

# A EMERGÊNCIA CONSTITUCIONAL NO ESTADO DE DIREITO

OSCAR DIAS CORREIA

1. *A preocupação com o destino da democracia*; 2. *O sistema democrático e os regimes democráticos*; 3. *Todo Estado é Estado de direito?* 4. *O Estado de direito: dificuldade de conceituação*; 5. *A "legalidade socialista" e o pretensão Estado socialista de direito*; 6. *Estado democrático de direito: o Estado neoliberal de direito e o sentido do social*; 7. *Atualidade do conceito tradicional de Estado de direito*; 8. *A emergência constitucional: defesa do Estado de direito*; 9. *A emergência constitucional: "a constitucionalização das circunstâncias excepcionais"*; 10. *A desnecessidade da emergência nas chamadas "democracias populares"*; 11. *A emergência ante ação interna ou externa*; 12. *A emergência e o fortalecimento do Executivo*; 13. *O art. 16 da Constituição francesa*; 14. *Pressupostos da emergência constitucional: dificuldade de fixação*; 15. *Limites e garantias*; 16. *Palavra final*; 17. *Conclusões.*

## 1. *A preocupação com o destino da democracia*

Há algum tempo, a preocupação com o destino da democracia vem cruciando os que se interessam pela preservação do estilo de vida pelo qual o sistema democrático é responsável e que lhes parece conquista impercível da civilização.

Por maiores seja ou tenham sido as vicissitudes por que têm passado, as desnaturalizações que têm sofrido, entendem os pregoeiros do sistema que só ele é compatível com a dignidade humana, só ele oferece ao homem condições para realização de sua finalidade, e, por isso, temem pela sua sorte, quando enfrenta os duros embates desta hora.

Com efeito, a crise do mundo moderno, que, há tanto tempo, é objeto de estudos, pesquisas, análises, ponderações e crescentes preocupações, e abrange todos os segmentos da vida social, parece ter atingido o seu clímax no que diz respeito ao problema da convivência humana, da coexistência pacífica dos indivíduos.

A escalada da violência — da qual nossos dias são palco, e, nós, platéia atônita e impotente, quando não vítimas indefesas — é de tal ordem que autoriza pôr-se em dúvida se o homem está em condições de ter uma liberdade que, em tantos casos, parece não saber usar, e da qual é, muitas vezes, o algoz ou o inimigo, pelo mau uso ou abuso, e pela própria morte, que lhe causa.

O grande mal que ameaça a liberdade é que seus inimigos não se declaram; antes, mascaram-se todos de seus defensores, e mesmo os que a querem eliminar, lhe dedicam permanentes e calorosas palavras de fé. Por isso é agredida pelos

\* Professor titular na UFRJ.

que a combatem ostensivamente — e são muito poucos — e muito mais pelos que, com o intuito de defendê-la e salvá-la, a atacam a malferem.

A parte algumas poucas expressões insignificantes de radicalismos de direita e esquerda (que, por serem radicalismos, não têm expressão), as facções políticas modernas fazem da liberdade um de seus pressupostos e da democracia o sistema que apregoam, da mesma forma que do direito a garantia de sua sobrevivência.

É isto, porém, muito mais canto de sereia que atrai as multidões de povo, sedentas de autodeterminação e representatividade, do que real manifestação do desejo de realizá-lo.

E não são poucos os casos em que, assumindo o poder em nome da liberdade e da democracia, o primeiro passo é coarctá-la, ou suprimi-la.

De tal modo, contudo, está a liberdade plantada no coração do homem, que nem a força aparentemente incontrastável de todos os tiranos, em todos os tempos, conseguiu dominá-la e diminuir-lhe o prestígio. E quando mais parece que conseguiram domá-la, é quase sempre quando mais perto está a reconquista do seu reino.

A democracia tem sua realização no domínio das relações humanas entre governantes e governados, realizando a síntese de autoridade e liberdade com que sonham os homens e as sociedades.

Como realização humana, comporta graus e varia com a natureza dos solos, nos quais se aplicam as condições do povo, a tradição, os costumes, a índole, bem como as características da época, os desígnios e as aspirações.

## 2. *O sistema democrático e os regimes democráticos*

Para usar a distinção dos doutores (à moda de Sombart, Perroux, Guilton e outros), o sistema democrático, como sistema, funda-se em princípios coerentes e homogêneos, lógicos, abstratos, puros; enquanto os regimes democráticos consignam a conjunção de princípios e realidade, sob a ação do conjunto de dados sociais, específicos a cada coletividade, certas proporções, certas relações características, localizadas no tempo e no espaço, certas estruturas. Vale dizer, a conjugação de princípios e estruturas.

O sistema, em contato com as estruturas, às quais se aplica, modifica-se, adapta-se, faz-se realidade histórica, nem sempre lógica, sempre impura, mas concreta, faz-se regime.

Por isso mesmo, a realidade dos regimes não obedece às fórmulas dos pesquisadores e teóricos, e admite todas as combinações, variações e graus, o que faz a fortuna dos que as usam, no sentido que lhes convém, e o infortúnio dos que tentam reduzir essa realidade a esquemas teóricos e lógicos. E só encontra limite nos extremos, em que se excluem as características do sistema.

Com a democracia, é exatamente o que acontece: se, como sistema, não há como caracterizá-la quando os princípios que a informam não estão presentes, na sua pureza — o que só existe como abstração lógica — como regime suporta ela todas as variações que a realidade lhe impõe, e que a aproximam, (por mais distantes que sejam), nos extremos, ora da anarquia (no sentido clássico — ausência de governo), ora da autocracia, ou monocracia, com todos os matizes, graus, tipos, de que a realidade é capaz — e é capaz de tudo.

Bastaria verificar como os sistematizadores se crucificam para fixar os contornos esquemáticos dessa realidade, que não se deixa prender a fórmulas.<sup>1</sup>

A democracia, obviamente, só se pode realizar dentro de certos limites, certos parâmetros, que lhe são postos pela ordem jurídica. O que, também obviamente, não quer dizer que ela não inter-reaja sobre essa mesma ordem jurídica, como na compreensão geral das inter-relações dos fenômenos sociais.

Se todos os regimes devem ter uma ordem jurídica que lhes sirva de base, força e limite, claro é que só os regimes de liberdade, onde a democracia impera, podem assegurar aos homens os seus direitos, e só estes seriam Estado de direito.

### 3. *Todo Estado é Estado de direito?*

Poder-se-ia dizer, pois, que Estado de direito seria aquele no qual se asseguram as condições do exercício da liberdade pelo homem; em que o Estado, como representante da sociedade dos homens, lhes garante o pleno exercício de suas virtualidades, estabelecendo-lhes as normas que as balizam, os limites dentro dos quais devem exercitar-se; e em que sociedade é reconhecida como o *habitat* natural do homem, feito para integrá-la e só podendo sobreviver, coexistir e conviver nela. Enfim, em que homem e sociedade, cidadão e Estado vivem em harmonia.

