

Estudo comparativo dos regimes de aplicação excepcional no Brasil e na França: estados de defesa, urgência e sítio

Thiago Bottino do Amaral*

1. Introdução

Os regimes de aplicação excepcionais, dos quais são exemplos o “Estado de Sítio”, o “Estado de Defesa” e o “Estado de Urgência” têm sido objeto de diferentes conceituações, sendo chamados, por exemplo, de “salvaguardas institucionais”, “poderes de emergência”, “sistemas emergenciais” ou ainda “sistema constitucional das crises”. São institutos jurídicos de difícil conceituação. Embora estejam muitas vezes inscritos nas próprias Constituições, tais regimes excepcionais embutem no Estado de Direito a ausência ou suspensão do próprio direito¹. A tarefa do estudioso é dar forma jurídica para algo que existe à margem, ou além, da ordem jurídica.

Semelhante contradição se verifica na *raison d'être* desse tipo de medida excepcional. Criado pela teoria política moderna para servir de meio eficaz à garantia e proteção das instituições democráticas, o regime excepcional, se prolongado, acaba levando, ele próprio, a democracia à

* Advogado criminalista, Professor de Direito Penal da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio) e do IBMEC-RJ e candidato ao título de Doutorado em Ciências Jurídicas (PUC-Rio). E-mail: thiagobottino@terra.com.br.

¹Essa concepção não é unânime e a diferença reside justamente na possibilidade de que um instituto jurídico substitua (ainda que de forma momentânea e ocasional, numa situação de crise) o sistema constitucional de legalidade por outro sistema de “legalidade extraordinária”. CONOTILHO, 1993, p. 1146 afirma que “o regime das situações de exceção não significa suspensão da Constituição (exceção da Constituição), mas sim um regime extraordinário incorporado na Constituição e válido para situações de anormalidade constitucional”. Por outro lado, Afonso Arinos de Melo Franco, 1981, recorre ao direito comparado para afirmar que esses institutos constituem uma situação de “excepcionalidade jurídica”, ou seja, algo que está fora do jurídico.

ruína. Afinal, sua principal característica é a concentração dos poderes do Estado no Executivo, sendo certo que a sujeição daí decorrente afeta de forma substancial o regime das liberdades públicas e os direitos e garantias fundamentais.

Na medida em que o equilíbrio de poderes e os direitos individuais são componentes indissociáveis do conceito de Estado Democrático de Direito, sua constrição coloca em xeque o próprio tipo de Estado que se pretende preservar. Há inúmeras experiências históricas de desvirtuamento do uso de poderes excepcionais², assim como da utilização de medidas típicas de momentos excepcionais quando ausentes seus pressupostos, num fenômeno que pode ser chamado de “normalização da emergência”³.

O estudo dos regimes de aplicação excepcional se reveste de grande importância na atual conjuntura mundial e nacional. Vive-se uma época em que imperam os discursos de terrorismo estatal e supercriminalização que, se por um lado não se prestam a resolver as tensões sociais do mundo contemporâneo, por outro, agravam ainda mais o sentimento de insegurança em que já se vive. A ideologia do binômio “emergência-segurança” como fonte da legitimidade política leva ao estabelecimento de um estado da exceção constante, afastando a sociedade da deliberação política e enfraquecendo o Poder Judiciário em sua função de garantidor dos direitos individuais. Portanto, a partir do estudo das características dos regimes excepcionais é possível analisar criticamente o funcionamento das instituições democráticas no Estado.

Nesse contexto, ressalta a importância do método comparativo, que permite contrapor semelhanças e diferenças, identificando os elementos verdadeiramente constitutivos dessas medidas excepcionais. Assim, ainda que não se tenham declarações formais de regimes excepcionais, será possível associar a existência de mecanismos característicos desses regimes na prática governamental. Tais mecanismos, associados ao discurso de aumento do poder estatal e diminuição de garantias individuais, a uma legislação de exceção e uma interpretação constitucional sensível à adoção de medidas extraordinárias – voltadas para uma suposta necessidade de resposta a fenômenos emergenciais – demonstram

² Confira-se, a respeito, a excelente obra de AGAMBEN, 2004.

³ Sobre os riscos que esse fenômeno traz para o Estado Democrático de Direito remete-se às obras de ACKERMAN, 2004 e BERCOVICI, 2004.

a existência “informal” de regimes excepcionais que trazem evidentes prejuízos para a normalidade constitucional.

Não obstante a importância dessa rica temática, cumpre frisar que o objetivo desse texto limita-se à análise comparativa das semelhanças e diferenças entre os regimes de aplicação excepcional no Brasil e na França para, a partir desse confronto, identificar as características essenciais desses mecanismos de suspensão temporária da ordem jurídica. Futuramente, os conceitos aqui identificados poderão ser utilizados para uma crítica ao funcionamento dos Estados constitucionais na atualidade.

