

CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESTADO DE DEFESA

Samuel Borges Gomes¹

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como objetivo a análise do instituto do Estado de Defesa, de caráter excepcional, previsto em nosso ordenamento constitucional como ao lado do Estado de Sítio, meio para solução de crises institucionais e de gravidade extrema e a possibilidade de restrição de direitos constitucionais *a priori* considerados invioláveis.

Será abordado num primeiro momento considerações gerais acerca do Estado de Direito e seu paralelo com o Estado de Exceção, para ao final ingressar-se na análise do instituto em si, fazendo uso para tanto da análise tanto da norma regulamentadora, quanto o aporte doutrinário, vez que, sob a égide da atual Constituição não houve decretação de tal instituto excepcional, não havendo manifestação jurisprudencial a respeito do tema, ao menos de forma direta.

ESTADO DE DIREITO E HARMONIA SOCIAL

Trata-se o Brasil de um Estado de Direito, ou seja, um Estado no qual os conflitos de interesses são resolvidos por intermédio da lei, sendo esta inclusive uma limitação aos poderes do Estado.

Como bem leciona J. J. Gomes Canotilho:

O estado de direito é um estado constitucional. Pressupõe a existência de uma constituição normativa estruturante de uma ordem jurídica normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos. A constituição confere à ordem estadual e aos actos do poder público medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugería a teoria tradicional do estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estatal. Trata-se de uma

¹ Bacharel em Direito; Assessor Jurídico da Comarca de Garopaba – TJ/SC

verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia – supremacia da constituição – e é nessa supremacia normativa da lei constitucional que o ‘primado do direito’ do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão (...) A limitação do Estado pelo próprio direito teria de estender-se ao próprio soberano, este estava também submetido ao império da lei (...) O estado de direito cumpria e cumpre bem as exigências que o constitucionalismo salientou relativamente à limitação do poder político. O estado constitucional é, assim, e em primeiro lugar, o Estado com uma Constituição limitador do poder através do império ao direito. As idéias do ‘governo de leis e não de homens’, de ‘Estado submetido ao direito’, de ‘constituição como vinculação jurídica do poder’²

Assim, é da essência do Estado Brasileiro a estruturação do próprio Estado e do Direito por meio de uma norma jurídica suprema, a Constituição, que do mesmo modo que institui seu modo de funcionamento, limita sua atuação e criando direitos individuais.

Nas palavras de Aricê Moacyr Amaral dos Santos o direito “*pressupõe um equilíbrio entre a ordem do ‘dever ser’ e a ordem do ser*”³, portanto o objetivo da lei é regular as relações humanas, o *dever ser* nada mais é do que a conduta que se espera e compele que tenhamos, para que seja possível uma convivência harmônica em sociedade, sob pena de assim não *ser* entrarmos em conflito com a norma legal, conseqüentemente gerando desordem social.⁴

Por tal razão inclusive, justifica-se a necessidade da existência das sanções quando não ocorre a sinergia entre a prescrição do *ser* com o *dever ser* da norma. Neste caso se prescreve uma punição para assim tentar coibir a prática e reprimir as que ocorreram, servindo ainda de exemplo para o próprio infrator e sociedade, além de tentar reparar o dano causado.

Hans Kelsen, em sua doutrina, trabalha a idéia de que Estado de Direito e Estado são palavras redudantes, vez que “Se o Estado é

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 94, 98, 245/246.

³ SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. **O Estado de Emergência**. 3 Ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981, p. 32.

⁴ “o direito compreende-se como um meio de ordenação racional e vinculativa de uma comunidade organizada e, para cumprir esta função ordenadora, o direito estabelece regras e medidas, prescreve formas e procedimentos e cria instituições”. - CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 243.

reconhecido como uma ordem jurídica, se todo Estado é um Estado de Direito, essa expressão representa pleonismo”⁵.

Em que pese isto, para fins de conceituação no presente artigo científico, trabalharemos a idéia de que o Estado de Direito nada mais é do

que um plexo de normas, de competências, de órgãos e funções. Isso equivale dizer, em outras palavras, que o Estado é uma organização jurídica, que nasce, age e existe para fins de direito, por obra do Direito (...) todo Estado é portanto um Estado de Direito na medida em que é estabelecido por dada ordem jurídica⁶

Novamente recorrendo a Kelsen, vê-se que a expressão Estado de Direito serve para designar apenas *“um tipo especial de Estado, a saber, aquele que satisfaz os requisitos da democracia e da segurança jurídica”*⁷, isto seguindo a lógica de que todo Estado seria de Direito vez que possui como fundamento idéias e princípios, os quais fazem as vezes de normas jurídicas.

O Estado de Direito, espécie de Estado, conforme supracitado, assim o é, pois os requisitos da democracia e segurança jurídica satisfeitos são da ordem de que a matéria legislativa por ele emitida “limita o poder do Estado, dando-lhe organização acessível à interferência direta da sociedade e, ao mesmo tempo, permitindo que esta e seus componentes individuais dele se defendessem, nos termos da lei.”⁸

Portanto, a mesma lei que delimita a ação do cidadão é válida para o Estado, o que gera segurança a medida que o mesmo tem seu direito protegido mesmo perante o ente estatal, além de segurança vez que os atos deste para terem validade devem seguir as diretrizes legais, logo há limitações que são do conhecimento público.

Dentro deste contexto temos o surgimento do Direito Constitucional e das Constituições, nas palavras de Paulo Bonavides “em resumo,

5 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 5 Ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1997, p. 417

6 SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. **O Estado de Emergência**. 3 Ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981, . 32

7 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 5 Ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1997, p. 417.

⁸ CENEVIVA, Walter. **Direito Constitucional Brasileiro**. 3 Ed: São Paulo: Saraiva, 2003, p.. 02

definido como o ordenamento jurídico supremo do Estado (...) consubstancia-se numa idéia fundamental: a limitação da autoridade governamental.”⁹

Citando novamente Kelsen é “o conjunto de regras concernentes à forma do Estado, à forma do governo, ao modo aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos, aos limites de sua ação”¹⁰

Outrossim, o objetivo da Constituição, como impregnado em seu próprio nome é constituir algo, ou seja, a criação de um sistema de ordenamento jurídico racional, coerente e harmônico.¹¹

As divagações supra visam apenas sedimentar um único entendimento basilar: trata-se o Brasil de um Estado de Direito, espécie de Estado, o qual soluciona seus conflitos através da Lei, que regulamenta as ações humanas e estatais, visando um sistema, em tese, prático e harmônico para desenvolvimento e atuação do homem. A mesma Lei que soluciona conflitos limita o poder de atuação Estatal, tendo como base constitutiva de tal poder a norma Jurídica chamada Constituição.

A ESTABILIDADE SOCIAL E SUA DEFESA

Tem o Estado, portanto como uma das suas razões fundamentais de existência a defesa da estabilidade social, a qual de modo sintético seria a normalidade da conduta humana, a qual se tenta obter pela normatização de condutas, assegurando direitos e prescrevendo deveres, dentro de um contexto de funcionamento lógico, portanto, as prescrições legais são feitas visando-se sua aplicação em um contexto de normalidade da conduta humana ou da vida em sociedade.

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20 Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p.. 36

¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 5 Ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1997, p.. 308

¹¹ “Nesse sentido geral, Constituição é a organização de alguma coisa. Em tal acepção, o termo não pertence apenas ao vocabulário do Direito Público. Assim, conceituado é evidente que o termo se aplica a todo grupo, a toda sociedade, a todo Estado. Designa a natureza peculiar de cada Estado, aquilo que faz este ser o que é (...) em sua acepção geral pode designar a sua organização fundamental (do estado – adendo nosso) (...) organização jurídica fundamental” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 32 Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 332.

Um contexto de normalidade da conduta humana é um conceito vago, no entanto deve-se levar em conta que a 'normalidade de conduta' é variável de cultura para cultura, vez que o que pode ser considerado como corriqueiro em uma cultura pode ser considerado como ultrajante em outra.

De modo breve a Lei existe para ser aplicada no contexto normal de vivência de uma sociedade, mesmo porque o Legislador na hora de criá-la não poderia fazê-lo de outro modo, já que não embarcaria situações nas quais não existissem na prática, o direito é portanto um reflexo dos costumes e cultura de uma sociedade.

Por isso que, na ocorrência de situações excepcionais, que fogem a esta idéia de harmonia e normalidade¹², não é possível assegurar a eficácia plena de tais normais, vez que foram projetadas para um contexto, não podendo ser aplicadas do modo que deveriam em ocasião diversa.

Certamente não são todas as ocasiões passíveis de gerar tal situação de anormalidade, haja vista que o próprio ordenamento jurídico sabedor da complexidade humana, possui normas que a princípio fogem do contexto normal de harmonia de relações, mas que são previsíveis, como por exemplo, a tipificação de crimes ou normas gerais de reparação civil, já que a intenção da norma é buscar a vida em conjunto pacífica, sendo no entanto inevitável à ocorrência de desavenças.

Acima de tudo estas situações excepcionais seriam, portanto, aquelas em que o Estado não consegue garantir a ordem pelos seus meios usuais, ou seja, sua soberania e autoridade estão de tal modo abalados, que não haveria como assegurar o direito pelas vias normais, surgindo o Estado de Exceção.

¹² "A normalidade jurídica é a regra, com a observância da ordem constitucional pelos indivíduos que integram uma dada sociedade política. Alguma desconformidade sempre haverá entre a positividade normativa e a realidade político-econômica-social. Aluhres, fatores incontáveis e imponderáveis, de toda ordem, podem extremar ainda mais tal convivência. Bem, por isso, a experiência dos constituintes, de todo os povos, sempre verificou a possibilidade das crises atentarem contra a Constituição e, assim, contra o Estado e a ordem jurídica" SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. **O Estado de Emergência**. 3 Ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981, p. 24.

A título de exemplo, cria-se um caso hipotético que ocorreria no Estado Brasileiro.

É notório, que por força Constitucional os brasileiros possuem o direito fundamental de ir e vir, assegurado no art. 5º, XV, da CRFB/88.

Um cidadão brasileiro tem seu direito violado por um hospital, o qual trancafia o mesmo em seu quarto uma vez que não pagou a conta dos cuidados médicos.

O cidadão recorre ao Estado, através do Poder Judiciário por meio de um *Habeas Corpus*, remédio constitucional para assegurar o direito de ir e vir do cidadão, que avalia a situação e verifica que o direito dele está violado, utiliza seu poder de polícia, compelindo o hospital a libera-lo, restaurando o direito violado.

Caso o hospital não o faça por acatamento a ordem, o Judiciário poderá usar do Poder de Polícia do Estado para fazer valer a eficácia da norma.

Têm-se aqui um exemplo de uma situação em que o Estado diz o direito e assegura seu cumprimento, visto que dentro de um contexto normal de vida em comunidade, ou seja, as instituições do Estado estão intactas e o Hospital obedecerá a lei judicial, ou em último caso o Estado usará o Poder de Polícia para fazer valer o direito.

Agora se lida com outra situação hipotética. O mesmo cidadão está andando na rua quando é interpelado por um militar de um outro país que invadiu e sitiou sua cidade. O militar ordena que o cidadão vá para sua residência e está proibido de sair de lá.

Neste caso, o cidadão nem sequer conseguir interpor o remédio jurídico cabível, pois a situação é tal, tão fora do contexto normal que fica inviável a utilização dos meios convencionais de combate a agressão. No entanto,

mesmo concebendo que este conseguisse interpor um *Habeas Corpus* e o Judiciário concede-se a ordem para que este fosse liberto de sua prisão domiciliar, esta seria sem eficácia, pois o Estado invasor não se sujeitaria a ordem brasileira, o poder de polícia aqui não vale do modo que deveria valer, o contexto é outro, há uma situação excepcional em que o direito não pode ser garantido pelos meios normais.

O Brasil teria, por exemplo, que enviar militares e repelir a agressão estrangeira para que o cidadão pudesse novamente transitar livremente. O contexto excepcional faria com que o Brasil tivesse que agir de modo fora do usual, diferente do que normalmente agiria, pois as normas que valem para o contexto de normalidade aqui não valem, há Estado de Exceção.

