

**XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI GOIÂNIA – GO**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

ERIBERTO FRANCISCO BEVILAQUA MARIN

FERNANDO LOBO LEMES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.

Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuriçuba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSC – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.

José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul) Prof. Dr. Caio

Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C755

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara

Eriberto Francisco Bevilaqua Marin

Fernando Lobo Lemes – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-766-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Universidade Federal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
<https://www.ufg.br/>

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição e Democracia I, durante o XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado em Goiânia-GO, de 19 a 21 de junho de 2019, sob o tema geral: “Constitucionalismo crítico, políticas públicas e desenvolvimento inclusivo”, evento realizado em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Goiás. Foram parceiros a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, a Escola Superior da Advocacia - OAB-GO, o Centro de Formação Jurídica da PGE-GO e a Universidade de Rio Verde (UniRV) e apoiadores o Centro Universitário de Goiás (UniAnhanguera), a Faculdade Sensu, a Faculdade Evangélica Raízes e o Centro Universitário de Anápolis (UniEvangélica).

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional, dos reflexos do constitucionalismo na atuação do Poder Judiciário e dos órgãos relacionados às funções essenciais à justiça e da discussão sobre a própria democracia.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares. Dessa forma, os 21 (vinte e um) artigos ora publicados, guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

No artigo intitulado “A DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE DE RISCO: UMA RELEITURA GARANTISTA DA CONSTITUIÇÃO A PARTIR DA NOVA HERMENÊUTICA”, as doutorandas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI-SC Mariana Faria Filard e Maria Lenir Rodrigues Pinheiro propõem uma releitura garantista da Constituição Federal, apontando a relevância de se proceder a uma nova hermenêutica constitucional no tocante à aplicação dos princípios e garantias fundamentais no âmbito do Direito Penal e Processual Penal. Buscaram, com o trabalho, uma abordagem

crítica da temática, conferindo dinamicidade ao Direito por meio da defesa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. A metodologia empregada quanto à fase de investigação foi o método indutivo, na fase de tratamento dos dados o cartesiano, com as técnicas do referente, da pesquisa bibliográfica e do fichamento, conforme diretrizes metodológicas para a concretização dos objetivos.

Em “A DEMOCRACIA BRASILEIRA E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: ANÁLISE DA SUA INTERVENÇÃO NAS FUNÇÕES TÍPICAS DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO”, o casal de pesquisadores Delfim Bernardes e Joana Cristina Paulino Bernardes ressaltaram que a integração da Ciência Política nos dias atuais é de uma importância ímpar no nosso ordenamento jurídico, trazendo novas diretrizes, em especial uma nova maneira de observar a democracia. Partindo de uma análise histórica da tripartição das funções clássicas do Estado, o conceito de democracia foi investigado sob a ótica da outorga de poder do povo aos representantes. Também está presente no artigo o tema da judicialização e o ativismo judicial no sistema democrático brasileiro, em que o Judiciário interpreta a aplicação da norma existente sem invadir a esfera de competência dos demais Poderes. Foi utilizado o método indutivo-dedutivo e revisão bibliográfica.

Por sua vez, Ridivan Clairefont de Souza Mello Neto, mestrando pelo Centro Universitário do Pará (CESUPA), e o pesquisador do mesmo Estado Renan Azevedo Santos, na pesquisa chamada “A EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A RELAÇÃO ENTRE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL”, investigaram em que medida a ampliação da jurisdição constitucional implica ou não em aprofundamento do ativismo judicial. Partiram de uma análise qualitativa bibliográfica centrada em comentadores do tema, avaliando a relação entre os mecanismos de controle constitucional e o processo de judicialização da política. Analisaram também, à luz de determinadas visões de democracia, a legitimidade ou não da atuação judicial em casos essencialmente políticos. Por conclusão, entenderam que a ampliação da jurisdição constitucional possibilitou expansão da atuação judicial, atuação esta que dependerá do papel que se atribui a cada um dos poderes, a depender da visão do fenômeno democrático.

Em mais um trabalho desta coletânea, foi analisada a Emenda Constitucional nº 95, que instituiu o Novo Regime Fiscal de congelamento dos gastos públicos. O objetivo principal foi analisar se o texto legal configura norma jurídica de efeito placebo. O estudo é delineado por pesquisa bibliográfica e documental e o método de abordagem o indutivo. A análise do conteúdo da norma que fixou o teto dos gastos públicos e da justificativa apresentada pelo autor do projeto, com a constatação relativa aos resultados parciais, desde a vigência dessa norma, induzem à conclusão de que a Emenda Constitucional do teto dos gastos públicos é

placebo jurídico. A pesquisa denomina-se “A EMENDA CONSTITUCIONAL DO TETO DOS GASTOS PÚBLICOS É PLACEBO JURÍDICO” e foi realizada por João Hélio Ferreira Pes, Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Já na investigação científica “A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO ELEMENTO TRANSFORMADOR DA SOCIEDADE”, Gregorio Menzel, mestrando pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, e Clayton Reis, seu Professor e membro do corpo docente do Programa de Pós-graduação em Direito pela mesma instituição, abordaram o conceito de função social da empresa, trabalhando a sua origem, seu regramento constitucional e as principais vertentes de interpretação da função social da empresa. Conferiram especial enfoque em perceber a empresa como um elemento transformador da sociedade, de forma a promover a justiça social.

De Minas Gerais veio o trabalho “A SEPARAÇÃO DE PODERES: A AUTONOMIA DO PODER LEGISLATIVO E A PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS PELO PODER JUDICIÁRIO”, escrito pelo Professor Doutor Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Professor do Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara, e o mestrando Reinaldo Caixeta Machado. O artigo faz uma análise da legitimidade legiferante do Poder Legislativo, ao mesmo tempo em que dá relevo à matéria ambiental. Em contraponto, traz o limite razoável de distanciamento do judiciário na implantação de políticas públicas ambientais. Como resultado, verificaram que, nas questões de cunho ambiental, nem sempre o judiciário está apto a fazer uma análise adequada do tema. No entanto, a razoabilidade mostrará quando deverá ser mantida a posição do judiciário relativamente às questões voltadas para a normatização de políticas públicas na proteção do meio ambiente. Valeram-se do método de raciocínio dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

Marcos Augusto Maliska, Professor Adjunto de Direito Constitucional do Programa de Mestrado em Direito do UniBrasil Centro Universitário, em Curitiba, e o Professor Hewerston Humenhuk, mestre em Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Universidade do Oeste de Santa Catarina, desenvolveram o instigante trabalho de pesquisa intitulado “AUTORITARISMO JUDICIAL”. Nele, afirmam que o movimento de “Lei e Ordem” deslocou o Poder Judiciário de uma perspectiva garantista para outra, de natureza punitivista, incorporando dois objetivos institucionais: os combates à corrupção na administração pública e à criminalidade em geral. O deslocamento da ideia de um juiz vinculado à lei, para um juiz comprometido com a efetividade da Constituição, levou ao voluntarismo jurisprudencial, caracterizado pela existência de decisões judiciais sem qualquer preocupação com a coerência e a integridade inerentes ao chamado direito

jurisprudencial. A combinação entre a incorporação de objetivos institucionais de moralização e ordem, e o voluntarismo jurisprudencial, degenerou em autoritarismo judicial.

