

Mecanismos de defesa da ordem democrática e do Estado: uma análise comparada do estado de sítio e da constituição de emergência *

Humberto Alves de Campos **

1) Introdução

A complexidade dos novos desafios enfrentados pelos Estados tem levado à elaboração de propostas de modelos constitucionais contemporâneos de sistemas de enfrentamento de crises, em adaptação das experiências históricas do estado de sítio e da lei marcial. É certo, porém, que construções jurídicas para a defesa do país contra um inimigo externo ou tensões internas podem ser encontradas em períodos bem anteriores, como, por exemplo, na tradição do direito romano. No presente artigo, entretanto, a análise será concentrada nos mecanismos constitucionais contemporâneos para enfrentamento de crises e na proposta de constituição de emergência elaborado por Bruce Ackerman.

Um modelo jurídico-teórico contemporâneo para situações de emergência é o da aplicação da legislação comum que rejeita qualquer adap-

* Este artigo é a adaptação do trabalho final apresentado pelo autor na disciplina Democracia e Direitos Fundamentais no Mundo Globalizado, no 2º semestre de 2009, ministrada pelo Prof. Dr. José Levi do Amaral Júnior no Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília – Uniceub. Agradecimento especial a Eugênio Marcello Borges Peres pela revisão do artigo. Aplicam-se aqui as ressalvas de praxe.

** Humberto Alves de Campos é graduado em Administração de Empresas pelo Centro Universitário do Distrito Federal - UNIDF (1999) e em Direito pela União Pioneira de Integração Social - UPIS (2005), e Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - Uniceub (2010). É servidor público federal integrante da Carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. E-mail: humberto.acampos@gmail.com.

tação constitucional ou legislativa ao período de emergência. As críticas a esse modelo apontam que a legislação normal é incapaz de prover o Estado de meios suficientes para efetuar sua defesa diante da crise, podendo levar: a) à destruição do Estado; b) ao abandono formal do Estado de Direito e à implantação do arbítrio; e c) a hipocrisia com um aparente respeito ao Direito, mas permissividade com atos ilegais e abusivos¹.

Outro padrão de atuação é denominado adoção de medidas extra-legais. Nesse modelo, seria estabelecida a possibilidade de o Executivo agir de forma não prevista em lei, quando fosse necessário em sua avaliação, e adotar tal medida para proteger a nação. Da mesma forma que o modelo de aplicação da legislação comum, não haveria previsão antecipada de concessão poderes especiais do Executivo, mas, ao contrário do modelo anterior, haveria permissão do Executivo agir fora da previsão do ordenamento jurídico. Esse modelo não difere muito das idéias de Carl Schmitt de um soberano que decide, livre de controle, durante a exceção, pois, nos seus termos

Soberano é quem decide sobre o estado de exceção.

(...) O caso excepcional, não descrito na ordem jurídica vigente pode ser, no máximo, caracterizado como caso de extrema necessidade, como risco para a existência do Estado ou similar, mas não ser escrito como um pressuposto legal.... Os pressupostos são aqui, como conteúdo de competência, necessariamente ilimitados.... No máximo, a Constituição pode indicar quem deve agir em tal caso. Não se submetendo a ação a nenhum controle ...Ele [o soberano] decide tanto sobre a ocorrência do estado de necessidade extremo, bem como sobre o que se deve fazer para saná-lo².

Porém, a adoção deste modelo é incompatível com a manutenção do Estado de Direito durante a crise, pois não se deve confiar à ação monocrática, fora-da-lei e discricionária do Executivo, as medidas para a defesa do Estado, isto é, o Direito deve proteger o Estado de Direito³. Dessa forma, o padrão de constituição de emergência é o de adoção mais comum pelos Estados e é definido pela existência de previsão de normas

1 TAVARES (2008, pp. 107-108).

2 SCHMITT (2006, pp. 7-8).

3 TAVARES (2008, p. 88. e pp. 108-112).

de enfrentamento de crises no seio da própria Constituição. A postura de pretender esgotar o tema no texto constitucional decorre da desconfiança no legislador ordinário e é uma marca das constituições democráticas supervenientes a um período de autoritarismo, como no caso brasileiro⁴.

Nesse diapasão, o objetivo deste artigo é revisar as características dos mecanismos tradicionais de defesa do Estado, em especial da lei marcial e do estado de sítio, para, ao final, estabelecer uma comparação entre o estado de sítio vigente no Direito positivo brasileiro e a proposta de constituição de emergência de Bruce Ackerman.

2. Sistema constitucional das crises: a lei marcial e o estado de sítio

A fim de defender o país contra um inimigo externo ou para atuar sobre dissensões internas, os romanos elaboraram o conceito de “ditadura romana” como forma de um “governo de crise”⁵ que concentrava o poder soberano sobre o povo romano nas mãos de um ditador⁶. O ditador romano era um magistrado extraordinário, nomeado pelo cônsul a pedido do Senado, com o propósito de eliminar uma situação perigosa que havia motivado sua nomeação: fazer a guerra ou reprimir uma rebelião interna. Para tanto, o ditador, nomeado com prazo limitado, não estava ligado às leis e era uma espécie de rei, com poder limitado sobre a vida e a morte⁷, sendo que os cônsules eram seus subordinados, o poder de interceder dos tribunos não se aplicava contra seus atos e o cidadão

4 TAVARES (2008, p. 112).

5 A expressão se refere ao livro *Crisis Government*, de Lindsay Rogers, em que o autor discorre sobre as alterações dos arranjos institucionais estatais relativos a regimes de emergência europeus no primeiro pós-guerra. No trabalho, o autor relata que usou a expressão “governo de crise” em texto sobre o Primeiro-Ministro francês Raymond Poincaré, de 1926. Na ocasião, Rogers entendia como “governo de crise” o arranjo em que o Parlamento francês abdicava temporariamente de sua supremacia administrativa e legislativa. No livro de 1934, o autor explica que esse arranjo francês não seria mais a forma das instituições representativas do pós-guerra recorrerem a um expediente para atender a uma situação de emergência, bem assim analisa as dificuldades de estabilização dos regimes constitucionais em diversos países europeus no pós-guerra. Segundo o autor, o ambiente era propício para “o governo da espada suplantar o governo do consenso” e “a atmosfera da Guerra era naturalmente hospitaleira a vários tipos de regimes de emergência e não haveria razão para surpresa no fato de que a atmosfera do pós-guerra fosse igualmente hospitaleira”, pois situações de crise geram a necessidade de concentração de poder para agilização do processo decisório (ROGERS, 1934, pp. 7-34).

6 NEUMANN (1969, pp. 257-258).

7 SCHMITT (2003, pp. 33-34).

condenado em julgamento criminal não podia apelar de seu veredicto⁸. Portanto, o ditador romano era um órgão do estado romano republicano, certamente extraordinário, mas constitucional, da mesma forma que os cônsules e outros chefes⁹.

Nos sistemas constitucionais, a “*emergência constitucional* caracteriza-se por uma situação excepcional, provocada pela necessidade de defesa do regime, ante ataque inusitado, requerendo se concedam ao Chefe do Governo ou Estado, poderes também excepcionais para vencê-la”¹⁰. O sistema constitucional das crises é um conjunto ordenado de normas constitucionais que tem por objeto as situações de crises e por finalidade a manutenção ou restabelecimento da normalidade constitucional¹¹. Dessa forma, a segurança é ponto motivador das salvaguardas constitucionais porque o Estado necessita de segurança, de defesa, em face das ameaças que podem rondar sua atuação de forma a inibir sua atividade¹².

A decretação da emergência constitucional não implica suspensão da Constituição nem importa situação de extraconstitucionalidade, mas ocorre a substituição de legalidade comum pela legalidade extraordinária, delineada no sistema constitucional das crises¹³. O sistema constitucional das crises, portanto, autoriza a instituição de medidas de exceção no Estado de Direito, mas não a instituição de um estado de exceção¹⁴. Como apontou Schmitt, o estado de exceção, que não está previsto por uma norma jurídica, seja ordinária ou extraordinária, teria significado análogo para o mundo jurídico ao milagre para teologia. Entretanto, a

8 NEUMANN (1969, pp. 257-258).

9 “(...) E vemos que a ditadura, constituída segundo a ordem pública, e não por autoridade própria, faz-se sempre em beneficio da cidade [para proteção de um perigo extremo]. Por que são as magistraturas criadas e os poderes concedidos de forma extraordinária [inconstitucional, fora da ordem pública] que prejudicam a república, não aqueles que se conformam à regra ordinária: como visto, em Roma, durante todo o período da sua história, nenhum homem se tornou ditador se não fosse para o bem da República (...). A tradução é livre. No original consta: “(...)E si vede che 'l Dittatore, mentre fu dato secondo gli ordini publici, e non per autorità propria, fece sempre bene alla città. Perché e' nuocoeno alle republiche i magistrati che si fanno e l'autoritadi che si danno per vie istraordinarie, non quelle che vengono per vie ordinarie: come si vede che seguì in Roma, in tanto processo di tempo, che mai alcuno Dittatore fece se non bene alla Republica (...)” (MACHIAVELLI, 2004, I, cap. 34).