A expressão *Estado de direito* parecia, por isso mesmo, redundante: se não pode haver Estado sem direito, fora do direito, aquém ou além do direito; se o Estado é a sociedade dentro do direito, sob o direito; e não pode haver direito sem o Estado, que o assegure, a redundância seria óbvia.

Como diz Agustin Gordillo:

“Não nos referimos, sem dúvida, ao problema valorativo segundo o qual todo Estado deve ser ‘Estado de direito’, vale dizer, que deve atuar com sujeição aos princípios jurídicos fundamentais e que deve respeitar os direitos individuais, em especial, a liberdade, mas ao problema concreto de saber se as normas jurídicas imperantes num determinado país submetem ou não o Estado. Como é o Estado mesmo quem produz as normas legislativas, é com referência à Constituição que se deve analisar a questão.”<sup>2</sup>

O problema, porém, não assumiu na teoria essa tranqüila simplicidade. Todo Estado seria, naturalmente, Estado de direito. Teríamos, então, o raciocínio de Francisco Javier Conde ao analisar o direito político kelseniano:

“En la penumbra se alza la figura utópica del Estado de derecho liberal. Todos los conceptos ‘puros’, la democracia ‘pura’, el parlamentarismo ‘puro’, tienen tras de sí, em la zona de sombra, la silueta utópica del Estado de derecho y el postulado de un universo utópico regido por un sistema normativo de ámbito planetario, en estado de paz perpetua.”<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Ver, por exemplo, Prêlot, M. & Boulois, Jean. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. 6. ed. Paris, Dalloz, 1975; on Prêlot, M. & Lescaryer, Georges. *Histoire des idées politiques*. 5. ed. Paris, Dalloz, 1975; e que, entre nós, recentemente José Alfredo de Oliveira Baracho sumariou no seu *Regimes políticos*. São Paulo, Resenha Universitária, 1977.

<sup>2</sup> Gordillo, Augustin. *Principios gerais de direito público*. Trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1977. p. 91.

<sup>3</sup> Conde, Francisco Javier. Apud Verdu, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*. 2 ed. rev. aum. Madrid, tecnos, 1976. p. 75.

A conseqüência seria considerar-se Estado de direito todos os Estados, o que se não corresponde à realidade, demonstra a vocação que todos têm de assim se apresentarem. O próprio Estado nacional-socialista alemão de Hitler assim se intitulava. Oto Koellreutter, professor de Munich, afirmava que “o Estado nacional socialista era Estado de direito na medida em que a idéia estatal e a idéia do direito brotam de fonte idêntica: do povo alemão, organizado segundo os postulados nacional-socialistas. Frente ao Estado liberal de direito típico do século XIX e a negação de direito do Estado bolchevista, diz, surge o Estado de direito autêntico do nacional-socialismo.”<sup>4</sup>

Tese idêntica foi sustentada pelos “juristas” fascistas, na Itália de Mussolini.

Obviamente que o argumento prova demais: a prevalecer a tese, também se diria que o Estado de direito bochevista brota da mesma fonte autêntica de poder — o povo russo — e, como tal, é também Estado de direito. . .

#### 4. *O Estado de direito: dificuldade de conceituação*

Mas, afinal, qual seria o conceito de Estado de direito? O mesmo Pablo Lucas Verdu, que se dedicou a analisá-lo, faz, em sua obra mais recente,<sup>5</sup> síntese que se inicia pela conceituação:

“Concepto — Cuando un Estado configura jurídicamente la organización y ejercicio del poder político, de manera que los individuos y sus grupos están protegidos por la existencia previa de normas e instituciones jurídicas, garantizadoras de sus derechos y libertades, cuando la actividad estatal se somete a normas e instituciones jurídicas, sin más excepciones que las exigidas por el bien común, entonces nos encontramos ante un Estado de Derecho.”<sup>6</sup>

Enumera, a seguir, os seus postulados.

Como todo conceito, que tenta abranger a coisa e caracterizá-la, o conceito de Verdu é excessivamente geral. E ao tratar de harmonizar esses postulados que, diz Verdu, “são legado do liberalismo”, “com as exigências democráticas sociais de nossa época”, o conceito, em nosso entender, se confunde. Com efeito, a seguir, indica as classes de Estado de direito, que cita:

“Estado liberal de direito e Estado social de direito; Estado democrático de direito; a legalidade socialista.”<sup>7</sup>

Não muito explícito nem claro, nesta parte, suas palavras deixam margem a dúvida. Com efeito, diz, em síntese, que o Estado liberal de direito ter-se-ia harmonizado com os princípios do capitalismo individualista; o Estado social de direito não só “atualizaria os postulados liberais do Estado de direito, harmonizando-os com as exigências da justiça social”, como adotaria “política econômico-social intervencionista, planificadora e socializante”; por fim, “o Estado democrático de direito, quando aqueles postulados se harmonizassem com os direitos econômico-sociais, baseados no trabalho, se fundamentam em uma sociedade justa, desalienada, sem explorações econômicas e políticas que impeçam a participação plena, no processo político, dos cidadãos. Isso implica a superação do neocapitalismo pela organização socialista dos meios de produção.”<sup>8</sup>

<sup>4</sup> Koellreutter, Oto. In: Verdu, Pablo Lucas. op. cit. t. 1, p. 265.

<sup>5</sup> Verdu, Pablo Lucas. Op. cit. 1977. t. 2.

<sup>6</sup> Id. *ibid.* p. 237.

<sup>7</sup> Id. *ibid.* p. 239.

<sup>8</sup> Id. *ibid.*

Ora, em verdade, tal Estado social de direito, afinal caracterizado, não corresponderia ao Estado de direito inicialmente conceituado: porque não há como falar em “normas e instituições jurídicas garantidoras de direitos e liberdades”, num Estado de política “planificadora e socializante”, a menos que tais termos significassem, em vernáculo, política de planejamento (como tal, descentralizada e facultativa) e não-planificação (centralizada e imperativa) (em espanhol, a distinção não se faz); e obra de extensão ao social, efeito social, e não obra de pregação socialista, e, como tal, de predomínio estatal. Tanto mais quanto a organização socialista dos meios de produção, nada, ou muito pouco, deixa ao indivíduo.

##### 5. A “legalidade socialista” e o pretense Estado socialista de direito

Não feitas essas distinções, teríamos de recusar a caracterização, que conduziria à própria indagação que o mesmo Verdu se faz, ao final do capítulo:

“El problema de ese Estado democrático de derecho y de la legalidad socialista para los países influidos por la ideología marxista, consiste en saber si es posible lograr tales metas sorteando el burocratismo, la dictadura monolítica de un solo partido y respetando la libertad y el pluralismo. Es una vía a recorrer con muchos obstáculos. Exige cambios estructurales y modificaciones de mentalidad.”<sup>9</sup>

Confundi-la com Estado social de direito quando o Estado socialista nega aquela “autêntica participação democrática, completa, dos cidadãos no processo político”, erige os direitos do Estado em sobreexelentes aos dos cidadãos, e retirar-lhes o gozo de alguns dos seus direitos, é, evidentemente, desnaturar o conceito.