Na lição de Celso Ribeiro Bastos:

O Estado Democrático de Direito só pode sobreviver sob um regime de normalidade jurídica. Assim, o respeito às regras do jogo lhe é essencial. No entanto, em algumas situações esta normalidade é rompida, pondo em risco todos os valores juridicamente consubstanciados. Para reconduzir a situação aos trilhos constitucionais, o constituinte previu, extraordinariamente, institutos próprios.¹³

Portanto, para que o Estado possa garantir a eficácia das normas jurídicas é necessário que o contexto seja o de normalidade e possam solucionar o impasse pelos meios que usualmente possuem, logo, que todas suas instituições e mecanismos estejam em perfeita ordem, caso contrário a própria situação de anormalidade gerará empecilhos que impossibilitarão garantir a eficácia estatal pelas vias ordinárias.

Assim, necessário se faz a previsão ou menção a medidas excepcionais nestas situações, pois como já visto o Estado também deve seguir as leis que cria, portanto tais medidas e casos extraordinários devem estar legalmente previstos, sob pena de ofensa grave ao ordenamento jurídico ou mesmo invalidade de tais atos.

¹³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 1 Ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 683.

Sobre a questão da previsão e constitucionalização da matéria do Estado de Exceção, está será analisado mais à frente.

Ainda nos dizeres de Pedro Cruz Villalon:

Quando a Constituição é subitamente confrontada com uma situação anormal, não prevista, a Constituição pode se encontrar em condição de garantir sua própria eficácia. Surge assim a distinção entre situações de normalidade e situações de exceção, entre as circunstâncias ordinárias e circunstâncias extraordinárias; surge assim, em uma palavra, o conceito de crise aplicada a Constituição.¹⁴

O doutrinador aqui parece referir-se a “quando a Constituição vê-se confrontada” partindo da idéia de que “Constituição significa o ‘corpo’, a ‘estrutura’ de um ser que se convencionou chamar Estado”¹⁵, portanto o que enfrentaria a situação anormal seria o Estado como manifestação do ordenamento constitucional.

Assim a Constituição e o próprio Estado são compelidos a defender a sua própria existência, visto que correlatas, sendo a crise aplicada a constituição, nada mais do que um tipo grave de crise Estatal, em que corre perigo a própria existência do mesmo ou seus fundamentos basilares.

Walter Ceneviva traz um lúcido entendimento sobre o assunto:

O Estado Democrático, mesmo fiel aos princípios de liberdade com responsabilidade que o norteiam, pode viver, contudo, momentos em que medidas excepcionais, sacrificadoras de alguns dos referidos direitos, devem ser adotadas. Nesses momentos se substituiu a ordem constitucional normal, rotineira, seja por questões entre pessoas ou grupos, seja por fatos da natureza, em calamidades de porte, por outra, específica para a emergência (...) Fatos excepcionais tornam imprescindível a adoção de providências prontas para recomposição do organismo atingido.¹⁶

¹⁴ “Cuando la Constitución es súbitamente confrontada con una situación distinta, no prevista, la Constitución puede encontrarse en condiciones de garantizar su propia eficacia. Suerge así la distinción entre situaciones de normalidad y situaciones de excepción, entre circunstancias ordinarias e circunstancias extraordinarias; surge así, en una palabra, el concepto de ‘crisis aplicado a la Constitución” - VILLALON, Pedro Cruz. **Estados Excepcionales y Suspensión de Garantías**. 4 Ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1984, p. 17, Tradução Livre.

¹⁵ FRIEDE, Reis. Curso Analítico de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado. 4 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 09.

¹⁶ CENEVIVA, Walter. **Direito Constitucional Brasileiro**. 3 Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003 , p. 318.

Portanto “a normalidade constitucional pressupõe a normalidade social¹⁷”, ou em outras palavras a validade convencional das normas jurídicas como um todo depende do contexto normal da sociedade em que é válida, posto que caso isso não ocorra, legitimada estaria a adoção de medidas excepcionais, pois “para enfrentar circunstâncias anormais atribuiu-se ao governo poderes anormais”.¹¹

CONCEITO DE ESTADO DE EXCEÇÃO

Nestas situações de excepcionalidade e crise da eficácia jurídica, vê-se a necessidade de mecanismos para a Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, diga-se de passagem o nome do Título V da Carta Magna do Estado Brasileiro que disciplina tais institutos pátrios, os quais pode-se dizer que tratam de Estado Excepcional.

A problemática em conceituar o que seria Estado de Exceção já se inicia na escolha da nomenclatura, posto que, pelo estudo realizado, verifica-se a existência de uma diversidade de termos para a mesma designação, não sendo a escolha na presente pesquisa da nomenclatura *Estado de Exceção*, em detrimento dos demais mero acaso, mas sim escolha fundamentada pelo dúbio sentido semântico presente.

Conforme colhe-se do Dicionário Luft:

“es.ta.do. s.m. 1. Modo de ser ou estar. 2. Situação; condição. 3. Conjunto das condições físicas e morais de uma pessoa. 4. Divisão territorial de um país. 5. Sociedade ou nação politicamente organizada. 6. Conjunto dos poderes políticos de uma nação; governo.”¹⁸

Têm-se, que o termo *Estado de Exceção*, contém em si dois significados: 1) A condição, qualidade de excepcionalidade a qual todos se vêem submetidos em uma situação de crise, ou anormalidade grave; 2) A mudança das características do Estado, tido como ente político, o qual em situações de crise, ou

¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 32 Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 332.

¹⁸ LUFT, Celso Pedro. **Mini Dicionário Luft**. 20 Ed. São Paulo: Editora Ática, 2000, p. 301.

anormalidade grave, vê-se com poderes excepcionais, inclusive mitigando direitos que em situações normais tem como função proteger.

Ademais, em que pese a nomenclatura utilizada o importante é o significado desta, conforme já prescreve J. J. Canotilho:

Várias outras expressões são utilizadas para aludir a este mesmo problema: 'defesa da constituição', 'suspensão das garantias constitucionais', 'defesa da segurança e ordem pública', 'estado de exceção constitucional', 'proteção extraordinária do Estado'. Qualquer que seja o enunciado lingüístico e qualquer que seja a pré-compreensão dos autores relativa ao 'direito de exceção', o leque de questões subjacentes à constitucionalização do regime de necessidades do Estado reconduz-se fundamentalmente ao seguinte: previsão e delimitação normativo-constitucional de instituições e medidas necessárias para a defesa da ordem constitucional em caso de situação de anormalidade que, não podendo ser eliminadas ou combatidas pelos meios normais previstos na Constituição, exigem o recurso a meios excepcionais. Trata-se, por conseqüência de submeter as situações de crise e de emergência (guerra, tumultos, calamidades públicas) à própria Constituição, 'constitucionalizando' o recurso a meios excepcionais, necessários, adequados e proporcionais, para se obter o 'restabelecimento da normalidade constitucional'¹⁹

Necessária a previsão legal dos "meios de exceção", onde o Estado requer a utilização de modos de combate a situações anormais, posto que sua existência, fundamento e funcionamento deriva da lei, assim atado está a ela.

É o conhecido princípio da legalidade ligado ao Ente Público, enumerado entre o rol taxativo do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88)²⁰, como um dos princípios norteadores da Administração Pública, os quais nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello "é o fruto da submissão do Estado à lei. É em suma: a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei".²¹

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 1085.

²⁰ "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência". BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 6. Ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Editora Malheiros, 1995, p. 43.

Portanto para que o Estado tome alguma medida, seja 'normal' ou 'excepcional' está deve estar prevista em lei, visto que a Administração Pública só é possível agir em conformidade com os ditames legais.

Logo se há necessidade Estatal de utilização de medidas 'anormais' estas devem ter previsão legal, sob pena de assim não o ser confrontar o ordenamento jurídico vigente, sendo questionável sua validade e legitimidade.

Novamente ao analisar ao princípio da legalidade tem-se ainda que o Estado não deve contradizer-se, ou seja, criar normas em choque, que se contraponham.

Embora exista a possibilidade de isto ocorrer e a própria hermenêutica jurídica trazer solução para o impasse de conflito de normas jurídicas, devemos analisar que muitas das medidas de exceção a serem tomadas, ao menos em nosso País, confrontaria diretamente com normas constitucionais.

Assim é preciso, portanto, que tais normas estejam em consonância com a ordem constitucional vigente ou a necessidade de que tal matéria esteja disposta na Constituição, sendo que aprofundamentos do tema serão abordados em tópicos subseqüentes.

Sobre o tema já aborda Reis Friede:

Sem a menor sombra de dúvida, a efetiva garantia dos direitos fundamentais exige, sob certa ótica, por parte do Estado, rigorosa limitação do poder (nas relações Estado-indivíduo) que nem sempre, em todas as condições, pode ser religiosamente honrada, sob pena de comprometer, em último grau, a própria sobrevivência da organização estatal²²

Ainda na tentativa de buscar uma conceituação para o que seria Estado de Exceção, recorre-se aos ensinamentos de Nagib Slaibi Filho, que elucida que estado de exceção são os:

²² FRIEDE, Reis. Curso Analítico de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado. 4 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 203.

Institutos constitucionais de defesa do Estado e das instituições democráticas, através de garantia da ordem pública pela exarcebamento do poder de polícia, restringindo, excepcional e temporariamente, o exercício de algumas garantias constitucionais²³

Aricê Moacyr Amaral dos Santos complementa o conceito nas seguintes palavras “o conjunto ordenado de normas constitucionais, que informadas pelos princípios na necessidade e da temporariedade, têm por objeto as situações de crise e por finalidade a manutenção ou o restabelecimento da ordem constitucional”²⁴.

José Afonso da Silva, entende o estado de exceção como:

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 sítio²⁵

Fernando Carlos Santos da Silva, traz a seguinte explanação sobre o tema:

As salvaguardas constitucionais são normas que visam a estabilização e a defesa da Constituição contra processos violentos de mudança ou perturbação da ordem constitucional, bem como a defesa do Estado quando a situação crítica deriva de guerra externa. Nesses casos, a legalidade normal é substituída por uma legalidade extraordinária, que define e rege o estado de exceção (...)²⁶

Importante frisar novamente, que o Brasil é em um estado de direito, no qual o Estado não só impõe as normas aos particulares, mas a si próprio, logo para que válida a utilização de medidas excepcionais no embate a situações de anormalidade, necessária é que tais medidas estejam em consonância com a legislação em vigor, ou seja, é necessário haver a

²³ SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 778.

²⁴ SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. **O Estado de Emergência**. 3 Ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981, p. 32.

²⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 5. Ed.. São Paulo: RT, 1989, p. 633.

²⁶ DA SILVA, Fernando Carlos Santos. **Aspectos legais do emprego do exército na garantia da lei e da ordem**. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1179. Acessado em 12 de maio de 2009.

normatização do estado de exceção para que a mesma não seja tomada como ato arbitrário, ditatorial e ilegítimo.

Para compreender o que é Estado de Exceção é necessário entender a idéia de anormalidade ou crise, segundo explica Manoel Gonçalves Ferreira Filho que diz que “*a normalidade constitucional pressupõe a normalidade social*”²⁷, ou seja, a aplicação das disposições constitucionais só é possível dentro de uma harmonia com a ordem ali pregada, no caso de caos e desordem, impossível o bom cumprimento da constituição na forma plena.

Segundo José Carlos Carl Garcia, que traça um paralelo com os ideais de Thomas Hobbes e Rousseau, os cidadãos abrem mãos de certas liberdades em prol do Estado, dentre elas a da utilização da força, transferindo a ele tal titularidade, tornando-se, portanto, defeso utilizarem-se dela para resolver suas lides, devendo, no entanto, o Estado deve proporcionar-nos os meios necessários para que os conflitos sejam resolvidos.

Assim a normatização do estado de exceção não visa dar mais poder ao Estado, posto que ele já é titular do uso da força e do poder de policia, mas sim, apenas autorizar a sua utilização e legitimá-la perante o ordenamento jurídico que cria e protege.

Com pertinência ao Estado, como instituição especial, à qual se reserva o monopólio da força, também carece de estatuto de autoproteção. Justamente por deter o monopólio da força, as constituições políticas não necessitam deferir-lhe o poder para autodefender-se, mas, ao contrário, limitam e condicionam o seu exercício.

