

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira

**O Sistema Constitucional das Crises na Constituição da
República Federativa do Brasil de 1988: limites e
controle**

DOUTORADO EM DIREITO



100183780

PUC-SP Campus Perdizes

**SÃO PAULO
2008**

CAPÍTULO 5: ESTADO DE DEFESA E ESTADO DE SÍTI

Após a abordagem acerca das normas gerais sobre estado de exceção na Constituição de 1988, trataremos das especificidades de cada uma das medidas do Sistema Constitucional das Crises, dentre elas o conceito, as espécies, os pressupostos, o procedimento e os efeitos. Abordaremos, outrossim, as imunidades na vigência do estado de sítio e as diferenças entre estado de defesa e estado de sítio.

5.1 Estado de defesa

5.1.1 Conceito

O estado de defesa consiste em medida excepcional decretada pelo Presidente da República, após manifestação do Conselho de Defesa e do Conselho da República, 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. Após a sua decretação, o Presidente da República submeterá o ato declaratório, devidamente justificado, ao Congresso, que o apreciará, por maioria absoluta, nos termos do artigo 136, parágrafo 4.º, da Constituição Federal⁸⁷⁶, podendo suspendê-lo (artigo 49, IV, da Constituição Federal⁸⁷⁷), consoante verificado no tópico atinente ao controle político.

Trata-se de medida excepcional que visa à defesa da ordem pública e da paz social, somente empregada, consoante vimos alhures, quando os instrumentos ordinários não se demonstrarem eficazes para a solução da crise.

⁸⁷⁶ Constituição Federal de 1988, Art. 136, § 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".

⁸⁷⁷ Constituição Federal de 1988, Art. 49: "É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) IV – aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas".

Sua decretação acarreta a possibilidade da restrição de direitos fundamentais expressamente autorizados pela Lei Maior, conforme verificaremos no tópico referente aos seus efeitos.

5.1.2 Espécies

Temos na Constituição vigente duas modalidades de estado de defesa, quanto à finalidade: preventivo e repressivo. O primeiro é decretado buscando preservar a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza, enquanto o segundo é declarado visando prontamente restabelecer quaisquer destas hipóteses. Tal classificação não tem repercussão prática, razão pela qual não aprofundaremos a abordagem da mesma.

5.1.3 Pressupostos

A Constituição Federal, no artigo 136, arrola como pressupostos para a decretação do estado de defesa as seguintes situações que ameacem a paz social ou a ordem pública:

(i) existência de grave e iminente instabilidade institucional: caracterizada por situações internas ou intestinas, das mais diversas; e

(ii) manifestação de calamidade de grandes proporções na natureza, dentre as quais podemos citar terremotos, ciclones, tornados, furacões, maremotos, inundações e secas prolongadas⁸⁷⁸, entre outras. São situações nas quais o estado de defesa funciona como "instrumento de emergência, desvinculado de ameaça política"⁸⁷⁹.

⁸⁷⁸ Compete à União planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações (artigo 21, XVIII, da Constituição Federal).

⁸⁷⁹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso...*, p. 343.

Ambas as situações deverão acarretar repercussões graves que não sejam aptas a serem solucionadas pelos meios ordinários, consoante exige o critério da subsidiariedade, anteriormente estudado.

5.1.4 Procedimento

A decretação do estado de defesa é realizada por meio de um procedimento complexo que pode ser dividido nas seguintes fases:

(i) consultas formuladas pelo Presidente da República aos Conselhos da República e de Defesa Nacional⁸⁸⁰, que poderão ser encetadas simultaneamente, já que ambas são meramente opinativas. Entretanto, são obrigatórias, sob pena de nulidade da decretação, diante da inconstitucionalidade;

(ii) decretação do estado de defesa pelo Presidente da República após recebimento das respostas às consultas, devidamente motivada. Embora as manifestações dos Conselhos da República e de Defesa Nacional não tenham caráter vinculante, o princípio da motivação⁸⁸¹ impõe que o Presidente externe, no ato declaratório do estado de defesa, os motivos pelos quais acolheu ou não as manifestações opinativas dos Conselhos, fundamentando suas afirmativas, sob pena de nulidade.

No decreto será nomeado o executor da medida. Embora o artigo 136, *caput*, não o preveja expressamente, o artigo 136, parágrafo 3.º, I, dispõe acerca de sua atuação⁸⁸². O executor poderá ser qualquer pessoa a critério

⁸⁸⁰ Constituição Federal de 1988, 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".

⁸⁸¹ Anteriormente estudado.

⁸⁸² Constituição Federal de 1988, Art. 136, § 3.º: "Na vigência do estado de defesa: 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".

do Presidente da República, ressalvados aqueles agentes que estejam em situação de vedação constitucional ou legal⁸⁸³.

Entendemos que o decreto instituidor do estado de defesa constitui ato político, já que no exercício de competência outorgada diretamente pela Lei Maior, de forma que o Presidente da República não está obrigado a decretá-lo, tratando-se de faculdade⁸⁸⁴. Contudo, é passível de controle pelo Poder Legislativo, diante de previsão constitucional expressa, consagrando o sistema de freios e contrapesos. Da mesma forma, cabível controle pelo Poder Judiciário⁸⁸⁵, consoante discorremos no capítulo anterior.

O decreto deverá conter necessariamente (artigo 136, parágrafo 1.º, da Constituição Federal): (a) motivos de fato e de direito que ensejaram a decretação; (b) tempo de duração; (c) especificação das áreas atingidas; e (d) a enumeração de todas as medidas coercitivas em vigência⁸⁸⁶. Tal decreto, ao prever tais matérias, caracteriza-se como ato normativo autônomo, isto é, verdadeira norma primária que inova no ordenamento jurídico, regulamentando diretamente norma constitucional⁸⁸⁷, devidamente autorizado pelo artigo 136, parágrafo 1.º, da Constituição Federal e sujeito ao controle pelo Congresso Nacional;

(iii) envio pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas a partir da decretação, com a respectiva justificação; e

(iv) reunião do Congresso, que em caso de recesso será convocado extraordinariamente no prazo de cinco dias, para apreciação, mediante o *quorum* de maioria absoluta tanto para aprovação como para

⁸⁸³ Como, por exemplo, os membros do Judiciário (artigo 95, parágrafo único, I, da Constituição Federal), Legislativo (artigo 54, I, "b", da Constituição Federal) e Ministério Público (artigo 128, § 5.º, II, "d", da Constituição Federal).

⁸⁸⁴ Nesse sentido José Afonso da Silva, *Aplicabilidade...*, p. 200.

⁸⁸⁵ José Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 200.

⁸⁸⁶ Consoante verificamos no capítulo anterior.

⁸⁸⁷ Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma: "Do ato inicial, todavia, ainda derivam outros atos que podem ser ditos primários, porque são os que, em sua eficácia, aparecem como o primeiro nível dos atos derivados da Constituição. Caracterizam-se por serem atos só fundados na Constituição", *Do processo legislativo*, p. 198-199.

rejeição, operando efeitos imediatamente (artigo 136, parágrafo 7.º, da Constituição Federal⁸⁸⁸). Em ambas as situações a deliberação do Congresso será externada via Decreto Legislativo, já que a matéria está sujeita à sua competência exclusiva, nos termos do artigo 49, IV, da Constituição Federal⁸⁸⁹. A apreciação levará em consideração a compatibilidade com a Constituição e com o interesse público, ou seja, se há controle repressivo de constitucionalidade e de acordo com critérios políticos⁸⁹⁰, já que o decreto produziu efeitos desde a sua edição.