2. Estudo comparativo dos regimes de aplicação excepcional no Brasil e na França

Para desenvolver uma análise comparativa é necessário, inicialmente, estabelecer as variáveis em torno das quais será realizada a comparação. No presente texto optou-se por estabelecer apenas três variáveis: 2.1. Situações que justificam os regimes excepcionais e suas respectivas designações; 2.2. Procedimentos legais para sua decretação / execução / extinção; e, 2.3. Efeitos de cada espécie de medida na ordem jurídica.

Antes de cada tópico será apresentado um quadro sinóptico trazendo os dispositivos legais constantes da Constituição da República Federativa do Brasil (CF), da Constituição da República Francesa (CRF) e do Código de Defesa francês (CD), além da legislação ordinária dos países⁴. Em seguida, serão analisadas as semelhanças e diferenças, destacando-se as mais importantes.

Antes de examinarmos os institutos, especificamente, é possível apontar como primeira diferença relevante para a análise comparativa dos regimes de aplicação excepcional no Brasil e na França a hierarquia normativa dos dispositivos legais que regulam esses regimes: enquanto no Brasil a Constituição concentra a quase totalidade das previsões legais (com exceção do funcionamento dos órgãos de aconselhamento do Poder Executivo), a Constituição francesa faz uma breve menção ao Estado de Sítio, proibindo sua instituição por prazo superior a 12 dias, sendo todo o regramento fixado em leis ou decretos.

⁴ Toda a legislação brasileira pode ser encontrada no sítio da *internet* <http://www.planalto.gov.br> e a francesa no <http://www.legifrance.gouv.fr>.

2.1. Situações que legitimam os regimes excepcionais e suas respectivas designações

Variável	Regime jurídico no Brasil		Regime jurídico na França	
Regime de aplicação excepcional (RAE)	Estado de Defesa (art. 136, CF).	Estado de Sítio (art. 137, CF).	Estado de Urgência (art. L2131-1, CD e Lei nº 55.385, de 3/4/1955).	Estado de Sítio (art. 36, CRF e arts. L2121-1, CD)
Situações que autorizam o decreto	(art. 136, CF) Preservação ou restabelecimento da ordem pública ou da paz social em casos de 1) iminente instabilidade institucional; 2) calamidades de grandes proporções na natureza.	(Art. 137, I, CF) 1) comoção grave de repercussão nacional ou 2) fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa. (Art. 137, II, CF) 1) declaração de estado de guerra ou 2) resposta a agressão armada estrangeira.	(art. 1º, Lei nº 55.835, de 3/4/1955) 1) Perigo iminente resultante de atentados graves à ordem pública ou 2) Eventos que por sua natureza e gravidade tenham a característica de calamidade pública	(Art. L-2121-1 CD) 1) Perigo iminente resultante de guerra estrangeira ou 2) Insurreição armada.

Tanto no ordenamento jurídico brasileiro, como no francês, há dois tipos de regimes de aplicação excepcional, diferenciando-se pela justificativa para sua decretação e pela gravidade das medidas que impõem à sociedade. Embora o art. 137, II, CF, faça menção a “estado de guerra”, esse *nomen juris* não corresponde a nenhum regime de aplicação excepcional definido em lei atualmente⁵.

A primeira espécie de regime é denominada Estado de Defesa (no Brasil) ou Estado de Urgência (na França), e tem como justificativa para a sua decretação a existência de ameaça à ordem pública, seja ela decorrente de causas naturais (terremotos, furacões, secas, chuvas etc.) ou fatos de cunho político (uma greve que paralise a economia, a intensa mobilização social para deposição de governantes eleitos).

Uma semelhança entre os ordenamentos que merece destaque especial é o fato de que o risco à ordem pública poderá ser potencial ou real. A CF usa o termo “preservação ou restabelecimento” da ordem pública, ao passo que a CRF fala em “perigo iminente”.

O segundo tipo de regime é denominado Estado de Sítio em ambos os ordenamentos. Esse termo remete à figura das cidades sitiadas, método comum nas guerras antigas. O Estado de Sítio somente é passível de ser decretado em caso de guerra, seja ela estrangeira ou interna. Em situações dessa natureza, não somente o funcionamento das instituições democráticas está ameaçado, mas também a própria existência do Estado. Por conseguinte, o rigor das medidas emergenciais será muito superior àquele das medidas do primeiro tipo de regime.

Cabe, nesse item, ressaltar uma importante diferença: a Constituição Brasileira autoriza o decreto de Estado de Sítio em casos de comoção grave de repercussão nacional ou devido à ineficácia de medida tomada durante o Estado de Defesa. Se, por um lado esse dispositivo evidencia a gradação entre as medidas, por outro lado demonstra o uso inapropriado do Estado de Sítio, uma vez que a ineficácia das medidas adotadas no Estado de Defesa para garantir a ordem pública não será

⁵ Embora o “Estado de Guerra” não esteja presente na Constituição de 1988 e em nenhum outro diploma legal, esse instituto jurídico fez parte do ordenamento jurídico brasileiro durante a vigência das Constituições de 1934 (art. 161), de 1937 (art. 166, alínea 2ª) e de 1946 (art. 206, II). A Constituição Imperial de 1824 previa um instituto de suspensão de direitos e garantias semelhante aos dos regimes de aplicação excepcional estudados, porém, inominado (art. 179, inc. 34 e 35), ao passo que a Constituição Republicana de 1891 falava apenas em Estado de Sítio (art. 80), como também a Constituição outorgada após o golpe militar em 1967 (art. 152).

necessariamente superada por meio das medidas permitidas durante o Estado de Sítio. Melhor seria, portanto, que o próprio Estado de Defesa contivesse diversas medidas, desde as menos graves às mais rigorosas, e as utilizasse conforme a gravidade da instabilidade institucional.

