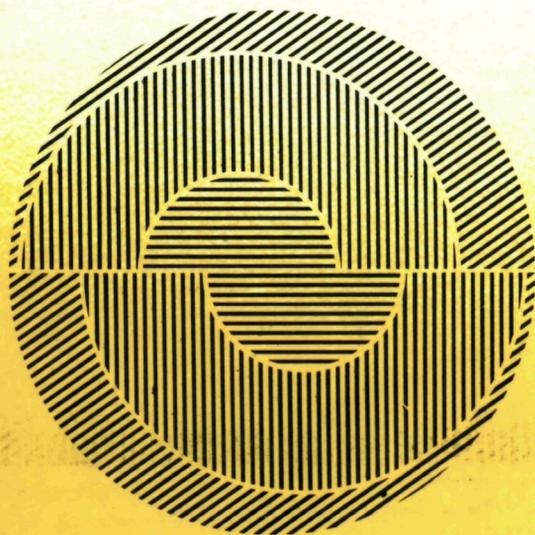


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

ABRIL A JUNHO 1980

ANO 17 • NÚMERO 66

Medidas de emergência e estado de emergência

OSMAR ALVES DE MELO
Advogado

SUMARIO

Contribuição ao estudo dos novos institutos

Medidas de emergência e estado de emergência. "Salvaguardas" do Estado: indefinição, imprecisão e dubiedade. Fontes inspiradoras: art. 16 da Constituição francesa; art. 155 da Lei Fundamental da República Federal Alemã. Semelhança apenas de nome. Simetria inexistente. Artigos 240 e 241 da Constituição da Venezuela: estado de emergência corresponde a estado de sítio. Fonte imediata: arts. 166 a 173 da Constituição de 1937. Fonte mediata: art. 48 da Constituição de Weimar. Conselho Constitucional Francês: composição, autonomia, independência. Conselho Constitucional Brasileiro: composição; dependência. Conselho Federal Alemão: órgão de cooperação legislativa. Federalismo; autonomia. Poderes absolutos do Presidente da República. Medidas coercitivas gravíssimas.

Durante o longo trabalho de coordenação política da chamada Missão Portella, de um lado, empurrada pelo clamor da opinião pública, cansada dos métodos autoritários e do arbítrio de um governo autocrático, e, de outro, freada pela orientação gradualista do Governo Geisel no sentido de somente eliminar a legislação de exceção, especialmente o AI-5, que era uma espécie de guilhotina suspensa sobre a cerviz da Nação, na medida em que fossem introduzidas no texto constitucional "as salvaguardas" do Estado, falou-se muito, e ainda se fala, em fontes inspiradoras dos novos institutos político-jurídicos introduzidos no Direito Constitucional brasileiro.

Em primeiro lugar, sobressai a expressão "salvaguardas do Estado", formulada pelo próprio Presidente Geisel, que, não obstante indefinida, imprecisa

e dúbia do ponto de vista jurídico-constitucional, muito embora já usada em organismos que cuidam das garantias de uso pacífico da energia nuclear, ingressou no vocabulário político como sendo a instituição de mecanismos de defesa do Estado. Certamente, Estado, não na sua acepção jurídico-política, mas no sentido de Governo, de agentes do poder estatal, de autoridades constituídas que exercem eventual e temporariamente relevantes funções públicas, sobretudo no Poder Executivo.

Na insistência pela introdução das “salvaguardas” do Estado no texto constitucional encontra-se o resíduo da dicotomia entre o Estado e a Nação, permanecendo aquele de costas para esta, denunciada, pela primeira vez, logo após as eleições legislativas de 1974, pelo Deputado Djalma Marinho, reconhecida pelas oposições, especialmente pelo Movimento Democrático Brasileiro, pela CNBB e pela Ordem dos Advogados do Brasil e identificada até por líderes do Movimento Político-Militar de 1964, sobressaindo, entre estes, os Senadores Magalhães Pinto e Teotônio Vilela e os Generais Olímpio Mourão Filho e Hugo Abreu.

