

Estado de defesa e estado de sítio

State of siege and state of defense

José Levi Mello do Amaral Junior¹

Centro Universitário de Brasília (UNICEUB/Brasil)
Universidade de São Paulo (USP/Brasil)
jose.levi@usp.br

Resumo

O artigo examina o Estado de Defesa e o Estado de Sítio. De início, analisa antecedentes, refere variantes no Direito comparado e avalia o combate ao terrorismo em circunstâncias mais recentes. A seguir, estuda a matéria em face do Direito brasileiro. Então, em conclusão, enfatiza que a natureza dos mecanismos em causa requer uso rigorosamente episódico, sob pena de eventual banalização ou vulgarização da exceção vir a comprometer a lógica dos direitos fundamentais e o próprio regime democrático.

Palavras-chave: democracia, estado de sítio, combate ao terrorismo.

Abstract

The article examines the State of Siege and the Brazilian State of Defense. At first, it analyzes the background, refers to variants in comparative law, and evaluates the war against terrorism in more recent circumstances. Next, it studies the subject in the face of Brazilian law. Thus, in conclusion, it emphasizes that the nature of the mechanisms in question requires strictly episodic use, otherwise the eventual trivialization or vulgarization of the exception will undermine the logic of the Brazilian fundamental rights and the liberal democracy itself.

Keywords: democracy; state of siege; war against terrorism.

¹ Advogado-Geral da União. Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Livre-docente e Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Departamento de Direito do Estado, Largo de São Francisco, 95, 11 andar, CEP 01005-010, São Paulo, SP, Brasil.

Introdução

O presente trabalho tem o fim didático de examinar o Estado de Defesa e o Estado de Sítio. De início, analisa antecedentes, refere variantes no Direito comparado e avalia o embate com o terrorismo em circunstâncias mais recentes. A seguir, estuda a matéria em face do Direito brasileiro. Então, a título de conclusão, enfatiza que a natureza dos mecanismos implicados requer emprego rigorosamente episódico, sob pena de a eventual banalização ou vulgarização da exceção vir a comprometer a lógica dos Direitos Fundamentais e o próprio regime democrático.

Na literatura brasileira há duas obras clássicas sobre a matéria.

A primeira, de Rui Barbosa, “O Estado de Sítio, sua natureza, seus efeitos, seus limites” (Rio de Janeiro, 1892): “Em suas lições, inspiradas no desejo de fazer o sítio servir à Constituição e, portanto, à liberdade, traçou o mestre as linhas básicas de onde o constitucionalista não pode fugir.” (Ferreira Filho, 1964, p. 8).

A segunda, de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, é a Tese “O Estado de Sítio: na Constituição brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional” (São Paulo, 1964), apresentada em concurso à Livre-Docência de Direito Constitucional, na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, da Universidade de São Paulo.

Com o recrudescimento do terrorismo internacional, sobretudo após os terríveis fatos do 11 de setembro de 2001, o assunto voltou à atenção do Direito Constitucional. Há muitas obras importantes sobre o tema, algumas delas manejadas na presente exposição.

O estado de sítio conheceu uso vulgar na República Velha (Ferreira Filho, 1964, p. 7-8) e depois (Godoy, 2016, p. 286-302). Sob a Constituição de 1988, ainda não encontraram emprego nem o estado de sítio nem o estado de defesa. Essa feliz circunstância pode e deve ser preservada ao máximo. Mecanismos da espécie ensejam estudo precisamente para que se tenha plena consciência dos perigos que implicam. Por outro lado, o risco de situações extremas não pode ser menosprezado, mas, sobretudo, a primazia dos Direitos Fundamentais deve ser, sempre, preservada de modo absoluto.

Mecanismos de proteção do Estado e do regime democrático

(a) Ditadura romana, lei marcial e estado de sítio

Guy Carcassone (2012, p. 111) é tão direto quanto didático: “La chose n’est pas nouvelle.” Recorda, então, a antiga e lacônica fórmula romana: “Os cônsules cuidam para que nenhum dano aconteça à República.” (2012, p. 111, tradução livre).