A seu turno, no trabalho “DEMOCRACIA E AUTONOMIA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA QUE VIVEM EM CONDIÇÃO DE ASILAMENTO”, objetivou-se lançar luzes no estudo da inclusão social das pessoas com deficiências que vivem em condições de asilamento, sob a ótica da perspectiva democrática e da teoria dos custos dos direitos. Este estudo buscou investigar como pode o Poder Executivo materializar a democracia para as pessoas com deficiência asiladas. Lucas Emanuel Ricci Dantas, Doutorando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, e o Professor Ricardo Pinha Alonso, das Faculdades Integradas de Ourinhos, autores do texto, utilizaram, como análise comparativa, a história do Hospital Psiquiátrico de Barbacena-MG e o relatório internacional da ONG Human Rights Watch, cuja denominação é “Eles ficam até morrer”. Para o presente trabalho valeram-se de uma metodologia indutiva, com pesquisa bibliográfica, em livros, teses, dissertações e periódicos.

Em “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E SUAS LIMITAÇÕES EM ESTADO DE EXCEÇÃO”, Laísa Fernanda Campidelli e Isabela Fernanda dos Santos Andrade Amaral, mestrandas em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, abordaram, de forma qualitativa e explicativa, o conceito de direitos fundamentais, estado de exceção e estado de sítio. Realiza considerações sobre o desenvolvimento histórico, conceituação, importância e terminologia dos direitos fundamentais. Procederam à caracterização do estado de exceção, observando a teoria da necessidade, trazendo a discussão para o âmbito nacional, tratando sobre o estado de sítio, com suas condições, previsões e controle previstos constitucionalmente. Concluíram que o ordenamento jurídico que nasce para limitar o Estado, passa a legislar a favor deste, fornecendo instrumentos que o ajudam a atingir seus interesses, dando margem a abusos.

O artigo seguinte da lista rediscute, a partir das teorias da hegemonia de Chantal Mouffe e dos diálogos institucionais de Mark Tushnet, os fenômenos da judicialização da política (o político invadindo “indevidamente” o jurídico) e do ativismo judicial (o jurídico invadindo “indevidamente” o político). Também contesta a concepção usual de que o judiciário teria a “última palavra” na interpretação jurídica e defende uma maior proteção da democracia, pois é esta, não o judiciário, que, em última instância, protege os direitos. Concluindo que, para sua maior legitimidade e eficiência, deve então o Poder Judiciário receber novos influxos democráticos e estar sujeito a maior accountability, o doutorando em Direito pela

Universidade Federal de Minas Gerais Daniel dos Santos Rodrigues encerra a excelente pesquisa “JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DEMOCRACIA – UMA ANÁLISE A PARTIR DE CHANTAL MOUFFE E MARK TUSHNET”.

No que lhe concerne, a pesquisa “NEOCONSTITUCIONALISMO: RISCOS DEMOCRÁTICOS DA IDEOLOGIA QUE DOMINOU O DIREITO BRASILEIRO”, do mestre em Direitos Fundamentais na Universidade de Lisboa Raineri Ramos Ramalho de Castro, dispõe que apesar de dominar a cultura jurídica brasileira, não se sabe exatamente o que o neoconstitucionalismo é ou quais mudanças traz para o Estado democrático. Ao estudar os ensinamentos de diferentes autores neoconstitucionalistas, analisar suas concepções e compará-las às posições constitucionalistas tradicionais, o pesquisador concluiu que o neoconstitucionalismo nada mais é do que uma ideologia que estimula imenso ativismo judicial com a justificativa de proteger os direitos fundamentais. No entanto, para ele, o que o neoconstitucionalismo realmente faz é prejudicar a separação de poderes, promover a juristocracia e prejudicar severamente as proteções constitucionais elaboradas para assegurar o gozo dos direitos fundamentais, consequentemente fragilizando a democracia.

Elaborado por Andréia Garcia Martin, Professora da Universidade do Estado de Minas Gerais, no trabalho científico chamado “O ARRANJO INSTITUCIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSIBILIDADE PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: ANÁLISE DA PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA COM VISTAS À INCLUSÃO SOCIAL” é defendida a ideia de que o Estado Democrático de Direito inaugurado na Constituição Federal de 1988 evidenciou valores fundamentais sobre o tema, atuando como parâmetro das instituições estatais. Para a pesquisadora, a democracia permeada na Constituição apresenta-se numa dupla acepção: representativa e participativa. Assim, a finalidade de efetivar o direito fundamental à acessibilidade das pessoas com deficiência, neste estudo, buscou fomentar a participação nos processos de decisão política, na elaboração de políticas públicas deste seguimento, uma vez que a abertura ao diálogo e à participação deste grupo permite o alcance de sua inclusão social.

Mestre em Direito - UNIMEP/SP, Tamires Gomes da Silva Castiglioni e Everton Silva Santos, Professor da Faculdade de Americana-SP, analisaram o caso mais emblemático sobre “discurso de ódio” julgado pelo STF: o HC 82.424-2, caso “Ellvanger”. O principal tema tratado nesse julgamento foi o conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito à dignidade da pessoa humana, que prevaleceu na decisão. Já o RHC 134.682, caso “Abib” houve a mesma discussão de conflitos constitucionais, prevalecendo o direito à liberdade de expressão. Diante de tal discrepância, foram analisadas as vertentes que possibilitaram que dois casos semelhantes tivessem decisões distintas sob a ótica do princípio da

proporcionalidade. A interessante investigação tem o título “O CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DIGNIDADE DA PESSOA: UM ESTUDO SOBRE O HC 82.424-2/RS- O CASO ELLWANGER E O RHC 134.682/BA- O CASO ABIB”.