Na verdade, no regime republicano, por natureza, democrático, no governo de leis e não de homens, dentro do princípio de Montesquieu de que “é preciso que o poder contenha o poder”, a garantia elementar do Estado reside na própria separação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, pois, da aparente oposição entre os três Poderes resultam o equilíbrio e a harmonia entre eles.

Nessas circunstâncias demarcadas com precisão e respeitadas as fronteiras entre os Poderes, o Estado, criado pela Nação para servi-la e não para servir-se dela, não necessita de outras salvaguardas além do respeito recíproco que se devem mutuamente os Poderes constitucionais. É claro que, no interesse de sua própria sobrevivência como comunidade politicamente organizada, a Nação instrumenta o Estado de Forças Armadas e Policiais, de tal sorte que possa viver em paz, sem receio dos inimigos externos e eventualmente internos. Assim, o Estado deve prover a segurança da Nação como um todo, compreendendo o direito de vida pacífica e em liberdade de cada cidadão e o respeito de todos a todos quantos exercem funções públicas.

Não há segurança do Estado isolada da segurança dos indivíduos que compõem a Nação, pois estes, desde que resolveram criar o Estado, são os primeiros interessados na sua existência. Por isso, ensina Afonso Arinos que “a segurança total do Estado representa a insegurança total da sociedade” (conferência pronunciada na UnB, em outubro de 1977). A maior prova desta verdade política eterna encontra-se na recente revolução iraniana, onde também o Estado se divorciara da Nação, de seus anseios políticos e religiosos.

Os adversários do Estado Republicano alardeiam que as exigências de planificação e eficiente execução de programas de governo são incompatíveis com a clássica divisão tripartite de Poderes, sobretudo porque o Poder Legislativo é naturalmente lento na elaboração legislativa. Mas a lentidão ou a rapidez da produção legislativa é uma questão de método de trabalho que nada tem a ver com o planejamento e a eficiente execução das leis. E tanto isso é verdade que países altamente desenvolvidos como a Suécia, uma monarquia constitucionalista, elabora suas leis de interesse político por meio de comissões integradas por representantes do Poder Executivo e do Poder Legislativo, sob a coordenação e supervisão de representante do Poder Judiciário, sem prejuízo de criteriosa audiência, às vezes, de centenas de entidades civis interessadas no assunto. E nem por isso deixa de ser uma das mais desenvolvidas e democráticas nações do mundo. Enquanto isso, nos Estados Unidos, as leis, em grande parte, cancelam apenas a jurisprudência dos tribunais.

Adotando ou não o exemplo da Suécia ou dos Estados Unidos, certo é que na elaboração legislativa não se poderá deixar de levar em consideração a presumível vontade da Nação, a média dos interesses em jogo de todos os grupos sociais. Por isso é que mais incompatíveis com a democracia são os legisladores solitários, que se julgam capazes de interpretar, sozinhos, a vontade de uma nação com mais de cem milhões de habitantes.

Não obstante os contatos feitos pelo Senador Petrônio Portella com inúmeras personalidades do mundo político, econômico, social, jurídico, intelectual e religioso, o texto da Emenda Constitucional nº 11 foi elaborado em gabinetes fechados e não houve oportunidade de amplo debate sobre o mesmo ainda que no âmbito estrito do Poder Legislativo. Dessa forma, padece dos mesmos vícios de quase toda a legislação dos últimos 15 anos. A Emenda nº 11 ainda foi uma concessão do governo, um *praemium principis* e, por isso, ainda são claras as restrições às próprias franquias parlamentares, inconcebíveis quando o poder constituinte é a expressão da vontade da Nação.

Seu exame desapassionado e sem radicalismos se impõe às oposições e ao Governo para que a Nação saiba, com exatidão, o alcance de suas inovações e se estas se conciliam com a República e a democracia. Houve liberalizações do regime, mas permanece, agora, em caráter permanente, portanto no texto constitucional, o germe do autoritarismo, que só será afastado com o restabelecimento completo dos princípios republicanos, da divisão e separação dos Poderes, e do primado do Direito.

