

Garantia da separação de poderes nas medidas emergenciais do Estado de Defesa e do Estado de Sítio da Constituição Federal

Wagner Roby Gídaro¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

A Constituição faz previsão de medidas emergenciais prevendo a necessidade de atuação firme e rigorosa contra condutas hostis que possam prejudicar a paz social e ordem pública. Trata-se do Estado de Defesa e do Estado de Sítio. São momentos de exceção que fazem previsão de medidas igualmente de exceção. É fato que, no Brasil, tais medidas não são corriqueiras, mas cada vez mais é possível ver no mundo ataques terroristas, que criam pânico na população e deixam os governantes desorientados. Os jornais atuais possuem editoriais, correspondentes e especializações das várias situações e ameaças de ataques externos condutores dessas causas. “Ataques terroristas serão parte recorrente do nosso futuro”, já disse Bruce Ackerman².

Neste século, um dos ataques mais graves foi o de 11 de setembro de 2001, quando terroristas sequestraram quatro aviões e direcionaram dois deles contra as Torres Gêmeas de Nova York acarretando a morte de quase três mil pessoas. Um terceiro foi direcionado ao Pentágono, e o quarto, por absoluta valentia e coragem dos passageiros, teve seu fim em um campo, sendo o destino do ataque desconhecido. Há quem diga que o alvo era o Capitólio. Tais ataques não foram os mais graves considerando o número de vítimas, mas certamente foram os mais assustadores. Agora, quando este artigo estava sendo produzido, outro ataque de semelhante intensidade ocorreu em Paris. Tratou-se de militantes jihadistas que invadiram o jornal satírico Charlie Hebdo, no dia 7 de janeiro de 2015, e mataram friamente doze pessoas, entre elas os principais chargistas do jornal, alguns conhecidos mundialmente. Os terroristas “vingavam” Maomé em razão de charges publicadas do profeta, no passado. São várias as organizações que se especializaram em ataques dessa natureza: Al-Qaeda, composta por muçulmanos fundamentalistas criada inicialmente para proteger o Afeganistão contra as invasivas da antiga União Soviética e hoje se dedica a erradicar a influência ocidental sobre o mundo árabe. Boko Haram da Nigéria, absolutamente antiocidente e busca a implantação da lei islâmica naquele país. Em 2014, sequestrou 297 meninas de uma escola (Chibok Government Secondary School) na Nigéria, provavelmente em razão de serem do sexo feminino (nenhum menino da escola foi levado) e porque o Governo insistiu em colocá-los juntos na mesma escola. Ainda se aguarda informação sobre as crianças. O Hamas, ainda que não seja considerado um grupo terrorista propriamente dito, luta pela destruição de Israel e a consolidação do Estado da Palestina. O mais atual grupo é o Estado Islâmico (EIIS). Foi criado como um grupo sunita radical para luta contra o ditador da Síria e aparece

¹ Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública de Campinas, Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo e Doutorando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo.

² The emergency constitution. *Yale Law Journal*, p. 1020-1091, 2004.

em meio a uma divisão dos sunitas e xiitas no Iraque. As lideranças mundiais buscam meios de fazer cessar as atrocidades praticadas, cada vez mais frequentes. Outro grupo terrorista é o Talibã, de atuação no Paquistão e no Afeganistão, que busca a aplicação da lei islâmica denominada “sharia”. Já comandou o Afeganistão entre os anos de 1996 e 2001, vem retomando parte daquele país e se fortalecendo após a retirada de tropas americanas. Na Espanha, a atuação do grupo ETA (Pátria Basca e Liberdade), que busca a separação e independência do País Basco em relação à Espanha. Um dos mais antigos em atividade. Também nessa categoria de grupo separatista é o IRA (Exército Republicano Irlandês), que objetiva a independência da Irlanda do Norte do Reino Unido. Houve deposição de armas, mas há quem alegue que o grupo, ainda que utilize meios políticos para o seu objetivo, “é considerado como uma ameaça à paz e à segurança internacionais”³. As FARC, Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia, que atua em guerrilhas, sequestrando pessoas influentes na Colômbia e objetivando imposição de ideais de esquerda. Controla o tráfico de entorpecentes e assim consegue seu financiamento.

Esse é o panorama mundial, vários grupos, com suas táticas suicidas, fundamentalistas e aterrorizantes. As ocorrências são cada vez mais graves em alguns lugares, como é o caso dos Estados Unidos e seus aliados na guerra contra tais organizações.