Por fim, é pertinente apontar a existência de uma espécie inominada de regime de aplicação excepcional no art. 16 da Constituição da República Francesa, sem paralelo no ordenamento jurídico brasileiro (e que por isso não se presta a comparação), mas que por sua importância não possa ficar ausente de um texto que verse sobre a temática dos regimes excepcionais.

O art. 16 da CRF estipula que o Presidente da República, após consulta oficial ao primeiro-ministro, aos presidentes da Assembléia Nacional e do Senado e ao Conselho Constitucional, poderá tomar “medidas emergenciais adequadas” às circunstâncias para assegurar que os poderes públicos constitucionais voltem a funcionar. Para tanto, deverão estar configuradas situações de ameaça grave e imediata às instituições da República, à independência da nação, à integridade territorial ou aos compromissos internacionais, aliada(s) ao fato do funcionamento regular dos poderes públicos constitucionais estar interrompido.

Não há nenhum outro dispositivo legal que especifique ou complemente essa previsão constitucional, o que a torna absolutamente genérica e vaga no que tange à discriminação de quais as “medidas emergenciais adequadas” à restauração da normalidade constitucional, além de não dispor acerca da duração do regime excepcional, nem das possíveis restrições a direitos. Revela-se, portanto, uma previsão legal extremamente perigosa⁶.

⁶ A possibilidade de atribuição de poder ao Executivo dissociada de limitações e condições prévias e dotada de enorme vagueza reforça em grande medida a incompatibilidade desses tipos de mecanismos instituidores de regimes de aplicação excepcional com a ordem jurídica, como bem observou Georges Burdeau, citado por Afonso Arinos de Melo Franco, 1981, 322: “A doutrina e as instituições jurídicas abrem espaço às circunstâncias excepcionais, por exigência do nosso tempo. O princípio da legalidade atenuou-se de tal sorte que entre o legal e o ilegal se insinuou uma categoria nova: o tolerável. Mas este tolerável não aparece senão porque ele é indispensável e porque ele se impõe em circunstâncias completamente singulares.” O risco que tal disposição legal representa para as instituições democráticas é destacado também pelos constitucionalistas brasileiros. Pinto Ferreira, 1968, 637 narra que o “Estado de Guerra” (vide nota anterior) foi enxertado na Constituição de 1934 por meio da Emenda n° 1 e, porquanto sua decretação dispensava a existência efetiva de uma guerra, além de não possuir os mesmos controles do Estado de Sítio, essa emenda “foi a crisálida do golpe de Estado e da Constituição de 1937.”

De acordo com alguns constitucionalistas franceses, a generalidade na redação desse dispositivo é intencional, o que se depreenderia do contexto histórico em que foi promulgada a Constituição de 1958. Os conflitos sociais na Argélia, iniciados em 1955, ensejaram o manejo, por diversas vezes, de mecanismos de suspensão da ordem jurídica por parte do governo francês, sendo a própria regulamentação do Estado de Urgência desenvolvida a partir da experiência prática de sua aplicação na Argélia, e não resultado de uma reflexão teórica sobre esse instituto.

O uso do mecanismo do Estado de Urgência, contudo, não impediu que o conflito se perpetuasse, sendo certo que os episódios no norte da África foram determinantes para a queda do governo francês, a consequente eleição do general Charles De Gaulle para presidente, a instituição da Quinta República e a promulgação de uma nova Constituição.

Narra Francis Hamon (1973: 3) que as Constituições precedentes à de 1958 (1875 e 1946) não possuíam nenhum dispositivo comparável ao art. 16, o qual teria sido ali inserido pela vontade expressa e particular do general De Gaulle. Por sua vez, Georges Burdeau (1974: 621) é categórico ao afirmar que o artigo 16 foi introduzido na Constituição por De Gaulle a fim de evitar que, em circunstâncias análogas às de 1940, os poderes públicos fossem paralisados.

Essa medida excepcionalíssima só foi colocada em prática uma única vez, justamente por De Gaulle e exatamente por ocasião de um levante armado na Argélia, no período de 23 a 29 de abril de 1961⁷. Por sua vez, o estudo de Hamon revela que dentre as vinte e seis decisões tomadas pelo chefe do Executivo nesse período, com base no art. 16, CRF, a maior parte referia-se a questões reservadas à regulação pelo Poder Legislativo. Contudo, foram tomadas decisões que suspendiam garantias constitucionais (como a inamovibilidade dos membros do Judiciário) e modificavam o regramento constitucional acerca dos regimes excepcionais (como a decisão que determinou a duração ilimitada do Estado de Urgência recém-instalado pelos decretos nº 61-365 e nº 61-396, de 22 de abril de 1961).