Invocaram os porta-vozes do Governo, como parâmetros para as medidas de emergência e o estado de emergência, os artigos 16 da Constituição francesa e 155 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha.

Comparem-se os textos constitucionais para ver-se se há ou não similitude entre a Emenda Constitucional nº 11 e as Constituições das duas grandes nações européias amigas. Por enquanto, e para tratar apenas de inovações constitucionais denominadas medidas de emergência e estado de emergência, deixe-se de lado o estado de sítio, com os seus variados nomes de estado de defesa, estado de emergência, estado de guerra etc., em diversos países

Dispõe o artigo 155 da Constituição emendada, que trata das medidas de emergência:

“Art. 155 — O Presidente da República, para preservar, ou prontamente restabelecer, em locais determinados e restritos, a ordem pública ou a paz social, ameaçadas ou atingidas por calamidades ou graves perturbações que não justifiquem a decretação dos estados de sítio ou de emergência, poderá determinar medidas coercitivas autorizadas nos limites fixados no § 2º do art. 156, desde que não excedam o prazo de 60 dias, podendo ser prorrogado uma vez e por igual período.”

As medidas restritivas previstas no § 2º do art. 156 são:

- a) obrigação de residência em localidade determinada;
- b) detenção em edifícios não destinados aos réus de crimes comuns;
- c) busca e apreensão em domicílio;
- d) suspensão da liberdade de reunião e de associação;
- e) intervenção em entidades representativas de classes ou categorias profissionais;
- f) censura de correspondência, da imprensa, das telecomunicações e diversões públicas; e
- g) uso ou ocupação temporária de bens das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista ou concessionárias de serviços públicos, bem como a suspensão do exercício do cargo, função ou emprego nas mesmas entidades.

O Presidente da República, ao decretar as medidas de emergência, investe-se de poderes absolutos, ditatoriais, arbitrários, capazes, não só de silenciar, em locais determinados, todos os cidadãos: *a*) com a suspensão da liberdade de reunião e de associação; *b*) com a intervenção em entidades representativas de classe, como os sindicatos, e de categorias profissionais, como a Ordem dos Advogados do Brasil, e *c*) com a censura de correspondência, da imprensa e das telecomunicações, como poderá, de acordo com o seu livre arbítrio, fixar a residência ou domicílio de determinados cidadãos incômodos ao regime, assim como detê-los onde parecer mais conveniente ao Governo, permitindo, ainda, que a polícia promova a invasão de domicílios, sem portar mandado judicial, a título de busca e apreensão. Enfim, poderá sujeitar os cidadãos à mais com-

pleta insegurança, submetendo-os à vontade do Governo, sem que haja a quem recorrer para deter os vexames mais ignominiosos comuns nesses instantes de eclipse das garantias fundamentais do homem e de supressão das liberdades individuais. Poderá, também, suspender o exercício dos cargos, funções ou empregos de servidores do Estado, de autarquias, de sociedades de economia mista, concessionários do serviço público e, embora não esteja enumerado, de fundações, enfim, de qualquer empresa pública.

Com efeito, trata-se de medidas de tal gravidade que só são concebíveis na hipótese de guerra externa, de invasão do território nacional por forças estrangeiras ou de sedição armada de grandes proporções e, no entanto, podem ser tomadas em razão de fatos relativamente insignificantes como uma greve de motoristas de ônibus ou passeatas de estudantes universitários, fora da área do campus da Universidade, que, no entender do Presidente da República, afetem a ordem pública ou a paz social, ou constituam uma calamidade ou grave perturbação.

Dir-se-á que o Presidente da República determinará qual ou quais medidas coercitivas serão postas em prática, não devendo, necessariamente, valer-se de todo o elenco que lhe autoriza a Emenda Constitucional nº 11. Mas, a suspensão de uma só garantia constitucional que seja, não poderá, no regime democrático, ficar entregue ao Poder discricionário de um só homem, por mais sábio e humano que seja.