10 CORRÊA (1980, p. 23).

11 SANTOS (1981, p. 32).

12 SLAIBI FILHO (1989, p. 335).

13 SANTOS (1981, p. 90).

14 TAVARES (2008, pp 74-78).

possibilidade da instituição do estado de exceção, a ser conduzido por um soberano, é repelida pelas ordens jurídico-estatais modernas¹⁵, pois a idéia do Estado de Direito fundamenta-se no deísmo, isto é, em uma teologia e em uma metafísica que repelem o milagre do mundo e recusam o rompimento das leis naturais contido no conceito de milagre, que institui uma exceção através de uma intervenção divina direta; assim como, por analogia, repelem o estado de exceção, que consistiria em uma intervenção direta do soberano na ordem jurídica vigente¹⁶.

O Direito internacional vem admitindo a instituição de medidas de exceção quando houver ameaça à sobrevivência do Estado¹⁷. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁸ – Pacto de San José da Costa Rica –, celebrada em 22 de novembro 1969, estabelece a possibilidade de suspensão de garantias individuais, em seu artigo 27, *in verbis*:

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 social¹⁹.

15 “O soberano [quem decide sobre o estado de exceção] se coloca fora da ordem jurídica normalmente vigente, porém a ela pertence, pois ele é competente para a decisão sobre se a Constituição pode ser suspensa *in toto*. Nesse sentido, todas as tendências do desenvolvimento jurídico-estatal moderno conduzem à eliminação do soberano. (SCHMITT, 2006, p.8).

16 SCHMITT (2006, p.35).

17 Além da citada Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ver artigo 4º do Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1996, promulgado pelo Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992; e artigo 15 da Convenção Européia de Direitos Humanos, promulgada em 04 de novembro de 1950.

18 O governo brasileiro depositou a carta de adesão a essa Convenção em 25 de setembro de 1992. O Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, promulgou o mencionado ato internacional.

19 Entretanto, o mesmo artigo 27 estabelece que a disposição 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.

O sistema constitucional das crises é norteado pelos princípios da necessidade e da temporariedade. O princípio da necessidade é referente à imprescindibilidade da decretação da exceção constitucional para a manutenção e preservação da ordem constitucional e das suas instituições²⁰. O Estado de Direito pressupõe a vigência de normas estáveis que assegurem o exercício regular da atividade do Estado e dos cidadãos. Dessa forma, a emergência só pode ser declarada quando em risco a estabilidade do regime, quer pela ação interna, quer pela ação externa²¹. O princípio da temporariedade revela o caráter eminentemente transitório da medida excepcional²², isto é, estabelece que haverá um limite no tempo para que a exceção não se torne regra, transformando a emergência em permanência²³.

O mecanismo excepcional para situação de crises, instaurado em Estado de Direito, para sua segurança, deve estabelecer desde logo: o seu alcance – medidas fora da normalidade que podem ser admitidas; limites – duração no tempo, determinada para que a exceção não se torne regra; garantias – vencido o ciclo de atuação, retornar-se-á à normalidade, mantendo-se os poderes excepcionais dentro das normas que lhe forem fixadas²⁴.

Nesse sentido, a incidência dos princípios da necessidade e da temporariedade nos sistemas de legalidade especial exige: a) que a decretação seja condicionada à ocorrência do pressuposto fático; b) executoriedade restrita e vinculada dos meios de resposta; c) fiscalização política pelo Legislativo dos atos de exceção; d) controle judicial *a tempore* e *a posteriore* pelo Judiciário²⁵. É o que também leciona Corrêa, asseverando que a declaração da emergência: a) não pode ser feita sem a ocorrência, fundada em elementos seguros, da emergência; b) não pode exceder os limites da defesa do regime e das instituições, nem quanto à natureza das medidas nem quanto à extensão no espaço e duração no tempo – necessárias e suficientes; c) não pode se furtrar ao controle político do Legislativo, ainda que *a posteriore*; d) não pode fugir ao controle jurisdicional que repare desvios ou abusos²⁶.

20 SANTOS (1981, p. 32).

21 CORRÊA (1980, p. 27).

22 SANTOS (1981, p. 32).

23 CORRÊA (1980, p. 31).

24 CORRÊA (1980, pp. 31-32).

25 SANTOS (1981, p. 32).

26 CORRÊA (1980, p. 28).

Tavares, por sua vez, propõe que os seguintes parâmetros devem ser observados para a manutenção do Estado de Direito na emergência: a) discriminação de atribuições no manuseio dos instrumentos extravagantes, a fim de evitar disputa de poder e o agravamento da crise; b) temporariedade das medidas emergenciais, mediante a atribuição de prazo certo pra a emergência; c) respeito ao objetivo, isto é, todas as ações tomadas durante a emergência devem ser necessárias e suficientes pra restabelecer a normalidade; d) controle de poder e proteção dos direitos individuais mediante um reforço do sistema de controle entre os órgãos de poder, em especial pelo fortalecimento do controle do Poder Legislativo e do Poder Judiciário sobre o Poder Executivo²⁷.

Há dois sistemas básicos de enfrentamento de crises: a lei marcial (*marcial law*), fundada no conceito de *rule of law*²⁸, e o estado de sítio (*état de siège*), baseado no princípio da legalidade. O primeiro prepondera nos Estados que seguem a tradição do *common law*; o segundo é preferido pelos países de direito escrito²⁹. A expressão estado de sítio é de origem francesa e traz a idéia de uma cidade sitiada pelos inimigos. A expressão lei marcial, utilizada pelos países anglo-saxônicos, invoca o poder militar, já que se refere a Marte, deus romano que presidia a guerra³⁰.

A lei marcial é o sistema constitucional das crises vigente, por exemplo, na Inglaterra e nos Estados Unidos da América do Norte³¹, é a técnica anglo-americana do estado de necessidade³² e se caracteriza pelo direito que, em *common law*, Coroa e seus agentes têm para utilizar a força no caso de invasão, de insurreição, de tumulto, ou, mais geralmente, nos casos de resistência violenta à lei³³. Dessa forma, a “Lei Marcial, pois,

27 TAVARES (2008, pp. 78-83).

28 TAVARES (2008, p. 52). Na classificação de Scalquette, seriam quatro sistemas de defesa da segurança e da ordem pública: a lei marcial; a suspensão da constituição; os poderes excepcionais do Presidente da República; e os sistemas de legalidade especial: suspensão de *habeas corpus* e estado de sítio (SCALQUETTE (2004, pp 75-89). PINTO FERREIRA, em 1971, apontava que poder-se-iam distinguir quatro principais modelos de decretação de medidas de exceção: a) o sistema de *état de siège*; b) o processo anglo-americano da lei marcial e dos poderes extraordinários; c) o modelo alemão dos poderes ditatoriais do presidente da República e, afinal, d) o estilo italiano do *stato di assedio*. (FERREIRA, 1971, p. 85).

29 FERREIRA FILHO (1978, p. 302).

30 SLAIBI FILHO (1989, p. 334).

31 SANTOS (1981, p. 91).

32 PINTO FERREIRA (1971, p. 89).

33 VEEN DICEY (1902, pp. 249-250) *Apud*. SANTOS (1981, p. 91).

no sentido estrito, não envolve suspensão da lei comum, muito menos do governo ordinário. Ela acarreta apenas o uso de meios anormais, ou melhor, extraordinários para a manutenção da ordem, particularmente o emprego da força bruta³⁴.