Bruce Ackerman aponta a República Romana como primeiro grande experimento de estado de emergência e elogia os freios e contrapesos que exibia: em momento de crise, o Senado podia propor aos cônsules (eram dois) que apontassem um ditador para exercer os poderes excepcionais pelo prazo máximo de seis meses, proibida a renovação; não poderiam ser eles próprios (em razão do que resistiam chamar um ditador, a menos que fosse realmente necessário; e era de esperar tivessem a prudência de escolher alguém que, debelada a crise, devolvesse-lhes o poder). O ditador era essencialmente uma magistratura militar (mas sem autoridade para guerra ofensiva), irresponsável no desempenho do seu papel, conquanto permanecesse dependente do Senado para recursos financeiros. Porém, não exercia jurisdição civil, não obstante tivesse poder de vida e morte. Em três séculos, houve 90 ditadores;

nenhum violou as regras da ditadura, nenhum nomeou outro ditador ao final do seu exercício (2004, p. 1042). Essa mecânica funcionou de 501 a.C. até 216 a.C. (Ferreira Filho, 1964, p. 31). Foi deturpada por Sila e depois por Cesar “que foi feito ditador perpétuo (48 a.C.)” (Ferreira Filho, 1964, p. 31).

Por vezes apontada como modalidade de ditadura, a lei marcial anglo-saxônica dela se aproxima porque não limita previamente o seu executor. No entanto, “das ditaduras a lei marcial discrepa fundamentalmente na medida em que admite a responsabilidade civil e criminal de seu executor por tudo o que, *a posteriori* e o que é mais sério – a frio – for julgado abusivo” (Ferreira Filho, 1964, p. 45).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, citando Willoughby, registra que a “lei marcial inclui toda lei que se refere às forças militares do Estado, ou é por elas aplicada” (1964, p. 47). Segundo Ferreira Filho, “a lei marcial implica na passagem de todos os poderes para a autoridade militar em área onde se desenvolvem hostilidades pela impossibilidade de, nessas condições, continuarem a funcionar os órgãos normais da administração e da justiça” (1964, p. 48).

Por outro lado, em um sentido estrito, lei marcial é o direito que o poder público tem de repelir a força pela força nos casos de invasão, insurreição, tumulto ou resistência violenta à lei (Ferreira Filho, 1964, p. 49). Aqui “não envolve suspensão da lei comum, muito menos do governo ordinário”, centrando-se no “uso de meios anormais, ou melhor, extraordinários para a manutenção da ordem” (Ferreira Filho, 1964, p. 50). Seria um tipo de desforço necessário ou legítima defesa a qualquer um reconhecido (Ferreira Filho, 1964, p. 50). Não há suspensão da lei ordinária, pois “é o próprio sistema ordinário que prevê o uso da força contra a força” (Ferreira Filho, 1964, p. 51). Ademais, “inclui-se entre os poderes de polícia do Estado, observa os mesmos princípios a que se sujeitam estes”, ou seja, restrições a direitos para atender o interesse público (Ferreira Filho, 1964, p. 52-53). Permanece como regra a justificação perante Tribunal regular, ressalvada uma excepcional exoneração concedida pelo Parlamento, o chamado *Act of Indemnity* (Ferreira Filho, 1964, p. 54).

Nos países de Direito escrito surge o estado de sítio. No Antigo Regime, ou seja, no Absolutismo, “não existia necessidade de um meio legal que suspendesse direitos individuais, pois estes não eram reconhecidos positivamente como limites aos poderes do estado” (Ferreira Filho, 1964, p. 73). Surgiu, primeiro, no Direito francês, em 1791, pressupondo guerra ou insurreição armada. Porém, há casos graves sem que haja luta armada, como, por exemplo, calamidade pública. Para tais casos, o Direito francês veio a prever o estado de urgência, “que deve ser considerado modalidade do sítio fictício” (Ferreira Filho, 1964, p. 77).

Por fim, vale observar que lei marcial e estado de sítio não alteram a relação executivo-legislativo: “Nenhum deles (...) suporta que sejam alteradas as leis. Suspendê-las temporariamente sim; modificá-las, não.” (Ferreira Filho, 1964, p. 52-53).