É, aliás, o próprio Verdu quem, adiante, respondendo à questão sobre se “existem garantias constitucionais propriamente ditas nos estados totalitários”, rechaça a tese fascista e nacional-socialista, que considera “inexata, porque parte de um conceito genérico do Estado de direito”.

E conclui que:

“La constitución material de los Estados totalitarios choca con los principios tutelados por las garantías constitucionales, de manera que todas estas razones indican la incompatibilidad de los Estados totalitarios con las garantías constitucionales.”<sup>10</sup>

E, especificamente quanto à URSS, depois de acentuar, com Jordana de Pozas, que os “direitos contidos nos arts. 118 a 128 da Constituição Soviética” são quase todos eles “direitos à utilização dos serviços públicos ou de prestações administrativas”, conclui — após analisar as assinaladas garantias sociais ali indicadas — que “como o quadro institucional e social que as assegura depende da ação do partido comunista, isto determina, na prática, um vazio entre a enunciação dos direitos e sua efetiva e real tradução concreta.”<sup>11</sup>

Falar, pois, em Estado socialista de direito (querendo equipará-lo a Estado social de direito), admitindo que ele atenta aos postulados do Estado de direito, harmonizando o poder do Estado e as garantias dos cidadãos, é pretender viabi-

<sup>9</sup> Id. *ibid.* p. 240.

<sup>10</sup> Id. *ibid.* p. 669.

<sup>11</sup> Pozas, Jordana de. In: Verdu, Pablo Lucas. *Op. cit.* p. 670.

lizar o inviável, se, pela própria definição, o Estado socialista se funda no predomínio incontrastável do poder do Estado. A chamada “legalidade socialista” só existe enquanto obediente a este postulado.

Nem há, em verdade, como falar, por exemplo, em direitos individuais, em direitos do homem e do cidadão num regime que faz o Estado a idéia-força que o domina. Sua inclusão nas leis fundamentais desses Estados se faz muito mais em homenagem a uma praxe, ou a uma técnica, do que em respeito a uma realidade.

Ou, como diz Georges Burdeau, resumindo a matéria:<sup>12</sup>

“Résumant la conception officiellement admise dans tous les Etats socialistes, B. Spassov peut donc écrire que ‘les rapports économiques et sociaux existant à un moment donne de l’histoire caractérisent aussi bien le contenu des droits et libertés que les conceptions philosophiques et juridiques leur servant de fondement’. Le materialisme historique ne saurait autoriser d’autres interprétations de la nature des droits.

La delimitation des droits n’a donc pas à être effectuée en fonction de prétendues prérogatives inhérentes à la personne humaine. Elle résulte d’un certain état de la société. Il suit de la, d’abord, que le droit individuel ne saurait opposer l’homme au groupe puisqu’il procède au contraire de la manière d’être du groupe. Ensuite que le droit de chacun ne peut être en conflit avec celui des autres, puisque, comme eux, il est tributaire de la structure sociale.”

Não é outro o pensamento de Robert Charvin,<sup>13</sup> que analisa o tema em profundidade.

#### 6. *Estado democrático de direito: o Estado neoliberal de direito e o sentido do social*

Há que se compreender que o Estado democrático de direito, nascido do Estado liberal de direito, sofreu, sob o influxo das modificações do liberalismo, as mesmas influências que transformaram o sistema econômico liberal e o levaram a, aceitando a realidade moderna da intervenção do Estado na ordem econômica, fazer-se neoliberalismo, ou neocapitalismo.

Terá surgido, com isso, o que se poderia chamar o Estado neoliberal de direito, que, respeitando os postulados liberais do Estado liberal de direito, acrescentou-lhes a preocupação do social, que o neoliberalismo lhe imprimiu, admitindo a extensão da participação do Estado na vida econômica, objetivando sanar as deficiências e os abusos que o liberalismo individualista propiciara; o que se consubstanciou não só na intervenção estatal, como na preocupação do social, que passou a servir-lhe de *abstractum*, em todos os conceitos, a começar da propriedade.

Compreenderam os liberais modernos, os neoliberais, que não era possível nem natural um liberalismo que contrapusesse o homem-indivíduo ao homem-membro da sociedade, se nela se integra necessariamente. Seria um contra-senso abolir o social, que é o invólucro necessário do indivíduo. Havia que ver e cuidar do indivíduo como membro da sociedade, sem a qual não vive e não existe, senão como abstração.

<sup>12</sup> Burdeau, Georges. *Traité de science politique*. 2 ed. Paris, 1976. t. 9, p. 498.

<sup>13</sup> Charvin, Robert. *Les états socialistes européens*. Paris, Dalloz, 1975.

Daí o surgimento do sentido do social, que passou a influenciar os conceitos que antes se impregnavam do exclusivismo individualista. É possível, até provável, que o aparecimento das tendências e idéias socialistas tenha propiciado, facilitado ou forçado essa compreensão. Mas, esta, a grande vantagem do liberalismo: a capacidade de adaptar-se, de absorver “novas fórmulas e concepções, reagindo pela evolução, ao invés de perecer. O liberalismo assimilou então a noção de social, atualizando-se, completando-se, retificando a abstração que era a aceitação do individualismo desgarrado do social.

Esse Estado neoliberal se confunde com o Estado de direito, com o que se pode também chamar regime democrático, e se opõe ao Estado autoritário, autocrático. e ao Estado socialista (em geral), que ignora e anula o indivíduo.

Foi com o liberalismo que surgiu e se corporificou a idéia e noção do Estado de direito, na sua mais larga significação, isto é, a organização política cujos elementos estruturais são “os direitos e garantias fundamentais, a separação dos poderes, a subordinação do poder à lei, a independência da magistratura e alguns outros”. Um Estado, em síntese, no qual “não reinam os homens, mas a lei”.<sup>14</sup>

Nem por isso, afirma Orlando Gomes, se há de deixar de reconhecer “que o Estado de direito não se confunde nem é peculiaridade do Estado liberal, mas um modelo político que possui ‘valor eterno e universal’, quando, concebido ‘essencialmente de modo formal’, tenha, como apanágio, ‘garantir a certeza das liberdades asseguradas na lei’”.<sup>15</sup>

Verdade é que se o Estado de direito não se confunde com o Estado liberal, os pressupostos do liberalismo político, que o informam, são os mesmos do Estado liberal, ao qual apenas se acrescentou o sentido do social, isto é, a consciência de que, além dos direitos políticos, civis, deve o homem ter assegurados os direitos econômicos; por outras palavras, devem ser-lhe assegurados todos os direitos sociais, isto é, os de que deve usufruir como membro do conglomerado social, ao qual se vincula inseparável, indissolivelmente.