Não temos dúvidas sobre a realização do controle de constitucionalidade repressivo na apreciação do decreto instituidor do estado de defesa, considerando que o Congresso apreciará, tal como o faz na apreciação da medida provisória, a compatibilidade do decreto com as normas constitucionais, avaliando se estão presentes os pressupostos e se os demais requisitos⁸⁹¹ foram atendidos.

A rejeição pelo Congresso do decreto por inconstitucionalidade não surtirá efeitos retroativos, diante de previsão constitucional expressa (artigo 136, parágrafo 7.º, da Constituição Federal), cabendo ao interessado provocar o Judiciário para apreciação da questão. Da mesma forma, o controle político só produzirá efeitos não retroativos, cassando imediatamente o estado de defesa.

A apreciação deverá ser efetuada dentro de dez dias do recebimento da comunicação do Presidente da República, funcionando o Congresso ininterruptamente durante a vigência da medida. Mas qual a consequência da inobservância desse prazo?

A Constituição não previu a consequência do descumprimento de tal prazo. Entendemos que não é possível admitir a

⁸⁸⁸ Constituição Federal de 1988, Art. 136, § 7.º: "Rejeitado o decreto, cessa imediatamente o estado de defesa".

⁸⁸⁹ Sobre Decreto Legislativo, vide André Ramos Tavares, *Curso...*, p. 946.

⁸⁹⁰ Apreciando a conveniência, oportunidade e equidade.

⁸⁹¹ Anteriormente estudados, quais sejam: (i) motivos de fato e de direito que ensejaram a decretação; (ii) tempo de duração; (iii) especificação das áreas atingidas; e (iv) medidas coercitivas em vigência, com enumeração de todas elas.

revogação ou aprovação tácita do estado de defesa, diante da inexistência de norma constitucional autorizadora, pois a sanção tácita dentro do processo legislativo ordinário decorre de previsão expressa⁸⁹². Igualmente, entendemos que não há suspensão da pauta do Congresso, tal como ocorre na medida provisória não apreciada nos 45 (quarenta e cinco) dias após a publicação (artigo 62, parágrafo 6.º, da Constituição Federal⁸⁹³), pelo mesmo fundamento. A nosso ver, a melhor solução é que tal problema seja resolvido via Emenda Constitucional, prevendo como consequência da não observância do prazo⁸⁹⁴ o sobrestamento de todas as demais deliberações do Congresso e inclusão obrigatória da deliberação em testilha como prioritária.

Neste momento surge uma questão interessante: a Constituição permite que o Presidente da República revogue o decreto do estado de defesa antes da apreciação pelo Congresso Nacional?

Entendemos que a resposta é afirmativa: o Chefe do Executivo poderá revogar o decreto porque desapareceram os pressupostos constitucionais, ou seja, entendeu que não persiste a crise, antes da apreciação pelo Congresso Nacional no prazo estabelecido pela Constituição. Caso não o fizesse, estaria aquiescendo à prática de atos de exceção sem fundamento constitucional, incorrendo em crime de responsabilidade (artigo 85 da Constituição Federal⁸⁹⁵). Todavia, tal revogação não impede a apreciação pelo Congresso, no exercício do controle político, considerando que a Constituição prevê de forma ampla que compete ao Congresso aprovar o estado de defesa

⁸⁹² A sanção tácita no processo constitucional de formação de leis encontra previsão expressa no Art. 66, § 3.º: "Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção".

⁸⁹³ Transcrito abaixo.

⁸⁹⁴ Embora não diga respeito ao tema do nosso trabalho, vale lembrar que a Constituição Federal, da mesma forma, é omissa quanto à consequência da inobservância do prazo de 45 dias para apreciação pela Casa legislativa do pedido de sustação de processo em que figura como réu parlamentar, Art. 53, § 4.º: "O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora". Da mesma forma, Emenda Constitucional resolveria tal omissão prevendo sanção para o descumprimento do prazo constitucional.

⁸⁹⁵ Constituição Federal de 1988, Art. 85: "São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal".

(artigo 49, IV, da Constituição Federal⁸⁹⁶), sob pena de o Presidente se valer de tal manobra para evitar o controle político posterior, frustrando o sistema de freios e contrapesos. Ocorrendo tal situação, deverá prestar contas dos atos praticados, nos termos do artigo 141, parágrafo único, da Constituição Federal, já comentado.

Deve ser questionado como se opera a declaração da cessação do estado de defesa por desaparecimento dos pressupostos, após a aprovação da declaração pelo Congresso, já que o término em virtude do decurso do prazo não comporta dúvidas, operando automaticamente.

Recomendável que o Presidente da República edite novo decreto revogando o estado de defesa, submetendo-o ao Congresso. Caso não o faça, o Parlamento tem poderes para suspender o estado de defesa por iniciativa própria, nos termos do artigo 49, VI, da Constituição Federal⁸⁹⁷.

5.1.5 Efeitos

Os efeitos da declaração do estado de defesa constituem tema deveras importante, já que acarretam a alteração do regime da normalidade e podem ser divididos em:

(i) *materiais*: consistem na imposição de medidas restritivas de direitos e garantias fundamentais expressamente arroladas no Texto Supremo, que serão objeto de item próprio;

(ii) *organizatórios*: são efeitos que acarretam na organização das atribuições constitucionais, como a vedação da aprovação de Emenda Constitucional, a nomeação do executor da medida e a possibilidade de ocupação, criação da comissão fiscalizatória do Congresso⁸⁹⁸ (artigo 140 da

⁸⁹⁶ Constituição Federal de 1988, Art. 49: "É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) IV - aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas".

⁸⁹⁷ Acima transcrito.

⁸⁹⁸ Temas estudados no capítulo anterior.

Constituição Federal) e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, com posterior responsabilidade da União pelos danos e custos decorrentes⁸⁹⁹.

Considerando que os organizatórios já foram objeto de estudo no capítulo anterior, trataremos dos efeitos materiais.

5.1.5.1 Efeitos materiais

Os efeitos materiais do estado de defesa são as restrições de direitos e garantias fundamentais, que representam um dos temas mais importantes dentro do estudo das medidas de exceção.

Antes da apreciação de cada uma das medidas autorizadas, convém observar, a título introdutório, que a Constituição Federal prevê no parágrafo 1.º do artigo 136 medidas coercitivas que poderão vigorar no estado de defesa, arrolando algumas delas. No parágrafo 3.º do mesmo artigo estão previstas limitações ao exercício da execução de medidas privativas de liberdade e, outrossim, há uma restrição ao direito de liberdade, na previsão da prisão determinada pelo executor da medida (artigo 136, parágrafo 3.º, I, da Constituição Federal).

Não se pode olvidar que cessado o estado de defesa termina a possibilidade de aplicação ou permanência das medidas restritivas automaticamente, sem qualquer declaração.

Nos termos do artigo 136, parágrafos 1.º e 3.º, da Constituição Federal, poderão vigorar no estado de defesa restrições aos direitos de:

(i) *reunião, ainda que exercida no seio das associações*: tal direito somente poderá ser restringido caso tenha potencialidade de interferir em

⁸⁹⁹ Constituição Federal de 1988, Art. 136, § 1.º, II: "ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes".

prejuízo da ordem pública ou da paz social, ainda que dentro das associações. A regra é que reuniões com fins pacíficos e lícitos devem ser respeitadas, como, por exemplo, uma reunião de senhoras idosas para fins religiosos ou uma reunião de estudantes para discussão acadêmica, que não afetem a ordem pública e a paz social, entre outras situações. Os direitos de reunião e de associação estão ligados à liberdade de expressão e ao regime democrático⁹⁰⁰.