No artigo “O DISCURSO DO ÓDIO NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS: DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO OU VIOLAÇÃO À DEMOCRACIA?”, a liberdade de expressão é tratada como um valor primordial para todas as sociedades democráticas. À medida que a manifestação proferida por aquele indivíduo venha a ser invocada para violar outros direitos, faz-se necessário uma atuação estatal para coibir esse abuso de direito e manter a ordem pública. Na pesquisa, elaborada pelo Professor da Universidade Federal de Sergipe Lucas Gonçalves da Silva e por Carla Vanessa Prado Nascimento Santos, da Universidade Cândido Mendes, utilizou-se o método dedutivo e bibliográfico, para restar comprovado que esses limites não visam tolher a liberdade de manifestação de pensamento, mas, sim, proteger a ordem da sociedade pluralista em que vivemos, pois o Estado não pode ser condizente ou omissivo diante de discursos que ferem direitos de outras pessoas.

Já no interessante trabalho “OS ARGUMENTOS RELIGIOSOS NA ESFERA PÚBLICA”, Rafael Esteves Cardoso, mestre pela Universidade Católica de Petrópolis, e Catarina Cruz Salles, mestranda em Direito e Políticas Públicas na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, investigaram o espaço e a valia dos argumentos religiosos na esfera pública, para a colaboração na formação e desenvolvimento de objetivos comuns em uma sociedade. Inicialmente, analisaram a perspectiva liberal de Ronald Dworkin, com foco para as responsabilidades individuais na solidificação dos valores democráticos. Em contraposição, foram avaliadas as propostas de Charles Taylor, segundo o qual é possível, e de certo modo inevitável, a inserção de argumentos religiosos nos debates públicos e na delimitação dos destinos compartilhados pelos membros de um determinado grupo social. A pesquisa foi desenvolvida através de pesquisa bibliográfica direta.

O Professor Emanuel de Melo Ferreira, da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, em “OS LIMITES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL PREVENTIVO – UMA DEFESA DE SUA TOTAL PROSCRIÇÃO EM FACE DOS PROJETOS DE LEI”, analisou os limites do controle de constitucionalidade judicial preventivo, defendendo a inconstitucionalidade de qualquer forma de controle sobre os projetos de lei. A questão central do texto, assim, pode ser formulada dessa maneira: a Constituição Federal admite que o controle judicial preventivo tenha como objeto de controle

um projeto de lei, mesmo que se busque efetivar um controle meramente formal? A pesquisa refere-se, assim, à separação e poderes no bojo do processo constitucional, devendo ser analisada a partir de autores que levam à relação entre direito e política a sério.

No artigo “PARTICIPAÇÃO POPULAR NA REFORMA CONSTITUCIONAL”, Marcelo Negri Soares, do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito UniCesumar, e o mestrando da mesma instituição Raphael Farias Martins, estudaram a passagem do homem do estado de natureza ao estado constitucional. Apresentaram a forma do nascimento de uma Constituição e como esta norma de fundamental importância pode ser alterada. Analisaram, ainda, o princípio da soberania popular, bem como verificaram se o povo pode requerer a modificação do texto constitucional, sendo ele o titular de todo poder.

Letícia da Silva Almeida, da Faculdade Pitágoras, e o pesquisador Danilo Felício Gonçalves Ferreira, em “POR UMA REFLEXÃO A RESPEITO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY, PELA PERSPECTIVA DO ART. 37 CAPUT DA CR/88”, traçaram considerações a respeito do conceito de norma, princípio e regra de Robert Alexy, com fim de buscar construir um conceito mais afunilado sobre o que seria princípio e regra, dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Mesmo parecendo já ser pacíficas constatações, esse tema é de relevância extrema, uma vez que, a cada dia, se enfrenta mais o problema do pan-principiologismo. Para tanto, a conceituação proposta acarreta em considerações acerca do art. 37, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil. Utilizou-se o método científico dedutivo por meio da pesquisa bibliográfica.

A seu turno, na pesquisa “REFLEXÕES SOBRE AS REGRAS CONSTITUCIONAIS DA COMUNICAÇÃO NA BOLÍVIA, VENEZUELA, MÉXICO E BRASIL”, Ruth Carolina Rodrigues Sgrignolli, Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, e a Professora Michelle Asato Junqueira, da mesma instituição, ressaltam que a liberdade de expressão é um direito humano que além de garantir o pensar livremente é um baluarte da democracia. Analisaram a disposição específica da liberdade de expressão de quatro países da América Latina, sendo dois deles países com grupos de comunicação mundialmente relevantes (Brasil e México) e dois países bolivarianistas (Venezuela e a Bolívia) e o ambiente em que se inserem. Para o objetivo proposto realizaram uma análise bibliográfica e legislativa da previsão constitucional dos países mencionados, sob o método descritivo, de análise qualitativa para a produção acadêmica e quantitativa para as Constituições.

Letícia Alonso do Espírito Santo, mestre pela Universidade Federal de Juiz de Fora, na pesquisa “UMA LEITURA PÓS-POSITIVISTA DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE”,

analisou o posicionamento do Princípio da Publicidade no ordenamento jurídico brasileiro, sua origem e recepção. O trabalho apresenta uma análise introdutória à temática, pretendendo verificar o âmbito de criação da denominada Lei de Acesso à Informação e sua decorrência direta do clamor social por maior transparência dos atos públicos. As nuances do sistema legal de acesso foram introduzidas pela Constituição e consolidados na Lei nº 12.527/2011, sob uma perspectiva de valores fundamentais, que rompem com a institucionalização da exceção e do segredo no âmbito dos atos administrativos.

Por fim, em “UMA RELEITURA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES À LUZ DA TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS”, o Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná Eliezer Gomes Da Silva e a mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná Simone Valadão Costa e Tressa, a partir das problemáticas de hermenêutica e mutação constitucional, apresentaram um novo olhar sobre o princípio da separação de poderes, notadamente em razão da decisão do Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar da ADPF nº 347 que consagrou a aplicação, no Brasil, da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, criada pela jurisprudência constitucional colombiana. Sob tais parâmetros, o artigo discutiu a necessidade de reformulação da interpretação do princípio da separação de poderes, abordando o estudo do compromisso significativo e a teoria dos diálogos institucionais.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores

Prof. Dr. Eriberto Francisco Bevilaqua Marin – UFG

Prof. Dr. Fernando Lobo Lemes - Faculdade Raízes

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E SUAS LIMITAÇÕES EM ESTADO DE EXCEÇÃO