Daí a diferença entre o Estado de necessidade privado e o público. Naquele, abre-se uma exceção à regra de não-executoriedade do esforço; no público, contrariamente, a execução é a regra natural dos atos governamentais, estabelecendo-se um procedimento em que convivem normas de executoriedade com técnicas de controle político.

A tal aspecto do direito do Estado à sua própria proteção é que corresponde um capítulo importante no direito (...) é o chamado direito constitucional das crises. Sem dúvida que uma matéria polêmica e delicada, mas, ao que parece, essencial no mundo contemporâneo.

27 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 32ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 332.

Assim, o estado de necessidade público se caracteriza por uma ameaça, afetiva e potencial, à instituição estatal. A gravidade da ameaça dá origem à crise²⁸

Portanto para que legítimo dentro de um ordenamento jurídico é necessário que o Estado de Exceção seja previsto e seguida tais disposições, caso contrário se teria imposição de força, razão pela qual surge o fenômeno da constitucionalização do estado de exceção.

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ESTADO DE EXCEÇÃO

José Joaquim Gomes Canotilho explica tal interessante fenômeno nos Estados Modernos, qual seja, a constitucionalização do Estado de Exceção, pois segundo ele *“a constitucionalização do direito de necessidade considera-se a solução mais conforme com a idéia constitucional, porque é preferível ser a Constituição a consagrar e definir os pressupostos do estado de exceção”*²⁹

Isto se torna uma evidente necessidade vez que partindo da idéia de superioridade da norma constitucional, adotada no ordenamento jurídico brasileiro, há uma hierarquia de subordinação de normas, na qual nenhuma outra lei inferior (considerando que toda norma extra-constituição é inferior àquela), tem o poder de ir contra a mesma, sob pena de ser considerada inconstitucional e extirpada do meio jurídico.

Por tal motivo, com a Constituição no patamar mais elevado é obrigatório que as disposições consistentes no Estado de Exceção devem estar previstas Constitucionalmente, visto ser a única norma que teria o poder e competência para regulamentar situação em que se importariam restrições a sua eficácia em determinados aspectos, sob pena de ilegalidade e falta de força de tal norma em ir contra os preceitos da carta magna.

O mesmo doutrinador prossegue:

²⁸ GARCIA, José Carlos Cal. **Linhas mestras da Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 141.

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 1086.

a incorporação constitucional de uma disciplina extraordinária para situações de emergência significa que se pretende não apenas uma causa de justificação eventualmente excludente de culpa por factos ou medidas praticadas para defender a ordem constitucional (o que pressupõe não apenas a sua ilicitude constitucional) mas uma causa justificativa, que exclua a idéia de ilicitude dos mesmos factos ou medidas (o que implica, desde logo, o reconhecimento do direito e dever das autoridades constitucionalmente competentes para recorrer a meios excepcionais necessários, adequados e proporcionados para afastar perigos graves ou situações de crise que ameaçam a ordem constitucional democrática)³⁰

Canotilho ainda explica que, em que pese já seja inviável, por si só lei infra-constitucional ir contra preceito magno, sendo de boa prática a disposição feita na constituição, vez que, mesmo que autorizada a norma inferior regulamentar tal matéria, ficaríamos a mercê das possibilidades tirânicas e ditatórias, já que a elaboração de tais normas trata-se de um processo muito mais simples do que a alteração do texto constitucional.³¹

Partindo-se desta idéia de disposição constitucional quanto aos Estados de Exceção mantém-se válida, portanto, a ordem jurídica vigente, vez que não há que se falar em suspensão da constituição ou exclusão desta em momentos de crise, mas sim em limitações auto-expostas, tornando legal e válido seus efeitos dentro da idéia de ordenamento jurídico eficaz.

Assim, “quanto mais um Estado se torna constitucional tanto mais se impõe a regulamentação constitucional do estado de exceção”³², visto que “a essência do Estado constitucional é a vinculação dos poderes públicos à Constituição, então não existe qualquer outra fonte de legitimidade que não seja a carta magna do país”.³³

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 1087.

³¹ “ter de recorrer-se a princípios de necessidade extra ou supraconstitucionalidade, tornariam susceptíveis de manipulação desta a favor de uma qualquer razão do Estado ou de Segurança e Ordem Pública invocada por chefes ou governos (a idéia clássica de dictador anda precisamente associada a situações de necessidade) sem qualquer arrimo normativo-constitucional. A regulamentação constitucional é já uma limitação: *enumeratio ergo limitatio*”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 1086.

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 1086.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 1086.

Logo necessária foi a disposição concernente ao Estado de Exceção no ordenamento jurídico brasileiro se fazer presente no texto constitucional, vez ser esta a única norma legítima para tal encargo, o qual, diga-se de passagem, encontra regulamentação presente em todas as Constituições vigentes em nosso país.

Nossa carta magna atual comporta dois institutos ligados a idéia de Estado de Exceção – o estado de defesa (art.136 da CRFB/88) e o estado de sítio (art.137 à art. 139 da Carta Magna), sendo que na presente pesquisa dar-se-á atenção ao primeiro.

Na lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

As constituições, com o objetivo maior de defender-se frente a momentos que as põem em perigo em razão de situações excepcionais, ou de emergência, admitem, no próprio conteúdo, regulamentação jurídica que poderá ser utilizada temporariamente, não à mercê da vontade dos governantes, mas dentro de parâmetros previamente estabelecidos, o que significa afirmar-se, que mesmo em tais circunstâncias não fica deprezada a legalidade constitucional, embora revestida de características próprias, que só haverão de justificar-se se preenchidas certas condições³⁴

Nesse diapasão, o Estado não é um ente absoluto que tudo pode, mas possui limitações nos seus poderes de atuação, no entanto entende que *“essas limitações só podem ser respeitadas nos períodos de normalidade, pois, nos momentos de crise, embarçariam de tal modo a ação do governo que este seria presa fácil para os inimigos da ordem”*.³⁵

Além da normatização dos meios de exceção pelo Estado, há ainda outros pressupostos que a doutrina entende necessários a serem seguidos pela norma, para que não incorremos no perigo de uma “ditadura legalizada” ou desvirtuação do instituto mascarando-o com ares de legalidade.

³⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 32 Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 225

³⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 32 Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 225.

PRINCÍPIOS DO ESTADO DE EXCEÇÃO

Segundo a doutrina, o Estado de Exceção deve ser pautado em determinados princípios, sob pena de sua aplicação arbitrária ser tida como configure golpe de estado ou mesmo uma ditadura³⁶

Dentre os princípios mais importantes podemos destacar:

TEMPORALIDADE

Este princípio se desdobra em duas aplicações, a primeira de que as medidas do Estado de Exceção devem ser “de menor duração possível, pois assim deve ser qualquer ato ou conjunto de atos governamentais que restrinjam o direito e prejudiquem as garantias contra os efeitos da ação do Estado”.³⁷

A segunda aplicação seria de que possuísse “duração máxima determinada. Não convém que o instrumento excepcional seja usado para dominação pública”.³⁸

Ainda sobre a idéia de que o Estado de Exceção e suas medidas são a última alternativa estatal para estancamento da crise, entende-se prudente haver expressa limitação legal ao tempo de sua vigência, porquanto, o tempo do Estado de Exceção deve possuir um tempo de duração máxima, como por exemplo trinta dias.

No entanto tal restrição poderia trazer conseqüências nefastas, vez que poderia ocorrer de a crise não ser superada em no período fixado, neste caso haveria necessidade de uma prorrogação, por igual período.

³⁶ “Fundamentadas pelos princípios da necessidade e da temporariedade, essas medidas têm por objeto as situações de crises e por finalidade a manutenção ou o restabelecimento da normalidade. Sem que se verifique a necessidade, a situação de exceção configurará puro golpe de estado e sem atenção ao princípio da temporariedade, não passará de ditadura”. DA SILVA, Fernando Carlos Santos. **Aspectos legais do emprego do exército na garantia da lei e da ordem**. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1179. Acessado em 12 de maio de 2009.

³⁷ CENEVIVA, Walter. **Direito Constitucional Brasileiro**. 3 Ed: São Paulo: Saraiva, 2003, p. 318.

³⁸ CENEVIVA, Walter. **Direito Constitucional Brasileiro**. 3 Ed: São Paulo: Saraiva, 2003, p. 318.

Walter Ceneviva chega ao extremo de afirmar que as medidas do estado de exceção não deveriam ser prorrogáveis, salvo por uma vez. Em que pese melhor entendimento, há de se discordar do nobre doutrinador, vez que poderíamos considerar de boa técnica a imposição de prazo máximo de duração, no entanto vedar a possibilidade de prorrogação engessaria o Estado dos meios legais para combater a situação excepcional, o que poderia resultar em duas conseqüências alarmantes, ou a destruição do Estado e suas estruturas como a conhecemos em razão da ameaça, ou os agentes estatais receosos lançariam mão de medidas paralegais para impedir a crise, incorrendo em ilegalidade e pondo em cheque o sistema jurídico vigente.

Em suas palavras ainda que “constituindo providências relacionados ao estado de exceção e envolvendo direitos fundamentais (...) é de toda vantagem que, embora breves os prazos, sejam determinados para menor duração possível.”

Entende-se interessante a idéia de limitar a prorrogação do Estado de Exceção, no entanto não só há um número de vezes em específico, mas também e principalmente até o cessar da causa que o motivou, podendo ainda haver a possibilidade de fiscalização por parte do outro poder que não o Executivo, em praxe o titular do poder de invocação do Estado de Exceção, para minimizar as possibilidades de arbitriedade por este.

Leciona Ives Gandra Martins:

Por esta razão (...) não pode se prolongar no tempo. Sua duração deve ser curta, tendo o Poder Público, nesse período, a obrigação de reorganizar a sociedade em caso de calamidade, ou o Estado, em caso de grave risco às instituições.³⁹

Alexandre de Moraes também se reporta a ele ao afirmar que “o chamado sistema constitucional das crises, consiste em um conjunto de

³⁹ MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 34.

normas constitucionais, que são informadas pelo princípios da necessidade e temporalidade”⁴⁰

Sobre este primeiro, veremos a seguir.

NECESSIDADE

Como a própria nomenclatura sugere o Estado de Exceção, trata-se de algo excepcional, fora do normal, portanto deve ser informado pelo princípio da necessidade, não sendo invocado desnecessariamente, só se justificando em *ultima ratio*, como última alternativa para por fim a ameaça ou crise, restaurando a ordem de tal forma que os meios excepcionais já não se fazem mais necessários para enfrentar a crise.

Recorrendo novamente aos ensinamentos de Ives Gandra Martins:

Constitui verdadeira operação cirúrgica no organismo social. Da mesma forma que um ser humano, quando sofre intervenção cirúrgica, vive um momento atípico em sua existência, com perda de sangue e restrições à sua normalidade biológica, o País, em período de estado de exceção, sofre idênticas restrições no organismo social.⁴¹

Assim como uma operação só deve ser realizada na hipótese dos tratamentos normais não sofrerem êxitos ou forem surtir resultados, de igual modo, o Estado de Exceção só se justifica na sua necessidade como última alternativa, ante os efeitos danosos a harmonia social e danos que pode provocar.

TERRITORIALIDADE

Por este princípio se tem que por tratar-se de *ultima ratio*, o Estado de Exceção deverá além de durar o mínimo possível (Temporalidade) afetar o mínimo possível de locais e pessoas, devendo limitar-se ao estrito necessário para fiel cumprimento de sua função.⁴²

40 Moraes, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2006, p..715.

41 MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil** – V 5. V Único. São Paulo: Saraiva, 1997 – p. 34.

42 “quanto ao espaço, I – sobre locais e regiões determinados; II – a experiência histórica em país extenso como o Brasil sugere a desnecessidade de medidas tomadas nacionalmente, a não ser por exceção” - CENEVIVA, Walter. **Direito Constitucional Brasileiro**. 3 Ed: São Paulo: Saraiva, 2003, p. 318.

Conforme ressaltado por Ceneviva, o Brasil trata-se de um país extenso se comparado a outros, como por exemplo alguns países Europeus⁴³, assim, atentando-se a este fato entender a possibilidade de uma crise em determinada região no País, que faça urgir a necessidade do Estado Excepcional não necessariamente necessite que a intervenção se alastre em todo território nacional.

Exemplo simples para o aludido foi as enchentes que certos municípios no Estado de Santa Catarina vieram a sofrer em Novembro do ano de 2008.