Ao incluir a expressão reunião "exercida no seio das associações" na redação do inciso em comento, evitou o constituinte originário que o direito fundamental de associação fosse empregado para evitar dissolução de reuniões encetadas no interior destas, como decorrência do exercício deste último direito. Merece ser ressaltado que o direito à associação não é afetado pelo estado de defesa, apenas as reuniões realizadas naquele âmbito. Não admite a Constituição qualquer restrição ao direito de reunião exercido pelos membros do Congresso Nacional, que permanecerá em atividade⁹⁰¹. Da mesma forma do Poder Judiciário, sob pena de afronta ao princípio da separação de funções.

Discordamos de Nagib Slaibi Filho quando afirma que o direito de reunião em locais fechados ao público fica mantido durante a medida excepcional; considerando que a Constituição não restringe, não poderá o intérprete restringir⁹⁰², ou seja, estas reuniões poderão ser restringidas;

(ii) *sigilo de correspondência*: é ampla a previsão da possibilidade de restrição ao direito à inviolabilidade do sigilo de correspondência⁹⁰³, abrangendo-a em todas as suas formas, inclusive as correspondências eletrônicas, tão utilizadas hodiernamente.

⁹⁰⁰ José Celso de Mello Filho afirma que a liberdade de reunião pode ser vista como "instrumento da livre manifestação do pensamento, aí incluído o direito de protestar". O direito constitucional de reunião, *Justitia*, v. 98, p. 163.

⁹⁰¹ Constituição Federal de 1988, Art. 138, § 3.º: "O Congresso Nacional permanecerá em funcionamento até o término das medidas coercitivas".

⁹⁰² Vale repetir a lição de Carlos Maximiliano: "quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente", *Hermenêutica...*, 1961, p. 306-307.

⁹⁰³ Convém lembrar que o Supremo Tribunal Federal entendeu que norma infraconstitucional pode restringir validamente o sigilo de correspondência, autorizando o acesso à mesma, sem o consentimento dos titulares, inclusive sem ordem judicial: "A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública,

A Constituição dispõe que apenas o sigilo de correspondência é afetado; não há censura de correspondência⁹⁰⁴ autorizada pelo Texto Supremo, e que é condenável (artigos 5.º, XII, e 220 e parágrafo 2.º, da Constituição Federal⁹⁰⁵) e passível de controle jurisdicional, sem prejuízo da indenização cabível;

(iii) *sigilo de comunicação telegráfica e telefônica*: esta exceção ao sigilo das comunicações permite acesso ao conteúdo destas sem ordem judicial, consistindo exceção à regra de que o sigilo das comunicações telefônicas é matéria sujeita à cláusula de reserva jurisdicional⁹⁰⁶, nos termos do artigo 5.º, XII⁹⁰⁷, da Constituição;

(iv) *liberdade de ir e vir, na prisão decretada pelo executor da medida por crime contra o Estado*: a regra prevista na Constituição quanto à prisão é que somente autoridade judiciária poderá decretá-la. Excepcionalmente, admite-se prisão por autoridade administrativa, nas hipóteses de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (artigo 5.º, LXI⁹⁰⁸, do

de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas", STF, HC 70.814, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1.º.03.1994, DJ 24.06.1994.

⁹⁰⁴ Em sentido contrário, sustentando a possibilidade de censura da correspondência que puder efetivamente atrapalhar o regime de normalidade, vide Vidal Serrano Nunes Júnior e Fernanda Barreto Miranda, Sistema constitucional de crises, in *Estudos de direito constitucional: homenagem à professora Maria Garcia*, organizadores Lauro Luiz Gomes Ribeiro, Luciana Andrea Accorsi Berardi, p. 519.

⁹⁰⁵ Constituição Federal de 1988, Art. 5.º, IX: "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença"; Art. 220: "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição (...) § 2.º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística".

⁹⁰⁶ O princípio da reserva constitucional de jurisdição: "Importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive aqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de 'poderes de investigação próprios das autoridades judiciais'", STF, Ministro Celso de Mello, MS 23.452-RJ. Canotilho denomina o princípio da reserva absoluta de jurisdição de "monopólio da primeira palavra", aplicável "quando, em certos litígios, compete ao juiz não só a última e decisiva palavra mas também a primeira palavra referente à definição do direito aplicável a certas relações jurídicas", op. cit., p. 653.

⁹⁰⁷ Constituição Federal de 1988, Art. 5.º, XII: "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".

⁹⁰⁸ Constituição Federal de 1988, Art. 5.º, LXI: "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei".

Texto Supremo), flagrante delito (qualquer do povo, nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal⁹⁰⁹) e, ainda, durante estados de defesa e de sítio. Em todas essas exceções há possibilidade de controle jurisdicional⁹¹⁰; isto é, provocado, o Judiciário detém o "monopólio da última palavra"⁹¹¹, mas não o da primeira palavra.

A Lei Maior impõe restrições à prisão sem ordem judicial no estado de defesa:

(a) somente é cabível por crime contra o Estado: definido em lei, diante do princípio da reserva legal em matéria penal (artigo 5.º, XXXIX, da Constituição Federal⁹¹²), que não é afastado, consoante afirmamos no capítulo anterior. Quanto ao conceito, crime contra o Estado:

"é todo atentado contra a soberania do Estado, sua estrutura orgânica, a ordem política e social e sua forma de governo, bem como contra a vida, a incolumidade e a liberdade do chefe de Estado e autoridades civis e militares integrantes dos poderes públicos"⁹¹³.

Nagib Slaibi Filho aponta como crimes contra o Estado os tipos penais do Título XI do Código Penal, artigos 312 a 359, e os delitos contra a Segurança Nacional⁹¹⁴, sem prejuízo de outros serem definidos por lei;

(b) a comunicação da prisão deverá ser acompanhada de declaração, pela autoridade, do estado físico e mental do detido no momento de sua prisão (artigo 137, parágrafo 3.º, II, da Constituição Federal): trata-se de cautela do legislador constituinte digna de aplausos, visando evitar abusos e preservar a integridade física dos custodiados;

⁹⁰⁹ Código de Processo Penal, Art. 301: "Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito".

⁹¹⁰ Vide, no capítulo 4, item 4.1.9 Controle judicial.

⁹¹¹ Sobre o monopólio da última palavra, vide Canotilho, op. cit., p. 652.

⁹¹² Constituição Federal de 1988, Art. 5.º, XXXIX: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

⁹¹³ *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 21, p. 316.

⁹¹⁴ Op. cit., p. 790.

(c) a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias (artigo 136, parágrafo 3.º, III, da Constituição); e

(d) é vedada a incomunicabilidade do preso (artigo 136, parágrafo 3.º, VI, da Constituição), sendo aplicável o direito de comunicação a pessoa por ele indicada, sem prejuízo da assistência do advogado e da família (artigo 5.º, LXII e LXIII, da Constituição⁹¹⁵).

(v) *ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública* (artigo 137, parágrafo 1.º, II, da Constituição Federal⁹¹⁶): somente constituirá restrição a direito fundamental na hipótese de serviço público prestado por particular, com a possibilidade de indenização ulterior, tanto pelo dano como pelos custos, não na hipótese de ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos dos entes federativos.

Ives Gandra da Silva Martins afirma que a ocupação abrange qualquer espécie de bens, inclusive particulares, já que o adjetivo “públicos” vincula-se a serviços, mas não restringe bens. No mesmo sentido é a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que critica a redação. Discordamos de ambos os doutrinadores, já que quanto aos bens particulares aplicável a requisição⁹¹⁷, prevista no artigo 5.º, XXV, da Constituição Federal⁹¹⁸. Ademais, o artigo 137, parágrafo 1.º, II, da Constituição Federal comporta interpretação restritiva, uma vez que não pode o intérprete ampliar o sentido da norma restritiva de direitos fundamentais⁹¹⁹.