Em função disso, medidas de emergência são fortemente utilizadas nos Estados Unidos como instrumento dessa luta, seja para evitar novos ataques, seja para tranquilizar a população. Porém, a utilização de tais medidas de forma ilimitada e com absoluto prejuízo aos direitos individuais pode ser perigosa para a garantia do Estado Democrático de Direito.

Analisando essas medidas de urgência sob o enfoque do direito e da democracia foi que Ackerman escreveu seu ensaio *The Emergency Constitution*, a Constituição de Emergência, contextualizando as reações do governo americano e fazendo uma proposta de estrutura legal de emergência com certo equilíbrio entre as necessárias medidas de emergência e as garantias fundamentais. Resumiu seus argumentos na necessidade de utilização de inteligência para esperar o próximo ataque; possibilidade de aumento de regras sem a preocupação que os ataques se organizam tempos depois e com formas diferentes; aprovação de leis repressivas com uma proteção restritiva de todos, o tempo todo; ações repressivas como necessidade para acalmar o pânico e prevenir novos ataques; e o fortalecimento do Poder Executivo em vista de suas “forças de emergência”, o que pode se tornar uma ameaça à existência do próprio Estado Democrático.

O primeiro questionamento de Ackerman está em se estabelecer a efetiva natureza do ataque terrorista: é guerra ou é crime? Em verdade, os ataques terroristas não se encaixam em nenhuma das duas situações. Não é guerra porque guerra se dá, normalmente, com o conflito entre estados soberanos. Ainda que se utilize a expressão “guerra ao terror”, esta não é uma expressão jurídica específica. É uma metáfora. Além disso, as guerras acabam e o terrorismo sempre permanece, ainda que não ocorram imediatamente outros ataques. Os grupos se modificam e se amoldam a outros grupos. Se o terrorismo fosse uma guerra, seria uma guerra sem fim. De qualquer forma, a guerra pode ser muito mais grave. Cita a Guerra Fria com a possibilidade de ataques nucleares, o que acarretaria muito mais mortes. O ataque terrorista causa somente prejuízos físicos às pessoas, enquanto a guerra causa prejuízos ao regime de governo, às fronteiras do país etc.

³ Disponível em: <<http://www.brasile Escola.com/geografia/grupos-terroristas-mundo.htm>>.

Em relação ao crime, algumas organizações criminosas também são mais perniciosas. São organizações poderosas em vista do tráfico de influência, o poder, a corrupção, que são questões culturais muito antigas. Existem organizações mundialmente conhecidas como Yakuza, US Mafia, Máfia Italiana, Máfia Russa, Máfia Turca, Máfia Israelense⁴. Como escreve Antonio Carlos Lipinski,

*nos Estados Unidos, na década de 1920, imperou o contrabando, a prostituição e a proteção. Com a lei seca, as chamadas “famílias” se associaram a alguns produtores de bebidas alcoólicas e posteriormente passaram a dominar toda a cadeia produtiva. (...) Na Itália, as principais organizações, identificadas como “de modelo mafioso”, são: Cosa Nostra, Cammora, ‘Ndrangheta e a Sacra Corona... Atuam: (a) dedicam-se às atividades marcadamente criminosas, como o tráfico de drogas, a exploração do lenocínio e de jogos de azar, fraudes nas concorrências públicas, venda de proteção, sequestro de pessoas, usura etc.*⁵

Há avaliação de que somente as cinco maiores organizações criminosas do mundo movimentem quase cem bilhões de dólares por ano. Segundo o site da *Revista Época Negócios*, só a Máfia Japonesa conhecida como Yamaguchi Gumi (Yakuza) tem receita de US\$ 80 bilhões e já se tornou a maior organização criminoso do mundo. O dinheiro é proveniente do tráfico de drogas, jogos de azar e extorsão⁶.

No Brasil, as primeiras organizações criminosas foram identificadas com o cangaço⁷, no final do século XIX, em razão do coronelismo que vigia na época e da necessidade da atividade violenta de jagunços e capangas de grandes fazendeiros. Essa violência evoluiu para saques de vilas e pequenas cidades, com a extorsão de dinheiro mediante sequestro de pessoas e ameaças⁸. No século XX, surgiu o “jogo do bicho”, primeira prática delituosa organizada após o cangaço⁹.