(b) Modelos americano, francês e alemão

A Constituição americana de 1787 possui um mecanismo de emergência rudimentar, porque limitado à suspensão do *habeas corpus* quando nos casos de rebelião ou invasão a segurança pública possa assim requerer, ficando o mais à imaginação judicial (Ackerman, 2004, p. 1041; citando o art. 1, § 9, cláusula 2, da Constituição americana). Seja como for, a Constituição buscou proteger remédio pré-existente no *common law* estadual contra suspensão indevida, inclusive podendo ajudar a prevenir ilegalidade federal (Amar, 2005, p. 121).

Em meio à II Guerra Mundial, a Suprema Corte americana, no caso *Korematsu v. United States*, admitiu campos de concentração para nipo-americanos. Para Bruce Ackerman (2004, p. 1042), trata-se de caso paradigmático que representa momento “permissivo” no ciclo do *common law*, precedente esse que até hoje não foi formalmente superado (Ackerman, 2004, p. 1043). Critica a decisão e questiona o que diria a Suprema Corte se, hoje, árabes americanos fossem “arrebanhados” em um campo de concentração? (Ackerman, 2004, p. 1043). O precedente seria estendido à “guerra contra o terrorismo”? (Ackerman, 2004, p. 1043).

Por sua vez, a Constituição francesa de 1958, traz mecanismo de grande amplitude, cujo único juiz é o Presidente da República, “sob a única reserva de alta traição” (Carcassone, 2012, p. 112):

Artigo 16 da Constituição francesa de 1958

Quando as instituições da República, a independência da Nação, a integridade de seu território ou a execução de seus compromissos internacionais são ameaçados de maneira séria e imediata e o funcionamento regular das autoridades públicas constitucionais é interrompido, o Presidente da República toma as medidas exigidas por estas circunstâncias, após consulta oficial do Primeiro Ministro, dos Presidentes das Assembleias e do Conselho Constitucional.

Ele informa a nação com uma mensagem.

Essas medidas devem ser inspiradas pela vontade de fornecer às autoridades públicas constitucionais, o mais rapidamente possível, os meios para cumprir sua missão. O Conselho Constitucional é consultado sobre eles.

Parlamento reúne-se de pleno direito.

A Assembleia Nacional não pode ser dissolvida durante o exercício de poderes excepcionais.

Após trinta dias de exercício dos poderes excepcionais, o Conselho Constitucional pode ser provocado pelo Presidente da Assembleia Nacional, pelo presidente do Senado, sessenta deputados ou sessenta senadores, a fim de examinar se as condições enunciadas no primeiro parágrafo permanecem reunidas. Ele se pronuncia o mais rápido possível por um aviso público. Ele procede automaticamente a este exame e pronuncia-se nas mesmas condições após sessenta dias de exercício dos poderes excepcionais e em qualquer momento além deste período.

Bruce Ackerman (2004, p. 1038) entende que a solução francesa é extrema, mas não pode ser categoricamente rejeitada porque não se pode saber os detalhes de uma determinada ameaça apocalíptica antes que ela aconteça. Manoel Gonçalves Ferreira Filho conta: “Desses poderes, o Presidente De Gaulle fez largo uso, em 1961, a fim de reprimir a insurreição de forças militares sediadas na Argélia.” (2004, p. 102). Por outro lado, adverte: “Esse sistema, que parece fazer eco vinte e poucos séculos mais tarde à ditadura prevista no Direito público romano, traz em si próprio uma ameaça para a ordem constitucional. A ameaça do abuso, da agressão ‘de dentro’ à Constituição.” (2004, p. 102).

Por fim, a Lei Fundamental de Bonn, ou seja, a Constituição alemã de 1949, adota a visão de insistir na proteção do núcleo das liberdades civis e políticas mesmo durante as mais severas crises, provavelmente refletindo o papel catastrófico das disposições de emergência da Constituição de Weimar na ascensão nazista ao poder nos anos 1930. Por isso, as disposições alemãs limitam a incursão nos direitos fundamentais apenas no que se refere: (i) à detenção de indivíduos por até quatro dias sem audiências judiciais; e (ii) ao confisco de

propriedade sem compensação ou outras salvaguardas normais (Ackerman, 2004, p. 1039; a referência é ao Artigo 115c, n. 2, da Lei Fundamental de Bonn).