⁷ Vide nota nº 9, abaixo.

2.2. Procedimentos para decretação / execução / extinção dos regimes de aplicação excepcional

Variável	Regime jurídico no Brasil		Regime jurídico na França	
	Estado de Defesa	Estado de Sítio	Estado de Urgência	Estado de Sítio
Procedimento para a decretação	Após consulta ao Conselho da República e ao Conselho de Defesa Nacional, o Presidente da República decreta o Estado de Defesa. (art. 136, CF). Uma vez decretado, o ato é submetido à aprovação do Congresso Nacional em até 24 horas para decisão por maioria absoluta (art. 136, §4º), o que deverá ocorrer em 10 dias (art. 136, §6º), devendo repetir-se o procedimento se houver necessidade de prorrogação.	Após consulta ao Conselho da República e ao Conselho de Defesa Nacional, o Presidente da República submete o decreto de Estado de Sítio ao Congresso Nacional, que deverá decidir pelo cabimento ou não do decreto em votação absoluta (art. 137, CF).	Decreto pelo Conselho de ministros (art. 2º, da Lei nº 55.385, de 3/4/1955, modificado pela Lei nº 60.372, de 15/4/1960).	Decreto pelo Conselho de ministros (art. 36, CRF)

2.2.1. Procedimentos para decretação dos regimes de aplicação excepcional

Os poderes excepcionais conferidos ao Executivo durante os períodos de exceção constituem grave ameaça ao funcionamento normal das instituições democráticas. Entretanto, tais poderes seriam necessários para, em situações de grave crise institucional, garantir o funcionamento ou a sobrevivência do Estado Democrático de Direito. Para impedir seu uso desautorizado ou abusivo, as Constituições e as leis (no caso da França) prevêm as hipóteses em que tal concentração de poderes é legítima.

Mesmo assim, a decisão que decreta o regime de exceção e, especialmente, a análise da presença dos pressupostos para a decretação pressupõe uma certa margem de subjetividade na atuação do agente político. Afirmar que a ordem pública enfrenta “perigo iminente” ou apontar a existência de “instabilidade institucional” são questões que irão variar conforme a compreensão de cada agente sobre esses fenômenos, de acordo com a “temperatura política” da nação, algo extremamente difícil de se aferir por critérios objetivos. Logo, reveste-se de grande importância a decisão política acerca da existência dos pressupostos autorizadores da instituição do regime excepcional.

A partir daí, podemos destacar como diferença entre os procedimentos brasileiro e francês para a instituição dos regimes de exceção o controle compartilhado da decisão que os decreta. A Constituição Brasileira prevê a existência do Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional (cuja organização, composição⁸ e funcionamento estão regulamentados, respectivamente, pelas Leis n° 8.041, de 5.6.1990 e n° 8.183, de 11.4.1991), que serão reunidos por convocação do Presidente da República para opinar sobre a pertinência da decretação dos estados excepcionais, ao passo que no ordenamento jurídico francês não há semelhante previsão – a não ser no caso da espécie inominada de regime de aplicação excepcional prevista no art. 16, CRF, em que se fará consulta oficial ao primeiro ministro, aos presidentes das assembleias e ao Conselho Constitucional.

⁸ “O Conselho da República é presidido pelo Presidente da República e dele participam: I - o Vice-Presidente da República; II - o Presidente da Câmara dos Deputados; III - o Presidente do Senado Federal; IV - os líderes da maioria e da minoria na Câmara dos Deputados, designados na forma regimental; V - os líderes da maioria e da minoria no Senado Federal, designados na forma regimental; VI - o Ministro da Justiça; VII - 6 (seis) cidadãos brasileiros natos, com mais de 35 (trinta e cinco) anos de idade, todos com mandato de 3 (três) anos, vedada a recondução, sendo: a) 2 (dois) nomeados pelo Presidente da República; b) 2 (dois) eleitos pelo Senado Federal; e c) 2 (dois) eleitos pela Câmara dos Deputados.” (Art. 3º, da Lei n° 8.041-1990)

Embora a lei brasileira não condicione os decretos de instituição dos regimes de exceção à aprovação dos órgãos de consulta, tal medida é pertinente para garantir maior controle da decisão do Executivo, diminuindo a possibilidade de uso abusivo dessa medida pelo Presidente da República, na medida em que assegura a unidade de propósitos do governo que irá executar os poderes emergenciais. A desaprovação dos órgãos de consulta (ou mesmo a divisão de opiniões no seio desses conselhos) pode gerar um desgaste político que dificulte a perpetuação dos poderes excepcionais e até mesmo sua implantação⁹.

