

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO

O ESTADO DE SÍTIO

NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1946 E
NA SISTEMÁTICA DAS MEDIDAS EXTRAOR-
DINÁRIAS DE DEFESA DA ORDEM
CONSTITUCIONAL

Dissertação para concurso à Livre Docência
de Direito Constitucional, na Faculdade de
Direito da Universidade de S. Paulo.

1964

SÃO PAULO — BRASIL

Departamento de Direito do Estado
da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

SEÇÃO 3

A LEGALIDADE ESPECIAL.

50 — Enquanto a lei marcial não altera a legalidade, permanecendo intacta a ordem jurídica, outro sistema de defesa da Constituição largamente empregado nos Estados modernos consiste em prever, para fazer face às crises graves, uma legalidade especial. Isso quer dizer que, em situações excepcionais, não podem os órgãos estatais voluntariamente transgredir a lei, justificando posteriormente sua ação, tal qual se dá, no *estado de lei marcial*, na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos. Ao contrário, todo e qualquer órgão estatal continua obrigado a fielmente respeitar o princípio da legalidade. Assim, “uma decisão individual (de qualquer desses órgãos) só pode ser tomada nos limites de lei material anterior” (146).

Como seria, porém, absurdo pretender que o Estado se conservasse numa posição de inferioridade marcante, forçado a obedecer rigorosamente a leis feitas para tempos de paz, quando sua existência (na guerra) ou sua organização (na revolução) é por todos os meios posta em risco, em tais Estados se prevê, no sistema jurídico, um complexo de regras destinadas aos tempos de crise. Dêsse modo, há nesses Estados, sobretudo no que tange às liberdades individuais, dois sistemas coerentes de regras, ambos válidos, um dos quais com sua eficácia suspensa. Ordinariamente, um sistema se aplica, sempre mais tole-

146. Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, v. III, 3.^a ed., Paris, 1930, p. 732.

rante e liberal: é a legalidade que se poderia dizer normal, ao passo que o outro sistema se conserva na penumbra, como advertência. Nos momentos, porém, que a crise ferve e o sistema ordinário é subvertido, por um ato de condição, o outro sistema — a *legalidade especial* — se torna eficaz, habilitando o governo a agir com armas melhores em defesa da constituição.

Esse sistema especial, via de regra, se caracteriza por uma restrição mais ou menos profunda dos direitos e garantias constitucionais. Em geral, suspende certas liberdades individuais, mormente as que podem embarrasar a manutenção da ordem. É o caso da *suspensão do habeas-corpus*, objetivo do primeiro capítulo desta seção, bem como do *estado de sítio*, em suas diversas modalidades, objeto do segundo e terceiro.

O *estado de sítio*, porém, não altera a relação de poderes entre legislativo e executivo. Sua instauração não permite normalmente a elaboração da minuciosa regulamentação exigida pela sociedade industrial contemporânea, sobretudo em tempo de crise. Em vista disso, novo sistema se imaginou, caracterizado pela outorga de *poderes extraordinários* ao executivo, independentemente da restrição às liberdades e garantias individuais. Esse sistema constituirá o tema do último capítulo desta seção.

CAPÍTULO 1

A SUSPENSÃO DO *HABEAS-CORPUS*

51 — A suspensão das garantias constitucionais, como tantos outros institutos do direito público moderno, tem sua raiz no direito britânico. De fato, é a suspensão do *habeas-corpus*, em tempos de extrema crise, a sua primeira encarnação.

A importância do *habeas-corpus* como garantia da liberdade do cidadão não precisa ser encarecida. Um dos maiores constitucionalistas norte-americanos deste século — Edward S. Corwin — não hesita mesmo em afirmar que “o writ de *habeas-corpus* é a mais importante das salvaguardas da liberdade pessoal conhecidas no direito anglo-americano” (147).

Dos vários *writs* que a *common law* conhece, mais de um se chama de *habeas-corpus*. O principal, todavia, que é o remédio para os casos de prisão ilegal, é o *habeas-corpus ad subjiciendum*. Este writ é “dirigido à pessoa que detém a outrem e ordena-lhe que apresente o corpo de prisioneiro, com a data e a causa de sua captura e detenção, *ad faciendum, subjiciendum et recipiendum*, para fazer, sofrer e receber o que o juiz ou côrte que expedir o writ, determinar naquela causa” (148).

Esse writ por isso impede que um cidadão permaneça arbitrariamente detido, por tempo indeterminado. Através dele, todo aquele que se pretender ilegalmente

147. A Constituição Norte-americana e seu significado atual, trad. port. Rio, p. 98.

148. Joseph Story, Commentaries on the Constitution of the United States, ed. 1891, v. II, p. 212.

privado da liberdade tem a possibilidade de lograr um pronunciamento judicial sobre seu caso, com sua consequente soltura, se verdadeiramente ilegal a prisão (149).

52 — Essa garantia da liberdade individual embaraça, em tempo de crise, sobretudo a ação das autoridades. De fato, ela as impede de prender pessoas suspeitas de conspirar antes que sólidas provas sejam reunidas, o que dificilmente ocorre antes que a insurreição esteja nas ruas, bem como impede que indivíduos perigosos para a ordem pública sejam neutralizados, antes que seja tarde.

Por isso, consagrado o *habeas-corpus* pela lei de 1679, veio a prática inglesa a admitir a suspensão desse *writ* por meio de legislação especial e transitória, sempre que a gravidade das circunstâncias impusesse medidas drásticas. Tal se deu por exemplo de 1794 a 1801, ao tempo da guerra contra a França revolucionária, por lei anualmente revigorada. Da mesma forma, por lei se suspendeu o *habeas-corpus* na Irlanda quando da insurreição feniana de 1866 (150).

Afora esse caso, a doutrina e a jurisprudência inglesa entendem também suspenso *ex hypothesi* o *writ* quando existe o estado de lei marcial. Tal se compreende facilmente, já que um dos traços que fundamentalmente caracterizam esse estado, para não se dizer o principal dos mesmos, é exatamente o fechamento das câortes judiciárias. Disso, como é óbvio, tem de decorrer a temporária suspensão, na zona conflagrada, do *writ*, por não haver tribunal nem que o possa conceder nem a quem seja possível submeter o corpo e o caso (151).

53 — Nas colônias inglesas da América do Norte, o *habeas-corpus* já se arraigara quando da guerra de

149. Thomas Cooley, Princípios Gerais do Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte, trad. port., Porto Alegre, 1909, p. 332.

150. Cf. William Feilden Craies, Habeas Corpus in England, Enc. Brit v. 11, p. 55.

151. Id. *ibid.* loc. cit.

independência. Tanto assim é que, pouco mais tarde, ao se elaborar a Constituição federal, esse *writ* foi considerado naturalmente incorporado ao direito do novo estado (152).

Fortaleza principal da liberdade pessoal, de que eram tão ciosos os constituintes de Filadélfia, em princípio previu a lei magna de 1787 que esse *writ* não deveria ser suspenso. Todavia, com sabedoria, exceção para circunstâncias de caráter extremamente grave. Assim, dispõe ela na seção IX do art. 1.º:

“O privilégio do *writ* de *habeas-corpus* não será suspenso, salvo quando, nos casos de rebelião ou invasão, a segurança pública o exigir” (153).

Os juristas norte-americanos, todavia, da mesma forma que os britânicos, observam que a lei marcial suspende, se não o *writ*, ao menos sua execução. Sublinham, entretanto, que a suspensão do *writ*, nos termos citados do art. 1.º, seção IX da Constituição, não implica necessariamente em estado de lei marcial (154). Destarte, não há lei marcial sem suspensão do *habeas-corpus* mas pode haver suspensão do *writ* sem lei marcial.

54 — Nos Estados Unidos, até a guerra civil, nenhum intérprete da Constituição federal hesitou em reconhecer no Congresso o único poder competente para a suspensão do *writ*. Em 1861, nos primeiros tempos da conflagração, todavia, o presidente Lincoln entendeu ser competente, para, sem autorização do legislativo, suspender esse mandado. Em decorrência disso, por meio de várias proclamações, suspendeu-o em regiões dentro ou fora da área de hostilidades efetivas.

Levaram-se a efeito, então, inúmeras prisões mesmo em estados em que não houvera até então combates e

152. Cf. Corwin, *ob. cit.*, p. 98.

153. A tradução é de Leda Boechat Rodrigues inclusa na obra citada de Corwin.

154. Cf. Thurman Arnold, Habeas Corpus, *art. cit.*, loc. cit. Cf. Cooley, *ob. cit.*, p. 334.

que não estavam imediatamente ameaçados de invasão. Recorrendo os detidos à Suprema Corte, foi a ação presidencial julgada inconstitucional, salientando-se aí a argumentação do *chief-justice Taney* (155). Entre várias razões, mostrou esse célebre juiz que tanto considerou o constituinte o poder de suspender o *writ* inerente ao Congresso que o incluiu no artigo votado ao legislativo (156). De fato, todo o artigo primeiro da Constituição de 1787 concerne ao Congresso, cuidando a seção IX do mesmo (onde se inclui a referência à suspensão do *habeas-corpus*) de pôr certas limitações ao poder daquele. Assim, por exemplo, é nessa seção que se proíbem as leis retroativas (*ex post facto*) e os decretos de proscricção (*bills of attainder*).

Rendendo-se a essa interpretação, que a Suprema Corte veio confirmar mais tarde noutras decisões; por exemplo no caso *Bollman* (157), o Congresso, em 1863, expressamente autorizou o presidente a suspender o *writ*, dando então base legal para a restrição da liberdade individual, em zonas conflagradas (158).

Dessa data em diante, os comentaristas, quase sem exceção, mantêm o entendimento segundo o qual somente o Congresso é que pode suspender o *writ*, ou autorizar a sua suspensão. É o que dizem, a uma só voz, *Cooley* (159), *Willoughby* (160), *Story* (161), etc. Dêsse modo, a suspensão do *habeas-corpus* pelo presidente depende de autorização prévia do legislativo.

55 — Convém ainda observar que os estados membros da federação podem, pela forma prevista em suas Constituições, suspender o *writ*. Todavia, se tal se der

155. Particularmente em duas célebres decisões: os casos *Milligan* e *Merryman*.

156. Cf. *Willoughby*, ob. cit., § 738.

157. Id. ib.

158. Id. ib.

159. Ob. cit., p. 333.

160. Ob. cit., § 738.

161. Ob. cit., § 1336.

sem motivo suficiente, pode a pessoa detida “obter o *writ* de uma corte federal sob a alegação de que é privado de liberdade sem o devido processo legal (*without due process of law*)” (162).

56 — Como já se assinalou, a Constituição de 1787 só admite a suspensão do *habeas-corpus*, “quando, nos casos de rebelião ou invasão, a segurança pública o exigir”. Isso porque sublinha *Cooley* — “com razão se tem dito que a suspensão do *habeas-corpus* é uma suspensão da Magna Carta (cf. *May*, *Constitutional History*, cap. 11), e só uma grande comoção nacional pode justificá-la ou desculpá-la” (163). Assim, aduz esse constitucionalista na mesma passagem — “a Constituição da República encerra-a em limites mais restritos que os traçados pelos precedentes legislativos na Grã-Bretanha”.

A época da guerra civil e dos atos do presidente Lincoln, todavia, duas grandes questões foram suscitadas, além da que se referiu acima sobre a competência para decretar a suspensão. Discutiu-se primeiro se o poder de decretá-la é discricionário ou depende de haver necessidade verificada judicialmente de tomar essa medida. Em segundo lugar, debateu-se a questão sobre se a suspensão pode ocorrer fora da zona de hostilidades efetivas.

Esses dois pontos, entre outros, foram objeto de aceso debate na própria Corte Suprema, especialmente no caso *Milligan*.

Quanto à primeira questão, entendeu a maioria (cinco juizes) que “nenhum *fiat* legislativo basta para criar a necessidade para o exercício da lei marcial quando necessidade disso não existe de fato” (164), o que se dá, por exemplo, quando as cortes judiciárias estão abertas e normalmente funcionam. Não basta, pois, a guerra ou a

162. *Willoughby*, ob. cit., II, p. 1254. Cf. *Pontes de Miranda*, ob. cit., VI, p. 439; *Cooley*, ob. cit., p. 333.

163. Ob. cit., p. 333.

164. *Willoughby*, § 733.

invasão. É preciso que essas tornem necessária a suspensão.

Ao contrário, a minoria (quatro juizes) sustentou que, constitucionalmente, só uma condição é posta à suspensão de habeas-corpus, a condição de que "em algum lugar (*somewhere*) deve haver guerra em que tomem parte os Estados Unidos" (165).

A propósito da segunda questão, a maioria se manteve fiel à liberdade individual, entendendo que "o Congresso não tinha o poder constitucional de suspender o *writ* de habeas-corpus, ou autorizar a sua suspensão, fora da esfera de ativas operações militares onde as câortes permanecem abertas e prontas para a solução dos negócios judiciais" (166). Por sua vez, a minoria sustentou que o Congresso tinha o poder constitucional de fazê-lo, coerente com sua resposta anterior.

Assim, vingou a orientação mais atenta à salvaguarda da liberdade individual, mesmo ao preço de embaraço à ação do Estado na repressão à desordem. Na verdade, a orientação da minoria apresentava o risco de abuso, já que, num país com a extensão dos Estados Unidos, muito facilmente um conflito pode localizar-se numa região estreita, sem necessidade de se retirar a principal garantia da liberdade a pessoas situadas muito longe da zona de operações militares.

Por outro lado, conforme observa *Willoughby*, a restrição constitucional só alcança o poder federal. Os estados-membros, segundo as disposições de suas leis fundamentais, podem levar a cabo a suspensão mesmo noutras condições. Todavia, como se apontou no § 54, as câortes federais poderão apreciar o cabimento dessa medida, concedendo o *writ* se a entenderem infundada.

Desse modo, conserva o judiciário um efetivo controle sobre um ato de grande alcance público, para o qual

165. *Id. ib.*

166. *Id. ib.*

a autorização do legislativo é necessária. É tal o apêgo do direito anglo-saxônico à liberdade individual que não hesita em colocar sob o crivo imparcial dos juizes medidas de alcance político e de grandes importância para a salvaguarda do bem público.

58 — É preciso sublinhar, porém, que a expressão consagrada — *suspensão do habeas-corpus* — sugere bem mais do que permitem seus efeitos reais. Na verdade, a *suspensão do habeas-corpus*, determinada em lei, nem mesmo veda às câortes concedê-lo. Serve apenas para justificar uma eventual recusa das autoridades encarregadas de manter a paz em acatá-lo, libertando o detido. É essa a lição do célebre caso *Vallandigham*, que refere *Willoughby* (167). Aliás, este mestre diz textualmente, comentando-o: "A suspensão do privilégio do *writ* — deve-se observar — não priva as câortes do poder de concedê-lo. Fornece simplesmente uma escusa legal para a recusa em obedecer ao mesmo". Dessa forma, o que é propriamente suspenso, vem a ser a execução do mandado (168).

Na verdade, as ditas suspensões do *habeas-corpus* "nem sequer suspendem a segurança da liberdade" (169). Mesmo porque "todos os demais recursos ordinários contra os constrangimentos ilegais permanecem de pé, podendo-se empregá-los contra os causadores dos referidos constrangimentos" (170). Nem justificam a detenção arbitrária, a restrição infundada da liberdade individual.

Longe estão de permitir o curso desenfreado da *raison d'état*.

O verdadeiro efeito da suspensão é permitir a prisão, antes de processo regular, de criminosos, ou ao menos de quem, segundo suspeitas fundadas, o é. É retardar

167. *Ob. cit.*, § 737.

168. *Arnold, ob. cit.*, p. 162.

169. *Pontes de Miranda, ob. cit.*, VI, p. 436.

170. *Cooley, ob. cit.*, p. 333.

até o restabelecimento da ordem e da paz o julgamento dos que se detiveram em razão da prática demonstrada, ou solidamente suspeitada, de atos contrários à lei (171).

Por outro lado, como se deve recordar, de acordo com a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana de que é mostra típica a decisão do caso *Milligan*, a suspensão é limitada geograficamente por sua própria natureza. Não pode haver suspensão do *habeas-corpus*, fora da "zona de ativas operações militares". Suspensão, ainda que autorizada pelo Congresso, do *writ* em regiões que não sejam palco de luta, ou que não estejam imediatamente ameaçadas de invasão ou de distúrbios, é inconstitucional. (172).

Enfim, deve-se notar que essa suspensão de modo algum abrange os casos irrelacionados com a crise. As pessoas detidas por motivos outros que não a crise podem sempre impetrar o *writ*, cuja execução nesse caso não poderá ser adiada. A suspensão, destarte, só cabe em caso de o exigir a segurança pública em face a rebelião ou invasão estrangeira e relativamente às pessoas implicadas nesses movimentos (173).

Cf. Cooley, ob. cit., p. 332; Pontes de Miranda, ob. cit., VI, p. 436.
V. § 55. Cf. Willoughby, ob. cit., v. II, § 733.
Cf. Pontes de Miranda, ob. cit., VI, p. 436.

CAPÍTULO 2

O ESTADO DE SÍTIO.

59 — Enquanto instituição jurídica definida, é o estado de sítio uma criação francesa e uma criação revolucionária. Embora se possa lembrar como seu antecedente a suspensão do *habeas-corpus*, que os ingleses já praticavam há um século à época da queda da Bastilha, o estado de sítio aparece, pela primeira vez num texto legal, em 1791, na França.

Por outro lado, enquanto durou o *Ancien Régime* e o o absolutismo monárquico em geral, não existia necessidade de um meio legal que suspendesse direitos individuais, pois êstes não eram reconhecidos positivamente como limites aos poderes do estado.

O primeiro texto legal concernente ao estado de sítio é o decreto de 10 de julho de 1791, que precede de pouco a primeira constituição francesa. Êsse texto distingue em seu bojo o estado de sítio do estado de guerra. Aquêl, mais drástico em suas conseqüências, decorre do cerco (sítio) de uma praça pelo inimigo. Êste, porém, devia ser decretado, para postos ou praças militares limitados. Tal poder, em princípio, só ao legislativo competia, mas, não estando êste reunido, poderia o rei decretar o estado de guerra, sob a responsabilidade pessoal de seus ministros. Neste caso, entretanto, logo que o legislativo se reunisse, deveria apreciar a medida, validando-a ou infirmando-a (174). Essa proclamação, todavia, pressupunha o ataque, efetivo e próximo, por inimigo em armas (175).

174. Cf. Jules Poudra, ob. cit., n.º 72.

175. Cf. Colliard, ob. cit., n.º 119.

Novo texto relativo à suspensão de garantias individuais, em caso de emergência, foi editado no ano V da Revolução. É a lei do 10 Fructidor. Esta só consentia em que fôsse decretado o estado de guerra pelo diretório executivo, após haver êste recebido do legislativo autorização para tanto. Previa, contudo, o estabelecimento automático do estado de sítio, nas comunas do interior, "logo que, em decorrência de seu ataque (*investissement*) por tropas inimigas ou por rebeldes, as comunicações de dentro para fora e de fora para dentro (*sic*) estivessem interceptadas a uma distância de 3.502m dos fossos ou das muralhas" (176).

Ambas essas leis — a de 1791 e a do ano V — não concebem, pois, o sítio, a não ser como fruto de ataque real, por tropas armadas. Ataque êsse que, dada a técnica militar e as fortificações da época, implicava no cerco, seguido, ou não, de assalto.

Contudo, a Constituição de 1791, que não revogou o primeiro daqueles textos, tinha preceito especial concernente a desordens, ou conflitos, que não tivessem o caráter de atos de guerra. Está o mesmo contido no artigo 11, do título IV, que assim dispunha: "Se desordens agitam um departamento inteiro, o rei dará, sob a responsabilidade de seus ministros, as ordens necessárias para a execução das leis e o restabelecimento da ordem, mas deve informar disse o Corpo legislativo, se estiver reunido, e o convocar, se em férias".

Como se vê, o texto constitucional está bem longe, e bem mais atrasado em relação à lei de julho, com referência à defesa contra agitação intestina, sem o caráter bélico. Parece, na verdade, admitir serem ilimitados os poderes reais em tempos de crise interna.

60 — Na linha do preceito referido da Constituição de 1791, mas rompendo com os textos legais apontados

176. Poudra, ob. cit., loc. cit.

acima, a Constituição do ano VIII, como se viu anteriormente (177), previu, eclodindo crise grave, sua suspensão, em áreas limitadas, através de lei. A mesma solução adotou o senatus-consulta de 16 Termidor do ano X (art. 55) que dispunha passar o poder de declarar departamentos, "fora da constituição" (*hors la constitution*) à competência exclusiva do senado imperial.

Em 1811, todavia, o decreto de 24 de dezembro, voltou a prever o estado de guerra (art. 52) e o estado de sítio (art. 53), ambos decretados pelo Imperador. O primeiro destes viria tão somente "dar mais força e mais ação à polícia militar, sem que fôsse necessário decretar o estado de sítio" (178).

61 — Omissa a Carta de 1814 a propósito do estado de sítio, o Ato Adicional de 22 de abril de 1815 o regulou de modo que se aproxima bastante dos textos modernos. Mais ainda, previu expressamente — o que pela primeira vez se dava — o estado de sítio para a repressão de desordens internas.