A lei marcial, por conseguinte, não é propriamente uma medida especial, sendo prevista pelo direito comum, excluindo a antijuridicidade de certas ações. A lei marcial em vigor não confere novos poderes ao Executivo. A relação com o Estado não é alterada e qualquer interferência com a liberdade pessoal ou com o direito de propriedade deve ser justificada perante o Judiciário. A proclamação da lei marcial é um aviso de que a força militar será empregada para a manutenção da ordem³⁵, sendo que sua instituição significa a supressão da divisão tradicional de poderes e sua substituição pelo poder do comandante militar³⁶. Dessa forma,

“A martial law fundamenta, pois, um espaço livre para a execução técnica de uma operação militar, em que deve ter lugar o que for necessário para resolver a situação. (...)”

A lei marcial (statarium iudicium) envolve um processo sumário, que se aplica a todos os soldados, espalhando-se posteriormente para a jurisdição prebostal, o julgamento de certos crimes cometidos em território sujeito a lei marcial em virtude de uma declaração formal³⁷.

A principal característica da lei marcial, portanto, é a ausência ou mínima previsão antecipada de legalidade formal a respeito da decretação, o que permite uma ampla discricionariedade governamental para a definição das medidas a serem adotadas no caso concreto. A tradição estabelece a *rule of law* como critério consuetudinário de controle dos atos restritivos e afasta a apreciação judicial comum sobre medidas adotadas³⁸.

34 FERREIRA FILHO (1964, p. 50) *Apud.* SANTOS (1981, p. 40).

35 FERREIRA FILHO (1978, p. 304).

36 SCHMITT (2003, p. 224).

37 A tradução é livre. No original consta: “La martial law señala, pues, un espacio libre para la ejecución de una operación militar, en el que debe acontecer lo que sea necesario con arreglo a la situación de las cosas. (...) La ley marcial (*iudicium statarium*) implica un procedimiento sumario, que se aplica ante todo a soldados, extendiéndose más tarde, al igual que la jurisdicción prebostal, al enjuiciamiento de determinados delitos cometidos em território sujeto a la ley marcial em virtud de una declaración formal. (SCHMITT, 2003, pp. 224-225).

38 TAVARES (2008, pp. 53-54).

No regime constitucional norte-americano, a lei marcial pode ser proclamada a qualquer tempo pelo Congresso, ou pelo Presidente, se tal ação é requerida por motivo de urgência antes que o Congresso possa autorizá-la, nos casos de invasão, grave desordem interna, guerra civil ou internacional, e somente nos distritos onde o direito ordinário seja incapaz de manter a segurança pública. Contudo, a lei marcial não suspende os direitos constitucionais dos cidadãos. Os servidores públicos civis e militares continuam subordinados à Constituição; e a substituição das leis ordinárias pela lei marcial não modifica as relações entre os indivíduos e o Governo³⁹.

A ligação da suspensão do *habeas corpus* com a lei marcial é complexa. A lei marcial nos EUA somente pode ser decretada em caso de invasão, grave desordem interna, guerra civil internacional, limitando-se aos locais onde a desordem se instaurou e desde que a lei ordinária não seja suficiente para assegurar a ordem. Como medida extrema, a Constituição norte-americana de 1787 estabeleceu em seu artigo I, 9ª Seção, n. 2, a suspensão do *habeas corpus*⁴⁰ como meio necessário à salvaguarda em casos de rebelião ou invasão⁴¹. Porém, a ordem de *habeas corpus* não é suspensa em decorrência da proclamação da lei marcial⁴². A suspensão do *habeas corpus* só pode ocorrer por proclamação expressa do Congresso ou do Presidente⁴³, em casos de rebelião ou invasão onde a medida se faz necessária⁴⁴. Assim, poderá haver suspensão de *habeas corpus* sem a decretação da lei marcial. Por outro lado, a decretação da lei marcial, ainda que não implique na suspensão do *writ*, acaba por suspender sua execução em decorrência do fechamento das cortes judiciárias⁴⁵.

39 FERREIRA (1971, p. 88).

40 SCALQUETTE classifica a suspensão do *habeas corpus* como um sistema de legalidade especial, ao lado do estado de sítio. O instituto não é tratado como mera decorrência da instituição da lei marcial (SCALQUETTE, 2004, pp 75-89). Já TAVARES afirma que a lei marcial “praticamente veda o conhecimento, pejo Judiciário, dos atos concretos adotados durante a emergência, com a suspensão do *habeas corpus*”.

41 No original da Constituição norte-americana consta: “The Privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it”.

42 FERREIRA (1971, p. 88).

43 O texto constitucional norte-americano não é claro no que diz respeito ao detentor de competência de declaração do estado de emergência, Presidente da República ou Congresso Nacional. Em *Ex Parte Merryman*, de 1861, a Suprema Corte, em decisão favorável ao paciente, concluiu que o Presidente não poderia, sem autorização do Congresso, suspender o *writ*. A decisão foi ignorada por Lincoln, mas o precedente não foi superado por outro julgamento e baliza até hoje o entendimento judicial de que não cabe ao Presidente a adoção da medida suspensiva do *writ* sem autorização legislativa. (TAVARES, 2008, pp. 55-57).

44 FERREIRA (1971, p. 88).

45 SCALQUETTE (2004, pp 75-89).

Já a expressão “estado de sítio” tem origem na França e traz a idéia de uma cidade sitiada pelos inimigos⁴⁶, sendo estendida, posteriormente, para casos de desordens internas. No mundo moderno, o estado de sítio tem origem com Ato de 8 = 10 de julho de 1791⁴⁷, relativo à conservação e classificação das praças de guerra e postos militares, quando é mencionada pela primeira vez a expressão *état de siège*⁴⁸. Na lei, distinguem-se três *états* em que podem se encontrar as praças de guerra e postos militares: *état de paix*, *état de guerre* e *état de siège*⁴⁹. No estado de paz, a autoridade militar somente exerce mando frente às tropas e assuntos militares imediatos. No estado de guerra, as autoridades civis conservam suas faculdades policiais, mas o comandante pode obrigá-las a adotar medidas que afetem a ordem e a polícia, sempre que estas medidas sejam de interesse da segurança militar da praça. No estado de sítio, todas as faculdades jurídicas da autoridade civil que tenham relação com a manutenção da ordem interna e da polícia passam ao comandante militar, que as exerce sob sua responsabilidade pessoal⁵⁰. Nesse sentido, Hauriou afirmava que estado de sítio:

É uma instituição legal, previamente preparada, que, a fim de assegurar a paz pública, organiza o reforço do poder executivo, atenuando a separação entre a autoridade militar e a autoridade civil, fazendo passar da autoridade civil à autoridade militar uma parte dos poderes de polícia e uma parte do poder repressivo sobre a população civil; este reforço será realizado em caso de perigo iminente resultante de uma guerra estrangeira, uma insurreição armada, por decisões declarando o estado de sítio que serão seguidas, logo que possível, de decisão levantando o estado de sítio⁵¹.

46 SLAIBI FILHO (1989, p. 334).

47 Embora conhecido como o decreto de 08 de julho de 1791 ou lei de 10 de julho de 1791, seu nome exato é: Ato de 8=10 de julho de 1791, relativo à conservação e classificação das cidades fortificadas e postos militares, a polícia fortificações e outros fins correlatos.

48 FERREIRA (1971, p. 84).

49 Article 5 Les places de guerre et postes militaires seront considérés sous trois rapports, savoir : dans l'état de paix, dans l'état de guerre et dans l'état de siège (FRANCE. Loi des 8=10 juillet 1791, concernant la conservation et le classement des places de guerre et postes militaires, la police des fortifications et autres objets y relatifs).

50 FRANCE. Loi des 8=10 juillet 1791, concernant la conservation et le classement des places de guerre et postes militaires, la police des fortifications et autres objets y relatifs. Ver também: SCHMITT (2003, pp. 234-235).

51 HAURIOU (10ª ed, p. 705) *Apud*. FERREIRA (1971, p. 85).

No Direito brasileiro, Rui Barbosa assinalava que o estado de sítio: é um regímen extraordinário, mas não discricionário, um regímen de exceção, mas de exceção circunscrita pelo direito constitucional, submetida à vigilância das autoridades constitucionais, obrigada a uma liquidação constitucional de responsabilidades. É uma situação de arbítrio, mas arbítrio parcial, relativo, encerrado nas fronteiras de uma legalidade clara, imperativa, terminante, e em coexistência com o qual se mantém os códigos, os tribunais, o corpo legislativo⁵².