2.2.2. Procedimentos para execução dos regimes de aplicação excepcional

O controle efetivo das medidas excepcionais compete, entretanto, ao Poder Legislativo. Nesse quesito é possível identificar uma diferença entre os ordenamentos *sub examen*. Enquanto o Brasil possui mecanismos específicos permitindo o controle pelo Poder Legislativo, a França não dispõe de tais salvaguardas. Assim é que a Constituição Brasileira dispõe que o decreto que institui o Estado de Defesa deve ser submetido à aprovação do Congresso Nacional em até 24 horas – que terá prazo de dez dias para decidir – ao passo que o Estado de Sítio deve ser previamente autorizado pelo mesmo Congresso Nacional para que entre em vigor. Em ambos os casos deverá o Poder Executivo contar com a aprovação da maioria absoluta dos integrantes do Parlamento. Por sua vez, a legislação francesa não prevê hipóteses de aprovação prévia ou imediata sujeição dos atos do Executivo ao Legislativo.

Contudo, uma visão pragmática sobre o “tempo de duração” e o “término de vigência” do regime excepcional transformaria o que é diferença em semelhança. Vejamos o quadro sinóptico dessa variável:

“O Conselho de Defesa Nacional é presidido pelo Presidente da República e dele participam como membros natos: I - o Vice-Presidente da República; II - o Presidente da Câmara dos Deputados; III - o Presidente do Senado Federal; IV - o Ministro da Justiça; V - o Ministro da Marinha; VI - o Ministro do Exército; VII - o Ministro das Relações Exteriores; VIII - o Ministro da Aeronáutica; IX - o Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento. § 1º O Presidente da República poderá designar membros eventuais para as reuniões do Conselho de Defesa Nacional, conforme a matéria a ser apreciada. § 2º O Conselho de Defesa Nacional poderá contar com órgãos complementares necessários ao desempenho de sua competência constitucional. § 3º O Conselho de Defesa Nacional terá uma Secretaria-Geral para execução das atividades permanentes necessárias ao exercício de sua competência constitucional.” (Art. 2º, da Lei nº 8.183-91)

⁹ BURDEAU, 1974, 623 relata a tentativa do chefe do Executivo francês de decretar o estado excepcional inominado a que alude o art. 16 para neutralizar a oposição política enfrentada no parlamento. A iniciativa, contudo, restou frustrada pela reação de determinados políticos, talvez porque se trate do único regime excepcional francês que pressupõe consulta prévia a outros órgãos para decretação.

2.2.3. Procedimentos para extinção dos regimes de aplicação excepcional

Variável	Regime jurídico no Brasil		Regime jurídico na França	
	Estado de Defesa	Estado de Sítio	Estado de Urgência	Estado de Sítio
Tempo de duração	Será especificado no decreto e não será superior a trinta dias. Pode ser prorrogado uma vez, por igual período, persistindo as razões do decreto (art. 136, §2º, CF).	No caso do art. 137, I, CF, o tempo será especificado no decreto, mas não superior a trinta dias. Pode ser prorrogado, a cada vez, por igual período, se persistirem as razões que justificaram sua decretação. No caso do art. 137, II, CF, poderá durar por todo o tempo que perdurar a guerra ou agressão estrangeira (art. 138, §2º, CF.).	Será especificado no decreto. Sua prorrogação após 12 dias só pode ser realizada por lei. Esta lei fixará sua duração definitiva (arts. 2º e 3º, da Lei nº 55.385, de 3/4/1955, com redação dada pela Lei nº 60.372, de 15/4/1960)	Será especificado no decreto (art. L-2121-1, CD). Sua prorrogação após 12 dias só pode ser realizada mediante autorização do Parlamento (art. 36, CRF).
Fim do regime de exceção	Por decurso de prazo ou da rejeição pelo Congresso Nacional (art. 136, §7º, CF).	Por decurso de prazo ou mediante revogação do decreto legislativo pelo Congresso Nacional.	Com o término do prazo ou quinze dias imediatamente após a demissão do governo ou dissolução da Assembléia Geral (art. 4º, da Lei nº 55.385, de 3/4/1955, modificado pela Lei nº 60.372, de 15/4/1960).	No caso de decretação por guerra estrangeira, cessam imediatamente após a assinatura da paz. Nos demais casos, quando expirado o prazo legal ou mediante a revogação do decreto.

O ordenamento jurídico francês estabelece, ao contrário do brasileiro, prazo extremamente curto de duração dos regimes excepcionais (12 dias), após o qual é necessária autorização parlamentar para prorrogação. Esse mecanismo faz com que o controle dos Parlamentos brasileiro e francês sobre as medidas de Estado de Defesa e Estado de Urgência acabe por se tornar idêntico. O governo francês terá a sua disposição 12 dias de vigência para o Estado de Urgência, ao passo que o governo brasileiro também disporá desse prazo, caso o Congresso utilize todo o tempo de que dispõe (10 dias, além das 24 horas após o decreto) para eventual rejeição da decisão do Poder Executivo. A sistemática brasileira (exigência de maioria absoluta) permite que o governo mobilize os parlamentares da sua base para evitar o quorum mínimo até o decurso do prazo.

Assim, em que pese possa o Poder Executivo francês decretar os regimes excepcionais sem prévia autorização ou imediata submissão do ato à apreciação do Parlamento, essa poder é por prazos diminutos para a vigência das medidas de exceção antes da ratificação pelo Parlamento.

