

ESTADO DE EXCEÇÃO E HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy¹

10

Resumo

O ensaio examina a história constitucional brasileira no que se refere às várias tentativas de normatização do *estado de exceção*. São examinados os vários modelos de excepcionalidade com o qual contamos, nos textos constitucionais, bem como na legislação em geral. Constrói-se um pano de fundo histórico que pretende evidenciar que as várias tentativas de normatização podem comprovar que o *estado de exceção* é um fato político, e não um fato jurídico e que, por isso, pode ser incontrollável. O ensaio pretende experimentar as premissas conceituais de Giorgio Agamben e de Carl Schmitt na realidade histórica e constitucional brasileira.

Palavras-chaves: Estado de exceção. História Constitucional. Tentativas de regulamentação. Fato político. Dificuldade de apreensão do estado de exceção como um fato jurídico.

THE REGIME OF EXCEPTION IN THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL HISTORY

Abstract

The paper considers the Brazilian constitutional history as for the numerous efforts towards the accomplishment of a regulatory framework regarding the *regime of exception*. It reviews the various regulatory patterns of the *regime of exception*, either in the Brazilian constitutions as well in many Brazilian statutes in general. The paper considers also an historical background in which it argues that many efforts towards the regulation may confirm that the *regime of exception* is more a political fact than a legal one. Thus, a *regime of exception* can be uncontrollable. The essay intends to experiment Giorgio Agamben and Carl Schmitt conceptual assumptions in the face of the Brazilian historical and constitutional reality.

Keywords: Regime of exception. Constitutional History. Efforts towards a statutory framework. Political fact. Difficulties as for capturing the regime of exception as a legal fact.

Sumário: Introdução. 1. O *Estado de Exceção* na história constitucional brasileira. 2. A *medida de salvação do Estado* na Constituição de 1824. 3. O *estado de sítio* na Constituição de 1891. 4. O *estado de exceção* na Era Vargas. 5. O *estado de sítio* na Constituição de 1946. 6. O *regime de exceção* na Era Militar. 7. O *estado de sítio* na Constituição de 1988. 8. Conclusões. Referências.

¹ Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC-SP. Professor no IESB. ORCID <https://orcid.org/0000-0003-1108-4118>

Introdução

O *estado de exceção* identifica um período de anormalidade constitucional que se pretende recorrentemente reger, limitar e nomear, com objetivos de normalização, em termos constitucionais e, no limite, também com balizas legais e regulamentares. Essa anormalidade na conjuntura de uma pretensa normalidade é a característica mais marcante do *estado de exceção*, que consiste também em permanente problema para a teoria do direito público.

Há um dilema regulamentador, uma aporia, que acompanha a conceituação e a prática do *estado de exceção*, que de algum modo encontra-se confinado a fronteiras que supostamente abstrairiam a vontade política da vontade normativa, isto é, a ação política propriamente dita do direito positivo. Além do que, como a experiência histórica tem apontado, o *estado de exceção* deslumbra aqueles que o decretam, e que o pretendem definitivo. As experiências da Alemanha nazista, do Estado Novo e da Era Militar no Brasil são exemplos emblemáticos dessa assertiva.

O assunto foi teorizado por Giorgio AGAMBEN em provocador estudo no qual comparou e contrastou o *estado de exceção* em dois autores alemães absolutamente opostos, na teoria, na ideologia e na experiência existencial: Carl Schmitt e Walter Benjamin (2005). Agamben partiu do mote de SCHMITT, para quem “soberano é quem decide sobre o estado de exceção” (2007, p. 7), contrapondo-o com a tese de BENJAMIN, no sentido de que “a tradição dos oprimidos nos ensina que o estado de emergência no qual vivemos não é uma exceção, e sim uma regra” (1985, p. 257).

Há uma tensão entre o decisionismo de Schmitt e a penumbra da conjectura política de Benjamin, que o teórico italiano identifica como uma “terra de ninguém”, um

espaço limítrofe entre o direito público e o fato político, entre a ordem jurídica e a vida (AGAMBEN, 2005, p. 12). Agamben percebeu a insuficiência dos instrumentos de análise jurídica para a compreensão do *estado de exceção*, que situou no ambiente dos problemas políticos (cf. ECHEVERRIA, 2013, p.14).

O *estado de exceção* é, de um lado, o instrumento necessário para a manutenção da ordem, exatamente no contexto patriótico invocado por CÍCERO, para quem, no século I a.C., infeliz a sorte de quem administra e conserva a República (s.d., p. 57). Há também percepção brasileira, nesse mesmo sentido, de que o *estado de exceção* seria mecanismo de defesa e conservação do Estado, qualificando-se como um direito potestativo, garantido pelo direito positivo por intermédio de um conjunto de regras de aplicação episódica (GODINHO, 1986). Por outro lado, e de um modo mais instrumental a práticas totalitárias, o *estado de exceção* é a suspensão do direito existente, no interesse de uma ação eficaz (cf. SCHMITT, 2007, pp. 329 e ss.).

O presente ensaio tem por objetivo tratar do *estado de exceção* no contexto da experiência constitucional brasileira, cotejando-a, quando possível com nossa reminiscência histórica. Com tal finalidade, o ensaio procura explicitar o tema do *estado de exceção* ao longo de nossa trajetória constitucional, confrontando-o com os textos constitucionais aprovados ou outorgados com seus respectivos autores contemporâneos, vinculando-os a uma dimensão histórica, reveladora de intenso autoritarismo, circunstância que é recursiva em nossa história política (cf. SCHWARTZMAN, 1982).

1. O *estado de exceção* na história constitucional brasileira

Na história constitucional brasileira o *estado de exceção* se desdobra discursivamente por ampla terminologia, transitando em expressões como *segurança do*

Estado (Constituição de 1824), *estado de sítio* (Constituições de 1891, 1934, 1946, 1967, 1946 e 1988), *estado de emergência* (Constituição de 1937), *estado de guerra* (Constituição de 1937), *estado de defesa* (Constituição de 1988). O *estado de exceção* marcou substancialmente e com mais intensidade quatro momentos da história política do Brasil, designadamente, a ditadura de Floriano Peixoto, disfarçada de volta à legalidade (CARONNE, 1988, p. 23), o golpe do Estado Novo, camuflado por Getúlio Vargas como plano de combate a integralistas e a comunistas (HENRIQUES, 1961, pp. 395 e ss.), e as duas grandes intervenções militares de 1964 e de 1968 (GASPARI, 2002).

Opções terminológicas nunca são neutras, especialmente no sentido de que “a terminologia é o momento propriamente poético do pensamento” (AGAMBEN, 2005, p. 15). Isto é, várias opções de nomenclatura tentaram justificar em nossa história as hipóteses de utilização de estados de suspensão de garantias.

Em 1824 o *estado de exceção* seria justificado pela rebelião e invasão de inimigos. Em 1891, pela agressão estrangeira e grave comoção intestina. Em 1934, pela iminência de agressão estrangeira e emergência de insurreição armada. Em 1937, pela ameaça externa, iminência de perturbação interna, conspiração ou plano para perturbação da segurança do Estado, dos cidadãos, da paz pública, bem como perigo estrutural para as instituições. Em 1946, pela guerra externa e comoção intestina com caráter de guerra civil. Na Era Militar, pela grande perturbação da ordem e ameaça de irrupção de guerra. Presentemente, o *estado de exceção* é justificado por comoção grave de repercussão nacional, fatos comprovatórios de ineficácia de medidas tomadas durante o estado de defesa, declaração do estado de guerra e resposta a agressão armada estrangeira.

A par das explicitações constitucionais, o *estado de exceção* também foi tratado por vários documentos legais de fortíssimo apelo casuístico, a exemplo do Decreto nº 1,

de 15 de novembro de 1889 (intervenção do governo republicano provisório), do Decreto nº 19, de 11 de novembro de 1930 (intervenção do governo provisório de Vargas), do Ato Institucional de nº 1, de 9 de abril de 1964 (intervenção do golpe militar) e do Ato Institucional de nº 5, de 13 de dezembro de 1968 (radicalização da ditadura militar).

Esses documentos comprovam a compulsão dos arranjos institucionais brasileiros para regulamentar os vários *estados de exceção*, alguns deles de expressiva duração, a exemplo do mencionado Ato Institucional de nº 5, vigente por dez anos, e formalmente revogado pela Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, circunstância que marcou o processo de abertura política.

O estudo do *estado de exceção* deve também se ocupar com as várias *leis de segurança nacional* que conhecemos. Os textos variam de intensidade limitativa de direitos e garantias, especialmente processuais. Assim, a Lei nº 38, de 4 de abril de 1935, disponibilizou instrumentos normativos para a organização do Estado Novo. A Lei nº 1802, de 5 de janeiro de 1953, de algum modo refletia o contexto internacional da guerra fria. O Decreto-Lei nº 314, de 13 de março de 1967 e o Decreto-Lei nº 898, de 29 de setembro de 1969, garantiram as investidas da ditadura militar na luta contra os grupos de oposição.

A Lei nº 6.620, de 17 de dezembro de 1978 e a Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, mitigaram uma situação que pavimentou um processo de transição relativamente leniente. Deve-se também retomar e explicitar o conteúdo da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, a *Lei de Anistia*, em função do modo como o direito brasileiro tratou os casos ocorridos durante o *estado de exceção* vigente ao longo da era militar. Diferentemente do modelo argentino, no qual os militares que violentaram direitos humanos foram processados e condenados (cf. BIANCHI, 2007), no Brasil aplicou-se a *Lei*

de Anistia, com consequente inexistência de processos de responsabilização, ainda que conheçamos uma Comissão da Verdade, que produziu relatórios assustadores.

E se plausível a tese de Carl Schmitt, para quem a soberania é definida e medida por quem tem competência para fixar o *estado de exceção*, a trajetória dos modelos brasileiros de regulamentação da matéria sugere uma oscilação politicamente muito eloquente, com indicação de épocas de extremo autoritarismo: foi prerrogativa do Poder Legislativo, ou do Imperador se a Assembleia não estivesse reunida (1824), foi do Congresso Nacional, ou do Presidente, quando aquele não estivesse em sessão (1891, 1946), foi exclusiva do Legislativo, que autorizaria o Presidente a decretar o estado de sítio (1934), foi exclusiva do Presidente em todas as circunstâncias (1937, 1967), foi da União, com Congresso aprovando ou suspendendo determinação do Presidente (1969) é presentemente é também da União, com o Presidente ouvindo o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, e em seguida pedindo autorização para o Congresso Nacional (1988).

Os níveis de regulamentação também oscilam substancialmente. Procedimentos são fixados com abundância de pormenor, inclusive com indicação de limites da ação governamental, hipóteses de imunidades, responsabilização por abusos, possibilidade (ou não) de provocação de intervenção judicial. O que se observa é uma ampliação da regulamentação do modelo, sintético ao extremo, na Constituição de 1824, para superlativamente analítico, na Constituição de 1988, que inclusive conta com título próprio para tratar do que se denominou de *Defesa do Estado e das Instituições Democráticas*. É esse o grande paradoxo do *estado de exceção*, que concebido para a defesa das instituições democráticas e para o combate da tirania, fez-se historicamente

instrumento da tirania e recurso para minar as instituições para as quais fora concebido para defender.

2. A medida de *salvação do Estado* na Constituição de 1824

Outorgada por D. Pedro I e construída a partir de um esboço liberal que resultou da Assembleia abortada em 1823 (MELLO, [1863], 1996) a Constituição de 1824, foi veículo de uma proposta liberal de progresso e modernização (WOLKMER, 2007, p. 98). A Constituição de 1824 recebeu fortíssima influência do direito público francês (ALECRIM, 2011), especialmente da Carta Constitucional de 4 de junho de 1814, documento político que caracterizou o interregno de Luís XVIII, ao longo das hesitações do retorno e da derrota de Napoleão Bonaparte. Nesse caso, a influência mais importante recebida pelo constitucionalismo brasileiro derivava da definição da religião católica, como religião oficial do Estado².