FUNDAMENTAL RIGHTS AND GUARANTEES AND LIMITATIONS IN EXPOSURE STATUS

Laísa Fernanda Campidelli ¹

Isabela Fernanda dos Santos Andrade Amaral ²

Resumo

O presente trabalho aborda de forma qualitativa e explicativa o conceito de direitos fundamentais, estado de exceção e estado de sítio. Realiza considerações sobre o desenvolvimento histórico, conceituação, importância e terminologia dos direitos fundamentais. Procedeu à caracterização do estado de exceção, observando a teoria da necessidade, trazendo a discussão para o âmbito nacional, tratando sobre o estado de sítio, com suas condições, previsões e controle previstos constitucionalmente. Concluiu-se que o ordenamento jurídico que nasce para limitar o Estado, passa a legislar a favor deste, fornecendo instrumentos que o ajudam a atingir seus interesses, dando margem a abusos.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Garantias fundamentais, Estado de exceção, Estado de sítio, Limitação estatal

Abstract/Resumen/Résumé

The present research approaches from a qualitative and explanatory way the concept of fundamental rights, state of exception and state of siege. It makes considerations about the historical development, conceptualization, importance and terminology of fundamental rights. It characterizes the state of exception, observing necessity theory; bringing the discussion to the national level, approaching the state of siege, with its conditions, forecasts and control provided constitutionally. It was concluded that the legal system that is born to limit the State, starts to legislate in favor of it, providing instruments that help to reach its interests, giving rise to abuses.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Fundamental guarantees, State of exception, State of siege, State limitation

¹ Mestranda em direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Graduada em direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Bolsista CAPES. Integrante do grupo de pesquisa GP CERTOS. E-mail: laisacampidelli@gmail.com.

² Mestranda no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Graduada em Direito pela Toledo Prudente Centro Universitário. Bolsista CAPES.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são os direitos positivados necessários para garantir uma vida com dignidade, impondo limites e deveres ao Estado para que isso possa ser concretizado. A sua própria história anda em conjunto com a luta contra o absolutismo e o reconhecimento dos direitos inerentes ao homem. Entretanto, ainda é possível que tenham a sua garantia de efetivação suspensa como resultado de uma necessidade do Estado. É o que acontece nos estados de exceção. No Brasil, são efetivados com a decretação do estado de necessidade ou estado de sítio, sendo este último o mais gravoso.

Este trabalho consiste em uma pesquisa explicativa e qualitativa, na qual foram utilizados os métodos histórico e dedutivo e as técnicas de pesquisa documental e bibliográfica, ao analisarmos documentos legislativos, livros e artigos.

Possui o objetivo de abordar com ocorre a limitação de direitos fundamentais, principalmente no Brasil, devido à necessidade ou interesse do Estado, ressaltando que esse fato contraria o desígnio primário da positivação dos referidos direitos durante o movimento de constitucionalização.

Dessa forma, discorreremos sobre os direitos fundamentais, abordando sua origem e importância, passando por sua evolução através dos anos. Além disso, distinguiu-se a tênue diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos, referentes à nomenclatura usada em nível interno e no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Em seguida, realizamos uma breve análise sobre o estado de exceção, abordando seus conceitos, suas características e a teoria da necessidade, que tem sido estudada desde o século XII, a qual legitimaria as ações adotadas durante esse período.

Por fim, fazemos menção aos instrumentos jurídicos de exceção, conferindo maior ênfase ao estado de sítio, relacionando as condições para a suspensão das garantias de direitos fundamentais durante sua vigência e, por fim, falamos brevemente sobre como as medidas tomadas durante o estado de sítio poderão ser controladas.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em um primeiro momento se faz relevante explicitarmos a escolha do termo “direitos fundamentais”, haja vista que existem diversas nomenclaturas para indicar o mesmo núcleo de direitos essenciais à vida de qualquer pessoa.

Eles garantem que seja respeitado e fornecido o necessário para as pessoas viverem e se desenvolverem de forma digna. Tais direitos são pertencentes às pessoas pela sua característica da humanidade. Com mais clareza Comparato (2010, p. 24) dispõe:

Ora, essa convicção de que todos os seres humanos têm direito a ser igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada.

Quanto às terminologias possíveis, Bittar (2015, l. 699-702) indica que podemos encontrar “direitos do homem”, “direitos fundamentais da pessoa”, “direitos humanos”, “direitos inatos”, “direitos essenciais da pessoa”, “liberdades fundamentais” e, especialmente, “direitos de personalidade” e “direitos da personalidade”.

Entretanto, a doutrina estabeleceu diferentes conceituações, principalmente concernente à esfera de aplicação, aos diferentes termos referidos. Entre os mais usuais estão os “direitos humanos”, “direitos fundamentais” e “direitos da personalidade”.

Procurando encetar a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos, e adotando uma visão jusnaturalista, Bittar (2015, l. 727-732) estabelece que:

Os direitos fundamentais distanciam-se dos direitos humanos, com respeito ao plano, pois, conforme se expôs, os direitos inatos ou direitos naturais situam-se acima do direito positivo e em sua base. São direitos inerentes ao homem, que o Estado deve respeitar e, por meio do direito positivo, reconhecê-los e protegê-los. Mas esses direitos persistem, mesmo não contemplados pela legislação, em face da noção transcendente da natureza humana. Já por direitos fundamentais entendem-se os direitos reconhecidos e ordenados pelo legislador: portanto, aqueles que, com o reconhecimento do Estado, passam do direito natural para o plano positivo.

Nessa perspectiva, os “direitos humanos” estariam mais próximos ao ideário de direitos naturais do homem, os quais são entendidos como existentes e válidos mesmo sem a procedência de previsão escrita. Essa nomenclatura é a adotada ao nos referirmos a esse aglomerado de direitos em esfera internacional. Já os “direitos fundamentais” são aqueles positivados na Lei Maior de um Estado. Silva (2005, p. 178) esclarece que tal expressão:

Além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Portanto, os direitos humanos, pelo fato de serem positivados em âmbito supranacional, trazem o essencial à proteção aos direitos dos homens, enquanto os direitos

fundamentais, além dos embasamentos trazidos do direito internacional, contém em si os direitos e garantias que o Estado em questão considera necessários para a vivência digna do ser humano.

Por sua vez, os direitos da personalidade seriam aqueles inseridos na legislação infraconstitucional, principalmente no Código Civil, por serem garantias horizontais, ou seja, direitos que se ocupam em regular as interações existentes entre as pessoas (BITTAR, 2015, l. 710).

Devido à intenção do presente estudo de abordar possíveis limitações circunstanciais conferidas a esse conglomerado de direitos vitais à garantia da dignidade humana em seara constitucional nacional, o termo mais adequado a ser adotado se perfaz em “direitos fundamentais”.