Assim dispunha êsse texto: "Nenhuma praça, nenhuma parte do território, pode ser declarada em estado de sítio, a não ser em caso de invasão por força estrangeira, ou em caso de desordens civis (*troubles civils*)".

"No primeiro caso, a declaração é feita por ato do governo. No segundo caso, ela só pode ser feita por lei".

"Se, todavia, ocorrendo qualquer desses casos, as câmaras não estão reunidas, o ato do governo que declara o estado de sítio deve ser transformado num projeto de lei dentro em quinze dias da reunião das câmaras". (art. 66).

62 — Essa formulação, que muito se aproxima da definitiva, precede de pouco o transbordamento da ins-

177. V. § 31.

178. Poudra, ob. cit., § 74.

tituição para além das fronteiras francesas. Pode-se, razoavelmente, ver nela o ponto de expansão do estado de sítio para outros países, inclusive da América.

O *état de siège*, porém, só recebeu sua forma definitiva com as leis de 9 de agosto de 1849 (elaborada em obediência ao art. 106 da Constituição de 1848) e de 3 de abril de 1878 que a modificou.

Distinguem essas leis duas espécies de estado de sítio real ou efetivo e o estado de sítio político ou fictício.

O primeiro se caracteriza pelo fato do cerco da praça de guerra, ou posto militar, ou por seu ataque, ou ainda pela reunião de forças inimigas num raio de 10 km do posto ou praça. Em tal caso, a declaração do estado de sítio compete ao comandante militar, de acordo com o art. 5 da lei de 9 de agosto de 1849 (179). Essa declaração se faz *ad referendum* do Presidente da República, o qual, se não o quiser levantar, deve pedir para a mesma a aprovação parlamentar (180).

O segundo se caracteriza por perigo iminente, em decorrência de guerra ou insurreição, e somente pode ser declarado por lei, salvo se a Assembléia nacional estiver em férias. Neste caso, pode o presidente fazê-lo mas sob a condição de ratificação pelo Legislativo que é então automaticamente convocado (arts. 1 e 2 da lei de 3 de abril de 1878) (181).

179. Dispunha esse artigo: "Nas praças de guerra e postos militares, seja de fronteira, seja do interior, a declaração do estado de sítio pode ser feita pelo comandante militar, nos casos previstos pela lei de 10 de julho de 1791 e pelo decreto de 24 de dezembro de 1811. O comandante disso informa imediatamente o governo".

180. Art. 6: "Nos casos dos dois artigos precedentes, se o Presidente da República não crê dever levantar o estado de sítio, deve pedir sem delongas sua manutenção à Assembléia nacional".

181. Art. 1: "O estado de sítio somente pode ser declarado em caso de perigo iminente, resultante de guerra estrangeira ou de insurreição a mão armada. Só a lei pode declarar o estado de sítio; essa lei designa as comunas, os *arrondissements* ou departamentos aos quais esse estado se aplica. A lei fixa o prazo de sua duração. Expirado esse prazo o estado de sítio cessa de pleno direito, a menos que lei nova prorrogue seus efeitos".

Art. 2: "Em caso de recesso (*ajournement*) das câmaras, o Presidente da República pode declarar o estado de sítio, ouvido o conselho de ministros, mas então as câmaras se reúnem de pleno direito dois dias depois".

Em ambos os casos, são iguais os efeitos quanto aos direitos dos cidadãos. A autoridade militar recebe a polícia administrativa geral (lei de 9 de agosto de 1949 — art. 7) (182), adquire mais o direito de perquisição, tanto à noite quanto de dia, o direito de afastar da zona sujeita ao sítio os ex-condenados e os que lá não são domiciliados, o de exigir a entrega de armas e munições, bem como o de buscá-las e apreendê-las, o de proibir publicações e reuniões (*idem* art. 9) (183). Os tribunais militares passam a ser competentes para conhecer dos crimes contra a segurança do estado, contra a Constituição, contra a ordem e a paz pública, qualquer que seja o acusado (*idem* art. 8) (184).

63 — O *état de siège*, como se viu no n.º precedente, pressupõe sempre guerra ou insurreição a mão armada. Ora, situações podem ocorrer que são extremamente graves, sem que haja luta armada. Assim se dá, por exemplo, em caso de calamidade pública (sem o caráter de insurreição), etc.

Para tais casos, expressamente referidos pelo art. 1 da lei de 3 de abril de 1955, prevê o direito francês o estado de urgência (*état d'urgence*) que deve ser considerado modalidade do sítio fictício.

O *état d'urgence* só pode ser proclamado por lei (art. 1 da lei supra-referida), por um prazo de seis meses,

182. Art. 7: "Logo que declarado o estado de sítio, os poderes de que a autoridade pública estava investida para a manutenção da ordem e da polícia passam integralmente (*tout entiers*) para a autoridade militar. A autoridade civil continua, todavia, a exercer os poderes de que a autoridade militar não a despojou".

183. Art. 9: "A autoridade militar tem o direito de: 1.º fazer perquisições, de dia e de noite, no domicílio dos cidadãos; 2.º afastar os ex-condenados (*repris de justice*) e os indivíduos que não têm seu domicílio nos lugares submetidos ao estado de sítio; 3.º ordenar a entrega das armas e munições e de proceder à sua busca e à sua apreensão; 4.º proibir as publicações e as reuniões que julgar de natureza a excitar ou a manter a desordem".

184. Art. 8: "Os tribunais militares podem ser chamados a conhecer dos crimes e delitos contra a segurança da República, contra a Constituição, contra a ordem e a paz públicas, qualquer que seja a qualidade dos autores principais e dos cúmplices".

somente prorrogável por outra lei, sempre para região limitada e determinada. Cessa, todavia, automaticamente se ocorrer qualquer das duas hipóteses seguintes: dissolução da Assembléa nacional ou queda do gabinete que obteve sua declaração (185).

Quanto a seus efeitos, o estado de urgência é por um lado mais suave que o de sítio. Por isso Prétot o chama de estado de sítio atenuado (186). De fato, não implica na transferência para a autoridade militar do poder de polícia, ao contrário do *état de siège*. E, o que sempre é importante para a salvaguarda da liberdade individual, não pode ser, em hipótese alguma, declarado pelo executivo, ainda que *ad referendum*.

Pode ser, contudo, mais rigoroso que o estado de sítio quando todas as suas potencialidades se realizam (187). Segundo Colliard, o estado de urgência tem os seguintes efeitos:

1 — Atribui a certas autoridades poderes determinados, como o de fechar salas de espetáculos ao ministro do Interior, o de proibir a circulação de pessoas e veículos por determinadas zonas ao prefeito, e, sobretudo, ainda ao ministro do Interior, o poder de impor residência forçada para toda pessoa, residente na região submetida ao estado de urgência, que fôr considerada perigosa.

2 — Permite que, por decreto, seja dado à justiça militar o conhecimento de certas infrações penais que ordinariamente seriam sancionadas pela justiça comum.

3 — Admite que, por disposição expressa da lei que o declarar, seja determinada a censura das publicações do rádio, da televisão, das projeções cinematográficas, das representações teatrais, etc., bem como seja autorizada a realização de buscas domiciliares, de dia ou de noite (188).

185. Cf. Colliard, ob. cit., n.º 125; Vedel, *Droit Administratif*, ob. cit., p. 167.

186. V. Marcel Prétot, ob. cit., v. II, n.º 344.

187. Cf. Vedel, ob. cit., v. I, p. 167/168.

188. Ob. cit., n.º 127.

64 — Na Europa, o *état de siège* inspirou entre outros, o direito germânico de emergência. Já em meados do século passado a suspensão temporária e localizada de garantias segundo o modelo francês se incorporara à Constituição prussiana. Assim é que o art. 111 da Constituição de 31 de janeiro de 1850 dispunha que: "Em caso de guerra ou de revolta, ou se a segurança pública é ameaçada, os artigos 5, 6, 7, 27, 28, 29, 30 e 36 da Constituição perderão fôrça de lei durante o tempo e nas localidades onde essa medida for necessária.

Isso significava a suspensão da liberdade pessoal (art. 5), da inviolabilidade do domicílio (art. 6), da proibição de tribunais de exceção (art. 7), da liberdade de pensamento e da proscricção da censura (art. 27 e 28), do direito de reunião (art. 29), de associação (art. 30) e das limitações ao emprêgo de tropas na manutenção da ordem interna (art. 36).

Segundo a mesma orientação, a lei fundamental austríaca de 21 de dezembro de 1867, admitia em princípio a possibilidade de suspensão temporária e localizada de certos direitos (art. 20). Mais tarde, a Constituição do império alemão veio em seu art. 68 consagrar em moldes semelhantes esse instituto.

Na Constituição de Weimar, o estado de sítio (*Ausnahmestand*) foi previsto em seu tristemente célebre art. 48, apontado por muitos como o instrumento jurídico da destruição da democracia alemã (189).

Esse artigo, numa primeira parte, previa o que em nosso direito se denomina intervenção federal (190) para dispor adiante: "Quando no Reich alemão se hajam alterado gravemente, ou estejam em perigo, a segurança e a ordem públicas, o Presidente do Reich pode adotar as

189. V. Georges Burdeau, *Traité de Science Politique*, v. VII, Paris 1957, n.º 101.

190. "Quando um Land não cumpre os deveres que lhe impõem a Constituição ou as leis do Reich, o presidente do Reich poderá obrigá-lo a isso com a ajuda da fôrça armada".

medidas indispensáveis para o estabelecimento das mesmas, inclusive com a ajuda da força armada, se necessário. Para esse efeito pode suspender no todo ou em parte os direitos fundamentais fixados nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153. Das medidas que adote de acordo com este artigo, o Presidente do Reich haverá de dar conhecimento imediatamente ao Reichstag. A requisição deste, tais medidas ficarão sem efeito".

Os direitos fundamentais segundo esse texto passíveis de suspensão eram a liberdade pessoal (art. 114), a inviolabilidade do domicílio (art. 115), a da correspondência (art. 117), a liberdade de imprensa (art. 118), a de reunião (art. 123), a de associação (art. 124) e, enfim, o direito de propriedade (art. 153).

O traço mais saliente do sistema de Weimar era o papel e a força do Presidente. O poder de intervir nos estados-membros como o de suspender direitos fundamentais é em suas mãos que repousa. O Reichstag tem o poder de, numa verificação *a posteriori* que evidentemente se defronta com fatos consumados, tornar sem efeito seus atos. Por outro lado, o texto constitucional desconhece limitações no tempo e no espaço à suspensão de direitos. Abre assim campo mais largo ao arbítrio governamental que o *état de siège*, sua fonte primeira (191).

65 — A lei fundamental de Bonn, designação por que se conhece a Constituição vigente da República Federal Alemã, ignora o estado de sítio, ou qualquer suspensão de garantias. Reage assim aos abusos do nazismo, pela afirmação de direitos fundamentais cujo respeito prefere, se conflito houver, ao restabelecimento da ordem a qualquer preço.

Não pode ser confundido com o estado de sítio, nem mesmo dele ser aproximado, o chamado *estado de*

191. Cf. Pontes de Miranda, ob. cit., VI, p. 441. Contra: Pinto Ferreira, ob. cit., II, 398.

cessidade legislativa. Este não passa de um processo especial, destinado a assegurar a gabinetes minoritários, que não podem ser substituídos por falta de acordo da maioria, a aprovação de projetos legislativos, desde que aceitos pelo Bundesrat (192).

A Constituição alemã para evitar crises ministeriais insolúveis, que enfraquecem o governo e põem em perigo o bem-estar social, previu em seu art. 68 que, se o Bundesrat rejeitar pedido de confiança do chanceler, poderá ele ser dissolvido no prazo de vinte e um dias, se nesse intervalo não fôr pela câmara eleito outro chanceler. Se não houver sido dissolvido o Bundesrat, nem eleito novo chanceler, o gabinete permanece em funções embora minoritário. Para que não seja nesse caso reduzido à inação pela má vontade parlamentar, prevê o art. 81 que, se o Bundesrat rejeitar projeto de lei declarado urgente pelo governo, poderá este obter do presidente a decretação do *estado de necessidade legislativa*, caso em que, perdurando a oposição do Bundesrat, será o projeto transformado em lei se lograr a aprovação do Bundesrat. Esse estado perdura por seis meses e não poderá ser prorrogado, ou reconduzido em favor do mesmo chanceler.

66 — Ao contrário da Constituição federal, as constituições da Baviera e da Renânia-Palatinado, por exemplo, prevêm o estado de sítio.

A última (art. 112) permite que, se a segurança pública e a ordem forem gravemente perturbadas e a ordem constitucional estiver em perigo, tome o governo estadual as medidas que se fizerem necessárias, podendo especialmente editar decreto-leis e suspender, ou diminuir, por uma semana, a liberdade de opinião, de associação, de reunião, o sigilo da correspondência e a liberdade de locomoção. Essas medidas deverão ser imediatamente

192. Cf. Burdeau, ob. cit., v. VII, n.º 101.

submetidas ao Landtag e serão suspensas, se este o solicitar.

A Constituição bávara (art. 48), em caso de ameaça para a ordem e a segurança públicas, admite a restrição ou suspensão pelo governo da liberdade de opinião, de imprensa, do sigilo da correspondência e da liberdade de reunião, pelo prazo também de uma semana. Em tal caso, deve o governo informar o Landtag, convocando-o caso se não estiver reunido. Se este aprovar a medida, seu prazo se estenderá por um mês. Do contrário, deverá o governo tornar sem efeito o que fez. Cabe sempre contra essa suspensão reclamação perante a Corte bávara de litígios constitucionais que deverá manifestar-se dentro em sete dias.

67 — A influência do *état de siège* atingiu ainda outros Estados, como a Espanha (193), mas custou a alcançar o direito italiano. Este, do qual tantas lições se tomaram para a interpretação do nosso, não conheceu, até o advento do fascismo, outra forma de estado de sítio, que o previsto pela legislação militar, isto é, o estado de sítio real ou efetivo. Era de extremo rigor sua regulamentação pois era previsto para o caso de assédio por tropa inimiga de praça ou posto militar. Todavia, foi várias vezes decretado em caso de mera convulsão interior e localizada, sem caráter de guerra (194).

Em 1926, a lei de segurança pública permitiu distinguir o estado de perigo público (*stato di pericolo pubblico*), caracterizado pela suspensão de determinadas normas jurídicas, notadamente concernentes às garantias constitucionais; do estado de guerra (*stato di guerra*), caracterizado pela transferência dos poderes necessários à manutenção da ordem pública à autoridade militar; e do estado de sítio

193. Constituição de 25 de maio de 1845, art. 8.
194. Cf. Pinto Ferreira, ob. cit., II, p. 398.

militar (*stato di assedio militare*), voltado para as exigências do combate (195).

A legislação posterior, como a lei de 18 de junho de 1931, seguiu a mesma linha, conferindo ainda ao ministro do interior, o poder de editar *bandi* que derogariam temporariamente as leis vigentes, em caso de estado de guerra (196).

68 — Na América, pode-se dizer sem susto, a pro-gênie mais conspícua do *état de siège* está no direito brasileiro, ainda que este não seja extreme de outras influências. De fato, nenhuma das Constituições brasileiras descurou-se das medidas extraordinárias que podem vir a ser necessárias à defesa da ordem que estabelecem. Todas elas, umas com rigor maior, outras com maior benevolência, adotaram o mesmo sistema qual seja o estado de sítio.

A primeira de todas — a Constituição de 25 de março de 1824 — já o previu, embora sem usar o nome. Admitia ela que, “nos casos de rebelião ou invasão estrangeira”, se dispensassem, “por tempo determinado, algumas formalidades que garantem a liberdade individual”, se necessário à salvação do estado.

Na verdade, a instituição aparece em nosso direito com bom nível técnico, revelando rápida assimilação das regras do *état de siège* francês bem como notícia razoável do sistema anglo-saxão da suspensão do *habeas-corpus*.

A influência do direito anglo-saxão parece manifesta ao menos em dois pontos: a enumeração dos casos que justificam a dispensa e a referência às “formalidades que garantem a liberdade individual”. A Constituição americana, como é sabido, só consente na suspensão do

195. Cf. Luigi Rossi, art. Stato de Assedio, in Nuovo Digesto Italiano, ed. 1940, v. XII; Paolo Biscaretti di Ruffia, Diritto Costituzionale, 4.ª ed., Nápoles, 1956, p. 411/412.

196. Cf. Biscaretti, ob. cit., loc. cit.

habeas-corpus nos casos de rebelião ou invasão (197). E o *habeas-corpus* é a principal formalidade que garante a liberdade individual. Esse *writ*, que não pertencia ao nosso direito na época, embora parecesse sugerido por disposições do art. 179 da Constituição de 1824, foi, aliás, previsto logo mais pelo Código de Processo de 1832 (198).

Essa intuição, que, à falta de estudos mais aprofundados sobre a gênese da mesma Constituição, não se pode transformar em certeza, é reforçada se se considerar que nenhum texto francês sobre o sítio o prevê nos termos do § 35 do art. 179. Na verdade, o que mais dele se aproxima é bem posterior: a lei de 1849, art. 1, que se refere a "perigo iminente para a segurança interna ou externa".

Os textos anteriores a 1824, porém, dele se afastam bastante. A Constituição do ano VIII não fala da invasão estrangeira (art. 92) (199). O Ato Adicional de 1815 lembra-se da invasão estrangeira mas não exige, em caso de conflito interno, rebelião ou insurreição, contentando-se com perturbações, desordens (*troubles*).

Deve-se acrescentar, enfim, que noutra semelhança com o direito norte-americano, o Ato Adicional de 1834 (lei 16, de 12 de agosto) concedia, em seu art. 11, § 8, o poder de declarar a dispensa de garantias também às Assembleias provinciais, do mesmo modo que, na América do Norte, os estados-membros podem suspender o *habeas-corpus*, se preciso fôr. No que, diga-se de passagem, o federalismo brasileiro jamais consentiu.

68 — Por outro lado, a Constituição de 1824 foi rigorosamente liberal ao regular o estado de sítio. Teve, em primeiro lugar, o cuidado de sublinhar o caráter

197. V. retro n.º 53. Art. I, seção IX, § 2.
198. Cf. Ari Franco, Código de Processo Penal, 6.ª ed., Rio, 1956, v. II, p. 359/360.
199. V. retro n.º 29.

necessariamente limitado, no tempo, da medida, o que nem sempre aconteceu na legislação francesa.

Em segundo lugar, reservou, em princípio, à representação nacional a competência de declarar o sítio, só admitindo que o governo o fizesse, desde que, havendo perigo iminente, estivesse em recesso a assembleia. O direito francês, que seria o modelo, era bem hesitante a esse propósito, só fixando de vez princípio equivalente na lei de 9 de agosto de 1849.

Foi, todavia, mais branda nas consequências da dispensa, não prevendo, no caso de emergência, a extensão da jurisdição militar (200).

70 — A seu turno, a Constituição de 1891, a primeira a usar da expressão estado de sítio, pouco inovou nessa matéria em relação à lei fundamental do Império.

Quanto às justificativas de sua decretação, nada mudou, exceto as palavras. O sítio, segundo o art. 80, podia ser declarado, se necessário, nos casos de agressão estrangeira ou comoção intestina, que, segundo larga corrente, significa insurreição a mão armada.

Quanto ao poder de decretá-lo, também nada alterou, chegando a repetir palavras. Em princípio, cabia ao Congresso sua declaração (art. 80 § 1.º) mas não se achando reunido o Congresso (Const. de 1891) — não se achando, porém, a esse tempo reunida a assembleia (Const. de 1824) — e correndo a Pátria iminente perigo (ambas) competirá ao governo fazê-lo.

Ambas as Constituições ainda coincidem em exigir prestação de contas do executivo para o legislativo sobre as medidas tomadas, logo que reunida a câmara (na Constituição republicana, art. 80, § 3.º) e em prometer a responsabilização das autoridades pelos abusos (*idem*, art. 80 § 4.º).

200. Cf. Maximiliano, *ob. cit.*, n.º 295.

A diferença que há entre elas se limita à maneira de prever a medida de exceção, uma descrevendo o seu conteúdo (dispensa de garantias), outra dando o seu nome (estado de sítio) e a uma restrição explícita das medidas de repressão contra pessoas que contém apenas a Constituição republicana.

A vista disso, parece difícil de aceitar, como assinalam certos autores pátrios (201), que o sítio veio para o direito brasileiro do direito argentino que se abeberara na Constituição chilena de 1833. Este último texto, como se apontou anteriormente (202), prevê a suspensão do império da Constituição, prendendo-se ao molde da Constituição do ano VIII numa técnica superada que a Constituição de 25 de março já desprezara.

Com as Constituições chilena (de 1833) e argentina (de 1860) existe na verdade uma coincidência que torna admissível haver sido por elas influenciado o constituinte brasileiro. Sua importância é, porém, pequena. Trata-se da limitação dos poderes do governo contra as pessoas durante o sítio, só admitindo tôdas elas a detenção e o destêrro.

Afora isso, há somente semelhança nas expressões usadas no art. 23 da Constituição argentina com as usadas no art. 80 da primeira Constituição republicana do Brasil para designar as justificativas da medida extrema. Esta, como se sabe, refere-se à agressão estrangeira e à comoção intestina e aquela, na tradução de *Rodrigo Otávio* (203), a ataque exterior e comoção interior. Quanto ao fundo, porém, o texto brasileiro republicano em nada difere do imperial.