O *estado de exceção* é assunto reentrante na tradição do direito constitucional francês, especialmente a partir da Constituição do Ano VIII que dispunha que em casos de revolta a mão armada, ou de levantes que ameaçassem a segurança do Estado, poderia a lei suspender, em locais e pelo tempo por ela determinado, as proteções constitucionais³. Os franceses, por meio de um ato adicional, datado de 1815, dispuseram sobre o *estado de sítio*, em caso de invasão de força estrangeira ou de levantes civis; para o primeiro caso bastava uma mera ordem governamental, na segunda hipótese, havia

² Carta Constitucional Francesa de 4 de junho de 1814, art. 6. No original: *Cependant la religion catholique, apostolique et romaine est la religion de l'Etat.*

³ Constituição de 22 do Frimário do ano VIII (13 de dezembro de 1799), art. 92. No original: *Dans l'ecas de revolte à main armée, ou de troubles que menacent la sûreté de l'Etat, la loi peut suspendre, dans les lieux et pour le temps qu'elle determine, l'empire de la Constitution.*

reserva de lei⁴. Essa tradição foi mantida, com variações de minudência, na Constituição de 14 de janeiro de 1852, que outorgava ao Presidente da França a prerrogativa de declarar o *estado de sítio*, permissivo mantido na Constituição da Vª República, de 4 de outubro de 1958.

No Brasil, o Imperador exercia o Poder Moderador, podendo, entre outros, prorrogar ou adiar a Assembleia Geral, dissolvendo a Câmara dos Deputados, justificada pela necessidade negociada de *salvação do Estado*, quando então o Imperador convocaria imediatamente uma outra Assembleia, substituindo aquela que dissolvera⁵; tal circunstância era de índole política, de organização do parlamentarismo brasileiro, muito peculiar (especialmente se comparado com o modelo inglês). Na Inglaterra, as eleições apontavam o partido majoritário que indicava o Primeiro-Ministro; no Brasil, o Imperador indicava o Primeiro-Ministro, que organizava as eleições, que resultavam na afirmação do partido ungido pelo Imperador; esse modelo é denominado *Parlamentarismo às Avessas*. Foi a base de organização da política do Segundo Reinado: o Imperador convocava deputados, a quem ouvia sobre crises já pronunciadas (FIGUEIREDO JUNIOR, 1998, p. 61).

Um comentarista da época afirmou essa intervenção se tratava de "(...) *uma prerrogativa indispensável e essencialmente ligado ao Poder Moderador (...) medida grave, já em si, já em sua origem, que pode estar na má política, ou nos abusos do ministério*" (MARQUÊS DE SÃO VICENTE, [1857] 2002, p. 287). O exercício do Poder Moderador fazia do Imperador um árbitro de uma disputa política que opunha liberais e conservadores (cf. NOGUEIRA, 2012, p. 33), ainda que essas duas facções representassem

⁴ Ato Adicional de 22 de abril de 1815, art. 66. No original: *Aucune place, aucune partie du territoire, ne peut être déclarée en état de siège, que dans l'ecas d'invasion de la part d'une force étrangère, ou de troubles civils. Dans le premier cas, la déclaration est faite par un acte du gouvernement. Dans le second cas, ele ne peut l'être que par la loi.*

⁵ Constituição de 1824, art. 101, V.

interesses relativamente convergentes (MATTOS, 2004). O Poder Moderador era metáfora com a qual constitucionalizou-se o absolutismo (cf. BONAVIDES e ANDRADE, 1991, p. 96), não obstante o fato de que nossa experiência do Segundo Reinado fora aparentemente de muita tranquilidade (BESOUCHET, 1993, pp. 448 e ss.).

Dispôs-se no texto de 1824 que os poderes constitucionais não poderiam suspender a Constituição, especialmente no que dissesse respeito aos direitos individuais, salvo nos casos e circunstâncias então elencados⁶. Previa-se hipóteses de rebelião ou invasão de inimigos, momento de perigo a segurança do Estado, quando dispensadas estariam, por tempo determinado, algumas das formalidades garantidoras da liberdade individual, o que se fazia por ato especial do Poder Legislativo⁷. Nossa tradição foi construída a partir da prerrogativa original afeta ao Poder Legislativo; o Executivo (ou o Moderador) apenas poderia intervir no recesso da Assembleia.

Isto é, na hipótese de a Assembleia não estar reunida, e *correndo a Pátria perigo iminente*, poderia o Governo tomar as providências necessárias, como medida então definida como provisória e indispensável⁸. A medida seria imediatamente suspensa quando cessasse a necessidade urgente, que a motivara; em ambos os casos a matéria era devolvida à Assembleia, assim que essa se reunisse, ocasião em que receberia relação motivada das prisões, e de outras medidas de prevenção tomadas; os abusos seriam investigados e punidos⁹.

Entendeu o principal intérprete da Constituição de 1824 que a suspensão das garantias constitucionais era um ato anormal, de maior importância do sistema

⁶ Constituição de 1824, art. 179, XXXIV.

⁷ Constituição de 1824, art. 179, XXXV.

⁸ Constituição de 1824, art. 179, XXXV.

⁹ Constituição de 1824, art. 179, XXXV.

representativo, e que em tese não deveria ser admitido e nem mesmo tolerado; por meio da suspensão das garantias atestava-se que a sociedade se achava em posição extraordinária, o que demandava meios fora dos meios comuns ou regulares (cf. MARQUÊS DE SÃO VICENTE, [1857] 2002, p. 522).

Contava-se também com disposições do Código Criminal de 1830, que criminalizavam o que se denominava de *"ajuntamento ilícito"*, no qual, três ou mais pessoas teriam se agrupado, com o objetivo, entre outros, de privarem ilegalmente a alguém do gozo, em exercício de algum direito ou dever¹⁰. As penas eram mais graves se o objetivo do ajuntamento ilícito fosse o de impedir recebimento de tributos ou execução de lei¹¹. Essa fórmula normativa, *ajuntamento ilícito*, ainda que de certa forma timidamente, ao que consta, poderia ser modelo ágil e mais simplificado para que o governo excepcionasse a proteção das liberdades individuais. O progresso das ideias liberais, observou importante autor do século XIX, *"tinha chegado à maior expansão no Código Penal de 1830"* (NABUCO, 1997, p. 53).

A década de 1830 foi marcada por periódicos movimentos de insurreição (ELLIS JÚNIOR, 1980), sem que tenha sido necessário a utilização de formulas constitucionalmente previstas de excepcionalismo político. Bem mais tarde, aconselhando a Princesa Regente, o Imperador recomendou indulgência para com a Imprensa, o que significava o uso também muito mitigado de fórmulas de exceção (CARVALHO, 2007, p.

¹⁰ Código Criminal do Império, Lei de 16 de dezembro de 1830. No original: Art. 285. *Julgar-se-ha cometido este crime, reunindo-se tres, ou mais pessoas com a intenção de se ajudarem mutuamente para commetterem algum delicto, ou para privarem illegalmente a alguem do gozo, em exercicio de algum direito, ou dever.*

¹¹ Código Criminal do Império, Lei de 16 de dezembro de 1830. No original: Art. 287. *Se o ajuntamento illicito tiver por fim impedir a percepção de alguma taxa, direito, contribuição, ou tributo legitimamente imposto; ou a execução de alguma Lei, ou sentença; ou se fôr destinado a soltar algum réo legalmente preso. Penas - de quarenta a quatrocentos mil réis, além das mais, em que o réo tiver incorrido.*

90). As crises revolucionárias pelas quais passamos ao longo da segunda metade do século XIX foram enfrentadas sem que o Governo se valesse do permissivo constitucional da *segurança do Estado* (SODRÉ, 1998, pp. 118 e ss.), mesmo em face do golpe republicano de 1889.

3. O *estado de sítio* na Constituição de 1891

A Proclamação da República foi imediatamente consolidada, no plano jurídico, pelo Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, que estabelecia a república federativa como forma de governo da “nação brasileira”. Não houve resistência armada à nova ordem, que se consolidou por conta da exaustão do segundo reinado, que se esgotou pela própria seiva (VIOTTI DA COSTA, 1999, pp. 447 e ss.); o povo, na visão de um contemporâneo, assistira ao golpe, bestializado, como se fora uma parada militar (CARVALHO, 1987).

A utopia republicana realizou-se também mediante proclamações simbólicas, marcadas pela retomada do heroísmo de Tiradentes, a par de uma bandeira e de um hino, elementos que os positivistas manejaram na construção de um forte imaginário popular, justamente porque “a elaboração de um imaginário é parte integrante da legitimação de qualquer regime político” (CARVALHO, 1990, p. 10).

O decreto que instalava a nova ordem, dispunha, entre outros, que em qualquer dos Estados, onde a ordem pública fosse perturbada, e onde faltassem ao Governo local os meios eficazes para a repressão de desordens e para que se assegurasse a paz e tranquilidades públicas, poderia intervir o Governo Provisório, com o apoio da força pública, para assegurar o livre exercício dos direitos dos cidadãos e a livre ação das

autoridades constituídas¹². Formatava-se o roteiro típico do *estado de exceção*, isto é, anunciava-se a possibilidade da suspensão da ordem, em defesa da própria ordem. Subordinava-se a força pública regular ao Governo Provisório, a quem caberia decretar a organização de uma guarda cívica¹³.

O *estado de sítio* foi regulamentado pela Constituição de 1891, que o autorizava em caso de agressão estrangeira, de grave comoção intestina ou de exigência da segurança da República. O *estado de sítio* seria declarado em qualquer parte do território da União, quando então se suspenderiam as garantias constitucionais, por termo determinado¹⁴. O Congresso Nacional poderia declará-lo ou, quando afirmado pelo Presidente, o Congresso poderia aprová-lo ou suspendê-lo¹⁵; o Presidente poderia declará-lo se o Congresso não estivesse reunido, e quando se reconhecesse perigo eminente¹⁶.

Ao que consta, conta-nos um historiador que participou da Assembleia Constituinte que confeccionou nossa primeira constituição republicana, *“os dispositivos sobre o estado de sítio não só não foram discutidos, como não sofreram emendas outras que não as de simples redação”* (DE ROURE, 1979, p. 411). Copiou-se o modelo francês, então definitivamente transplantado. Um prestigiado comentador também contemporâneo ao texto de 1891 também captou a ambiguidade e o paradoxo que resultam da decretação do *estado de sítio*:

“Fora contraditório, fora inepto fazer uma Constituição e regular nela o exercício do poder público para assegurar a liberdade e o direito do cidadão, dando à autoridade ao mesmo tempo a faculdade de apartar-se das normas tutelares para

¹² Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, art. 6º.

¹³ Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, art. 8º.

¹⁴ Nesse pormenor, Constituição de 1891, art. 80, combinado com dispositivos do art. 6º, 3, e do art. 34, 21.

¹⁵ Constituição de 1891, art. 34, 21.

¹⁶ Constituição de 1891, art. 80.

isso estabelecidas e empregar meios heroicos contra as ocorrências que se podem vencer sem sacrifícios da liberdade individual, com os recursos originários. Constituição que tal permitisse seria antes uma negação e uma armadilha, urdidura digna de Tibérios e de Machiavellis, que não dos procuradores do povo para garanti-lo e mantê-lo soberano. Seria uma constituição-suicídio” (BARBALHO, 1992 [1902], p.119).