Referimo-nos ao liberalismo político e não ao econômico, este confundido com o individualismo exclusivista, radical, e este sim, e neste sentido, ultrapassado. Os pressupostos, porém, a substância, a essência de um e de outro — a liberdade de ação do indivíduo no meio social — não foram ultrapassados, nem no campo político, nem no campo econômico.

A modificação sofrida pelo liberalismo econômico (tão difamado hoje), transformado em neoliberalismo econômico, é fruto apenas do seu contrato com uma realidade diversa, que não pode esquecer o social, que o exclusivismo individualista do século XIX eliminava, irreal e ilusoriamente, e o realismo do século XX impõe.

Da mesma maneira que não se pode, sem irrealismo, esquecer o social — e nisto vai o reconhecimento da ação do Estado, como forma de realização jurídica da vida social — também não se pode, sem irrealismo, esquecer o individual — como, equivocadamente, sustentam os socialismos.

O que marca indelével e insubstituivelmente o liberalismo é o pressuposto da liberdade que não foi e não será eliminado, nem postergado; como, de igual sorte, não se pode, em qualquer regime, esquecer o social, sem importar isso em reconhecer a absorção ou a eliminação do individual, pregada pelos socialismos.

<sup>14</sup> Gomes, Orlando. Procedimento jurídico do Estado intervencionista. *Revista Forense*, v. 255, p. 29.

<sup>15</sup> Id. *ibid.* p. 30.

Nem se confunda a ampliação e a compreensão dos conceitos de social e socialização com o predomínio dos socialismos. O que houve foi a evolução do liberalismo individualista, exclusivista, para o liberalismo que aceita, reconhece e incorpora a noção de sociedade e de social ao conceito ou se se preferir, à sua ideologia.

## 7. *Atualidade do conceito tradicional de Estado de direito*

Frise-se, aliás, que as distinções doutrinárias a esse propósito objetivam apenas atender à tendência natural a todos os regimes, e serve para salientar, ainda mais, a importância e grandeza da democracia e da liberdade: a tentativa de aparentar a existência de um Estado que tenha na liberdade postulado fundamental. O que leva à própria denominação de muitas das redundantes e irreais democracias populares (como se não deversem por definição ser populares as democracias).

A verdade é que, apesar de todas as distinções, nada se acrescentou à clara e nítida conceituação que, há mais de 40 anos, entre nós, e resumindo os estudos da época, fazia Queiroz Lima:<sup>16</sup>

“Estado de direito — o *Rechtsstaat* dos alemães — é o regime em que o direito regula, minuciosa e imperativamente, a vida e a atividade do Estado, a sistematização e o funcionamento de seus órgãos e suas relações com o direito dos indivíduos. Assim se conclui que o Estado de direito se distingue por dois traços: a) limitação jurídica do arbítrio do poder público; b) estabilidade jurídica das garantias individuais. Não se pode admitir o progresso político, desde que falhem algumas dessas condições, das quais a segunda é consequência da primeira. E, sendo o arbítrio político incompatível com a segurança individual, pode-se dizer que o traço prático pelo qual se reconhece o Estado de direito é o grau de garantia de que são cercados os indivíduos.

É tendência cada vez mais forte de nosso momento histórico determinar, com a maior precisão possível, as relações entre o Estado e os indivíduos e assegurar a inviolabilidade dos direitos individuais, por meio de uma esclarecida, eficiente e prestigiosa organização de justiça.”<sup>17</sup>

Parece que essas palavras foram escritas agora porque, por mais vezes tenha dado o mundo, e a doutrina, e por mais que variem os doutrinadores, o fundamental está dito nelas.

## 8. *A emergência constitucional: defesa do Estado de direito*

Assim, examinada a caracterização do Estado de direito, vê-se que nada mais lógico do que falar em emergência constitucional no Estado de direito. No Estado totalitário, autocrático, autoritário, politicamente centralizado, não há como falar em emergência constitucional — que envolve a concessão e o uso de poderes excepcionais, anormais, já que há a permanência desses poderes nas mãos do chefe (qualquer que seja o nome ou a função que se lhe dê).

<sup>16</sup> Queiroz Lima. *Teoria do Estado*. 5. ed. A Casa do Livro, 1947. p. 57.

<sup>17</sup> Raneletti, O. *Instituzioni di diritto pubblico*. 1929, p. 105. Apud Queiroz Lima. Op. cit.

Com efeito, a emergência constitucional caracteriza-se por uma situação excepcional, provocada pela necessidade de defesa do regime, ante ataque inusitado, requerendo se concedam ao chefe do Governo ou do Estado poderes também excepcionais para vencê-la.

Não seria crível que um Estado de direito estivesse ele mesmo impossibilitado de traçar as normas da própria defesa, isto é, de sua salvaguarda e garantia contra o antidireito que se lhe opusesse.

É natural a preocupação à qual se refere Burdeau:<sup>18</sup>

“D’où qu’à liberté, les hommes se préoccupent d’associer la sécurité. La généralisation du ‘garantisme’ témoigne cet état d’esprit.”

Embora lhe pareça que “no quadro de um sistema ditatorial ou de uma democracia popular” nada há de surpreendente que as práticas governamentais de proteção “das instituições políticas e da ordem social estabelecida” proibam, paralizem ou eliminem toda tentativa, visando a instaurar um regime constitucional e social diferente;<sup>19</sup> e por mais que se compreenda que num regime de democracia pluralista tal não poderia prevalecer — “seu princípio sendo a rivalidade das idéias de direito, que deveria tolerar”, já que “vive da luta política que anima os partidos e se justifica por uma incessante renovação dos objetivos governamentais”.

A verdade, contudo, é que em nome mesmo da liberdade, numerosos Estados “restringiram a generosidade da democracia pluralista”, em vista das “táticas de conquista do poder utilizadas, há uma trintena de anos, pelos grupos revolucionários, que, ao invés de agir na clandestinidade e de procurar subverter o regime por um golpe de força, se servem das facilidades do regime para dominar os espíritos e se instalar nas instituições” — vale dizer, “a revolução completa-se na legalidade”.<sup>20</sup> Enfim, tudo isso justifica se tomem tais medidas de defesa, para salvaguarda da liberdade e da democracia do Estado de direito.