Neste caso, verificou-se que apenas municípios de Santa Catarina foram atingidos, e caso verificada a necessidade do Estado de Exceção, deveria-se sob a ótica desse princípio decretar apenas neste Estado, não sendo necessário que tal situação atingisse a outras áreas, como por exemplo, São Paulo ou Rio de Janeiro.

FINALISTA

Este princípio rege a idéia de que o Estado de Exceção, por ser última ratio, deve além de necessário ser objetivo, ou seja, "quanto aos fins (...) limitar-se à restauração da normalidade"⁴⁴.

Walter Ceneviva, outrossim destaca que este princípio também informa que, havendo possibilidade, deverão as medidas serem progressivas, ou seja, podere-se-ia até de início utilizar-se medidas mais drásticas, no entanto a medida que a ordem comece a se restabelecer que gradualmente se retornasse ao estado de normalidade, não havendo finalidade

⁴³ Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, a Área Total oficial do Brasil encontrasse no montante de 8.514.876,599 km² (Fonte: IBGE - http://www.ibge.gov.br/home/geociencias/cartografia/default_territ_area.shtm, acessado em 28 de Julho de 2008). Já Portugal possui, segundo seu órgão oficial de estatística, uma Área Totalde

4.071 Km² (Fonte: Instituto Nacional de Estatística - INE - http://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_indicadores&indOcorrCod=0000352&contexto=pi&selTab=tab0, acessado em 28 de Julho de 2009. Obs: Endereço de site obtido junto aos links de órgãos estatísticos disponíveis no site do IBGE). Logo, dentro do Brasil, caberiam a grosso modo 2.091,5 Portugais.

⁴⁴ CENEVIVA, Walter. **Direito Constitucional Brasileiro**. 3º Ed: São Paulo: Saraiva, 2003, p. 318.

portanto para as medidas mais drásticas persistirem se não forem mais estritamente necessárias.

Após o embasamento acerca do Estado de Exceção como paralelo ao Estado de Defesa e suas considerações gerais, passa-se a análise do instituto em si próprio.

ESTADO DE DEFESA

O *Estado de Defesa*, modalidade de instituto ligado a idéia de Estado Excepcional, é regulamentado no art. 136 de nossa Constituição.

Alexandre de Moraes de forma breve diz que “o estado de defesa é uma modalidade mais branda de estado de sítio”⁴⁵, o que corresponde a dizer que tal instituto é uma forma menos rigorosa de tentar restabelecer a ordem atingida.

Walter Ceneviva por sua vez discorre que ‘na seqüência crescente de gravidade o estado de defesa corresponde à quebra mais simples da normalidade’⁴⁶, trazendo a mesma idéia do doutrinador acima, a qual é compartilhada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho “consiste numa forma mais branda de estado de sítio.”⁴⁷

O instituto do Estado de Defesa é melhor compreendido quando comparado ao Estado de Sítio, conforme já demonstra Uadi Lammêgo Bulos, que diz “sua noção descritiva é a seguinte: estado de defesa é o conjunto de medidas que objetivam debelar ameaças à ordem pública ou à paz social”⁴⁸,

⁴⁵ Moraes, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19 Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2006, p. 750.

⁴⁶ CENEVIVA, Walter. **Direito Constitucional Brasileiro**. 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 320.

⁴⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 58.

⁴⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 5 Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p.1121.

sendo que “no estado de defesa as medidas de legalidade extraordinária são menos drásticas, comparadas ao estado de sítio”⁴⁹.

Há no ordenamento jurídico brasileiro o conceito de um sistema progressivo, ou seja, de primeiro plano caso a situação exigir lança-se mão do Estado de Defesa, forma mais amena de estado de exceção, para tentativa de recompor a crise, não sendo esta satisfativa ou sendo a crise por deveras extensa, lança-se mão do Estado de Sítio, *ultima ratio* no sistema constitucional vigente para tentativa de solucionar tais impasses.

Pinto Ferreira trás por fim uma conceituação mais normativa ao dizer:

“Estado de defesa é a medida decretada pelo Presidente da República, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, 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, devendo submeter a sua justificação e o ato respectivo, em vinte e quatro horas, à apreciação do Congresso Nacional que decidirá por maioria absoluta (...) aplica-se a locais restritos e determinados (...) tem um executor”⁵⁰
Passemos a análise de sua norma jurídica regulamentadora.

ART. 136, “CAPUT”

Assim discorre o *caput* do art. 136 da CRFB/88:

Art. 136. 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.

Em seu princípio, aludida norma já demonstra que a decretação do estado de defesa cabe ao Presidente da República, o que da análise sistemática da Constituição verifica-se que trata-se na realidade de

⁴⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 5 Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 1121.

⁵⁰ FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. V. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 1992, p.. 193

competência privativa, vez que assim dispõe o Art. 84, IX, de nossa Carta Magna.⁵¹

Sobre isto já lecionou Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que assim diz “*competência. É o presidente da República, apenas, quem pode decretar o estado de defesa.*”⁵², sendo por demasiado claro, cabe apenas ao chefe do poder executivo federal a competência para decretação do estado de defesa.

Prosseguindo a análise do Art. 136, *caput*, observa-se que devem ser ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, de forma prévia a possível decretação.

O Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional encontra-se regulamentados em nossa Constituição nos artigos 89 e 91 respectivamente, trazendo ali sua composição, sendo a função do primeiro “*auxiliar ao Presidente da República, cabendo-lhe pronunciar-se sobre (...) estado de defesa e estado de sítio e sobre questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas*”⁵³ e do segundo “*também órgão consultivo do Presidente da República nos assuntos relativos à soberania nacional e à defesa do Estado democrático*”⁵⁴.

Nas palavras de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins

“é bem verdade que não pode (o presidente, adendo nosso) decreta-lo (o estado de defesa) sem ter ouvido o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional. Aquele, mais voltado à proteção da cidadania e das instituições, e este, mais vocacionado à defesa do Estado e do Governo. Os dois conselhos são, todavia, apenas conselhos consultivos. Opinam, mas não decidem. O Presidente da República não é obrigado a seguir sua orientação. A constituição impõe-lhe apenas a

⁵¹ “Art. 84. Compete privativamente ao presidente da República (...) IX – decretar o estado de defesa e o estado de sítio.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁵² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 59.

⁵³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22 Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 388.

⁵⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22 Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 388.

oitiva dos dois organismos, mas nunca a obrigação de seguir seus conselhos”⁵⁵

Portanto, pensando na possibilidade de decretação do estado de defesa, necessário faz a oitiva de ambos os Conselhos, que como seu nome já diz, visam aconselhar o Presidente, que não fica vinculado a opinião de seus membros, sendo no entanto obrigado a ouvi-los, para ai sim decidir se decreta ou não o estado de defesa.

Reiniciando a análise do dispositivo constitucional do art. 136, *caput*, temos a imposição de que o estado de defesa objetiva preservação ou restabelecimento da ordem pública ou paz social, ameaçadas por grave e iminente crise institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

Por preservação têm-se que a ordem pública ou a paz social ainda existente, no entanto sofre eminência de vir a sofrer alterações, já por restabelecimento têm-se quando aquelas já foram alteradas.

No tocante a estas, poderíamos citar a lição de José Cretella Júnior

Ordem, vocábulo que (...) contrapõe-se a “desordem”, a “caos”. Ou a *ordem* impera, permanecendo tranqüila a sociedade, ou a ordem é perturbada, trazendo transtorno à vida do homem, na sociedade. Quando a *desordem* ultrapassa certos limites, a União intervém para pôr-lhe termo, em casos de *grave comprometimento da ordem pública* (Art. 34, III) ou da *paz social*, ou, como dizia o legislador constituinte de 1969, a União intervém para pôr termo à perturbação da ordem ou à ameaça de sua irrupção (...) Agora, em 1988, a *ordem pública*, ameaçada por grave e iminente instabilidade institucional ou atingida por calamidade de grandes proporções da natureza, é razão constitucionalmente suficiente para que o Presidente da República possa, ouvido o Conselho da República, bem como o Conselho de Defesa Nacional, proceder à decretação do estado de defesa, para preservá-la, ou prontamente restabelece-la (...)⁵⁶

⁵⁵ Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins. **Comentários à Constituição do Brasil**. V. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 05.

⁵⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários a Constituição de 1988**. 6 v. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 3355.

As causas ensejadoras de uma ou outra são ali descritas como sendo a ameaça provinda de grave e iminente crise institucional ou a derivada de calamidade de grande proporção da natureza.

Por crise institucional têm-se a crise do próprio sistema constitucional, a ameaça ao sistema jurídico vigente, ou a execução por parte do Poder Público das atribuições que lhe cabem.

Esta crise tem de ser iminente, ou seja, uma medida que “na dicção do constituinte, tem de ser rápido e pronto”⁵⁷, logo, que necessite de medidas rápidas e urgentes visto que a espera poderia ocasionar sua ocorrência, ou ainda “que haja indícios seguros de que pode ocorrer a qualquer momento”.⁵⁸

Já quanto a partícula grave, na citação de Manoel Gonçalves Ferreira filho “no caso de ameaça, evidentemente é necessário que a possível perturbação seja avaliada como grave, no sentido de que(...) não possa ser restabelecida pelo recurso aos meios coercitivos normais, com que conta, sempre, o Poder Público”.⁵⁹

No que toca a ameaça provinda da calamidade de grandes proporções na natureza, visto que determinados eventos naturais poderiam gerar tamanha instabilidade social, que novamente, os meios normais para coibir ou restaurar as conseqüências deste evento não seriam possíveis de fazê-lo, razão pela qual autorizada estaria a intervenção mais grave⁶⁰.

Por fim do art. 136, *caput*, temos ainda a limitação de que o estado de defesa deve ser decretado em lugares restritos e determinados, ou seja,

⁵⁷ Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins. **Comentários à Constituição do Brasil**. V 5. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 05.

⁵⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. V 3. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 59.

⁵⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. V 3. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 59.

⁶⁰ “Calamidades de grandes proporções na natureza, justificam também a decretação, visto que inundações, terremotos, maremotos, etc. não poucas vezes exigem esforço suplementar para superar suas conseqüências, tendo, inclusive o constituinte previsto empréstimo compulsório específico para tais casos” - Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins. **Comentários à Constituição do Brasil**. V. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 07. Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins. **Comentários à Constituição do Brasil**. V. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 07.

o Presidente da República deverá delimitar a área de abrangência do estado de defesa em seu decreto, sendo que suas medidas só são válidas para dentro da área delimitada.

Na tentativa de explicar o motivo de tal restrição constitucional, Bastos e Gandra explicam que

“é que a perturbação de ordem pública normalmente se dá em lugares certos e determinados, porque, se ocorresse em todo o País, haveria estado de insurreição, tornando praticamente impossível sua contenção sem queda do governo ou mudança das próprias instituições. Um governo que enfrenta perturbação da ordem em todo o território nacional já não é mais governo”⁶¹

Em que pese não se poder precisar se foi a real intenção da constituinte, o importante é que como já dito, sua decretação é cabível apenas em parte do território nacional, devendo sua área de abrangência ser, portanto, limitada.

Interessante ressaltar uma observação feita pelos mesmos doutrinadores sobre a questão da urgência em decretação do Estado de Defesa de que, tendo em vista o caráter de urgência da medida, poder-se-ia admitir que os membros do Conselho da República e de Defesa Nacional fossem ouvidos por telefone e que os atos da decretação do estado de defesa trazendo a possibilidade inclusive de uma edição extraordinária do veículo de comunicação oficial.

A justificativa seria que caso a medida ocorra de assalto, esperar que seus efeitos só ocorram a partir da publicação oficial ou então reunir formalmente todos os membros dos dois Conselhos poderia ser “tarde demais”. No entanto ressaltam que tal situação seria exceção da exceção e só quando a urgência da medida se impusesse⁶².

⁶¹ Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins. **Comentários à Constituição do Brasil**. V. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 06.