2.1 Consolidação dos Direitos Fundamentais

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 nomeia seu Título II como “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, sendo esta a carta de direitos que tem suas previsões atingidas pelas limitações empreendidas pelos estados de exceção, ficando mais que justificada a utilização da nomenclatura empregada doravante.

Esses direitos têm sua evolução em conjunto com a história da humanidade. Na Antiguidade, acreditava-se que existiam leis eternas, não escritas, concedidas aos homens como presentes dos deuses. Portanto, mesmo não sendo positivados, havia garantia de direitos considerados inatos ao ser.

A essência desse pensamento fica clara na obra *Antígona*, de Sófocles (2008, p. 69), nela a protagonista, que dá nome a obra, invoca os direitos naturais contra o édito do rei para que lhe fosse possível realizar os ritos fúnebres para o irmão morto:

Sim, pois não foi decisão de Zeus; e a Justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas, jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; tampouco acredito que tua proclamação tenha legitimidade para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas, nunca escritas, porém irrevogáveis; não existem a partir de ontem, ou de hoje; são eternas, sim! e ninguém pode dizer desde quando vigoram!

A ideia de uma lei superior à vontade humana esteve presente durante todo o período da Idade Média, época na qual começou a positivação de direitos e o movimento rumo ao constitucionalismo.

A marcha dos barões ingleses sobre Londres resultou na assinatura da *Magna Charta Libertatum*, documento pioneiro na defesa de liberdades, que impôs ao Rei João Sem Terra limitações às suas ações arbitrárias e opressoras. Ainda hoje, três de suas sessenta e três disposições possuem validade na Inglaterra. Durante o século XVII, houve o desenvolvimento dessa ideia com o *Petition of Right*, de 1628, momento que alguns autores determinam como pré-história constitucional (CANOTILHO, 1993, p. 61).

Após a Magna carta, outros documentos constitucionais ingleses tiveram importância para a transição do direito abstrato para a política concreta, como o *Petition of Rights*, de 1628, e o *Bill of Rights*, de 1689. Segundo Horta (1999, p. 211), esses documentos, principalmente o último, “(...) atendia ao objetivo fundamental de limitar o poder do Estado pela submissão dele aos direitos individuais, que se colocavam acima do Estado”.

Em seguida, a Revolução Francesa marca de maneira acentuada o Estado Moderno com a queda da Bastilha e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no ano de 1789 (CAMBI, 2016, p. 21). Uma nova ideologia é criada com o referido documento. Com o objetivo de impor limite ao chefe de Estado, foi elaborada uma Constituição escrita que estabelecia a tripartição de poderes e os direitos fundamentais da liberdade e da igualdade dos cidadãos.

2.2 Direitos Fundamentais no Pós Segunda Guerra Mundial

O Direito Constitucional tem seu enfoque alterado na segunda metade do século XX, devido às atrocidades cometidas contra a raça humana durante a Segunda Guerra Mundial, passando a ter as garantias fundamentais relevância mais expressa.

Sarmento (2009, p. 3) observa que os regimes autoritários, a pressão política e a violação reiterada aos direitos fundamentais alastraram-se no século XX, sendo o nazismo o ato mais agressivo, na Segunda Guerra Mundial, momento em que foi possível notar que as maiorias políticas podem fomentar a incivilidade e crueldade contra as minorias eleitas. Procurando evitar que se restabelecesse esta configuração política, as novas constituições evidenciaram a normatividade constitucional e trouxeram no seu corpo instrumentos de proteção dos direitos fundamentais, até mesmo em face do legislador. Portanto, as constituições contemporâneas

[...] introduziram de forma explícita em seus textos elementos normativos diretamente vinculados a valores - associados, em particular, à dignidade humana e aos direitos fundamentais - ou a opções políticas, gerais (como a redução das desigualdades sociais) e específicas (como a prestação, pelo Estado, de serviços de educação). (BARCELLOS, 2005, p. 85)

Nesse tempo, conforme explana Sánchez (2007, p. 10), as constituições passam a estabelecer direcionamento para a atuação do Estado ao indicar determinadas finalidades e objetivos. Podemos dizer que começam a ir além de questões estruturais e objetivas, como determinar os poderes públicos e suas competências, para zelar por questões materiais e subjetivas, como a manutenção e inviolabilidade da dignidade humana.

Um Estado, devido a este novo aspecto, somente será considerado constitucional quando for fruto da legitimidade democrática, apresentando instrumentos que garantam a limitação do poder e a efetividade dos direitos apreciados no texto constitucional (PASTOR e DALMAU, 2010, p. 15).

Com a efetivação dos direitos fundamentais, busca-se concretizar o Estado Democrático de Direito. Para tanto, conforme indica Cambi (2016, p. 28), as Constituições realizam o papel de indicar as direções que devem ser seguidas para a realização de mudanças sociais

No caso do Brasil, a “carta de direitos” se encontra no Título II da Constituição. Devido ao caráter rígido da Constituição brasileira, os direitos e garantias fundamentais são bem protegidos, sendo prevista a impossibilidade de deliberação de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais¹.

Dessa forma, os direitos fundamentais presentes em nossa Lei Maior não são apenas normas programáticas ou orientações do que se almeja, em realidade os direitos e garantias fundamentais são dotados de aplicação imediata prevista no § 1º, artigo 5º, do referido texto.

Sarlet (2010, p. 271), ao analisar a aplicabilidade e a eficácia dos direitos fundamentais, muito habilmente, aduz que:

Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado no art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita

¹ Art. 60.

(...)

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

(...)

em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição.

Em suma, os princípios e garantias são as normas constitucionais que gozam de maior indispensabilidade, exigindo observância e respeitabilidade constantes. Atitude oposta e constrangimentos aos direitos fundamentais constituem grave violação à ordem constitucional, cabendo ao Poder Judiciário intervir em atitudes dos Poderes Legislativo e Executivo que possam apresentar ameaça.

3 ESTADO DE EXCESSÃO

Em que pese a grande importância dos direitos fundamentais, que além de garantir a efetivação da dignidade humana apresentam limitação aos poderes estatais, eles ainda podem sofrer restrições em interesse do próprio Estado. Além de limitações sofridas por determinação judicial, após o devido processo legal, há aquelas que são adotadas em situações mais extremas e urgentes, categorizadas como estado de exceção.

Dessa maneira, o estado de exceção é configurado quando, em decorrência de circunstâncias incomuns, críticas e inesperadas, é determinada a suspensão de partes específicas ou integralidade da Constituição. Quando isso ocorre, é comum que direitos e garantias fundamentais também sejam suspensos. A título de exemplo de direitos comumente suspensos em estado de exceção, podemos apontar a liberdade de locomoção, liberdade de expressão, liberdade de comércio, garantia de propriedade e direitos políticos (MATOS e CARDOSO, 2012, p. 12-13).

