Price Waterhouse, ob. cit., p. 602.

⁵⁵ CF, art. 139.

⁵⁶ CF, art. 136, § 2º.

do estilo, vir a lograr autorização congressual para implementar o estado de sítio.

A *guerra* estadeada pela Constituição Federal, com possibilidade de permitir a instituição do *estado de sítio*, é a de caráter *externo*, objeto, inclusive, de declaração formal por parte do Presidente da República, autorizado pelo Congresso Nacional.⁵⁷

Resposta a agressão armada estrangeira, conforme presente do texto,⁵⁸ deve ser entendida como situação de guerra dependente do referendo do Congresso nacional.⁵⁹

3.4 Pressupostos de Forma

3.4.1 Prévia manifestação dos Conselhos da República e de Defesa Nacional

Da forma como ocorre com o estado de defesa, também em relação à decretação do *estado de sítio* o Presidente da República deve colher, previamente, o pronunciamento dos Conselhos da República e de Defesa Nacional.

O expediente retratado acima guarda, contudo, característica própria que o identifica em face do previsto para o estado de defesa.

Realmente, conquanto na hipótese do estado de defesa o Presidente da República consulta os referidos Conselhos para decretá-lo,⁶⁰ na circunstância do *estado de sítio* o Chefe do Poder Executivo consulta os Conselhos para *solicitar autorização* ao Congresso Nacional, necessária à sua decretação.⁶¹ Esclareça-se que idêntico procedimento deve ser observado quando da prorrogação da medida.

Aqui, como no estado de defesa, a audiência dos Conselhos é obrigatória, ainda que não vinculante.

A solicitação endereçada pelo Presidente da República ao Congresso Nacional deve ser motivada o *quantum satis*, carecendo a decisão parlamentar de ser adotada por maioria absoluta de votos.⁶²

⁵⁷ CF, arts. 49, II e 84, XIX.

⁵⁸ CF, art. 137, II, *in fine*.

⁵⁹ Cf. José Afonso da Silva, ob. cit., p. 743 e Fundação Prefeito Faria Lima - Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal - CEPAM, "**Breves Anotações à Constituição de 1988**", Atlas: São Paulo, 1990, p. 322.

⁶⁰ CF, art. 136, *caput*.

⁶¹ CF, art. 137, *caput*.

⁶² CF, art. 137, p. único.

Instada a autorização para decretar o *estado de sítio* durante o recesso parlamentar, o Presidente do Senado Federal convocará extraordinariamente o Congresso Nacional, a fim de apreciar o pedido.⁶³ O órgão do Poder Legislativo permanecerá em funcionamento até o término das medidas coercitivas.⁶⁴

3.4.2 Decreto presidencial: conteúdo

O decreto que instituir o *sítio* indicará sua duração, as normas necessárias à sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas.⁶⁵

Após a publicação do decreto cogitado, o Presidente da República designará o executor da medida e as áreas abrangidas,⁶⁶ que poderá alcançar todo o território nacional.⁶⁷

Afirme-se que as *normas necessárias à execução* cuidada não de representar diretrizes para orientação do executor da medida extraordinária.

As *garantias constitucionais* que ficarão suspensas, dentre as constitucionalmente possíveis, deverão ser indicadas no decreto de instituição do mecanismo de matiz excepcional.⁶⁸

3.5 Duração

Sendo da essência do instituto que a suspensão de garantias encontre limite no tempo, a decretação do *estado de sítio* fundada na hipótese de *comoção grave de repercussão nacional* ou justificada pela *ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa* não ultrapassará o lapso de trinta dias, nem a medida será prorrogada, de cada vez, por prazo superior.⁶⁹

Vê-se, pois, que, na contingência do *sítio* decretado com fincas em qualquer dos permissivos acima, a norma constitucional autoriza sucessivas

⁶³ CF, art. 138, § 2º.

⁶⁴ CF, art. 138, § 3º.

⁶⁵ CF, art. 138, *caput*, *in initio*.

⁶⁶ Nada impede que tais providências sejam adotadas no próprio decreto de instituição do *sítio*.

⁶⁷ CF, art. 138, *caput*, *in fine*.

⁶⁸ Segundo Nagib Slaibi Filho, a norma contida no art. 138, *caput*, da CF, hospeda, implicitamente, o princípio da proporcionalidade, ao cogitar das garantias constitucionais que ficarão suspensas. "**Ação Declaratória de Constitucionalidade**", Forense: Rio de Janeiro, 1994, p. 42.

⁶⁹ CF, art. 138, § 1º, *in initio*.

prorrogações, sempre por limite de tempo não superior a trinta dias, o que não acontece em relação ao estado de defesa, conforme examinado em sede própria.⁷⁰ A prorrogação sujeita-se ao procedimento previsto para a decretação preambular — *audiência prévia dos Conselhos da República e de Defesa Nacional e solicitação motivada ao Congresso Nacional para decretar a providência extraordinária*.⁷¹ Na situação concreta, há prorrogação de prorrogação.