De acordo com outro comentador da Constituição de 1891, *“o poder competente para declarar o estado de sítio é o Congresso Nacional; em não estando, porém, reunido este, exerce a atribuição o Presidente da República, que àquele deve contas logo que se reúna (...).”* (LACERDA, s.d., p. 437). Entendia-se que o poder de declaração de *estado de sítio* era um poder excepcional, e que decorria *“(...) do dever supremo de assegurar a ordem e defender a honra e a integridade da pátria”* (MAXIMILIANO, 1918, p. 521). Compreendido pelos constitucionalistas da época como uma *“(...) exceção tristemente inevitável”* (MILTON, 1898, p. 459), o *estado de sítio* deveria ser decretado mediante um mínimo possível de arbítrio (MILTON, loc. cit.).

A Constituição de 1891 também fixava os limites do *estado de sítio*, quanto às medidas que poderiam ser tomadas, nomeadamente, a detenção em local não destinado aos réus de crimes comuns e o desterro para outros sítios do território nacional¹⁷. Havia, assim, uma restrição às medidas de exceção, que o texto constitucional então vigente nominava de *medidas de repressão*, no que se refere ao destino dos acusados. Por exemplo, em um dos *estados de sítio* decretados por Floriano Peixoto, em 1892, os perseguidos foram para o Estado do Amazonas, em São Joaquim do Rio Branco (entre eles, Mena Barreto e Elísio dos Reis), em Cucui (entre eles, J.J. Seabra e José Carlos do

¹⁷ Constituição de 1891, art. 80, 2º, 1 e 2.

Patrocínio) e em Tabatinga (entre eles, Eduardo Wandenkolk, Pardal Mallet e Nogueira da Gama (CAMÊU e PEIXOTO, 1983 [1925], p. 293).

Ao longo da República Velha o *estado de sítio* foi decretado por Deodoro da Fonseca, por Floriano Peixoto, por Hermes da Fonseca e, principalmente, por Artur Bernardes, que usou do instrumento de exceção na maior parte de seu governo (cf. BELLO, 1964, pp. 310 e ss.). Deodoro o fez pela primeira vez, decretando o *estado de sítio* para a capital e para Niterói, pelo prazo de 60 dias, determinando que os jornais “(...) não inserissem quaisquer censuras aos atos do governo” (CAMÊU e PEIXOTO, 1983 [1925], p. 84). Essa ordem, que revelava os plenos poderes exercidos por Deodoro (SENNÁ, 1981, p. 135) foi revogada por Floriano Peixoto, quando assumiu a presidência em virtude da renúncia de Deodoro da Fonseca, reconhecendo que a ordem e a tranquilidade públicas não estavam perturbadas ou ameaçadas (cf. CAMÊU e PEIXOTO, 1983 [1925], p. 84).

Floriano, no entanto, teria reiteradamente utilizado da competência constitucional para decretar o *estado de sítio*, no que foi impugnado por Rui Barbosa no Supremo Tribunal Federal (cf. RODRIGUES, 1991, p. 19), em julgamento aberto ao público, quando houve sustentação oral, marcado por intenso sensacionalismo (cf. VIANA FILHO, 1965, p. 233). O conjunto dos escritos de Rui Barbosa sobre o assunto consubstancia uma doutrina brasileira do *estado de exceção* (BARBOSA, 1956 [1892]), na qual se destacam, designadamente: a. aos Tribunais se faculta apreciar a procedência dos motivos invocados para decretação do *estado de sítio*, isto é, o juízo último de sua constitucionalidade; b. o *estado de sítio* somente pode ter natureza repressiva, vedando-se que seja decretado de forma preventiva; c. o *estado de sítio* não autoriza qualquer medida antes de decretado e regularmente publicado; d. as medidas tomadas durante o *estado de sítio* não se constituem como penalidades, são, antes, meros impedientes de desordem; e. as medidas

tomadas durante o *estado de sítio* não se prolongam além do prazo de sua vigência; f. as imunidades parlamentares não se suspendem durante a vigência do *estado de sítio*; g. os Tribunais podem ser provocados para assegurar direitos individuais violados durante a vigência do *estado de sítio*; h. o habeas corpus garante a liberdade pessoal em todos os casos de coação ilegal decorrentes da decretação do *estado de sítio* (cf. BARBOSA, 1956 [1892]).

A partir do tema do enfrentamento do *estado de sítio* Rui Barbosa também desenvolveu uma *doutrina brasileira do habeas corpus* (GALVÃO JR., 2005, LAGO, 2005), especialmente para a defesa de 46 cidadãos, “*presos ou ameaçados de o serem, alguns seus inimigos políticos, presos pelo governo, abrindo campanha contra a ditadura*” (LAGO, 2005, p. 9), o que teria granjeado a Rui o epíteto de *o patrão judiciário das instituições democráticas* (cf. NOGUEIRA, 1999, pp. 151 e ss.).

Rui também impetrou *habeas corpus* em nome próprio para discutir os efeitos do *estado de sítio* em situação pessoal de senador, petição protocolada em sessão do Supremo Tribunal Federal de 6 de maio de 1914. Combatia-se risco iminente de prisão e desterro, por força de *estado de sítio*, que continha também efeitos de restrição à atividade de Rui Barbosa, como senador e jornalista (BARBOSA, 1989 [1914]). O Tribunal negou o pedido, firme na posição de que “*(...) a liberdade de imprensa era uma das que poderiam ser restringidas em caso de estado de sítio, sendo que não cabia ao Poder Judiciário apreciar a regularidade de sua decretação, mas sim ao Congresso Nacional*” (HORBACH, 2007, pp. 98-99).

O que se constata, com certa segurança, é o uso do *estado de sítio*, no contexto de situações políticas limítrofes. Nessas situações se revelavam forças políticas absolutamente autoritárias. Suspendiam-se garantias, sob o pretexto de que se perseguia

a retomada da ordem, ameaçada pelas garantias então suspensas. Nesse sentido, a recorrência do uso desse método político pelos Presidentes Deodoro da Fonseca, Floriano Peixoto, Hermes da Fonseca e Artur Bernardes, cujos respectivos mandatos foram marcados por intenso autoritarismo.

4. O estado de exceção na Era Vargas

Vitorioso o golpe de 1930, e ao mesmo tempo em que montava um Governo Provisório, Getúlio Vargas baixou um decreto¹⁸, que objetivamente estabeleceu os contornos de um *estado de exceção* que, entre outros, conviveu até 1934 com um texto constitucional de eficácia substancialmente suspensa. Getúlio determinou a suspensão das garantias constitucionais, bem como a exclusão da apreciação judicial dos atos decorrentes da mencionada suspensão¹⁹; concomitantemente, criou-se um Tribunal Especial para julgamento de crimes políticos e funcionais²⁰, cuja objetivo, indisfarçado, era justamente possibilitar a perseguição dos inimigos vencidos, então chamados desdenhosamente de *carcomidos*.

A Constituição de 1934, elaborada por uma Assembleia Nacional Constituinte, foi antecedida por um valioso trabalho realizado por uma comissão de notáveis juristas, denominada de Comissão do Itamaraty, porquanto as reuniões eram realizadas na sede do Ministério das Relações Exteriores no Rio de Janeiro. Nessa comissão pontificaram homens públicos muito experientes, a exemplo de João Mangabeira, Carlos Maximiliano, Agenor de Roure, Góes Monteiro, Castro Nunes e Temístocles Brandão Cavalcanti. Os

¹⁸ Trata-se do Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930.

¹⁹ Decreto nº 19.398, de 1930, art. 6º.

²⁰ Decreto nº 19.398, de 1930, art. 16.

debates revelam intensa preocupação com o momento histórico e político pelo qual se passava, marcado pela polarização ideológica entre as ideologias comunista e integralista.

João Mangabeira, parlamentar baiano que reivindicava a herança política liberal de Rui Barbosa, notabilizou-se pela ênfase com a qual defendeu posições liberais e democráticas ao longo do debate, entendendo o estado de sítio, como uma medida no entanto necessária, que deveria ser observada em casos de insurreição armada do povo e das forças militares, especialmente durante a guerra e no contexto de suas consequências (cf. AZEVEDO, 2004, p. 271). Góes Monteiro, que era militar, e que representava os ideais do Exército naquela Comissão, no entanto, defendia que o texto constitucional deveria estabelecer as condições para que o *estado de sítio* pudesse ser decretado por lei ordinária, e que não se outorgasse ao Executivo poderes muito amplos para sua decretação; por outro lado, insistia que deveria se distinguir muito bem o *estado de sítio* do *estado de guerra externa*, porque mesmo em caso de guerra, observava, poderia haver necessidade de extensão do *estado de sítio* para outras zonas distantes do cenário de guerra, o *teatro das operações*, por força mesmo da extensão territorial brasileira (cf. AZEVEDO, 2004, p. 272). Agenor de Roure pretendia uma construção constitucional que limitasse o uso do *estado de sítio*, com prevenção dos vários abusos, pelo que, sua decretação deveria ser competência do Poder Legislativo (cf. AZEVEDO, 2004, p. 273).

Mais tarde, na Assembleia Nacional Constituinte, os deputados Levi Carneiro, Prado Kelly e Carlos Maximiliano debateram intensamente de que forma o *estado de sítio* seria regulamentado pela Constituição. Entre outros, discutiu-se o problema da autorização para apreensão de jornais durante a decretação do *estado de sítio*, a qual

esses constituintes entendiam como condicionada à autorização judicial, precavendo-se contra o *arbitrio dos governos* (cf. CARNEIRO, 1936, p. 374).

Com a conclusão dos trabalhos da Assembleia aprovou-se que o *estado de sítio* poderia ser decretado nos casos de iminência de agressão estrangeira ou de emergência de insurreição armada²¹. Ao Legislativo competia autorizar o Presidente para que decretasse o *estado de sítio*²², o Congresso também detinha prerrogativa de aprova-lo, suspendê-lo e prorroga-lo²³. Ao Presidente facultava-se decretá-lo se o Congresso não estivesse reunido, o que exigia, no entanto, aquiescência prévia de Sessão Permanente do Senado Federal; devendo o Congresso se reunir em 30 dias, para deliberar sobre o *estado de sítio* já decretado, independente de convocação²⁴.

Dispôs-se que não poderia ultrapassar 90 dias, podendo ser prorrogado, uma única vez, por igual prazo²⁵. Havia também um limite para as medidas que poderiam ser tomadas, e que consistiam no desterro, na detenção (ainda que se proibisse detenção ao lado de réus comuns), na censura da correspondência e das comunicações, na suspensão da liberdade de reunião e de manifestação das tribunas, bem como na autorização para busca e apreensão domiciliar²⁶. Fixou-se na Constituição que ninguém poderia ser desterrado para lugar deserto ou insalubre do território nacional, e tampouco para local a mais de 1000 km de onde se encontrasse ao tempo da determinação²⁷. Todos aqueles

²¹ Constituição de 1934, art. 175.

²² Constituição de 1934, art. 175.

²³ Constituição de 1934, art. 40.

²⁴ Constituição de 1934, art. 175, § 6º.

²⁵ Constituição de 1934, art. 175, 1.

²⁶ Constituição de 1934, art. 175.

²⁷ Constituição de 1934, art. 175, § 1º.

que fossem afetados deveriam ser apresentados, em cinco dias contados da medida de restrição, a juízes comissionados, que para esse fim deveriam ser indicados²⁸.

Na Constituição de 1934 havia um grupo de autoridades políticas que não poderiam ser atingidas pelas medidas de exceção, durante o *estado de sítio*, desenhando-se assim, pela primeira vez, um sistema de imunidades no direito brasileiro, no ambiente das medidas de exceção. Por isso, o *estado de sítio*, e as consequentes medidas restritivas de liberdade, não atingiriam deputados, senadores, ministros do Supremo Tribunal Federal, do Supremo Tribunal Militar, do então Tribunal Superior de Justiça Eleitoral, do Tribunal de Contas, de Governadores e Secretários de Estado, bem como membros de Assembleias Legislativas e Tribunais Estaduais²⁹. Proibia-se que se emendasse a Constituição na vigência do *estado de sítio*³⁰.