A partir daí, a organização para o tráfico nos morros e favelas e para a atuação no interior dos presídios foi rápida, com o aparecimento de movimentos como “Comando Vermelho”, “Terceiro Comando” e “Falange Vermelha”¹⁰ no Rio de Janeiro e Primeiro Comando da Capital (PCC) em São Paulo. Os primeiros movimentos desses grupos ocorreram em 1970 no Rio de Janeiro, notadamente nas favelas, que praticavam tráfico de entorpecentes e assaltos a bancos¹¹.

⁴ LIPINSKI, Antonio Carlos. *Crime organizado e a prova penal*. Juruá, 2006. p. 16.

⁵ LIPINSKI, Antonio Carlos. *Crime organizado e a prova penal*. Juruá, 2006. p. 16-17.

⁶ Disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/Informacao/Dilemas/noticia/2014/09/5-maiores-organizacoes-criminosas-do-mundo.html>>.

⁷ A palavra se origina de **canga**, o conjunto de arreios que amarram o boi ao carro. Segundo Olivieri, é provável que esse nome tenha surgido porque os bandoleiros usavam as espingardas a tiracolo ou com as correias no peito, lembrando a canga do boi (OLIVIERI, Antonio Carlos. *O cangaço*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1997. p. 9. In: SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado*, p. 25.

⁸ SILVA, Eduardo Araújo da, op. cit., loc. cit.

⁹ Tratava-se de sorteio de prêmios a apostadores mediante recolhimento de apostas iniciada no limiar do século XX. A origem dessa contravenção penal é atribuída ao Barão de Drumond, que teria criado o inocente jogo de azar para arrecadar dinheiro com a finalidade de salvar os animais do Jardim Zoológico do Estado do Rio de Janeiro. A ideia foi posteriormente popularizada e patrocinada por grupos organizados, que passaram a monopolizar o jogo, mediante corrupção de policiais e políticos. Na década de 1980, os praticantes dessa contravenção movimentavam cerca de US\$ 500.000 por dia com apostas, sendo 4% a 10% desse montante destinado aos banqueiros (ibidem, loc. cit.).

¹⁰ Quadrilhas de roubo a bancos formadas no Presídio de Ilha Grande.

¹¹ LIPINSKI, Antonio Carlos. *Crime organizado e a prova penal*. Juruá, 2006. p. 24.

O fortalecimento da proteção nos bancos com a instalação de novos mecanismos – porta giratória detectora de metais, agentes de segurança fardados ou não, alarmes de ligação direta com a polícia, cofres com segredo de tempo e outros – trouxe dificuldades ao empreendimento, o que resultou em vertiginosa queda dos números atinentes a esse crime. Com isso, houve o incremento das práticas de roubos de cargas¹².

A ausência de política de proteção e de prevenção ao crime possibilitou o desenvolvimento de organismos criminosos interligados em todos os Estados da Federação, contaminando todos os níveis da sociedade e até altos escalões do Poder Público.

O Brasil atual apresenta todos os fatores favoráveis à explosão da criminalidade, como fome, desemprego, diferenças sociais, racismo e preconceito, defasagem nas vagas de escola e completa despreocupação com educação e cultura¹³. Esse cenário acarreta inevitável crescimento da macrocriminalidade e torna núcleos habitacionais pobres verdadeiros guetos sem controle e inacessíveis ao Estado.

O uso da violência e intimidação é característica do crime organizado. Dizer que isso somente ocorreu na “fase clássica” da máfia, como do começo do século passado com as máfias americanas do tráfico de bebidas ou nos grupos armados terroristas, é desconhecer a situação atual do crime organizado no Brasil e no mundo, muito embora não seja necessário suceder tal intimidação para que fique caracterizada a ocorrência do crime organizado.

Sabe-se que é possível a diminuição dessa modalidade criminosa em decorrência do desenvolvimento do caráter empresarial e tecnológico da organização, mas isso somente até o momento em que a “empresa” do crime não se verificar ameaçada por delação ou pela possibilidade do depoimento comprometedor.

Como bem avaliou Francis Beck:

Esta violência ou intimidação também pode ser enquadrada na utilização da chamada ‘lei do silêncio’, ou omertà, que guarda algumas semelhanças com o tradicional método criminoso de ameaçar com morte os possíveis delatores. Esta obrigação de manter sigilo acerca das atividades da organização tanto pode se dirigir aos seus membros (como é mais comum) quanto a terceiros sem nenhum vínculo aparente com a organização. Este último é o caso, por exemplo, dos moradores dos morros cariocas ‘controlados’ pelo tráfico de drogas¹⁴.