Não há possibilidade de previsão das situações e das medidas cabíveis, exatamente pela característica de imprevisibilidade e exceção na qual essa circunstância está arraigada. Segundo Schmitt (1996, p. 88), o direito estaria limitado a indicar o soberano que possui a competência de declarar referido estado:

Não se pode determinar com clareza precisa quando ocorre um caso emergencial, como também não se pode enumerar o que pode ser feito nesses casos, quando se trata realmente de um caso emergencial extremo que deva ser eliminado. [...] no sentido do Estado de direito não há, portanto, nenhuma competência nesse caso. A Constituição, no máximo, menciona quem pode tratar da questão.

A imprevisibilidade dessas circunstâncias é característica essencial do estado de exceção. Prova disso é que, caso seja declarado sem observar o requisito, haverá indicação de manobra política para a aprovação de medidas não populares.

Souza (2018, p. 41), estudando a concepção de Carl Schmitt, constata que o poder do soberano seria ilimitado para fazer com que a situação do Estado volte a sua normalidade. Sendo esperado que, ao efetivar a estabilização desejada, recuperando o poder originário anterior e superior ao poder constitucionalmente reconhecido, o soberano restabeleça a ordem jurídica, portando-se com lealdade para com o interesse coletivo.

A declaração de estado de exceção se justificaria, então, pela necessidade da adoção de medidas extremas em resposta à determinada situação alarmante que ameaça a nação. Nesse entendimento, Agamben (2007, p. 40) afirma que:

Uma opinião recorrente coloca como fundamento do estado exceção o conceito de necessidade. Segundo o adágio latino muito repetido (uma história da função estratégica dos *adagia* na literatura jurídica ainda está por ser escrita), *necessitas legem non habet*, ou seja, a necessidade não tem lei, o que deve ser entendido em dois sentidos opostos: “a necessidade não reconhece nenhuma lei” e “a necessidade cria sua própria lei” (*necessite fait loi*).

Esse princípio foi primeiro formulado no *Decretum* de Graciano, podendo posteriormente ser encontrado na *Summa theologica* de Tomás de Aquino, na qual o autor comenta a possibilidade de o príncipe dispensar a lei (AGAMBEN, 2007, p. 40-41).

O filósofo ainda elucida que ambos os significados que podem ser aferidos ao adágio consagram que a necessidade do Estado supera o problema de legitimidade quanto ao que precisa ser realizado. Dessa forma, a teoria da necessidade é a teoria da exceção, na qual um fato específico pode deixar de observar a lei, de maneira que “a necessidade não é fonte de lei e tampouco suspende, em sentido próprio, a lei; ela se limita a subtrair a um caso particular à aplicação da norma” (AGAMBEN, 2007, p. 41).

Logo, o ordenamento jurídico que prevê os direitos e garantias fundamentais controladores e limitadores dos poderes em um quadro de normalidade, também é aquele que traz a possibilidade de estados de exceção quando o Estado está tomado por situação anômala:

Os direitos subjetivos, públicos ou privados, só podem ser exercidos em conformidade com a expectativa de normalidade estatal, não contra essa expectativa (o que é a inversão da concepção inicial do constitucionalismo moderno). Fora desse padrão, o estado precisa agir para restabelecer a ordem e os sujeitos que a violaram não estão mais ao abrigo da lei. Como dito antes, o estado é anterior e está acima do direito (o inverso do contratualismo liberal, que deu margem aos primeiros direitos constitucionais fundamentais) e o “estado de direito” torna-se conceito que diz respeito ao estado que se autorregula de acordo com suas necessidades e não o estado limitado e submetido ao direito. (SIMON, 2016, p. 62)

De maneira paradoxal, o estado de exceção, que resulta em suspensão de direitos diversos, incluso dos direitos fundamentais, só é possível de ser deflagrado em um Estado não absolutista. O Estado de direito que consolida o mínimo necessário para a sociedade viver com dignidade também regulamenta a possibilidade da suspensão dessas previsões em detrimento de estabilização.

4 O ESTADO DE SÍLIO COMO INSTRUMENTO JURÍDICO DE EXCEÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

No Brasil, existem dois instrumentos jurídicos de exceção previstos na Constituição Federal de 1988, o estado de sítio e o estado de defesa. Neste trabalho abordaremos somente o primeiro, considerando-se que o instrumento jurídico de exceção mais antigo é o estado de sítio e, entre os dois previsto em nosso ordenamento, consiste no que causa mais restrições aos direitos e garantias fundamentais.

O estado de sítio, que está condicionado na Constituição, art. 137², deve ser empregado em situações críticas que evidenciam a necessidade de seu emprego e a ineficácia da utilização do estado de defesa.

Ao Congresso Nacional, compete a aprovação e autorização do estado de sítio (art. 49, IV, CF/88) e ao Presidente da República a decretação (art. 84, IX, CF/88). As medidas tomadas durante a continuidade dos instrumentos de exceção poderão ser controladas pelo Poder Judiciário (art. 141, *caput*, CF/88) (GOMES e MATOS, 2017, p. 1776-1777).

Araújo (2009, p. 462) classifica o estado de sítio em repressivo e defensivo. O primeiro acontece quando há comoção grave de repercussão nacional, ou seja, aquela que não pode ser controlada por ferramentas de segurança ordinárias do Estado, ou quando o estado de defesa se mostrou insuficiente para controlar a crise.

No decreto do estado de sítio, estarão presentes as normas necessárias para sua execução, as garantias suspensas, e a sua duração, esta última exceto quando a situação da crise

² Art. 137 - O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de:

I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;

II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

Parágrafo único - O Presidente da República, ao solicitar autorização para decretar o estado de sítio ou sua prorrogação, relatará os motivos determinantes do pedido, devendo o Congresso Nacional decidir por maioria absoluta.

seja guerra, assim como determina o art. 138³ da Constituição. Ele será cessado em duas possibilidades, ou pelo decurso do prazo estipulado ou pelo fim da guerra ou agressão armada estrangeira.

O estado de sítio apresenta maiores restrições às garantias de direitos individuais que o estado de defesa. Dessa forma, será abordado sobre a sua influência sobre elas. Porém, mesmo restringindo garantias de direitos fundamentais, as ferramentas que possuem podem não ser suficientes para o controle da crise.