Em meados da década de 1930 o Brasil conheceu intensa polarização ideológica, marcada pelo dissenso entre direita e esquerda, entre integralistas e comunistas, agrupados em torno da Ação Integralista Brasileira e da Aliança Nacional Libertadora, respectivamente. Getúlio aproveitou-se dessa extremada antítese ideológica, preparando o ambiente político para o golpe de estado que deu em 1937. O integralismo organizou-se de modo paramilitar, com fortíssima simbologia, que incluía inclusive cerimônia de juramento (cf. CAVALARI, 1999, p. 169). O integralismo agrupou inicialmente importantes nomes da intelectualidade jurídica, a exemplo de Miguel Reale (cf. REALE, 1986, pp. 85-94), Goffredo Telles Júnior (cf. TELLES JÚNIOR, 2004, pp. 105 e ss.) e Santiago Dantas (cf. DUTRA, 2014, pp. 203 e ss.). O integralismo qualificou-se como um *fascismo caboclo*, criado por Plínio Salgado, e que contou com intenso apoio da classe média.

²⁸ Constituição de 1934, art. 175, § 3º.

²⁹ Constituição de 1934, art. 175, § 4º.

³⁰ Constituição de 1934, art. 178, § 4º.

Simultaneamente ao crescimento dos integralistas era intenso o avanço dos comunistas, grupo cujo nome mais representativo era o de Luís Carlos Prestes, herói do movimento tenentista, que retornara ao Brasil com a aura do invicto líder revolucionário (cf. PRESTES, 2015, pp. 162 e ss.). Getúlio oscilou entre as duas facções, eliminando-as, posteriormente, por intermédio de sucessivas declarações de situações emergenciais (DULLES, 1967, pp. 199 e ss.), justificando-se e resguardando-se no argumento de que mantinha forte postura nacionalista (SODRÉ, 1988, pp. 33 e ss.).

Getúlio primeiramente aprovou uma Lei de Segurança Nacional, promulgada em 1935, de autoria de Vicente Rao, que definia os crimes contra a ordem política e social. Vicente Rao havia lutado ao lado dos constitucionalistas de São Paulo, exilando-se na França, onde estudou direito comparado. Retornando ao Brasil, em 1933, dedicou-se à advocacia e ao magistério, lecionando na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Um dos fundadores do Partido Constitucionalista de São Paulo, colaborou com Armando de Sales de Oliveira, que Getúlio nomeara para interventor em 1933.

Getúlio nomeou Vicente Rao ministro da Justiça, em 1934, o que resultou em grande colaboração, da qual a lei de segurança nacional é um dos documentos mais emblemáticos. Em 1936 Vicente Rao chefiou a Comissão Nacional de Repressão ao Comunismo. Getúlio obcecava-se com providências para evitar o descontrole da ordem pública (cf. VARGAS, 1994, p. 401). Vicente Rao era um nacionalista exacerbado, tendo aderido à uma prosaica *doutrina da bandeira*, centrada na concepção de um estado forte, e da qual participaram também figuras conhecidas da intelectualidade brasileira, a exemplo de Afonso Taunay, Menotti del Picchia, Paulo Prado, Paulo Setúbal e Plínio Barreto (cf. MARTINS, 1997, p. 73).

Extremamente draconiana, a lei de exceção redigida por Vicente Rao castigava com pena de reclusão, por 6 a 10 anos, a quem tentasse mudar diretamente, por meios violentos, a Constituição da República³¹, crime certamente praticado pelo próprio Getúlio, por ocasião do golpe de estado de 1937. Servidores públicos que entrassem em greve perderiam os respectivos cargos³². Aqueles que instigassem a desobediência coletiva ao cumprimento de lei de ordem pública poderiam ser condenados de 1 a 3 anos de prisão³³. A incitação ao ódio, à violência, à luta de classes, à luta religiosa, a prática de atentados por motivos doutrinários, políticos ou religiosos, de igual modo, seriam severamente apenadas³⁴.

Dispôs-se que não se toleraria a propaganda de processos violentos para subversão da ordem política ou social³⁵. Se esses crimes fossem cometidos pela imprensa, sem prejuízo da ação penal competente, seriam apreendidas as respectivas edições³⁶. Proibia-se a existência de partidos, centros ou agremiações que visassem a subversão, pela ameaça ou violência, da ordem política e social³⁷. Por requisição do Chefe da Polícia, encaminhada ao Ministro da Justiça, poderia ser cassado, por ato fundamentado do Ministro do Trabalho, o reconhecimento de sindicatos e associações profissionais que atentassem contra a lei de segurança nacional³⁸. Naturalizações poderiam ser canceladas, na hipótese de estrangeiros naturalizados que cometessem crimes descritos na

³¹ Lei nº 38, de 4 de abril de 1945, art. 1º.

³² Lei nº 38, de 1945, art. 8º.

³³ Lei nº 38, de 1945, art. 9º.

³⁴ Lei nº 38, de 1945, Capítulo II.

³⁵ Lei nº 38, de 1945, art. 22.

³⁶ Lei nº 38, de 1945, art. 25.

³⁷ Lei nº 38, de 1945, art. 30.

³⁸ Lei nº 38, de 1945, art. 31.

mencionada lei³⁹. Os crimes punidos pela lei de segurança nacional eram inafiançáveis, na hipótese de penas de prisão superiores ao um ano⁴⁰.

A adesão ao aspecto conceitual da tipologia dos *estados de exceção* comprova-se com determinação para que as penas de prisão fossem cumpridas em estabelecimentos distintos daqueles destinados aos criminosos que cometeram crimes comuns⁴¹. Fixou-se também que no interesse da ordem pública, ou a requerimento do condenado, as sentenças poderiam ser cumpridas fora do distrito da culpa⁴². Os crimes da lei de segurança nacional seriam processados pela Justiça Federal, e sempre sujeitos a julgamentos singulares⁴³. Essa lei vigorou até 1953, quando o próprio Getúlio Vargas a substituiu. Consubstanciou-se uma política presidencial de autocracia, por intermédio da qual a concentração de poderes nas mãos do chefe do Poder Executivo era absoluta, o que ensejou a percepção de um brasilianista, para quem contávamos com *Sua Majestade o Presidente do Brasil* (HAMBLOCH, 2000).

O golpe de 1937, por intermédio do qual Getúlio inaugurou período ditatorial denominado de Estado Novo, foi constitucionalizado em 1937 (CASTRO, 2003 [1937], pp. 367 e ss.). A construção desse texto político contou com influência de Francisco Campos, político mineiro conhecido por vastíssimo conhecimento de direito público, e que cogitava de uma paradoxal *técnica do estado totalitário a serviço da democracia* (cf. CAMPOS, 2001, p. 29). Na Constituição de 1937 o *estado de exceção* era denominado de *estado de emergência* e de *estado de guerra*⁴⁴.

³⁹ Lei nº 38, de 1945, art. 37.

⁴⁰ Lei nº 38, de 1945, art. 40.

⁴¹ Lei nº 38, de 1945, art. 42.

⁴² Lei nº 38, de 1945, art. 43.

⁴³ Lei nº 38, de 1945, art. 44.

⁴⁴ Constituição de 1937, art. 74.

De competência exclusiva do Presidente da República⁴⁵, o que refletia a hipertrofia do Chefe do Poder Executivo, o *estado de exceção* poderia ser decretado nas hipóteses de ameaça externa, de iminência de perturbação da ordem interna, de conspiração ou plano conspiratório para perturbação da paz pública, da necessidade de se garantir a segurança do Estado e dos cidadãos, isto é, era instrumento para utilização em todos os momentos nos quais o Presidente vislumbasse um perigo para a estrutura das instituições⁴⁶. No rigor, todo o período do Estado Novo, isto é, de 1937 a 1945, consistiu em um permanente *estado de exceção*.

Nos termos da Constituição de 1937 o Presidente não precisava de autorização parlamentar para decretar o *estado de emergência*; o Parlamento também não poderia suspendê-lo⁴⁷; reconheça-se, no entanto, a natureza empiricamente vazia da norma constitucional, levando-se em conta que ao longo do Estado Novo não houve atividade parlamentar. Entre as medidas que poderiam ser adotadas pelo Presidente, a Constituição de 1937 previa a detenção em edifício ou local não destinado a réus de crime comum, o desterro, a residência forçada, bem como a privação de liberdade de ir e vir; poderia haver censura da correspondência de todas as comunicações, orais e escritas, a suspensão de liberdade de reunião e a busca e apreensão em domicílio⁴⁸.

Regulamentando radicalmente a questão, a Constituição de 1937 autorizava que o Presidente, durante o *estado de emergência*, poderia pedir ao Congresso autorização para suspender imunidades de parlamentar, uma vez de que houvesse suspeitas de envolvimento com conspiração que atentasse contra a segurança do Estado⁴⁹. A demora

⁴⁵ Constituição de 1937, art. 74.

⁴⁶ Constituição de 1937, art. 166.

⁴⁷ Constituição de 1937, art. 166, § 1º.

⁴⁸ Constituição de 1937, art. 168.

⁴⁹ Constituição de 1937, art. 169.

do Congresso - - o prazo que teria para se manifestar era de doze horas, muito exíguo, propositadamente - - suscitava que o Presidente, a seu juízo, ordenasse a detenção de parlamentares, independente de comunicação a qualquer das Câmaras,⁵⁰ que somente poderiam se manifestar, nesses casos, após o término do *estado de emergência*⁵¹.

O radicalismo do modelo é acentuado com a proibição de apreciação de matérias relativas ao *estado de emergência*, pelo Poder Judiciário, enquanto durassem as medidas⁵². Dispôs-se que na vigência do *estado de guerra* deixariam de vigorar as partes da Constituição indicadas pelo Presidente⁵³. Por fim, os crimes cometidos contra a segurança do Estado estariam sujeitos a juízos de exceção⁵⁴.

Há três registros muito simbólicos das fórmulas de exceção utilizadas pela ditadura de Getúlio Vargas. Refiro-me aos processos de Olga Benário Prestes, de Genny Gleiser e de Ernesto Gattai, todos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, o que revela também o papel do Judiciário no chamado *estado de emergência*. Olga era uma militante comunista, alemã, judia, uma *estrangeira nociva*, no contexto das imagens da ditadura (cf. MORAIS, 1989, p. 187). Presa pelas forças repressivas, comandadas por Filinto Müller, era pretensão do governo entrega-la à Alemanha nazista. Por essa razão, Heitor Lima, advogado de Olga, impetrou habeas corpus junto ao Supremo Tribunal Federal⁵⁵.

A medida era caracterizada pelo inusitado do pedido. O habeas corpus é remédio que tem por objetivo a liberdade do paciente; no caso de Olga, o que se pretendia, pelo contrário, é que permaneça presa, no Brasil, especialmente porque estava grávida.

⁵⁰ Constituição de 1937, art. 169, § 1º.

⁵¹ Constituição de 1937, art. 169, § 2º.

⁵² Constituição de 1937, art. 170.

⁵³ Constituição de 1937, art. 171.

⁵⁴ Constituição de 1937, art. 172.

⁵⁵ Trata-se do Habeas Corpus nº 26.155.

Argumentou-se, inclusive, que a pena transcenderia a pessoa do acusado. Heitor Lima argumentou que Olga deveria ser punida depois de julgada, se condenada, e não expulsa, antes de qualquer julgamento, ainda que sumário. Olga foi deportada, entregue aos alemães, onde morreu em um campo de concentração.