Dêsse modo, há base segura para recusar ao direito brasileiro sobre o sítio qualquer fonte de segunda mão. Embora não seja criação original, nossos ancestrais não

201. Como o próprio Maximiliano (ob. cit., n.º 295).

202. V. retro n.º 31.

203. Constituições Federais, Rio, 1897, p. 136.

precisaram de tradução castelhana para conhecer a suspensão de garantias, seja francesa, seja anglo-saxônica.

71 — Na República, a principal fonte da evolução de nosso direito no que concerne ao sítio, foi a experiência. A lição de seu uso frequente interpretada pelos juristas, e sobretudo *Ruy*, para a defesa da liberdade individual ameaçada, pelos abusos do governo.

O constituinte de 1934, na verdade, procurou impedir um a um todos os abusos praticados sob a capa do sítio durante a primeira República. Não sendo êstes poucos, as regras que na Constituição de 1891 ocupavam um artigo e quatro parágrafos, na de 1934, se espalharam por um artigo e quinze parágrafos.

Na verdade, quase todos êses parágrafos significavam novas limitações e respondiam a abusos precisos. Assim, por exemplo, se determinou que o destêrro não se fizesse para lugar deserto e insalubre (art. 175, § 1), que fôsse respeitada a liberdade de locomoção dos parlamentares e certas autoridades (art. 175, § 4.º) que, cessado o sítio, cessam seus efeitos (art. 175, § 11) etc. Também se procurou reforçar a subordinação ao legislativo de tôda e qualquer restrição à liberdade, submetendo a decretação pelo governo, em caso de recesso do Congresso, à aquiescência da seção permanente do Senado (art. 175, § 7.º) bem como à aprovação posterior do Parlamento (art. 175, § 8.º).

Previu, todavia, o constituinte forma mais rigorosa de sítio para o caso de guerra (art. 175, § 15), abrindo campo a novos abusos. Assim, pela emenda n.º 1, foi criado o *estado de comoção intestina grave equiparado ao estado de guerra*, que permitia se tomassem contra as pessoas medidas extremamente graves, por uma ampla suspensão das garantias constitucionais. Enquanto no estado de sítio comum, as medidas de exceção eram poucas e taxativamente enumeradas (art. 175, § 2.º), nesse estado de guerra fictícia se especificariam quais as garantias que não seriam suspensas!

72 — Ao contrário, a Carta de 1937 marca insofismável retrocesso. Enquanto o constituinte de 1934 procurara vedar abusos, o de 1937 só cuidou de instalar o arbítrio.

O sítio, nessa Carta outorgada, recebe o nome de estado de emergência e de estado de guerra, que é uma forma qualificada (art. 166 e modificações feitas pelo art. 2.º da lei constitucional n.º 5, de 10 de março de 1942).

Ambos são decretados pelo Presidente, sendo desnecessária a anuência do Parlamento nacional, que não os poderá suspender, nem mesmo desaprovar as medidas adotadas, sob pena de dissolução, apelando o chefe de estado para o pronunciamento do país (art. 166, § único, art. 167 § único).

Quanto aos efeitos, são êsses dos mais antiliberais e antidemocráticos no estado de guerra, já que êste implica na suspensão das partes da Constituição que o Presidente determinar (art. 171). As imunidades parlamentares poderiam ser suspensas pelo Presidente mesmo se isso fôsse recusado pela câmara, se o chefe do govêrno o entendesse de manifesta urgência (art. 169 § 1.º). O recurso ao judiciário era completamente vedado (art. 170).

Essa mancha em nossas tradições, a que só por ma-soquismo se dedicaria mais espaço, inspira-se, como é notório, na Constituição polonesa de 1935, mas — nota Paulino Jacques (204) — dispensando a intervenção do Congresso, suplantou de longe o modelo... Não influenciou, salvo de modo negativo a de 1946, ainda que tenha deixado saudades entre caudilhos de fronteira. A atual Constituição reata com a tradição democrática e liberal, inspirando-se largamente na constituição de 1934 e no horror aos abusos do *Estado novo* (205).

204. Curso de Direito Constitucional, Rio, 1956, p. 397.

205. Esta será examinada com vagar mais adiante, na segunda parte d'êste estudo.

CAPÍTULO 3

A NATUREZA DO ESTADO DE SÍTIO

73 — Conhecida sumariamente a evolução externa do estado de sítio, cumpre agora examiná-lo em sua essência. Que é no fundo o estado de sítio? Qual a sua natureza? Eis o tema d'êste capítulo.

Do estado de sítio fornecem muitos autôres, mormente estrangeiros, conceitos que podem ser ditos descritivos. É o caso, por exemplo, de Maurice Hauriou. Para êste, "o estado de sítio é uma instituição legal previamente preparada que, para assegurar a ordem, organiza o reforçamento do poder executivo, transferindo da autoridade civil para a autoridade militar: 1 — uma parte dos poderes de polícia; 2 — uma parte do poder repressivo sôbre a população civil" (206).

Nesse conceito, porém, podem-se ver dois defeitos que são graves. Primeiro, nele há uma lacuna, e imperdoável. Ignora o aspecto sem dúvida principal do estado de sítio que é a restrição, ou a suspensão, de garantias constitucionais. Segundo, apega-se demais à fórmula francesa do sítio, não atingindo o grau de generalidade necessário para que possa servir a todo estado de sítio, francês, ou não, que todos têm no fundo a mesma essência. De fato pode haver estado de sítio, e o há no Brasil por exemplo, sem transferência à autoridade militar do poder de polícia (207).

206. Précis Élémentaire de Droit Constitutionnel, 3.ª ed. atualizada por André Hauriou, Paris, 1933, p. 159.

207. V. adiante § 119.

Conceitos próximos, embora preferíveis por fugirem àquela lacuna, avançam *Joseph Barthélemy* (208) e *Claude-Albert Colliard*. Ensina este mestre contemporâneo: "Designa-se sob o nome de estado de sítio um regime de legalidade especial próprio a circunstâncias de crise, destinado a permitir, pela diminuição das liberdades públicas e extensão dos poderes da autoridade de polícia, sejam vencidas as dificuldades do momento" (209).

Tal conceito tem seu ponto fraco na referência imprecisa à "diminuição das liberdades públicas". E longe de esclarecer esse ponto, o mesmo professor mais adiante afirma ser o estado de sítio "um regime particular das liberdades públicas no qual são estas senão totalmente suprimidas, ao menos fortemente reduzidas" (210). Ora, o sítio não suprime liberdades, suspende-as transitória-mente. Nem reduz liberdades, mas sim, suspendendo garantias, permite restrições maiores ao exercício da liberdade humana (211).

Esses mestres franceses, todavia, fizeram escola mesmo além dos Pirineus. *García-Pelayo*, um dos maiores constitucionalistas espanhóis contemporâneos, mostra inegável influência de *Hauriou* especialmente, no conceito que formula. O estado de sítio — diz — é uma "instituição jurídica prevista de antemão, cujo objeto é restabelecer a paz pública, e, com ela, o império da lei, a qual se caracteriza pelo reforçamento do poder executivo, pela atribuição à autoridade militar de competências até então pertencentes à civil, ao mesmo tempo que, mediante a suspensão de certos direitos individuais e de outras medidas, alarga o âmbito de tais competências" (212). Extremamente descritivo, esse conceito padece de um dos defeitos do que lhe serviu de base: inclui traços acidentais

208. Cf. *Précis de Droit Constitutionnel*, 4.^a ed., Paris, 1938, n.º 465.

209. *Ob. cit.*, n.º 119.

210. *Id. ib.*, loc. cit.

211. V. adiante § 80.

212. *Ob. cit.*, p. 166.

do estado de sítio, em alguns países, em certos de seus tipos.

74 — Bem mais felizes nessa conceituação, foram e são os mestres brasileiros nisso auxiliados pelo legislador. A uma só voz ensinam que o estado de sítio consiste na suspensão provisória (e localizada) das garantias constitucionais. É a lição de *Ruy* (213), de *Soriano de Souza* (214), de *Rodrigo Otávio* (215) para só citar três dentre os mais antigos. É a lição de *Pontes de Miranda* (216), de *Themístocles Cavalcanti* (217), de *Pinto Ferreira* (218), na impossibilidade de citar todos os contemporâneos. É a lição clara da Constituição de 1891 (219).

Qual é, porém, o conteúdo da expressão "garantias constitucionais?"

Como se depreende do ensinamento de *Ruy*, essa expressão pode ser entendida de modo lato como pode ser tomada em sentido estrito. Em sentido lato, por garantias constitucionais designa-se a organização dos poderes públicos. "Garantias constitucionais vêm a ser,

213. *Comentários ...*, *ob. cit.*, VI, p. 282.

214. "Em uma palavra, estado de sítio quer dizer suspensão das garantias constitucionais, instituídas para defesa dos direitos individuais, da liberdade pessoal, da inviolabilidade do domicílio e, em suma, de todas as outras garantias das liberdades individuais". *José Soriano de Souza*, *Princípios Gerais de Direito Público e Constitucional*, Recife, 1893, p. 318.

215. "O estado de sítio importa na suspensão das garantias constitucionais, durante o tempo determinado de sua duração e nos limites de território a que ele foi aplicado". *In Elementos de Direito Público e Constitucional brasileiro*, em colaboração com *Paulo D. Vianna*, Rio, 1913, p. 163.

216. "O estado de sítio é a suspensão das garantias constitucionais apontadas no decreto, ou lei de suspensão, nos termos estritos em que a Constituição o permite". *Comentários*, *ob. cit.*, v. I, p. 408.

217. "Consiste essencialmente o estado de sítio na suspensão de algumas garantias constitucionais, sobre uma parte do território ou sobre todo ele, pelo tempo necessário para evitar a perturbação da ordem pública ou para reprimi-la". *In A Constituição Federal Comentada*, 3.^a ed., Rio, 1959, IV, p. 229.

218. "O estado de sítio é a suspensão provisória e constitucional das franquias liberais". *Ob. cit.*, II, p. 384.

219. Art. 80: "Poder-se-á declarar em estado de sítio qualquer parte do território da União, suspendendo-se aí as garantias constitucionais por tempo determinado"... (O grifo é nosso).

por conseguinte, acima de tudo as providências que, na Constituição, se destinam a manter os poderes no jôgo harmônico das suas funções, no exercício contrabalanceado e simultâneo das suas prerrogativas. Dizemos então *garantias constitucionais* no mesmo sentido em que os ingleses falam nos freios e contrapesos da Constituição" (220).

Sensu stricto, "garantias constitucionais se chamam, primeiramente, as defesas postas pela Constituição aos direitos especiais do indivíduo. Consistem elas no sistema de proteção organizado pelos autores da nossa lei fundamental em segurança da pessoa humana, da vida humana, da liberdade humana" (221).

Ora, se o estado de sítio fôsse a suspensão de garantias constitucionais em sentido amplo, equivaleria à suspensão da Constituição, visto que esta, tôda inteira, visa proscrever o arbítrio, salvaguardando a liberdade e a vida humanas. O estado de sítio, porém, não vai tão longe. Dizia Barbalho, citando um grande jurista do império: "a suspensão de garantias imperiosamente exigida pelo perigo da pátria é a suspensão" não da Constituição, nem dos poderes políticos, ou dos direitos dos cidadãos, sim de algumas formalidades que garantem a liberdade individual "(Pimenta Bueno, *Direito Público Brasileiro*, n. 609)" (222).

O estado de sítio consiste na suspensão das garantias constitucionais, em sentido restrito, apenas. (223).

75 — Procurando tornar mais claro o significado da expressão garantias constitucionais, lembra Carlos Maximiliano o ensinamento do mestre argentino — Perfecto Araya — contido em seus *Comentários a la Constitución*

220. Ruy Barbosa, *Comentários* ..., ob. cit., VI, p. 279.

221. Id. ib., p. 278.

222. João Barbalho, *Constituição Federal Brasileira*, 2.^a ed., 1924, p. 163.

223. Cf. Ruy, *Comentários* ..., ob. cit., VI, p. 278 e seguintes. Rodrigo Otávio, *Elementos* ..., ob. cit., p. 164. Temístocles Cavalcanti, ob. cit., IV, p. 230, e muitos outros.

de la Nacion Argentina, ed. 1908, Volume I, p. 314 — onde este afirma a propósito do estado de sítio naquela nação: "As garantias constitucionais que se suspendem, são aqueles direitos e privilégios que a Constituição declara e reconhece na sua primeira parte, sob o título de *Declaração de direitos e garantias* e que se referem aos indivíduos particularmente como membros do corpo social e político que se chama nação". E acrescenta: "Ora, exatamente sob a rubrica *Declaração de direitos e garantias*, o código supremo da República Argentina enumera as franquias asseguradas pelo art. 72 do estatuto brasileiro" (de 1891) (224).

A suspensão de garantias constitucionais, que é a essência do estado de sítio, seria assim a suspensão, no todo ou em parte, do capítulo constitucional dos direitos e garantias.

Na verdade, essa afirmação é incorreta e não pode ser aceita, ao menos se entendida literalmente. De fato, ela parece confundir direitos e garantias, quando a distinção entre ambos é, no dizer do prof. San Tiago Dantas, a base "sobre a qual repousa tôda a teoria do estado de sítio" (225).

As Constituições modernas, num de seus traços, mais característicos, reconhecem no homem certo rol de direitos subjetivos: os direitos naturais, assim ditos porque derivados da natureza humana, de tal sorte que cada indivíduo só por ser homem os possui de modo imperecível e inalienável. Não ficam elas, porém, nessa afirmação teórica, nesse reconhecimento solene, procuram fornecer garantias que os salvaguardem contra o arbítrio do poder.

Se se fôr ao fundo, há de se ver que a grande originalidade dêsse traço das Constituições escritas não está no reconhecimento de direitos mas no de garantias. Os direitos do homem a teoria política cristã há muitos

224. Ob. cit., n.º 295, nota 15.

225. Francisco Clementino de San Tiago Dantas, *Parecer*, Rev. Forense, n.º 142, p. 75.

séculos reconhecia. O próprio *Bodin*, pai da soberania, negava ao Estado o poder de violar os direitos dos súditos (226). Ora, as monarquias cristãs, ainda que absolutas, não podiam em tese desconhecer êsses direitos, se pretendiam conservar-se cristãs. Todavia, desconheciam-se garantias para êsses direitos, de modo que êstes eram como se não existissem.

As Declarações tinham assim um aspecto didático: recordar a governantes e governados a existência de direitos naturais a cada homem. E tinham um aspecto jurídico-político: pondo limites à ação do poder público relativamente aos indivíduos garantir contra o Estado seus direitos. Êsses dois aspectos aparecem em geral imbricados na mesma regra mas nem por isso podem ser confundidos.

Tome-se por exemplo um dos artigos da Declaração de 1789 — o célebre art. 17: “Sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém pode dela ser privado, salvo quando a necessidade pública, verificada legalmente, o exige evidentemente, sob a condição de justa e prévia indenização”. Vêem-se nele, bem claros, ambos os aspectos: primeiro, o seu reconhecimento solene, segundo a barreira erguida contra o poder público — a exigência de prévia e justa indenização para a sua perda em caso de necessidade pública.

Na vida cotidiana, a importância das garantias supera de muito a da declaração propriamente dita. Por isso o primeiro aspecto é esquecido de modo que o segundo parece único, de onde deriva a confusão de *Araya* e outros.

É inexato afirmar que a suspensão de garantias constitucionais suspende o capítulo constitucional dos direitos e garantias. Ela não toca no gôzo dos direitos que são

226. V. Marcel Prêlot, *Histoire des Idées Politiques*, Paris, 2.^a ed. Paris, 1961, p. 286 que reporta texto dos “Seis livros da República” onde, a propósito da monarquia, se lê: “os súditos obedecem às leis das monarquias e o monarca às leis da natureza que conservam a liberdade natural e a propriedade dos súditos”.

inerentes ao homem. E não o poderia fazer sem se auto-destruir, já que as Constituições existem para a liberdade, sendo um contra senso sacrificar esta àquelas. Ela simplesmente levanta as restrições constitucionais da ação dos governantes relativamente ao exercício daqueles direitos. A liberdade de pensamento, por exemplo, se garante constitucionalmente pela proibição da censura. A suspensão, em caso de sítio, levanta a proibição, torna possível a censura, o que suprime o exercício da liberdade de pensamento temporariamente, mas não a abole. Claro está que, se a suspensão não fôr temporária, a diferença fica livresca. O estado de sítio, porém, é por definição temporário... (227).

76 — Teriam errado, porém, grosseiramente como parece *Araya* que afirma e *Maximiliano* que repete? Laboraria também em êrro crasso um mestre como *Carl Friedrich* ao ensinar: “O estado de sítio se define como a suspensão de um certo número de direitos individuais limitativamente enumerados”...? (228).

Seria ingênuo pretendê-lo. Obscuridade há, mas jamais êrro crasso.

Os direitos do homem reconhecidos constitucionalmente repercutem, como se viu, numa série de limitações ao poder público, numa série de *nãos*: não prender, não censurar, não tomar bens, etc., válidos *salvo* certas situações ou condições... Êsses *nãos* constituem as garantias dos direitos do homem, mas podem analisar-se em direitos do homem contra o Estado: o direito de não ser prêso, salvo..., o direito de não perder seus bens, salvo..., o direito de não ver censuradas suas obras, etc. Aí é que surge a dificuldade, mormente porque, por extensão, se

227. Cf. Ruy Barbosa, *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo*, Rio, 1893, p. 182 a 184; Pontes de Miranda, *ob. cit.*, VI p. 441; San Tiago, *ob. cit.*, p. 75/76.

228. *Ob. cit.*, n.º 168.

diz que cada um desses direitos-não é um direito natural do homem.

Se se distinguirem os direitos do homem enquanto homem, que precedem o Estado, e seus reflexos — os direitos do homem no Estado, garantias dos primeiros contra a ambição do poder político, a questão estará solucionada. O estado de sítio não suspende os direitos do homem, suspende as garantias dos mesmos contra o Estado, entendendo-se que essas garantias vêm a ser direitos oponíveis ao Estado. Assim, se admite afirmar que o sítio suspende direitos...

77 — Mesmo assim um outro reparo deve ser feito à afirmação de Araya e Maximiliano. A observação concerne ao critério "geográfico" de que usam, um tanto ingenuamente.

Embora mandasse a boa técnica que o constituinte reunisse tôdas as garantias contra o arbítrio num único capítulo constitucional, isso nem sempre sucede. Dêsse modo, ainda que a suspensão de garantias redunde na suspensão total ou parcial do capítulo constitucional referido por Maximiliano e Araya, não redunde só nisso, podendo abranger outras garantias (*stricto sensu*) onde quer que a Constituição as preveja.

Assim é que a Constituição brasileira atual, por exemplo, prevê garantias, como a greve, fora do capítulo dos direitos e garantias. De fato, o direito de greve só vem reconhecido no art. 158 que pertence ao título V — *Da ordem econômica e social*. Da mesma forma, a liberdade de cátedra (art. 168, VII — pertence ao título VI — *Da família, da educação e da cultura* — cap. II — *Da educação e da cultura*). Ambas, sendo garantias contra o arbítrio governamental, podem ser suspensas, se necessário.

Todavia, só garantias podem ser suspensas no estado de sítio, frise-se, e nunca direitos, mesmo os chamados

direitos econômicos e sociais que o constitucionalismo posterior a Weimar acrescentou às Declarações.

Estas, na verdade, inspiradas no iluminismo, dirigiram de início tôda sua atenção contra o Estado. Todos os direitos que afirmaram, eram meios de resistência ao poder público do qual a tendência ao abuso e ao arbítrio era presumida. Afirmavam-se destarte *liberdades-resistência*, na expressão feliz de Duverger, das quais umas punham limites à ação do Estado (*liberdades-limites*, v.g., segurança), outras serviam para impedir que o poder, em seu próprio campo de atividade, resvalasse para o abuso (*liberdades-oposição* v.g., liberdade de reunião, de associação) (229).

A evolução da teoria das liberdades públicas, sob influxos que é desnecessário examinar, conduziu ao reconhecimento, ao lado das liberdades-resistência, dos *direitos econômicos e sociais*, cuja idéia central é "assegurar a todos os cidadãos as condições materiais que lhes permitem exercer as outras liberdades" (230). Entre esses direitos está a proibição de diferença de salário em razão de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil (Constituição de 1946, art. 157, II), a previdência (*idem*, art. 157, XVI), etc.

Tais direitos, porém, não têm conteúdo político, em sentido estrito, já que não afetam o exercício do poder. Não constituem, pois, garantias propriamente ditas e destarte, embora estejam lado a lado com estas, não podem ser tocadas no estado de sítio.

Note-se, enfim, que as garantias suscetíveis de suspensão, ainda que por vício de linguagem se digam individuais, não o são apenas, visto que as garantias reconhecidas a grupos — como a liberdade sindical — também são passíveis de, em caso de extrema necessidade, serem objeto de suspensão.

229. V: Duverger *Droit Constitutionnel...*, ob. cit., p. 199 a 203.
230. *Id. ib.*, p. 209.

78 — Em vista do exposto, o conceito de estado de sítio não pode afastar-se do que tradicionalmente ensina a doutrina brasileira. É ele a *suspensão temporária e localizada de garantias constitucionais*. Ou, mais explicitamente, *regime excepcional das liberdades públicas, caracterizado pela suspensão localizada e temporária, autorizada pela Constituição para ocasiões de grave crise, de todas ou de algumas de suas garantias*. Ora, pela suspensão desses limites ou meios de oposição, estende-se a esfera de ação do governo.