Ainda no que tange ao tempo de duração, percebe-se que o Estado de Defesa somente admite uma prorrogação e está limitado, em sua duração máxima, a sessenta dias, não havendo nenhuma espécie de impedimento dessa ordem no ordenamento jurídico francês acerca do Estado de Urgência. Vemos, portanto, que o constituinte brasileiro mostrou maior preocupação com a possibilidade de uma manutenção sem fim do regime excepcional e da concentração de poderes pelo Executivo.

Há outras duas diferenças que merecem destaque na comparação entre o regime jurídico brasileiro e francês. A primeira é o fim do regime excepcional imediatamente após 15 dias da dissolução do governo ou da Assembléia Nacional, medida que decorre da adoção pelos franceses do regime parlamentar. A segunda diferença é o término imediato do Estado de Sítio com a assinatura da paz, impedindo que as medidas sejam perpetuadas mesmo depois de encerrado oficialmente o conflito armado, ocasião bastante propícia para o entrincheiramento de governantes no poder.

Mesmo não havendo previsão expressa acerca dessa faculdade, entende-se que o Poder Legislativo, tanto no Brasil como na França, pode revogar os regimes de aplicação excepcional. Isso decorre, no caso brasileiro, da imprescindibilidade de homologação do Estado de Defesa e da expressa autorização do Estado de Sítio pelo Congresso para a validade dos atos. Significa, portanto, que essa aprovação, uma vez retirada, faz

falecer a legitimidade da manutenção do estado de exceção. Ademais, o art. 138, §3º, da CF determina que o Congresso Nacional permanecerá em funcionamento durante toda a duração do regime extraordinário, inclusive designando uma comissão de cinco membros para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas (art. 141, CF).

O ordenamento jurídico francês também admite tal interpretação, haja vista a ligação indissociável entre o funcionamento da Assembléia Nacional e o Estado de Urgência, bem como a exigência de autorização do Parlamento para a prorrogação dos regimes de aplicação excepcional.

2.3. Efeitos na ordem jurídica de cada espécie de medida

A análise das restrições a direitos individuais operadas pelo governo durante a vigência dos estados excepcionais é questão de extrema importância, sobretudo no atual panorama de violência difusa e de desprezo pelos direitos humanos por parte dos Estados, não apenas latino-americanos, mas também nas tradicionais democracias norteamericanas. A passagem de um Estado Democrático de Direito para um Estado Totalitário também se revela no uso reiterado de mecanismos de suspensão da ordem jurídica como paradigma de governo.

Veja-se que embora essas medidas excepcionais sejam justificadas como necessárias à manutenção da democracia, são exatamente tais poderes emergenciais que levam à ruína da democracia. A concentração de poderes excepcionais pelo executivo corresponde à erosão do legislativo e, por conseguinte, da própria política como meio de autorregulação da sociedade.

Nesse diapasão, a identificação dos elementos comuns aos estados excepcionais é importante para que se possa avaliar o funcionamento dos Estados durante períodos de normalidade, quando as garantias tradicionalmente afetadas em momentos de emergência deverão ser plenamente respeitadas, além de preservadas contra discursos falaciosos que associam segurança dos indivíduos à submissão dos cidadãos ao controle absoluto do Estado.

Variável	Regime jurídico no Brasil		Regime jurídico na França	
	Estado de Defesa	Estado de Sítio	Estado de Urgência	Estado de Sítio
Efeitos sobre direitos e garantias individuais	<p>Suspensão dos direitos:</p> <p>1. de reunião; 2. de sigilo da correspondência e de comunicação (art. 136, §1º, I, CF); e 3. detenção por até dez dias, nos casos de crimes contra o Estado (art. 136, §3º, III, CF). Em caso de calamidade pública, permite-se ocupação de bens e serviços públicos (art. 136, §2º, CF).</p>	<p>Se o decreto tiver por base o art. 137, I, CF:</p> <p>1. obrigação de permanência em local determinado; 2. detenção; 3. suspensão do sigilo de correspondência e de comunicação; 4. restrição à liberdade de imprensa e comunicação; 5. suspensão da liberdade de reunião; 6. busca e apreensão em domicílio; 7. intervenção nas empresas de serviços públicos; e 8. requisição de bens (art. 138, §3º, I a VII).</p>	<p>A Lei nº 55.835 autoriza as seguintes medidas:</p> <p>1. interdição de circulação de pessoas ou veículos em determinados locais e horários; 2. criação de zonas de segurança em que a residência das pessoas será regulamentada; 3. proibição de residência em determinado local; 4. confinamento domiciliar, desde que não gere campos de concentração ou prisão das pessoas; 5. restrição a reuniões de qualquer natureza; 6. realização de busca domiciliar, inclusive durante a noite; e 7. restrição à liberdade de imprensa e comunicação.</p>	<p>O art. L2121-7, CD, prevê as seguintes possibilidades:</p> <p>1. realização de busca e apreensão em domicílio, inclusive durante a noite;</p> <p>2. expulsão de indivíduos condenados por crime do local em que decretado o estado de sítio, bem como daqueles que não tenham ali domicílio;</p> <p>3. requisição, busca e apreensão de armas e munições; e 4. interdição das publicações e reuniões, cuja natureza ameace a ordem pública.</p>

Muitas são as semelhanças dos ordenamentos jurídicos brasileiro e francês no que tange aos efeitos das medidas coercitivas passíveis de serem adotadas pelo Poder Executivo no período de exceção. Em todos os tipos de regime de aplicação excepcional é autorizada a restrição do direito de reunião e de sigilo nas comunicações privadas. Cabe apontar, ainda, a existência de alguma diminuição no espectro da liberdade de locomoção, com diferença entre o fundamento da restrição.