O Supremo Tribunal Federal, então presidido por Edmundo Lins, não conheceu do pedido, por maioria de votos. Não conheceram do pedido os Ministros Bento de Faria, Edmundo Lins, Hermenegildo de Barros, Plínio Casado, Laudo de Camargo, Costa Manso, Octávio Kelly e Ataulfo de Paiva. Conheceram, e no mérito indeferiram, Carlos Maximiliano, Carvalho Mourão e Eduardo Espínola. O não conhecimento fora fundamentado pelo comando do art. 2º do decreto nº 702, de 21 de março de 1936, que declarava pelo prazo de noventa dias, equiparada ao estado de guerra, a comoção intestina grave, em todo território nacional, vedando, de tal modo, a concessão de habeas corpus.

Trata-se de documento normativo que de fato estabelecia *estado de exceção*, e que fora baixado para atender novas diligências e investigações que, no entender de Getúlio, revelavam grave recrudescimento de atividades subversivas. O decreto permitia que o Governo tomasse medidas reputadas como indispensáveis, enérgicas, de prevenção e de repressão, sob a justificativa de que era dever fundamental do Estado defender os então dominantes princípios da autoridade e da ordem social. O decreto suspendia várias garantias constitucionais, entre elas, a do habeas corpus.

O caso de Genny Gleiser, jovem imigrante romena, e também comunista, é do mesmo modo indicativo da violência policial no *estado de exceção*, bem como da leniência do Poder Judiciário para com as medidas então tomadas. A questão chegou ao

Supremo Tribunal Federal⁵⁶, em forma de habeas corpus, protocolado pelo advogado Sylvio de Fontoura Rangel. A paciente fora presa em São Paula, mantida incomunicável, acusada de ser comunista. O Supremo Tribunal Federal decidiu que Genny era estrangeira, e que, comprovada a nocividade à ordem pública, justificável o decreto de expulsão. Quanto aos maus tratos que teria recebido da polícia, entendeu-se que essa matéria deveria ser discutida com as autoridades responsáveis, isto é, com a polícia do estado de São Paulo.

O Supremo Tribunal Federal também apreciou matéria semelhante, em habeas corpus impetrado pelo advogado René Souza Aranha Lacazé⁵⁷, em favor do imigrante italiano Ernesto Gattai, acusado de fazer propaganda anarquista. Naturalizado brasileiro, Gattai foi perseguido pelas autoridades do Estado Novo. Conseguiu evitar a deportação, porque comprovada sua naturalização, ainda que tenha deixado a prisão em estado lastimável, morrendo logo em seguida, em 1940, aos 54 anos, de acordo com informação do livro de memórias de sua filha, Zélia GATTAI (2004, p. 23).

Vingavam as ideias de Francisco CAMPOS, a quem coube a fundamentação doutrinária e filosófica do Estado Novo, e para quem, o Estado deixara "(...) *de ser o guarda-noturno, cuja única função era velar sobre o sono dos particulares, garantindo-se o sossego público, para assumir funções de criação e de controle em todos os domínios da atividade humana*" (2001, p. 89). Francisco Campos empolgou-se na defesa do regime, proclamando a adequação dos atos de exceção, o que provocou reação de Osvaldo Aranha, então embaixador brasileiro nos Estados, que por telegrama se queixou a Getúlio Vargas, dando conta das dificuldades que havia em se defender o Brasil entre as nações

⁵⁶ Trata-se do Habeas Corpus nº 25.906.

⁵⁷ Trata-se do Habeas Corpus nº 26.643.

democráticas, à vista do modo ostensivo como Francisco Campos fazia apologia do regime ditatorial. Em resposta, Getúlio determinou que Osvaldo Aranha interpretasse e comentasse as repercussões das intervenções de Francisco Campos de acordo com os interesses do Brasil⁵⁸.

O *estado de exceção* permanente da ditadura de Getúlio Vargas, especialmente como definido e implementado no Estado Novo, foi criticado por ampla literatura memorialista (RAMOS, 1994, LIMA, 1974, pp. 122 e ss.), bem como por reiteradas referências a experiências dolorosas no exílio, a exemplo do sofrido por Octávio Mangabeira (cf. OLIVEIRA, 1971, pp. 129 e ss.).

5. O *estado de sítio* na Constituição de 1946

Reinstalou-se o regime democrático com a queda de Vargas, em 1945, em contexto internacional que marcou o fim de alguns regimes ditatoriais, ainda que governo totalitários persistissem em Portugal e Espanha. A Constituinte de 1946 surgiu de um movimento de repúdio ao Estado Novo, “*ditadura unipessoal de inspiração fascista e totalitária*” (cf. BONAVIDES e PAES DE ANDRADE, 1991, p. 349). Nesse sentido, construiu-se um texto liberal com características fortemente democráticas.

A competência para reconhecimento do *estado de sítio* era do Congresso Nacional, que poderia fazê-lo nos casos de comoção intestina grave ou de fatos que evidenciassem a iminência dessa comoção, bem como nos casos de guerra externa⁵⁹. Do

⁵⁸ De acordo com telegrama de Osvaldo Aranha endereçado a Getúlio Vargas, datado de 29 de novembro de 1937, sob guarda do Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil (CPDOC) da Escola de Ciências Sociais da Fundação Getúlio Vargas. Microfilmagem: rolo 5 fot. 0719-2 z 0720-2.

⁵⁹ Constituição de 1946, art. 206.

Presidente se exigia, após edição de lei que fixasse o *estado de sítio*⁶⁰, imediatamente decretá-lo⁶¹. A referida lei deveria indicar as garantias constitucionais que permaneceriam em vigor, especificando também os casos em que os crimes contra a segurança da Nação ficariam sujeitos à jurisdição militar quando cometidos por civis⁶².

A responsabilidade que a Constituição de 1946 atribuía ao Presidente é marcadamente política, a exemplo também a de mobilização total ou parcial das forças armadas, bem como a intervenção federal nos Estados (cf. FERREIRA, 2003, p. 209). O Poder Legislativo preponderava no modelo de 1946, ao contrário da fórmula de 1937, na qual se constava a hipertrofia do Poder Executivo Federal. Os constituintes de 1946 empenharam-se em evitar o *estado de sítio permanente*, característica marcante do Estado Novo, pelo menos em seu aspecto fático (cf. ESPINOLA, 1946, p. 462). De qualquer modo, o *estado de sítio* se impunha como providência excepcional, efetivamente transitória (cf. MAXIMILIANO, 1954, p. 277).

Publicada a lei instituidora do *estado de sítio* o Presidente deveria então designar por decreto a quem seria cometido executar os gravames, bem como as zonas de alcance das medidas⁶³. A competência do Presidente para decretar *estado de sítio* somente seria possível no intervalo das sessões legislativas⁶⁴; no entanto, decretada a medida, o Presidente do Senado Federal deveria imediatamente convocar o Congresso Nacional para, em quinze dias, aprovar (ou não) o ato do Presidente⁶⁵. A Constituição de 1946 também disciplinava as medidas que poderiam ser tomadas, nomeadamente, a obrigação

⁶⁰ Constituição de 1946, art. 207.

⁶¹ Constituição de 1946, art. 87, XIII.

⁶² Constituição de 1946, art. 207.

⁶³ Constituição de 1946, art. 207, parágrafo único.

⁶⁴ Constituição de 1946, art. 208.

⁶⁵ Constituição de 1946, art. 209, parágrafo único.

de permanência em localidade determinada, a detenção em edifício não destinado a réus de crimes comuns, o desterro para qualquer localidade, desde que povoada e salubre, do território nacional, a censura de correspondência ou de publicidade, a suspensão de liberdade de reunião, a busca e apreensão em domicílio, a suspensão do exercício de cargo ou função pública e a intervenção nas empresas de serviços públicos⁶⁶.

Na hipótese de *estado de sítio* decretado como mecanismo de combate a comoção intestina grave, as medidas não poderiam ultrapassar 30 dias, permitindo-se apenas uma prorrogação, por igual prazo⁶⁷. O decreto do *estado de sítio* deveria especificar as regiões que abrangeria⁶⁸. Com seu fim, expirariam seus efeitos⁶⁹. A Constituição de 1946 permitia que se suspendessem as imunidades parlamentares, desde que mediante o voto de dois terços dos membros da Câmara ou do Senado⁷⁰.

Em 1953 tem-se a aprovação de uma nova lei que definiu os crimes contra o Estado e a ordem política e social, sancionada por Getúlio Vargas, em seu segundo governo⁷¹. A submissão do território da Nação, ou parte dele, à soberania de Estado estrangeiro é definida como crime, em sua forma tentada⁷². A expressão "*subversivo*" radicava em tipo penal fixado nessa lei de exceção; isto é, era capitulado como "*subversivo*" quem tentasse subverter, por meios violentos, a ordem vigente⁷³. As penas eram duríssimas, chegando em até 30 anos de reclusão no caso de tentativa de submissão do território brasileiro à

⁶⁶ Constituição de 1946, art. 209.

⁶⁷ Constituição de 1946, art. 210.

⁶⁸ Constituição de 1946, art. 212.

⁶⁹ Constituição de 1946, art. 214.

⁷⁰ Constituição de 1946, art. 213.

⁷¹ Lei nº 1.802, de 5 de janeiro de 1953.

⁷² Lei nº 1.802, de 1953, art. 2º.

⁷³ Lei nº 1.802, de 1953, art. 2º, IV.

soberania de Estado estrangeiro. Atentado contra a vida, a incolumidade e a liberdade do Presidente da República poderia ser penalizada em até 20 anos de reclusão⁷⁴.

É na referida lei que se tipificou a prática de ato público que exprimisse menosprezo, vilipêndio ou ultraje ao nome do Brasil, bem como qualquer dos símbolos nacionais, dos Estados e dos Municípios⁷⁵. A promoção ou manutenção, no território nacional, de serviço secreto destinado à espionagem, poderia ser penalizada com reclusão de até 20 anos⁷⁶. A simples posse ou guarda de uma câmara aerofotográfica justificaria pena de reclusão de até dois anos⁷⁷. Aos estrangeiros incursos nos crimes previstos na lei seriam penalizados como expulsão do território nacional⁷⁸.

Os dispositivos dessa lei de segurança, que vigoraram até 1967, foram utilizados no combate aos comunistas, na conjuntura da guerra fria. O Brasil assumiu o lado norte-americano, colocando-se o partido comunista na ilegalidade, em 1947, por força de decisão do Tribunal Superior Eleitoral, sob o argumento de que a Constituição de 1946 não permitia a existência de partidos políticos que fossem contrários ao regime democrático.

Exemplifica-se essa obsessão no combate ao comunismo com a perseguição sofrida pelo escritor João Cabral de Melo Neto, também diplomata, que em 20 de julho de 1953 impetrou mandado de segurança no Supremo Tribunal Federal⁷⁹, por meio do advogado Guimarães Menegale, impugnando decreto de Getúlio Vargas que o colocou em disponibilidade inativa, sem remuneração. O decreto radicava em conclusão de

⁷⁴ Lei nº 1.802, de 1953, art. 6º, a.

⁷⁵ Lei nº 1.802, de 1953, art. 22.

⁷⁶ Lei nº 1.802, de 1953, art. 25.

⁷⁷ Lei nº 1.802, de 1953, art. 28.

⁷⁸ Lei nº 1.802, de 1953, art. 33.

⁷⁹ Trata-se do Mandado de Segurança nº 2.264.

comissão que acusou o escritor de ser vinculado com atividades subversivas ligadas à atuação do Partido Comunista. Em 1954 o decreto foi anulado e Melo Neto pode retomar as atividades de diplomata, inclusive com direito ao recebimento dos salários que não lhe foram pagos enquanto perduraram os efeitos do decreto.

A escalada de enfrentamento ao comunismo, especialmente após a renúncia de Jânio Quadros e a discussão em torno da posse de João Goulart, obstaculizada por um veto militar (cf. SKIDMORE, 1967, p. 205), levaram a violação da experimentação democrática, marcada por um golpe de estado, que promoveu um novo *estado de exceção*.