Dispõe o art. 158 da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional nº 11:

“Art. 158 — O Presidente da República, ouvido o Conselho Constitucional (art. 159), poderá decretar o estado de emergência, quando forem exigidas providências imediatas, em caso de guerra, bem como para impedir ou repelir atividades subversivas a que se refere o art. 156.”

O decreto que declarar o estado de emergência indicará as medidas coercitivas que vigorarão, fixadas no art. 156, § 2º O tempo de duração do estado de emergência não será superior a 90 dias, podendo ser prorrogado uma vez por igual período, se persistirem as razões que lhe justificaram a declaração (§ 2º do art. 158). Observa-se, que, para a decretação do estado de emergência, é ouvido o Conselho Constitucional e as razões de sua declaração são mais graves, isto é, guerra e atividades subversivas.

Em primeiro lugar, atividades subversivas, expressão imprecisa, por sua natureza subjetiva, é equiparada à guerra, uma promoção imerecida para muitos movimentos declarados como tais, quando o equivalente à guerra, na tradição republicana, desde a Constituição dos Estados Unidos, é sedição. Em

segundo lugar, a possibilidade de adoção das medidas coercitivas assinaladas, em âmbito mais amplo, em todo o território nacional.

Nada disso encontra paralelo na Constituição francesa ou na Lei Fundamental da República da Alemanha Federal, como não o encontra no Estatuto Político de nenhuma nação democrática, quer no regime presidencialista, quer no regime parlamentarista.

Ora, dispõe o art. 16 da Constituição francesa:

“Art. 16 — Quando as instituições da República, a independência do País, a integridade do seu território ou o cumprimento de seus compromissos internacionais estiverem ameaçados de maneira grave e imediata, e o funcionamento regular dos Poderes Públicos constitucionais estiver interrompido, o Presidente da República tomará as medidas exigidas por estas circunstâncias, após consultar oficialmente o Primeiro-Ministro, os Presidentes das Assembléias, bem como o Conselho Constitucional.”

Desde logo, salta aos olhos a diferença entre as motivações para o exercício dos poderes extraordinários pelos Presidentes da França e do Brasil. Aqui, basta que a ordem pública e a paz social, no entender do Presidente da República, sejam ameaçadas ou atingidas por calamidades ou graves perturbações e, justificam-se as medidas de emergência, justificando-se o estado de emergência no caso de guerra ou de atividades subversivas. Na França, só se justifica o exercício de tais poderes extraordinários quando as instituições da República, a independência do País, a integridade de seu território ou os compromissos internacionais estiverem ameaçados de maneira grave e imediata, ou quando o funcionamento regular dos Poderes Públicos constitucionais estiver interrompido. Na França, tais medidas só serão aplicadas, pois, na iminência de estado de guerra ou de guerra civil. No Brasil, simples calamidades ou perturbações da ordem e da paz social, ou atividades subversivas, situações indefinidas, expressões vagas e subjetivas, que se tornarão definidas e objetivas ao sabor das conveniências políticas ocasionais e de acordo com o livre arbítrio do Presidente da República, servem para a aplicação de medidas coercitivas gravíssimas, que vão desde a censura de correspondência, da imprensa e das telecomunicações à invasão do domicílio e à detenção dos cidadãos.

Além disso, no caso de medidas de emergência, a Emenda nº 11 autoriza o Presidente da República a agir sozinho, enquanto na França o Presidente só tomará tais providências após consultar oficialmente os Presidentes do Senado e da Assembléia Nacional, bem como o Conselho de Estado. Aqui, portanto, prevalece o arbítrio do Presidente da República, que não existe na França.

