

Estado de Defesa e de Sítio (resumo expandido)

Vinícius da Costa Gomes (1) ¹

(1) *Professor de Direito pela Universidade Universo Salgado de Oliveira – Campus Belo Horizonte. Rua Paru, 762 - Nova Floresta, Belo Horizonte – Minas Gerais – Brasil*

Palavras-chave: Sistema de crises; Estado de Emergência; Pandemia do Covid 19; Estado de Defesa; Estado de Sítio.

Palabras llave: Sistema de crisis; Estado de emergencia; Pandemia de COVID-19; Estado de defensa; Estado de sitio.

1 Estado de Defesa²

O Estado de Defesa é um instrumento excepcional instituído para preservar ou reestabelecer a ordem pública ou a paz social diante de graves ameaças e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções da natureza (art. 136 da CR/88). Bernardo Gonçalves Fernandes explana que ele se trata de um conjunto de medidas temporárias com o objetivo de preservar ou restabelecer a ordem pública ou a paz social (FERNANDES, p. 1398).

A Constituição, portanto, estabelece genericamente que as hipóteses do Estado de Defesa são: a) ordem pública ameaçada por grave e iminente instabilidade institucional; b) paz social ameaçada por grave e iminente instabilidade institucional; e, c) calamidade pública de grandes proporções da natureza. O texto constitucional estabelece ainda os requisitos para decretação, o procedimento, a forma de controle e as medidas que podem ser adotadas. Salienta-se que para esta pesquisa só será analisada as medidas eventualmente adotadas, uma vez que os demais requisitos não são necessários para solução do problema proposto.

As medidas coercitivas que podem ser adotadas no Estado de Defesa, conforme o art.136, §1º, são: a) restrições aos direitos de reunião (ainda que no seio das associações); b) sigilo de correspondência; c) sigilo de comunicação telegráfica e

¹ Docente na Universo e Nova Faculdade. Assessor na Ouvidoria de Prevenção e Combate a Corrupção do Estado de Minas Gerais. Mestre em "Instituições sociais, direito e democracia" pela Universidade FUMEC. Pós-graduado em Direito Constitucional pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático com certificação pela Universidade de Coimbra/Portugal, em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes e em "A moderna Educação: metodologias, tendências e foco no aluno" (Neurociência da educação; metodologias ativas; etc) pela PUC/RS. Mediador internacional de conflitos pela Universidade Católica Portuguesa - Porto com certificação pelo International Mediation Institute e Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos. Avaliador do MEC. Ex-conselheiro estadual da Cruz Vermelha de Minas Gerais, membro da comissão do Direito na Escola da Ordem dos Advogados do Brasil - Minas Gerais, embaixador do programa Politize e membro da organização Inspira Sonhos Real. Graduado em Direito pela Universidade FUMEC. Formação complementar: "Docente jurídico" e "Ensino participativo" na Fundação Getúlio Vargas; "Professor autor e tutor em ensino à distância" na Fundação João Pinheiro; "Justice" pela Harvard University/EUA; "Ética" e "Ciência Política" pela USP; e, "Professor Digital" pelo Google Inc; "Tecnologia da Informação e Comunicação para Educadores" pelo Instituto Federal Minas Gerais. Possui experiência na área do Direito Público

² Artigo completo publicado em: Revista de Estudos Jurídicos UNA. , v.8, p.1 - , 2021.

telefônica; d) ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos (na hipótese de calamidade pública); e, e) prisão por crime contra o Estado. Nota-se que se tratam de medidas específicas de restrição aos direitos fundamentais, ou seja, medidas que limitem ou condicionem estes direitos.

Necessário ressaltar que estas restrições devem ser entendidas como algo diferente do previsto no art. 5º da CR/88, afinal a lógica é por uma restrição diferente da já viável nas situações de normalidade. O direito de reunião, por exemplo, está previsto no art. 5º, XVI da Constituição e tem como restrições: a) ser pacífico; b) a impossibilidade de utilização de armas; c) acontecer em locais abertos ao público; c) depende de prévio aviso (e não de autorização); d) não frustrar outra reunião convocada anteriormente para o mesmo local e horário. Sendo assim, hipoteticamente, imaginando que em uma cidade organizações criminosas invadam e tomem conta do executivo e legislativo municipal seria possível decretar Estado de Defesa e, temporariamente, restringir as reuniões em locais abertos. Imperioso frisar que a restrição sempre deve cumprir os princípios do sistema constitucional de crises, portanto, devem ser extremamente necessárias. Nesta hipótese, portanto, caberia somente restringir àquelas reuniões em locais abertos que colocassem os manifestantes em risco perante a organização criminosa. Além disto, em cumprimento a excepcionalidade é necessário que o poder público aplique todas as medidas possíveis para solucionar o fato antes de decretar o Estado de Defesa. Afinal a medida é de *ultima ratio*.