6. O regime de exceção na Era Militar

A ordem instaurada pela intervenção militar buscou legitimação por meio de um ato institucional, datado de 9 de abril de 1964, que dispunha sobre a manutenção da ordem vigente, com modificações então introduzidas por um *poder constituinte originário da revolução vitoriosa*. O texto é precedido por uma declaração, no qual os signatários⁸⁰ afirmavam que se abria uma nova perspectiva para o futuro do país, por uma revolução que traduzia *“o interesse e a vontade da Nação”*. Invocou-se um *poder constituinte revolucionário*, identificado como *“a forma mais expressiva e mais radical de Poder Constituinte”*, com prerrogativas para editar normas jurídicas que não eram limitadas pela ordem anterior vigente.

⁸⁰ General do Exército Arthur da Costa e Silva, Tenente Brigadeiro Francisco de Assis Correia de Mello e Vice-Almirante Augusto Hamann Rademaker Grunewald.

Justificava-se o *estado de exceção* que estão se instaurava afirmando-se a necessidade do uso dos meios indispensáveis “à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil”. Insistia-se na legitimação de regras de exceção afirmando-se que a revolução vitoriosa necessitava de se institucionalizar. Invertendo-se a lógica dos arranjos institucionais democráticos os vitoriosos em 1964 deixavam claro que entendiam que a revolução não se legitimava pelo Congresso; era o Poder Legislativo que estaria recebendo legitimidade do Poder Constituinte *revolucionário* que emergia da nova ordem.

Na sessão dispositiva do ato dispôs-se que o Presidente poderia decretar o *estado de sítio*, ou prorrogá-lo, pelo prazo máximo de 30 dias; essa deliberação seria submetida ao Congresso Nacional, acompanhado de justificção, 48 horas depois de baixada⁸¹. O ato suspendia as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e de estabilidade, por seis meses; podendo-se demitir os detentores dessas garantias, por meio de investigação sumária⁸².

Por fim, em defesa do que se identificava como “*interesse da paz e da honra nacional, e sem as limitações previstas na Constituição*” os comandantes do movimento poderiam suspender direitos políticos pelo prazo de 10 anos, bem como poderiam cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais. Esses atos não poderiam ser submetidos ao Poder Judiciário, determinação que efetivamente classificou o *estado de exceção* que durou até o processo de abertura no início dos anos 80.

A tradição de intervenções militares na vida política brasileira era recorrente desde a proclamação da república. Oficiais eram recrutados de um meio aristocrático (cf.

⁸¹ Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, art. 6º.

⁸² Ato Institucional nº 1, de 1964, art. 7º.

CARVALHO, 2005, p. 20), ainda que ao longo da década de 20 tenha havido uma forte presença de oriundos da classe média, representada pelos tenentes, cujo protesto inicial em 1922 dirigiu-se contra Epitácio Pessoa, a quem se acusou de ferir a dignidade do Exército (cf. TÁVORA, 1973, p. 115). Acrescente-se a influência norte-americana (cf. BANDEIRA, 2010, pp. 331 e ss.) e o ideário conservador que se apresentava sob formas determinadas, a exemplo do pensamento burocrático, que pretendia converter todos os problemas políticos em questões de administração (MERCADANTE, 1980, p. 274). Um dos mentores do golpe insistiu em suas memórias que havia repudiado uma ditadura militar (MOURÃO FILHO, 1978, p. 405), a qual, no entanto, acabou ocorrendo.

O *estado de exceção* se impôs na justificação de que havia indícios de perigo real do autoritarismo de esquerda (república sindicalista), do prosseguimento da anarquia *peleguista* (representada por João Goulart) ou de uma guerra civil de confrontação ideológica (cf. CAMPOS, 1994, p. 450). Uma nova lei definidora dos crimes contra a segurança nacional foi objeto de um decreto-lei baixado em 1967⁸³, substituído em 1969⁸⁴. Definiu-se segurança nacional como a garantia da consecução dos objetivos nacionais contra antagonismos, tanto internos como externos⁸⁵, cláusula absolutamente vaga que permitia que a lei alcançasse os opositores do regime, porquanto compreenderia, essencialmente, medidas destinadas à preservação externa e interna, "*inclusive a prevenção e repressão da guerra psicológica adversa e da guerra revolucionária ou subversiva*"⁸⁶. Inclusive os civis ficavam sujeitos ao foro militar, que detinha competência absoluta para julgar os crimes definidos nessa lei⁸⁷.

⁸³ Decreto-lei nº 314, de 13 de março de 1967.

⁸⁴ Decreto-lei nº 898, de 29 de setembro de 1969.

⁸⁵ Decreto-lei nº 314, de 1967, art. 2º.

⁸⁶ Decreto-lei nº 314, de 1967, art. 3º.

⁸⁷ Decreto-lei nº 314, de 1967, art. 44.

Francisco Julião, Carlos Heitor Cony e Miguel Arraes estão entre aqueles que foram processados com base nessa legislação de exceção. Líder das *Ligas Camponesas*, núcleo da resistência ao regime militar no campo, Julião provocou o Supremo Tribunal Federal para obter liberdade, no que foi defendido (com sucesso) por Sobral Pinto, que reverteu decisão do Superior Tribunal Militar que havia indeferido o habeas corpus requerido em favor de Francisco Julião⁸⁸. Carlos Heitor Cony também provocou o Supremo Tribunal Federal para discutir a perseguição que então sofria, quando foi defendido (também com sucesso) por Nelson Hungria⁸⁹. Miguel Arraes, que ficou preso e incomunicável, também recorreu ao Supremo Tribunal Federal para obter liberdade⁹⁰, ainda que a perseguição tenha persistido com posterior exílio.

Nesse mesmo ano, 1967, outorgou-se uma nova Constituição que previa possibilidade de decretação do *estado de sítio* nos casos de grande perturbação da ordem ou ameaça de sua interrupção, ou na ocorrência de guerra⁹¹. Às cláusulas já tradicionais de possibilidade de decretação (obrigação de residência em localidade determinada, detenção em edifícios não destinados aos réus de crimes comuns, busca e apreensão em domicílio, suspensão da liberdade de associação e de reunião, censura de correspondência, da imprensa, das telecomunicações e diversões públicas) ampliou-se a disposição de intervenção nas empresas de serviço público em uso e ocupação temporária de bens das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista ou concessionárias de serviço público, bem como a suspensão do exercício do cargo, função ou emprego nas mesmas entidades⁹².

⁸⁸ Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 42.560.

⁸⁹ Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 40.976.

⁹⁰ Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 42.160.

⁹¹ Constituição de 1967, art. 152.

⁹² Constituição de 1967, art. 152, § 3º.

A competência para decretação do *estado de sítio* era da União⁹³, exercida pelo Presidente⁹⁴ que deveria submeter o ato ao Congresso Nacional, acompanhado de justificção, no prazo de cinco dias.⁹⁵ Além do que, dispôs-se também que para preservar a integridade e a independência do País, o livre funcionamento dos poderes e a prática das instituições, quando gravemente ameaçados por fatores de subversão e corrupção, o Presidente, ouvido um Conselho de Segurança Nacional, poderia tomar outras medidas, estabelecidas em lei⁹⁶. Previu-se também que durante a vigência do *estado de sítio* o Congresso Nacional poderia determinar a suspensão das garantias constitucionais⁹⁷.

A oposição ao regime militar e a guerrilha armada suscitaram violenta reação. Tendo como pretexto um discurso do Deputado Márcio Moreira Alves, que denunciou na Câmara a invasão da Universidade de Brasília, baixou-se o Ato Institucional nº 5, em 13 de dezembro de 1968 (ALVES, 1993). Seguiu arbítrio intolerável, com absoluta centralização dos poderes em uma Junta Militar e nos Presidentes subsequentemente apontados pelas Forças Armadas, em absoluto detrimento da expressão política do Congresso Nacional (ANDRADE, 1985, pp. 309 e ss.). O *estado de exceção* então instalado matizou os chamados *anos de chumbo* (BRANCO, 2007), institucionalizando-se a violência contra a cidadania (ALVES, 2005).

O Ato Institucional nº 5, de 1968, principia com referência ao fato de que o Presidente (Arthur da Costa e Silva), após ter ouvido o Conselho de Segurança Nacional, invocava a perturbação da ordem, e a imperiosa necessidade de adoção de medidas que visavam impedir que fossem frustrados "*os ideais superiores da Revolução, preservando*

⁹³ Constituição de 1967, art. 8º, III.

⁹⁴ Constituição de 1967, art. 153.

⁹⁵ Constituição de 1967, art. 153, § 1º.

⁹⁶ Constituição de 1967, art. 153, § 3º.

⁹⁷ Constituição de 1967, art. 154.

*a ordem, a segurança, a tranquilidade, o desenvolvimento econômico e cultural e a harmonia política e social do País comprometidos por processos subversivos e de guerra revolucionária*⁹⁸. Trata-se de argumento típico e recorrente nessas situações: suspende-se a ordem democrática, em nome da liberdade e da tranquilidade, justificando-se a medida como necessária e imperativa para a manutenção da liberdade, da tranquilidade e dos valores da democracia, não obstante então violada e suprimida.

Facultou-se que o Presidente decretasse o recesso do Poder Legislativo, *"em estado de sítio ou fora dele, só voltando (...) a funcionar quando convocados"* pelo próprio Presidente⁹⁹; durante o recesso o Presidente teria competência legislativa plena¹⁰⁰. Permita-se também que o Presidente decretasse intervenção nos Estados e nos Municípios, *no interesse nacional, e "sem as limitações previstas na Constituição"*¹⁰¹. Direitos políticos de quaisquer cidadãos poderiam ser suspensos por 10 anos, mandatos eletivos federais, estaduais e municipais poderiam ser cassados¹⁰². Liberdade vigiada, proibição de frequentar determinados lugares e a fixação de um determinado domicílio eram medidas que poderiam ser impostas, em nome da ordem que se pretendia defender¹⁰³.

O *estado de exceção* então instalado facultava a suspensão das garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, de inamovibilidade e de estabilidade, existentes em alguns setores do serviço público, a exemplo do Poder Judiciário¹⁰⁴. Ao Presidente reservava-se a prerrogativa de decretar o *estado de sítio* e de prorrogá-lo, fixando o

⁹⁸ Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, Parte Introdutória.

⁹⁹ Ato Institucional nº 5, de 1968, art. 2º.

¹⁰⁰ Ato Institucional nº 5, de 1968, art. 2º, § 1º.

¹⁰¹ Ato Institucional nº 5, de 1968, art. 3º.

¹⁰² Ato Institucional nº 5, de 1968, art. 4º.

¹⁰³ Ato Institucional nº 5, de 1968, art. 5º.

¹⁰⁴ Ato Institucional nº 5, de 1968, art. 6º.

respectivo prazo¹⁰⁵. A garantia do habeas corpus foi suspensa¹⁰⁶; o Poder Judiciário estava proibido de apreciar e julgar os atos praticados de acordo com o Ato que se baixava, bem como com seus Atos Complementares¹⁰⁷.

O Brasil viveu em seguida um tempo de extrema violência institucional, relatado por ampla obra memorialística (TAVARES, 2012, GABEIRA, 2009), de reminiscência história (LEMONS, 2004) e de investigação, a exemplo do Projeto *Brasil Nunca Mais*, conduzido pela Arquidiocese de São Paulo, pelo Conselho Mundial de Igrejas, coordenado pelo então Cardeal D. Paulo Evaristo Arns e pelo Reverendo Paul Wright, publicado em 1985. Há também impressionantes relatos pertinentes à perseguição de religiosos católicos, ainda que setores da Igreja Católica tivessem pregado a favor da nova ordem, quando da deposição de João Goulart (SERBIN, 2001).

A Constituição de 1969, também conhecida como Emenda Constitucional nº 1, manteve as linhas gerais da Constituição de 1967, com pequena variação de pormenor. Persistiu a competência da União¹⁰⁸, exercida pela Presidente¹⁰⁹, com submissão superveniente ao Congresso, a quem competiria aprovar ou suspender o ato presidencial¹¹⁰.