⁶² Transcreve-se: “Em casos extremos, entendo que a decretação do estado de defesa para exigir medidas rápidas poderá passar a vigorar a partir de sua decretação e informação à empresa falada, não dependendo, sua eficácia, de publicação do ato no Diário Oficial do dia seguinte. Admita-se, por exemplo, que insurreição ocorra em determinada região, impondo a tomada de posição do Presidente da República, com a decretação do estado de defesa. Caberá ao Presidente decreta-lo, com oitiva até telefônica dos conselheiros de Defesa Nacional e da República, passando à ação de imediato, sem ter de

ARTIGO 136, §1º, 'CAPUT' DA CRFB/88

Continuando a análise das disposições constitucionais concernentes ao Estado de Defesa temos o parágrafo primeiro, *caput*, que assim dispõe:

§1º 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 seguintes:

Conforme já visto, é necessário que o decreto presidencial instituidor do estado de defesa especifique as áreas a serem abrangidas por tal medida, sendo desnecessária nova explanação sobre o tema.

Há necessidade ainda de que tal decreto contenha o prazo de duração estado de defesa. Tal disposição é necessária vez que, tratando-se de medida excepcional deverá perdurar pelo mínimo de tempo necessário ao cumprimento de seu objetivo, restabelecer ou manter, a ordem pública ou paz social, havendo também uma limitação constitucional ao tempo de duração de tal estado excepcional, conforme §2º da CFRB/88 que em suma restringe ao período de trinta dias, sendo possibilitada sua prorrogação por uma vez.

O período máximo de duração do estado de defesa é de trinta dias, prorrogáveis por mais trinta, no entanto a necessidade de especificação de duração do mesmo no decreto que o instituir, possibilita a manipulação de tal tempo, vez que o Presidente da República não está obrigado a instituir o mesmo por trinta dias, podendo, se assim achar conveniente, fazê-lo por menos tempo. O limite só existe quanto ao máximo, não quanto ao tempo mínimo.

O terceiro aspecto a ser analisado é concernente às medidas as medidas coercitivas a serem empregadas na vigência do Estado de Defesa.

aguardar o dia seguinte ou uma ed extra do Diário Oficial, pois um dia poderá representar, em caso de insurreição ou revolução, tempo considerável." - Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins. **Comentários à Constituição do Brasil**. V. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 60.

Nota-se a ressalva nos termos e limites de lei, a qual entende-se que as medidas coercitivas não poderão ser quaisquer, mas sim aquelas que a lei delimitar, trazendo então um *rol taxativo* de direitos que podem ser atingidos⁶³.

Observar-se aqui, portanto a extrema cautela da constituição, vez que além de dizer que haveria os limites legais, também teria os limites de atingir os direitos ali delimitados.

Importante ainda frisar que, por limites legais há de se entender os próprios limites constitucionais, uma vez que conforme já debatido, poderia perfeitamente uma lei ir contra um preceito constitucional, o que lhe tornaria ineficaz⁶⁴. Talvez daí a preocupação em prescrever os direitos passíveis de serem atingidos, para evitar manipulação política ou ditatorial futura.

Do mesmo modo que ocorre com a estipulação do tempo de duração, o Presidente da República não é obrigado a restringir todos os direitos possíveis no Estado de Defesa, sendo a disposição constitucional um máximo, podendo, no entanto fazê-lo em menor escala.

ARTIGO 136, §1º, I, "CAPUT" DA CRFB/88

Transcreve-se "I – restrições, ao direito de:".

A necessidade de decretação do Estado de Defesa por si só já demonstra a gravidade da situação, o que pressupõe portanto a necessidade de medidas mais graves, inclusive a de restrição de certos direitos fundamentais. O inciso primeiro fala em restrições, "donde se infere que os direitos enunciados nas

⁶³ "A própria Constituição, que permite a implantação do estado de sítio deverá explicitar as restrições a que está sujeito o poder público. Deste modo, a inobservância de qualquer das limitações que o próprio poder constituinte estabeleceu, relativas a esse estado excepcional de suspensão de garantias constitucionais, tornará ilegal a coação, permitindo ao paciente recurso ao Poder Judiciário" – CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários a Constituição Brasileira de 1988**. 2 Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 3375.

⁶⁴ "É de se perguntar a que lei se refere o constituinte. A todas as leis que exteriorizam os direitos e garantias individuais ou apenas àquelas que criam os dois conselhos de consultoria presidencial, a saber: p da República e o de Defesa Nacional? Entendo que a expressão só pode ser interpretada nos limites da Constituição, isto é, daqueles direitos que, elencados na Carta Magna, podem ser suspensos, que são poucos, e nos termos em que a lei civil deles cuida, respeitados, também os limites impostos pelas Leis n. 8041/90 e 8.183/91, que criaram os dois conselhos" - Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins. **Comentários à Constituição do Brasil**. V. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 10.

alíneas deste inciso, não ficam temporariamente suprimidos, mas podem sofrer interferências, justificadas pela situação”.⁶⁵

Entende-se como importante tal expressão ao invés do uso do termo suspensão, vez que, a restrição conforme conceito acima aludido, importa dizer que o direito persiste, no entanto em determinado caso pode sofrer interferência, ou seja, que no estado de defesa poderá tal direito ser mitigado pelo Estado, vez que justificou-se tal ato para concretização do objetivo do Estado de Defesa.

O termo suspensão importaria que o direito aludido não existiria mais, portanto até mesmo um terceiro qualquer, sem ser o Estado, poderia viola-lo, vez que não havendo direito não sealaria em violação, já que não haveria proibição legal valeria a máxima da Legalidade de o que não é proibido é permitido⁶⁶, o que obviamente não é a intenção do Estado de Exceção.

ARTIGO 136, §1º, I, A DA CRFB/88.

O art.136, §1º, I, a da CRFB/88 diz: “a) reunião , ainda que exercida no seio das associações”.

Trata-se da alínea a do primeiro direito passível de ser restringido pelo Estado de Defesa, o direito de reunião, consagrado no art. 5º, XVI de nossa Constituição, sendo assegurado o direito de todos em se reunir pacificamente, desde que sem armas, inclusive em locais abertos e públicos, sem necessidade de autorização, desde que respeitadas possíveis reuniões anteriores no mesmo local.

⁶⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. V 3. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p.. 60.

⁶⁶ “O art. 5º, II, da Constituição Federal, preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude de Lei. Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral.” – Moraes, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19º Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2006, pág. 36.

Entretanto entendeu o constituinte em restringir tal direito, partindo da idéia de que a reunião de pessoas e grupos podem causar ainda mais problemas a crise já existente, podendo até frustrar o estado de defesa, uma vez que se foi decretado é porque a situação encontra-se grave.

Colhe-se de Celso Ribeiro de Bastos e Ives Gandra Martins:

“o indivíduo isolado não preocupa o Estado, por mais armado que esteja, por mais inteligente que seja, por mais relações que tenha. O indivíduo isolado, a não ser nas séries cinematográficas de ‘Rambo’ é incapaz de gerar preocupações para o Poder Público, visto que, sozinho, nada representa. O mesmo não ocorre com cidadãos reunidos. Com oratória brilhante, um líder carismático pode incendiar multidões, capaz, num momento de forte emoção, de enfrentar armas e destituir governos”⁶⁷

Assim ao abrir a possibilidade de restringir o direito de reunião, o constituinte entendeu que em determinadas situações a possibilidade de pessoas se reunir poderia causar ou aumentar a crise, uma vez que, por exemplo uma crise institucional poderia estar ocorrendo já devido a um determinado grupo de pessoas, afim de evitar isso surge esta prerrogativa.

Ademais como citaram os doutrinadores, de forma isolada um indivíduo não representa um perigo significativo, no entanto em grupo isso já não é verdade. Poderíamos citar como exemplo uma pessoa tentando saquear um supermercado em época de crise e uma multidão de duzentos pessoas fazendo o mesmo.

Outrossim, destaca-se que como já mencionado o Estado de Defesa não obrigatoriamente implica na restrição do direito de reunião, vez que cabe ao Presidente da República especificar no decreto do Estado de Defesa as medidas a serem tomadas e direitos atingidos, sendo que é bem viável que em algumas situações não haja “risco” ou necessidade de restringir o direito a

⁶⁷ Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins. **Comentários à Constituição do Brasil**. V. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 18/19.

reunião, como por exemplo, em decretação em virtude da calamidade pública, no entanto cada caso é um caso e fica a arbítrio do Chefe do Executivo.

ARTIGO 136, §1º, I, B DA CRFB/88

Assim dispõe: “b) sigilo de correspondência”.

Continuando a lista de direitos passíveis de sofrer restrição em caso de estado de defesa, a Constituição traz o sigilo à correspondência, direito consagrado no Art. 5º, XII⁶⁸, do mesmo diploma legal.

Inicialmente importante observar que a alínea trata em um primeiro momento apenas do sigilo de correspondência, não se ocupando das comunicações telegráficas, de dados e comunicações telefônicas (alvo da próxima alínea conforme será visto).

Conforme explica Ives Gandra Martins “na correspondência, parte da intimidade de uma pessoa é exposta, e a grande maioria das missivas veicula aspectos da vida pessoal que não devem vir a público”⁶⁹.

A restrição do direito diz respeito que o direito ao sigilo de correspondência existe, no entanto, pode vir a sofrer restrição por parte Estatal sob a justificativa do Estado Excepcional.

Justificaria-se essa disposição visto que em momentos de crise, principalmente aqui os derivados de crise institucional informações valiosas sobre riscos a coletividade ou a própria manutenção do Estado estarem sendo transmitidas.

No entanto tal disposição parece perder o sentido nos tempos modernos, uma vez que com o advento da informática e internet fica cada

⁶⁸ “XI – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual” – BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁶⁹ Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins. **Comentários à Constituição do Brasil**. 5 V. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 22.

vez mais restrito o uso das correspondências “convencionais” sendo trocada pela agilidade e praticidade de e-mails e correlatos.

No entanto, conforme já houve manifestação no STF pelo Ministro Celso de Mello entende-se que nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências e comunicações telegráficas e de dados sem que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguardar de práticas ilícitas⁷⁰.

Portanto partindo desse entendimento que esta liberdade pública poderia estar sendo utilizada para práticas ilícitas isto no caso excepcional já autorizaria sua violação pela idéia de que tal direito poderia estar sendo utilizados para agravar crise já existente e ir contra a ordem pública e paz social.

Nesse sentido haveria um choque de princípios, porém como não existe direito absoluto e sopesados o direito à inviolabilidade de correspondência e o bem estar social, este último por tratar-se de um direito de uma coletividade, autorizaria a mitigação⁷¹.

Poderia-se também estender tal restrição a utilitários como os *e-mails* vez que também tratam-se de uma forma de correspondência, no entanto virtual.

A alegativa de que comunicação telegráfica e telefônica também seria uma forma de correspondência e, portanto, essa interpretação abrangeria as mesmas pode ser excluída pelo fato de, ao especificar e dividi-las no art. 5º, XII, a constituição quis claramente desmembrar e separar as

⁷⁰ No sentido do texto – HC 70.814-5/SP, Ministro Celso de Mello, STF – 1º Turma.

⁷¹ “Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas). Desta forma, quando houve conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combina os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.” - Moraes, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19 Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2006, p. 28.

modalidades de comunicação telegráfica, de dados e das comunicações telefônicas do conceito *latu sensu* de correspondência.

É um desdobramento do princípio da máxima efetividade ou da eficiência⁷², pelo qual entende-se que a Constituição não possui “palavras inúteis”, devendo-se interpretar a mesma na forma mais ampla possível. Logo, se há essa quebra do significado maior de correspondência, que parte da idéia de comunicação privada entre pessoas, em subespécies como a telegráfica, telefônica, entre outras, foi porque o constituinte quis conferir a estas últimas uma proteção especial.

Transcreve-se aqui as palavras de Ribeiro Bastos e Gandra Martins:

“Tenho para mim que a quebra de sigilo, no estado de defesa, abrange qualquer técnica moderna de comunicação, ainda que não expressamente previstas nas letras *b* e *c*. O princípio hospedado pela Constituição é que, se houver grave crise institucional, pode, o Estado, suspender direitos que possam colocar em risco a democracia e o Poder Público. Ora se pode suspender o sigilo de correspondência e as comunicações telegráficas e telefônica, à evidência, pode também suspender, por força do princípio, o sigilo de qualquer outra forma de comunicação que ponha em risco as instituições, por tecnologia mais moderna de comunicações e objetivando as mesmas finalidades (...) para mim, pode o Poder Público suspender o sigilo de qualquer forma de comunicação que se equipare à correspondência e às informações telegráficas e telefônicas, durante o período do estado de defesa”⁷³

Nesse sentido, vê-se que ao seu tempo o Constituinte não poderia prever os avanços tecnológicos que ocorreriam, sendo a idéia de comunicação pessoal ou privada protegida, assim, poderia-se ia adapta-la aos novos tempos aliados ao parecer do STF.