No caso de decretação do sítio por motivo de *guerra* ou *resposta a agressão armada estrangeira*, a providência poderá ser determinada por todo o tempo que perdurar o estado de beligerância.⁷²

3.6 Controles: político e jurisdicional

Da mesma maneira como acontece no processo de decretação do estado de defesa, também no de ordenação do de *sítio* a providência que instaura o sistema de legalidade extraordinária fica sujeita aos mecanismos de controle *político e jurisdicional*.

Decerto, não poderia ser diferente, atendida a natureza anômala da medida cuidada.

Prelecionando sobre o tema, asseverou San Tiago Dantas, em judiciosa observação, invocando o magistério de Ruy Barbosa, *in expressis*:
“... Diante da comoção intestina ou da guerra externa não desaparecem os direitos individuais, não cessa o império da lei para se conceder arbítrio ao poder público...”⁷³

3.6.1 Controle político

Expõe-se o controle político do *estado de sítio* à atividade deliberante do Congresso Nacional, que o exercita através de continuas e diversificadas providências de cunho institucional.

Haverá, pelo fato, um controle *prévio*, atendendo a que a decretação da medida excepcional, depois de consultados os Conselhos da República e de Defesa Nacional, dependerá de autorização do órgão do Poder Legislativo.⁷⁴

⁷⁰ Subtítulo 2.5.

⁷¹ CF, art. 137, *caput*.

⁷² CF, art. 138, § 1º, *in fine*.

⁷³ José Celso de Mello Filho, ob. cit., p. 386.

⁷⁴ CF, art. 137, *caput*.

Serão operadas, também, nos moldes do que ocorre com a instituição do estado de defesa, fiscalizações de índole *concomitante* e *sucessiva*.

A inspeção parlamentar de caráter *concomitante* será efetivada por Comissão instituída pela Mesa do Congresso Nacional, integrada por cinco dos seus membros,⁷⁵ enquanto que a de índole *sucessiva* será deflagrada após o envio, pelo Presidente da República, findo o *sítio*, de mensagem ao órgão do Poder Legislativo, relatando, percuientemente, todo o ocorrido durante o tempo da imposição da legalidade extraordinária.⁷⁶

Cessado o estado de *sítio*, tanto quanto acontece ao término do de defesa, cessarão também seus efeitos, sem prejuízo da responsabilidade pelos ilícitos cometidos por seus agentes e executores⁷⁷ que, se de ordem civil, será de natureza objetiva — CF, art. 37, § 6º.⁷⁸

2.2.2 Controle jurisdicional

Afigura-se estreme de dúvida que os atos praticados com núcleo em sistema de legalidade extraordinária, decretado o *estado de sítio*, podem ser sindicados pelo Judiciário, uma vez provocada a jurisdição.⁷⁹

Viabiliza o afirmado, também aqui, o princípio da *inafastabilidade do controle judicial*, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”⁸⁰

Ainda de acordo com a advertência de José Afonso da Silva, “Se os executores ou agentes do estado de *sítio* cometerem abuso ou excesso de poder durante sua execução, é lógico que seus atos ficam sujeitos a correção por via *jurisdicional* (...)”.⁸¹

3.7 Medidas excepcionais

3.7.1 Estado de *sítio* decretado nos casos de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa — CF, art. 137, inc. I.

⁷⁵ CF, art. 140.

⁷⁶ CF, art. 141, p. único

⁷⁷ CF, art. 141, *caput*.

⁷⁸ Fundação Prefeito Faria Lima, Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal - CEPAM, ob. cit., p. 326 e s.

⁷⁹ “Não estão, pois, fechadas às reclamações as portas dos tribunais: Pedro Calmon, **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**”, Freitas Bastos: 1947, p. 338.

⁸⁰ CF, art. 5º, XXXV.

⁸¹ Ob. cit., p. 746.

No tocante ao *estado de sítio* decretado com motivo nas hipóteses de *comoção grave de repercussão nacional* ou *ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa*, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: (i) obrigação de permanência em localidade determinada, (ii) detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns, (iii) restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei, (iv) suspensão da liberdade de reunião, (v) busca e apreensão em domicílio, (vi) intervenção nas empresas de serviços públicos e (vii) requisição de bens.⁸² Trata-se, a toda evidência, de rol exaustivo ou *numerus clausus*.⁸³

Diante disso, impondo o *sítio*, por exemplo, restrições à *inviolabilidade da correspondência*, de maneira a sugerir evidente suspensão da garantia acolhida no art. 5º, inc. XII, da Constituição da República,⁸⁴ será admitida, em conseqüência, a verificação, por parte da autoridade, do conteúdo de cartas e encomendas em trânsito.