Elas têm sido tomadas, por isso, em todos os países de regime reconhecidamente democrático, para “regulamentação das atividades subversivas” (por mais paradoxal que isto pareça), às vezes de modo claro e formal, noutras com amplitude que permita ao Estado objetivar as medidas convenientes: na França, por exemplo, a lei de 8 de junho de 1970, contra danos causados em insurreição (“quebra-quebra”), na Alemanha Federal, a dura regulamentação da criação dos partidos, que devem ter organização conforme os princípios democráticos (art. 21 da Constituição); na Itália, pelo estabelecimento de que os cidadãos podem associar-se livremente para concorrer, com métodos democráticos (art. 49 da Constituição); na Austrália, onde a lei de 20 de outubro de 1950 dissolve o Partido Comunista; mesmo nos EUA, onde, desde o *Alien and Sedition Act*, de 1798, até, modernamente, o *Internal Security Act*, de 23 de setembro de 1950 e o *Communist Control Act*, de 19 de agosto de 1954, cuida-se da proteção contra certas atividades antiamericanas e subversivas, pela obrigatoriedade da declaração das organizações comunistas (estas e outras leis mais particularistas), como sumaria Burdeau.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Burdeau, Georges. op. cit. t. 8, p. 177.

<sup>19</sup> Id. ibid. p. 187.

<sup>20</sup> Maulnier, Thierry. Apud Burdeau, Georges. op. cit. t. 8. p. 188.

<sup>21</sup> Burdeau, Georges. op. cit. t. 8, p. 195.

## 9. *A emergência constitucional: “a constitucionalização das circunstâncias excepcionais”*

Os fatos têm, nesta como em todas as matérias, forçado a edição da norma jurídica. Nem seria possível que, em face da necessidade, da crise, da urgência, da emergência, para atender a situações excepcionais, o regime se mostrasse incapaz de agir.

Daí a teoria das emergências constitucionais, que embora apresente riscos graves, não pode deixar de ser elaborada, sob pena de possibilitar o risco ainda mais grave da subversão do regime.

Nessa perplexidade — entre a hipótese de prever a emergência e vê-la utilizada com ou sem real necessidade e conveniência, o que será sempre difícil distinguir, na realidade, e correndo o risco de não retornar, facilmente, à normalidade; e a hipótese de não a prever, com o risco da subversão e dissolução do regime, pela vitória, sobre ele, das forças, internas ou externas, que o enfrentam e minam — claro que a democracia só poderia optar pelo risco menor da primeira alternativa.

E por mais que, como lembra ainda Burdeau,<sup>22</sup> essa crise seja “uma crise de civilização”, “seria derrisório imputar a responsabilidade dela aos governantes” como “seria imprudente negar-lhes o direito de defender o regime político do qual são os instrumentos”.

O problema, e terrível, “é fazê-lo de modo que os meios de defesa do regime não cheguem a negar os princípios sobre os quais ele repousa”.

Por mais que se queira, assim, recusar a teoria do Estado de emergência, não há como fugir à dramaticidade da opção, e, nela, escolher o pior — o caminho da eliminação do regime.

Mesmo entre os que não a aprovam, há que se concluir, com Carré de Malberg:<sup>23</sup> “personne ne peut dénier à l’Etat, en cas de péril grave, la ressource d’user pour sa conservation, de moyens qui soient à l’hauteur des circonstances.”

No caso, é ainda Burdeau quem conclui sugestivamente:

“Dans la mesure où cette réserve paraît impliquer que le regime démocratique n’aurait à proposer, pour faire face à des périls d’une extrême gravité, que sa propre abdication, c’est la valeur même de la démocratie comme système de gouvernement qui se trouve mise en cause. Quel crédit peut-on accorder à un regime dont les institutions ne peuvent utilement fonctionner que dans les périodes paisibles? Se confiera-t-on à un navire dont le comportement est satisfaisant sur une mer tranquille, mais dont on sait qu’il est incapable d’affronter les tempêtes?”<sup>24</sup>

Surge, então, a necessidade da “constitucionalização das circunstâncias excepcionais” (Burdeau) de modo a fixar-lhes o alcance, os limites e as garantias, sobretudo a do retorno à normalidade do regime.

## 10. *A desnecessidade da emergência nas chamadas “democracias populares”*

Exatamente porque em Estado de direito, vale dizer, no qual predomina uma ordem jurídica que assegura a livre ação dos poderes constitucionais do Estado

<sup>22</sup> Id. *ibid.* p. 212.

<sup>23</sup> Carré de Malberg. Apud Burdeau, Georges. *op. cit.* t. 8. p. 216.

<sup>24</sup> Id. *ibid.* p. 216.

e as prerrogativas do cidadão, não há como suscitar a necessidade da existência do Estado de emergência nas chamadas “democracias marxistas” ou “democracias populares”.

Nestas, é ainda Burdeau quem assinala:<sup>25</sup>

“La structure pyramidale de l’organisation aboutit à une concentration permanente de l’autorité entre les mains d’un organe, le conseil des ministres, qui n’a pas besoin de sortir de sa compétence pour faire face aux crises. Il est d’autant mieux armé que, dans son sein, le petit groupe qui décide contrôle l’appareil du parti et, par conséquent, trouve en lui l’instrument d’une action efficace. Aussi bien, sur le plan de la doctrine, un conflit entre la légalité et la nécessité est inconcevable car celle-la ets subordonnée à celle-ci. Dés lors, en effet, que la nécessité s’analyse toujours dans les impératifs de la construction du socialisme, la légalité, ne peut-être en conflit avec elle. Si cependat une contradiction apparait, la règle légale perd sa valeur et peut être écartée. Il n’est donc pas surprenant que les constitutions des pays socialistes ne contiennent aucunes dispositions relatives à des pouvoirs de crise. Seule la Constitution yougoslave du 7 avril 1963 fait exception en prevoyant (art. 217, al. 7 et 8), au bénéfice du Président de la République, une extension des compétences qui évoque le système appliqué dans les démocraties libérales.”

Em verdade, se há a permanência dos poderes delegados ao chefe do Governo ou do Estado, concentrados em poder sobreexcelente, não há como falar em emergência, e, menos ainda, constitucional, pois os textos só se mantêm na medida do consentimento dos que os editaram, ou utilizam, e podem alterá-los como lhes pareça.

Essa concepção está, aliás, dentro da lógica do sistema, que prevê a saúde do Estado com o pressuposto necessário e suficiente da segurança dos que o integram.

No texto da Constituição da Iugoslávia,<sup>26</sup> o art. 238 determina que:

“Em nome da presidência da República Socialista Federativa da Iugoslávia e estando esta impossibilitada de se reunir, o Presidente da República Socialista Federativa da Iugoslávia exercerá, durante o período de Estado de guerra, em caso de perigo de guerra ou em circunstâncias excepcionais semelhantes, os poderes em que for investido pela presidência da República Socialista Federativa da Iugoslávia.”

A fórmula é clara e objetiva: o presidente da presidência investe o presidente da presidência nos poderes excepcionais... pura e simplesmente.

## 11. *A emergência ante ação interna ou externa*

O Estado de direito pressupõe a vigência de normas estáveis que asseguram o exercício regular da atividade do Estado e dos cidadãos, em equilíbrio, de modo que estes não sofram pressão injusta daquele e aquele não padeça das atividades contrárias destes.

Como todo equilíbrio, difícil de manter-se, facilmente rompível, instável. Mas, nem por isso, menos desejado e desejável.