No Brasil, durante o Estado de Defesa, a limitação à liberdade de locomoção ocorrerá apenas em caso de crime contra o Estado, sendo expressamente vedada a incomunicabilidade do preso. Já na França, durante o equivalente Estado de Urgência, é prevista a criação de “zonas de controle” estabelecendo restrições, tanto à locomoção, como à fixação de residência. Trata-se de uma diferença acerca do fundamento da proibição, que no caso brasileiro está focada na conduta do agente (que não poderá circular livremente em qualquer local que seja), ao passo que na França está orientada para a proteção de um determinado local em que as pessoas não poderão entrar, podendo circular livremente em outras áreas. Apenas se o cidadão francês tentar impedir a ação dos poderes públicos poderá ser limitada totalmente sua liberdade de locomoção e residência (art. 5º, da Lei nº 55.385).

Na medida em que se passa dos tipos menos graves de regime excepcional (Defesa e Urgência) para a espécie mais grave (Estado de Sítio), pode-se identificar (em ambos os países) um recrudescimento na limitação aos direitos individuais, suprimindo garantias antes consideradas invioláveis, e cuja proteção se confunde com o próprio nascimento do Estado de Direito, como a privacidade no domicílio, a liberdade de imprensa e a liberdade de locomoção.

No que tange ao cerceamento da livre locomoção durante o Estado de Sítio, nem a legislação brasileira, nem a francesa exigem que o indivíduo tenha praticado qualquer ato ou que pese sobre ele suspeita de algum crime, como também não estabelecem essa restrição em função de locais determinados. Em outras palavras, não há exigência de qualquer fundamento para a detenção dos indivíduos. Trata-se, portanto, da mais clara expressão do poder autoritário característico dos regimes totalitários ou absolutistas, supostamente necessário aos regimes democráticos em momentos de crise e de grave ameaça à sua existência.

A mesma lei francesa que disciplina o Estado de Urgência (Lei nº 55.385, de 3/4/1955) prevê em seu artigo 7º a possibilidade de que os afetados pelas medidas possam requerer sua revisão a uma comissão

designada pelo Conselho Geral, instituído administrativamente no âmbito do Poder Executivo.

De modo diferente, a legislação brasileira não garante a revisão administrativa das medidas; todavia, a Constituição estabelece que nenhuma lesão de direito poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF), não havendo ressalva, nessa cláusula pétrea, acerca de sua limitação durante regimes excepcionais. Logo, o Judiciário poderá, livremente, analisar a legalidade e pertinência das medidas adotadas, zelando para que não haja excessos na suspensão parcial das garantias individuais. A Constituição Brasileira prevê, ainda, que uma vez cessado o regime excepcional, cessam seus efeitos, mas permanece a responsabilidade pelos ilícitos eventualmente praticados por seus executores ou agentes (art. 141, CF).

Uma importante particularidade do ordenamento jurídico brasileiro, sem paralelo com a legislação francesa, é o fato de que no caso de decretação de Estado de Sítio, no Brasil, tendo por base a agressão armada estrangeira ou a declaração de guerra, não há qualquer previsão de limitação dos direitos e garantias fundamentais. Ora, sendo certo que no Brasil o Estado de Sítio somente é decretado quando presente a causa mais grave de ameaça à existência do Estado, não se pode interpretar a ausência da especificação de quais direitos serão limitados (e em que medida) como proibição de limitação. Seria um contra-senso.

Porém, admitir que o Poder Executivo possa dispor sobre pessoas e coisas de forma absoluta, sem que a lei imponha qualquer tipo de freio nessa ação, é um comportamento por demais passivo, além de temerário. Isso equivaleria a aceitar a existência de um vazio jurídico, em que o próprio Estado de Direito (enquanto organismo criado e limitado pelo direito) parece desaparecer, absorvido por um poder ilimitado, incontestável e, por conseguinte, incompatível com a noção de direito.

Outras duas importantes características exclusivas dos regimes de aplicação excepcional no Brasil são a impossibilidade de que a restrição à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão alcance os pronunciamentos de parlamentares “efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberados pela respectiva Mesa” (art. 139, parágrafo único, CF); e a previsão de limitação do direito de propriedade consubstanciada na ocupação de bens e serviços públicos (Estado de Defesa) e na requisição de bens (Estado de Sítio).

Já uma diferença extremamente significativa entre os regimes de aplicação excepcional no Brasil e na França no que tange aos efeitos

sobre os indivíduos é a previsão da legislação francesa de que a jurisdição militar assuma funções típicas do Poder Judiciário civil. Durante o Estado de Urgência francês, a jurisdição militar poderá julgar determinados crimes (art. 3º, da Lei nº 58.490, de 17.5.1958) e ainda avocar outras competências (art. 12, da Lei nº 55.835, de 3.4.1955).