A *busca e apreensão em domicílio*, sem autorização judicial, constituindo exceção ao disposto no inciso XI, do artigo acima nomeado,⁸⁵ é outra faculdade outorgada ao Poder Público em decorrência da decretação do estado de *sítio*.

Conforme com Wolgran Junqueira Ferreira, na hipótese em referência, "*Pode-se violar o domicílio sem que ocorra infração constitucional.*"⁸⁶

A *intervenção nas empresas de serviços públicos*, estatais ou privadas, será permitida, também, fora dos casos legais, sempre que o Presidente da República entenda necessário, para assegurar a consecução dos objetivos propostos no decreto que autorizar o *sítio*.⁸⁷

⁸² CF, art. 139.

⁸³ Cf. Fundação Prefeito Faria Lima, Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal - CEPAM, *ob. cit.*, p. 325.

⁸⁴ Art. 5º, XII. "*é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;*"

⁸⁵ Art. 5º, XI. "*a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.*"

⁸⁶ **Comentários à Constituição de 1988**, Julex: São Paulo, 1989, v. 2, p. 827.

⁸⁷ CF. Ives Gandra Martins, "**Comentários à Constituição do Brasil**", obra em conjunto com Celso Ribeiro Bastos, Saraiva: São Paulo, 1997, 5º v., p. 139.

3.7.2 Estado de sítio decretado no caso de declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira — CF, art. 137, inc. II

A Lei Fundamental vigente, ao cogitar do *estado de sítio*, não faz expressa menção às garantias que poderão ser suspensas quando a medida telada decorrer de *declaração de estado de guerra* ou *resposta a agressão armada estrangeira*.

De fato, o artigo 139 da Constituição da República, ao prover sobre o assunto, reporta-se, apenas, as medidas que poderão ser perfilhadas quando o *sítio* for decretado ao argumento de *comoção grave de repercussão nacional* ou *ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa*.⁸⁸

A solução reside, por conseguinte, em sede doutrinária.

Enfrentando a *quaestio juris*, preleciona Alexandre de Moraes que, na situação vertente, "*Poderão ser restringidos, em tese, todas as garantias constitucionais, desde que presentes três requisitos constitucionais: 1. Necessidade de efetivação da medida. 2. Tenham sido objeto de deliberação por parte do Congresso Nacional no momento da autorização da medida. 3. Devem estar expressamente previstos no Decreto presidencial (CF, art. 138, caput, c.c. 139, caput)*".⁸⁹

No mesmo sentido, a arguta observação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao refletir sobre o art. 139, *caput*, da Constituição Federal, enunciando que, "*no caso de estado de sítio resultante de guerra, poderão ser tomadas outras medidas além das abaixo enunciadas. Todas, porém, deverão constar do decreto previsto no art. 138, caput*." (O destaque não é do original).⁹⁰

3.8 Imunidades parlamentares

Aspecto interessante, também, da questão até aqui versada, é o das *imunidades parlamentares*, como garantias funcionais dos congressistas, *durante o período de legalidade extraordinária*.

A matéria, mercê de sua importância, não remanesceu ao largo das preocupações constituintes, havendo o legislador originário oferecido tratamento específico ao assunto.

Dessarte, no sistema corrente, as imunidades dos Deputados e

⁸⁸ CF, art. 139. "*Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: [...]*."

⁸⁹ Ob. cit., p. 649.

⁹⁰ "*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*", ob. cit., p. 71.

Senadores subsistirão durante o *estado de sítio*, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva e, ainda assim, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, desde que incompatíveis com a execução da medida.⁹¹

4. Conclusão

A atraente complexidade dos institutos versados e a importância singular de ambos no contexto da democracia, destacam o *estado de defesa* e o de *sítio* dentre os temas recorrentes da Constituição em vigor.

O Estado moderno, o Estado de direito, enfim, o Estado constitucional democrático, só pode sobreviver, consoante a indeclinável advertência de Celso Ribeiro Bastos, “*sob um regime de normalidade jurídica*”.⁹²

Todavia, no desempenho de seus encargos e resguardo de suas instituições, frente a testilhas que lhe são antepostas no curso de sua atuação, o Estado de opção democrática carece de substituir, por vezes e temporariamente, o desejado sistema de legalidade ordinária pelo de *legalidade extraordinária*, visando, a manutenção ou o restabelecimento da regularidade colimada.

O *estado de defesa* e o *estado de sítio* exsurtem, assim, como vigorosos mecanismos de estabilização constitucional.

O assunto, em consequência do interesse que desperta, continua sensível ao acurado exame da comunidade acadêmica. □

⁹¹ CF, art. 53, § 8º.

⁹² “**Curso de Direito Constitucional**”, 18ª ed., Saraiva: São Paulo, 1997, 421.