<sup>25</sup> Id. *ibid.* nota 91.

<sup>26</sup> *Constituições políticas de diversos países*. Int., org. e trad. de Jorge Miranda. INCM, 1975. p. 230.

A emergência só se pode declarar, portanto, quando em risco a estabilidade do regime, quer pela ação interna, quer externa.

Vale frisar, aliás, que, segundo se depreende da análise dos tratadistas, se encontrará a origem do debate em torno da proposição da emergência constitucional muito mais no temor da emergência externa do que interna. Quando De Gaulle, por exemplo, propôs sua introdução na Constituição Francesa, ainda que, como lembra Burdeau, ele entendesse “evitar que, em circunstâncias análogas às de julho de 1940, o País estivesse desprovido de órgãos regulares”,<sup>27</sup> parece-nos muito mais certo que “a eventualidade de uma guerra atômica foi tomada em consideração: algumas bombas (textual) sendo suficientes para paralisar o funcionamento normal dos órgãos do Estado”.

O certo é que os perigos internos são hoje, no Estado de direito, e na maioria, senão na totalidade dos países, muito mais graves do que os externos: porque há uma permanente ameaça das forças que o querem subverter, quer da direita, quer de esquerda, ameaça que exige esteja o poder em condições de atender, a curtíssimo prazo, a todas as necessidades de prevenção ou reparação do mal, iminente ou declarado, mas sempre eminente.

Além disso, enquanto os perigos da ação externa são quase sempre ostensivos, e tocam de perto a todos os cidadãos do país, criando mesmo um clima de natural reconhecimento da necessidade da concessão dos poderes excepcionais, os riscos internos não só não se evidenciam, em ação ostensiva, como não atingem, obviamente — pelas próprias divergências naturais quanto à política interna — aquela compreensão geral da necessidade de sua decretação.

## 12. A emergência e o fortalecimento do Executivo

A consagração da emergência constitucional conduziu, inevitavelmente, ao fortalecimento do Executivo, que, como tal, é o responsável pela tomada das decisões de execução, o que não implica nem impede que o Legislativo seja chamado a colaborar efetivamente no exame das condições de sua decretação, ainda que, *a posteriori*, já que, geralmente, o exame prévio das circunstâncias fica à disposição do Executivo, como não pode nem deve impedir que o judiciário seja, afinal, convocado a se pronunciar sobre os possíveis desvios ou abusos de sua decretação, ou execução.

Se se deve aceitar que, em princípio, é o Executivo o senhor da oportunidade da decretação das medidas excepcionais, não resta, porém, dúvida de que:

- a) não o pode fazer sem a ocorrência, fundada em elementos seguros da emergência;
- b) não pode exceder os limites da defesa do regime e das instituições, nem quanto à natureza das medidas, nem quanto à extensão no espaço e duração no tempo — necessárias e suficientes;
- c) não se pode furtar ao controle político do Legislativo, ainda que *a posteriori*;
- d) não pode fugir ao controle jurisdicional, que repare desvios ou abusos.

<sup>27</sup> Burdeau, Georges. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris, 1976. p. 635.

Dentro dessa conceituação que, em verdade é muito mais teórica do que real, e, por isso mesmo, de execução árdua, há de entender-se a emergência constitucional no Estado de direito. A matéria tem sido largamente debatida e, pode se dizer, raramente outra terá propiciado tão amplas discussões, a ponto de Jean Boulois<sup>28</sup> afirmar que “é, seguramente, aquela que deu lugar à mais abundante literatura jurídica e política”.

O fato de os poderes excepcionais, tais como previstos, em geral, importarem em autêntica “ditadura constitucional” (como lhe chamam Prèlot<sup>29</sup> e Burdeau<sup>30</sup>) haveria de suscitar interesse especial. Tanto mais quanto quase todas as nações, para não dizer todas, experimentaram ou experimentam crises semelhantes do regime, e algumas sucumbiram do mal.

Daí a importância do estudo, e da introdução do conceito de “Estado de necessidade” no direito constitucional, com intensidade semelhante à que lhe emprestou primeiro o direito penal, e depois o direito internacional público, e o direito civil.<sup>31</sup>

Não há, porém, que esquecer os riscos do abuso do recurso ao Estado de necessidade, que acaba perdendo o caráter de medida excepcional para tornar-se meio habitual de governo, como diz Geneviève Camus,<sup>32</sup> “solução de facilidade, tontação permanente”.

### 13. O art. 16 da Constituição francesa

O caso mais conhecido e estudado, dentre os significativos da adoção dos poderes excepcionais desse Estado anormal, é o do art. 16 da Constituição Francesa de 1958. Transcrevamo-lo:

“Art. 16. Lorsque les institutions de la République, l’indépendance de la Nation, l’intégrité de son territoire ou l’exécution de ses engagements internationaux sont menacées d’une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances après consultation officielle du Premier Ministre, des présidents des Assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel.

Il en informe la Nation par un message. Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d’assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d’accomplir leur mission. Le Conseil Constitutionnel est consulté à leur sujet. Le Parlement se réunit de plein droit. L’Assemblée Nationale ne peut être dissoute pendant l’exercice des pouvoirs exceptionnels.”

Os autores concordam que, no exercício dos poderes outorgados ao presidente da República, goza este de “competência discricionária”, pois, “se a avaliação do perigo que a integridade do território corre pode impor-se por considerações objetivas, não é assim quando se trata de ameaça às instituições”.<sup>33</sup>

<sup>28</sup> Prèlot, M. & Boulois, Jean. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. 6. ed. Pariz, Dalloz, 1975. p. 685.

<sup>29</sup> Prèlot, M. & Bonlois, Jean. *op. cit.* p. 702, n.º 470.

<sup>30</sup> Burdeau, Georges. *Traité...* *op. cit.* 1974. t. 8.

<sup>31</sup> Camus, Geneviève. *L’Etat de nécessité en démocratie*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965. p. 14 e segs.

<sup>32</sup> *Id. ibid.* p. 65.

<sup>33</sup> Burdeau, Georges. *Droit constitutionnel...* *op. cit.* p. 636.

Da mesma forma, quanto à sua extensão (salvo quanto à reforma da Constituição), são ilimitados, já que ele tomará “as medidas exigidas pelas circunstâncias”.

Também por isso há que cercar-lhe a aplicação do máximo de garantias, (Prélot e Boulois<sup>34</sup>) o que não impedirá, como não impediu, na França, quando de sua aplicação, em 23.4.1961, por De Gaulle, no caso da Argélia, que essas medidas possam ser desvirtuadas.<sup>35</sup>

Nessa hipótese, por exemplo, a decretação se deu em 23 de abril de 1961, e embora o golpe de força houvesse malogrado em 25 de abril, perdurou até 30 de setembro.