ARTIGO 136, §1º, I, C DA CRFB/88

Diz: “c) sigilo de comunicações telegráfica e telefônica”.

⁷² “Não se deve interpretar uma regra de maneira que algumas de suas partes ou algumas de suas palavras acabem se tornando supérfluas, o que equivale a nulificá-las. Também é vedado ao intérprete, por força dessa orientação hermenêutica, despreza partículas, palavras, conceitos, alíneas, incisos, parágrafos ou artigos da Constituição. Todo o conjunto normativo tem de ser captado em suas peças constitutivas elementares, a cada qual se devendo atribuir a devida importância em face do todo constitucional” – TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 3 Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 84.

⁷³ Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins. **Comentários à Constituição do Brasil**. V 5. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 28/29.

Por fim traz a Constituição o último direito passível de sofrer restrição em face do Estado de Defesa, qual seja o sigilo de comunicações telegráficas e telefônicas, do já supracitado art 5º, XII.

Desnecessária maior explanação acerca do mesmo, vez que já debatido acima o entendimento de que nenhum direito é absoluto, já havendo posicionamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que passível a mitigação do direito de inviolabilidade em face de prática ilícita, a qual poderia estender-se a ameaça ordem pública e paz social.

A constituição seguindo a mesma linha de raciocínio já analisada, novamente faz a distinção entre as correspondências e as comunicações telegráficas e telefônicas.

Poderia se perguntar quanto ao sigilo de dados? Embora não expressamente inserido no rol taxativo pode-se entender que sopesados os devidos motivos seguindo o entendimento do STF também passível tal restrição.

Neste sentido Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins dizem que “hoje (...) tanto o sigilo de dados, quanto as comunicações telefônicas ou telegráficas podem ser quebradas.”⁷⁴

Portanto tanto a alínea *b* quanto a *c* dizem respeito ao sigilo de comunicação, citando-se novamente Manoel Gonçalves Ferreira Filho que diz “o sigilo das comunicações pessoais podem ser suspenso durante o estado de sítio e o de defesa. Neste caso, o interesse pessoal à ‘privacy’ cede diante do interesse social de segurança”.⁷⁵

⁷⁴ Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins. **Comentários à Constituição do Brasil**. V. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 27.

⁷⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. V 3. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p.. 37.

ARTIGO 136, §1º, II, DA CRFB/88

A norma dispõe: “II – ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes.”

De plano verifica-se que é autorizada a ocupação e uso temporário de bens e serviços, na hipótese em que for decretado estado de defesa em virtude de calamidade pública (Art. 136, caput).

Ficou ainda mencionada a responsabilidade da União em face dos danos e custos decorrentes de tal ocupação ou uso. Fica claro que a responsabilidade recairia para a União vez que trata-se de competência da esfera federal, incumbida ao Chefe do Executivo sua decretação, não havendo motivo para responsabilidade estadual ou municipal, uma vez que impossível decretarem tal estado excepcional.

No entanto verifica-se que a Constituição cita bens e serviços públicos, o que poderia gerar a dúvida citada por Ives Gandra Martins, qual seja, não poderia a União usar o que é seu?

Nesse sentido explica que

“a expressão ‘bens e serviços públicos’ não pode nem deve ser entendida como vinculada apenas a bens públicos, mas a qualquer espécie de bens. O adjetivo público vincula-se apenas aos serviços. Qualifica-os, mas não está restringindo o substantivo ‘bens’. A dicção a ser entendida é de ‘bens públicos e privados e serviços públicos.’”⁷⁶

Tal entendimento visa retirar uma dúvida simples que poderia surgir, uma vez que caso fosse restrita apenas aos bens públicos, a norma pareceria sem sentido, uma vez que sendo coisa pública poderia o Poder Público utilizar-se dela em prol da comunidade, salvo se norma desejasse tratar na realidade dos serviços públicos delegados.

⁷⁶ Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins. **Comentários à Constituição do Brasil**. V. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 31.

Deve-se analisar o presente dispositivo traçando um paralelo com o art. 5º, XXV, constitucional, que regulamente que “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurado ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;”

Tal também é o parecer de Manoel Gonçalves Ferreira filho que afirma “a redação é falha. O texto autoriza a ocupação e o uso de bens e serviços em geral, como é da índole da requisição, não apenas de ‘bens e serviços públicos’, mas sim de bens e serviços, inclusive públicos. Por exemplo (...) municipais”.⁷⁷

Ora é de se entender que em uma calamidade pública há iminente perigo público, portanto o Constituinte veio apenas reforçar a idéia de possibilidade de utilização de bens privados no caso de necessidade, sem olvidar da devida indenização no caso de dano.

Sobre a ocupação temporária recorrendo-se ao Direito Administrativo têm-se que “é a utilização transitória remunerada ou gratuita, de bens particulares pelo Poder Público, para a execução de obras, serviços ou atividades públicas de interesse público”⁷⁸.

Logo na calamidade pública, o Poder Público buscaria livrar a comunidade do perigo já ocorrido ou ao menos iminente, portanto autorizada a utilização de bem particular. Mesmo que assim não o fosse haveria o poder da força constitucional que assim dispõe, traz-se aqui esse paralelo, apenas para entendimento global do instituto.

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins ainda defendem a possibilidade do pagamento de lucro cessante pela União ao particular no caso de a utilização do bem fazer com que o particular deixe de obter renda.

⁷⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. V 3. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p.. 61.

⁷⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19º Ed. São Paulo: Malheiro Editores, 1990, p.. 538.

No entanto poderia-se dizer que a expressão *danos e custos*, já abrangeria isso, visto que por custos poderia-se dizer o preço pago pela utilização do bem.

Pode-se ainda traçar um paralelo com o instituto da Requisição Administrativa⁷⁹ vez que, conforme leciona Di Pietro “*a requisição, quando recai sobre imóvel, confunde-se com a ocupação temporária*”.

Já quando recair sobre bens móveis fungíveis assemelhar-se-ia a desapropriação, no entanto não se confunde com aquela vez que nesta última a indenização é prévia, sendo que do dispositivo constitucional presume-se que a indenização seja posterior.

ARTIGO 136, §2º, DA CRFB/88

Determina: “§2º O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado por uma vez, por igual período, se persistirem razões que justificarem sua decretação.”

Tal disposição constitucional visa limitar o tempo de duração do estado de defesa, sendo bem claro, sua duração não dever ser superior a trinta dias, podendo ser prorrogado por apenas uma vez, por igual período.

Há considerações importantes a se fazer. Como já mencionado não fica vinculado o Presidente da República a utilizar os trinta dias, podendo utilizar-se de menos dias, ficando a seu critério a valoração em tempo de quanto deverá durar o estado de defesa, atento de que, por se tratar de situação excepcional deverá perdurar o mínimo necessário ao restabelecimento da ordem.

Verifica-se a possibilidade de prorrogação do tempo do estado de defesa por apenas uma vez, por igual período. Isso significa que,

⁷⁹ “caracteriza-se por ser procedimento unilateral e auto-executório, pois independe de aquiescência do particular e da prévia intervenção do Poder Judiciário; é em regra oneroso, sendo a indenização a posteriori (...) só se justifica em caso de perigo público iminente.”- DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 19º Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2006, p.. 131.

decretado o mesmo em um período de tempo e cessado este o Presidente da República só poderá prorrogá-lo uma vez mais pelo mesmo período de tempo. Isso equivale a dizer, se decretado por duração de vinte dias, sua prorrogação só poderá se dar por mais vinte dias, e não estendendo-se até trinta, por exemplo.

Há o entendimento ainda de que, na realidade a prorrogação tratar-se-ia de uma renovação do estado de defesa, e como tal, deveria seguir o mesmo procedimento previsto para sua decretação, como a oitiva do Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional, dentre outros, o que ocorre também no Estado de Sítio.⁸⁰

A restrição constitucional ao prazo máximo de sessenta dias, trinta prorrogáveis por mais trinta, adviria da idéia de que deve-se lembrar que trata-se de um estado excepcional e como tal deve ter sua duração limitada pelas conseqüências advindas do mesmo.

Assim entendeu como razoável o constituinte o prazo de sessenta dias para que cessasse a ameaça que a decretou, já que caso assim não ocorresse, a situação reclamaria medidas mais urgentes como o estado de sítio⁸¹.

Ainda há o entendimento sobre o risco de utilização para fins ditatórias que, não seria legítima a atitude de por exemplo, esperar cessar o período de estado de defesa e aguardado um determinado período de tempo, por exemplo dez dias, decreta-lo novamente.

O fato de não convertê-lo em estado de sítio, o que implicaria em afirmar que a situação não pode ser superado pelo estado de

⁸⁰ Neste sentido Manoel Gonçalves Ferreira Filho "Diz a norma que esse prazo pode ser 'prorrogado por uma vez' por até trinta dias, mas, rigorosamente falando, não há prorrogação, haverá renovação do estado de defesa, sujeita ao procedimento previsto na Constituição" – FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. V. 3. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p.. 61.

⁸¹ "O estado de defesa não pode se prolongar no tempo. Sua duração deve ser curta, tendo o Poder Público, nesse período a obrigação de reorganizar a sociedade, em caso de calamidade, ou o Estado, em caso de grave risco às instituições. Se o Estado de Defesa pudesse se prolongar no tempo, de forma indefinida, poderíamos ter uma ditadura constitucional, pela imposição de longo período de restrições de direitos e poderes ampliados pelos governantes" - Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins. **Comentários à Constituição do Brasil**. V. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 35.

defesa, faz desaparecer a idéia do Estado utilizando os meios que lhe cabiam para derrotar a ameaça, vez que assim não o fez, estaria afirmando que o ameaça cessou, não sendo legítima portanto instauração de novo estado de exceção em virtude de mesmo evento⁸².

ARTIGO 136, §3º, DA CRFB/88

Ordena tal norma: “§3º Na vigência do estado de defesa”.

Cuida o parágrafo terceiro das obrigações que o Estado deverá ter em relação a determinadas situações ali enumeradas.

Conforme verificar-se-á asseguir, trata-se da idéia de a Constituição, ainda embora trate de um estado de exceção o que traz a idéia de restrição ou até suspensão de direitos e garantias fundamentais, desejou certificar-se de que certos limites não fossem ultrapassados.

Passa-se a análise de seus incisos.

ARTIGO 136, §3º, I, DA CRFB/88

Dispõe:

I – a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial;

Tal dispositivo encontra-se sobre a égide de evitar abuso de poder e prisões arbitrárias no estado de defesa. Embora o estado de defesa importe em redução de direitos, não deve-se aboli-los por completo.

⁸² Neste sentido “Estou convencido de que o prazo é fatal, não sendo possível, esgotado os sessenta dias, deixar o governo passar uma semana para decretar um novo estado de defesa por mais sessenta dias. Se se admitissem novas dilações para as mesmas situações em curto período, o prazo de trinta ou sessenta dias outorgados pelo §2º do art. 136 seria inócuo, pois poderia, aquele, governar com estado de defesa reeditados, como o são as medidas provisórias”. Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins. **Comentários à Constituição do Brasil**. V. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 1997 , p.37.

Inicialmente verifica-se algo que a doutrina classificou como uma omissão constitucional, seria esta de que o estado de defesa teria um executor⁸³.

Embora possa ocorrer uma interpretação dúbia, uma no sentido de que o executor da medida nada mais seria do que a autoridade policial ou autoridade pública que determina-se a medida de prisão, outra que executor seria uma pessoa especialmente encarregada para o cargo de executar as medidas necessárias para bom andamento e cessão da crise, talvez como a figura do interventor no instituto da intervenção federal e no próprio Estado de Sítio, conforme se verá a seguir.

Neste sentido verificou-se em Manoel Gonçalves Ferreira Filho o parecer de que “o executor da medida é distinto da autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI)”⁸⁴. Portanto seguindo sua lógica o constituinte deveria ter usado o termo autoridade judicial competente e não executor e utilizando novamente o princípio da máxima efetividade da Constituição, vez que não usaria palavras diferentes para o mesmo significado.