Gravíssimas violações a direitos humanos ocorridas durante o *estado de exceção* circunstancialmente permanente que vigorou durante a Era Militar foram apuradas pela Comissão Nacional da Verdade, instituída pela Lei nº 12.528, de 18 de dezembro de 2011. Vários temas centrais nortearam os trabalhos da Comissão, que investigou as estruturas

¹⁰⁵ Ato Institucional nº 5, de 1968, art. 7º.

¹⁰⁶ Ato Institucional nº 5, de 1968, art. 10.

¹⁰⁷ Ato Institucional nº 5, de 1968, art. 11.

¹⁰⁸ Constituição de 1969, art. 8º.

¹⁰⁹ Constituição de 1969, art. 155.

¹¹⁰ Constituição de 1969, art. 44, IV.

do Estado brasileiro e as graves violações de direitos humanos, os órgãos e procedimentos de repressão política (especialmente a partir da atuação do Serviço Nacional de Informações-SNI), os métodos e práticas utilizadas pelos setores da repressão, bem como vários níveis e especificidades de violências praticadas, a par de desaparecimentos forçados, execuções, mortes, sevícias sexuais, num amplo e macabro quadro de tortura. Os trabalhos da Comissão da Verdade ilustram empiricamente a atuação estatal no contexto do Estado de Exceção¹¹¹.

Efetivas medidas de punição foram barradas pela Lei de Anistia¹¹². Concedeu-se a anistia àqueles que cometeram crimes políticos ou conexos, entre 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, alcançando-se os servidores da administração pública, bem como aos militares; foram também anistiados dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em atos inconstitucionais e complementares. Crimes praticados durante a vigência do *estado de exceção* não foram processados e punidos por conta da construção conceitual de uma *anistia de dupla mão*, que alcançaria os opositores do regime militar, bem como os agentes da repressão.

A Lei de Anistia foi questionada no STF pela Ordem dos Advogados do Brasil-OAB¹¹³. Seus termos foram mantidos, o que contrasta com decisão da Corte Americana de Direitos Humanos, que definiu por sua imprestabilidade, desde que a tortura é crime

¹¹¹ Trata-se do tema da *Justiça de Transição*. Remete-se aos Relatórios da Comissão Nacional da Verdade, publicados pela própria Comissão, em dezembro de 2014. Há também extensa bibliografia, a exemplo de ABRÃO, Paulo e GENRO, Tarso, *Os Direitos de Transição e a Democracia no Brasil*, Belo Horizonte: Forum, 2012, Torelly, Marcelo D., *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito*, Belo Horizonte: Forum, 2012 e SILVA FILHO, José Carlos Moreira, ABRÃO, Paulo e TORELLY, Marcelo D., *Justiça de Transição nas Américas- Olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação*, Belo Horizonte: Forum, 2012.

¹¹² Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979.

¹¹³ Supremo Tribunal Federal, ADPF 153, relatada pelo Ministro Eros Grau.

imprescritível¹¹⁴. Registre-se também ação protocolada no STF pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), cujo objetivo é a declaração, pelo STF, do efeito vinculante da decisão da Corte de São José de Costa Rica no caso da guerrilha do Araguaia¹¹⁵.

Registre-se também que o tema da afastabilidade de apreciação pelo Judiciário de atos produzidos durante o *estado de exceção* persistiu na própria regra que revogou os atos institucionais. Trata-se da Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, que excluiu da competência do Judiciário o poder de julgar os atos praticados com base nos atos institucionais e complementares então revogados¹¹⁶. À época, entendeu-se que essa afastabilidade também se operava em relação "(...) *à eventual violação de direitos fundamentais declarados na Constituição Federal* [porque] *um entendimento diferente deste estaria concedendo ao poder reformador a possibilidade de contrariar a Constituição naquele cerne inviolável que lhe dá um mínimo de sentido ao constitucionalismo brasileiro (...)*" (FERRAZ, in CLÈVE e BARROSO, 2011, p. 1342); isto é, a tripartição dos poderes. Esse entendimento, acrescido às disposições da Lei da Anistia, de algum modo condimentaram o mito de que o Brasil teria passado por uma transição pactuada para a democracia.

7. O *estado de exceção* na Constituição de 1988

O decidido na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 resultou de um consenso em torno de projetos, impasses e adiamentos, traduzidos em textos provisórios reconhecidos por nomenclatura por vezes prosaica, a exemplo de versões "*Frankenstein*",

¹¹⁴ Trata-se do caso Julia Gomes Lund, também conhecido como caso *Guerrilha do Araguaia*, no qual a Corte, em decisão de 24 de novembro de 2010, fixou entendimento no sentido de que os crimes cometidos pelos agentes do Estado durante o *estado de exceção* vigente no Brasil de 1964 a 1985 deveriam ser investigados e punidos.

¹¹⁵ Supremo Tribunal Federal, ADPF 320, relatada pelo Ministro Luiz Fux.

¹¹⁶ Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, art. 3º.

"Bebê de Rosemary", "Hércules", "Cabral 1" e "Cabral 2" (PILATTI, 2008, pp. 147-192). O tema *estado de exceção* não suscitou muita variação topográfica e conceitual, pelo que recorrentemente foi identificado como *estado de defesa* e *estado de sítio*, desde o Substitutivo 1 da Comissão de Sistematização, mantendo-se da mesma forma nas versões seguintes, até a versão final, e sempre no contexto das disposições sobre a defesa do Estado e das instituições democráticas (LIMA, PASSOS e NICOLA, 2013).

A Assembleia Nacional Constituinte que redigiu a Constituição de 1988 fora convocada por conta do disposto pela Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, modo inusitado como uma ordem foi construída a partir de uma outra ordem, que lhe deu vida, nos contornos iniciais de um texto produzido por um colégio de notáveis, pelo que inicialmente criticada como veículo inclusive de uma "*miscelânea indigesta*" (Ferreira Filho, 1997, p. 98).

O modelo atual, promulgado em 5 de outubro de 1988, concebe um *estado de defesa*, cuja decretação é de competência do Presidente da República, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional¹¹⁷. O *estado de defesa* pode ser decretado para a preservação ou para o restabelecimento, em locais restritos e determinados, da ordem pública ou da paz social, na medida em que ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza¹¹⁸. O *estado de defesa* possibilita restrições a direitos de reunião, de sigilo de correspondência, de sigilo de comunicação telegráfica e telefônica, bem como limitações para ocupação e uso de bens públicos¹¹⁹. Durante o *estado de defesa*,

¹¹⁷ Constituição de 1988, art. 136.

¹¹⁸ Constituição de 1988, art. 136.

¹¹⁹ Constituição de 1988, art. 136, § 1º.

entre outros, é vedada a incomunicabilidade do preso¹²⁰. A fórmula também se aplica para o enfrentamento de calamidades de grandes proporções na natureza, circunstância absolutamente neutra no contexto político (cf. Cardoso, *in* Clève e Barroso, 2001, p. 1228).

O *estado de sítio* pode ser decretado pelo Presidente da República, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, depois de autorização do Congresso Nacional, e nas hipóteses de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; bem como no caso de declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira¹²¹. Há inovação em relação aos modelos anteriores, na medida em que o Congresso Nacional permanecerá em funcionamento até o término das medidas coercitivas¹²².

Permanecem as medidas já autorizadas em textos constitucionais anteriores, a exemplo da permanência em localidade determinada, detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns, inviolabilidade da correspondência, do sigilo das comunicações, da prestação de informações e da liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, suspensão da liberdade de reunião, busca e apreensão em domicílio, intervenção nas empresas de serviços públicos; inovou-se, no entanto, com a permissão para a requisição de bens¹²³. Ao longo do *estado de sítio* não há restrições para a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa¹²⁴.

¹²⁰ Constituição de 1988, art. 136, § 1º, IV.

¹²¹ Constituição de 1988, art. 137.

¹²² Constituição de 1988, art. 138, § 3º.

¹²³ Constituição de 1988, art. 139.

¹²⁴ Constituição de 1988, art. 139, parágrafo único.

Persiste um núcleo conceitual centralizado no juízo de que o *estado de sítio* se configura como um “(...) *regime jurídico especial, para situações excepcionais, em que alguns bens ou esferas da liberdade são provisoriamente sacrificados no interesse superior da ordem e da segurança do Estado (...)*” (SILVA, in DIMOULIS, 2007, p. 150). Assim, cogita-se de um “*sistema constitucional das crises*” (SILVA, 2006, p. 617), domesticando-se o *estado de exceção*, justificado como “*princípio fundante da necessidade ou da temporariedade*”, como meio de resposta prática, com executoriedade restrita e vinculada às irregularidades da vida política (cf. SILVA, 2006, P. 618).

Conclusões

O *estado de exceção*, em suas várias manifestações, *estado de sítio, estado de defesa, estado de emergência, estado de guerra*, é uma anormalidade constitucional que se pretende obcecadamente normatizar. É circunstância de fato que a doutrina constitucional ambiciona transformar em fato jurídico. Decorrente de um estado de necessidade, verdadeiro ou argumentável, justificativo da exceção, e das limitações e constrangimentos que as medidas tomadas projetam sobre as pessoas, o *estado de exceção* exige construção teórica que justifique que a necessidade não precisaria de leis.

O *estado de exceção* se revela controlável, administrável, exatamente nas formas como são estampados nos vários textos constitucionais e legais. Sua decretação efetiva, no entanto, conduz a abstração conceitual construída na normalidade a uma agressiva e hostil estrutura política e burocrática que viabiliza as mais monstruosas barbáries. Disso faz prova o regime nazista, o terror do Estado Novo varguista e a sistemática violação a direitos humanos ocorrida durante a Era Militar no Brasil, aos quais pode se acrescentar

a Itália de Mussolini, o regime salazarista em Portugal, o regime franquista na Espanha, as fórmulas norte-americanas para o combate ao terrorismo, as ditaduras da Argentina, do Uruguai, do Chile, de Uganda e de várias e incontáveis outras ocorrências, de triste reminiscência.

Uma teorização do *estado de exceção*, em conclusão, indica-nos que se pretende regulamentar o que, por definição, transcenderia a qualquer fórmula regulamentadora. A experiência constitucional brasileira pode comprovar, na medida em que cotejada com a experiência de nossa história política, a intuição de Giorgio Agamben, no sentido de que o *estado de exceção* seria menos um arranjo institucional de direito público do que propriamente um fato político, no qual se constataria o sacrifício da ordem democrática.

Ao mesmo tempo, a experiência histórica brasileira poderia confirmar a construção teórica de Carl Schmitt, que pragmática e astutamente concebeu o *estado de exceção* como a possibilidade da suspensão do direito, com o objetivo de se alcançar uma ação eficaz.

Nesse dilema, defesa da ordem no estado de necessidade, em face da instrumentalização para tomada do poder com instrumentos para destruição do inimigo, é que se localiza esse *ponto cego* do direito público. Para a teoria democrática o *estado de exceção* é a expressão de sua salvação, bem como o procedimento de sua aniquilação: é sua redenção; e, ao mesmo tempo, o seu anátema.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Paulo e GENRO, Tarso, *Os Direitos da Transição e a Democracia no Brasil*, Belo Horizonte: Forum, 2012.

AGAMBEN, Giorgio, *Estado de Exceção*, São Paulo: Boitempo, 2005. Tradução de Iraci D. Poleti.

ALECRIM, Octacílio, *Ideias e Instituições no Império- Influências Francesas*, Brasília: Senado, 2011.

ALVES, Márcio Moreira, *68 Mudou o Mundo- A explosão dos sonhos libertários e a guinada conservadora num ano que valeu por décadas*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

ALVES, Maria Helena Moreira, *Estado e Oposição no Brasil-1964-1984*, Bauru: EDUSC, 2005.