Assim, fácil é situar esse instituto na ordem constitucional. Seu fundamento é o fundamento da própria Constituição: o direito de auto-organização. Ao organizar-se o Estado, o soberano por prever emergências prevê um regime especial destinado a vencê-las. O estado de sítio, portanto, “cria uma situação jurídica peculiar, *sui generis*, restritiva de direitos mas que, embora transferida para outro plano, não exclui uma ordem jurídica com todo o seu sistema de proteção” (231). Ou, no dizer de Ruy, “o estado de sítio abre uma situação excepcional, modifica o estado constitucional do país, mas não constitui um interregno, não suspende a Constituição” (232).

Instituição constitucional, o estado de sítio repudia qualquer invocação a pretensão *direito de necessidade* para justificar medidas de emergência em épocas de crise, bem como proscreve a lei marcial (233).

A teoria do *direito de necessidade*, de fonte germânica, serviu, durante as guerras mundiais notadamente, para justificar medidas excepcionais, extravazando os limites postos pelo estado de sítio em favor do cidadão. Não é ela recente, contudo. Como assinala *Duguit* (234),

231. T. Cavalcanti, ob. cit. IV, p. 229.

232. Comentários..., ob. cit., VI, p. 229.

233. Escreve Viamonte, ob. cit. XL: “O estado de sítio exclui a lei marcial que existe apenas em países onde não há estado de sítio mas somente suspensão do *habeas-corpus*, como Inglaterra e Estados Unidos”.

234. Ob. cit., III, p. 749.

o *Notrecht* já se encontra afirmado em obra de Jellinek que data de 1887, de nome *Lei e Decreto (Gesetz und Verordnung)*, p. 376 notadamente).

Nessa obra, defende o grande jurista alemão a tese segundo a qual, “em certas circunstâncias, o governo pode editar regulamentos fora dos casos em que a Constituição e a lei lhe dão esse poder”. Isto porque “resulta da natureza do Estado e do governo que podem ocorrer situações que exigem imperiosamente disposições, as quais, em princípio, deveriam ser editadas por via legislativa. Se a Constituição recusa, em tal caso, ao governo o direito de suprir a vontade do legislador, ela cria por isso mesmo uma dessas situações que devem ser evitadas, nas quais a realidade das forças naturais do Estado tende a preencher o lugar deixado vago pela ordem jurídica. O governo é então coagido pela força das circunstâncias a prover, sob sua responsabilidade, à necessidade, por todos os meios que estão à sua disposição, e cumpre então às câmaras arrumar as coisas (*arranger les choses*) por uma ratificação posterior da ofensa (*atteinte*) dirigida ao direito formal” (235).

Essa mesma teoria foi consagrada na Suíça pelas câmaras ao atribuírem, no limiar das duas guerras mundiais e na época da grande crise econômica (236) plenos poderes ao governo federal. Esses plenos poderes que importavam numa delegação legislativa proibida pela Constituição sem prévia autorização popular, foram expressamente apoiados pelo relator do Conselho nacional na lei não-escrita da necessidade. “Discerne-se aí — observa *Burdeau* — a idéia fundamental de que aquilo que é indispensável à existência do Estado não pode constituir uma ilegalidade. Que se invoque o direito natural e os deveres que ele atribui ao Estado ou que se tome por fundamento a teoria das funções do Estado

235. Id. ib. pg. cit.

236. Por atos de 3 de agosto de 1914, 13 de outubro de 1933 e 30 de agosto de 1939.

sempre se chega a uma espécie de verdade intuitiva que ensina que a sobrevivência do Estado é a lei suprema (237).

A sedução do *Notrecht* não escapou também a doutrina italiana, esta com a escusa de não ser o estado de sítio previsto em sua Constituição. "*Salus publica suprema lex* — recorda Orlando — para o estado como para o indivíduo, a conservação da vida justifica a infração de qualquer regra" (238).

Na França, por sua vez, revestiu-se ela da sutileza da teoria da *circunstâncias excepcionais*, ou dos *poderes de crise*, elaborada pelo Conselho de Estado. As leis e os regulamentos, raciocina essa teoria, foram feitos para períodos normais quando "certas condições de vida necessárias a um país e à manutenção de uma ordem jurídica regular" não estão ameaçadas. Quando essa ameaça se dá, quando ocorrem circunstâncias excepcionais, tem o governo poderes especiais, derivados da Lei que está acima das leis, que lhe permitem fazer tudo que fôr necessário. Pode êle suspender a aplicação de uma lei, pois é possível que, "em certos casos, o respeito de uma lei particular ponha em perigo o Estado e por aí a ordem jurídica tóda inteira", e até invadir campo que não é normalmente o seu, exercendo atribuições alheias (239).

É necessário sublinhar, porém, que as circunstâncias que legitimam tal passo devem constituir *situação anormal e exorbitante* e devem pôr a administração na impossibilidade de agir legalmente. Por outro lado, só há dispensa do respeito devido à legalidade, na medida em que o interesse público atual o exige (240).

237. *Traité...*, ob. cit., VII, n.º 167.

238. Victorio Emanuele Orlando, *Précis de Droit Public et Constitutionnel*, trad. fr., Paris, 1902, n.º 297.

239. Cf. Vedel, ob. cit., I, p. 162 a 165; também, p. 13/14; Colliard, ob. cit., n.º 122.

240. Cf. Vedel, ob. cit., I, p. 164.

79 — Essa teoria é manifestamente inaceitável, ainda que sedutora.

De fato, admiti-la é rejeitar o próprio fundamento do Estado constitucional, do Estado de Direito. A Constituição, segundo aceita o *consensus* (241), é a auto-organização do povo para que sua liberdade seja assegurada. A Liberdade do povo é a base e o objeto da Constituição. Para o bem comum, constitui-se um governo, erigindo-se freios e contrapesos que evitem sua prepotência. Para o bem comum, consentem-se certas limitações à liberdade de cada um. Para a salvação pública, toleram-se restrições maiores, inclusive a suspensão de certas garantias. Tudo isso, mas só. Todo passo além é inconstitucional, constituindo abuso a que ninguém deve, ou tem de, sujeitar-se. Violada a Constituição, nem há poder de mando nem há dever de obediência.

Por outro lado, o paralelo do estado de necessidade individual com um pretense estado de necessidade estatal é inadmissível, salvo para os que crêm ser o Estado um fim e não um meio. Para todos os que consideram o Estado um meio e não um fim (242), o poder do Estado só se justifica enquanto dirigido ao bem do homem. Sacrificar o homem ao Estado é assim um contra-senso. O homem pode sacrificar direitos seus a valores maiores; o Estado não pode pisotear direitos do homem, ir além dos poderes que do homem recebeu, sem desvirtuar-se, sem usurpar.

80 — Um derradeiro tópico deve ser salientado a final. É a controvertida questão sobre se o estado de sítio pode ser preventivo, ou não.

Autores há que só o concebem repressivo. Afirma calorosamente um deles e dos mais ilustres: "Não é admissível em tese estado de sítio preventivo. Seria mons-

241. Em sentido sociológico.

242. Cf. José Carlos de Ataliba Nogueira, *O Estado é meio e não fim*, S. Paulo, 2.ª ed., 1945.

truosidade. O sítio só é repressivo, no caso de salvação pública, quando o executivo, diante do vulto das desordens materiais, e da ineficiência de seus meios comuns de repressão, se arma de meios extraordinários à custa das garantias dos cidadãos. O sítio preventivo, isto é, o sítio para evitar, ou com o propósito de evitar guerra intestina ou guerra estrangeira, seria como a legítima defesa preventiva, abatendo a futura vítima a seu futuro agressor em providência preventiva de agressão futura. Não tem evidentemente razão jurídica a seu lado". (243).

Data venia, nem sequer em doutrina essa tese pode ser aceita, como não o é pela maioria dos autores. Na verdade, o estado de sítio é predominantemente preventivo. Visa a suspensão de garantias, tanto quanto ou mais que reprimir atos criminosos, evitar o alastramento da crise, impedindo a propaganda subversiva, o aliciamento de homens, sua associação para desígnios delituosos, etc. Seria ele mera redundância constitucional se servisse apenas para permitir a detenção de criminosos que são os revoltosos e os asseclas de potências estrangeiras. Para impedir suas reuniões ou sua associação, depois de patenteada a crise, pouco seriam úteis poderes especiais, já que o necessário e o conveniente as leis de processo penal e de polícia já fornecem.

Por outro lado, o direito positivo sempre rejeitou essa tese. A lei francesa de 1849 não autorizava a declaração do *état de siège* pelo comandante militar desde que, num raio de dez quilômetros, se desse concentração de tropas inimigas? Entre nós, as Constituições de 1947 (art. 175) e de 1946 (art. 206, I) são explícitas, para não se falar na de 1937...

Como assinala *Carlos Maximiliano*, os que sustentam que o sítio só pode ser repressivo, confundem-no com a

243. Sampaio Dória, ob. cit., II, p. 394/395.

lei marcial. "Esta efetivamente vigora somente dentro ou nas imediações das praças atacadas pelo inimigo, ou na zona de operações militares, depois de iniciadas. Tal é a origem do erro; e tanto é assim que em geral em seu apóio são citados escritores da Itália, onde só existe (escrevia em 1918) o estado de sítio efetivo ou real, o estado de guerra, em suma" (244).

244. Ob. cit., n.º 299.

CAPÍTULO I

OS PODERES EXTRAORDINÁRIOS.

81 — Até o limiar da primeira grande guerra, as crises políticas, seja conjunturais, seja estruturais, quer decorrentes de invasão estrangeira, quer decorrentes de revolta intestina, se enfrentavam mediante o fortalecimento do poder de polícia do executivo. Todos os sistemas anteriormente examinados, salvo as ditaduras, rezam em unísono nesse ponto: nenhum deles altera a relação executivo-legislativo.

Em caso de emergência, atuam esses sistemas diversamente. A lei marcial tolera a violação de direito, sob a condição de justificação posterior. A Constituição americana admite a suspensão do *habeas-corpus*, garantia fundamental da liberdade do cidadão. O estado de sítio consente na suspensão de direitos e garantias, em geral. Nenhum deles, porém, suporta que sejam alteradas as leis. Suspendê-las temporariamente sim; modificá-las, não.

Na sociedade industrial moderna, porém, a extrema complexidade das relações que a constroem, faz com que suas crises não possam ser convenientemente solucionadas, sem recurso a modificações legislativas. Não basta pôr em ação um mecanismo de restrições e coerções para que elas se deslindem; é necessário, no calor da ação e com a presteza do sopro vital, erguer, ajustar, corrigir um maquinismo intrincado destinado a canalizar todo o esforço de um país no encaço da vitória.

“O estado de guerra — observa *Hauriou* — acarreta outras necessidades hoje, sobretudo quando, com o sistema da nação armada e da guerra de material, a mobilização

perturba a vida econômica dos países envolvidos no conflito e mesmo dos neutros. De um lado, a condução política da guerra exige a concentração política do governo, assim é que durante a guerra de 1914, por toda parte, no seio dos gabinetes, viu-se constituir comissões de guerra (*War Council* na Inglaterra) ao mesmo tempo que a direção das operações era concentrada nas mãos de um generalíssimo. De outro, u'a imensa regulamentação provisória da guerra se impõe para enfrentar, tanto as necessidades econômicas urgentes, quanto a suspensão das relações ordinárias da vida. Parece impossível assegurar essa regulamentação rápida e provisória, pelo processo ordinário da legislação parlamentar” (245).

A guerra moderna, pois, guerra que é total exige para que seja superada com êxito, bem mais que o rigor da disciplina individual, logrado pela ameaça, pela censura, pela vulnerabilidade do domicílio. Ela implica numa ordenação da produção, subordinando recursos humanos e materiais a metas precisas. Implica na direção e no controle da distribuição e do próprio consumo.

Assim, o poder público, face a dificuldades novas, tem de recorrer a meios novos, que não se encontravam no arsenal antigo das medidas de salvação pública. Isso se mostrou claramente ao curso da primeira conflagração universal quando poderes excepcionais, de extensão semelhante aos que tomam para si os ditadores, foram conferidos aos governantes, nos principais Estados beligerantes, apesar do silêncio ou da oposição das Constituições. (246).

82 — Esses poderes extraordinários têm de ser colocados ao lado dos sistemas de defesa da Constituição. Pròpriamente, não consistem num sistema novo que exclui os demais. Ao contrário, apenas os completa. Tanto assim é que todos os Estados que, face a uma situação

245. Hauriou, ob. cit., p. 161/162.

246. Friedrich, ob. cit., n.º 169. Cf. Sampaio Dória, ob. cit., II, p. 392.

gravíssima, usaram desse recurso, não deixaram de utilizar ao mesmo tempo o estado de títio, ou o sistema equivalente tradicional em sua ordem jurídica. Não pode, contudo, ser confundido com nenhum dos demais sistemas, já que, no fundo, não implica em suspensão dos direitos e garantias individuais mas toca apenas no mecanismo legislativo.

Essencialmente esses poderes especiais conferidos ao executivo não passam de um só: o *poder de legislar*. O poder de editar regras de direito gerais e autônomas condicionadas apenas pela Constituição.

A expressão está no plural mas esse plural não passa de uma figura de linguagem, de uma sinédoque. Designa-se a causa pelos efeitos.

Verificando-se o fato de que, sob esse regime, o executivo leva a cabo uma completa mobilização econômica, industrial e comercial, incomparavelmente mais rápida do que aquela que se poderia obter através de requisições, incomparavelmente mais brusca do que aquela que se lograria pelo processo ordinário, afirma-se que o governo ganhou *poderes extraordinários*. Na verdade, porém, o governo ganhou um só poder, que é imenso, o de criar, e modificar, e revogar leis.

É esse poder que o habilita a transformar de ponta a ponta a vida econômica e social. É por ele que se ergue uma regulamentação precisa das fontes de riqueza e de poderio do Estado.

Sem dúvida, essa regulamentação mediatamente redundante na restrição de direitos individuais. O fim visado não é esse, é o fortalecimento do poder bélico do Estado. Esse fortalecimento todavia que é o da economia do Estado, não vai sem violência a direitos fundamentais. A exigência de mão de obra nas indústrias-chave acarreta a restrição da liberdade de trabalho: especialistas, e mesmo operários braçais, são "*requisitados*". A necessidade de segredo censura a divulgação de pesquisas científicas. E assim por diante. Essas restrições são, porém, efeitos

reflexos, não são o objeto da medida como no caso do estado de sítio o é a suspensão de garantias.

A transferência ao executivo do poder de legislar, nos períodos de crise, envolve sérias consequências para a estrutura do Estado ocidental moderno, construído sobre a *separação de poderes*. Abate essa transferência o que há dois séculos se afirmava ser a primeira trincheira da liberdade individual. Mais ainda, vem ela subverter a base que, durante mais de um século, era considerada como essencial à democracia, qual seja a identificação entre a vontade do Parlamento e a vontade geral.

Na realidade, esses dois princípios violados não aparecem absolutos ou intocáveis à luz da experiência. A separação de poderes subsiste apenas na aparência no *Estado de partidos*. No caso do parlamentarismo, poder-se-ia dizer que nem na aparência, pois, hoje, ou o gabinete é expressão da maioria parlamentar (caso de regime pluralista de partidos), ou a maioria parlamentar é expressão do gabinete (caso do regime bipartidário). De fato, é da essência desse regime a identificação entre o governo e a maioria parlamentar.

No que concerne ao presidencialismo, a separação numa larga medida permanece de pé quando não conta o chefe de Estado-chefe de governo com apoio de partido majoritário, ou de coligação majoritária na câmara, de que é naturalmente a cabeça. Se contar com essa maioria, no fundo não existe separação de poderes.

Ora, não se pode afirmar que a disparição de real separação de poderes tenha acarretado o fim da liberdade individual. Nem o cidadão inglês, nem o cidadão norte-americano são menos livres hoje do que o eram ontem. A liberdade do cidadão mais que tudo depende da força e do respeito de que dispõem seus juizes.

Por outro lado, a identificação entre vontade do Parlamento e vontade geral, entre primazia do legislativo e democracia, só tinha sentido num momento histórico determinado, qual o da primeira metade do século XIX

quando lutavam duas concepções da soberania no estado: a monárquica, encarnada nos chefes de Estado, a popular, encarnada nos parlamentares, os representantes do povo. Explica-se então que na Europa em geral, onde o povo, ou parte d'ele, escolhia apenas o deputado, pois o rei vinha da graça divina, se pretendesse dar hegemonia, como se deu, ao poder de origem popular. Daí decorria a supremacia do legislativo sobre o executivo. Aí se formou o tabu, de que toda absorção daquele por este seria antidemocrática.

Na proporção em que o executivo passa a ter origem na vontade popular, seja a manifestada diretamente (caso do presidencialismo), seja a manifestada indiretamente (caso do parlamentarismo), não há razão maior para se identificar democracia e supremacia parlamentar. Ao contrário, em muitos casos, esta poderá ser um instrumento de dominação oligárquica.

Se essas considerações não permitem que se faça tábua rasa da separação de poderes, ao menos justificam o seu abandono excepcional e transitório, em momentos de crise. Tal qual sucedeu em quase toda a Europa, durante as duas grandes guerras.

83 — Como já se disse, os poderes extraordinários conferidos ao executivo em tempos de crise são um só, ou seja o de legislar: o de obrigar o cidadão a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa. Durante a primeira grande guerra — já foi também assinalado — quase todos os principais beligerantes, e mesmo neutros, “por usurpação, ou por delegação expressa” (247), seguiram esse caminho. A prática foi aliás retomada durante a segunda guerra mundial e acabou mesmo por ser consagrada até em Constituição, qual seja a francesa de 1958.

Exemplo claro de usurpação pelo executivo do poder legislativo encontra-se na França a partir de 1914. Esse último poder era conferido pela Constituição de 1875 às

247. Friedrich, ob. cit., n.º 169.

Câmaras e era princípio fundamental do direito público francês a indelegabilidade do poder delegado (248). Competia ao executivo o poder de regulamentar leis sem criar para o cidadão obrigações novas.

Ora, o governo francês, face à urgência da situação, não tergiversou em editar o que *Duguit* chama de *regulamentos de necessidade* — leis quanto ao seu fundo — promulgados com fundamento no poder regulamentar, submetidos à ratificação (que retroagiria à data de sua publicação) por parte do Parlamento (249).

Sem dúvida, esses decretos-leis infringiam a Constituição. O grande mestre de Bordéus, porém, admite sua validade. “Eu estou inclinado — afirma ele — a pensar que, em certas circunstâncias excepcionais, o governo pode, sob a pressão da necessidade, editar regulamentos de ordem legislativa, regulamentos que suspendam, modifiquem ou abroguem lei formal existente, mas sob as seguintes três condições: 1.^a — É preciso que haja guerra estrangeira, insurreição a mão armada ou greve geral de funcionários; 2.^a — É preciso que haja impossibilidade material de reunir o Parlamento, ou, ao menos, que não estando reunido o Parlamento, haja tal urgência que não se possa aguardar a expiração do prazo mínimo indispensável para convocá-lo e reuni-lo; 3.^a — É preciso que o regulamento legislativo seja feito com a intenção, expressa ou não, mas real, de submetê-lo ao Parlamento logo que fôr possível reuni-lo, e em sua primeira reunião. Esta última condição é indispensável já que somente ela prova que, editando um regulamento de necessidade, o governo não quis avançar sobre o domínio legislativo, mas deveu, em razão da situação excepcional em que se achava o país, em presença da urgência e da impossibilidade de reunir o Parlamento, editar ele próprio uma disposição geral indispensável” (250).

248. Duverger, ob. cit., 447.

249. Duguit, ob. cit., III, p. 752/754.

250. Id., ib., p. 753.

84 — Por delegação expressa do Parlamento, recebeu poder legislativo o governo, desde essa época, nas ocasiões de crise, na própria França, na Grã-Bretanha, nos Estados Unidos, na Suíça, etc.

Na França, após a usurpação, veio, por assim dizer, a ratificação do poder espoliado, que ao menos queria guardar as aparências. Assim, passou o Parlamento francês a autorizar a edição de decretos-leis que alterassem leis em vigor (251). Por sua vez, a guerra da Argélia provocou em novos moldes a delegação de poder legislativo ao governo. Uma lei de 1956 (n.º 56-258, de 16 de abril de 1956) autorizou o conselho de ministros a editar regras, por decreto, ouvido o Conselho de Estado, para a Argélia, tendo por objetivo a expansão econômica, o restabelecimento da ordem, a proteção das pessoas e dos bens, a salvaguarda do território. Tal poder tinha duração limitada à existência do gabinete que lograsse sua concessão pelo Parlamento (252). Todavia, foram eles sempre deferidos a cada gabinete que se formava (253).

85 — Embora neutra durante as duas grandes guerras, a Suíça teve para fazer frente às dificuldades que lhe causavam as hostilidades entre seus vizinhos, também de recorrer à delegação do poder legislativo. De fato, a 3 de agosto de 1914, as câmaras conferiram plenos poderes ao Conselho Federal, por um decreto de urgência que por isso escapava a qualquer pedido de *referendum*. Esses plenos poderes foram suprimidos em 1921 mas, devido à crise econômica mundial, foram de novo concedidos em 1933, ainda que somente no que dizia respeito ao programa financeiro governamental. Em 1939, a 30 de agosto, novamente concederam plenos poderes ao Conselho, que duraram toda a segunda guerra (254).