É verdade que, no caso de decretação do estado de emergência, o art. 158 de nosso Diploma Constitucional manda que o Presidente da República ouça

o Conselho Constitucional. Trata-se de Conselho Constitucional presidido pelo Presidente da República, com a participação, como membros natos, do Vice-Presidente da República, dos Presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, do Ministro da Justiça e de Ministros representantes das Forças Armadas (art. 159). Com efeito, tal Conselho Constitucional parece mais uma Comissão do Poder Executivo, com participação dos Presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. Trata-se, a toda evidência, de órgão inteiramente a mercê do Presidente da República, que o preside e, assim inevitavelmente, o Chefe do Poder Executivo é senhor absoluto de sua vontade e poderá decretar o estado de emergência quando bem entender, haja ou não de fato, na realidade, os motivos autorizados constitucionalmente.

O Conselho Constitucional Francês, que o Presidente terá de consultar oficialmente, depois de consultar os Presidentes das Assembléias e o Primeiro-Ministro, para investir-se de poderes extraordinários, tem composição diversa do nosso. Guarda independência e autonomia, já que dele não participa nenhum membro do Governo nem do Poder Legislativo e cujos mandatos são mais longos do que os de quaisquer outras funções executivas ou parlamentares.

Na forma do art. 56 da Constituição Francesa, “o Conselho Constitucional se comporá de nove membros cujo mandato durará nove anos e não será renovável. O Conselho Constitucional se renovará por terços a cada três anos. Três de seus membros serão nomeados pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembléia Nacional e três pelo Presidente do Senado”.

Do Conselho Constitucional participam ainda como membros vitalícios os ex-Presidentes da República. Segundo o art. 57 do Diploma Constitucional francês, “as funções de membro do Conselho Constitucional serão incompatíveis com as de Ministro ou de membro do Parlamento”. A única vantagem atribuída ao Presidente da República francesa é a nomeação do Presidente do Conselho Constitucional.

No art. 91 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha encontra-se disciplinado o *estado interno de emergência*, que nada tem a ver com o *estado de emergência* previsto no art. 158 da Constituição Federal. Nas seções primeira e segunda, prescreve o art. 91:

(1) “Para a defesa contra um perigo que ameace a existência ou o regime livre e democrático da Federação ou de um Estado, um Estado poderá requerer a cooperação das forças públicas de outros Estados, assim como pessoal e material de outras administrações e da Polícia Federal de Fronteiras.”

(2) “Se o próprio Estado ameaçado pelo perigo não estiver disposto ou em condições de combater o perigo, o Governo Federal poderá

assumir o comando da Polícia daquele Estado e das forças policiais de outros Estados, bem como recorrer à Polícia Federal de Fronteiras. Esta disposição deverá ser revogada, uma vez eliminado o perigo e, além disso, em qualquer altura, desde que o Conselho Federal o exija. Se o perigo atingir a área de mais de um Estado, o Governo Federal pode dar instruções aos governos estaduais, no âmbito que se revelar necessário para um combate eficaz; as fases 1 e 2 não são afetadas por isso.”

Também na Lei Maior alemã, o Governo Federal não age arbitrariamente, já que as disposições serão revogadas, em qualquer tempo, desde que o Conselho Federal o exija. E este Conselho Federal, sábia instituição federativa, guarda inteira independência e autonomia em relação ao Governo Federal alemão, pois se trata de órgão de cooperação em matéria legislativa e administrativa federal, representando os Estados-Membros (art. 50) e é formado por membros dos governos dos Estados, que os designam e os destituem, sem contas a prestar ao Governo Federal.

A não ser a semelhança do nome, o estado de emergência e as medidas de emergência não se inspiraram na Constituição alemã nem muito menos na Constituição francesa. Trata-se de inovações do constituinte de 1978, tendo como fonte imediata os arts. 166 a 173 da Constituição polaca e como fonte mediata o art. 48 da Constituição de Weimar, como se demonstrará mais adiante, que recebeu do Governo projeto elaborado e não pôde discuti-lo adequadamente, nem modificá-lo, nem substituí-lo, que mantém o autoritarismo e o arbítrio do Presidente da República, inconciliáveis com os princípios republicanos e democráticos e com as tradições do direito constitucional brasileiro, certamente inaceitáveis tanto quanto os Atos Institucionais em uma nação que se diz vocacionada para as práticas democráticas.