O sigilo de correspondência, por exemplo, é inviolável segundo a CR/88, mas há expressa previsão no art. 40 da Lei de Execução Penal sobre a possibilidade de violação da correspondência do preso e há ainda uma decisão do ministro Celso de Mello no HC 70.814-5 de 1994 em que se permite a violação da correspondência dos presos em prol a segurança pública. Nesse HC o ministro afirmou que “em todas as hipóteses que aviltem o interesse social ou se trate de proteger ou resguardar direitos ou liberdades de outrem ou do Estado, também constitucionalmente assegurados” (MENDES, COELHO; p.293 e 294). Sem aprofundar na constitucionalidade destas disposições, nota-se que esta seria uma possibilidade de restrição ao sigilo da correspondência durante o Estado de Defesa. Assim, hipoteticamente, seria possível restringir o sigilo se necessário para restabelecer a ordem pública e a paz social. Cabe observar que essa restrição só poderia ocorrer se necessária e de forma excepcional, ou seja, deve-se claramente existir um vínculo entre a restrição adotada e o fim que se almeja. Sendo assim, não seria possível, por exemplo, devassar a correspondência de indivíduos em eventual Estado de Defesa pela ocorrência de um terremoto que abalou uma cidade inteira, já que esta restrição não se liga a proteção necessária nesses casos.

No caso do sigilo telefônico as hipóteses de restrição seriam aquelas além das já descritas no art. 5º, XII da Constituição. O dispositivo afirma que o sigilo telefônico pode ocorrer por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei (atualmente a lei 9.296/96) estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Portanto, a restrição seria algo fora deste limite como eventual interceptação telefônica decretada sem ordem judicial diante de grave instabilidade a ordem pública. No entanto, só seria possível se decretado o Estado de Defesa e, principalmente, se não houvesse possibilidade de solucionar o problema de outra forma. Resumindo, as restrições não são para facilitar a atuação estatal, elas só podem ocorrer se não existir

outra alternativa e mesmo assim, só se o Estado de Defesa tiver sido devidamente decretado.

O mesmo vale para os casos de ocupação de bens temporariamente em caso de calamidade pública. Esta restrição, inclusive, é a de mais fácil explicação, posto que, infelizmente, há algumas calamidades comuns no nosso país, como as chuvas. Hipoteticamente, no caso de um período de grandes chuvas em que se verifique necessidade de ocupação de um local para abrigar os atingidos. Primeiro, o Estado de Defesa não deve ser utilizado imediatamente, afinal é uma medida de *ultima ratio*. No entanto, imaginando que todas as outras medidas falharam e ele foi decretado, só poderá ocorrer a requisição se não houver outra solução. Além disto, imaginando-se que há bens públicos deve-se preferi-los aos bens particulares, preservando-se assim o direito fundamental a propriedade (é mais fácil visualizar este exemplo no caso de um tornado. Primeiro porque eles não ocorrem no Brasil, assim é “normal” que o país não esteja preparado pra eles. Segundo, porque seria uma hipótese “mais” grave que justificaria imaginar a necessidade de um *Estado de Defesa*).

Nota-se que a simples ocorrência de uma grave instabilidade institucional e/ou calamidade natural de grandes proporções não é suficiente para decretar o Estado de Defesa há que se analisar a ocorrência dos princípios da excepcionalidade, da necessidade, da temporalidade e da proporcionalidade. Em resumo, só será possível decretar o Estado de Defesa se todas as medidas possíveis já foram tomadas e ainda sim não foi possível solucionar o problema. Além disto, diante da decretação do Estado de Defesa deve-se necessariamente seguir os princípios da obediência estrita a CR/88 e do controle político judicial. O primeiro, exige que todas as formalidades constitucionais sejam cumpridas e que diante de uma restrição específica vedada pela Constituição se prefira a atuação conforme ela e só se não for possível utilizar das restrições constitucionais do Estado de Defesa. Necessário ainda que eventuais restrições sejam previstas no decreto especificamente e nunca genericamente. O segundo exige que as outras funções estatais (Judiciário e Legislativo) controlem eventuais restrições para evitar abusos aos direitos fundamentais e eventual arbítrio estatal.

2. Estado de Sítio:

O Estado de Sítio está previsto no art. 137 da CR/88. Trata-se de uma medida mais gravosa que o Estado de Defesa tanto que o presidente deve solicitar ao Congresso Nacional autorização para sua decretação. Ele pode ser conceituado como um instrumento excepcional em caso de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o Estado de Defesa e em caso de declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira. A leitura do dispositivo demonstra que há uma espécie de gradação, ou seja, só se decreta o Estado de Sítio quando o Estado de Defesa não tiver sido suficiente. Esta lógica surge dos princípios norteadores do sistema de crises, afinal, a medida deve ser excepcional e necessária, logo, excepcionalmente se não for suficiente o Estado de Defesa surge a necessidade de decretação do Estado de Sítio. Óbvio que não há proibição direta da decretação do Estado de Sítio diretamente, mas, para que isto ocorra é necessário que na solicitação do presidente se demonstre que a gravidade é elevada permitindo tal medida (é o caso de guerra declarada).