251. Cf. Duverger, ob. cit., 446.

252. Cf. Colliard, ob. cit., n.º 128. Vedel ob. cit., I, p. 168.

253. Cf. Colliard, ob. cit., n.º 129.

254. Cf. Burdeau, *Traité...*, ob. cit., VII, n.º 167.

86 — Na Grã-Bretanha, onde a flexibilidade das regras constitucionais facilitava a operação, recebeu o gabinete pela *lei de defesa do reino* plenos poderes, habilitando-se, pois, a alterar as leis do país. Em 1920, aproveitando-se da experiência da guerra, foi promulgada a *lei dos poderes de emergência* (*Emergency Powers Act*) que modificou de modo considerável o sistema inglês de defesa da constituição.

Essa lei, que, segundo certos autores, tornou obsoleta a lei marcial (255), confere à Corôa, por “meio de *orders in Council*” (portanto, ao gabinete) o poder de proclamar, em caso de emergência, atual ou vindoura, o estado de emergência (*state of emergency*). Tal proclamação não suspende direitos individuais (e por isso o paralelo com o estado de sítio, embora tentador, é falso) mas habilita o governo a editar provisões de emergência (*emergency provisions*) válidas pelo período de trinta dias. Dentro de cinco dias de sua promulgação, porém, o Parlamento deve pronunciar-se, podendo por resolução fazer cessar tôdas as medidas (256).

No fundo, pois, esse *act* — que prevê outras medidas relativas aos transportes, à saúde e à alimentação pública, etc. — admite uma legislação governamental dependente de confirmação parlamentar. Apesar do *Emergency Powers Act*, ao rebentar a segunda guerra mundial, recorreu a Grã-Bretanha a nova *lei de defesa do reino*, de alcance equivalente à de 1914 (257).

87 — A experiência norte-americana confirma a tendência de, em tempos de crise, alargar-se a competência do executivo em detrimento da do legislativo. Isso ocorre especialmente por habilitar-se o executivo a editar regras de direito, propriamente não subordinadas a lei ante-

255. Cf. Arnold, art. cit., p. 164.

256. Cf. James, ob. cit., p. 173; Arnold, art. cit., loc. cit.

257. Id., ib.

rior, ou seja pela delegação mais ou menos disfarçada de poder legislativo.

Essa delegação se tem operado largamente em tempos de crise grave, como ao tempo das duas grandes guerras e ao tempo da grande depressão. O processo para tanto empregado consiste em o Congresso aprovar leis em termos extremamente vagos que o executivo tem de “regulamentar”. À falta de normas precisas na lei, essa “regulamentação” é que cria as regras obrigatórias, é uma verdadeira “legislação” (258). A lista dessas delegações durante as épocas acima referidas e das matérias a propósito das quais ficava o presidente habilitado a pôr as regras obrigatórias é impressionante (259).

A licitude dessa delegação, ainda que disfarçada, é controversa. Em certas decisões (260), chegou a Suprema Corte a julgar inconstitucionais leis que violavam o princípio constitucional da indelegabilidade pelo Congresso de seus poderes, dada a sua abdicação em pôr diretivas claras à complementação pelo executivo (261). Essa indelegabilidade, todavia, segundo a jurisprudência da própria Corte Suprema, deve ser entendida em seus devidos termos, sem radicalismo. De fato, aquêle Tribunal afirmou noutros casos não haver proibição a que o Congresso delegue ao executivo “autoridade compatível com os seus (do executivo) poderes constitucionais e especialmente seu poderes no campo diplomático” (262).

Por outro lado, a invasão pelo executivo da esfera legislativa foi justificada, particularmente, por Franklin Roosevelt, pela invocação dos poderes em tempo de guerra do presidente como “comandante-em-chefe”. Assim, o chefe do executivo possuiria, em tempo de guerra, outros poderes além dos de comando militar, poderes que, se de

258. Cf. Corwin, ob. cit., p. 152; Friedrich, ob. cit., n.º 169.

259. *Id.*, ib., locs. cit.

260. *Como Panama Refining Co. X Ryan* — 293 U.S. 388 (1934).

261. Cf. Corwin, ob. cit., p. 152.

262. *Como United States X Curtis-Wright Export Corporation* — 299 U.S. 304, 327 (1936).

qualquer modo pudessem ser exigidos pelo governo nacional em tempo de paz, teriam de ser primeiro objeto de legislação do Congresso e, então, executados através dos órgãos ordinários do tempo de paz, em conformidade com essa legislação” (263). Em decorrência disso, ultrapassou inúmeras vezes seus poderes legais, determinando, particularmente, como deveriam agir as empresas industriais e todos os que estivessem mais diretamente empenhados no esforço de guerra. Contra os que se insurgiam frente a tais determinações, usou êle largamente das *sanções indiretas*, ou seja, aplicando contra os recalcitrantes medidas permitidas por lei mas tendo em vista fins completamente diversos. Por exemplo, convocar para as forças armadas trabalhadores que violavam as regras postas pela Junta Trabalhista de Guerra, o que legalmente não tinha base (264).

88 — A necessidade de alterar, nas situações de emergência, o próprio processo legislativo foi percebido pelo constituinte francês, em 1958, que muito se preocupou com os problemas de salvação pública. Sem dúvida, um precedente para o já célebre art. 16 da Constituição de 1958 se pode encontrar na Constituição de *Weimar*, art. 48, embora êste, apesar de tudo, se aproximasse do estado de sítio (265).

Na verdade, êsse art. 16 reflete, no dizer de um dos maiores constitucionalistas franceses contemporâneos — o professor *Georges Vedel* — a idéia capital da Constituição: o poder arbitral do Presidente da República, de onde decorre sua independência em relação aos partidos e a latitude deixada à sua intervenção. Manifesta êsse dispositivo uma das quatro concepções associadas na Constituição ao papel do Presidente: chefe de estado parlamentar, chefe da nação, ditador à romana e chefe da comu-

263. Cf. Corwin, ob. cit., p. 153.

264. Cf. Corwin, ob. cit., p. 126/127.

265. *V. supra*, n.º 64.

nidade. Manifesta a concepção, cara a De Gaulle, de que, nas grandes emergências, o Presidente deve poder agir para a salvação pública, como agiria um Cincinato (266). E o mesmo paralelo com a ditadura romana faz, a propósito desse mesmo artigo 16, um outro mestre francês contemporâneo — *Maurice Duverger* — em livro dedicado ao exame da atual constituição francesa (267).

Dispõe o referido artigo:

“Quando as instituições da República, a independência da nação, a integridade de seu território ou a execução de seus compromissos internacionais estiverem ameaçados de modo grave e imediato e quando o funcionamento regular dos poderes públicos for interrompido, o Presidente da República toma as medidas exigidas por essas circunstâncias, após consultar oficialmente o Primeiro-ministro, os Presidentes das Câmaras, bem como o do Conselho constitucional. Ele informa disso a nação por uma mensagem. Essas medidas devem ser inspiradas pela vontade de assegurar aos poderes públicos constitucionais, nos prazos mais curtos, os meios de cumprir sua missão. O Conselho Constitucional é consultado a propósito delas. O Parlamento se reúne de pleno direito. A Assembléia nacional não pode ser dissolvida durante o exercício dos poderes excepcionais”.

Como se vê, esses poderes excepcionais não encontram de fato paralelo, ao menos na letra das Constituições modernas. Consistem num poder de comandar, num poder de obrigar, para a salvação pública, sem limites expressos exceto no que tange à Assembléia nacional.

Teoricamente, um antecedente pálido pode encontrar-se “na idéia de estado de necessidade que o Conselho de Estado introduziu no direito administrativo” (268). Este, de fato, chegou a admitir em algumas decisões que, se

266. Cf. Vedel, *Cours de Droit Constitutionnel*, Paris, 1959 (mimeografado), p. 830 a 832.

267. V. *La Cinquième République*, Paris, 1960, p. 40/41.

268. *Duverger, La Cinquième République*, ob. cit., p. 40.

uma situação anormal e exorbitante impede a administração de agir legalmente com dano para interesse público relevante, o ato violador da lei não é uma *voie de fait* de sorte que sua reparação é fixada pelo juiz administrativo. Assim o estado de necessidade não apaga totalmente a ilegalidade, mas apenas abranda sua gravidade (269). Note-se, porém, que a simples urgência não basta para justificar o ilícito. Há que haver necessidade, no sentido rigoroso do termo (270).

Na verdade, como ressaltam todos os comentaristas, esse dispositivo foi incluído por vontade expressa do presidente De Gaulle, certamente por lembrança da catástrofe de junho de 1940.

89 — O recurso a esses poderes excepcionais está subordinado a duas ordens de condições, umas de fundo, outras de forma.

As condições de fundo são duas: ameaça grave e imediata sobre as instituições, a independência, a integridade e os compromissos internacionais da França e interrupção do funcionamento regular dos poderes públicos. Não basta, porém, uma ou outra isoladamente, as duas devem verificar-se conjuntamente para que seja lícito recorrer a tais poderes. As condições de fundo são, portanto, cumulativas (271).

As condições de forma são em primeiro lugar as consultas obrigatórias. Antes de usar dos poderes excepcionais, tem o Presidente de consultar, oficialmente o Primeiro-ministro, os Presidentes das Câmaras e o do Conselho constitucional. Tem o Presidente a obrigação de ouvir-lhes a opinião mas não tem a de segui-la. Pode recorrer aos poderes extraordinários ainda que contra a opinião de todos, sem infração à lei fundamental. Outra

269. Cf. Vedel, *Droit Administratif*, ob. cit., I, p. 164/165.

270. *Id. ib.*, p. 165/166.

271. Cf. *Duverger, La Cinquième République*, ob. cit., p. 41; Vedel, *Cours*, ob. cit., p. 855/856.

condição formal é a de informar o povo das medidas tomadas, através de comunicado (272).

Preenchidas essas condições de fundo e de forma, tem o Presidente da República poderes plenos e ilimitados. Isso significa tornar-se sua vontade a fonte única da lei. Esses poderes só tem uma limitação positiva: não pode o Presidente, durante o exercício dos poderes excepcionais, dissolver a Assembléia nacional. Quanto ao mais, contentou-se o legislador com uma limitação de intenção: as medidas devem inspirar-se no desejo de, nos prazos mais curtos possíveis, dar meios aos poderes regulares de funcionar. A única formalidade exigida é que seja o Conselho constitucional ouvido a respeito de cada medida (279).

Durante essa fase, posto de lado o papel consultivo do Conselho constitucional, de alcance frágil, um só controle sofre o presidente. É a vigilância do Parlamento, que se reúne, de pleno direito, enquanto usar o Presidente dos poderes excepcionais (274). Ora, como observa Duverger, "o Parlamento poderia decidir fôsse o Presidente submetido à Alta Corte (*le renvoi du président de la République en Haute Cour*) se este abusasse de seus poderes excepcionais" (275).

A apreciação da doutrina francesa a propósito desses poderes excepcionais é pessimista. "Desaparecido De Gaulle, o art. 16 faz o regime correr um perigo mortal. Ele permite, com efeito a um Presidente sem escrúpulos derrubar a República sem a sombra de uma dificuldade, cercar um golpe de Estado de uma aparência de legalidade, suprimir todos os obstáculos jurídicos que o impediriam de ter êxito" (276).

272. Cf. Vedel, Cours, ob. cit., p. 856; Duverger, La Cinquième République, ob. cit., p. 42.

273. Cf. Vedel, Cours ..., ob. cit., p. 856/857; Duverger, La Cinquième République, ob. cit., p. 43.

274. Cf. Duverger, La Cinquième République, ob. cit., p. 44.

275. Id., ib., p. 45.

276. Id., ib., p. 45.

TÍTULO SEGUNDO

O ESTADO DE SÍTIO NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO POSITIVO

92 — O exame, embora sumário, dos grandes sistemas de defesa da Constituição se completa naturalmente pelo estudo mais atento do direito positivo brasileiro. Todavia, se o primeiro plano caberá à lei constitucional vigente, os textos anteriores, a partir da Carta de 1824, não serão olvidados. Assim, à comparação no espaço se sucede a comparação no tempo.

O presente título se distribui por duas seções. Na primeira, será estudado o mecanismo do estado de sítio; na segunda, os seus efeitos.

SEÇÃO I

O MECANISMO DO ESTADO DE SÍTIO.

91 — Se encarado o estado de sítio como um processo, antes de mais nada deverão ser examinados os seus *pressupostos*, para que depois se estude o modo de sua *declaração*, seus *efeitos*, sua *execução* e seus *executores*, bem como as formas de *contrôle* a que êle está sujeito. Com exceção de seus *efeitos*, que, dada a sua alta importância, merecerão estudo à parte, as demais questões referidas, na ordem, constituirão a matéria dos capítulos vindouros.

então o debate sobre qual o conteúdo desta última expressão, questão que será abordada logo mais, e sobre a possibilidade de se decretar o sítio em caso de previsão de comoção intestina, que sob certo aspecto se examinam atrás (277).

A constituição de 1934, em seu art. 175, permitia a declaração do sítio, na iminência de agressão estrangeira ou na emergência de insurreição armada, prevendo ainda lei especial que o regulasse em caso de guerra ou de emergência de guerra (art. 175, § 15). A emenda constitucional n.º 1, a seu turno, veio equiparar a comoção interna grave ao estado de guerra.

A Carta de 1937 vinculava o estado de emergência à existência de ameaça externa, ou existência de concorrência

CAPÍTULO 1

OS PRESSUPOSTOS DO ESTADO DE SÍTIO.

92 — A instauração do estado de sítio pressupõe determinadas condições de fato, sem as quais constituiria êle um abuso injustificável. Quais são essas condições no direito constitucional brasileiro?

A Carta constitucional de 1824 subordinava o estado de sítio à existência de *rebelião* ou *invasão de inimigos* (art. 179, § 35). Ou seja, aos mesmos casos em que a Constituição dos Estados Unidos admite a suspensão do *habeas-corpus* (art. I, seção IX).

A primeira Constituição republicana (art. 80) por sua vez entendeu justificar a suspensão de garantias, tanto a *agressão estrangeira* quanto a *comoção intestina*. Suscitou então o debate sôbre qual o conteúdo desta última expressão, questão que será abordada logo mais, e sôbre a possibilidade de se decretar o sítio em caso de previsão de comoção intestina, que sob certo aspecto se examinou atrás (277).

A constituição de 1934, em seu art. 175, permitiu a declaração do sítio, *na iminência de agressão estrangeira* ou *na emergência de insurreição armada*, prevendo ainda lei especial que o regulasse em caso de guerra ou de emergência de guerra (art. 175, § 15). A emenda constitucional n.º 1, a seu turno, veio equiparar a comoção intestina grave ao estado de guerra.

A Carta de 1937 vinculava o estado de emergência à existência de *ameaça externa*, ou *existência de concôrto*,

277. V. n.º 80.

plano ou conspiração subversiva, ou iminência de perturbações internas (art. 166). Em caso de guerra, admitia forma especial que importava na suspensão da Constituição nas partes que o Presidente da República quisesse (art. 171).

Por fim, a atual Constituição, em seu art. 206, condicionou a decretação do estado de sítio aos casos de "comoção intestina grave ou de fatos que evidenciem estar a mesma a irromper" (art. 206, I), ou "de guerra externa" (art. 206, II).

93 — Pressupõe assim o estado de sítio, no direito vigente entre nós, comoção intestina grave ou guerra externa, fora o caso de ameaça que mais adiante se vai examinar. O direito estrangeiro, a seu turno, não discrepa nisso do brasileiro.

A Constituição portuguesa de 1826, por exemplo, subordinava a declaração do estado de sítio à *sedição* ou à *invasão de inimigos*, (art. 145, § 34), revelando clara influência de nossa primeira Carta magna. A lei fundamental da Prússia de 1850 (art. 111) não a condicionava de outro modo, vinculando-a à existência de guerra ou revolta.

A legislação francesa de 1878 que constitui uma das fontes principais da matéria, também o prevê para o caso de guerra externa ou insurreição a mão armada (278) mas de que resulte perigo iminente. Mais lacônica, a lei de 1849 apenas exigia perigo iminente para a segurança interior ou exterior (279).

Dentre as constituições latino-americanas, pode-se citar a da Argentina, de 1860, que só admite o sítio, em se dando *comoção intestina* (conmocion interior)

278. Lei de 3 de abril de 1878, art. 1: "O estado de sítio não pode ser declarado exceto no caso de perigo iminente resultante de guerra estrangeira ou de insurreição a mão armada".

279. Lei de 9 de agosto de 1849, art. 1: "O estado de sítio não pode ser declarado, salvo no caso de perigo iminente para a segurança interior ou exterior".

ou ataque externo que ponha em perigo o exercício da constituição e das autoridades criadas por ela" (art. 23).

Textos mais recentes, como a constituição da Turquia de 1924, também subordinam o estado de sítio aos casos de guerra, ou ameaça de guerra, insurreição, ou tentativa, contra a pátria ou a república (art. 86) (280).

94 — A guerra externa é, pois um dos casos que justificam, em nosso direito e no estrangeiro, a suspensão de garantias constitucionais.

O uso dessa expressão pela Constituição vigente (art. 206, II) denota uma mudança de atitude em relação aos textos mais antigos. De fato, como é sabido, a Carta de 1824 (art. 175, n. 35) falava em *invasão de inimigos*, enquanto as de 1891 (art. 80) e de 1934 (art. 175), em *agressão estrangeira*.

Esses textos eram mais rigorosos no autorizar a suspensão de garantias, particularmente o primeiro que exigia a presença de tropas inimigas sobre o território nacional, antes que a medida de exceção pudesse ser tomada. Sublinham todos os aspectos defensivos do sítio.

O direito vigente, porém, exige apenas guerra com estado estrangeiro. Não se preocupa com quem é o agressor, nem aguarda a invasão, para admitir o sítio. Deve-se entender, contudo, que só a guerra — em sentido jurídico — é que admite a declaração do estado de sítio.

Assim, no caso do art. 206, II da Constituição de 1946, a declaração do estado de sítio deve ser precedida da declaração do estado de guerra (arts. 5, II, 66, II e 87, VIII da Constituição de 1964). Assim, somente depois de ser declarado o estado de luta armada com potência estrangeira, submetido às regras do direito internacional, é que cabe o decreto do sítio.

280. V. seu texto, traduzido para o francês, em *Les Constitutions Européennes*, por Boris Mirkine-Guétzévich, Paris, 1951, II.

Havendo estado de guerra, mesmo que não haja a invasão ou agressão, podem ser suspensas as garantias constitucionais, face ao direito vigente.

95 — Poderá, contudo, ser decretado o estado de sítio em caso de ameaça de guerra externa?

A resposta não escapa a hesitações.

O direito anterior não mostra orientação uniforme.

A Carta de 1824, por pressupor invasão, não poderia admitir resposta afirmativa. A de 1891 permite incerteza. A de 1934 (art. 175) inspira resposta afirmativa: de fato, falava em “iminência de agressão estrangeira”. A de 1937, também se refere à “ameaça externa” (art. 166), donde decorreria o sim.

Por outro lado, a contraposição entre os ns. I e II do art. 206 sugere negativa. Na verdade, o art. 206, I é expresso ao admitir o sítio em caso de mera previsão, ao passo que o n. II se limita a referir-se à guerra, sem referência à sua previsão, ou à sua ameaça.

A interpretação teleológica inspira, ao contrário, resposta afirmativa. De fato, o estado de sítio existe para evitar ou superar uma situação de perigo para a ordem constitucional (281). Ora, a ameaça de guerra significa grave risco para a ordem constitucional.

A resposta definitiva, porém, é pela negação (282). Para ela contribui decisivamente, além da comparação entre os ns. I e II do art. 206, o que se depreende do art. 210. Segundo dispõe êste, na hipótese do n.º II do art. 206, o sítio pode ser decretado “por todo o tempo em que perdurar a guerra externa”. Ora, o que juridicamente não começou — diria o Cons. Acácio — não pode perdurar...

Assim, há uma falha no broquel da ordem constitucional que o intérprete detecta mas que só o legislador pode fechar.

281. V. supra n.º 80.

282. De acôrdo: Pontes de Miranda, ob. cit., VI, p. 446.

96 — A *comoção intestina grave* é outro caso em que se entende cabível a suspensão de garantias constitucionais.

Que vem a ser, porém, *comoção intestina*?

A êsse propósito não é unânime a doutrina brasileira. Certos autores, como Ruy e João Barbalho, dão a essa expressão um conceito restrito, ao passo que outros, como Maximiliano e Pontes de Miranda, lhe emprestam sentido mais amplo.

Argumenta o grande líder liberal: “A frase *comoção intestina*, posta lado a lado à de *invasão estrangeira* e subordinada às necessidades de segurança da República, com perigo iminente da pátria, não pode, evidentemente, estender-se a desordens esparsas, a abalos superficiais, a êsses estados morais de receio, insegurança e ameaça. que as sociedades mais bem constituídas atravessam neste século de agitação. De mão dadas com a idéia de *invasão estrangeira*, tendo, portanto, com ela correspondência direta, similaridade imediata, a *comoção intestina* representa o caso de perturbações materiais extensas e gravíssimas” (283). E dêsse modo, *comoção intestina* significa para Ruy, como noutra passagem êle o diz, “levantar público e em armas” (284).