Essa situação pôde ser constatada com clareza já na década de 1980, em razão de uma política de contenção das atividades das organizações criminosas no Brasil, mais a falta de aparelhamento da polícia. A legislação não foi suficiente para conter o avanço rápido do crime organizado, ramificado entre os estados da Federação. Já, nessa época, era comum a “queima de arquivo” com homicídios dos membros de quadrilhas presos¹⁵.

¹² O mapa do Brasil apresentou “pontos negros” de alta incidência de roubos de caminhões e cargas, que são negociadas muito rápido, com o ingresso, na organização, de agentes públicos (ibidem, p. 23).

¹³ LIPINSKI, Antonio Carlos. *Crime organizado e a prova penal*. Juruá, 2006. p. 24.

¹⁴ BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*, São Paulo: IBCCRIM, 2004. p. 88.

¹⁵ LIPINSKI, Antonio Carlos. *Crime organizado e a prova penal*. Juruá, 2006. p. 23.

O uso da violência é absolutamente aceitável a esses grupos criminosos, na medida em que em determinadas circunstâncias esta é a única maneira de alcançarem seus objetivos. Claro que tudo é feito na forma de dissimulação, eis que a prática de homicídios e “queima de arquivo”, testemunhas ou réus colaboradores, poderá causar “repulsa por parte da população fazendo nascer sentimento de revolta”¹⁶, o que não é interessante nem mesmo para a criminalidade.

Muito bem, delineado o contorno do risco à ordem pública no Brasil e traçando os pontos entre guerra e crime, convém observar que as medidas de emergência podem ser aplicadas também em caso de ataques criminosos.

Ambas situações (guerra e crime) possibilitam a ação do governo e justificam medidas emergenciais. É uma função de proteção, através da qual o governo deve agir definitivamente para demonstrar que o risco é temporário e ele está tomando todas as providências necessárias. Defende Ives Gandra Martins que:

*Todo o regime jurídico disciplinado no título V da Constituição Federal, com o título “da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”, também denominado “regime constitucional da estabilidade democrática e da solução das crises”, é voltado a assegurar ao povo que, no estado democrático de direito, haja segurança contra crises institucionais e defesa externa (mecanismos do estado de defesa e de sítio e atuação das forças armadas) e a conter a insegurança interna provocada pela atuação de criminosos, em todas as áreas.*¹⁷

São atribuições do Presidente da República, como preservação da ordem institucional e da harmonia das relações federativas. Se tratam de

*funções igualmente relevantes (...) as conferidas ao Presidente da República para decretar o estado de defesa (art. 136) e o estado de sítio (art. 137), com o intuito de preservar a ordem pública e a paz social. Assume também o relevo na preservação da normalidade institucional e da harmonia das relações federativas a atribuição que se lhe confere para decretar a intervenção federal (CF, arts. 34, 35 e 36). O Presidente da República é, para todos os fins, o Comandante Supremo das Forças Armadas.*¹⁸

Nos Estados Unidos, as medidas de emergência são mais utilizadas que no Brasil. A primeira oportunidade de uso da força americana visando o combate ao terrorismo ocorreu em 1972, quando o Presidente Nixon criou o Comitê de Combate ao Terrorismo. Foram esforços das agências militares e federais. A mais importante se denominou *DELTA FORCE*, que desenvolveu suas atividades no Irã (1980), Honduras (1982), Sudão (1983), entre outros¹⁹.

¹⁶ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado* - aspectos gerais e mecanismos legais, p. 19.

¹⁷ MARTINS, Ives Gandra. *Restrição de direito também deve ser interpretada de forma restritiva*. Publicação do site do Conjur de 15 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-nov-15/restricao_direito_tambem_interpretada_forma_restritiva>.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 929.

¹⁹ MANZANO, Luís Fernando de Moraes; BECHARA, Fábio Ramazzini. *Crime organizado e terrorismo nos Estados Unidos da América*. Trabalho apresentado ao curso de pós-graduação *strictu sensu* da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2009, p. 28.

Em 1986, o Presidente Ronald Reagan firmou o *Federal Omnibus Diplomatic Security and Anti-Terrorism Act*, fornecendo um conceito de terrorismo internacional com referência ao *Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA)*. Em 1987, foi aprovado o *Anti-Terrorism Act*. Em 1996, o Presidente Bill Clinton elaborou um ato federal de combate ao terrorismo, denominado *Omnibus Counterterrorism Act*. Em 1995, também foi aprovado o *Comprehensive Terrorism Act*. Em março de 1996, foi aprovada a lei denominada *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act*²⁰.