No entanto como não houve caso concreto recente em nosso País, ou mesmo parecer jurisprudencial, e esparços e lacunosos posicionamentos da doutrina sobre quem seria tal pessoa ou quem poderia ser, requisitos e competências. Além disso a menção ao executor na Constituição quanto ao estado de defesa só é referida neste momento, o que torna difícil a interpretação.

Cita-se ainda que no parágrafo primeiro do art. 136 da CRFB/88 não resta como requisito do decreto que instituir o estado de defesa a figura do executor, o que caso fosse alguém encarregado de tomar a cabo as

⁸³ Neste sentido Wolgran Junqueira Ferreira: “Haverá um executor do estado de defesa, o que foi omitido pelo ‘caput’”. – FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Comentários à Constituição de 1988**. 2º V. São Paulo: Editora Julex, 1989. Pág. 819. Ainda cita-se Manoel Gonçalves Ferreira Júnior que diz “foi criada em nível constitucional a figura do executor do estado de defesa (CF, art. 136, §3º, I).” – *Ob Cit.*, p. 194.

⁸⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. V 3. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 61.

providências cabíveis seria de suma importância. Ou poderia ainda interpretar-se que o executor poderia ser nomeado pelo Presidente da República sem necessidade de vinculação ao ato de decretação do estado de defesa, o que passa uma idéia de possibilidade de remove-lo e substitui-lo a qualquer momento, como ocorre no Estado de Sítio.

De qualquer modo são apenas divagações, uma vez que reafirma-se não se encontrou parecer doutrinário a respeito do mesmo, apenas de forma breve.

Retomando a análise do dispositivo legal, têm-se a possibilidade prisão por crime contra o Estado. Novamente não há posicionamento claro acerca do que seria um crime contra o Estado, podendo-se entender a *latu sensu* e em vista do estado de crise qualquer ação que viesse de alguma forma vir a refletir no Estado, no sentido de até mesmo coletividade de pessoas reunidas sob um poder.

Como forma de precaver possíveis arbitrariedades, incumbiu a constituição que a prisão deveria ser comunicada pela autoridade ao juiz competente, mais uma vez não havendo referência a que juízo seja este. Poderia-se entender, portanto, que seria o juízo competente para análise da prisão em flagrante.

Verifica-se ainda a utilização do controle de medidas do estado de defesa por outro Poder, entendendo como poder os relacionados no art 2º⁸⁵ da Constituição Federal.

É o já conhecido sistema de medidas e contrapesos, no qual embora independentes entre si, os poderes fiscalizam-se e regulamentam-se de forma que não há preponderância de um em razão de outro.

⁸⁵ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

Neste caso a prisão contra o crime de estado deverá ser de imediato comunicado ao Poder Judiciário, através do juiz competente, que fará a análise dos pressupostos de admissibilidade da prisão, ou seja, se a mesma não é ilegal.

Interessante notar aqui uma hipótese ocorrida. Embora o estado de defesa seja um estado de exceção e este pressuponha restrição de direitos, o Constituinte disciplinou os direitos passíveis de serem restringidos, não ali perfazendo a garantia constitucional do *habeas corpus*.

Assim poderia alguém preso em estado de exceção ser alvo de tal remédio constitucional?

Embora não tenha se obtido a resposta de forma direta na doutrina, vê-se que, o pressuposto de que, para que seja concedido *habeas corpus* é que alguém sofra ou se ache ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Mas como se mensuraria uma ilegalidade em um estado de exceção que pressupõe uma legalidade que lhe é própria? Ives Gandra Martins e Celso Ribeiro Bastos sugerem que

“a legalidade a que alude o dispositivo é a ‘legalidade da exceção’. Dentro dos limites legais em que atuará, o executor das medidas do estado de defesa poderá agir ilegalmente, predendo, por exemplo, pessoas suspeitas de terem-se reunido, sem que a reunião tenha efetivamente ocorrido. Nesse caso, poderá o juiz relaxar a prisão, se não houver prova de que infringiu, o preso, as determinações impostas pelo Presidente da República, ao decretar o estado de defesa.”⁸⁶

Logo se vê que, uma vez que a prisão deverá ser comunicada a autoridade judicial competente para que verifique se não trata-se de caso de ilegalidade, já previniu-se a constituição para evitar a prisão arbitrária.

⁸⁶ Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins. **Comentários à Constituição do Brasil**. V. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 43/44.

E sendo admitida o relaxamento desta no caso de ilegalidade, pressupõem-se que, “caso passe batido” pelo juiz competente, poderia o preso ser paciente em um “habeas corpus”..

Poderá ainda a pessoa alvo da prisão pelo executor da medida do estado de defesa requerer o exame de corpo de delito à autoridade policial. Claramente têm-se aqui novamente a idéia de proteção ao cidadão de arbitrariedades, vez que o exame serviria para constatar possíveis maus-tratos ou abusos de poder.

Observa-se ainda que a comunicação deve ser feita apenas ao juiz competente, não mencionando a família ou pessoa indicada pelo alvo da medida, ao contrário de uma prisão ocorrida fora do estado de defesa, em virtude do ordenamento do art. 5º, LXII, de nossa Constituição Federal⁸⁷, o que se presume que não ocorrerá.

ARTIGO 136, §3º, II, DA CRFB/88

Cita-se: “II – a comunicação será acompanhada de declaração, pela autoridade, do estado físico e mental do detido no momento da autuação”.

Mais uma vez verifica-se a tentativa de coibir o uso arbitrário da violência ou abuso da exceção.

No entanto há críticas na doutrina, que assim dizem:

“quando a autoridade remeter ao juiz a comunicação da prisão, deverá enviar, também declaração feita por ela (!) do estado físico e mental do detido no momento da autuação. Trata-se, evidentemente, de uma ingenuidade do constituinte, pois a autoridade sempre dirá que o detento está em plena forma física e mental. Aliás, quanto a esta, não sei sequer se ela terá condições de aferir. A declaração deveria ser subscrita por três médicos”⁸⁸

⁸⁷ “LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁸⁸ FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Comentários à Constituição de 1988**. v. 2. São Paulo: Editora Julex, 1989, p. 819.

A crítica reside na idéia de que, sendo a própria autoridade que realizou a prisão, caso esteja seja arbitrária omitirá ou mentir a respeito do estado físico e mental do preso, podendo citar como hipótese uma situação em que o preso se encontrava insano e tentou agredir as autoridades que efetuavam a diligência, ou até mesmo vir a relatar que seu estado físico já era de ferimentos, vindo a poder tornar inócua a disposição do inciso antecedente da possibilidade do exame de corpo de delito, vez que constataria-se que este teria agressões, no entanto a autoridade declararia que estas são anteriores a prisão.

Uma vez que o executor estaria incumbido de uma função pública, possuiria fé pública, logo presumir-se-ia verídicas suas afirmações, tornando dificultoso a defesa ou possíveis medidas futuras do preso.

Outrossim, reside a crítica na competência no sentido de possuir habilidades ou conhecimentos suficientes para dizer qual o estado físico ou mental do detido, visto que tais condições só poderiam ser aferidas de forma técnica por profissionais ligados a área.

ARTIGO 136, §3º, III, DA CRFB/88

Regulamenta: “III – a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário”.

Ainda no sentido de impedir abusos na execução da medida e no sentido de um Poder fiscalizando a atuação do outro, no caso do Judiciário sob o Executivo, vê-se que a prisão não poderá ser superior a dez dias, salvo autorização pelo Poder Judiciário.

No caso este inciso deve ser analisado em conjunto com o inciso I, vez que comunicada a prisão, o juiz competente verificará se a prisão não é ilegal caso em que a relaxará e sendo legítima como não poderá ser superior a

dez dias deverá convertê-la em medida legal, que seria conforme verificou-se em quase uníssono doutrinário a decretação da prisão preventiva⁸⁹.

Observa ainda a doutrina que o prazo de prisão no qual alguém pode ser mantido sem comunicação ao Poder Judiciário é razoável, vez que via de regra o estado de defesa perdura por trinta dias, logo equivale a 1/3 do período de exceção.

Novamente objetivando-se evitar a arbitrariedade e uso irregular do instituto de exceção⁹⁰.

Outrossim, deve valer a máxima constitucional trazida no art. 5º, LXI., que diz “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada pela autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Obviamente que transcorrido o prazo de dez dias e não comunicada a autoridade judicial competente, torna-se a prisão ilegal⁹¹.

Pode-se ainda traçar paralelo com o direito esculpido no art. 5º, LIV, que ninguém deverá ser preso sem o respectivo processo legal, bem como o inciso LIII, de mesmo artigo, que trata da não criação de juízo de exceção.

ARTIGO 136, §3º, IV, DA CRFB/88

Dispõe: “IV – é vedada a incomunicabilidade do preso”.

⁸⁹ Nesta idéia “a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário, porém tal autorização deverá ser feita mediante decretação de prisão preventiva” – FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. V. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 1992, p. 194. Também “A prisão ou detenção não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário. Mas, esta autorização será através de decretação da prisão preventiva”. FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Comentários à Constituição de 1988**. v. 2. São Paulo: Editora Julex, 1989, p.

⁹⁰ “É que, muitas vezes, a detenção pode ser determinada em função apenas de luta pelo poder, em que aquele que o exerce procura afastar seus acusadores ou pretendentes a seu lugar pela prisão ou detenção, com todas as conseqüências, inclusive psíquicas, que tal medida, possa acarretar. Um poder técnico e não político deve, pois, definir, além dos dez dias, se pode ou não continuar referida pessoa presa ou detida”. – Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 51/52.

⁹¹ Neste sentido “findo este prazo, torna-se ilegal a prisão sem ordem judicial, devendo ser libertado o detido” – FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. v. 3. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 62.

O último inciso do terceiro parágrafo cuida da vedação a incomunicabilidade do preso, garantindo por exemplo que este trave contato com sua família ou mesmo com seu advogado, visto ser direito constitucional a ampla defesa e contraditório⁹².

Encontra-se em um doutrinador uma crítica a este dispositivo, vez que no entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira filho “nas prisões decorrentes de execução de estado de defesa é vedada a incomunicabilidade do preso. O que não parece sábio, já que dificultaria a apuração de conspirações, etc.”⁹³

No entanto tal entendimento foi visto de forma isolada, uma vez que a vedação de incomunicabilidade visaria proteger direitos básicos, como por exemplo o já citado acompanhamento de defesa por advogado de forma plena, já que este deve poder conversar com seu patrono.

ARTIGO 136, §4º, DA CRFB/88

Transcreve-se:

§4º Decretado o estado de defesa ou sua prorrogação, o Presidente da República, dentro de vinte e quatro horas, submeterá o ato com a respectiva justificação ao Congresso Nacional, que decidirá por maioria absoluta.

Há novamente aqui a preocupação da Constituição, pelo já conhecido sistema de freios e contrapesos, de evitar arbitrariedades de um Poder, regulamentando que o Presidente da República deverá dentro de vinte e quatro horas submeter o decreto que instituiu o estado de defesa, bem como a justificativa de o que lhe motivou, ao Congresso Nacional.

⁹² “Art. 5º, LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. v. 3. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 62.

Assim, o que há é um controle posterior por parte do Poder Legislativo sobre o ato do Poder Executivo⁹⁴.

Ressalta-se que a competência para decretação do estado de defesa é do Chefe do Poder Executivo, sendo que a função de ratificação ou não do ato pelo Congresso Nacional uma forma de controle para tentar-se evitar o uso indevido do instituto.

Nota-se que a preocupação do constituinte foi tamanha que assinalou o prazo de vinte e quatro horas para o envio do ato e justificativas ao Congresso Nacional.

Neste sentido há o entendimento de que as vinte e quatro horas para começam a correr a partir da publicação do decreto⁹⁵, até mesmo porque só teria início de fato, após tal ato.

Traçando paralelo com outras disposições constitucionais, temos a regulamentação do art. 49, IV, que trata sobre as competências exclusivas do Congresso Nacional, do qual transcreve-se “IV – aprovar o estado de defesa (...)”.

Verifica-se também a importância do uso da terminologia aprovar, que, por exemplo, difere da terminologia utilizada no Estado de Sítio, autorizar, que será melhor analisada mais a frente.