Ackerman busca, então, uma solução intermediária (2004, p. 1040).

(c) Enfrentamento do terrorismo

O terrorismo traz desafios novos ao Estado e aos mecanismos de defesa da ordem institucional democrática. Não se trata de contraposição entre Estados e respectivas forças armadas regulares, uniformizadas, sujeitas às leis da guerra admitidas pela comunidade internacional. Trata-se do enfrentamento de um inimigo irregular, oculto, sem métodos pré-definidos.

Assemelha-se, bastante, à descrição que Carl Schmitt (1963, p. 6) faz do guerrilheiro, cujo protótipo seria o cidadão espanhol comum quando reagiu à invasão do Exército francês ao tempo de Napoleão.

Para Bruce Ackerman, “uma coisa é o Presidente Roosevelt designar “inimigo combatente” um cidadão americano capturado servindo ao Exército alemão e julgá-lo sem processo ordinário por uma corte civil; outra, completamente diferente, é o Presidente Bush fazer a mesma coisa com suspeitos de pertencer à Al Qaeda” (2004, p. 1032). Para ele, a diferença é óbvia: um militar alemão é fácil identificar; um terrorista, não: pode ser qualquer um; guerras entre Estados soberanos têm começo e fim, têm regras, o que não acontece na guerra contra o terrorismo (2004, p. 1032).

Por outro lado, reconhece que é mais fácil falar que fazer, mas pretende desenhar um modelo constitucional para um estado de emergência temporário que habilite o governo a executar a função de reafirmação sem danos de longo prazo a direitos individuais (Ackerman, 2004, p. 1037).

O pressuposto, aqui, é uma situação extrema. “O estado de emergência habilita o governo a tomar medidas extraordinárias em sua luta de vida ou morte pela sobrevivência.” (Ackerman, 2004, p. 1037).

Bruce Ackerman questiona se o caso Korematsu poderia ser aplicado à guerra contra o terror. Entende que não: o problema é que a guerra contra o Japão começou e terminou, mas não é assim com a guerra contra o terror. O resultado seria a normalização da emergência e a criação de precedentes jurídicos que autorizam medidas opressivas sem fim (2004, p. 1043).

Sugere, então, um mecanismo de supermaiorias progressivas ou, no original em inglês, *supermajoritarian escalator* (Ackerman, 2004, p. 1047). O Poder Executivo teria o poder de atuar unilateralmente apenas por um breve período, o suficiente para que a legislatura fosse convocada e considerasse o problema, algo como uma ou duas semanas no máximo; o estado de emergência expiraria a não ser que fosse aprovado pela maioria, durando dois ou três meses; a continuação demandaria uma cascata crescente de supermaiorias: sessenta por cento para os próximos dois meses, setenta por cento para os dois seguintes, e assim sucessivamente. Com efeito, a necessidade de “renovação em intervalos curtos de tempo serve como uma primeira linha de defesa contra a perigosa normalização do estado de emergência” (Ackerman, 2004, p. 1047). Ademais, antes de cada votação, voltaria o debate para responder uma vez mais sobre a real necessidade do estado de emergência (Ackerman, 2004, p. 1048). Por fim, as supermaiorias crescentes dariam a minorias cada vez menores um poder de veto contra manipulações (Ackerman, 2004, p. 1048). Assim, garantir-se-ia a temporariedade da emergência, mas também resultaria fazê-la mais suave enquanto venha a durar (Ackerman, 2004, p. 1048). Ademais, a legislatura não pode ficar à mercê do Executivo para obter

informação (Ackerman, 2004, p. 1051) e não pode haver segredos para os homens-chave da oposição (Ackerman, 2004, p. 1052).

Para Bruce Ackerman, o coração do poder de emergência é a autoridade de deter suspeitos sem o tipo de prova normalmente requerido por constituições liberais. A solução para inocentes seria uma compensação financeira (Ackerman, 2004, p. 1062).

Sobre o papel dos juízes, Bruce Ackerman (2004, p. 1066) argumenta que teriam eles dois níveis de participação: (i) um relativo à integridade do regime de emergência como um todo; e (ii) outro relativo à salvaguarda dos indivíduos contra previsíveis abusos do sistema.