O art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal deixa explícito que não será objeto de deliberação emenda tendente a abolir direitos e garantias individuais, porém nos períodos de crises, a mesma amplia o poder repressivo do Estado, que pode aderir a diversas medidas excepcionais para a manutenção da ordem, sendo uma delas a suspensão de garantias.

Na lição de Fachin (2013, p. 550), “A decretação do estado de sítio não acarreta suspensão de direitos fundamentais. Todavia, podem ser suspensas algumas garantias de direitos fundamentais, conforme previsão da própria constituição federal (art. 139)”.

Assim, os direitos não serão suspensos, mas permanecerão inertes, devido à suspensão de sua garantia. Portanto, o que se espera é que quão logo seja recobrada a normalidade, todos os direitos voltem a ter vigor.

4.1 Condições e Limitações do Estado de Sítio

As suspensões são condicionadas pela motivação alegada no decreto que declarou o estado de sítio, existindo duas opções previstas nos incisos I e II do art.137 da Constituição Federal.

Quando o estado de sítio ocorre pelo determinado no art. 137, inciso I, dará lugar em situações de casos de comoção grave repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa.

³ Art. 138 - O decreto do estado de sítio indicará sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas.

§ 1º - O estado de sítio, no caso do Art. 137, I, não poderá ser decretado por mais de trinta dias, nem prorrogado, de cada vez, por prazo superior; no do inciso II, poderá ser decretado por todo o tempo que perdurar a guerra ou a agressão armada estrangeira.

§ 2º - Solicitada autorização para decretar o estado de sítio durante o recesso parlamentar, o Presidente do Senado Federal, de imediato, convocará extraordinariamente o Congresso Nacional para se reunir dentro de cinco dias, a fim de apreciar o ato.

§ 3º - O Congresso Nacional permanecerá em funcionamento até o término das medidas coercitivas.

Araújo (2009, p. 462) classifica como estado de sítio repressivo as medidas que poderão ser tomadas para cuidar da ordem nacional, estando previstas no art. 139⁴, quais sejam: a obrigação de permanência em determinada localidade; a detenção em edifícios não destinados a acusados ou condenados por crimes comuns; restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; suspensão da liberdade de reunião; busca e apreensão em domicílio; intervenção nas empresas de serviços públicos e requisição de bens.

No caso dele ser adotado devido a uma declaração de guerra ou como resposta à agressão armada estrangeira, situação classificada pelo autor mencionado anteriormente como estado de sítio defensivo, assim como previsto no art. 137, II, quaisquer garantias constitucionais poderiam ser suspensas. Moraes (1998, s.p.) pondera que:

Poderão ser restringidas, em tese, todas as garantias constitucionais, desde que presentes três requisitos constitucionais:

1. Necessidade de efetivação da medida;
2. Tenham sido objeto de deliberação por parte do Congresso Nacional no momento de autorização da medida;
3. Devem estar expressamente previstos no Decreto presidencial nacional (Cf. art. 138, caput, c.c. 139, caput).

Contudo, nunca haverá suspensão de todos os direitos fundamentais, pois existem aqueles que compõem um núcleo rígido, que jamais poderão ser suspensos ou negados.

Tal núcleo é composto por poucos direitos fundamentais, dentre eles o direito à vida, à dignidade humana e à honra. Entretanto, pode haver casos em que a situação chegue ao extremo em que até o direito à vida possa ser restringido, como é o caso de guerra declarada, no qual será possível a pena de morte (*vide* art. 5º, XLVII, “a”).

É tutelada a inviolabilidade desses direitos, pois eles têm caráter permanente, não podendo ser suspensos por certo período e restabelecido posteriormente. Caso sejam

⁴ Art. 139 - Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no Art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

- I - obrigação de permanência em localidade determinada;
- II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;
- III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;
- IV - suspensão da liberdade de reunião;
- V - busca e apreensão em domicílio;
- VI - intervenção nas empresas de serviços públicos;
- VII - requisição de bens.

Parágrafo único - Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.

suprimidos, os cidadãos estarão sujeitos à discricionariedade do Estado, como decorrência, o que possuía o objetivo de manter ou reestruturar a ordem causaria caos maior que o inicial.

4.2 Controle da Suspensão das Garantias

O estado de sítio não é arbitrário, pois é constitucionalmente previsto. Aliás, a atual “Lei Maior” buscou evitar os abusos que poderiam realizar ao se utilizar do estado de exceção, tais quais os que ocorreram anteriormente, como na ditadura de Getúlio Vargas, a partir de 1937 e o Golpe Militar perpetrado em 1964, que elaborou e outorgou as constituições de 1967 e a de 1969.

Tal ponto de vista é muito bem esclarecido por Filho apud Scalquette (2004, p. 168):

O Estado de sítio não gera nem permite o arbítrio. De fato, mesmo suspensas garantias constitucionais, o Executivo ainda está sujeito a normas e limites que configuram como que uma “legalidade extraordinária”, adequada aos momentos de grave crise. Inclusive, se houver abuso, aí cabe a intervenção do Judiciário.

Logo, tanto o Executivo quanto o Legislativo devem obedecer ao previsto na Constituição Federal. Para evitar abusos em nome das medidas urgentes, há controle político e judicial.

O controle político está presente na obrigação do Presidente da República de consultar o Congresso Nacional para a decretação e prorrogação do estado de sítio, sendo a maioria absoluta a decidir. Além disso, no art. 140⁵ é positivado que uma Comissão integrada por cinco membros do Congresso Nacional devesse realizar uma fiscalização da execução das medidas referentes ao estado de sítio.

O controle jurídico vem a cargo do Poder Judiciário que deverá reprimir abusos e ilegalidades cometidos durante as medidas do estado de sítio. O art. 141⁶ trata a respeito desse

⁵ Art. 140 - A Mesa do Congresso Nacional, ouvidos os líderes partidários, designará Comissão composta de cinco de seus membros para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas referentes ao estado de defesa e ao estado de sítio.

⁶ Art. 141 - Cessado o estado de defesa ou o estado de sítio, cessarão também seus efeitos, sem prejuízo da responsabilidade pelos ilícitos cometidos por seus executores ou agentes.
Parágrafo único - Logo que cesse o estado de defesa ou o estado de sítio, as medidas aplicadas em sua vigência serão relatadas pelo Presidente da República, em mensagem ao Congresso Nacional, com especificação e justificação das providências adotadas, com relação nominal dos atingidos, e indicação das restrições aplicadas.

assunto, afirmando que será admitida a responsabilidade dos executores ou agentes pelos ilícitos cometidos.