Aprovar significa dizer que o ato realizado pelo Presidente da República, desde que cumprido os requisitos legais, começa a vigorar da data

⁹⁴ “Controle Político sobre a decretação. É posterior. Decretado o estado de defesa ou sua prorrogação, o Presidente da República, dentro de 24 horas, submeterá o ato com a respectiva justificativa ao Congresso Nacional, que somente aprovará a decretação por maioria absoluta e ambas as Casas Legislativas, editando o respectivo Decreto Legislativo (CF; Art. 49, IV). De visão contrária José Cretella Júnior entende que a natureza da decisão do Congresso Nacional trata-se de uma resolução, conforme se analisa no seguinte trecho “A autorização que o Presidente da República solicita e que o Congresso Nacional lhe dá para decretar o estado de sítio é da mesma natureza jurídica que o Parlamento lhe outorga em outras circunstâncias: ato administrativo material. Assim, a autorização que o Congresso Nacional dá ao Presidente da República – ou ao Vice-Presidente – para ausentar-se do país, igualmente é, o exercício de competência exclusiva, classificando-se a ‘resolução’, que é o instrumento adequado à autorização (...)” em CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários a Constituição de 1988**. v. 6. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, pág. 3379.

⁹⁵ “É de se entender que as vinte e quatro horas passam a correr do momento em que a decretação se deu, isto é, da publicidade do ato” - Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 59.

da sua publicação, sendo a análise feita pelo Congresso Nacional posterior ao ato, ou seja irá aceita-lo ou nega-lo, no entanto até o período em que foi negado ele foi vigente⁹⁶.

Ao contrário da autorização em que o Presidente da República para que possa decretar necessita que o Congresso aprove tal ato, logo anterior à decretação.

Outrossim, frisa-se a competência para aprovar o estado de defesa é do Congresso Nacional, e não das casas legislativas separadamente, o que importaria decidir que uma casa legislativa votaria e depois remeteria a outra⁹⁷.

Continuando a análise do dispositivo legal, verifica-se que o Congresso Nacional decidirá por maioria absoluta, ou seja, o *quorum* de aprovação deverá ser a metade de seus membros mais um, daí a importância de entender que a votação será do Congresso Nacional e não decisão em particular em cada uma das casas.

Assim o *quorum* em números para aprovação ou não do estado de defesa é de 298 , soma dos membros do Senado e da Câmara dos Deputados ($513 + 81 = 594 / 2 = 297 + 1 = 298$)

De forma igual vemos que a decisão de prorrogação, ouvidos os Conselhos de Defesa Nacional e da República cabe ao Presidente da República, que deverá enviar novamente em mesmo prazo e com justificativas ao Congresso Nacional para que aprove ou não o ato.

⁹⁶ “o decreto que introduz o estado de defesa é ato composto, produzindo efeitos desde sua vigência, embora necessite de homologação para sua manutenção. A rejeição pelo Congresso opera ‘ex nunc’, significando que os atos até então produzidos são válidos e eficazes.” – SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 787.

⁹⁷ “Nessa sessão as duas casas legislativas agem como se fossem uma casa só, de tal forma que os votos de senadores e deputados devem ser contados como de parlamentares, visto que a maioria absoluta será obtida pela soma dos votos, independentemente da casa da qual o parlamentar saiu. Dessa forma, não há o risco de a maioria dos deputados ser favorável à decretação do estado de defesa, mas impossibilitada sua aprovação, porque, no Senado, a maioria absoluta não tenha sido obtida. Nessa matéria, perdemos, pois, os congressistas, sua origem parlamentar e ganham a dimensão maior de representantes do povo no Congresso, sendo, para tais efeitos, todos os parlamentar e iguais em importância e decisão.” - Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 61.

ARTIGO 136, §5º, DA CRFB/88

Assim determina: “§5º Se o Congresso Nacional estiver em recesso, será convocado, extraordinariamente, no prazo de cinco dias”.

Prosseguindo com a idéia de urgência vemos que, no caso de recesso, o Congresso Nacional será convocado para reunir-se no prazo de cinco dias.

Algumas considerações devem ser feitas. Inicialmente a competência para convocação extraordinária do Congresso Nacional é do Presidente do Senado Federal conforme art. 57, §6º, I,⁹⁸ de nossa Constituição.

O Congresso Nacional reúne-se anualmente nas datas de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro. Portanto fora destas datas está o mesmo em recesso, surgindo a necessidade da convocação extraordinária.

Encontrou-se crítica interessante em Ives Gandra e Ribeiro Bastos, no que diz respeito a seguinte indagação, estaria o Congresso Nacional obrigado a reunir-se no prazo de cinco dias ou até cinco dias?

No entendimento de aludidos doutrinadores entendem que a expressão deve ser entendida como em “até cinco dias”. Isto, pois, tratando-se de estado excepcional que o é, o quanto mais célere for a reunião do Congresso Nacional melhor o será, em visa da urgência que é inerente ao estado de defesa.

Pondera que o prazo de cinco dias foi dado vez que é notório a dificuldade em conseguir contatar e mesmo reunir todos os membros de forma rápida, sendo o prazo de cinco dias razoável para isso, no entanto afirma que o prazo seria o teto, se puder o Congresso Nacional ser antes convocado assim o deveria.

⁹⁸ “§6º A convocação extraordinária do Congresso Nacional far-se-á: I – pelo Presidente do Senado Federal, em caso de decretação de estado de defesa ou de intervenção federal, de pedido de autorização para a decretação do estado de sítio (...)”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

Cita-se aqui aquela velha máxima do direito “quem pode o mais, pode o menos”, portanto se o Congresso Nacional tem por força constitucional que se reunir em cinco dias, poderia o ser em menos.

ARTIGO 136, §6º, DA CRFB/88

Dispõe: “§6º O Congresso Nacional apreciará o decreto dentro de dez dias contados de seu recebimento, devendo continuar funcionando enquanto vigorar o estado de defesa.”

Nossa Carta Magna estipula o prazo máximo de dez dias a contar do recebimento para que o Congresso Nacional delibere sobre a aceitação ou não do estado de defesa.

Surge uma dúvida referente a quando iniciar a contagem deste recebimento? Por recebimento, primeiramente, entende-se a recepção da comunicação feita pelo Presidente da República da decretação do estado de defesa, no prazo de vinte e quatro horas, para aceitação ou não do Congresso Nacional.

Estando o Congresso Nacional em pleno funcionamento não há dúvidas, recebida a comunicação, tem até dez dias para a deliberação, podendo obviamente fazê-la em menos tempo.

No entanto caso se encontre em recesso? Recorrendo mais uma vez ao parecer de Ives Gandra e Celso Ribeiro Bastos, este entende que o prazo contaria a partir do recebimento da comunicação presidencial, independentemente do Congresso estar em recesso ou não.

Em suas palavras:

“Parece-me que a melhor exegese do dispositivo leva a um prazo de dez dias, esteja ou não, o Congresso, em recesso, visto que o texto fala claramente em ‘contados de seu recebimento’, o que vale dizer, não se refere à especial situação do recesso parlamentar. Em recesso, convocado o Congresso, terão os parlamentares menos tempo para

deliberar, mas, em função da gravidade da decretação, devem decidir, utilizando-se de todas suas aptidões, no prazo estatuído.⁹⁹

Este entendimento reforça a idéia de que o prazo citado no parágrafo §5º é de até cinco dias, o que equivale a dizer que estando em recesso o Congresso deverá se reunir em cinco dias, sendo que a partir do recebimento da comunicação do Presidente da República, feita em vinte quatro horas, já começa a correr tanto o prazo de cinco dias para que o Congresso Nacional se reúna, como o de dez dias para que delibere. Sua demora na convocação implicará apenas na redução do tempo para poder deliberar.

Além disso parece razoável tal entendimento, já que caso os dez dias contassem da reunião do Congresso Nacional e este possui cinco dias para se reunir, possível transcorrerem quinze dias, ou seja ½ do período destinado ao estado durar, sendo notável que a fixação de prazos exíguos foi um cuidado da Constituição em face o caráter de crise da medida.

O final do parágrafo diz respeito a necessidade de manutenção de funcionamento do Congresso Nacional enquanto perdurar o estado de defesa.

Obviamente só verificará sua necessidade no já citado caso de recesso, e traz a idéia de responsabilidade solidária, vez que aprovado o decreto presidencial, o Congresso Nacional também convalida com a medida, devendo despende auxílio se necessário.

ARTIGO 136, §7º, DA CRFB/88

Determina: §7º Rejeitado o decreto, cessa imediatamente o estado de defesa.

O dispositivo visa apenas consagrar o já apresentado, deliberando o Congresso Nacional desfavoravelmente ao estado de defesa, este cessa seus efeitos de forma imediata.

⁹⁹ Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 68.

Uma pergunta pode surgir com referência aos efeitos até praticados?

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho “decorre deste parágrafo que a desaprovação do decreto institutivo do estado de defesa faz cessarem seus efeitos ‘ex nunc’, sendo legítimos, em conseqüência, os atos até então praticados com fundamento nele”.¹⁰⁰

Conforme bem ressalta Ives Gandra Martins e Celso Ribeiro Bastos a possibilidade do estado de defesa perdurar por tempo considerável e produzir efeitos existe, vez que teria o Congresso Nacional o prazo de até dez dias para aprova-lo ou não, ou seja poderia o estado excepcional perdurar por pelo menos 1/3 do tempo que lhe é cabido

Sem se olvidar da responsabilidade civil do Estado ou mesmo de seus agentes pelos atos praticados, o entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho possui o fundamento na idéia de que, o Presidente da República possui a competência para decretar o estado de defesa, independentemente de prévia consulta ao Congresso Nacional¹⁰¹, e o §7º do art. 136, afirma que cessará imediatamente os efeitos no caso de rejeitado o decreto, portanto até então o ato presidencial seria válido, logo prudente que os efeitos de sua cessação se iniciem a partir de sua rejeição, que é o que lhe deu origem.

CONCLUSÃO

Como se pôde analisar o Estado de Defesa trata-se de uma previsão constitucional a situações de crise em que o Estado não poderia, por seus meios normais, fazer cessar.

¹⁰⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. v. 3. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 63.

¹⁰¹ Ressalta-se aqui, novamente, a importância do uso da terminologia aceitar o estado de defesa, empregada no Art. 49, IV, da CFRB/88.

Viu-se que a própria constituição admite, em determinadas circunstâncias e sobre determinadas justificativas a restrição de alguns direitos individuais em prol de um interesse maior, no caso a coletividade, representada pela própria paz social ou até mesmo pela existência do Ente Estatal que em tese se criou para servir à aquela.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20 Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 5 Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 Ed. Coimbra: Almedina, 2005.

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

CENEVIVA, Walter. **Direito Constitucional Brasileiro**. 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários a Constituição de 1988**. v. 6. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

DA SILVA, Fernando Carlos Santos. **Aspectos legais do emprego do exército na garantia da lei e da ordem**. 2008. Disponível em

<http://www.ambitoJuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1179>. Acessado em 12 de maio de 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19 Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. v. 3. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 32 Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. v. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 1992.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Comentários à Constituição de 1988**. v. 2. São Paulo: Editora Julex, 1989.

FRIEDE, Reis. **Curso Analítico de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado**. 4 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GARCIA, José Carlos Cal. **Linhas mestras da Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

IBGE, http://www.ibge.gov.br/home/geociencias/cartografia/default_territ_area.shtm acessado em 28 de Julho de 2008.

Instituto Nacional de Estatística – INE - http://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_indicadores&indOcorrCod=000352&contexto=pi&selTab=tab0, acessado em 28 de Julho de 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 5 Ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1997.

LUFT, Celso Pedro. **Mini Dicionário Luft**. 20 Ed. São Paulo: Editora Ática, 2000.

MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 5. São Paulo: Saraiva, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19 Ed. São Paulo: Malheiro Editores, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 6. Ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Malheiros, 1995.

MIGUEL, Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. 2 Ed. São Paulo: Atlas, 1991, pág 246.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19 Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2006.

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. **O Estado de Emergência**. 3 Ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 198.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: RT, 1989.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

VILLALON, Pedro Cruz. **Estados Excepcionales y Suspensión de Garantías**. 4 ed . Madrid: Editorial Tecnos, 1984.