No primeiro nível, revela-se cético a um controle judicial da emergência: “Se o Presidente pode convencer a maioria da legislatura da necessidade dos poderes de emergência, isso deveria ser suficiente.” (Ackerman, 2004, p. 1066). Por outro lado, elogia o modelo francês em que o Conselho Constitucional apenas opina, o Presidente pode descartar essa opinião, mas tem ela um poderoso impacto no público (Ackerman, 2004, p. 1062).

No segundo nível, admite restrições processuais relativamente aos detidos, mas exige “decência” no trato que recebem, rejeitando de modo *absoluto* a tortura, o que os juízes devem rigorosamente levar a efeito (Ackerman, 2004, p. 1071).

Carlos Bastide Horbach faz cuidadosa resenha de decisões da Suprema Corte americana sobre o assunto. Assim, ainda em 2004, “a Corte, numa maioria de 6 a 3, decidiu que os prisioneiros da Base de Guantánamo, em Cuba, têm o direito de questionar a legalidade de sua prisão em cortes federais de distrito nos Estados Unidos” (2011, p. 148-149, citando *Rasul v. Bush*). A seguir, “assentou que o Governo não tem o poder de evitar que os cidadãos americanos questionem sua prisão perante tribunais federais” (2011, p. 149, citando *Hamdi v. Rumsfeld*). Então:

Em 2006, a Suprema Corte entendeu que o Departamento de Defesa não poderia fixar regras de procedimentos unilateralmente para os tribunais militares, as quais deveriam ser aprovadas pelo Congresso; que o Governo, no trato com os detidos, não poderia ignorar a Convenção de Genebra sobre prisioneiros de guerra, que também deveria ser observada na fixação dos procedimentos perante os tribunais militares; que o Judiciário não poderia ser afastado do controle dessas questões antes de os prisioneiros serem condenados e sentenciados.” (2011, p. 149, citando *Hamdi v. Rumsfeld*).

Logo após, o Congresso americano legalizou procedimentos que a Suprema Corte julgara irregulares, “em especial, proibindo os detidos de ajuizarem *habeas corpus* em tribunais federais” (Horbach, 2011, p. 150). Então, “a Suprema Corte mais uma vez afirmou o direito constitucional ao *habeas corpus*” (Horbach, 2011, p. 150, citando *Boumediene v. Bush*).

Por fim, inclusive tomando em consideração o quanto exposto, é preciso enfatizar a advertência do próprio Bruce Ackerman: não se pode banalizar a exceção.

Ora, se “é soberano quem decide o estado de exceção” (Schmitt, 2001a, p. 23), implicando a exceção a não aplicação da ordem constitucional regular, tem-se (no estado de exceção) uma relação de bando, em que “aquele que foi banido não é, na verdade, simplesmente posto fora da lei e indiferente a esta, mas é *abandonado* por ela” (Agambem, 2002, p. 36), caindo em um estado de natureza, aliás, “o estado de natureza sobrevive na pessoa do soberano” (Agambem, 2002, p. 41, citando Thomas Hobbes), ficando o abandonado sem qualquer proteção do Direito.

Daí a muito fundamental importância de o estado de exceção não ser de uso vulgar ou recorrente.

Mecanismos de proteção no Direito brasileiro

(a) Estado de defesa e estado de sítio no Direito brasileiro

No Direito brasileiro, a teor do art. 137, I e II, da Constituição de 1988, o estado de sítio pode ser decretado em duas hipóteses: (i) comoção grave de repercussão nacional; (ii) declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira. Pressupõe essas condições de fato, “sem as quais constituiria ele um abuso injustificável” (Ferreira Filho, 1964, p. 121; no mesmo sentido, inclusive remetendo à obra citada, Silva, 2002, p. 743).

Para decretar o estado de sítio, o Presidente da República deve solicitar autorização do Congresso Nacional, ouvidos os Conselhos da República e de Defesa Nacional. A decisão do Congresso deve ser por maioria absoluta (cf. parágrafo único do art. 137 da Constituição).

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

Na primeira hipótese, o sítio não pode durar mais de trinta dias nem ser prorrogado, de cada vez, por prazo superior. Na segunda hipótese, será pelo tempo que perdurar a guerra ou agressão (Constituição, art. 138, § 1º).