A lição de Barbalho é semelhante. Partindo também do paralelo *comoção intestina* — *guerra externa*, pergunta o grande constitucionalista: “Ora que *comoção intestina* é a que, para êste efeito (decretação do sítio) se pode comparar à guerra ou *invasão estrangeira*? Na ordem dos fatos desta natureza não encontramos mais que um dêste jaez — a guerra *intestina* — E realmente, que se possa comparar a uma guerra só alguma outra guerra”. Assim, *comoção intestina* é um eufemismo que a Constituição emprega por guerra *intestina* (285).

283. Comentários..., ob. cit., II, 359.

284. O Estado de Sítio, ob. cit., p. 35.

285. Ob. cit., p. 162.

Em abôno dessa interpretação, aduz *João Barbalho* vários argumentos. Em primeiro lugar, observa que, punindo o Código penal o motim, o tumulto, a assuada, a sedição, a conspiração, etc., o sítio não pode ser, portanto, senão para caso ainda de maior gravidade e êsse não é senão a rebelião, a revolução, a guerra intestina, que compromete não já a ordem pública sòmente mas a própria "segurança da República". Em segundo lugar, essa análise pode invocar analogia com o direito norte-americano que só tolera a suspensão do *habeas-corpus* nos casos de rebelião ou invasão, bem como com a Constituição imperial (art. 175, § 35) que exigia também rebelião (286).

A corrente oposta sustenta que a expressão *comoção intestina* compreende a insurreição armada, sendo, todavia, mais ampla que esta.

Ê esse pensamento de *Carlos Maximiliano* que refere lição do mestre Argentino *Gonzalez*. Disse êste da Constituição argentina: "A Constituição não quis empregar os vocábulos conhecidos de outras constituições: *rebelião*, da dos EE. UU, *revolta armada*, *sedição interior*, *insurreição armada*, das leis francesas; preferiu a voz genérica e compreensiva — *comoção* que não só exprime em seu sentido literal levante, sublevação, tumulto contra o Estado, como também tôda perturbação ou inquietação violenta que faça temer perigo iminente da paz e da ordem pública e constitucional" (287).

Dêsse ensinamento não discrepa o de *Pontes de Miranda* para o qual *comoção intestina* é "qualquer perturbação da ordem, grave, que a juízo do Congresso Nacional, seja pressuposto suficiente para a decretação do estado de sítio, com o fundamento no art. 206, I" (288).

A razão, a nosso ver, está com a segunda corrente. Empregando expressão mais ampla, é evidente que o

286. Id. *ibid.*

287. Ob. cit., III, n.º 644, nota 2.

288. Ob. cit., VI, p. 446.

constituente não quis subordinar o estado de sítio ao levante armado. Mesmo porque de grande perigo podem revestir-se crises — como as provocadas por greves gerais de cunho político — que não constituem insurreição armada, ainda que possam ser arma revolucionária. A argumentação de *João Barbalho*, por exemplo, não convence exatamente porque a comparação com os textos citados serve para ressaltar a diferença entre os mesmos e a nossa Constituição, seja de 1891, seja de 1946.

Ademais, a própria Constituição vigente se incumbe de espancar qualquer dúvida ainda subsistente ao se referir, no art. 207, a "*comoção intestina com o caráter de guerra civil*", admitindo, pois, e claramente, possa haver *comoção intestina* sem o caráter de insurreição armada que justifique o sítio.

97 — A *comoção intestina* deve ser grave (art. 206, I). Ou seja, dela deve decorrer risco iminente e real para a ordem constitucional ou para a segurança da República. O critério essencial para que se meça a gravidade da crise é, a nosso ver, a indagação sôbre se os meios de repressão ordinários bastam ou não para superála. A *comoção intestina* grave a que se refere o art. 206, I da Constituição vigente é tôda perturbação que ponha em risco iminente a ordem constitucional ou a segurança da república e que não possa ser eliminada apenas pelos meios repressivos ordinários do Estado (289).

Tal entendimento é aliás reforçado pelo direito comparado, como se pode ver, por exemplo, da legislação francesa (290).

98 — Não pode haver dúvida hoje, face ao disposto no art. 206, I, da Constituição, que a previsão de

289. Cf. Sampaio Dória, ob. cit., II, p. 394.

290. Cf. art. 1.º das leis de 1848 e 1879 cujos textos são citados nos notas 278 e 279.

comoção intestina grave pode justificar a decretação do sítio. Todavia, deve-se sublinhar que essa previsão, segundo o próprio texto constitucional, tem de alicerçar-se em fatos e não em meras suspeitas. A gravidade das medidas que o sítio possibilita, justifica êsse rigor, do mesmo modo que a gravidade dos perigos justifica a sua decretação.

Note-se, porém, que, de acôrdo com a lição irrefragável de *Pontes de Miranda*, não há previsão, para fins constitucionais, de comoção intestina grave qualificada, ou seja com o caráter de guerra civil. “Se há comoção intestina grave com previsão de guerra civil, ou apenas essa previsão (que contém a de comoção intestina grave), só se leva em consideração a comoção intestina grave, que há ou que se espera” (291).

CAPÍTULO 2

A DECLARAÇÃO DO ESTADO DE SÍTIO

99 — O estado de sítio, suspensão de garantias constitucionais, não preexiste à sua declaração. O fato do sítio não basta para dar-lhe existência; esta decorre de sua declaração, segundo as normas constitucionais. Como diz *Garcia-Pelayo*, “o que dá existência jurídica ao estado de guerra é precisamente o ato de sua declaração” (292).

Por importar numa substituição, ainda que provisória, de legalidade, o poder de declarar o estado de sítio compete ao órgão, ou aos órgãos que têm por objeto específico a elaboração da lei, ou seja, ao poder legislativo (293). Assim sendo, a Constituição brasileira atribuiu essa competência ao Congresso nacional (art. 206 *caput*), no que não discrepa da Carta de 1824 (art. 179, 35), da Constituição de 1891 (art. 80 § 1.º) e da Constituição de 1934 (art. 175), pondo-se de parte a Carta de 1937 que a conferia, no seu autoritarismo patológico, ao Presidente da República (art. 166). Nem é diferente o direito estrangeiro que também reserva essa competência ao Parlamento, se reunido ao ocorrerem os pressupostos do sítio (294).

Pode suceder, porém, que, não estando reunido o Congresso, achando-se êste em recesso por não ser época de sessão legislativa ordinária (295), verifiquem-se os pressupostos do estado de sítio. Nesse caso, não compor-

292. Ob. cit., p. 166.

293. Id. ib.

294. Cf. Colliard, ob. cit., n.º 120.

295. Constituição de 1946, art. 39.

tando a situação que se aguarde a reunião do Congresso, o estado de sítio pode ser declarado por decreto do presidente da República (art. 208 da Constituição atual). Tal faculdade, em iguais circunstâncias, já era concedida pelo direito anterior (296) como o é também pelo estrangeiro (297). Mas só o Presidente e nunca outro agente da administração.

Decretado pelo Presidente o estado de sítio, no intervalo das sessões legislativas, o Congresso nacional tem de ser convocado de imediato pelo Presidente do Senado para que se reúna dentro em quinze dias, afim de apreciar tal decisão (art. 208, § único). Essa convocação que já era implicitamente exigida pela Constituição de 1891 (289), passou a ser automática sob a de 1934 (art. 175, § 7.º), para ser obrigatória sob a atual. Se o Presidente do Senado não a fizer, pode fazê-lo o Presidente da República ou um terço de qualquer das câmaras sem o que o decreto irá caducar em quinze dias. Entenda-se, porém, por Presidente do Senado quem, "se o Congresso Nacional estivesse aberto, teria de presidir o Senado" (299).

A convocação do Congresso é essencial, já que o mesmo deverá pronunciar-se sobre o ato presidencial, aprovando-o ou desaprovando-o (art. 208, § único ainda). Se o Congresso aprovar o ato, os efeitos dessa aprovação retroagem à data de sua decretação. Se não o aprovar, porém, ou se não se reunir dentro em quinze dias, o estado de sítio se levanta, *ipso jure* (300). Todavia, esse estado existiu no prazo que vai de sua regular decretação à data da reunião do Congresso.

Havendo estado de sítio nesse lapso de tempo, o Presidente poderá tomar as medidas que competirem. Essas medidas não se tornarão ilegais ou inconstitucionais pela não-aprovação pelo Congresso da declaração presi-

296. Expressamente pela Constituição de 1934, art. 175, § 7.º.

297. Cf. Colliard, ob. cit., n.º 120.

298. Cf. Barbalho, ob. cit., p. 167.

299. Cf. Pontes de Miranda, ob. cit., VI, p. 448.

300. Cf. T. Cavalcanti, ob. cit., IV, p. 234.

dencial, mas poderão, se abusivas, dar ensejo a processo de responsabilidade (301).

Sublinhe-se, todavia, que o Congresso não está obrigado a aprovar a medida presidencial, como não está adstrito a decretar o sítio, sempre que ocorrerem seus pressupostos. Como ensina *Pontes de Miranda*, esses pressupostos são necessários mas não suficientes. "O ato de decretação ou aprovação do estado de sítio é político" (302). Da mesma forma, o Presidente, no intervalo das sessões legislativas, não está juridicamente obrigado a declarar o sítio, ocorrendo seus pressupostos, embora possa ter o *dever* de fazê-lo.

100 — No direito brasileiro que nisso segue paralelo ao argentino, somente a União é que pode decretar o sítio (303). Tal se dá pelo caráter de extrema gravidade de uma medida que, por sua própria natureza, afeta as garantias individuais, segundo *Viamonte* (304). Cumpre lembrar, porém, que essa mesma gravidade tem a suspensão do *habeas-corpus* nos Estados Unidos, suspensão essa que pode ser decretada pelos poderes estaduais (305).

101 — Para a validade da decretação do estado de sítio, são requisitos essenciais a *fixação de seu âmbito territorial* (art. 212 e *do prazo de sua duração* (art. 210) que poderá ser o de duração da guerra estrangeira (art. 210 ainda).

Se faltar a especificação das regiões que deve abranger o estado de sítio, o decreto que o declarou é inconstitucional (306). É lícito, porém, decretar o sítio para todo o território nacional?

301. Cf. Maximiliano, ob. cit., p. 818; T. Cavalcanti, ob. cit., IV, p. 234.
Contra: Pontes de Miranda, ob. cit., VI, p. 456.
302. Ob. cit., VI, p. 457.
303. Cf. Maximiliano, ob. cit., n.º 302.
304. Ob. cit., p. 58.
305. Cf. Pontes de Miranda, ob. cit., VI, p. 439.
306. Cf. Pontes de Miranda, ob. cit., VI, p. 459; T. Cavalcanti, ob. cit., IV, p. 236.

Departamento de Direito do Estado
da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

Pontes de Miranda responde que sim (307). Outros que não. Estes últimos argumentam, como o fazia *Araújo Castro*, que é difícil conceber sua necessidade, que *Ruy*, em discurso de 10 de novembro de 1917, com toda sua autoridade sustentava ser isso inconstitucional e enfim que a letra da Constituição o repelia (308).

O argumento mais forte é o último. De fato, a Constituição de 1891 não parecia conceber sítio em todo o país. O seu art. 34, n.º 21, falava em *um ou mais pontos* do território, o art. 48, n. 15, em *qualquer ponto*, e o art. 80 em *qualquer parte*. A de 1934 (art. 175) também falava em *qualquer parte*. Por sua vez, o art. 212 da Constituição vigente reza: “O decreto do estado de sítio especificará sempre as regiões que deve abranger”. Da mesma forma, como lembra *Viamonte*, a Constituição argentina autoriza a decretação do sítio em um ou vários pontos (*uno o varios puntos*) do território nacional (309).

A interpretação literal deve, contudo, ceder frente à interpretação teleológica. Se em todo o território nacional ocorrem perturbações que tornam necessária a suspensão de garantias, por que não se poderia decretá-la? A regra constitucional apenas pretende que o sítio seja declarado para as regiões onde fôr necessário.

Igualmente se faltar especificação de prazo, é inconstitucional a decretação do estado de sítio. Como ensina *Ruy*, “a fixação prévia do tempo é... requisito substancial do estado de sítio. A ausência desse requisito determina, pois, a invalidade da medida e a insubsistência dos atos praticados à sua sombra (310). Sem essa fixação, não haveria “suspensão mas supressão de garantias, pois ao arbitrio ficaria da autoridade constituir-se em ditadura por todo o tempo que lhe parecesse” (311).

307. Ob. cit., VI, p. 459.

308. Manual da Constituição brasileira, Rio, 1918, p. 334/335. Cf. Sampaio Dória, ob. cit., II, p. 403.

309. Ob. cit., p. 81.

310. O Estado de Sítio, ob. cit., p. 10.

102 — A Constituição brasileira em vigor não exige formas especiais para a aprovação da lei que decreta o estado de sítio. Tal não ocorre, porém, no caso em que, decretada a medida pelo Presidente, o Congresso tem de aprová-la ou não.

Nessa última hipótese, a Constituição exige que a deliberação do Congresso se dê em sessão secreta (art. 211) e que a votação seja também secreta (art. 43). O constituinte quis, sem dúvida, reforçar a independência dos parlamentares num caso de importância capital.

103 — A caracterização da natureza jurídica do ato declaratório do estado de sítio, seja este uma lei ou um simples decreto presidencial, é a mesma. É ele — já ensinava *Léon Duguit* — um *ato-condição*, isto é “uma declaração que condiciona a modificação de uma situação legal ou o nascimento de uma situação legal para parte ou para todo o território” (312).

A decretação do sítio condiciona a aplicabilidade de situações legais-tipo, mais precisamente de situações constitucionais específicas, previstas para hipóteses determinadas. De fato, a Constituição atual prevê vários tipos de estado de sítio, consistindo cada um deles num conjunto padrão de medidas, próprias para diferentes eventualidades (313). Por isso é que a causa do estado de sítio é juridicamente relevante, não se podendo, por exemplo, aplicar em caso de comoção intestina grave sem o caráter de guerra civil as medidas rigorosas admitidas no caso de insurreição armada.

104 — No direito atual, não há lugar para discutir sobre se, decretado o sítio pelo Presidente, pode este, ou não pode, tomar todas as medidas que autorizaria o sítio decretado por lei.

311. Barbalho, ob. cit., p. 165.

312. Ob. cit., II, p. 338.

313. V. adiante n.º 119.

Sem dúvida, sob a égide da Constituição de 1891, a razão estava com *Ruy* que entendia, apoiado no art 80, § 2, poder menos o Presidente que o Congresso, no que tange às medidas a tomar, decretado o sítio (314). De fato, o texto constitucional era claro ainda que *Maximiliano* e outros sustentassem o contrário (315).

Hoje, porém, à falta de distinção constitucional, devem-se entender iguais os poderes.

105 — As regras concernentes à declaração do estado de sítio aplicam-se à sua prorrogação. De fato, esta nada mais é que uma nova declaração. Assim, estando reunido o Congresso, a lei apenas é que pode prorrogar o sítio. Não estando, pode fazê-lo o Presidente, convocando o Congresso para que aprecie seu ato.

Equivalento a nova declaração, pode a prorrogação aliviar, ou acentuar, o rigor do estado de sítio, segundo as condições do momento. Se, por exemplo, a insurreição armada que o justificara de início estiver sufocada embora comoção grave perdure, não é lícito manter rigorosa a suspensão de garantias. Ao contrário, se comoção grave degenerar em guerra civil, impõe-se a intensificação das restrições.

Cumpra observar que não pode ser prorrogado por ato presidencial estado de sítio que se levantou por falta de reunião do Congresso no prazo do art. 207, § único. Admitir o contrário seria permitir a fraude, decretando e prorrogando o sítio o chefe do executivo sem eventualmente permitir a reunião do Congresso. Dêsse modo, a tarefa primeira e primordial do Presidente ao decretar o sítio durante o recesso das câmaras, é assegurar as condições de seu funcionamento.

314. V. Comentários..., VI, p. 337.

CAPÍTULO 3

A EXECUÇÃO E O EXECUTOR DO SÍTIO

106 — A execução do estado de sítio não pode preceder a publicação do ato que o declara. À falta de regra especial que abra exceção para o decreto de suspensão de garantias, está ele sujeito à disposição comum.

Assim, não tem fundamento jurídico o acórdão do Supremo Tribunal Federal (n.º 300, de 27 de abril de 1892) que entendeu não obedecer a decretação do estado de sítio à regra ordinária de publicação por encerrar implicitamente a cláusula de execução imediata. Nem tem apóio no bom senso já que ninguém pode ser obrigado a respeitar normas extraordinárias que não pode conhecer (316).

Ademais, como preceitua o art. 207, § único, só depois de publicado o ato declaratório é que o presidente pode nomear os executores do sítio. Ora, não é concebível execução sem executor...

Por outro lado, deve-se admitir que essa execução é imediata à publicação, dispensado o interstício de quarenta e cinco dias, previsto na Lei de Introdução (art. 1), ainda que tal não haja sido objeto de expressa manifestação do legislador. De fato, essa solução deflui da própria natureza da medida e não aberraria ao bom senso, como o ofendia a dispensa da própria publicação. Mesmo porque a rapidez dos meios atuais de comunicação tornou desnecessário aquêle interstício.

316. V. Barbalho, ob. cit., p. 165 e Araújo Castro, ob. cit., p. 335, sobre o acórdão referido.

107 — A nomeação do executor (ou dos executores) do estado de sítio, compete privativamente ao Presidente (art. 207, § único) que pode destituí-lo, quando entender conveniente.

Ordinariamente, o executor é a autoridade militar, mas nada exige que sempre seja assim. Nada impede, por exemplo, que tal incumbência seja dada a civil, por exemplo a um interventor. No sistema francês, o executor é sempre autoridade militar, à qual a decretação do sítio devolve o poder de polícia ordinariamente exercido pela autoridade civil (lei de 1849, art. 7).

108 — Ao contrário da ditadura romana, o estado de sítio rigorosamente prevê a responsabilidade de seu executor e do chefe do executivo ao qual o mesmo se subordina. Sem dúvida, por autorizar de antemão medidas que em tempos normais seriam criminosas, o estado de sítio dispensa seu executor e seu chefe da justificação judiciária de cada ato. Contenta-se com uma prestação de contas política, como se há de ver adiante (317). Todavia, não é álibi para abusos.

O executor do sítio e o chefe do executivo que o tem às suas ordens respondem civil e criminalmente pelos abusos de sítio. Essa regra fundamental do Estado de Direito é consagrada pelo direito brasileiro e alienígena. No direito francês, ensina *Duguit*, “conquanto a autoridade militar, durante o estado de sítio, tenha poderes exorbitantes, estes poderes ficam sempre limitados pela lei, e, se a autoridade militar praticasse um ato, que a lei não lhe dê o direito de praticar, haveria excesso ou abuso de poder, com tôdas as suas consequências, nomeadamente recurso por excesso de poder, bem como responsabilidade do funcionário consoante o direito comum” (318).

No direito brasileiro, foram as Constituições de 1824 (art. 179, § 35), 1891 (art. 80, § 4) e 1934 (art. 175,

317. V. n.º 115.

318. Apud Pinto Ferreira, ob. cit., II, p. 401.

§ 13) explícitas a êsse respeito, responsabilizando as autoridades pelos abusos que cometessem. A última delas chega até a sublinhar a dupla responsabilidade — civil e criminal — por êsses abusos.

A Constituição atual consagra o mesmo princípio, embora implicitamente. De fato, os abusos praticados durante o sítio configuram crimes de responsabilidade do Presidente e ministros de Estado, seja por embarçarem o livre exercício dos poderes constitucionais, seja por violarem direitos individuais do cidadão conforme prevê a Constituição em seu art. 89, II e III. Por outro lado, a decretação abusiva do sítio pelo Presidente é ato que põe em risco a segurança interna do país, o que configura outro crime previsto pela Constituição (art. 89, IV).

Tanto assim é que a lei 1.079, de 10 de abril de 1950, que define e sanciona os crimes de responsabilidade do Presidente e dos ministros, inclui, por exemplo, entre as figuras delituosas “tomar ou autorizar durante o estado de sítio medidas de repressão que excedam os limites da Constituição” (art. 7, n.º 10) e “decretar o estado de sítio, estando reunido o Congresso Nacional, ou no recesso dêste, não havendo comoção interna grave nem fatos que evidenciem estar a mesma a irromper ou não ocorrendo guerra externa” (art. 8, n.º 3).

Essa responsabilidade criminal pode, sem dúvida, ser apagada por ato do Congresso. Não, porém, por uma aprovação geral e vaga ao estado de sítio. Para que tenha tal condão, o ato do Congresso deve desculpar especificamente cada violação ou cada violador, votando verdadeiro *act of indemnity*. A responsabilidade por crimes do estilo dos que se praticam durante o sítio só a anistia pode levantar.

Da mesma forma, responde a autoridade civilmente pelas perdas e pelos danos que causou abusivamente, não o dispensando disso a aprovação política do Congresso.

109 — Cessa a execução do estado de sítio — como é óbvio — logo que decorrido o prazo fixado quando de sua decretação, ou logo que houver sido publicado ato que o levantar. Esse ato deve provir de órgão para tanto competente, ou seja do órgão que, naquele momento, seria competente para decretá-lo, isto é, o Congresso se reunido, o presidente, no caso contrário.