Destarte, o estado de sítio representa uma excepcionalidade de caráter emergencial, na qual o Poder Executivo recebe maior autoridade, mas seus atos serão assistidos para que não ocorram ilicitudes e não sejam afetados mais direitos que o necessário, ou seja, ocorrerá controle.

O controle deve restabelecer a tranquilidade e a ordem constitucional, evitando que haja abuso por parte do Estado, visto que se os limites forem ultrapassados o que ocorrerá será um golpe de Estado nomeado de estado de sítio.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O grupo de direitos que possui o objetivo de zelar por uma vida digna a todos os integrantes da sociedade deve receber toda uma atenção especial. As nomenclaturas conferidas a esse complexo de direitos e garantias irá se alterar a depender da perspectiva utilizada para estudá-los.

O termo direito fundamental abrange direitos e garantias voltados a viabilizar uma existência com dignidade que estão positivados no âmbito interno de um ordenamento jurídico. Essa previsão permite que o Estado seja classificado como democrático.

O Constitucionalismo tem como marcos a Revolução Gloriosa e a Revolução Francesa. Ele nasce com a intenção de refrear as decisões discricionárias e opressoras do monarca, sendo seus percussores a *Magna Charta Libertatum*, seguida pelo *Petition of Rights* e o *Bill of Rights*. Todos eles limitavam o poder do monarca e estabeleciam direitos aos cidadãos que não poderiam ser desrespeitados. Com Revolução Francesa, nasce a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e, após algum tempo, a Constituição escrita que demarcou a tripartição dos poderes, os direitos fundamentais de liberdade e igualdade dos cidadãos.

Entretanto, esses direitos podem sofrer limitações em situações extremas e inesperadas, chamadas “estado de exceção”. A suspensão de direitos fundamentais se justificaria na necessidade do Estado em tomar determinadas medidas para restabelecer o *status quo ante*.

A necessidade do Estado supera a questão da legitimidade. Logo, o ordenamento jurídico que possuía como principal objetivo limitar o poder do Estado acaba prevendo uma maneira dos interesses desse superarem os direitos comuns aos cidadãos.

Em nosso ordenamento, essa previsão nos artigos 136 e 137 da Constituição Federal, corresponde, respectivamente, ao estado de defesa e o estado de sítio. O estado de sítio, além de ser o instrumento jurídico de exceção mais antigo no mundo ocidental, também é aquele que mais apresenta restrições aos direitos fundamentais.

Apesar da Constituição afirmar que o estado de sítio pode ser justificado apenas em duas situações, previstas nos incisos I e II, do art. 137, o texto só prevê as suspensões de garantias dos direitos fundamentais possíveis no caso do inciso I, não estabelecendo limites ao inciso II.

Ainda assim, o estado de sítio possui delimitações constitucionais que devem ser observadas pelos poderes Executivo e Legislativo, além de ser passível de fiscalização e controle de seus atos pelo Poder Judiciário.

Portanto, enxergamos uma intenção de regulamentar o estado de sítio para que não se abuse do poder autoritário que ele pode conceder ao soberano, a fim de proteger a vida digna das pessoas que estão sob o seu governo.

Todavia, o estado de sítio, quando devidamente empregado, como referido alhures, é uma reação à situação imprevista e imprevisível em seu desenrolar, não havendo como prever, de fato, quais medidas serão suficientes.

Ainda, mesmo que não sendo abordadas detalhadamente nesta pesquisa, há brechas que permitem que um estado de exceção seja decretado sem fundamentação realmente válida, que são utilizadas pelo Estado como instrumento de realização de objetivos que dificilmente seriam atingidos em estado normal.

Observa-se que a estrutura antes adotada para conter os arbítrios estatais tão comuns em governos absolutistas, não demorou a se reajustar e utilizar a discricionariedade que estava ao seu alcance, por meio dos instrumentos de estado de exceção, para que pudessem atingir seus próprios interesses.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALMEIDA, Fernando Barcelos de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p.83-105, 2005. Semestral. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>. Acesso em: 25 out. 2019.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed., rev., aum. e mod. São Paulo: Saraiva, 2015. Paginação irregular.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOVERO, Michelangelo. Democracia y Derechos Fundamentales. **Revista isonomía**, n. 16, abril 2002.

CAMBI. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Almedina, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Portugal: Almedina, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que São Direitos da Pessoa**. São Paulo: Brasiliense, 1994.

FACHIN, Zulmar Antônio. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1990.

GOMES, Ana Suelen Tossige; MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. O estado de exceção no Brasil republicano. **Revista Direito e Práxis**, [s.l.], v. 8, n. 3, p.1760-1787, jul. 2017. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2017/21373>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n3/2179-8966-rdp-8-3-1760.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2019.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MARTINS, Lucas Moraes. Estado de exceção: origem e estrutura topológica. **Interthesis**, Florianópolis, v. 9, n. 1, p.157-175, jun. 2015. Semestral. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/view/1807-1384.2015v12n1p157/29659>. Acesso em: 26 mar. 2019.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; CARDOSO, Renato César Cardoso (Org.) **Contra-história da filosofia e do estado**. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1998.

ROBERT, Cinthia. **Democracia e Constituição, Contribuições para a Compreensão do estado Contemporâneo**. Campinas: Millennium Editora, 2006.

ROCHA, Leandro Teles. **Direitos Humanos: Questões Preliminares**. Disponível em <<http://pt.scribd.com>>. Acessado em: 26 abr. 2019.

SÁNCHEZ, Miguel Carbonell. **El neoconstitucionalismo en su laberinto**. In: SÁNCHEZ, Miguel Carbonell. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007. p. 9-14.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - Rbec**, Belo Horizonte, v. 9, n. 3, p.10-50, 09 jan. 2009. Quadrimestral. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>. Acesso em: 25 mar. 2019.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Sistema Constitucional das Crises**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2004.

SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. São Paulo: Scritta, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIMON, Henrique Smidt. A Tensão entre Constitucionalismo e Exceção: a Ordem Estatal sobreposta aos Direitos Fundamentais. **Direito, Estado e Sociedade**, São Paulo, v. 0, n. 49, p.43-85, dez. 2016. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/download/530/445>. Acesso em: 27 mar. 2019.

SÓFOCLES. **Édipo Rei; Antígona**. São Paulo: Martin Claret Ltda., 2008.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. Presentación: Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: GALLO, Ángel Oleas (Ed.). **Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición: El nuevo constitucionalismo en América Latina**. Quito: Corte Constitucional, 2010. p. 9-43. Disponível em: <https://mestrado.direito.ufg.br/up/14/o/34272355-Nuevo-Constitucionalismo-en-America-Latina.pdf?1352144011>. Acesso em: 24 mar. 2019.