Durante o sítio: (i) as imunidades parlamentares subsistem (Constituição, art. 53, § 8º); (ii) a Constituição não pode ser emendada (Constituição, art. 60, § 1º); e (iii) o Congresso Nacional permanece em funcionamento (Constituição, art. 138, § 3º).

Refletindo o teor constitucional literal, Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina que “o estado de sítio suspende as garantias dos direitos fundamentais, e, nunca, (...), esses direitos. Suspende aquelas limitações postas à ação governamental que acompanham declaração de direitos.” (2015, p. 370).

Na primeira hipótese de sítio (comoção grave de repercussão nacional), somente cabem 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; e (vii) requisição de bens (Constituição, art. 139).

Na segunda hipótese (guerra), cabem “outras medidas, em específico a suspensão das garantias constitucionais que forem autorizadas pelo Congresso Nacional” (Ferreira Filho, 2015, p. 374).

Note-se: os direitos não são suspensos, mas, sim, as respectivas garantias. Assim, por exemplo, a liberdade de imprensa não é suspensa, mas a respectiva garantia, sim (proibição de censura). A propósito, adverte José Afonso da Silva (2002, p. 745) acerca da “necessidade de elaboração de uma lei que preveja a possibilidade e limites dessas restrições, que, como se nota, importam em interceptação e censura aos meios de comunicação em geral; mas não se inclui, nessas restrições, a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.”

Por fim, a Constituição também prevê o estado de defesa, “instrumento análogo ao estado de sítio, contudo mitigado quanto à sua potencialidade” (Ferreira Filho, 2015, p. 375). Cabe

“para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza” (Constituição, art. 136, *caput*).

O decreto que instituir o estado de defesa deve determinar a sua duração (por até 30 dias permitida uma única prorrogação por igual período) e as áreas abrangidas, podendo resultar apenas as seguintes medidas coercitivas: (i) restrições aos direitos de reunião, sigilo de correspondência, sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; (ii) ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes (Constituição, art. 136, § 1º).

Ademais, na vigência do estado de defesa: (i) a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial; (ii) a comunicação será acompanhada de declaração, pela autoridade, do estado físico e mental do detido no momento de sua autuação; (iii) a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário; e (iv) é vedada a incomunicabilidade do preso (Constituição, art. 136, § 3º).

Diversamente do que se dá com o estado de sítio, o Presidente da República pode decretar o estado de defesa independentemente de prévia autorização congressual (Constituição, art. 136, *caput*). Porém, o respectivo decreto deve ser apreciado pelo Congresso que decidirá por maioria absoluta. Rejeitado, cessa imediatamente (Constituição, art. 136, §§ 4º e 7º).

(b) Intervenção federal combinada com GLO, defesa ou sítio

A intervenção federal incide sobre a autonomia do ente federado que sofre a intervenção. Resulta, tipicamente, a nomeação de um interventor, seja para o lugar do Chefe do Poder Executivo, seja para o lugar de outra autoridade do ente sob intervenção. Porém, da intervenção não resulta nenhum poder extraordinário para o interventor: ele exerce os mesmos poderes que tinha a autoridade estadual substituída. Sobre o ponto, confira-se a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2018, p. 3): “A intervenção federal assim não importa, em si mesma, num alargamento do poder de repressão à violação da ordem pública, não altera os seus limites constitucionais e legais. Age em lugar de e nos termos em que o Poder substituído poderia atuar.”

No caso da intervenção federal decretada em 2018 em face do Rio de Janeiro, em razão de grave crise na segurança pública estadual (Decreto n. 9.288, de 16 de fevereiro de 2018), foi ela acompanhada do emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem – GLO. Trata-se de um emprego rigorosamente subsidiário das Forças Armadas, pois pressupõe a indisponibilidade, a inexistência ou a insuficiência dos mecanismos estaduais de segurança pública (§ 3º do art. 15 da Lei Complementar n. 97, de 09 de junho de 1999): “(...) Só subsidiária e eventualmente lhes incumbe a *defesa da lei e da ordem*, porque essa defesa é da competência primária das *forças de segurança pública*, que compreendem a polícia federal e as polícias civil e militar dos Estados e do Distrito Federal. (...)” (Silva, 2002, p. 748).