O estado de sítio se caracteriza por três séries de disposições; a) a autoridade militar substitui a autoridade civil no exercício da política administrativa geral; b) a autoridade militar recebe poderes excepcionais e especiais de polícia, relativos à suspensão de determinadas franquias de liberdade; c) ressurge a jurisdição dos conselhos de guerra sobre os delinqüentes civis⁵³.

O estado de sítio não é uma ditadura, nem um eclipse constitucional, nem a suspensão geral de garantias, nem a lei marcial. O estado de sítio não se confunde nem com a lei marcial nem com o estado de guerra. No regime marcial desaparece todo e qualquer direito, sendo a lei marcial a vontade do comandante da praça militar. O estado de guerra é a situação de declarada hostilidade entre duas nações constituídas. Nesse caso, é desnecessária a decretação do estado de sítio. O estado de sítio é simplesmente a suspensão de garantias definidas na Constituição. Todo e qualquer ato exorbitante desses limites exorbita a instituição do estado de sítio⁵⁴. O estado de sítio não se confunde com a suspensão da Constituição, não atingindo as garantias constitucionais *lato sensu*. O estado de sítio alarga a esfera da ação legítima do Estado e atinge as garantias em sentido restrito, sejam as garantias-limite sejam as garantias instrumentais, mormente as judiciais. Portanto, o estado de sítio não gera nem permite o arbítrio. O Poder Executivo, ainda que suspensas garantias constitucionais, está sujeito a normas e limites que configuram uma legalidade extraordinária, adequada aos momentos de crise⁵⁵.

52 BARBOSA (1991, p. 225) *Apud* MOARES (2002, p. 1615).

53 FERREIRA (1971, p. 86).

54 Discurso de Rui Barbosa sobre o estado de sítio, na sessão de 09 de novembro de 1917, do Senado Federal (BRASIL. Discursos Parlamentares, 1923, p. 66).

55 FERREIRA FILHO (2007, p. 138).

Por fim, é mister salientar que no Direito Constitucional francês há dois regimes de aplicação excepcional. O estado de urgência⁵⁶ – similar ao Estado de Defesa brasileiro – e o estado de sítio⁵⁷. Além desses institutos, há uma espécie inominada de aplicação excepcional, sem paralelo no ordenamento jurídico brasileiro⁵⁸, previsto no art. 16 da Constituição da República Francesa que estabelece os poderes excepcionais do Presidente:

Sempre que as instituições da República, a independência da nação, a integridade do seu território ou a execução dos seus compromissos internacionais forem ameaçados por forma grave e imediata e o funcionamento regular dos poderes públicos constitucionais for interrompido, o Presidente da República adotará as medidas exigidas pelas circunstâncias, após consulta oficial do Primeiro Ministro, dos presidentes de ambas as câmaras e ainda do Conselho Constitucional. O Presidente informará à Nação sobre estes fatos, por meio de mensagem. Aquelas medidas deverão ser inspiradas pela vontade de assegurar aos Poderes Públicos constitucionais, no mais curto prazo possível, os meios para desempenharem a sua missão. O Conselho constitucional será consultado a respeito da matéria⁵⁹.

56 Decretado pelo Conselho de Ministros nos casos de perigo iminente resultante de atentados graves à ordem pública ou eventos que por sua natureza tenham característica de calamidade pública, conforme Lei nº 55.385, de 3 de abril de 1955. Ver: *Code de la défense*. L2131-1: “Les règles relatives à l'état d'urgence sont définies par la loi n° 55-385 du 3 avril 1955.”

57 O estado de sítio é decretado pelo Conselho de Ministros nos casos de perigo iminente resultante de guerra estrangeira ou insurreição armada. A sua prorrogação por mais de doze dias só pode ser autorizada pelo Parlamento. No original da Constituição Francesa consta: “Article 36. L'état de siège est décrété en Conseil des ministres. Sa prorogation au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par le Parlement.” Ver também: *Code de la défense* L2121-1, CD: “L'état de siège ne peut être déclaré, par décret en conseil des ministres, qu'en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection armée. Le décret désigne le territoire auquel il s'applique et détermine sa durée d'application.”

58 AMARAL (2008, p. 129).

59 A redação completa do original é a seguinte: “Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des Présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel. Il en informe la nation par un message. Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil constitutionnel est consulté à leur sujet. Le Parlement se réunit de plein droit. L'Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels.”

Os poderes excepcionais do Presidente da República, existentes no sistema constitucional francês, é um regime jurídico especial flexível por excelência. Porém, esse poder absoluto mereceu severas críticas. Maurice Duverger assinalou que o dispositivo constitucional faz o regime de governo correr um perigo mortal porque permite que um presidente inescrupuloso derrube a República, revestindo um golpe de estado com uma aparência de legalidade, suprimindo todos os obstáculos jurídicos que impediriam seu êxito⁶⁰.

3. Sistema constitucional das crises no Direito brasileiro

Os sistemas constitucionais das crises podem ser classificados em rígidos ou flexíveis. Os sistemas flexíveis não preestabelecem as providências para conter ou debelar a crise⁶¹ e tem aderência ao modelo de lei marcial. Os sistemas rígidos se caracterizam por não permitirem restrições às garantias constitucionais além daquelas expressamente enumeradas na ordenação das crises⁶² e têm identificação com o modelo de estado de sítio.

O Direito Constitucional brasileiro acolheu o sistema rígido, o que foi refletido nas Constituições de 1891⁶³, 1934⁶⁴, 1946⁶⁵ e 1967⁶⁶ que, sob a denominação de estado de sítio, albergaram as linhas mestras do *état de siège* francês. O estado de sítio foi, portanto, a salvaguarda constitu-

60 DUVERGER (1960, p. 45) *Apud.* SANTOS (1981, p. 52).

61 SANTOS (1981, p. 71).

62 SANTOS (1981, p. 71).

63 “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). (...)”.

64 “Art 175 - O Poder Legislativo, na iminência de agressão estrangeira, ou na emergência de insurreição armada, poderá autorizar o Presidente da República a declarar em estado de sítio qualquer parte do território nacional, (...)”.

65 “Art 206 - O Congresso Nacional poderá decretar o estado de sítio nos casos: I - de comoção intestina grave ou de fatos que evidenciem estar a mesma a irromper; II - de guerra externa.”

66 “Art. 155. O Presidente da República poderá decretar o estado de sítio nos casos de: I - grave perturbação da ordem da ameaça de sua irrupção; II - guerra.” (redação original); “Art. 156 - No caso de guerra ou a fim de preservar a integridade e a independência do País, o livre funcionamento dos Poderes e de suas instituições, quando gravemente ameaçados ou atingidos por fatores de subversão, o Presidente da república, ouvindo o conselho de segurança Nacional, poderá decretar o estado de sítio.” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978).

cional que tradicionalmente vigorou no Brasil. A Constituição de 1988 não retrocedeu ao sistema puro da Constituição de 1946 que só previa o estado de sítio, mas restringiu as medidas do sistema da Emenda Constitucional nº 11, de 1978, que configurava três instituições: medidas de emergência, estado de sítio e estado de emergência. Na atual Constituição, os institutos de defesa são o estado de sítio e sua forma mitigada, o estado de defesa, instituído em substituição ao estado de emergência e às medidas de emergência da ordem constitucional de 1967. As ressalvas em relação à incorporação do sistema rígido pelo Direito Constitucional brasileiro se devem às peculiaridades da Constituição de 1824 e à execução da Carta Constitucional de 1937.

A Constituição de 1824 previa que nos casos de rebelião, ou invasão de inimigos, pedindo a segurança do Estado, o Poder Legislativo ou o Poder Executivo, não estando reunida a Assembléia e existindo eminente perigo para a pátria, poderiam dispensar por tempo determinado algumas das formalidades que garantiam a liberdade individual⁶⁷. Portanto, o texto constitucional não catalogava de forma expressa as garantias a serem suspensas e as medidas cerceadoras das liberdades, guardando maior compatibilidade com o modelo norte-americano da suspensão do *habeas corpus*, a despeito de haver recebido influência do estado de sítio francês. Do modelo norte-americano, a influência é verificável: a) na falta de nome à salvaguarda; b) na mesma designação dos pressupostos fáticos: rebelião ou invasão inimiga; c) na inexistência de medidas prévias de restrição às liberdades; d) na suspensão do *habeas corpus*, ainda que esse instituto não estivesse expressamente previsto na Constituição de 1824. De outro lado, o instituto encampou, em menor escala, o estado de

67 O texto original da Constituição de 1824 é o seguinte: “Art. 179 A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...) XXXIV. Os Poderes Constitucionaes não podem suspender a Constituição, no que diz respeito aos direitos individuaes, salvo nos casos, e circunstancias especificadas no paragrapho seguinte. XXXV. Nos casos de rebelião, 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.”

sítio francês com as seguintes características: a) exigência formal do ato declaratório da exceção; b) a competência do Legislativo ou do Executivo para sua edição; c) a suspensão de garantias; d) a responsabilidade das autoridades pelos abusos cometidos⁶⁸.