Em 24 de abril de 1996, o Presidente Bill Clinton assinou a lei federal contra o terrorismo, após o atentado de Oklahoma, cujos principais aspectos eram: a) a responsabilidade de quem financia ou contribui com os grupos terroristas; b) a exigência de identificadores nos explosivos plásticos a fim de permitir o rastreamento; c) os criminosos condenados por crimes federais deverão indenizar as vítimas²¹.

Finalmente, em setembro de 2001, foi aprovado pelo Congresso Americano e assinado pelo Presidente George Bush, o *USA PATRIOT ACT*²². Ocorreu através de lei aprovada pelo Congresso dos Estados Unidos após os atentados de 11 de setembro de 2001, sob o compromisso de unificar e fortalecer a América, provendo-a dos mecanismos necessários para obstruir os atos terroristas de 2001²³.

Várias foram as inovações legislativas e de criação de instrumentos de investigação. Os poderes da polícia se multiplicaram e foram utilizados também em situações que não se caracterizaram como terrorismo. Permitiu o Ato longos períodos de prisão para suspeitos independentemente de mandado, buscas sem comunicação ou autorização judicial e sem a presença do interessado. Os promotores tiveram suas funções robustecidas e a polícia autorizada a interceptar telefones, dividir informação de inteligência e rastrear usuários de internet. O *Patriot Act*, ao aumentar o poder de polícia o fez a custa das liberdades civis, cuja justificativa se baseou na necessidade de proteção dos direitos constitucionais de todos os americanos²⁴.

O eficientismo penal pareceu ser uma nova forma de direito penal de emergência e solução aos males que afligiram os americanos²⁵.

Em razão disso, Bruce Ackerman, por sua vez, argumentou que tais medidas de emergência, aplicadas por um longo tempo, se tornam um problema constitucional. São fontes de autoritarismo e repressões burocráticas por conta do presidente. A Constituição também não pode se preocupar somente com essas medidas emergenciais²⁶.

Em virtude disso, sua proposta está no sentido de que a autoridade emergencial deva ter o limite pela revisão das leis. Deve existir um mecanismo de separação de poderes, impedindo o poder de censura e a censura não impedirá que a oposição vote

²⁰ VERVAELE, John A. E. La legislazione anti-terrorismo negli Stati Uniti: Inter Arma Silent Legis?. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, ano XLVIII, p. 747, 2005, apud MANZANO, Luís Fernando de Moraes; BECHARA, Fábio Ramazzini. Crime organizado e terrorismo nos Estados Unidos da América. Trabalho apresentado ao curso de pós-graduação *stricto sensu* da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

²¹ MANZANO, Luís Fernando de Moraes; BECHARA, Fábio Ramazzini, ob. cit., p. 28.

²² POTTER, Lymani, ob. cit., p. 372-372.

²³ MANZANO, Luís Fernando de Moraes; BECHARA, Fábio Ramazzini, ob. cit., p. 31.

²⁴ MANZANO, Luís Fernando de Moraes; BECHARA, Fábio Ramazzini, ob. cit., p. 31.

²⁵ MANNA, Adelmo. *Erosione delle garanzie individuali in nome dell'efficienza dell'azione di contrasto al terrorismo: la privacy*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Fascicolo 4 - Ottobre-Dicembre 2004, p. 1039, apud MANZANO, Luís Fernando de Moraes; BECHARA, Fábio Ramazzini, ob. cit., p. 31.

²⁶ The emergency constitution. *Yale Law Journal*, 2004, p. 1041.

o término do estado de emergência. A constituição incentiva o processo democrático e encoraja minorias a contribuir com a construção do legislativo que acaba com o estado de emergência. Esse estado de emergência deve ocorrer somente com o evento que Bruce Ackerman denomina “evento-gatilho”.

Ele continua na construção de sua proposta: emergências podem ser declaradas somente após o efetivo ataque; possível manter por curto intervalo, proporcionando a partidos menores oportunidades de informação; e o objeto das emergências deverá ser limitado às necessidades de alívio e prevenção justificados.

Para limitar, então, os poderes do Poder Executivo frente às necessárias prevenções e alívio da população, Bruce Ackerman estabelece a limitação pelas supermaiorias, exigindo do Poder Executivo, a cada dois meses, requisição de nova autorização, com aumento de dificuldade de aprovação. Na primeira requisição dos poderes, a aprovação por maioria simples das casas do legislativo; na primeira renovação, a aprovação por 60% das casas do legislativo; na próxima renovação, a aprovação por 70% das casas do legislativo e assim por diante. Com isso, salvo se houver alguma investida terrorista, essa escalada de supermaioria terminará com os poderes emergenciais em curto tempo.