⁹¹⁵ Constituição Federal de 1988, Art. 5.º, 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; LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

⁹¹⁶ Constituição Federal de 1988, Art. 137, § 1.º, II: “ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes”.

⁹¹⁷ Adotamos a terminologia empregada por Gilmar Mendes, Paulo Gonet e Inocêncio Mártires, op. cit., p. 441, e Maria Sylvania Zanella Di Pietro, op. cit., p. 148.

⁹¹⁸ Constituição Federal de 1988, Art. 5.º, XXV: “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”. Nesse sentido: José Cretella Júnior, *Comentários à Constituição de 1988*, v. VI, p. 3360.

⁹¹⁹ Convém reiterar que “interpretam-se estritamente as disposições que limitam a liberdade, tomada esta palavra em qualquer de suas acepções”, Carlos Maximiliano, op. cit., p. 231.

Imprescindível na aplicação das normas que prevêem as restrições o emprego da proporcionalidade, da razoabilidade e a proibição do excesso, evitando-se o arbítrio⁹²⁰ condenado pela Lei Maior, sob pena de irremissível nulidade. Logicamente que no estado de defesa decretado diante de calamidades de grandes proporções na natureza⁹²¹ não se justifica a restrição ao direito de reunião, elementar para discussão entre os membros da população sobre as medidas cabíveis. Igualmente, na mesma situação, o sigilo das comunicações, uma vez violado, em nada contribuirá para a solução da crise. Tais situações representam afronta à Lei Maior diante da ausência de necessidade, com inevitável afronta à proporcionalidade.

Não podemos deixar de reiterar o que dissemos alhures: no ato declaratório do estado de defesa deverá constar expressamente a delimitação exaustiva dos direitos e garantias restringidos acima arrolados, diante de previsão constitucional expressa⁹²² e, outrossim, como exigência do princípio da segurança jurídica postulado do Estado de Direito.

As informações obtidas pelo executor da medida, e seus agentes, no acesso a correspondência e comunicação telegráfica e telefônica, deverão ser guardadas sob sigilo, isto é, não devem ser divulgadas, sob pena de violação aos direitos de privacidade e intimidade dos titulares das informações, cabível indenização em caso de descumprimento do dever de sigilo, sem prejuízo de eventual responsabilização penal⁹²³ e administrativa⁹²⁴.

⁹²⁰ Discordamos de Ives Gandra Martins quando afirma que a quebra do sigilo de correspondência possa ser arbitrária, já que aplicáveis os critérios da proporcionalidade, razoabilidade e proibição do excesso para controle dos atos praticados, consoante verificamos no capítulo anterior, Ives Gandra Martins e Celso Bastos, op. cit., v. 5, p. 23.

⁹²¹ Como maremoto, terremoto ou enchente.

⁹²² Constituição Federal de 1988, Art. 136, § 1.º: “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: (...)”.

⁹²³ Código Penal, Art. 154: “Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa”. Código Penal: “Violação de sigilo funcional, Art. 325. Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave”.

⁹²⁴ Sobre os servidores da União, dispõe o artigo 116 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990: “São deveres do servidor: (...) VIII – guardar sigilo sobre assunto da repartição”.

5.2 Estado de sítio

5.2.1 Conceito

O estado de sítio consiste em medida excepcional, temporária, decretada pelo Presidente da República, após autorização do Congresso Nacional⁹²⁵, nas hipóteses de: (i) comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; ou (ii) declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira. Sua decretação acarreta a possibilidade da restrição de direitos e garantias fundamentais, conforme verificaremos oportunamente.

5.2.2 Espécies

Assim como o estado de defesa, o estado de sítio também pode ser repressivo ou preventivo.

A Lei Maior previu o estado de sítio repressivo nas hipóteses de: “comoção grave”, “declaração de guerra”, “resposta a agressão armada estrangeira” e ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa repressivo.

Há estado de sítio preventivo na hipótese de ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa preventivo⁹²⁶. Trata-se da única modalidade de estado de sítio preventivo admitida pelo ordenamento constitucional. Caso exista necessidade da preservação da ordem em razão de comoção grave de repercussão nacional ou

⁹²⁵ O Presidente da República, após manifestação do Conselho de Defesa e do Conselho da República, provoca manifestação do Congresso que autoriza ou não a decretação; posteriormente, o Chefe do Executivo decide, conforme verificaremos adiante no tópico referente ao procedimento.

⁹²⁶ Estado de defesa para preservar a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza, consoante artigo 136, *caput*, da Constituição Federal.

declaração de guerra ou agressão armada estrangeira, cabível a decretação de estado de defesa, e, somente se se demonstrarem ineficazes as medidas empregadas naquela modalidade é que será cabível a decretação do estado de sítio.

Eventual classificação do estado de sítio poderá levar em consideração as espécies de pressupostos. Todavia, estes serão abordados no tópico seguinte.

5.2.3 Pressupostos

Constituem pressupostos para decretação do estado de sítio as hipóteses de:

(i) comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa: o segundo pressuposto exige esta etapa obrigatória anterior, a qual deverá ser observada, sob pena de nulidade, diante da inconstitucionalidade. Esta hipótese é tida como uma conversão de estado de defesa em estado de sítio por José Afonso da Silva⁹²⁷, demonstrando a subsidiariedade deste⁹²⁸.

(ii) declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira: a guerra externa,⁹²⁹ declarada nos termos dos artigos 49, II⁹³⁰, e 84, XIX⁹³¹, ambos da Constituição Federal, e a invasão armada estrangeira constituem pressupostos para a decretação do estado de sítio, mas

⁹²⁷ *Curso...*, p. 767.

⁹²⁸ Jorge Bacelar Gouveia, *O estado de exceção no direito constitucional*, p. 533.

⁹²⁹ Não guerra civil interna, somente a guerra externa que fundamenta o estado de sítio, definida como “estado de beligerância com Estado Estrangeiro”, José Afonso da Silva, *Curso...*, p. 767.

⁹³⁰ Constituição Federal, Art. 49: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) II – autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar”.

⁹³¹ Constituição Federal, Art. 84: “Compete privativamente ao Presidente da República: (...) XIX – declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional”.

não há declaração automática⁹³² pelo simples fato de a guerra ser declarada ou ocorrer agressão armada estrangeira, considerando que somente quando necessárias medidas restritivas de direitos fundamentais é que se legitima tal decretação, sob pena de violação ao critério da proporcionalidade, como, por exemplo, caso o Brasil declarasse guerra a um país do Oriente Médio e nenhum ataque ocorresse ao nosso território, apenas nossas tropas auxiliassem forças aliadas, sendo desnecessária a imposição de medidas restritivas de direitos e garantias. Reforça a tese ora defendida o teor do parágrafo único do artigo 137 da Constituição, que exige que sejam relatados os motivos determinantes do pedido de decretação do estado de sítio para o Congresso.

Ambas as situações tutelam a manutenção da soberania, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1.º, I, da Constituição Federal⁹³³).

O estado de sítio decretado com fundamento em comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa acarreta a restrição aos direitos fundamentais arrolados no artigo 139 da Constituição Federal⁹³⁴. Já no estado de sítio declarado diante de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira, a Constituição não explicita quais direitos e garantias são passíveis de restrição, devendo o Congresso defini-los consoante verificamos no capítulo anterior.

⁹³² No mesmo sentido do texto, mas referindo-se ao direito constitucional português, Jorge Bacelar Gouveia, *O estado de excepção no direito constitucional*, p. 720; e Canotilho, *op. cit.*, p. 1157: "Daí que os efeitos jurídicos - maxime a suspensão de garantias constitucionais - ligados ao estado de sítio declarado em virtude da existência de guerra, não resultem automaticamente da existência objectiva dos pressupostos; tornam-se necessários dois actos juridicamente formalizados: (1) declaração do estado de guerra; (2) declaração do estado de sítio".