A obrigatoriedade da consulta oficial ao primeiro ministro e aos presidentes das assembléias e do conselho constitucional significa apenas a audiência, não o acatamento às opiniões que emitam: o presidente da República, na França, é juiz exclusivo da oportunidade a alcance das medidas a tomar, “o juiz único da volta ao funcionamento normal da Constituição”.<sup>36</sup>

Os estudos especializados — entre eles os de Geneviève Camus, já citado, e o de Mich le Voisset,<sup>37</sup> analisando amplamente os vários aspectos do problema, chegam a conclusões semelhantes.<sup>38</sup>

Outros exemplos, como: o do art. 77 da Constituição Italiana de 1947, autorizando a edição de decretos-leis, nas condições que indica; o do art. 48 da Constituição de Weimar, ou o art. 81 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, instaurando o “Estado de necessidade Legislativa”, no qual a recusa a projeto declarado urgente não lhe impede a promulgação, desaparecendo a dieta federal como poder de decisão (o que pode ter graves consequências), ou a Constituição de Marrocos de 1972, e outros que não têm a mesma extensão, nem caracterizam, de modo tão evidente, a emergência constitucional, como o art. 16 da Constituição Francesa, que, além do mais, já sofreu a experiência do caso da Argélia, propiciando amplo debate em todas as áreas.

#### 14. *Pressupostos da emergência constitucional: dificuldade de fixação*

Não há negar, pois, a esta altura, que se impõe o regime democrático, instaurado em Estado de direito, preveja para sua segurança os processos e instrumentos de defesa, criando mecanismo excepcional, que possa ser acionado imediatamente, em caso de crise que ponha em risco as instituições.

Há, contudo, de, respeitada aquela margem de discricionariedade, na qual é impossível avaliar exatamente os motivos que caracterizam a situação que exige a excepcionalidade, examinar as condições ocorrentes, tendo em vista, além do ensinamento da doutrina, as peculiaridades nacionais.

<sup>34</sup> Prélot, M. & Boulois, Jean. op. cit. p. 686.

<sup>35</sup> Duverger, Maurice. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Presses Universitaires de France, 1975. t. 2, p. 227.

<sup>36</sup> Cadart, Jacques. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975. t. 2, p. 816-22.

<sup>37</sup> Voisset, Michele. *L'Article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969.

<sup>38</sup> Ver nosso ensaio sobre Emergências Constitucionais — alcance, limites e garantias. Aula Magna da Faculdade de Direito da Universidade de Juiz de Fora, em 3.3.78.

Verificadas, inicialmente, a excepcionalidade e a urgência — traços essenciais — pois, de outra forma, não demandariam emergência, nem poderes anormais, excepcionais — fora de regra, de exceção — haveria que estabelecer, desde logo:

1. alcance — medidas fora da normalidade, que podem ser admitidas;
2. limites — duração no tempo, determinada, para que a exceção não se torne regra, comum, e a emergência não se torne permanência;
3. garantias — vencido o ciclo de atuação, retornar-se-á à normalidade, e os poderes excepcionais se manterão dentro das normas que lhe forem prefixadas, aceita a supervisão, *a posteriori*, de um órgão estranho ao seu exercício.

Precisamente nessas três ordens, em termos objetivos, cifram-se as dificuldades de sua fixação, e, como consequência, do controle a que deve estar sujeito.

Vários são os riscos, de toda ordem, das emergências constitucionais: o primeiro, é que excedam o alcance que lhes é previsto, alargando as medidas autorizadas; o segundo, é que se prolonguem mais do que o necessário, quando não indefinidamente; o terceiro, que não haja correção possível para os excessos cometidos, difícil como é a caracterização desses, quando se trata de atos discricionários.

Em todos os exemplos conhecidos, esses obstáculos se verificaram, sem que tivesse sido possível estabelecer a forma de preveni-los e evitá-los. É que o poder que é armado da emergência constitucional, por isso mesmo, se faz sobreexcelente; demais disso, não é fácil delimitar o que se faz essencial ao seu uso, do que é consequência natural do uso, nele implicado, ou excesso deliberado. Como é difícil delimitar o abuso injustificável em face de consequências imprevistas e involuntárias — aquele imputável ao poder que o praticou, e essas não imputáveis, porque aleatórias.

O que tem caracterizado a fixação nos textos constitucionais das emergências e poderes excepcionais, tem sido, precisamente... a imprecisão, o vago, o indefinido. O texto francês, por exemplo, refere-se a “les mesures exigées par les circonstances”, numa indefinição, imprevisão e vaguidade que autorizam todas as interpretações, usos e ampliações, ao sabor de quem é destinatário delas.

Não é de estranhar, pois, que os estudiosos da matéria tenham salientado os excessos que se cometeram quando de sua utilização no caso da Argélia, pelo General De Gaulle: a isto conduziria, normalmente, o texto do artigo.

Ora, se tal ocorreu na França, país de tradições democráticas e liberais, onde o exercício dos poderes sempre mereceu rígido controle, que se dizer dos demais, e, sobretudo, daqueles que não se encontram em condições idênticas?

Há, portanto, que, tanto quanto possível, estabelecer, objetivamente, as medidas que podem ser tomadas. Antes de mais, será conveniente determinar que, precedendo a adoção da medida — como, aliás, prevê o art. 16 da Constituição Francesa de 1958 — o presidente da República consulte oficialmente as altas autoridades nacionais. No caso francês, designaram-se o primeiro ministro, os presidentes das assembléias e do conselho constitucional.

Variando a organização constitucional, poder-se-iam prever os chefes dos demais poderes: os presidentes das câmaras do Congresso e o da Corte Suprema, ou equivalentes.

De qualquer modo, repita-se, ouvir não significa necessariamente acatar, atender, mas, pelo menos, receber as ponderações, sentir a opinião. Para que o presidente não delibere, decida, sem que outros tenham, pelo menos, a oportunidade de apresentar-lhe as razões que julguem necessárias.

## 15. *Limites e garantias*

E quais seriam essas medidas, *grosso modo*? A suspensão de garantias constitucionais do cidadão (*habeas-corpus*), censura prévia à imprensa, prisão sem culpa formada, etc.; adiamento de eleições marcadas; suspensão de imunidades parlamentares; intervenção em Estado-Membro; mobilização geral; requisição compulsória etc.

Por outro lado, há também que prever limites de tempo à atuação com base nos poderes excepcionais, para que não se prolonguem além do estritamente necessário. E aqui, temos dois problemas importantes; 1. a fixação da duração dos poderes que a normalidade desejaria encurtar e o destinatário, alongar; 2. a questão do efeito continuado do exercício dos poderes, quando já se tenham findado.

Parece-nos que a duração deve ser a estritamente necessária à normalização, o suficiente para que não se frustre a atuação. E admitindo que, tão logo possa, se retorne ao uso normal dos direitos e garantias. Limites máximos, contudo, devem ser postos a essa atuação: não debelada a crise, dentro do prazo máximo, é sinal que o poder não tem condições de fazê-lo. E então não hão de ser poderes excepcionais a ele conferidos que o permitirão.