CAPÍTULO 4

O CONTRÔLE JUDICIÁRIO

110 — A extrema gravidade das consequências que pode ter para o cidadão a suspensão de garantias constitucionais exige que sérias medidas sejam tomadas não só para prevenir como também para corrigir os abusos e arbitrariedades daí decorrentes. Por isso é que “no Estado de Direito, permite-se... a apreciação dos atos exorbitantes praticados pelo governo durante o estado de sítio, pelos próprios tribunais” (319). Assim, o controle judiciário, em geral mais seguro para a liberdade individual, vem somar-se ao controle político, fornecendo recurso às vítimas de injusta coação.

A intervenção do judiciário em relação ao estado de sítio, em nosso direito, não foi consagrada antes da Constituição de 1934. Esta, em seu art. 175, § 14, permitiu expressamente recurso à justiça em caso de ilegalidade. Sob a Constituição de 1891, todavia, embora fôsse omissivo o seu texto, o Supremo Tribunal Federal já se dera por competente para conhecer das questões suscitadas pelo estado de sítio.

A Carta de 1937, como era de se esperar, não admitiu que os órgãos judiciários conhecessem, durante o estado de emergência ou de guerra dos atos praticados em virtude dos mesmos. Essa orientação, nitidamente antiliberal, foi defendida na Constituinte pelo senador Silvestre Péricles mas não vingou, sendo adotada a tese oposta, con-

319. Ainda Duguít, apud Pinto Ferreira, ob. cit., II, p. 401.

substanciada no art. 215 da Constituição de 18 de setembro (320).

Dispõe esse texto: "A inobservância de quaisquer das prescrições dos arts. 206 a 214 tornará ilegal a coação e permitirá aos pacientes recorrerem ao poder judiciário".

Noutros Estados, como em França, também são admitidos os recursos de direito comum, seja administrativos, seja judiciários, contra os abusos na execução do estado de sítio. "Os abusos da autoridade militar, perpetrados sob o regime do estado de sítio, são suscetíveis de todos os recursos de direito comum, que comporte o seu caráter administrativo ou jurisdicional e podem também acarretar a responsabilidade pessoal dos funcionários militares" (321).

111 — Relativamente ao estado de sítio, o judiciário pode ser chamado a apreciar a constitucionalidade ou a legalidade do ato, ou que o decreta, ou que o executa (322).

Para que a lei ou o decreto declaratório seja constitucional deve provir de autoridade competente, obedecer à forma regular de edição, especificar a área geográfica a que se estenderá e o prazo que há de durar. Quanto à forma, em se tratando de decreto aprovado pelo legislativo, deverá o judiciário, se chamado a pronunciar-se, examinar se foi secreta a sessão e a votação em que o Congresso o apreciou. De fato, é a Constituição que exige esse segredo e a Constituição é evidentemente superior aos poderes constituídos. Ainda, se fôr o caso de decreto presidencial, para ser constitucional é necessário que convoque o Congresso no prazo de quinze dias.

Assim, a falta de qualquer desses requisitos inquina de inconstitucionalidade o ato declaratório, inconstitucionalidade que não só o judiciário pode como deve declarar, se chamado a manifestar-se.

320. Cf. José Duarte, ob. cit., III, p. 429/430.

321. Duguit, apud Pinto Ferreira, ob. cit., II, p. 401.

322. V. Pontes de Miranda, ob. cit., VI, p. 466.

Por sua vez, todo ato que fôr praticado, a pretexto do sítio, mas em discordância com o ato que, declarando-o, fixou as regras a que vai obedecer, é ilegal e contra ele também cabe recurso ao judiciário. Esse ato, aliás, poderá ser, além de ilegal, inconstitucional, se feriu qualquer dos preceitos dos arts. 206 a 214 da Constituição.

112 — Poderá, contudo, o judiciário examinar se os fatos justificam a declaração do estado de sítio? Particularmente, se há comoção intestina e se esta é grave ou qualificada pela insurreição armada?

No direito norte-americano, a resposta seria afirmativa. No célebre caso *Milligan*, como refere *Willoughby*, entendeu a maioria que "nenhum fiat legislativo é suficiente para criar a necessidade de exercer a lei marcial quando essa necessidade de fato não existe". E a própria minoria, que pensava não se poder discutir a necessidade, o que seria da competência discricionária do Congresso, entendia haver um limite para esta — a existência de guerra. "O único limite a respeito de seus (do Congresso) poderes discricionários (quanto à lei marcial) é que em alguma parte existe guerra em que tomam parte os Estados Unidos" (323).

Entre nós, o Supremo Tribunal Federal, no acórdão 3.556 de 10 de junho de 1914, segundo narra *Araújo Castro*, afirmou que, "tratando-se de ato de natureza essencialmente política, o judiciário não pode entrar na apreciação dos fatos que o motivaram" (324). Como questão política, é assim repelida a verificação dos fatos que justificam o estado de sítio.

Para passar ao crivo essa decisão, é mister, todavia, traçar os limites entre a questão política e a questão jurídica, aquela fora, esta dentro da competência dos tribunais. Esse tema foi aprofundadamente debatido por *Ruy* que recorda as opiniões de *Story* e de *Cooley*. "Toda questão

323. Ob. cit., § 733. V. supra § 56.

324. Ob. cit., p. 332.

suscetível, diz o primeiro, por natureza, de se submeter ao critério da Constituição, está sujeita à verificação judiciária" (325). E em nota, observa o segundo, "hoje pode consistir a questão em se saber se um ato existente é constitucional. Essa questão é meramente judiciária. Amanhã pode ter expirado o mesmo ato e inquirir-se se convém restabelecê-lo. Essa questão é política" (326). E, enfim, sintetiza o grande baiano: "Se o governo se serviu, conveniente ou inconvenientemente de faculdades que se supõem suas, pertence ao Congresso julgar. É a questão política. Se cabem, ou não cabem, ao governo as atribuições, de que êle se serviu, ou se, servindo-se delas, transpôs, ou não, os limites legais, pertence à justiça decidir. É a questão jurídica. O Congresso julga da utilidade. O Supremo Tribunal, da legalidade. O critério do Congresso é a necessidade governativa. O do Supremo Tribunal é o direito escrito" (327).

A lição de Ruy, apesar de apoiada em autores que escrevem a propósito de sistema jurídico de índole diferente da do nosso, é correta. A verificação da legalidade ou constitucionalidade tanto do ato declaratório como das medidas adotadas em seu seguimento constitui questão evidentemente judiciária. Isso, porém, não responde à nossa indagação, já que esta substancialmente se preocupa em saber se a existência de comoção grave ou de guerra não se inclui na verificação da constitucionalidade da declaração.

No caso de estado de sítio declarado sob fundamento de guerra externa, em nossa opinião não há dúvida de que o judiciário pode e deve verificar, se provocado, a existência desse pressuposto. De fato, como se mostrou acima (328) o pressuposto do sítio em tal caso não é um estado fático mas um estado jurídico, nascido da

335. Commentaries, ob. cit., § 375, apud Ruy, Estado de Sítio, ob. cit., p. 162.

326. Id., ib.

327. Ruy, O Estado de Sítio, ob. cit., p. 162.

328. V. supra n.º 94.

declaração de guerra. Verificando se houve esta ou não, o judiciário não penetra o domínio estrito da política, apenas comprova se algo nasceu juridicamente.

No caso de fundar-se em comoção intestina grave, ou em sua previsão, bem como no de alegar-se insurreição armada, a apreciação da gravidade da situação de fato é, sem dúvida, política, dizendo respeito como diz à responsabilidade do governo para com o povo e seu destino, em geral. Prevalecem, aí, considerações de conveniência que escapam ao crivo estritamente jurídico. Não pertence aos tribunais, por isso, o conhecê-las e sim aos órgãos políticos.

Todavia, pode e deve o judiciário verificar se da situação de fato declarada pelo decreto — comoção intestina grave, previsão de comoção intestina grave, comoção intestina grave qualificada por insurreição armada, guerra externa — se podem tirar as consequências extraídas. Ou seja, dosando a Constituição a suspensão de garantias e as medidas que enseja segundo a situação de fato reconhecida (329), o judiciário tem o dever de anular tudo o que ultrapassar essa dosagem. Assim, se, declarado o sítio com fundamento em previsão de comoção intestina grave, forem decretadas medidas só admitidas pela constituição em caso de guerra civil, o judiciário está obrigado a anulá-las, pois aí estará examinando estritamente sua legalidade e constitucionalidade.

329. V. adiante, n.º 117.

CAPÍTULO 5

O CONTRÔLE POLÍTICO

113 — O estado de sítio se desenvolve todo inteiro sob contrôle. Afora a verificação de seu respeito à lei, que compete ao judiciário, um outro contrôle, que se pode dizer político, se exerce sôbre êle. Tal contrôle cabe ao Congresso, que é o órgão por excelência político.

A vigilância parlamentar visa precipuamente assegurar o respeito à ordem constitucional por aqueles que são investidos de poderes excepcionais para defendê-la. Nisso difere do judiciário cujo objetivo fundamental é a salvaguarda da legalidade.

Êste contrôle é mesmo, em certas circunstâncias, prévio, já que, estando reunido o Congresso, tem o executivo de obter do legislativo a declaração do sítio, que implica na verificação dos pressupostos de fato alegados. Também a continuação do sítio, regularmente decretado pelo Presidente quando em recesso as câmaras, depende de contrôle da situação de fato, da mesma forma que a prorrogação do mesmo.

Essa verificação prévia, todavia, só vagamente se pode chamar de contrôle. Embora nela se manifeste uma atitude de vigilância, o pronunciamento do legislativo tem peso maior, constitutivo que é da própria declaração do sítio. Contrôle propriamente dito exerce o legislativo apenas sôbre os atos praticados durante o estado de sítio, após sua decretação.

114 — A preocupação de não deixar abuso sem punição em caso de suspensão de garantias já se pronuncia

na Carta de 1824. Exigia esta (art. 179, n.º 35) fôsse a final enviada à Assembléa *relação motivada* das prisões efetuadas e das *medidas de prevenção tomadas*, afim de serem os abusos sancionados.

A Constituição de 24 de fevereiro (art. 80 § 3.º) determinava ao Presidente que, reunido o Congresso, fôsem motivadamente relatadas as medidas de exceção tomadas. A de 16 de julho, primeiro impunha que, decretado o sítio pelo chefe do executivo, êste se dirigisse ao Congresso logo que êste se reunisse, relatando os motivos e justificando documentadamente as medidas adotadas (art. 175, § 8). Em segundo lugar, dispunha que terminado o sítio, as medidas aplicadas fôsem relatadas à Câmara dos Deputados (art. 175 § 12).

A atual Constituição repete nesse ponto a de 1934, prevendo relatórios nas mesmas hipóteses supra-mencionadas, respectivamente no art. 211 e no art. 214, § único.

115 — O relatório final — exige a Constituição — deve especificar e justificar as providências adotadas.

A não apresentação dêsse relatório em prazo razoável após o término do estado de sítio, ou sua apresentação em termos de tal sorte vagos, ou com omissões, constitui fundada suspeita, bastante para que, denunciado o mesmo por crime le responsabilidade, seja procedido ao processo de *impeachment*.

Da mesma forma, a desaprovação dêsse relatório deve abrir no mesmo instante processo de responsabilidade contra os praticantes dos atos reprovados, se fôr o caso, ou contra o Presidente se não providenciou a punição de seus autores. De fato, a omissão do Presidente em exigir dos subordinados o respeito à lei e a Constituição configura crime de responsabilidade (lei 1.079, já referida, art. 9, n.º 3).

Enfim, a aprovação dêsse relatório não significa a aprovação de todos os atos praticados sob a capa do estado

de sítio. Sem dúvida, pode o Congresso, como pode anistiar criminosos, desculpar atos abusivos ou violadores da lei ou da Constituição praticados no calor da luta, se de modo geral seus praticantes agiram para bem servir à pátria. Para que a aprovação dêse relatório tenha êsse sentido de *act of indemnity*, é, a nosso ver, preciso que a resolução do Congresso seja expressa em relação aos fatos e seus autores.

Aprovação geral não basta, pois esta se presume à conveniência das medidas lícitas apenas. De fato, essa aprovação geral pouco passa do arquivamento de uma ata de prestação de serviços.

SEÇÃO II

OS EFEITOS DO ESTADO DE SÍTIO.

116 — Como se justificou anteriormente, o estudo dos efeitos do estado de sítio exige por sua importância seção à parte. Variando êsses efeitos com as modalidades do estado de sítio, cumpre examinar num primeiro capítulo a estas para, a seguir, estudarem-se as medidas contra pessoas, as referentes a coisas, os efeitos com relação às imunidades parlamentares e, por fim, a cessação de todos os efeitos do sítio.

CAPÍTULO 1

AS MODALIDADES DO ESTADO DE SÍTIO

117 — Em capítulo anterior (330), já se mostrou, na França, por exemplo, a distinção de modalidades de suspensão de garantias, algumas das quais batizadas diferentemente, como estado de urgência, etc. No direito brasileiro, até 1934 não se conheciam modalidades de estado de sítio: êste era um só. O arsenal de medidas que admitia era o mesmo, não importa qual a sua causa, ou sua gravidade.

A Constituição de 16 de julho de 1934 foi a primeira a distinguir entre nós modalidades na suspensão de garantias. Para as hipóteses de iminência de agressão estrangeira ou de emergência de insurreição armada (art. 175, *caput*), previa uma forma simples de estado de sítio, enumerando taxativamente as medidas então lícitas (art. 175, n.º 2). Admitia, porém, outra modalidade a ser regulada em lei especial que anunciava (art. 175, § 15) para os casos de guerra ou de emergência de guerra. Já em 1935, a emenda constitucional n.º 1 veio criar o estado de comoção intestina grave de fins subversivos equiparada ao estado de guerra, onde a regra seria a suspensão de tôdas as garantias, já que deveriam ser especificadas as que permaneceriam em vigor.

A Carta de 1937 também previu duas modalidades, designadas diferentemente: o estado de emergência e o estado de guerra (art. 166), êste último caracterizado pelo emprêgo das forças armadas e que acarretava a

330. V. retro n.º 63.

suspensão parcial da Constituição (art. 171). No que concerne ao primeiro, as medidas que tornava lícitas eram essencialmente as enumeradas pelo art. 168.

118 — Seguindo êsses precedentes, a Constituição de 1946 previu duas modalidades de estado de sítio, uma que pode ser dita simples, outra que pode chamar-se de qualificada.

A forma simples a Constituição prevê para a hipótese de comoção intestina grave, ou de ameaça. Caracteriza-se essa modalidade por, em primeiro lugar, só permitir as medidas taxativamente enumeradas no art. 209 e seu § único. Ou seja, obrigação de permanência em localidade determinada, detenção em edifício não destinado a réus de crimes comuns, desterro para qualquer localidade povoada e salubre do território nacional e, eventualmente, censura de correspondência e publicidade, inclusive a de radiodifusão, cinema e teatro, suspensão da liberdade de reunião, busca e apreensão em domicílio, suspensão do exercício de cargo ou função a funcionário público ou empregado de autarquia, de entidade de economia mista ou de empresa concessionária de serviço público e, enfim, a intervenção nas empresas de serviço público.

Essa modalidade de sítio só pode ser decretada pelo prazo de trinta dias, que, todavia, pode ser prorrogado, sempre por trinta dias no máximo (art. 210).

Sendo necessário, comporta ainda essa modalidade a suspensão de imunidades parlamentares, nos termos e limites do art. 213.

119 — A forma qualificada a Constituição prevê para emergências mais graves, a saber guerra externa ou comoção intestina grave com o caráter de guerra civil. Neste caso, a lei fundamental não especifica quais as medidas cabíveis mas, admitindo a suspensão das garantias constitucionais que forem necessárias ao restabelecimento

da ordem, dispõe que sejam indicadas expressamente as que permanecem em vigor. (art. 207).

Por medidas cabíveis deve-se compreender as que não extravazem a suspensão de garantias, *stricto sensu*. Nunca, por exemplo, uma invasão de competência legislativa.

Por outro lado, essa forma de estado de sítio, ao contrário da anterior, admite que, em casos a serem fixados pelo ato que o declarar, os crimes contra a segurança da nação, ou de suas instituições políticas e sociais possam ficar sujeitos à jurisdição e legislação militares, embora cometidos por civis, na zona de operações, ou fora desta, desde que com as mesmas se relacionem e influam em seu curso (art. 207). Há, dêsse modo, possibilidade de extensão e não extensão necessária da competência da justiça militar.

Ainda se deve notar que o ato declaratório do estado de sítio qualificado deverá estabelecer as normas a que se há de ater sua execução (art. 207) bem como fixar as zonas de operação sujeitas à justiça e ao direito militares (art. 207 § único).

Uma única diferença existe nessa forma de estado de sítio quando determinada pela guerra civil e quando determinada pela guerra externa: o prazo de duração. Na hipótese de guerra externa, êsse prazo pode ser o da duração da guerra; na de guerra civil, será de trinta dias (art. 210), prorrogáveis embora.

Claro está, diga-se de passagem, que, sendo o caso, essa forma de sítio permite seja postulada, de acôrdo com o art. 213, a suspensão de imunidades.

120 — Ninguém se iluda, porém, com a aparente suavidade do sítio simples, que só permite certas e poucas medidas. De fato, essas certas e poucas medidas implicam na suspensão das principais liberdades individuais.

De fato, ela envolve a suspensão da *liberdade pessoal* ao permitir a detenção (art. 209, II) da *liberdade de*

locomoção, ao permitir a menagem e o desterro (art. 209, I e III), da *liberdade de reunião*, ao permitir a proibição de toda e qualquer assembleia (art. 209, § único, II), da *inviolabilidade do domicílio*, ao consentir na busca e apreensão (art. 209, § único, III). Envolve também a suspensão do *habeas-corpus*, na medida em que tolhe a liberdade de locomoção, e a do *mandado de segurança* em relação às matérias acima.

Só não afeta essa forma simples a *liberdade de consciência*, a de *associação*, de *profissão*, o *direito de propriedade* e o *direito à vida*... Pouco resta assim para a forma qualificada abranger sozinha...

Essa forma dita simples é pouco mais leve que o sítio previsto na Constituição de *Weimar* (art. 48) que alcançava a liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio e da correspondência, a liberdade de imprensa, de reunião, de associação e de propriedade (331). Salvo a liberdade de associação e de propriedade, tudo o mais a forma simples abrange.

121 — Entendem certos autores, como *Maximiliano* (332), que na forma simples do estado de sítio só existiria limitação no que concerne às medidas contra pessoas. Permaneceria destarte livre o campo para medidas relativas as coisas. Tal entendimento é abonado por referência a *Barbalho* e *Alcorta* (333) bem como à Constituição argentina (art. 23).

Essa opinião, que é correta relativamente a esta última e à Constituição de 1891, não o é relativamente à Constituição de 1946. Isso, aliás, ressalta do simples confronto dos textos.

331. Cf. Pinto Ferreira, ob. cit., II, p. 397.

332. Ob. cit., III, n.º 645.

333. Maximiliano em nota refere-se a Barbalho, ob. cit., p. 121, e Alcorta, Las Garantías Constitucionales, p. 251.

Tanto a Constituição argentina quanto a brasileira de 1891 cuidam de afirmar, quase nos mesmos termos (334) que o poder do chefe do executivo no estado de sítio, a *respeito das pessoas*, se limita à detenção e ao desterro. É certo, pois, que em relação a coisas, ou direitos patrimoniais, não há restrição, tanto mais que esses textos não referem medida alguma que os atinja.

Não é isso que afirma a de 1946. Esta, no art. 209, *caput*, enumera taxativamente medidas que por sua natureza concernem diretamente a pessoas, mas as que faculta, no § único do art. 209, "*são contra a pessoa e relativas a coisas*", como ensina *Pontes de Miranda* (335). Ora, todas as regras sobre o sítio devem interpretar-se restritivamente por serem de exceção, ora, se não houvesse limitação quanto a coisas, o referido parágrafo seria inútil. Assim, na forma simples do sítio, restrição existe também para as medidas referentes a *coisas*.

É bem de ver que isso não embaraça o governo de usar das coisas particulares em caso de urgente necessidade. Para essa hipótese exatamente dispõe o art. 141 § 16, em seu último período: "Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior".

334. Reza o texto argentino (art. 23), no seu terceiro período: "Seu poder (do presidente) se limitará em tal caso (o sítio) a *respeito das pessoas*, em prendê-las ou transferi-las de um ponto para outro da nação, se elas não preferirem sair do território argentino" (Tradução de Rodrigo Otávio, in *Constituições Federais*, ob. cit.). E o brasileiro (art. 80, § 2º): "Este (o presidente), porém, durante o estado de sítio, restringir-se-á nas medidas de *repressão contra as pessoas*"...

335. Ob. cit., VI, p. 450.

CAPÍTULO 2

AS MEDIDAS CONTRA PESSOAS

122 — Suspendendo garantias individuais, o estado de sítio alarga a competência do executivo, facultando-lhe medidas que em tempos normais configurariam abuso e ilegalidade. Dessas medidas umas se dirigem diretamente contra a pessoa e as projeções de sua personalidade, e são as estudadas neste capítulo, outras recaem sobre coisas, e serão examinadas no próximo.