No Brasil, os poderes emergenciais são controlados entre os Poderes do Estado?

O estado de exceção previsto nas medidas emergenciais não infringe o espírito liberal da Constituição Federal. Isso já ficou estabelecido pela inclusão do estado de exceção constitucionalizado a partir do final do século XVIII. Todavia, as regras da constituição devem ser suficientes para garantir o controle eficiente entre os poderes e consequentemente a distribuição do poder estatal. Gilberto Bercovici cita casos de utilização do estado de exceção no Brasil, fazendo anotar que certo abuso de utilização e prorrogação do estado de sítio ocorreu por responsabilidade dos presidentes da república na Constituição Federal de 1891. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal da época se encaminhou no sentido de se abster de julgar o mérito entendendo corresponder a uma “questão política” de conveniência do Presidente da República²⁷.

Bercovici cita o caso de Rui Barbosa, que tentou limitar o estado de sítio por meio de impetração de *habeas corpus* alegando inconstitucionalidade do estado de sítio, o que resultou em improvimento do pedido em 27 de abril de 1892. No entanto, houve ao menos um julgado, de 16 de abril de 1898, que determinou limites aos efeitos do estado de sítio, afirmando a não cessação da imunidade parlamentar, anulando atos de Prudente de Moraes, contra alguns parlamentares²⁸.

Na mesma obra, Gilberto Bercovici cita Jellinek, pelo qual,

²⁷ *Soberania e Constituição: poder constituinte, estado de exceção e os limites da teoria constitucional*. Tese apresentada ao Concurso de Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado - Área de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2005. p. 208.

²⁸ BARBOSA, Rui. *O estado de sítio, sua natureza, seus efeitos, seus limites in obras completas*, Rio de Janeiro, Ministério da Educação e Cultura, 1956, vol. XIXZ, t. III, p. 49-66; Hambloch, Ernest, *Sua Majestade, o Presidente do Brasil: Um estudo do Brasil Constitucional (1889-1934)*, reimpr. Brasília, Senado Federal, 2000, p. 105-109; Motta Filho, Cândido, *O Poder Executivo e as ditaduras constitucionais*, São Paulo, Estabelecimento Gráfico Phoenix, 1940, p. 82-95; e Rodrigues, Lêda Boechat, *História do Supremo Tribunal Federal*, 2. ed, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1991, t. I, p. 15-41 e 99-136, apud Bercovici, Gilberto. *Soberania e Constituição: poder constituinte, estado de exceção e os limites da teoria constitucional*. Tese apresentada ao Concurso de Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado - Área de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2005. p. 208.

*o direito não consegue resolver os conflitos entre os vários poderes dentro do Estado. As constituições não conseguem dominar efetivamente a distribuição do poder estatal. As forças políticas reais acabam atuando independentemente de qualquer forma jurídica. Nos momentos críticos da vida do Estado, o direito não consegue determinar a sua direção*²⁹.

O estado de sítio, segundo o autor, deve ser emanção de normas jurídicas, um franco exercício da atividade legiferante³⁰.

A previsão está nos artigos 136 a 139, da Constituição Federal, pelos quais, o Presidente da República pode decretar o Estado de Defesa ou o Estado de Sítio, com a finalidade de restabelecer a ordem pública ou a paz social. É o chamado “sistema constitucional de crises”, composto por normas constitucionais que possibilita ampliação do poder repressivo do Estado, justificado pela gravidade da perturbação da ordem pública³¹. São duas medidas diferentes. Uma mais moderada e a segunda em caso de ineficácia da primeira e outras possibilidades mais graves. O Estado de Defesa (art. 136, CF), como ensina Alexandre de Moraes, “é uma modalidade mais branda de estado de sítio e corresponde às antigas medidas de emergência do direito constitucional anterior e não exige para sua decretação, por parte do Presidente da República, autorização do Congresso Nacional”³². No entanto, haverá um controle posterior, pois dentro de vinte e quatro horas, o Presidente submeterá o ato com a respectiva justificação ao Congresso Nacional, que decidirá por maioria absoluta. Sendo rejeitado o decreto, cessará imediatamente o estado de defesa. As hipóteses do estado de defesa estão previstas no próprio caput do artigo 136: Ameaça à ordem pública ou paz social; instabilidade institucional e calamidade natural. O Presidente da República, verificando quaisquer das situações possíveis, solicita pareceres do Conselho da República³³ e da Defesa Nacional³⁴. Somente

²⁹ Ob. cit., p. 210-211.