O outro problema, por certo, envolve o próprio exame do controle dos atos praticados: utilizado o poder excepcional, seus efeitos se prolongam, às vezes, muito além do prazo de sua vigência. Há que se verificar os que devem continuar vigendo e os que devem findar com a vigência dos poderes utilizados. A matéria deverá ficar à decisão dos órgãos de controle político, administrativo ou jurisdicional.

Aqui surge a questão final: a das garantias que abrange não apenas as relativas à volta à normalidade, como as de que os abusos e excessos acaso cometidos no uso dos poderes excepcionais serão corrigidos e reparados.

Evidentemente que, quanto à primeira parte — a volta à normalidade — não é dado que se possa debater: é pressuposto do regime democrático e da concessão dos poderes excepcionais. Admitir o contrário, é negar o regime.

Quanto à segunda, parece-nos que o controle terá de fazer-se nas três órbitas em que é possível, após o término do prazo de sua utilização, e inclusive analisando esse dado.

Em alguns casos, bastará o controle administrativo, que se fará naturalmente, com as correções e reparações que se imponham.

Em outros, imprescindível se fará a atuação jurisdicional, quando a pendência merecer solução incontroversa, que ponha fim a dúvidas e dificuldades.

E sempre se fará necessário o controle político — vale dizer, do órgão político por excelência, o Parlamento, ao qual caberá o amplo debate de causas e efeitos da situação a que se procurou obviar com a outorga dos poderes excepcionais.

É óbvio que esse controle parlamentar é o que examinará, sob todos os ângulos, os resultados, na amplitude que o debate político permite. E dele se tirarão as conseqüências e os ensinamentos para futuras emergências.

## 16. *Palavra final*

Os riscos da emergência, que ocorrem nos países de mais inveterada tradição democrática, têm de ser temidos ainda mais naqueles que, como o Brasil, ao

lado dos períodos de normalidade constitucional, registram hiatos de predomínio incontestável do poder discricionário, marcados pelo autoritarismo.

A respeito dos riscos da decretação dos poderes excepcionais, ver, por exemplo, Claude-Albert Colliard,<sup>39</sup> que analisa o “estado de urgência” na legislação especial e o art. 16 da Constituição Francesa.

O importante, e não fácil, é compreender que a existência dos poderes não deve levar ao barateamento de seu uso, para que, a qualquer provocação ou incidente, não se sinta o Governo autorizado a utilizá-los, como teme Geneviève Camus,<sup>40</sup> em palavras que merecem ser repetidas:

“La démocratie n’est pas un régime facile et l’ont peut se demander jusqu’à quel degré les citoyens sont capables d’en accepter les sujeitions pour en posséder les avantages. Car ce qui fait la grandeur de la démocratie en fait aussi la faiblesse. La démocratie, fondée sur une philosophie respectueuse des valeurs humaines et notamment de la liberté d’opinion de chacun, est nécessairement un régime de compromis, où les changements de règle juridique rendus indispensables par les transformations des idées ou des faits se font par des réformes toujours incomplètes plus que par des révolutions radicales.

A cette relative difficulté des modes démocratiques d’adaptation du droit aux réalités s’oppose la relative facilité des modes autoritaires, ou tout au moins plus expéditifs. Ce qui demanderait plusieurs mois pour être partiellement réalisé en démocratie sera totalement réalisé en quelques jours par quelqu’un qui bénéficie des pleins pouvoirs. L’état de nécessité apparait comme une solution de facilité, véritable tentation permanente devant les incertitudes et les attermoiments d’un régime démocratique. Une société qui a pu, grâce à lui, opérer les reconversions qui s’imposaient à elle aura tendance, tout naturellement, à faire de nouveau appel à ce moyen si pratique. La procédure démocratique de décision se trouvera peu à peu délaissée, jusqu’au jour ou cet abandon entrainera la disparition du fondement démocratique de l’Etat lui même.

Ce danger est particulièrement redoutable dans l’Etat moderne car des facteurs psychologiques et techniques s’y sont développés qui accentuent les besoins de facilité et d’efficacité issus du caractère nécessairement imparfait de la démocratie”.

## 17. Conclusões

1. As condições atuais do exercício do poder nos regimes democráticos exigem que eles se armem da autorização para o uso de poderes excepcionais, em defesa e segurança da própria estabilidade e sobrevivência das instituições, se, como e quando necessário.

2. O Estado de direito (tanto quanto se deve entender a expressão, em si mesma redundante — se não há Estado sem direito, nem direito sem Estado) só se caracteriza quando o direito legitima a ação do indivíduo (pessoa humana) e lhe consagra a atuação dentro de clima de liberdade, igualmente de oportunidade e segurança, e só lhe impõe os limites que à sociedade são necessários, em defesa dos interesses sociais reconhecidos ao Estado.

3. Assim, Estado de direito se confunde com Estado democrático, tal como na teoria e na prática entendido pela civilização ocidental; e distinto e antagônico à

<sup>39</sup> Colliard, Claude Albert. *Libertés publiques*. Paris, Dalloz, 1975. p. 120 e segs.

<sup>40</sup> Camus, Geneviève. op. cit. p. 65-6.

“legalidade socialista” e ao Estado socialista, que absorve o cidadão e o dissolve na concepção do Estado.

4. Dessa forma, se não há como falar em emergência constitucional no Estado autoritário, pois há nele a permanência dos poderes excepcionais na mão do chefe, há que reconhecer-lhe a necessidade do Estado democrático, para assegurar-lhe condições de defesa e sobrevivência ante os ataques, internos e externos, a que está permanentemente sujeito.

5. Impõe-se armar o órgão responsável pela salvaguarda dos direitos e segurança dos cidadãos e do Estado — no caso, o Poder Executivo — de poderes excepcionais para fazer face à emergência.

6. As circunstâncias que caracterizam a emergência, bem como os poderes conferidos, devem ser previstos tão exatamente quanto possível no texto constitucional, para que se evitem e coibam abusos e desvios de aplicação.

7. Se o Governo deve dispor dos meios prontos e eficazes para atender à emergência, devem ser os necessários e suficientes, respondendo o Poder pelos abusos ou excessos que cometer: política, administrativa e jurisdicionalmente.

8. Para isso, o texto autorizativo do uso dos poderes excepcionais deve estabelecer:

- a) sua extensão e alcance;
- b) a audiência prévia dos demais órgãos representativos do poder nacional;
- c) a duração máxima de sua utilização e a garantia da volta à normalidade, vencido o prazo;
- d) a obrigatoriedade de prestação de contas ao órgão político da representação popular;
- e) a responsabilidade política, administrativa e jurisdicional pelos excessos ou desvios cometidos.

## **O BELTRÃO MANDOU.**

Mandou desburocratizar o país. Mandou economizar o papelório. Leia e desburocratize, você também, as comunicações na sua empresa.