⁹³³ Constituição Federal, Art. 1.º: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania".

⁹³⁴ Constituição Federal de 1988, Art. 139: "Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: I - obrigação de permanência em localidade determinada; II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; IV - suspensão da liberdade de reunião; V - busca e apreensão em domicílio; VI - intervenção nas empresas de serviços públicos; VII - requisição de bens. Parágrafo único. Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa".

Vale repetir que sempre a decretação do estado de sítio somente poderá ser efetuada quando os meios ordinários não forem capazes de solucionar a crise, consoante exige o critério da subsidiariedade anteriormente estudado.

5.2.4 Procedimento

No estado de sítio, diferentemente do estado de defesa, a decretação é feita após um controle político e jurídico prévio feito pelo Congresso Nacional. O procedimento para decretação do estado de sítio pode ser dividido nas seguintes fases:

(i) há consultas pelo Presidente da República formuladas aos Conselhos da República e de Defesa Nacional, que poderão ser encetadas simultaneamente, já que ambas são meramente opinativas mas obrigatórias dentro do procedimento, sob pena de nulidade que contaminará todos os atos posteriores, diante da inconstitucionalidade;

(ii) o Presidente da República solicita autorização para decretar o estado de sítio ao Congresso Nacional, relatando os motivos determinantes, inclusive externando os motivos pelos quais adotou, ou não, as respostas às consultas realizadas aos Conselhos da República e de Defesa Nacional, sob pena de nulidade, por ausência de motivação;

(iii) o Congresso Nacional recebe a solicitação do Chefe do Executivo para a decretação do estado de sítio e, se for durante o recesso parlamentar, o Presidente do Senado Federal, de imediato, o convocará extraordinariamente para se reunir dentro de cinco dias, a fim de apreciar o ato.

O *quorum* para decisão é a maioria absoluta, tanto para aprovação quanto para rejeição⁹³⁵. Neste último caso, nenhuma medida prevista

⁹³⁵ Ambas as situações são veiculadas por meio de Decreto Legislativo, considerando que se trata de matéria sujeita à competência exclusiva do Congresso Nacional, nos termos do artigo 49, IV, da Constituição Federal.

para o estado de sítio poderá ser tomada validamente pelo Presidente da República; caso contrário, há prática de crime de responsabilidade, diante da prática de ato contrário à Constituição⁹³⁶.

Na apreciação do pedido de decretação o Congresso realiza controle preventivo jurídico e de acordo com critérios políticos. Controle jurídico quando aprecia se os pressupostos constitucionais estão presentes e se os demais requisitos foram atendidos, tais como: motivos para a decretação, a duração, as normas necessárias a sua execução e os direitos e garantias constitucionais que serão afetados. No controle mediante emprego de critério político será deliberado acerca da conveniência e oportunidade da decretação e das respectivas medidas para atender ao interesse público;

(iv) caso o Congresso Nacional autorize a decretação, o Presidente da República poderá decretar o estado de sítio, ou seja, não está obrigado a fazê-lo, como por exemplo, caso não existam mais os pressupostos. Trata-se de ato político, ficando à sua discricionariedade a edição do mesmo, com fundamento no princípio da separação de funções.

Concluindo no sentido da edição do decreto do estado de sítio, tal ato indicará sua duração, as normas necessárias a sua execução e os direitos e garantias constitucionais que ficarão suspensos, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas (artigo 138 da Constituição Federal⁹³⁷). Acerca da duração tecemos considerações no capítulo anterior, no tópico referente à temporariedade.

Uma questão interessante surge: o Presidente da República solicita ao Congresso Nacional a decretação de estado de sítio, mas enquanto este não o aprecia pode decretar estado de defesa diante da urgência?

⁹³⁶ Artigo 85, *caput*, da Constituição Federal.

⁹³⁷ Constituição Federal de 1988, Art. 138: "O decreto do estado de sítio indicará sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas".

Entendemos que é válida tal decretação, desde que presentes todos os pressupostos, salvo, logicamente, na hipótese de estado de sítio com fundamento na ineficácia das medidas tomadas durante o estado de defesa. O requerimento de decretação do estado de sítio ao Congresso Nacional não tem o condão de impedir a decretação do estado de defesa, desde que presentes as condições impostas pela Constituição.

Outra questão interessante é: o Presidente da República pode retirar pedido de autorização de decretação de estado de sítio antes da apreciação do Congresso Nacional, porque entende que não é mais conveniente e oportuno, já que desapareceram os pressupostos?

Entendemos que o Chefe do Executivo poderá apresentar requerimento ao Congresso de retirada do pedido de decretação, devidamente fundamentado, uma vez que desapareceram os pressupostos, o que ensejará a afronta à Constituição Federal. O Congresso Nacional poderá discordar da posição adotada pelo Presidente da República e autorizar a decretação, mas este não está obrigado a decretá-lo, já que se trata de ato político de sua alçada, consoante verificamos anteriormente;

(v) no decreto de estado de sítio o Presidente da República deverá indicar sua duração, as normas necessárias a sua execução e os direitos e garantias constitucionais que ficarão suspensos, sendo que somente após a sua publicação é que deverá designar o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas, consoante dispõe o artigo 138 da Constituição⁹³⁸.

Não há razão para a exigência encetada pela citada norma. A Constituição deveria ter autorizado o Presidente a indicar o executor da medida e áreas abrangidas já no ato inicial, da mesma forma que no estado de defesa. Entendemos que a alteração do citado dispositivo se impõe, devendo prever a possibilidade de a nomeação do executor e a indicação das áreas abrangidas ser

⁹³⁸ Constituição Federal de 1988, Art. 138: "O decreto do estado de sítio indicará sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas".

efetuada já no decreto inicial, em benefício da eficiência (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal), necessária para a execução do estado de sítio.

A indicação das áreas abrangidas efetuada em ato posterior à publicação do decreto de estado de sítio acarreta grave prejuízo à segurança jurídica da população, gerando incerteza acerca da incidência espacial das medidas restritivas de direitos fundamentais, razão pela qual entendemos que a alteração constitucional constitui medida que reforça o princípio da segurança jurídica, com a inclusão das áreas abrangidas e nomeação do executor da medida como elementos do decreto inicial do estado de sítio, tal como ocorre no decreto de estado de defesa.

O decreto do estado de sítio é um ato político normativo primário, produto de uma relação complexa da qual participam os Poderes Executivo e Legislativo, e que inova no ordenamento jurídico ao prever o regime jurídico vigente durante o estado de sítio, regulamentando assuntos tratados pela Constituição Federal, quais sejam: a duração do estado de sítio, as normas necessárias a sua execução e os direitos e garantias constitucionais que serão restringidos.

Caso o decreto não enumere determinado direito ou garantia fundamental restringido e, posteriormente, o Chefe do Executivo verifique que o deveria ter restringido tal direito ou garantia, poderá ser editado novo decreto alterando o inicial?

Entendemos que o Presidente da República deverá solicitar autorização ao Congresso Nacional para alteração do Decreto, já que este decide acerca de quais serão os direitos e garantias fundamentais passíveis de restrição, diante do poder de controle amplo que lhe foi concedido pela Lei Maior.

A revogação do estado de sítio poderá ocorrer por decreto do Presidente da República. Caso não o faça e não mais persistam os pressupostos

ensejadores, o Congresso Nacional está autorizado a suspendê-lo, aplicando o artigo 49, IV, da Constituição Federal⁹³⁹.