³⁰ Ob. cit., p. 212.

³¹ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 703.

³² Ob. cit., p. 703.

³³ Art. 89/90 CF: Art. 89. *O Conselho da República é órgão superior de consulta do Presidente da República, e dele participam: I - o Vice-Presidente da República; II - o Presidente da Câmara dos Deputados; III - o Presidente do Senado Federal; IV - os líderes da maioria e da minoria na Câmara dos Deputados; V - os líderes da maioria e da minoria no Senado Federal; VI - o Ministro da Justiça; VII - seis cidadãos brasileiros natos, com mais de trinta e cinco anos de idade, sendo dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado Federal e dois eleitos pela Câmara dos Deputados, todos com mandato de três anos, vedada a recondução. Art. 90. Compete ao Conselho da República pronunciar-se sobre: I - intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio; II - as questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas. § 1º - O Presidente da República poderá convocar Ministro de Estado para participar da reunião do Conselho, quando constar da pauta questão relacionada com o respectivo Ministério. § 2º - A lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho da República.*

³⁴ Art. 91. *O Conselho de Defesa Nacional é órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado democrático, e dele participam como membros natos: I - o Vice-Presidente da República; II - o Presidente da Câmara dos Deputados; III - o Presidente do Senado Federal; IV - o Ministro da Justiça; V - o Ministro de Estado da Defesa; VI - o Ministro das Relações Exteriores; VII - o Ministro do Planejamento. VIII - os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica. § 1º - Compete ao Conselho de Defesa Nacional: I - opinar nas hipóteses de declaração de guerra e de celebração da paz, nos termos desta Constituição; II - opinar sobre a decretação do estado de defesa, do estado de sítio e da intervenção federal; III - propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo; IV - estudar, propor e acompanhar o desenvolvimento de iniciativas necessárias a garantir a independência nacional e a defesa do Estado democrático. § 2º - A lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho de Defesa Nacional.*

após tais pareceres decidirá pela medida. O prazo máximo é de 30 dias, prorrogado por mais 30 dias, mas uma única vez. Somente terá locais específicos e a abrangência será determinada no decreto. As restrições a direitos e garantias individuais são: restrição ao sigilo de correspondência e de comunicações telegráficas e telefônicas; restrição ao direito de reunião. Em relação à restrição ao direito de liberdade, em verdade, os dispositivos da Constituição Federal não alteram a situação de normalidade, pois haverá exigibilidade de prisão somente em flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente. O Presidente da República deverá efetuar prestação de contas relatando ao Congresso Nacional as medidas aplicadas, com justificação das providências adotadas, com relação nominal dos atingidos e indicação das restrições aplicadas (CF, art. 141, parágrafo único)³⁵.

O Estado de Sítio, nos dizeres de Alexandre de Moraes, “corresponde à suspensão temporária e localizada de garantias constitucionais, apresentando maior gravidade do que o Estado de defesa e obrigatoriamente o Presidente da República deverá solicitar autorização da maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para decretá-lo”³⁶. São duas situações diferentes para o Estado de Sítio: Na primeira, prevista no artigo 137, I, da Constituição Federal, as hipóteses de incidência ocorrem por comção nacional ou ineficácia do Estado de Defesa. Também deverá o Presidente requisitar os pareceres dos Conselho da República e de Defesa Nacional. Porém, com os pareceres, ainda não pode autonomamente decretar o Estado de Sítio, pois dependerá da autorização expressa do Congresso Nacional que aprovará somente por maioria absoluta de seus membros. O prazo máximo também é de trinta dias, prorrogáveis por mais trinta dias somente por uma vez e não fica restrito a lugares específicos, pois terá âmbito nacional. As restrições decretadas serão: restrição à inviolabilidade domiciliar, restrição ao sigilo de correspondência e de comunicações telegráficas e telefônicas; restrição ao direito de reunião; restrição ao direito de propriedade. Em relação à restrição ao direito de liberdade, novamente, os dispositivos da Constituição Federal não alteram a situação de normalidade, pois haverá exigibilidade de prisão somente em flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente. Em acréscimo, também haverá restrição à liberdade de manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação (art. 220, CF)³⁷. No mais, se aplicam os mesmos instrumentos do Estado de Defesa.