Na Constituição francesa, são previstos ainda a declaração de guerra (art. 35) e o estado de sítio (art. 36), o primeiro autorizado pelo Parlamento e o segundo decretado pelo Conselho de Ministros, cuja prorrogação por mais de 12 dias só poderá ser autorizada pelo Parlamento, o que significa que, em última análise, tanto um como o outro são da competência do Poder Legislativo, diferentemente do caso brasileiro, em que o Presidente da República, solitariamente, com audiência apenas do Conselho de Segurança Nacional, órgão do Poder Executivo, poderá decretá-lo. Igualmente, a Constituição alemã atribui ao Parlamento Federal a constatação de que o território federal está a ser objeto de um ataque armado ou da iminência de um ataque armado, a fim de que seja decretado o estado de defesa (art. 155, a).

Em nenhuma das Constituições comparadas, a não ser naquelas em que se inspirou o constituinte autoritário de 1978, estão previstas medidas coercitivas

ou a suspensão de garantias individuais nas hipóteses de adoção de poderes extraordinários, conferidos ao Governo, estado interno de emergência, estado de guerra, estado de defesa ou estado de sítio, embora, sob esse aspecto, a mais liberal das Constituições ainda seja a americana que, na seção 9, art. 2, prescreve:

“Não poderá ser suspenso o remédio do *habeas corpus*, exceto quando, em caso de rebelião ou de invasão, a segurança pública o exigir.”

Se o constituinte brasileiro irrefutavelmente não se inspirou em nenhum dos diplomas constitucionais tantas vezes invocados como parâmetros, também se equivocou redondamente se entendeu de tomar por empréstimo à Constituição da República da Venezuela a disciplina do estado de emergência, prevista nos arts. 240 e 241, pois ali está apenas disciplinado com esse “*nomen iuris*” o estado de sítio, não contemplado na Constituição venezuelana.

Nos arts. 116-2, 116-3 e 116-4 da novíssima Constituição espanhola estão contemplados o estado de alarma, declarado pelo Governo, mediante decreto acordado no Conselho de Ministros por um prazo máximo de 15 dias, que não poderá ser prorrogado sem autorização do Congresso dos Deputados; o estado de exceção, declarado nas mesmas condições, com prévia autorização do Congresso dos Deputados, e o estado de sítio, declarado pela maioria absoluta do Congresso dos Deputados, por proposta exclusiva do Governo, diferentemente do nosso, previsto no art. 156 da Constituição emendada, que é decretado pelo Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional.

Com efeito, depois de meses de pesquisas, debruçado sobre as Constituições em vigor de inúmeros países ocidentais, entre os quais, além das assinadas, as da Holanda, Itália, Grécia, Suécia, Noruega, Dinamarca, Israel, Austrália e de países orientais, como a República Democrática Alemã, Polônia, China, e Hungria, nada encontrei que sirva de parâmetro às inovações da Emenda Constitucional nº 11, recheada de poderes arbitrários do Presidente da República, poderes, aliás, nem de longe desfrutados pelos monarcas atualmente.

Na verdade, a fonte imediata de inspiração das medidas de emergência e do estado de emergência encontra-se nos arts. 166 a 173 da Constituição de 10 de novembro de 1937, conhecida popularmente como Constituição Polaca, e que regeu o Estado Novo. Na Constituição outorgada de 1937, como, por força da Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, investe-se o Presidente da República de poderes extraordinários, em face de situações internas consideradas perturbadoras da paz pública, e dá-se-lhe autoridade para “declarar em todo o território do País, ou na porção do território particularmente ameaçado, o estado de emergência” (Constituição de 1937) ou medidas de emergência (Emenda Constitucional nº 11).

“Para nenhum desses atos será necessária a autorização do Parlamento Nacional”, determina o parágrafo único do art. 166 da Constituição polaca, o que ocorre igualmente na forma da Emenda nº 11, pois que o Presidente da República apenas “dará ciência das medidas à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, bem como das razões que as determinarem” (§ 1º do art. 155 da Constituição em vigor).