A Carta Constitucional de 1937 erigiu um sistema constitucional destinado à defesa do regime, não da Constituição. Os poderes extraordinários foram atribuídos ao Presidente da República sem qualquer controle, quer no estado de emergência, quer no estado de guerra⁶⁹. A centralização de poderes presidenciais aniquilou completamente as liberdades públicas⁷⁰. Os institutos criados pela Constituição do Estado Novo para a defesa do regime são uma parte de um sistema constitucional atípico, que não se confunde com o sistema constitucional das crises desenhado para a defesa da Constituição, pelas seguintes características: a) o sistema é denominado “Defesa do Estado”; b) poderes sem limites ao Presidente da República; c) inexistência de controle político e jurisdicional durante a exceção; d) irresponsabilidade política do Presidente; e) poder de suspender a Constituição em caso de guerra e casos de comoção intestina grave⁷¹. O sistema constitucional da Carta de 1937 não tem, portanto, nenhuma correlação com o sistema constitucional das crises por sua natureza e finalidade⁷².

A Constituição de 1988 contemplou o estado de defesa e o estado de sítio como salvaguardas constitucionais, estabelecendo dois “institutos constitucionais de defesa do Estado e das instituições democráticas, através de garantia da ordem pública pela exacerbação do poder de polícia, restringindo, excepcional e temporariamente, o exercício de algumas garantias constitucionais”⁷³, que se diferenciam pela justificativa das medidas para sua decretação e pela gravidade das medidas que impõem à sociedade⁷⁴.

A incidência das salvaguardas é questão política, a juízo dos órgãos competentes para a matéria, o que não exclui, em caso de abuso ou exor-

68 SANTOS (1981, p. 63).

69 O texto original da Constituição de 1937 é o seguinte: “Art 171 - Na vigência do estado de guerra deixará de vigorar a Constituição nas partes indicadas pelo Presidente da República.”

70 FERREIRA (2002, p. 465).

71 SANTOS (1981, p. 67).

72 SANTOS (1981, p. 72).

73 SLAIBI FILHO (1989, p. 334).

74 FERREIRA FILHO (1978, p. 305).

bitância do exercício do poder, o apelo ao Judiciário. Da excepcionalidade das salvaguardas decorrem: a) a temporariedade da execução; b) a incidência restrita dos direitos cujo exercício fica suspenso; c) intensificação dos controles externos das medidas; d) o caráter genérico dos direitos cujo exercício são suspensos, que podem ser os direitos liberais, isto é, os direitos à não-ingerência do poder público, bem assim direitos sociais, como a intervenção estatal em empresa para garantir a prestação de serviços públicos⁷⁵.

O caráter político da decisão que decreta o estado de defesa ou estado de sítio não significa que o ato fique completamente imune à apreciação jurisdicional. O controle judicial existe nos elementos de: a) competência para a decretação e a execução das medidas; b) a forma pela qual se decretou a medida e por qual se exercita a constrição; c) a finalidade que deve se restringir aos bens jurídicos tutelados; d) o objeto, tanto da decisão como da execução, que não pode extrapolar a moldura constitucional; e e) o motivo ou causa, como prevê a Constituição Federal. A decretação das medidas não induz a instauração do arbítrio administrativo; significa, apenas, que os meios ordinários de auto-executoriedade do poder de política estão fortalecidos, temporária e excepcionalmente⁷⁶.

O estado de sítio ou de defesa pressupõe, no sistema de legalidade estabelecido pelo Estado de Direito, a apreciação derradeira dos atos de sua execução pelos próprios tribunais⁷⁷. Nesse sentido, o controle jurisdicional é reforçado pela responsabilização dos agentes executores das medidas por ilícitos causados durante a vigência das salvaguardas. Daí que na vigência do estado de sítio ou estado de defesa continuam em vigor os direitos constitucionais de ação e de petição aos órgãos públicos, direitos públicos que não podem ser suspensos por falta de previsão constitucional específica e por serem garantidores mínimos de direitos fundamentais⁷⁸.

O controle político das medidas de emergência é exercido pelo Poder Legislativo. A Constituição exige sua participação tanto na decretação do estado de defesa quanto na decretação do estado de sítio. O controle político é exercido não só durante o prazo de suspensão de ga-

75 SLAIBI FILHO (1989, p. 335).

76 SLAIBI FILHO (1989, p. 336).

77 FERREIRA (1971, p. 95).

78 SLAIBI FILHO (1989, p. 336).

rantias, mas também posteriormente. Para tanto, a Mesa do Congresso Nacional, ouvidos os líderes partidários, designará comissão composta de cinco de seus membros para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas referentes ao estado de defesa e ao estado de sítio, sendo que logo que cesse o estado de defesa ou o estado de sítio as medidas aplicadas em sua vigência serão relatadas pelo Presidente da República, em mensagem ao Congresso Nacional, com especificação e justificação das providências adotadas, com relação nominal dos atingidos e indicação das restrições aplicadas.

No caso do estado de sítio, o texto constitucional estabelece que o Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de: a) comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; b) declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira. O Presidente da República, ao solicitar autorização para decretar o estado de sítio ou sua prorrogação, relatará os motivos determinantes do pedido, devendo o Congresso Nacional decidir por maioria absoluta. 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. Ressalve-se que o estado de sítio, no caso de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa, não poderá ser decretado por mais de trinta dias, nem prorrogado, de cada vez, por prazo superior. No caso de declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira, o estado de sítio poderá ser decretado por todo o tempo que perdurar a guerra ou a agressão armada estrangeira.

A Constituição Federal de 1988 instituiu, ao lado do estado de sítio, o estado de defesa, em substituição às medidas de emergência e ao estado de emergência que estavam previstos na ordem constitucional anterior. O estado de defesa é uma situação em que se organizam medidas destinadas a debelar ameaça à ordem pública ou à paz social⁷⁹. Na dicção de Moraes,

79 SILVA (2004, p. 763).

O Estado de defesa é uma modalidade mais branda de Estado de sítio e corresponde às antigas medidas de emergência do direito constitucional anterior e não exige para sua decretação, por parte do Presidente da República, autorização do Congresso Nacional. O decreto presidencial deverá determinar o prazo de sua duração; especificar as áreas abrangidas e indicar as medidas coercitivas, nos termos e limites constitucionais e legais⁸⁰.

A Constituição Federal estabelece que o estado de defesa 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 calamidades de grandes proporções na natureza. Assim, 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 calamidades de grandes proporções na natureza. O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as listadas pela Constituição Federal. O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação.

4. Constituição de Emergência: a proposta de Bruce Ackerman para o enfrentamento do terrorismo

Os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 sofridos pelos Estados Unidos da América colocaram em destaque questões sobre o balanceamento entre liberdade e medidas de enfrentamento de crise⁸¹. Um

80 MOARES (2002, p. 1615).

81 O conceito de terrorismo adotado neste trabalho é o que considera o terrorismo uma ação violenta que tenha a pretensão de causar a morte ou sério dano em não-combatentes com propósito de intimidar uma determinada população, compelir governo ou organização internacional a fazer ou privar-se de fazer qualquer ato. No original, “any action, in addition to actions already specified by the existing conventions on aspects of terrorism, the Geneva Conventions and Security Council resolution 1566 (2004), that is intended to cause death or serious bodily harm to civilians or non-combatants, when the purpose of such act, by its nature or context, is to intimidate a population, or to compel a Government or an international

mês e meio após a ocorrência do evento, o Congresso americano aprovou o *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act (USA PATRIOT ACT) of 2001*, que aumentou o poder de vigilância de agências de segurança norte-americanas e alterou a legislação criminal, aumentando penas máximas cominadas para diversos delitos e estabelecendo novos procedimentos de investigação penal; alterou a legislação de imigração, permitindo a detenção de estrangeiros em situações não previstas anteriormente; e aumentou os poderes de vigilância eletrônica e de escuta ambiental sem necessidade de autorização judicial. Algumas alterações, como esta última, tinham previsão de extinção em 31 de dezembro de 2005. Mas as regras que tinham caráter provisório foram tornadas permanentes em 21 de julho de 2005, mesmo dia do segundo ataque terrorista ao sistema de transporte de Londres, pela Câmara dos Representantes, sendo que o Senado norte-americano aprovou a proposta de permanência das medidas oito dias depois⁸².