5.2.5 Efeitos

Os efeitos no estado de sítio, da mesma forma que os efeitos do estado de defesa, constituem tema importante e podem ser divididos em:

- (i) *materiais* – a decretação acarreta a imposição de medidas restritivas dos direitos fundamentais, que serão objeto de item próprio;
- (ii) *organizatórios* – são efeitos que acarretam a organização das atribuições constitucionais, tais como: a vedação da aprovação de Emenda Constitucional⁹⁴⁰; a nomeação do executor da medida; a criação da comissão fiscalizatória do Congresso⁹⁴¹ (artigo 140 da Constituição Federal); a possibilidade de intervenção nas empresas de serviços públicos⁹⁴²; e a possibilidade da suspensão das imunidades parlamentares⁹⁴³. O rol dos efeitos organizatórios é taxativo, não comportando ampliação por parte do intérprete sem respaldo em norma constitucional, razão pela qual não há suspensão das eleições, prorrogação de mandatos e outras alterações fora das arroladas anteriormente. Considerando que parte dos efeitos organizatórios já foram apreciados no capítulo anterior, trataremos, a seguir, dos efeitos materiais, sendo que a suspensão da imunidade no estado de sítio será, posteriormente, objeto de tópico próprio.

⁹³⁹ Constituição Federal de 1988, Art. 49: "É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) IV - aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas".

⁹⁴⁰ Estudada no capítulo anterior.

⁹⁴¹ Estudada no capítulo anterior.

⁹⁴² Constituição Federal de 1988, Art. 139: "Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: (...) VI - intervenção nas empresas de serviços públicos".

⁹⁴³ Constituição Federal de 1988, Art. 53, § 8.º: "As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida" (incluído pela Emenda Constitucional n. 35/2001).

5.2.5.1 Efeitos materiais

5.2.5.1.1 Estado de sítio no artigo 137, I, da CF

No estado de sítio decretado com fundamento na comoção grave com repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa (artigo 137, I, da Constituição Federal), somente⁹⁴⁴ poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

(i) obrigação de permanência em localidade determinada: trata-se de hipótese diversa da prisão, restringindo a liberdade de ir e vir das pessoas, que deverão permanecer em determinados locais, como por exemplo, o toque de recolher. Tal restrição, uma vez tida como constitucional e legal, afasta a possibilidade de deferimento de *Habeas Corpus*, diante da ausência de constrangimento, conforme lembra Walber de Moura Agra⁹⁴⁵. Também chamada de menagem por Sampaio Dória⁹⁴⁶ e Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁹⁴⁷, sendo que este último doutrinador alerta para o fato de que a presente restrição à liberdade não se confunde com a detenção em campo especial para pessoas consideradas perigosas, adiante comentada;

(ii) detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns: não se trata da prisão comum, mas de detenção como medida decorrente da declaração do estado de sítio, razão pela qual as pessoas não poderão ser detidas no mesmo estabelecimento de condenados ou presos provisórios, evitando o “efeito da chamada ‘contaminação carcerária’”⁹⁴⁸. A norma consagra o direito fundamental de somente ser detido em

⁹⁴⁴ O artigo 139, *caput*, emprega a expressão “só poderão”.

⁹⁴⁵ Op. cit., p. 605.

⁹⁴⁶ *Curso de direito constitucional*, v. 2, p. 401.

⁹⁴⁷ *O estado de sítio na Constituição brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional*, p. 154; e *idem*, *Comentários à Constituição brasileira*, v. II, p. 71.

⁹⁴⁸ Walber de Moura Agra, op. cit., p. 605.

estabelecimentos não destinados a acusados ou condenados⁹⁴⁹ e, caso não se proceda dessa forma, cabível a imediata concessão de alvará de soltura⁹⁵⁰ por meio do remédio heróico⁹⁵¹, diante da inconstitucionalidade da conduta do Poder Público, que acarreta na nulidade do ato;

(iii) restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei: temos restrições à liberdade de transmissão da exteriorização do pensamento e ao direito à privacidade e intimidade nas comunicações, mas somente passíveis de serem aplicadas após complementação legislativa, já que se trata de norma constitucional não auto-aplicável, conforme verificamos no capítulo anterior. O Decreto Legislativo e o Decreto Presidencial autorizando e decretando, respectivamente, o estado de sítio não são suficientes para aplicação dessas medidas, considerando que o inciso III do artigo 139 da Constituição emprega a expressão “na forma da lei”, exigindo-a previamente à decretação para aplicação de tais restrições. Entendemos que Medida Provisória não poderá validamente versar sobre tal assunto, considerando que direito individual constitui matéria que não pode ser veiculada por Lei Delegada⁹⁵², aplicando-se o artigo 68, parágrafo 1.º, II, da Lei Maior⁹⁵³, mediante uso da interpretação sistemática⁹⁵⁴.

⁹⁴⁹ No sentido de que o dispositivo concede um benefício, Ives Gandra da Silva Martins e Celso Bastos, op. cit., p. 123.

⁹⁵⁰ Nesse sentido: Pinto Ferreira, *Comentários à Constituição brasileira*, v. 5, p. 216, e Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, t. V, p. 683.

⁹⁵¹ Da mesma forma, *habeas corpus* preventivo deverá ser concedido.

⁹⁵² Vide: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso...*, p. 209; Paulo de Barros Carvalho, op. cit., p. 70; Ives Gandra da Silva Martins e Celso Bastos, op. cit., v. 5, p. 127.

⁹⁵³ Constituição Federal de 1988, Art. 68: “As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 1.º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: I – organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; II – nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais”.

⁹⁵⁴ José Levi Mello do Amaral Júnior, op. cit., p. 133. No mesmo diapasão: Luiz Alberto David Abranches e Vidal Serrano Nunes Júnior, *Curso de direito constitucional*, p. 358.

Não se pode esquecer que a censura é proibida em tempos de normalidade (artigos 5.º, IX⁹⁵⁵, e 220⁹⁵⁶, ambos da Constituição Federal).

O artigo 220 emprega expressões que podem conduzir a uma falsa conclusão de que a proibição da censura é absoluta, entre as quais: “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço” (parágrafo 1.º) e “é vedada toda e qualquer censura” (parágrafo 2.º). Porém, aplicável o princípio da unidade da Constituição na sua interpretação, excepcionando-se tal proibição no estado de sítio, diante de norma expressa (artigo 139, III, da Constituição), desde que exista a lei, consoante verificamos anteriormente.

A restrição à exteriorização do pensamento e prestação de informações não alcança a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa, consoante dispõe o parágrafo único do artigo 139 da Constituição Federal;

(iv) suspensão da liberdade de reunião: aplicáveis as considerações efetuadas por ocasião do estado de defesa. A diferença que se nota é que no estado de sítio não consta a expressão “reunião exercida no seio das associações”, o que a nosso ver não afasta a possibilidade de restrição do direito de reunião exercido em tal âmbito, uma vez que a previsão é ampla, alcançando toda e qualquer reunião, desde que observadas a proporcionalidade, a razoabilidade e a proibição de excesso;

(v) busca e apreensão em domicílio: sem ordem judicial, excepcionando o conteúdo da garantia da inviolabilidade domiciliar, em qualquer horário⁹⁵⁷, já que não há restrição imposta pelo poder constituinte originário;

⁹⁵⁵ Constituição Federal de 1988, Art. 5.º, IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

⁹⁵⁶ Constituição Federal de 1988, Art. 220: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1.º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5.º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2.º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

⁹⁵⁷ Neste sentido Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários...*, v. 2, p. 73; e José Cretella Júnior, op. cit., p. 3387.