A outra situação prevista para o Estado de Sítio é a do artigo 137, II, da Constituição Federal, na qual a medida de emergência é decretada em razão de declaração de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira. Nesse caso, igualmente, o Presidente da República demandará os pareceres dos Conselhos da República e de Defesa Nacional. Novamente, com os pareceres, ainda não pode autonomamente decretar o Estado de Sítio, pois dependerá da autorização expressa do Congresso Nacional, que aprovará somente por maioria absoluta de seus membros. No entanto, o prazo já não tem a limitação de trinta dias e, nota-se, poderá haver restrição, em tese, de todas as garantias constitucionais, desde que presentes os três requisitos da Constituição Federal: necessidades de efetivação da medida; tenham sido objeto de deliberação por parte do Congresso Nacional; e as restrições estarem expressamente previstas no decreto.

³⁵ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 706.

³⁶ Ob. cit., p. 703.

³⁷ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 705.

Como se verifica, para o gerenciamento de crises, a Constituição Federal estabeleceu os poderes do Presidente da República, mas em todos os casos deve existir o controle do Poder Legislativo e eventualmente do Poder Judiciário através de medidas próprias que impeçam a violação de direitos e garantias fundamentais. Há, portanto, o controle político sobre a decretação do Estado de Defesa e do Estado de Sítio, estes em suas duas situações. Para o Estado de Defesa o controle é posterior, pois em vinte e quatro horas o Presidente submeterá a ordem ao Congresso Nacional. No Estado de Sítio, o controle é prévio, uma vez que há necessidade de autorização para o decreto pelo Presidente. Além disso, também prevê a Constituição Federal a fiscalização pela Mesa do Congresso Nacional que designará Comissão de cinco membros, após apreciação pelos líderes partidários, para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas, tanto em referência ao Estado de Defesa quanto ao Estado de Sítio. Destarte, a Constituição Federal consegue equilibrar os poderes do Presidente na atuação de gerenciamento de crises emergenciais com o controle prévio e posterior pelo Congresso Nacional.

Além disso, prevê o artigo 85, da Carta Maior a possibilidade de crime de responsabilidade do Presidente da República em atos que atentem contra a Constituição Federal e contra o exercício de direitos políticos, individuais e sociais, além da segurança interna do país. Esse controle é posterior em face da atuação do Presidente da República e por crime de responsabilidade, autorizado pela Câmara de Deputados, será processado perante o Senado Federal.

O controle de atuações específicas também pode ser exercido pelo Poder Judiciário, fazendo valer a força nas decisões proferidas em ações como de mandado de segurança, individual e coletivo, ações populares, ações civis públicas, *habeas corpus* e *habeas data*.

Estas são pequenas considerações sobre a garantia da separação de poderes na aplicação das medidas emergenciais da Constituição Federal.

Bibliografia

- ACKERMAN, Bruce. The Emergency Constitution. *Yale Law Journal*, p. 1029-1091, 2004.
- BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: poder constituinte, estado de exceção e os limites da teoria constitucional*. Tese apresentada ao Concurso de Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2005.
- BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2004.
- LIPINSKI, Antonio Carlos. *Crime organizado e a prova penal*. Juruá, 2006.
- MANZANO, Luís Fernando de Moraes; BECHARA, Fábio Ramazzini. *Crime organizado e terrorismo nos Estados Unidos da América*. Trabalho apresentado ao curso de pós-graduação *strictu sensu* da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2009.
- MARTINS, Ives Gandra. *Restrição de direito também deve ser interpretada de forma restritiva*. Publicação do site do Conjur de 15 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-nov-15/restricao_direito_tambem_interpretada_forma_restritiva>.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado - aspectos gerais e mecanismos legais*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado*. São Paulo: Atlas, 2003.

Sites consultados:

- <http://www.brasilecola.com/geografia/grupos-terroristas-mundo.htm>
- <http://news.yahoo.com/katie-couric-kidnapping-nigeria-bringbackourgirls-184944658.html>
- <http://pointblanknews.com/pbn/exclusive/why-chibok-girls-became-boko-harams-lame-duck/>
- <http://www.usp.br/aun/exibir.php?id=6314&edicao=1112>
- <http://noticias.terra.com.br/mundo/desvende-o-estado-islamico/>
- <http://epocanegocios.globo.com/Informacao/Dilemas/noticia/2014/09/5-maiores-organizacoes-criminosas-do-mundo.html>