No caso de Estado de Sítio instituído em face de insurreição armada, a jurisdição militar será competente para julgar os crimes especificados no art. L2121-3, CD. Já se o Estado de Sítio tiver por fundamento a existência de guerra estrangeira, essa jurisdição militar abrangerá qualquer crime que traga risco à defesa nacional, podendo ainda avocar outras competências judiciais (art. L2121-5 e L2121-6, CD). Ademais, durante o Estado de Sítio francês, os poderes das autoridades civis que versem sobre a manutenção da ordem ou polícia são transferidos para as autoridades militares (Art. L2121-2, CD).

3. Conclusão

Os regimes de aplicação excepcional têm uma importantíssima função de reafirmação do poder do Estado em situações em que as instituições democráticas se encontram fragilizadas, ou quando se ameaça a própria existência do Estado. Situações de calamidade pública podem levar a uma paralisia governamental, sobretudo em virtude do demorado procedimento democrático de tomada de decisões. Por essa razão, justifica-se a concentração de poderes no Poder Executivo para enfrentar situações emergenciais.

Nesse contexto, determinados direitos passam a sofrer limitações temporárias, colocando-se o “bem comum” em posição privilegiada frente às garantias individuais, como a liberdade de locomoção, de reunião e de livre expressão do pensamento.

Algumas dessas restrições são absolutamente indispensáveis ao bom exercício da função de reafirmação do Estado e, por essa razão, repetem-se nos ordenamentos estudados. A importância da análise dos regimes de exceção reside no conhecimento dos meios colocados à disposição do Estado em situações de verdadeira ameaça, para que não se possa incorporar tais espécies de restrições no ordenamento jurídico em momentos de normalidade. O argumento da emergência leva à supressão da análise ponderada e refletida das medidas adotadas e, portanto, somente se legitima em situações-limite, como são aquelas expressamente previstas para a decretação dos Estados de Defesa, Urgência ou Sítio.

Por outro lado, a utilização do discurso de emergência nas práticas estatais durante momentos de normalidade, uma vez incorporada à atuação estatal, solapa instituições como o Estado de Direito e a democracia, levando ao questionamento dos padrões de justiça, equidade e decência que pretendemos utilizar para a construção da sociedade brasileira¹⁰. O uso continuado do discurso de emergência (emprestado das situações excepcionais que justificam a adoção de graves restrições) faz com que a segurança se transforme no único critério da legitimação política.

Outrossim, é preciso impedir que haja abuso no exercício desses poderes de reafirmação do poder governamental; em outras palavras, é necessário buscar um equilíbrio para que o Estado não se encontre em posição de fraqueza quando surgir uma necessidade imediata, mas que os poderes conferidos não o tornem forte demais com o passar do tempo. Embora tanto o Brasil como a França disponham de instrumentos para o controle do Executivo pelo Legislativo, há mecanismos mais elaborados.

Um exemplo seria a exigência de quóruns crescentes para a aprovação das contínuas renovações dos regimes excepcionais. No Brasil, há exigência de maioria absoluta, ao passo que na França não há disposição expressa, presumindo-se, portanto, a maioria simples dos votos do Parlamento. A adoção de um mecanismo que exigisse constantes renovações, em breves intervalos, e mediante crescentes percentuais de aprovação parlamentar, seria mais eficiente para impedir a instituição de um estado de emergência permanente (característica dos totalitarismos modernos).

A reafirmação dos ideais iluministas de limitação dos poderes e de sua legitimação a partir da liberdade individual afigura-se na atualidade uma necessidade imperiosa. O pensamento da segurança carrega dentro dele um risco essencial. Um estado que tenha a segurança como sua única tarefa e fonte da legitimidade é um organismo frágil; pode sempre ser provocado pelo terrorismo para tornar-se, ele próprio, terrorista.

¹⁰ Art. 3º, CF “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária.”

Referências bibliográficas

- BURDEAU, Georges. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo: Direito de segurança – segurança do Estado e segurança do cidadão. In: _____. *O som do outro sino: um breviário liberal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.
- GALLO, Carlos Alberto Provinciano. O famoso artigo 16 da Constituição francesa de 1958 e as chamadas salvaguardas do Estado brasileiro. *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, Edição de 2 de abril de 1979.
- HAMON, Francis. *L'article 16 de la constitution de 1958*. In : BURDEAU, Georges (coord.). Paris: La Documentacion Française, 1973.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- MORAES, Humberto Pena. Mecanismos de defesa do Estado e das Instituições Democráticas no Sistema Constitucional de 1988: Estado de Defesa e Estado de Sítio. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v.6, n.23, 2003.
- NUNES, J. de Castro. *O habeas corpus no Estado de Guerra*. *Imprensa Nacional, Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores*, Rio de Janeiro, n.3, 1943.
- SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O Estado de emergência*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.
- SLAIBI FILHO, Nagib. *Estado de defesa e estado de sítio*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.306.