ANDRADE, Auro Moura, *Um Congresso contra o Arbítrio, Diários e Memórias, 1961-1967*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, *Brasil Nunca Mais*, Petrópolis: Vozes, 1985.

AZEVEDO, José Afonso de Mendonça, *Elaborando a Constituição Nacional*, Brasília: Senado Federal, 2004.

BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz, *O Governo João Goulart, as Lutas Sociais no Brasil, 1961-1964*, São Paulo: Editora da UNESP, 2010.

BARBALHO, João, *Constituição Federal Brasileira*, Brasília: Senado Federal, 1992.

BARBOSA, Rui, *Estado de Sítio*, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1956.

BARBOSA, Rui, *Trabalhos Jurídicos, Obras Completas, vol. XLI- 1914, Tomo IV*, Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1989.

BELLO, José Maria, *História da República (1889-1954)*, São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964.

BENJAMIN, Walter, *Illuminations*, New York: Schocken Books, 1985. Tradução do alemão para o inglês de Harry Zohn.

BESOUCHET, Lídia, *Pedro II e o Século XIX*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

BIANCHI, Alberto B., *Uma Corte Liberal- La Corte de Alfonsín*, Buenos Aires: Ábaco, 2007.

BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de, *História Constitucional do Brasil*, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BRANCO, Carlos Castello, *Os Militares no Poder- de 1964 ao AI-5*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2007.

BRASIL. COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. Relatório. Brasília: CNV, 2014.

CAMÊU, Francolino e PEIXOTO, Artur Vieira, *Floriano Peixoto- Vida e Governo*, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983.

CAMPOS, Roberto, *Lanterna na Popa*, Rio de Janeiro: Topbooks, 1994.

CARNEIRO, Levi, *Pela Nova Constituição*, Rio de Janeiro: Coelho Branco, 1936.

CARONNE, Edgard, *A Primeira República- 1889-1930*, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1988.

CARVALHO, José Murilo de, *A Formação das Almas, o Imaginário da República no Brasil*, São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

CARVALHO, José Murilo de, *D. Pedro II*, São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

CARVALHO, José Murilo de, *Forças Armadas e Política no Brasil*, Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

CARVALHO, José Murilo de, *Os Bestializados- o Rio de Janeiro e a República que não foi*, São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

CASTRO, Araújo, *A Constituição de 1937*, Brasília: Senado Federal, 2003.

CAVALARI, Rosa Maria Feiteiro, *Integralismo- Ideologia e Organização de um Partido de Massa no Brasil (1932-1937)*, Bauru: Edusc, 1999.

CÍCERO, *Orações*, Rio de Janeiro: Ediouro, s.d. Tradução de Pe. Antônio Joaquim.

CLÈVE, Clèmerson Merlin e BARROSO, Luís Roberto, *Doutrinas Essenciais- Direito Constitucional*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

COSTA, Emília Viotti da, *Da Monarquia à República, Momentos Decisivos*, São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999.

COUTO, Ronaldo Costa, *História Indiscreta da Ditadura e da Abertura, Brasil: 1964-1985*, Rio de Janeiro e São Paulo: Record, 1999.

DIMOULIS, Dimitri (coord.), *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*, São Paulo; Saraiva, 2007.

DULLES, John W. F., *Vargas of Brazil- a Political Biography*, Austin: University of Texas, 1967.

DUTRA, Pedro, *San Tiago Dantas, a Razão Vencida*, São Paulo: Singular, 2014.

ECHEVERRIA, Andrea de Quadros Dantas, *Combatente Inimigo, Homo Sacer ou Inimigo Absoluto? O Estado de Exceção e o Novo Nomos da Terra- O Impacto do Terrorismo no Sistema Jurídico Político do Século XXI*, Curitiba: Editora CRV, 2013.

ELLIS JÚNIOR, Alfredo, *Feijó e a primeira metade do século XX*, Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1990.

ESPÍNOLA, Eduardo, *A Nova Constituição do Brasil- Direito Político e Constitucional Brasileiro*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *O Anteprojeto dos Notáveis*, São Paulo: Saraiva, 1987.

FERREIRA, Waldemar Martins, *História do Direito Constitucional Brasileiro*, Brasília: Senado Federal, 2003.

FIGUEIREDO JÚNIOR, Afonso Celso, *Oito Anos de Parlamento*, Brasília: Senado Federal, 1998.

GABEIRA, Fernando, *O que é isso companheiro?* São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

GALVÃO JR., João Carlos, *Rui Barbosa e a doutrina brasileira do habeas corpus*, Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 2005.

GASPARI, Elio, *A Ditadura Envergonhada*, São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GATTAI, Zélia, *Anarquistas Graças a Deus*, Rio de Janeiro: Record, 2006.

GODINHO, Gualter, *Sistemas Jurídicos de Defesa do Estado*, São Paulo: RT, 1986.

HAMBLOCH, Ernest, *Sua Majestade o Presidente do Brasil- um Estudo do Brasil Constitucional (1889-1934)*, Brasília: Senado Federal, 2000. Tradução de Lêda Boechat.

HENRIQUES, Affonso, *Vargas, o Maquiavélico*, São Paulo: Palácio do Livro, 1991.

HORBACH, Carlos Bastide, *Memória Jurisprudencial- Ministro Pedro Lessa*, Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

- LACERDA, Paulo M., *Direito Constitucional Brasileiro*, Rio de Janeiro: Livraria Azevedo Editora, s.d.
- LAGO, Laone, *Rui Barbosa e o habeas corpus: o "nascimento" de uma doutrina*, Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 2005.
- LEMOS, Renato, *Justiça Fardada*, Rio de Janeiro: Bom Texto, 2004.
- LIMA, Hermes, *Travessia*, Rio de Janeiro: José Olympio, 1974.
- LIMA, João Alberto de Oliveira, PASSOS, Edilenice e NICOLA, João Rafael, *A Gênese do Texto da Constituição de 1988*, Brasília: Senado Federal, 2013.
- MARQUÊS DE SÃO VICENTE, *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, São Paulo: Ed. 34, 2002.
- MARTINS, Wilson, *História da Inteligência Brasileira*, vol. VII. São Paulo: Cultrix, 1978.
- MATTOS, Ilmar Rohloff, *O Tempo Saquarema*, São Paulo: HUCITEC, 2004.
- MAXIMILIANO, Carlos, *Comentários à Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro e São Paulo: Freitas Bastos, 1954.
- MAXIMILIANO, Carlos, *Commentarios à Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918.
- MELLO, F.I. Marcondes Homem de, *A Constituinte Perante a História*, Brasília: Senado Federal, 1996.
- MERCADANTE, Paulo, *A Consciência Conservadora no Brasil, Contribuição ao Estudo da Formação Brasileira*, Rio de Janeiro: Topbooks, 1980.
- MILTON, Aristides, *A Constituição do Brasil- Notícia Histórica, Texto e Commentário*, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1898.
- MORAIS, Fernando, *Olga*, São Paulo: Alfa-Ômega, 1989.
- MOURÃO FILHO, Olympio, *Memórias: a Verdade de um Revolucionário*, Porto Alegre: L& PM, 1978.
- NABUCO, Joaquim, *Um Estadista do Império*, Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.
- NOGUEIRA, Octaciano, *Constituições Brasileiras (1824)*, Brasília: Senado Federal, 2012.

NOGUEIRA, Rubem, *História de Rui Barbosa*, Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1999.

OLIVEIRA, Yves de, *Otávio Mangabeira, Alma e Voz da República*, Rio de Janeiro: Saga, 1971.

PILATTI, Adriano, *A Constituinte de 1987-1988- Progressistas e Conservadores- Ordem Econômica e Regra do Jogo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PRESTES, Anita Leocadia, *Luiz Carlos Prestes- um Comunista Brasileiro*, São Paulo: Boitempo, 2015.

RAMOS, Graciliano, *Memórias do Cárcere*, Rio de Janeiro: Record, 1994.

REALE, Miguel, *Memórias, volume 1, Destinos Cruzados*, São Paulo: Saraiva, 1987.

RODRIGUES, Lêda Boechat, *História do Supremo Tribunal Federal*, Tomo I, 1891-1898, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

ROURE, Agenor de, *A Constituinte Republicana*, Brasília: Senado Federal, 1979.

SCHMITT, Carl, *La Dictadura*, Madrid: Alianza Editorial, 2007. Tradução do alemão para o espanhol de José Díaz García.

SCHMITT, Carl, *Teologia Política*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHWARTZMAN, Simon, *Bases do Autoritarismo Brasileiro*, Rio de Janeiro: Campus, 1982.

SENNA, Ernesto, *Deodoro: Subsídios para a História*, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

SERBIN, Kenneth P., *Diálogos na Sombra, Bispos e Militares, Tortura e Justiça Social na Ditadura*, São Paulo: Companhia das Letras, 2001. Tradução de Carlos Eduardo Lins da Silva e de Maria Cecília de Sá Porto.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da, ABRÃO, Paulo e TORELLY, Marcelo D., *Justiça de Transição nas Américas- Olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação*, Belo Horizonte: Forum, 2013.

SILVA, José Afonso da, *Comentário Contextual à Constituição*, São Paulo: Malheiros, 2006.

SKIDMORE, Thomas E., *The Politics of Military Rule in Brazil, 1964-85*, New York e Oxford: Oxford University Press, 1998.

SKIDMORE, Thomas, *Politics in Brazil, 1930-1964, An Experiment in Democracy*, New York: Oxford University Press, 1967.

SODRÉ, Nelson Werneck, *Do Estado Novo à Ditadura Militar, Memórias de um Soldado*, Petrópolis: Vozes, 1988.

SODRÉ, Nelson Werneck, *Panorama do Segundo Império*, Rio de Janeiro: Graphia, 1998.

TAVARES, Flávio, *Memórias do Esquecimento*, Porto Alegre: L & PM, 2012.

TÁVORA, Juarez, *Uma Vida e Muitas Lutas*, Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército e Livraria José Olympio Editora, 1973.

TELLES JUNIOR, Goffredo, *A Folha Dobrada- Lembranças de um Estudante*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004.

TORELLY, Marcelo D, *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito*, Belo Horizonte: Forum, 2012.

VARGAS, Getúlio, *Diário*, São Paulo: Siciliano, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1995.

VIANA FILHO, Luiz, *A Vida de Rui Barbosa*, São Paulo: Livraria Martins, 1965.

WOLKMER, Antonio Carlos, *História do Direito no Brasil*, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

.....
Revista de Direito - Trabalho, Sociedade e Cidadania
Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília - IESB

Programa de Pós-Graduação - PPG
Mestrado Profissional em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios
Curso de Direito - Campus Norte Giovanina Rímoli
SGAN 609, Conjunto D, L2 Norte, Asa Norte
CEP 70830-404 Distrito Federal / Brasília

E-mail: rev.ppgdiesb@gmail.com / revistadireito@iesb.br

ISSN: 2448-2358 / QUALIS - B3

A **Revista de Direito - Trabalho, Sociedade e Cidadania** é licenciada sob uma Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International Public License (CC BY-NC-ND 4.0)

A **Revista de Direito - Trabalho, Sociedade e Cidadania** está presente e preservada nos seguintes indexadores/diretórios:

[CAPES Qualis](#) - Periódicos - Plataforma Sucupira

[CrossRef](#) - Registrada como Publishers International Linking Association, Inc. (PILA), Nova Iorque (USA), torna os objetos de pesquisa fáceis de encontrar, citar, vincular, avaliar e reutilizar. Agência de emissão do DOI.

[Diadorim](#) - Diretório de Políticas Editoriais das Revistas Científicas Brasileiras

[Google Scholar](#) - Google Acadêmico

[Latindex](#) - Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

[LivRe](#) - Revistas de livre acesso