As medidas contra pessoas são de longe as mais importantes. Taxativamente enumeradas na forma simples do estado de sítio, são as que a necessidade exigir na forma qualificada.

As principais dessas medidas são as que enumera o art. 209 e que, portanto, são cabíveis também na forma simples do estado de sítio. São elas a *menagem*, a *detenção* e o *destêrro*.

A *menagem* é “a obrigação de permanecer em lugar determinado, sem detenção” (336). É ela, pois, a residência forçada prevista pela primeira vez em nosso direito constitucional pela Constituição de 1937 (art. 168) que a fôra buscar no fascismo italiano (337). De fato, Mussolini a foi desencavar do arsenal romano, pois os Césares dela muito usaram. Desconhecida do *état de siège* francês, inclui-se dentre as medidas possíveis sob a forma nova deste que é o *état d'urgence* (338).

336. Cf. Sampaio Dória, ob. cit., II, p. 397.

337. Cf. Maximiliano, Comentários à Constituição Brasileira, 4.ª ed. atualizada, Rio, 1948, (citados doravante: Com. 1946), III, n.º 645.

338. Cf. Colliard, ob. cit., n.º 126.

Deve-se sublinhar que por localidade determinada não se pode entender outra coisa que cidade, vila ou aldeia. A obrigação de permanecer em campo especial para pessoas consideradas perigosas não é *menagem* mas sim *detenção*. Ela implica numa restrição à liberdade de locomoção: e domicílio, retendo em algum lugar uma pessoa para evitar que empreste sua colaboração à agitação. Por outro lado, a residência forçada deve ser na localidade onde, ao decretar-se a medida, estiver a pessoa.

De fato, a obrigação de permanência, sem detenção, em lugar outro que a localidade onde se encontra a pessoa ao ser decretada a medida é o *destêrro*, outra das medidas previstas no art. 209. O *destêrro* envolve sempre a transferência da pessoa para lugar de onde não pode voltar, salvo revogação da medida ou cessação do sítio.

A Constituição atual para impedir o envio de pessoas para lugar inóspitos e pestilentos como Clevelândia e Cucuí exige que a localidade para onde se remete o *destêrro* seja povoada e salubre. Essa restrição já constava da Constituição de 1934 (art. 175, § 1.º) que acrescentava uma outra: a de não ser a localidade do *destêrro* “distante mais de mil quilômetros daquele em que se achava ao ser atingida (a pessoa) pela determinação”. O abandono desta se explica, visto que toda a zona num raio de mil quilômetros pode estar conflagrada a ser inconveniente para o objetivo visado. Ademais, na era do avião a jato essa distância nada tem de longa...

Note-se que, a propósito do *destêrro*, a nossa Constituição vai bem adiante da lei francesa de 1849 que nunca passou por liberal. Esta (art. 9, 2.º) consentia apenas que fôsem afastados do área submetida ao sítio os *repris de justice*, e aqueles que ali não tivessem domicílio. Embora a violação dessas restrições possibilite recurso ao judiciário, são elas na prática inócuas.

Quanto à *detenção*, impõe a Constituição que não seja em edificio destinado a presos comuns. Essa restrição que a Constituição de 1891 previu (art. 80, § 2.º 2), a de 1934 repetiu (art. 175, n.º 2, b) e até a de 1937 reiterou (art. 168, a) também é inócua. Como reporta *Carlos Maximiliano*, "por ocasião da revolta da armada, de 1893, o govêrno mandou pôr numa ala da casa de detenção o leteiro — *estado maior* — e ali encarcerava os adversários civis" (339).

123 — Ainda com referência às medidas contra pessoas, pode-se indagar se, admitindo de modo geral a forma qualificada do sítio a suspensão de qualquer das garantias individuais, o direito à vida pode ser suspenso. Ou, em outras palavras, se nesse caso podem os tribunais militares aplicar a pena de morte.

A afirmação de que a forma qualificada do estado de sítio admite a suspensão de tôdas as garantias individuais, tem de ser compreendida em têrmos. De fato, essa suspensão só pode atingir aquelas garantias que por sua natureza disso são suscetíveis. Ora, a pena de morte não suspende o direito à vida, suprime-o. Nem é suscetível de reparação, em têrmos rigorosos, cessado o sítio. Logo, a resposta tem de ser negativa.

Ademais, a Constituição é clara ao só consentir na pena de morte, em tempo de guerra externa, de acôrdo com a legislação militar (art. 141, § 31). Esse preceito é, evidentemente, insuscetível de suspensão. Admitir o contrário é flagrantemente consentir no desrespeito à vontade do constituinte.

Assim, em caso de guerra externa, pode haver condenação à morte em zona submetida ao sítio, como fora dêle, mas tal decorre não do sítio mas da lei e da Constituição.

339. *Cf. Maximiliano, Com. 1946, III, n.º 645.*

CAPÍTULO 3

EFEITOS RELATIVOS AOS DIREITOS PATRIMONIAIS

124 — O estado de sítio por visar o restabelecimento da ordem constitucional se volta principalmente para as medidas contras as pessoas que, como rebeldes, agitadores ou conspiradores, põem em perigo iminente a segurança e a ordem política e social. As necessidades da repressão, porém, levam fatalmente a execução do sítio ao uso de bens particulares e mais que isso à sua apropriação e à sua destruição.

Cabe, por isso, indagar qual o efeito que tem a decretação do estado de sítio, relativamente aos direitos patrimoniais e especialmente em relação ao direito de propriedade.

Na Constituição de 1946, os direitos patrimoniais são garantidos através de exigência de prévia e justa indenização para todos os casos em que seu objeto tiver de ser expropriado, ou usado, pelo poder público. De fato, como o demonstra *Pontes de Miranda*, o art. 141, § 16, da Constituição, abrange todos os direitos patrimoniais (340).

Todavia, essa garantia só é própria aos tempos de paz e ordem, já que outra regra prevê o mesmo parágrafo para o caso de perigo iminente derivado de guerra ou comoção intestina. Nessa hipótese, o uso da propriedade particular é franco, se exigir o bem público, ressalvado o direito a indenização posterior.

340. *Ob. cit., V., p. 17/18.*

Dêsse modo, o decreto do sítio não tem por efeito, em hipótese alguma, a suspensão da garantia da propriedade. Ele, apenas, condiciona a aplicação da regra acima referida para o caso de perigo iminente.

Assim, sob qualquer forma de sítio, pode o poder público usar de bens particulares, embora nenhuma delas tolere a suspensão da garantia da propriedade.

125 — Admite, por outro lado, o sítio a intervenção nas empresas particulares?

A indagação é pertinente porque a superação das crises graves, particularmente as que envolvem esforço bélico, exige atualmente uma coordenação da produção em grau inconciliável, às vezes, com a gestão privada.

No caso de estado de sítio simples, isso não é permitido. De fato, a limitação taxativa das medidas concernentes a coisas não a inclui (art. 209, § único). Há, todavia, uma exceção: as empresas de serviços públicos. Nestas cabe essa intervenção (art. 209, § único, V).

No caso de estado de sítio qualificado, a resposta é positiva. A permissão de tal intervenção decorre do preceito do art. 141, § 16, que autoriza, em caso de perigo iminente, a utilização da propriedade particular. Claro está que essa utilização, na medida em que causar prejuízos, deverá ser ulteriormente indenizada.

CAPÍTULO 4

AS IMUNIDADES PARLAMENTARES SOB O SÍTIO

126 — Pelas suas ocupações eminentemente políticas, estão parlamentares em geral implicados nas comoções que justificam a decretação do estado de sítio. Ora, gozando eles do privilégio de não poderem ser presos, salvo flagrante delito, nem processados, sem autorização prévia da câmara a que pertençam, muito se discutiu, sendo omissa a lei, se essas imunidades subsistiam declarada a emergência.

Ao tempo da Constituição de 1891, que nada dispunha a esse propósito, não foram poucas as vezes em que parlamentares foram atingidos por medidas de exceção, discutindo-se, então, e com calor, seu cabimento. A melhor doutrina, porém, sempre condenou firmemente tal comportamento.

Em *Barbalho*, por exemplo, encontra-se cerrada e sólida argumentação que rejeita a suspensão das imunidades ao tempo do sítio. Lembra êle, em primeiro lugar, que as imunidades não se confundem com as garantias constitucionais. Estas protegem a todos e visam salvar a liberdade de cada um; aquelas resguardam os representantes do povo e objetivam defender a ordem constitucional democrática. "Suspender tais imunidades — diz êle textualmente — seria subverter nada menos que completamente a ordem constitucional". Em segundo lugar, admitir sua suspensão seria contraditório já que, cabendo ao Congresso o poder de aprovar ou suspender o sítio, não poderia êle ser mutilado de parte de seus

membros antes da deliberação. Em terceiro lugar, porque, sendo o art. 80 da Constituição de 1891 em substância o art. 23 da Constituição argentina sua interpretação deve ser a mesma, ora, lá subsistem as imunidades como refere Alcorta (341).

127 — Em 1934, na Constituição que então se elaborou, foi dado um passo no sentido de resguardar os parlamentares durante o sítio. Da fato, o art. 175, § 4, dispunha que as medidas restritivas da liberdade de locomoção não atingiriam os membros do Congresso.

Reconhecendo teoricamente a subsistência das imunidades parlamentares durante o estado de emergência, a Carta de 1937, essa suma expressão do "ditatorialismo constitucionalizado", no dizer de Pontes de Miranda (342), na prática as deixou ao sabor dos caprichos presidenciais. Na verdade, segundo o art. 169, § 1.º, o Presidente poderia deter os parlamentares, mesmo que a câmara recusasse a permissão pedida, conforme o art. 169 *caput*, e, se a detenção fôsse de "manifesta urgência", poderia fazê-lo antes de qualquer autorização...

No Constituinte de 1946, alto e forte se manifestou o desejo de assegurar as imunidades parlamentares, e não apenas a liberdade de locomoção, o que, segundo assinou o prof. Ataliba Nogueira, é evidentemente muito pouco (343), durante o sítio (344). Todavia, não se olvidou a necessidade de consentir na suspensão das mesmas em relação aos que se servem delas como escudo atrás do qual se dedicam a semear e incitar a desordem.

128 — Assim, a Constituição de 1946 (art. 213) afirma o princípio da subsistência das imunidades parlamentares durante todo o tempo do estado de sítio, sob

341. Ob. cit., p. 165/166. Cf. Maximiliano, ob. cit., n.º 263.

342. Ob. cit., VI, p. 461.

343. Cf. José Duarte, ob. cit., III, p. 422.

344. V. o debate em José Duarte, ob. cit., III, p. 421 a 425.

qualquer de suas formas (345). Admite, porém, que, sendo imprescindível, sejam suspensas "as de determinados deputados ou senadores cuja liberdade se torne manifestamente incompatível com a defesa da nação ou com a segurança das instituições políticas ou sociais". Destarte, não consente de modo algum na suspensão geral das imunidades.

Essa suspensão, em princípio, só a câmara a que pertencer o parlamentar cujas imunidades se pretende derrubar, pode conceder e pelo voto de dois terços de seus membros, *quorum* evidentemente alto. No intervalo das sessões legislativas, contudo, essa suspensão pode ser determinada pelo Presidente da câmara respectiva, *ad referendum* da mesma, que deverá ser de imediato convocada para se reunir dentro em quinze dias (art. 213, § único). Claro está que os Presidentes das câmaras não estão livres de terem suspensas suas imunidades mas evidentemente só a própria câmara é que o pode fazer, nunca um eventual substituto (346).

Por outro lado, a suspensão *ad referendum* é inválida se não houver convocação da câmara mas subsiste até que esta sobre a mesma se pronuncie. O prazo de qualquer suspensão, porém, é o prazo do sítio. Se este for prorrogado, ela só o será, se renovada nos termos do art. 213 (347). Todavia, a suspensão de imunidades pode ser levantada antes que o seja o sítio (348).

345. V. Maximiliano, Com. 1946, III, n.º 645.

346. Cf. Pontes de Miranda, ob. cit., VI, p. 464.

347. Id., ib., p. 462.

348. Id., ib.

CAPÍTULO 5

OS EFEITOS DO SÍTIO RELATIVAMENTE À IMPRENSA E AS ELEIÇÕES E À REVISÃO CONSTITUCIONAL

129 — Questão de importância é a referente aos efeitos do sítio relativamente à imprensa e aos meios de informação, como rádio e televisão. A liberdade de imprensa é, na verdade, fundamental para a democracia pois é através dela que o cidadão adquire o conhecimento indispensável para a tomada de decisões conscientes.

Na forma simples do estado de sítio, somente cabe a censura. É o que se depreende do art. 209, § único, I.

Na forma qualificada, pode-se admitir, como decorrência de suspensão da liberdade de expressão do pensamento, que seja suspensa a sua publicação. Esta solução é apoiada por *Carlos Maximiliano* (349) que a abona com o exemplo estrangeiro.

O fechamento do jornal, ou periódico, ou emissora, não pode ser determinado como simples efeito do sítio. Essa medida só pode ser obtida judicialmente e de acordo com as regras ordinárias.

130 — Quanto às eleições, a realização destas é incompatível com o estado de sítio segundo a doutrina tradicional (350).

Isto porque, a suspensão de garantias exclui as condições de liberdade e segurança sem as quais é impossível

349. Ob. cit., III, n.º 645.

350. Cf. *Ruy, Comentários...*, ob. cit. VI, p. 347; *Maximiliano*, ob. cit., III, n.º 647.

uma eleição livre. Por isso, se se realizar um pleito sob o sítio, ele é nulo e como tal deverá ser declarado (351).

Segundo *Maximiliano*, na primeira República brasileira era sempre suspenso o sítio, "no dia designado para as eleições" (352). A nosso ver, essa medida não basta para legitimar um pleito, se o período de propaganda houver sido ocupado, em larga fase, pelo estado de sítio. Cumpre adiar a eleição para que se permita a divulgação dos programas e dos candidatos.

A nulidade apontada contudo, não é absoluta. Antes de suspender, ou declarar nulas as eleições, o tribunal competente deverá apreciar as circunstâncias de fato, para verificar o grau de coação, ou inversamente de liberdade, em que se deu o pleito. De fato, pode haver hipóteses em que a suspensão do mesmo viria beneficiar, ou premiar os agitadores ou rebeldes, ou ainda aumentar a crise. Em tais casos, é óbvio que as eleições deverão realizar-se e terão de ser dadas como válidas.

131 — O estado de sítio tem ainda por efeito vedar o processamento de qualquer emenda constitucional. É o que deflui imperativamente do art. 217, § 5.º da Constituição vigente. Tal disposição, aliás, foi introduzida em nosso direito pela Constituição de 1934 (art. 178, § 4.º).

Com isso, pretende-se evitar seja alterada a ordem constitucional sob coação do executivo, que censura a informação e tem meios extraordinários de pressão, ou sob a influência profunda, mas possivelmente falaz de circunstâncias anormais. A importância de um tal passo exige que somente seja ele dado com prudência, bem ponderadas suas vantagens ou desvantagens, sem influências espúrias ou emocionais (353).

351. *Maximiliano*, ob. cit., n.º 302.

352. *Id.*, *ib.*

353. Cf. *T. Cavalcanti*, ob. cit., IV, p. 247.

Ensina *Pontes de Miranda* (354) que é nula a emenda à constituição, proposta, discutida, ou votada sob estado de sítio. “Se um momento houve de estado de sítio, nula é a emenda, pelo vício de inconstitucionalidade”. A essa lição, porém, um reparo tem de ser feito.

De fato, é nula a emenda que houver sido votada, ainda que só numa de suas discussões sob estado de sítio. Não é nula, porém, nem exige ratificação para ser aprovada, como quer o mestre (355), a apresentação da emenda nessa circunstância. Na verdade, findo o sítio quando poderá ser votada, sua eventual força compulsiva haverá evaporado. Também, nada impede que, nula a votação efetuada sob sítio, seja esta repetida após seu levantamento.

CAPÍTULO 6

A CESSAÇÃO DOS EFEITOS DO SÍTIO

132 — Se o estado de sítio é a suspensão temporária e localizada de garantias constitucionais, sua expiração, seja pelo decurso do prazo, seja por, não correndo mais perigo a pátria, haver sido êle levantado, restaura essas garantias, restabelecendo em sua plenitude os direitos do cidadão. De fato, se seus efeitos perdurassem cessado o sítio, estaria havendo suspensão de garantias sem estado de sítio e sem situação de emergência, o que é flagrantemente absurdo.

Vigente, porém, a Constituição de 1891, que não tinha preceito explícito reiterando a regra acima, a tese oposta foi sustentada, sendo consagrada num relatório da comissão de justiça da Câmara (356) e o que é mais grave, em decisão do Supremo Tribunal Federal (357).

A argumentação aí esposada é, em suas linhas gerais, a seguinte: A Constituição autoriza, em certos casos, o chefe do executivo a declarar o sítio, isso posto, a tomar as medidas necessárias que a lei fundamental prevê. Deve êle, porém, logo que se reunir o Congresso, apresentar relatório de como usou dessa faculdade ao seu titular ordinário que é o legislativo, para que seja aprovado ou não o que fêz. Ora, “o ato da declaração do sítio não se extingue antes do pronunciamento do Congresso sobre êle. Se o Congresso não o aprova, êle desaparece de todo,

356. Relatório de 8 de junho de 1892, da lavra de Alcindo Guanabara, aprovado contra três votos, em comissão, um dos quais de Epitácio Pessoa (V. seu texto, in *História Constitucional do Brasil*, Rio, 189, III, p. 116 a 125, de Felisbello Freire).

357. Em 1892.

354. Ob. cit., VI, p. 475

355. Id., ib.

anula-se, cessam todos os seus efeitos, restando apenas a responsabilidade de quem o praticou. Se, ao contrário, o Congresso homologa-o, sem embargo de estarem restauradas as garantias constitucionais, os indivíduos implicados nos crimes que o determinaram, continuam sob a ação da lei marcial respondendo por êsses crimes perante os tribunais que a lei houver constituído, pela forma que ela houver determinado" (358). E essa tese é abonada pela lei francesa de 9 de agosto de 1849 (art. 13) (359). A aprovação do Congresso, destarte, sobreporia as medidas tomadas pelo executivo à própria restauração das garantias.

Contra essa argumentação, desenvolveu Ruy quatro argumentos principais. Não podem sobreviver efeitos do sítio à sua expiração, em primeiro lugar, "porque o direito sempre se subentende a favor da liberdade". Em segundo, "porque se trata de poderes de exceção, de medidas contrárias ao teor geral do direito; e as disposições de direito singular, os poderes de exceção, o arbítrio da autoridade, nunca se ampliam interpretativamente". Em terceiro, "porque seria estabelecer uma anomalia essencialmente indigna, contrária à legislação de todos os países livres; e essas derrogações à civilização universal, se não forem descobertamente consignadas na lei, a hermenêutica as não pode introduzir sem temeridade, sem abuso, sem afronta, ao critério do legislador". Enfim, "porque semelhante originalidade fôra uma inovação radical à nossa mesma jurisprudência, à história invariável dessa instituição em todo o nosso passado constitucional; e não se inova contra a história, contra a jurisprudência, contra a tradição legal de um país, sem as alterar explicitamente" (360).

Dêsse modo, "todos os efeitos do estado de sítio desaparecem com a sua terminação; todos, inclusive os

358. Relatório citado, in Freire, ob. cit., III, p. 122.

359. "Depois de levantado o estado de sítio, os tribunais militares continuam a conhecer dos crimes e delitos cujo processo lhes havia sido deferido".

360. Ruy, Comentários..., ob. cit., VI, p. 322 e segs.

que se ligam às medidas de repressão adotadas durante êle" (361). Essa lição mereceu o apóio de Barbalho — Diz êste: "Terminado o prazo fixado, cessam essas medidas e volta para todos os cidadãos (incluídos aquêles por elas afastados ou detidos), o regime normal com a plenitude das garantias constitucionais. Do contrário, haveria suspensão destas fora já do estado de sítio, o que é inadmissível num regime constitucional" (362) — E ganhou acolhida mais tarde do próprio Supremo (363) que soube deixar o êrro e voltar ao caminho certo.

133 — Para evitar dúvidas, ainda que infundadas, que se decidem mais pela relação de forças que pela luz do direito, o constituinte de 1934 introduziu na lei magna preceito que consubstancia o ensino de Ruy e Barbalho. "Expirado o estado de sítio, cessam, desde logo, todos os seus efeitos" (art. 175, § 11).

Esquecida essa regra em 1937, voltou ela com a redemocratização do país. O art. 214 da constituição vigente assim dispõe: "Expirado o estado de sítio, com êle cessarão os seus efeitos".

Sem dúvida, é essa a melhor doutrina. O estado de sítio, em razão de circunstâncias graves, substitui uma legalidade especial à ordinária. Restaurado o mínimo de ordem indispensável para que esta volte a vigorar, não há razão para que perdurem os efeitos da suspensão de garantias. Mesmo porque se tal se desse haveria sítio sem sítio. A lei francesa, é certo, vai contra isso, vai contra o espírito da instituição, mas por meio de regra expressa. Entre nós, à falta de regra que o admita e existindo norma dispondo sobre a cessação com o sítio de seus efeitos, não se pode hesitar em seguir a sua linha natural.

361. Id. ib., p. 307.

362. Barbalho, ob. cit., p. 165.

363. Ac. 1073, de 16 de abril de 1898.