(vi) requisição de bens: desnecessária tal previsão, diante da previsão geral da requisição no artigo 5.º, XXV, da Constituição Federal⁹⁵⁸, assegurada a indenização;

(vii) intervenção nas empresas privadas que prestam serviços públicos⁹⁵⁹; apenas consiste restrição a direito fundamental a intervenção nas empresas particulares, não nas públicas que prestam serviços públicos, assegurada a indenização posterior, consoante afirmamos no capítulo anterior.

5.2.5.1.2 Estado de sítio no artigo 137, II, da CF

A Constituição Federal não previu expressamente quais serão os direitos e garantias fundamentais passíveis de restrição na vigência de estado de sítio decretado em virtude de declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira, ou seja, toda e qualquer garantia constitucional pode sofrer restrição⁹⁶⁰.

Todavia, entendemos que o controle jurisdicional das medidas não é afetado pelo estado de sítio decretado com tal fundamento, sob pena de afronta à separação de funções, evitando o arbítrio, em benefício da supremacia e da força normativa da Constituição⁹⁶¹. Ademais, no capítulo

⁹⁵⁸ Constituição Federal de 1988, Art. 5.º, XXV: “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”.

⁹⁵⁹ Constituição Federal de 1988, Art. 139: “Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: (...) VI - intervenção nas empresas de serviços públicos”.

⁹⁶⁰ André Ramos Tavares, op. cit., p. 856. No mesmo diapasão Walber de Moura Agra, op. cit., p. 606; e Nagib Slaibi Filho, op. cit., p. 793.

⁹⁶¹ Canotilho afirma: “O sentido histórico, político e jurídico da constituição escrita continua hoje válido: a constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade. Ela estabelece em termos de direito e com os meios do direito os instrumentos de governo, a garantir direitos fundamentais e a individualização de fins e tarefas. As regras e princípios jurídicos utilizados para prosseguir estes objectivos são, como se viu atrás, de diversa natureza e densidade. Todavia, no seu conjunto, regras e princípios constitucionais valem como ‘lei’: o direito constitucional é direito positivo 16. Neste sentido se fala na ‘constituição como norma’ (García de Enterría) e na ‘força normativa da constituição’ (K. Hesse). A complexa articulação da ‘textura aberta’ da constituição com a positividade constitucional sugere, desde logo, que a garantia da força normativa da constituição não é tarefa fácil, mas se o direito constitucional é direito positivo, se a constituição vale como lei, então as regras e princípios constitucionais devem obter normatividade, (cfr. infra, Parte II, Cap. 3.º) regulando a vida jurídica e efectivamente as relações da vida (P. Heck) dirigindo as condutas e dando segurança a expectativas de comportamentos (Luhmann)”. op. cit., p. 183.

anterior, mencionamos que o artigo 27 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que se convencionou chamar de Pacto de San José da Costa Rica, veda a suspensão do controle judicial dos atos praticados no período de exceção, acerca do assunto Valério de Oliveira Mazzuoli leciona:

“Como destacou a Corte Interamericana na Opinião Consultiva n. 8, de 30 de janeiro de 1987, solicitada pela Comissão Interamericana: ‘De outro lado, deve-se advertir que aqueles ordenamentos constitucionais e legais dos Estados-partes que autorizam, explícita ou implicitamente, a suspensão dos procedimentos de habeas corpus ou amparo [mandado de segurança] em situações de emergência, devem ser considerados incompatíveis com as obrigações internacionais que a esses Estados impõe a Convenção’ (CIDH, Opinião Consultiva OC-8/87 de 30 de janeiro de 1987, Série A, n. 8)”⁹⁶².

Salientamos que o estado de guerra ou a sua iminência acarretam a possibilidade da instituição de empréstimos compulsórios e impostos extraordinários⁹⁶³, consoante dispõem os artigos 148 e 154⁹⁶⁴ da Constituição, respectivamente.

Os amplos poderes concedidos ao Poder Executivo diante da situação de guerra externa ou resposta a agressão armada estrangeira são instrumentos para resolver a situação de crise, já que a pátria está em perigo, acarretando risco gravíssimo à soberania (artigo 1.º, I, da Constituição Federal).

⁹⁶² Valério de Oliveira Mazzuoli e Luiz Flávio Gomes, op. cit.

⁹⁶³ Acerca do assunto, vide Roque Antonio Carrazza, op. cit., p. 537-553.

⁹⁶⁴ Constituição Federal de 1988, Art. 148: “A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios: I – para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência”; e Art. 154: “A União poderá instituir: (...) II – na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação”.

Todavia, o Congresso, no exercício do amplo controle político prévio que lhe foi outorgado pela Constituição⁹⁶⁵, delimitará quais serão os direitos e garantias passíveis de restrição na vigência do estado de sítio em virtude de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira. O Chefe do Poder Executivo não poderá acrescentar outros direitos e garantias, mas lhe é facultado diminuir o número de direitos e garantias restringidos no decreto, diante da ausência de necessidade de restrição dos mesmos, aplicando o critério da proporcionalidade.

5.2.6 Imunidades parlamentares e estado de sítio

As imunidades parlamentares visam assegurar o correto desempenho das funções e são classificadas pela doutrina em material e formal.

A imunidade material, também chamada de inviolabilidade⁹⁶⁶, significa que os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por suas opiniões, palavras e votos (artigo 53, caput, da Constituição Federal)⁹⁶⁷.

A imunidade formal diz respeito ao processo e à prisão. O processo criminal proposto em face de Deputado ou Senador, por crime ocorrido após a diplomação, poderá ser suspenso, pelo voto da maioria dos membros da

⁹⁶⁵ Objeto de tópico no capítulo anterior.

⁹⁶⁶ André Ramos Tavares, *Curso...*, p. 1077.

⁹⁶⁷ Merece ser salientado que não é absoluta a imunidade material, considerando que o Supremo Tribunal Federal entende que “a imunidade material não abrange e protege o congressista na prática de quaisquer atos, ainda que desvinculados do ofício congressual” (RDA 183/107, no mesmo sentido: RDA 181-182/275, RT 648/318, RTJ 155/396), somente abrangendo “as manifestações dos parlamentares ainda que feitas fora do exercício estrito do mandato, mas em consequência deste” (Agrinj 874, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 22.03.1995, Inq-QO 1.381-PR, Rel. Min. Ilmar Galvão, 03.01.1999, Informativo STF 169). A melhor doutrina nos dá os seguintes exemplos, não amparados pela imunidade: “Deputado que se vale do mandato para provocar ou estimular greves nas cidades industriais”, ou o *trafic d’influence*, ou o exercício de “outras atividades, como a de jornalista”, ou “publicações sediciosas, Raul Machado Horta, *Direito constitucional*, p. 593-594. Em poucas palavras, a inviolabilidade alcança toda manifestação do congressista onde se possa identificar um laço de implicação recíproca entre o ato praticado, ainda que fora do estrito exercício do mandato, e a qualidade de mandatário político do agente” (STF, RE-210917/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, 12.08.1998).

respectiva Casa, mediante requerimento de partido político nela representado⁹⁶⁸. Quanto à prisão, dispõe o parágrafo 2.º do artigo 53 da Lei Fundamental:

“Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão”.

Feita esta breve introdução quanto às imunidades, passamos à apreciação do nosso objeto de estudo, qual seja a incidência destas na vigência do estado de sítio é regulada no parágrafo 8.º do artigo 53:

“As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida”⁹⁶⁹.

Da interpretação do parágrafo transcrito se extrai, facilmente, a seguinte conclusão:

A regra é a subsistência das imunidades no estado de sítio⁹⁷⁰. Excepcionalmente as mesmas poderão ser suspensas, mas somente no estado de

⁹⁶⁸ Constituição Federal, Art. 53, § 3.º: “Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação” (redação dada pela Emenda Constitucional n. 35, de 2001). Na redação originária do precitado artigo na Constituição de 1988, era imprescindível prévia licença da Casa para que o parlamentar fosse processado.