Sobre o assunto, Giorgio Agamben se refere à extensão do aumento dos poderes do Estado em resposta aos ataques terroristas como um regime típico de estado de exceção⁸³ na política contemporânea. As medidas inicialmente apresentadas como ligadas a acontecimentos excepcionais, reservadas a situações limitadas no tempo e no espaço, tornaram-se regra, levando a uma generalização sem precedentes do paradigma da segurança como técnica normal de governo, sendo que estado de exceção como princípio político não se expressa formalmente como medida extrajurídica e arbitrária de supressão de direito; pelo contrário, traveste-se juridicamente para transitar sem ser incomodado, pois se apresenta como lei inserida e integrada ao ordenamento jurídico vigente⁸⁴.

O incremento dos debates contemporâneos sobre as medidas de emergência levou Bruce Ackerman, professor da Universidade de Yale, a propor um novo modelo de constituição de emergência para enfrentar

organization to do or to abstain from doing any act” (ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. *Report: a more secure world – our shared responsibility*, 2004, p. 52).

82 TAVARES (2008, p. 88).

83 Para Agamben, o estado de exceção é a situação que resulta da suspensão da ordem, não do caos que precede a ordem. Não é a exceção que se subtrai à regra, mas a regra que, suspendendo-se, dá lugar à exceção e somente deste modo se constitui como regra, mantendo-se em relação com aquela. (AGAMBEN, 2002, pp. 25-27). Daí, a conclusão de que a “normalização” das medidas de excepcionais em situações de emergência caracteriza a instituição de um estado de exceção na modernidade.

84 AGAMBEN (2005).

ações de terrorismo internacional⁸⁵. Ackerman sugere um modelo para impedir o estabelecimento progressivo do autoritarismo governamental, em prejuízo aos direitos fundamentais, em razão da aprovação seqüencial de leis repressivas em resposta a ataques terroristas⁸⁶. A proposta de Ackerman tem como pressuposto que os ataques terroristas serão recorrentes no futuro e que, neste contexto de novas ameaças, novos conceitos constitucionais são exigidos para defender as liberdades civis quando o governo tomar medidas de segurança em tempos de emergência. Dessa forma, para evitar um ciclo repetido de repressão os defensores da liberdade devem considerar uma doutrina mais consistente – que permitiria medidas de emergência de curta duração, mas que trace um desenho contra restrições permanentes⁸⁷.

Segundo Ackerman, as constituições escritas delineiam estados de emergência fundados na lógica da sobrevivência – *existential rationale* – que são invocados pela ameaça de uma invasão por um inimigo ou de uma conspiração doméstica poderosa que tem a intenção de substituir o regime vigente. Nesses casos, o estado de emergência permite autoriza o governo adotar as medidas extraordinárias para reforçar a sua sobrevivência⁸⁸. O problema, de acordo com Ackerman, é que o modelo de estado de emergência francês é categoricamente inapropriado para enfrentar a ameaça terrorista⁸⁹, porque o terrorismo não tem o poder de desintegrar a estrutura governamental, mas tem condições de aterrorizar e criar pânico na população. O risco do atual modelo constitucional de emergência seria, então, o fortalecimento descontrolado do poder governamental para enfrentar a ameaça dos ataques terroristas, destruindo permanentemente as liberdades civis e políticas⁹⁰. Ackerman sugere que a base da constituição de emergência deve ser a “função retranquilizante” – *reassurance function*:

85 O artigo deu início a um debate acadêmico. Ver: GROSS (2003, pp. 1011-1134); GUDRIDGE e TRIBE (2004, pp. 1801-1870); COLE (2004, pp. 1753-1800). No direito brasileiro ver: ARAÚJO (2008, pp. 175-205); e VIEIRA (2007).

86 ACKERMAN (2004, pp. 1029-1091).

87 ACKERMAN (2004, pp. 1029-1030).

88 ACKERMAN (2004, p. 1037).

89 ACKERMAN (2004, p. 1040).

90 ACKERMAN (2004, pp. 1039-1040).

Chame isso ‘função retranquilizante’ [*reassurance function*]. Quando um ataque terrorista coloca em dúvida a efetiva soberania do estado, o governo deve agir de maneira visível e decisiva para demonstrar aos cidadãos aterrizados que a brecha aberta foi apenas temporária, e que está tomando ações agressivas para conter a crise e lidar com a possibilidade de sua repetição⁹¹.

O objetivo de um regime de emergência seria tranquilizar o público e demonstrar que a situação está sob controle e que o Estado está tomando ações efetivas de curto prazo para evitar um segundo ataque. A fim de que o Estado possa realizar a “função retranquilizante”, Ackerman propõe autorizar o governo a deter suspeitos sem as proteções usuais da lei criminal, desde que com fundada suspeita. Por outro lado, com o objetivo de defender os direitos as liberdades civis, Ackerman projeta uma estrutura constitucional para um estado de emergência temporário que permita ao governo exercer a “função retranquilizante” sem perpetrar danos no longo prazo aos direitos individuais⁹².

A constituição de emergência tem uma concepção tridimensional: política, econômica e jurídica. A esfera política da constituição de emergência inova o sistema de freios e contrapesos, exigindo a elevação de maioria parlamentar para a continuidade do regime extraordinário em períodos extensos do tempo. O aspecto econômico incorpora incentivos econômicos à ação governamental durante a vigência da exceção, exigindo compensação financeira para qualquer pessoa inocente que for pega na rede de suspeitos. Do ponto de vista jurídico, a constituição de emergência atribui um papel aos juízes, requerendo um decoro extremado do Judiciário, uma vez que as proteções tradicionais do processo criminal encontram-se suspensas⁹³.

91 A tradução é livre. No original consta: “Call it the *reassurance function*: When a terrorist attack places the state’s effective sovereignty in doubt, government must act visibly and decisively to demonstrate to its terrorized citizens that the breach was only temporary, and that it is taking aggressive action to contain the crisis and to deal with the prospect of its recurrence. Most importantly, my proposal for an emergency constitution authorizes the government to detain suspects without the criminal law’s usual protections of probable cause or even reasonable suspicion. Government may well assert other powers in carrying out the reassurance function, but in developing my argument, I shall be focusing on the grant of extraordinary powers of detention as the paradigm” (ACKERMAN, 2004, p. 1037). My aim is to design a constitutional framework for a temporary state of emergency that enables government to discharge the reassurance function without doing long-term damage to individual rights.”

92 ACKERMAN (2004, p. 1037).

93 ACKERMAN (2004, p. 1076).

A inovação no sistema de freios e contrapesos atribui maior peso ao controle do estado de emergência por parte do Legislativo. O mecanismo é denominado “escalada majoritária” – “*supermajoritarian escalator*” – que pode ser resumida nas seguintes palavras de Ackerman:

O estado de emergência deveria expirar, ao menos que receba aprovação da maioria. Mas isso é só o começo. O apoio da maioria deveria servir para sustentar a emergência por um período curto – dois ou três meses. A continuação deveria requerer uma escada de supermaioria em cascata: sessenta por cento para os próximos dois meses; setenta para o mês seguinte; oitenta por cento a partir de então⁹⁴.

Além da “escalada majoritária”, o controle do Legislativo seria fortalecido por meio do controle minoritário da minoria. Na sua proposta, Ackerman sugere a criação de comitês de supervisão que teriam acesso imediato a todas as informações, nos quais os partidos políticos de oposição teriam garantido para si a maioria dos assentos. O comitê decidiria sobre quais informações poderiam ser divulgadas mais amplamente, fazendo uma avaliação entre segredo e publicidade, a fim de evitar que a divulgação das informações ajudasse os terroristas⁹⁵.