Por outro lado, o eventual exercício de poderes extraordinários teria dependido da combinação da intervenção com a decretação de estado de sítio ou de defesa, o que não se deu no caso citado.

(c) Abate de aeronaves, GLO, defesa e sítio

O tiro de abate foi permitido pela Lei nº 9.614, de 05 de março de 1998, que incluiu a hipótese de destruição de aeronave hostil na Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica: “Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada.” (§ 2º do art. 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica, acrescentado pela Lei nº 9.614, de 1998).

Tem-se, aqui, hipótese de defesa da Pátria em tempo de paz. Portanto, não se trata, *stricto sensu*, de emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, nem sequer depende da decretação de guerra ou de estado de sítio ou de defesa, mas, sim, de emprego delas na sua missão primeira, a defesa da Pátria (*caput* do art. 142 da Constituição), ainda que a hipótese tenha eventual influxo à garantia da lei e da ordem, mormente no que toca à repressão do tráfico ilícito de entorpecentes.

A teor dos §§ 1º a 3º do art. 3º do Decreto n. 5.144, de 16 de julho de 2004, o tiro de abate é a última medida após longo e exaustivo rol de medidas coercitivas de averiguação (tentativa de contato), intervenção (modificação de rota e pouso coercitivos) e persuasão (tiro de aviso, com munição traçante). Como medida extrema, depende de severa ponderação caso a caso, o que é demonstrado pela ordenação das medidas regulamentares que o antecedem (a propósito do aqui exposto e argumentado, *vide* Amaral Júnior, 2008, p. 12-13), isso não obstante coincida com o que Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1964, p. 50) caracteriza como desforço necessário ou legítima defesa a qualquer um reconhecido.

Conclusão

A gradação de mecanismos segundo a natureza e a gravidade da crise denota proporcionalidade. Com efeito, é apenas o emprego rigorosamente proporcional à crise – e sempre episódico – que pode eventualmente legitimar a decretação de estado de defesa ou de estado de sítio. Veja-se, por exemplo, o modelo do Canadá, que prevê medidas diversas para cada tipo de emergência: desastre natural, ameaça à ordem pública, emergência internacional, guerra (Ackerman, 2004, p. 1061).

Por outro lado, por mais grave que seja a ameaça com que venha a se deparar um Estado que se pretenda democrático, em nenhuma hipótese a respectiva reação pode descambar à negação do outro, ou seja, não se pode admitir nenhum método contrário aos Direitos Fundamentais. Nessa linha, sempre e em qualquer hipótese, deve ser absoluta a recusa à tortura, inclusive porque, ao menos no caso bastante claro da Constituição brasileira de 1988, o direito fundamental à integridade física é absoluto (a teor do inciso III do art. 5º da Constituição: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”). Qualquer dúvida, hesitação ou exceção no ponto levaria ao fracasso do próprio regime democrático.

Diversamente dos conflitos entre Estados e respectivas forças armadas regulares, o conflito entre Estados e terroristas parece resvalar de hostilidades disciplinadas pelo Direito Internacional para o ódio. Não é uma relação de *hostis*, mas de *inimicus* (Schmitt, 2001b, p. 179). Talvez, precisamente por isso, Saddam Hussein tenha sido procurado, capturado, julgado e executado observado um devido processo legal. Diversamente, Osama Bin Laden foi caçado, encontrado e eliminado de pronto. A nítida distinção de abordagens, metodologias e

soluções adotadas nesses dois exemplos, independentemente de qualquer juízo de valor acerca de ambos (concordando ou não com um, com o outro ou com os dois), por si só, demonstra a extrema delicadeza da matéria.

Por isso mesmo, não há que ter dúvida: mecanismos como defesa e sítio são muitíssimo perigosos. Podem resultar como que abrir uma caixa de Pandora. Implicam riscos ainda maiores quando o confronto escapa aos modelos típicos de hostilidades entre Estados e respectivas Forças Armadas regulares.