A Constituição, portanto, estabelece genericamente que as hipóteses do Estado de Sítio são: a) ineficiência das medidas tomadas no Estado de Defesa; b)

declaração de guerra; e, c) resposta a agressão armada estrangeira. O texto constitucional estabelece ainda os requisitos para decretação, o procedimento, a forma de controle e as medidas que podem ser adotadas. Como dito anteriormente no Estado de Defesa cabe enfatizar que para esta pesquisa só serão analisadas as medidas restritivas eventualmente adotadas.

O art. 138 afirma que o decreto do Estado de Sítio indicará sua duração, as normas necessárias à sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas. Constata-se, claramente, que o Estado de Sítio é uma medida mais gravosa, uma vez que é possível a suspensão de garantias constitucionais. Ao tratar sobre o tema, Bernardo Gonçalves Fernandes diz que somente no Estado de Sítio existe a possibilidade de as imunidades parlamentares serem suspensas, por exemplo (FERNANDES, p. 1404).

Além disto o art. 139 traz expressamente a possibilidade de adoção contra as pessoas as seguintes medidas: I) obrigação de permanência em localidade determinada; II) detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; III) restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; IV) suspensão da liberdade de reunião; V) busca e apreensão em domicílio; VI) intervenção nas empresas de serviços públicos; VII) requisição de bens. Cabe ressaltar que o texto do caput do art. 139 deixa claro que estas medidas são as únicas possíveis no caso da hipótese do Estado de Sítio em caso de ineficácia do Estado de Defesa. Não fica claro se são só essas as medidas que podem ser aplicadas no Estado de Sítio, ainda mais que o art. 139 fala em suspensão das garantias constitucionais. Bernardo Gonçalves Fernandes, por exemplo, afirma que na hipótese de guerra declarada as hipóteses do art. 139 podem ser ampliadas à luz do decreto e das especificações da medida (FERNANDES, p. 1404). Poder-se-ia argumentar ainda que garantias constitucionais são somente os remédios constitucionais (HC, HD, MI e MS), em uma leitura literal. Não obstante, este não é o objeto da presente pesquisa. O interessante aqui é notar que claramente há uma gradação pela qual o Estado de Defesa é a *ultima ratio* e o Estado de Sítio é ainda mais excepcional. Conclui-se que esta medida deve ser adotada em situações excepcionais e não em qualquer situação de anormalidade. Além disto, é importante ressaltar que o Estado de Sítio foi o estado de exceção que tradicionalmente vigorou no Brasil desde a Constituição de 1934. Inclusive foi por meio dele que também se editou o ato institucional nº.5 em 1968 (BAHIA, p.277). Utilizando a lógica de José Gomes Canotilho é justamente estes eventos histórico-políticos que se quer evitar com a constitucionalização do sistema constitucional de crises, portanto, é por meio da história que se confirma o entendimento de que o Estado de Sítio é hipótese que só pode ser utilizada em último caso, quando nenhum instrumento constitucional funciona adequadamente para solucionar a situação de anormalidade.

Importante observar ainda que durante o Estado de Defesa e o Estado de Sítio há a impossibilidade de emenda à Constituição, conforme art. 60, §1º da CR/88. A ideia do dispositivo é exatamente evitar que durante um momento de anormalidade se altere a Constituição para evitar eventual abuso de poder que possa gerar uma ditadura (Isso se torna mais importante no caso brasileiro, afinal a história constitucional brasileira demonstrar que essa possibilidade pode ocorrer). Bernardo Gonçalves Fernandes explica que a vedação ao processo de emenda existe justamente para evitar um golpe de Estado e para a evitar a modificação do texto

constitucional em um momento de desequilíbrio, já que seria imprudente e inadequado (FERNANDES, p. 1396). A impossibilidade de emenda constitucional corrobora com a ideia levantada anteriormente de que o Estado de Defesa e o de Sítio são medidas muito gravosas, portanto, devem ser utilizadas com parcimônia em situações excepcionais, graves e como última *ratio*.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição da República Federativa de 1988. 05 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13/03/21.

BRASIL, Lei 13.979. 06 de fevereiro de 2020. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm. Acesso em 14/03/21.

BRASIL, Medida Provisória 926. 20 de março de 2020. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm. Acesso em 14/03/21.

BAHIA, Flávia. Descomplicando - Direito Constitucional. 3ª Ed. Recife: Editora Armador, 2017.

CANOTILHO, José Gomes. Direito Constitucional. 7ª Ed. Coimbra: Editora Almedina, 1941.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves Fernandes. Curso de Direito Constitucional. 4ª Ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. In Maria Fonseca Dias. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 3ª ed.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado®. 23. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

TAVARES, André Ramos Curso de direito constitucional / André Ramos Tavares. 18. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2020.