A compensação financeira seria devida a todos os inocentes que fossem presos por uma detenção preventiva durante a vigência do estado de emergência, tanto por razões de justiça quanto por razões de eficiência burocrática. Sob a perspectiva da justiça, a compensação é o mínimo que uma sociedade decente pode fazer para amortecer a injustiça de uma prisão em que os direitos normais de defesas estão afastados. Sob a ótica da eficiência burocrática, a compensação financeira tem o objetivo de incentivar os burocratas a gastarem o orçamento buscando provar a culpa daqueles já detidos ao invés de dispensar recursos na detenção de mais e mais suspeitos⁹⁶.

O papel do Judiciário seria desempenhado em dois níveis: macrogerenciamento e microjulgamento. O macrogerenciamento da emergência constitucional se daria na preservação das competências dos Poderes se

94 A tradução é livre. No original consta: “The state of emergency then should expire unless it gains majority approval. But this is only the beginning. Majority support should serve to sustain the emergency for a short time—two or three months. Continuation should require an escalating cascade of supermajorities: sixty percent for the next two months; seventy for the next; eighty thereafter.” (ACKERMAN, 2004, p. 1047).

95 ACKERMAN (2004, pp. 1051-1052).

96 ACKERMAN (2004, p. 1065).

o Chefe do Executivo tentasse manter o estado de emergência após ser derrotado pela minoria no Parlamento. A participação judicial também seria relevante, nesse âmbito, no caso do Executivo sonegar informações ao comitê de supervisão. No plano do microjulgamento, a constituição de emergência faria com que os promotores buscassem rapidamente coletar provas contra os acusados, pois estariam cientes da transitoriedade do estado de emergência em razão da escalada majoritária, além do que, após 45 a 60 dias, os promotores deveriam trazer ao juiz prova concreta do envolvimento do detido com o terrorismo. A proposta não é favorável às oitivas judiciais imediatas. O papel dos juízes durante de detenção seria outro: a decência; não a inocência. O interesse principal dos juízes deveria ser evitar a tortura dos detidos⁹⁷.

5. Mecanismos de defesa da ordem democrática no Brasil e a constituição de emergência de Bruce Ackerman: uma breve comparação

Nesta seção, será realizada uma breve comparação entre o estado de sítio previsto na Constituição Federal e a proposta de constituição de emergência de Ackerman para o enfrentamento da ameaça terrorista.

O estado de sítio previsto no texto constitucional brasileiro tem origem no *état de siège* e é um mecanismo rígido de defesa da ordem democrática, já que os direitos que podem ser suspensos estão delimitados no próprio texto da Constituição Federal. As hipóteses para que Congresso Nacional autorize o Presidente a decretar o estado de sítio são: a) comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; b) declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira. A comparação proposta parte do pressuposto de uma possível decretação do estado de sítio em razão de ataques terroristas com o argumento de que esta seria uma hipótese de comoção grave de repercussão nacional. É, portanto, uma comparação hipotética que exige que o conceito de “comoção grave” seja interpretado extensivamente, de forma a permitir sua utilização no caso de ataques terroristas.

Bruce Ackerman parte de uma proposta que tem como finalidade da emergência constitucional a necessidade do Estado exercer uma função

97 ACKERMAN (2004, pp. 1070-1071).

retranquilizante em casos de ataques terroristas. A finalidade é diferente dos mecanismos tradicionais de defesa do Estado, como a lei marcial e o estado de sítio, que têm como objetivo a lógica da sobrevivência, isto é, de preservação dos poderes constituídos e, ao fim e ao cabo, do próprio Estado. Entretanto, ainda que o objetivo material da constituição de emergência seja diverso do objetivo material dos mecanismos tradicionais de defesa do Estado, constata-se que os princípios que orientam os dois sistemas e a forma de intervenção são similares.

O estado de sítio e a constituição de emergência são mecanismos que têm como princípios a necessidade e a temporariedade das medidas excepcionais: as salvaguardas só podem ser instituídas excepcionalmente em casos previamente estabelecidos e a provisoriidade é a marca fundamental de ambos. Os dois mecanismos também pressupõem uma alteração do sistema de freios e contrapesos, suspendendo alguns direitos e autorizando o Executivo a tomar medidas mais intervencionistas nas liberdades públicas, ao tempo que fortalecem o controle do Legislativo e do Judiciário sobre o executor das medidas: o Executivo.

No caso de Legislativo, a constituição de emergência estabelece a escalada majoritária com o objetivo de aumentar a efetividade da fiscalização desse Poder na execução das medidas excepcionais e dificultar a continuidade da exceção. O estado de sítio, por sua vez, prevê a aprovação periódica da medida excepcional a cada 30 dias no caso de comoção grave ou ineficácia do estado de defesa. Os dois regimes instituem comissões parlamentares para acompanhamento da execução das medidas.

No âmbito do Judiciário, a constituição de emergência prevê um controle macro – das competências constitucionais dos poderes para impedir o abuso do Executivo – e micro, em que os juízes seriam responsáveis por evitar abusos, em especial a tortura, contra os detidos. O estado de sítio pressupõe um controle judicial *a tempore* e *a posteriore* pelo Judiciário, já que o estado de sítio deve ser executado dentro das regras do próprio Estado de Direito.

A constituição de emergência tem como instrumento central a autorização para a realização de detenção de pessoas que sejam suspeitas de atos terroristas. A decretação do estado de sítio autorizaria, entre outras medidas, a permanência forçada de pessoas em determinada localidade e a detenção de pessoas em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns, além de outras várias restrições. Aqui há uma

diferença a ser ressalvada. A constituição de emergência prevê compensação financeira para todos aqueles que forem detidos *injustamente*. A responsabilização no estado de sítio é mais restrita, pois é referente aos atos *ilícitos* durante a vigência da exceção o que não inclui responsabilização por detenção injusta, pois esta detenção é legal, já que autorizada pela sistemática constitucional do estado de sítio.

A fim de identificar as semelhanças e diferenças do estado de sítio adotado pela ordem constitucional brasileira nos casos de comoção grave e a proposta de constituição de emergência de Ackerman, foram tabuladas as principais características dos mecanismos na tabela a seguir.

Tabela 1. Comparação entre o Estado de Sítio e a Constituição de Emergência

	Estado de Sítio	Constituição de Emergência (Bruce Ackerman)
Finalidade	<i>Existential rationale</i> ; Defesa da ordem pública e da sociedade; Defesa nacional.	<i>Reassurance function</i> ; Demonstrar aos cidadãos aterrorizados que o Estado está tomando ações agressivas para conter a crise.
Formalidade prévia	Audiência dos Conselhos da República e de Defesa Nacional; Autorização prévia do Congresso Nacional.	Não há.
Competência para decretação	Presidente da República (Poder Executivo).	Poder Executivo.
Causas de decretação	Comoção grave de repercussão nacional; Ineficácia do estado de defesa; Declaração de guerra; Agressão armada estrangeira.	Ataques terroristas.
Medidas restritivas	No caso de comoção grave e ineficácia do estado de defesa, as mencionadas no art. 139, I a VII, tão-somente, inclusive com a possibilidade de detenção de pessoas.	Detenção preventiva de suspeitos de atos de terrorismo sem autorização judicial.

	Estado de Sítio	Constituição de Emergência (Bruce Ackerman)
Controle legislativo	Autorização prévia por maioria absoluta; Aprovação periódica a cada 30 dias, no caso de comoção grave ou ineficácia do estado de defesa; Designação de comissão de acompanhamento; Possibilidade de revogação da autorização; Controle <i>a posteriore</i> das medidas adotadas.	Aprovação periódica do estado de emergência, com escalada majoritária; Controle minoritário da informação (comissão de supervisão com maioria da oposição).
Controle judicial	Análise da forma, finalidade e do objeto do ato de decretação; Análise da execução das medidas, que não podem extrapolar a moldura constitucional; Responsabilização dos agentes que executaram medidas ilícitas.	Preservação das competências constitucionais; Preservação do funcionamento do comitê de supervisão; Prevenção de abuso (tortura); Punição posterior de abuso cometido por agentes.
Responsabilização	Indenização por medidas ilícitas durante o estado de sítio.	Compensação financeira pela detenção injusta.

A conclusão a que se chega com a comparação entre o estado de sítio brasileiro e a constituição de emergência é que a forma de atuação do Estado nos dois casos é bastante similar, ressaltando-se a da finalidade dos mecanismos: o estado de sítio é constituído sob a lógica da sobrevivência (*existential rationale*); a constituição de emergência tem como objetivo a “função retranquilizante” (*reassurance function*). De qualquer forma, ainda que com finalidades materialmente diferentes, constata-se que os princípios que orientam os dois sistemas e a forma de intervenção de ambos são semelhantes.