É importante ter presente ponderação de Bruce Ackerman (2004, p. 1040): “Nosso problema constitucional não é que o governo seja muito fraco no curto prazo, mas que ele seja muito forte no longo prazo.” Por outro lado: “Se ataques terroristas vierem a se tornar muito frequentes, nenhuma estrutura jurídica nos salvará de um desastre das liberdades civis.” (2004, p. 1045). Note-se: essa advertência cabe relativamente à criminalidade de qualquer espécie que seja impune e generalizada. Voltando ao terrorismo, a preocupação inerente a estas colocações fica ainda mais premente quando se toma em consideração a “simplicidade logística” de alguns dos últimos atentados, como, por exemplo, aquele havido em Nice em 2016. Por isso mesmo, a Lei n. 13.260, de 16 de março de 2013, parece ter sido feliz na caracterização (ampla) que faz de terrorismo.

Vale perguntar se a crise crônica da segurança pública no país, ou pelo menos em certas regiões do país, já não estaria a configurar contexto da espécie. A resposta é negativa. Crise interna de segurança pública resolve-se com polícia ordinária e com inteligência policial bem estruturadas, bem treinadas e com rigoroso – e indeclinável – respeito aos Direitos Fundamentais, sob pena de uma conduta inversa banalizar, de lado a lado, a barbárie, situação extrema em que a normalidade é dissolvida pela violência sem limites e que a todos joga no horror de um estado de natureza sem nenhuma perspectiva de retorno.

Mecanismos extraordinários, quando previstos em um regime democrático de governo, devem permanecer o mais possível em potência, ou seja, devem permanecer, sobretudo, como meios apenas dissuasórios. Se e quando utilizados, devem conhecer uso estrita e absolutamente vinculado à solução da anormalidade e, superada a anormalidade, o emprego deve ser de pronto cessado.

O regime democrático de governo e os Direitos Fundamentais a ele inerentes demandam atitude persistente, inquebrantável mesmo, de tolerância, ou seja, de genuína aceitação do outro. Apenas esse modo de proceder, mormente nas situações mais extremas, é capaz de fazer valer a cultura democrática com efetiva promoção dos Direitos Fundamentais.

Referências bibliográficas

- ACKERMAN, B. 2004. The Emergency Constitution. *The Yale Law Journal*, **113**:1029-1091.
- AGAMBEM, G. 2002. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte, Editora UFMG.
- AMAR, A. R. 2005. *America's Constitution: a biography*. New York, Random House Trade Paperbacks.
- AMARAL JÚNIOR, J. L. M. do. 2008. Análise do fundamento do emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem. *Revista de Informação Legislativa*, **180**:7-15.
- CARCASSONE, G. 2004. *La Constitution*. 6 ed. Paris, Seuil.
- FERREIRA FILHO, M. G. 2015. *Curso de Direito Constitucional*. 40 ed. São Paulo, Saraiva, 2015.
- FERREIRA FILHO, M. G. 2004. *Estado de Direito e Constituição*. 3 ed. São Paulo, Saraiva.

- FERREIRA FILHO, M. G. 2018. Intervenção federal e segurança pública. *Cadernos do Instituto Pimenta Bueno. Associação Brasileira dos Constitucionalistas*, n. 4, São Paulo, 2018.
- FERREIRA FILHO, M. G. 1964. *O estado de sítio*. São Paulo, USP.
- GODOY, A. S. de M. 2016. O estado de exceção na experiência constitucional brasileira. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, **8**(3):286-302.
- HORBACH, C. B. 2011. O Poder Executivo na democracia contemporânea: liberdade em tempos de crise. In: J. L. M. do Amaral Jr., F. D. M. de Almeida, R. S. Leal, C. B. Horbach (coord.), *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo, Quartier Latin, p. 121-153.
- SCHMITT, C. 2001a. El concepto de lo “político”. In: H. O. Aguilar (coord.), *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México, Fondo de Cultura Económica, p. 167-223.
- SCHMITT, C. 2001b. Teología política I. In: H. O. Aguilar (coord.), *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México, Fondo de Cultura Económica, p. 19-62.
- SCHMITT, C. 1963. *Teoría del guerrillero*. S/L, La Editoria Virtual.
- SILVA, J. A. da. 2002. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 21 ed. São Paulo, Malheiros.

Submetido: 07/07/2020

Aceito: 04/11/2020