⁹⁶⁹ Anteriormente ao advento da Emenda Constitucional n. 35, o conteúdo de tal norma era veiculado no parágrafo 7.º do mesmo artigo, com uma única diferença, não havia a palavra “Nacional”, antes de Congresso.

⁹⁷⁰ Vale repetir o relato feito anteriormente: na vigência da Constituição de 1891, alguns parlamentares (quatro senadores e sete deputados) foram detidos quando Floriano Peixoto era presidente e decretou estado de sítio, o que motivou Rui Barbosa a ingressar com *Habeas Corpus*. Vide, acerca do assunto, no capítulo 2, item 2.2 Constituição de 1891.

sítio, não no estado de defesa. Contudo, tal suspensão é restrita, exigindo o Texto Fundamental os seguintes requisitos:

- (i) voto de dois terços dos membros da Casa respectiva;
- (ii) que as condutas sejam praticadas fora do recinto do Congresso; e
- (iii) que os atos praticados pelos parlamentares sejam incompatíveis com a execução das medidas necessárias à vigência do estado de sítio: José Cretella Júnior inclui, entre os atos passíveis de subsunção à hipótese em tela, os atos dos parlamentares contrários ao conteúdo dos incisos I a VII do artigo 139 da Constituição Federal, que acarretem perturbação à aplicação do estado de sítio⁹⁷¹.

Os Regimentos Internos da Câmara dos Deputados⁹⁷² e do Senado Federal⁹⁷³ dispõem que a decisão sobre a suspensão da imunidade é tomada em sessão secreta.

Surge uma questão interessante: os membros da comissão fiscalizadora do Congresso designada para acompanhar a execução do estado de sítio (artigo 140 da Constituição Federal) poderão ter a imunidade suspensa?

Entendemos que a imunidade dos membros da comissão fiscalizadora do Congresso somente poderá ser suspensa caso atuem de forma incompatível com o ordenamento jurídico, impedindo ou dificultando a execução das medidas constitucionais e legais necessárias à vigência do estado de sítio. Caso exerçam sua função fiscalizatória sem abuso ou desvio, não há

⁹⁷¹ Op. cit., v. VI, p. 238.

⁹⁷² Regimento Interno da Câmara dos Deputados, Resolução n. 17, de 1989 (atualizada), Art. 188: “A votação por escrutínio secreto far-se-á pelo sistema eletrônico, nos termos do artigo precedente, apurando-se apenas os nomes dos votantes e o resultado final, nos seguintes casos: I – deliberação, durante o estado de sítio, sobre a suspensão de imunidades de Deputado, nas condições previstas no § 8.º do art. 53 da Constituição Federal; (Numeração adaptada aos termos da Emenda Constitucional n. 35, de 2001); (...) IV – no caso de pronunciamento sobre a perda de mandato de Deputado ou suspensão das imunidades constitucionais dos membros da Casa durante o estado de sítio” (inciso acrescentado pela Resolução n. 45, de 2006).

⁹⁷³ Regimento Interno do Senado Federal – Resolução n. 93, de 1970 (atualizada), Art. 197: “Transformar-se-á em secreta a sessão: I – obrigatoriamente, quando o Senado tiver de se manifestar sobre: (...) c) perda de mandato (Const., art. 55) ou suspensão de imunidade de Senador durante o estado de sítio (Const., art. 53, § 8.º)”; e Art. 291. Será secreta a votação: I – quando o Senado tiver que deliberar sobre: (...) d) suspensão das imunidades de Senador durante o estado de sítio (Const., art. 53, § 8.º)”.

falar-se em suspensão das imunidades, que reforçarão o livre desempenho de tal mister.

5.2.7 Diferenças entre estado de sítio e estado de defesa

Após a apreciação das peculiaridades de cada medida de exceção no Sistema Constitucional das Crises, passamos a apontar as diferenças entre ambas, já que os traços comuns foram objeto do capítulo anterior.

A primeira diz respeito à origem. O estado de defesa é rótulo criado pela Constituição de 1988, com parte dos pressupostos inspirados nas medidas de emergência previstas na Emenda Constitucional n. 11/78⁹⁷⁴, enquanto o estado de sítio remonta à Constituição de 1824, embora esta não empregasse tal rótulo, que somente veio a ser utilizado na Constituição de 1891 (artigo 34).

Há diferença quanto aos pressupostos para a decretação. A ineficácia das medidas tomadas no estado de defesa é pressuposto para a decretação do estado de sítio (artigo 137, I, *in fine*, da Constituição). Igualmente são pressupostos para a declaração do estado de sítio: a comoção grave de repercussão nacional, a declaração de guerra e resposta a agressão armada estrangeira. Tais situações são mais graves do que as previstas como pressupostos para a declaração do estado de defesa, quais sejam: 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 poucas palavras, as hipóteses previstas na Constituição como aptas a ensejarem a

⁹⁷⁴ Constituição de 1967 com redação dada pela Emenda Constitucional n. 11, Art. 155: "O Presidente da República, para preservar ou, prontamente, restabelecer, em locais determinados e restritos a ordem pública ou a paz social, ameaçadas ou atingidas por calamidades ou graves perturbações que não justifiquem a decretação dos estados de sítio ou de emergência, poderá determinar medidas coercitivas autorizadas nos limites fixados por § 2.º do artigo 156, desde que não excedam o prazo de 60 (sessenta) dias, podendo ser prorrogado uma vez e por igual período".

decretação do estado de sítio são mais graves do que as estabelecidas como condições de fundo para a declaração do estado de defesa.

Acerca do procedimento para a decretação, a distinção é manifesta, já que no estado de defesa o controle encetado pelo Congresso é posterior ou repressivo, enquanto no estado de sítio o controle é anterior ou preventivo.

A respeito dos efeitos verificamos que no estado de sítio as medidas restritivas de direitos e garantias são mais rigorosas que no estado de defesa, considerando que há naquele: um maior número de restrições à liberdade de ir, vir e permanecer (artigo 139, I a II⁹⁷⁵, da Constituição Federal); possibilidade de censura (artigo 139, III, *in fine*, do Texto Supremo⁹⁷⁶); e permissão para busca e apreensão em domicílio sem ordem judicial (artigo 139, IV, da Lei Maior). Inclusive no estado de sítio decretado diante de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira não estão arrolados quais direitos e garantias são passíveis de restrição. Diante de tais fundamentos, concluímos que o rol de efeitos materiais do estado de defesa é mais restrito, em termos quantitativos e qualitativos, do que o rol de restrições cabíveis na vigência do estado de sítio.

As imunidades parlamentares poderão ser suspensas no estado de sítio (artigo 53, parágrafo 8.º, da Constituição Federal), enquanto no estado de defesa não é possível tal providência, em virtude da ausência de previsão constitucional autorizadora.

Diante das diferenças acima expostas, podemos concluir que o estado de defesa é medida mais branda do que o estado de sítio, considerando que: (i) os pressupostos para sua declaração contemplam situações menos graves; (ii) não há controle prévio para sua decretação; (iii) as medidas

⁹⁷⁵ Constituição Federal de 1988, Art. 139: "Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: I - obrigação de permanência em localidade determinada; II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns".

⁹⁷⁶ Constituição Federal de 1988, Art. 139, III: "restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei".

restritivas de direitos e garantias fundamentais são mais moderadas do que as previstas para o estado de sítio; e (iv) não é possível a suspensão das imunidades parlamentares em sua vigência.