6. Considerações finais

Mecanismos jurídicos para atuação estatal na defesa do país contra um inimigo externo ou para ação governamental sobre dissensões internas podem ser encontrados em épocas distantes, como, por exemplo, na ordem jurídica romana que previa a figura do ditador romano para situações de crise. Os sistemas constitucionais contemporâneos das crises, por sua vez, são um conjunto de normas constitucionais que tem por objeto as situações de crises e por finalidade a manutenção ou restabelecimento da normalidade, e contemplam dois modelos principais: a lei marcial, de origem anglo-saxônica, e o estado de sítio, de origem francesa.

A característica da lei marcial é a mínima previsão da legalidade formal a respeito da decretação da emergência, permitindo ampla discricionariedade das medidas a serem adotadas para a preservação da ordem. O estado de sítio permite o alargamento da esfera de atuação do Estado sobre os indivíduos, dentro das regras do próprio Estado de Direito, sendo que as garantias constitucionais que serão suspensas para o enfrentamento da situação de crise estão definidas *a priori*.

O direito positivo brasileiro adotou dois institutos constitucionais de defesa do Estado e das instituições democráticas: o estado de sítio e o estado de defesa. O estado de sítio pode ser decretado pelo Presidente da República, após autorização do Congresso Nacional, nos casos de: a) comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; b) declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira. No primeiro caso, haverá necessidade de renovação da autorização a cada trinta dias. O estado de defesa 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 calamidades de grandes proporções na natureza, sendo uma modalidade mais branda de emergência constitucional do que o estado de sítio.

Os ataques terroristas de setembro de 2001 levaram diversos Estados, em especial os Estados Unidos da América, a tomarem medidas excepcionais que poderiam conduzir à destruição das liberdades individuais em seus territórios. Tal situação seria similar a um regime típico de estado de exceção na política contemporânea, em que as medidas extremas, li-

mitadas no tempo e no espaço, se transformam em regra. A fim de evitar a escalada autoritária do governo norte-americano, Ackerman propôs uma constituição de emergência para enfrentar as ameaças terroristas àquele país. A proposta tem uma concepção tridimensional: política, ao inovar o sistema de pesos e contrapesos e aumentar a preponderância do Legislativo; econômica, ao estabelecer compensação financeira aos detidos injustamente; e jurídica, ao determinar ao Judiciário prioridade ao tratamento decente aos detidos.

A conclusão a que se chega com a comparação entre o estado de sítio brasileiro e a constituição de emergência proposta por Ackerman é que os princípios orientadores e a forma de atuação do Estado dos dois mecanismos são muito semelhantes. Os princípios de ambos são a necessidade e a temporariedade das medidas excepcionais. Do ponto de vista procedimental, a competência para a decretação do estado de sítio é do Poder Executivo, especificamente do Presidente da República no caso brasileiro. A causa da implementação das medidas na constituição da emergência seriam a ocorrência de ataques terroristas, enquanto no estado de sítio constitucional brasileiro há previsão de decretação por comoção grave de repercussão nacional. Uma interpretação extensiva do conceito de “comoção grave” permitiria a decretação do estado de sítio em caso de ataques terroristas em território brasileiro. A principal diferença fica por conta da finalidade dos sistemas. Enquanto o estado de sítio é fundamentado sob a lógica da sobrevivência (*existential rationale*), a constituição de emergência tem como objetivo a “função retranquilizante” (*reassurance function*).

Nos dois casos, há possibilidade de detenção de pessoas, sendo que a constituição de emergência exige a existência de suspeitas fundadas de participação em atos terroristas dos detidos. O controle do Legislativo é fortalecido em ambos os sistemas com a designação de comissões de acompanhamento, sendo que a característica diferenciadora da constituição de emergência é a escalada majoritária, ainda que o estado de sítio brasileiro preveja aprovação periódica congressual, nos casos de comoção grave ou ineficácia do estado de defesa. O controle judicial do estado de sítio existe sob alguns aspectos específicos, em regra de caráter formal; na constituição de emergência o foco é a decência no tratamento dos detidos. A constituição de emergência, por fim, prevê a compensação financeira pela detenção injusta. É pressuposto implícito do estado de

sítio, por sua vez, a indenização por medidas ilícitas cometidas pelos agentes públicos durante a vigência da salvaguarda, ainda que neste caso não haja previsão para compensação financeira por detenção, se efetuada dentro da regra de direito que rege o estado de sítio.

7. Referências bibliográficas

- ACKERMAN, Bruce. The Emergency Constitution. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 5, 2004, pp. 1029-1091.
- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2005.
- _____. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.
- _____. This is Not a War. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 8, 2004. pp. 1871-1907.
- AMARAL, Thiago Bottino. *Direito de Segurança: Segurança do Estado versus Segurança do Cidadão*. In VIEIRA, J.R. (org.). *Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- _____. Estudo comparativo dos regimes de aplicação excepcional no Brasil e na França: estados de defesa, urgência e sítio. *Direito, Estado e Sociedade*, n.30, jan. / jun. 2008, p. 125-145.
- ARAÚJO, Thiago Cássio D'ávila. Terrorismo, direitos fundamentais e os aspectos críticos da teoria da Constituição de Emergência. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 8, n.34 out./dez. 2008. pp. 175-205.
- BARBOSA, Ruy. *Trabalhos diversos*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Ruy Barbosa, 1991. Série (Obras completas de Ruy Barbosa; 40, t. 6, 1913).
- BRASIL. *Discursos Parlamentares. Estado de Sítio*. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio, de Rodrigues & C., 1923.
- COLE, David. The Priority of Morality: The Emergency Constitution's Blind Spot. *The Yale Law Journal*, v.113, n.8, 2004, pp. 1753-1800.
- CORRÊA, Oscar Dias. *A Defesa do Estado de Direito e a Emergência Constitucional*. Rio de Janeiro: Presença, 1980.
- CORVAL, P.R.S. Exceção Permanente e Brasil. In VIEIRA, J.R. (org.). *Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- DUVERGER, Maurice. *Lê Cinquième Républiquei*. 2^a ed. Paris: PVF, 1960.

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Estado de Sítio*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1964.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1978.
- _____. *Direitos humanos fundamentais*. 9ª. Ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FERREIRA, D.B. Ackerman, Sunstein e Gross: *Arcabouço Teórico para Situações de Emergência Pós 11/09*. In VIEIRA, J.R. (org.). *Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. Tomo II, 1971.
- GROSS, O. Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always be Constitutional? *The Yale Law Journal*, v. 112, n. 5, 2003, pp. 1011-1134.
- GUDRIDGE, Patrick O.; TRIBE, Laurence H. The Anti-Emergency Constitution. *The Yale Law Journal*, v.113, n.8, 2004, pp. 1801-1870.
- HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Constitutionnel*. 10ª ed. Paris: Librairie de Recueil Sirey.
- MACHIAVELLI, Niccolò. *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*. Biblioteca Italiana, 2004. Disponível em <http://www.bibliotecaitaliana.it/xtf/view?docId=bibit000747/bibit000747.xml>. Acesso em 02 de maio de 2011.
- MOARES, Alexandre de. *Constituição interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.
- NEUMANN, Franz. *Estado Democrático e Estado Autoritário*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969.
- ONU. *Report: a more secure world – our shared responsibility*, 2004. Disponível em: <<http://www.un.org/secureworld/report2.pdf>> Acesso em: 25 de agosto de 2009).
- ROGERS, Lindsay. *Crisis Government*. London: George Allen & Unwin Ltd., 1934.
- SANTOS, Aricê Moacir Amaral. *O Estado de Emergência*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.
- SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Sistema constitucional das crises: os direitos fundamentais face a situações extremas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

- SCHMITT, Carl. *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletária*. Madrid : Alianza, 2003.
- _____. *Teologia Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SLAIBI FILHO, Nagib. Estado de defesa e estado de sitio. *Revista Forense*, vol 85, n. 306, abr/jun 1989, p 333-343.
- TAVARES, Marcelo Leonardo. *Estado de Emergência: o controle do poder em situação de crise*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- VEEN DICEY, Albert. *Introduction à L'Étude du Droit Constitutionnel*, trad. Francesa, Paris, 1902.
- VIEIRA, J.R. (org.). *Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Recebido em novembro/2010

Aprovado em maio/2011