As restrições às liberdades individuais têm absoluta correspondência no art. 168 e alíneas *a* a *d* da Constituição de 1937 e nas alíneas *a* a *e* do § 2º do art. 156 do Estatuto Político atual. Assim, as alíneas *a* (obrigação de residência em localidade determinada) e *b* (detenção em edifícios não destinados aos réus de crimes comuns) deste correspondem à alínea *a* do art. 168 daquela. A alínea *c* deste (busca e apreensão em domicílio) corresponde à alínea *d* daquele. A alínea *d* deste (suspensão da liberdade de reunião e de associação) corresponde à alínea *c* daquele. A alínea *f* deste (censura de correspondência, da imprensa, das telecomunicações e diversões públicas) corresponde à alínea *h* daquele.

Por seu turno, os estados de emergência e de guerra, disciplinados pelos arts. 166 a 173 da Constituição polaca, inspiraram-se no art. 48 da Constituição da República alemã, aprovada pela Assembléia Constituinte reunida na pacata cidade de Weimar, nos primeiros meses de 1919. Em homenagem à localidade de reunião da Assembléia Constituinte, o Estatuto Político alemão de 1919 tornou-se conhecido como Constituição de Weimar.

Os constituintes alemães de 1919, saídos dos horrores da I Guerra Mundial, como os legisladores ordinários brasileiros de 1978, investidos de poderes constituintes, sem que o Brasil tenha saído de nenhuma guerra, estiveram mais preocupados em dar ao Estado poderes de autodefesa, em detrimento das liberdades individuais, da mesma forma que a Carta de 1937.

Dessa forma, a Constituição de Weimar, como a Carta de 1937 e a Emenda nº 11, de 1978, em tudo semelhantes, dispõem das cláusulas mais extremas de emergência e de restrições às liberdades fundamentais do ser humano jamais adotadas por um Estado democrático, em tempos de paz. Na República de Weimar, como no Estado Novo, os tribunais ordinários poderiam ser substituídos por tribunais militares ou pelo Tribunal de Segurança Nacional respectivamente, como, na forma da atual Constituição, os civis acusados de crimes contra a segurança nacional estão sujeitos à jurisdição do Superior Tribunal Militar que, em princípio, deveria ter jurisdição apenas sobre militares.

Na Alemanha de 1919, como no Brasil de 1937 a 1945 e de 1964 aos nossos dias, repetindo Robert Moss, “a finalidade dos poderes de emergência é dar aos soldados a mesma liberdade de que gozam ao lidar com inimigos

estrangeiros quando o fazem com os compatriotas revoltados. E conceder poder ao Governo para agir rapidamente ao se deparar com uma crise nacional” (1).

Com base no art. 48 da Constituição de Weimar, Hitler investiu-se de poderes extraordinários, proibindo a imprensa de emitir críticas contra o Governo, prendeu deputados, violou as liberdades individuais, provocou uma hecatombe mundial e, usando as medidas constitucionais destinadas à defesa da República, levou-a ao colapso e à destruição.

Por isso, é mais sensato conservar o princípio montesquiano de “o poder frear o poder” e a doutrina americana “dos pesos e contrapesos”, porque estes, sim, unem a Nação ao Estado, dando a este a estrutura e a consistência necessárias ao seu equilíbrio e estabilidade.

Assim, desde que o nosso País não pode ser uma ilha isolada ao acervo cultural da humanidade e das conquistas da civilização, impõe-se, com a maior urgência, a elaboração de uma Constituição, que não poderá ser obra de legisladores ordinários, sempre sujeitos a contingências e maiorias ocasionais, mas terá de ser um monumento construído por um Poder Constituinte eleito expressamente para essa missão grandiosa de reintegrar o Brasil no concerto das Nações democráticas.

Uma Constituição, um verdadeiro estatuto político nacional, há de ser sempre obra da Nação inteira, através de representantes eleitos para essa finalidade, e não estereótipos por trás dos quais se esconde a vontade de alguns em detrimento dos interesses da maioria dos cidadãos.

Se há diferença de nossa realidade em relação à de outros países, estas diferenças certamente abrigar-se-ão no texto constitucional. Mas, se somos uma república e uma federação, os princípios que lhes são próprios, são absolutamente idênticos em qualquer lugar do mundo. E não é possível nos definirmos como república e federação e não sermos nem uma coisa nem outra.

Com efeito, a Emenda Constitucional nº 11 representou progresso no sentido de que eliminou a dicotomia de duas ordens de direito superpostas — a constitucional e a institucional — que conduzia a contra-sensos jurídicos insuperáveis, pois, na prática, a primeira só tinha existência enquanto a outra não se impunha. Sem dúvida, já que a legislação de exceção foi parcialmente revogada, e uma vez que ainda continuam intocáveis e fora do alcance da apreciação judicial os efeitos dos atos praticados com base no vastíssimo elenco de Atos Institucionais e Complementares, restabeleceu-se a ordem constitucional, parcialmente.

Mas, inegavelmente, tal ordem constitucional não traduz ainda os princípios republicanos, federativos e democráticos na sua pureza e plenitude, nem cor-

(1) *O Colapso da Democracia*, Editora Nórdica Ltda., pág. 135.

responde às tendências e às perspectivas históricas da Nação, nem às aspirações nacionais, pois o estado de direito restaurado parcialmente ou em vias de restauração ainda é autocrático, sustentado e orientado por princípios autoritários e sujeitos a grandiloqüentes, ainda que episódicos, surtos de arbítrio, por força dos novos institutos denominados medidas de emergência e estado de emergência e de outros dispositivos limitadores das franquias e imunidades parlamentares.

Por isso, ainda estamos muito distantes da verdadeira ordem republicana e da democracia, esta plantinha tenra que carece de cuidados especiais todos os dias, como ensinava Otávio Mangabeira, isto é, da plena divisão e separação dos Poderes harmônicos entre si e da indispensável participação do povo nos destinos do Estado, através de legítimos representantes e governos eleitos.

Por fim, ainda não se restabeleceu o verdadeiro estado de direito democrático, onde impera “o governo da lei, contraposto ao governo do arbítrio, ao governo da força”, na expressão contundente de Rui Barbosa (2) e onde “a posição legal do Estado consiste em abster-se de invadir os direitos individuais” (3).

Os direitos e liberdades individuais continuam existindo sob condição suspensiva, já que podem ser suspensos por força de circunstâncias mais ou menos vagas, de acordo com o grau maior ou menor de tolerância e compreensão do Presidente da República. E não é exagero afirmar que desfrutamos, após a vigência da Emenda Constitucional nº 11, menos garantias individuais nominalmente, formalmente enumeradas no texto constitucional, do que na vigência da Constituição Política do Império, onde, segundo Pimenta Bueno, “o regime, por sua base constitucional, neutralizou os perigos da monarquia pura, da absorção de todo o Poder Legislativo e Judiciário, do poder sem limites, sem contraste, do despotismo, vizinho da tirania” (4).

Reconhecidamente, abriu-se uma clareira. Liberalizou-se o regime. Mas a estrada real que reconduzirá o País ao seu destino republicano e democrático ainda está por ser aberta. Para que seja obra duradoura e não provisória e inviável, a partir do desaparecimento das circunstâncias que a determinarem, terá de ser construída com a participação de todos os brasileiros, com compreensão e boa vontade do Governo e com vigilância, coragem e senso patriótico das oposições, através de uma Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, que certamente traduzirá na Carta Política a vocação democrática nacional e fixará, com precisão, os limites dos poderes do Estado e saberá repartir igualmente o exercício das liberdades.

(2) *República: Teoria e Prática*, pág. 62.

(3) *Idem*, pág. 93.

(4) *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, pág. 28.