

---

## O ESTADO DE EXCEÇÃO NOS ESTADOS DE DIREITO DEMOCRÁTICOS

**Sérgio Manuel Fialho Lourinho**

Mestrando em Direito do Estado - Universidade Federal do Paraná

Especialista em Direito Ambiental - Universidade de Lisboa

Pesquisador da CAPES

[sfialho@hotmail.com](mailto:sfialho@hotmail.com)

### RESUMO

A genealogia do estado de exceção Agambeano, suas diferenças face aos meios constitucionais do estado de defesa e estado de sítio. A relevância jurídico-constitucional do estado de exceção e a sua materialização num Estado de direito democrático numa perspectiva de direito comparado.

**Palavras-chave:** Estado de exceção; Direito comparado.

### INTRODUÇÃO

O instituto do estado de exceção na sua vertente de Estado de Sítio ou Estado de Emergência (em Portugal) constante no artigo 19º Constituição da República Portuguesa e Estado de Defesa ou Estado de Sítio (no Brasil) constante nos artigos 136º e seguintes da Constituição Federal, afigura-se como um meio de defesa da constituição, no caso, imprescindível num Estado de direito democrático. A exceção de *Agamben* não será concretamente aquela que abordamos e que consta da *magna lei* da grande maioria dos constitucionalismos. A razão pela qual falamos de algo distinto parte do pressuposto o qual o autor *sub-judice* segue, da sua pesquisa genealógica, a qual vai buscar as origens de algo que não pode ser hoje visto como o estado de exceção constitucional. A exceção de *Weimar* e do *Terceiro Reich*, com toda a certeza não se pré-configura nos termos os quais as modernas democracias assentam os seus meios de defesa extraordinária da constituição. A exceção Nazi tornou-se regra, ou nunca deixou de ser uma exceção, um evento excepcional que sucedeu num determinado período histórico, deturpando o cariz de um mecanismo que existe tão só e apenas para a salvaguarda da democracia constitucional. A prova da necessidade está no direito vivo, materializado nos textos constitucionais que pelo direito comparado poderemos observar, bem como pelo próprio fenômeno social e político que assim exige que o estado

esteja dotado de meios para a sua salvaguarda em situações de crise nas quais não existe outra possibilidade de atuação.

## AGAMBEN E O ESTADO DE EXCEÇÃO

### A EXCEÇÃO EM AGAMBEN

O autor perfaz uma crítica à conceptualização do instituto largamente utilizado pela maioria das democracias do mundo ocidental que o consagram expressamente nos seus textos constitucionais.

Alega que o estado de exceção representa algo anômico no qual não é possível dissociar a realidade do direito, nas palavras do autor: “*uma zona de indiferenciação em que fato e direito coincidem*”. O fato de constituir uma forma de suspensão da ordem jurídica, prevista pela própria ordem jurídica resulta num espaço apartado no qual não se garante a efetividade do jurídico e mais do que isso, importa saber de que forma é possível tal expediente tão pouco lógico. Pela não existência de uma teoria do estado de exceção, o autor centra suas atenções em Carl Schmitt e na definição de soberano<sup>1</sup>, junto do seu debate com Walter Benjamin.

O alerta geral ao qual o autor dá ênfase diz respeito ao fato da exceção se tornar a regra, perante essa indiscernibilidade, entre aquilo que está dentro do direito e aquilo que se encontra fora deste. O paradigma de governo o qual intitula o primeiro capítulo da obra é a delimitação da questão a qual nos restantes capítulos se concretiza através de toda uma genealogia que remonta aos primórdios da existência do instituto em análise.

O autor alega que os *USA Patriot Acts I e II e a Military Order*, promulgados pelo governo Bush em resposta aos atentados terroristas de 11 de setembro, bem como a implementação de medidas e procedimentos judiciais e extrajudiciais de restrição aos direitos individuais de liberdade dos cidadãos com a justificação de manter a ordem e a defesa nacional face aos riscos de novos atentados terroristas, constituem uma idéia de exceção, que por sua vez significará a existência de um Estado de exceção tornado regra. Também a situação dos *detainees* de Guantánamo configuraria paralelamente aos *mussulman* de Auschwitz como o reaparecer do *Homo sacer*.

---

<sup>1</sup> Como aquele que decide sobre o Estado de exceção.

<sup>168</sup> Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 4, n. 2, p. 167-178, jan./jun. 2010.

---

Sobre o moderno estado de exceção, Agamben assume ser o resultado da tradição democrática e não do absolutismo<sup>2</sup>, não obstante, a sua operacionalização trazer à tona o debate acerca da promiscuidade democrático-absolutista a volta do soberano como aquele que decide sobre o estado de exceção na acepção de *Carl Schmitt*.

O brado de alerta Agambeano deve ser entendido num particularismo de acontecimentos relativamente recentes, tais como expostos que configurariam um retorno a um modelo de governo similar a um outro, também ele recente e o qual deverá permanecer na memória coletiva (nesse sentido o próprio Agamben em “*O que resta de Auschwitz*”). Deste modo se entende a metáfora existente em todo o pensamento o autor traçando a crítica arguta a toda uma maneira de pensar a sociedade democrática nos dias de hoje.

## DA GENEALOGIA

*Agamben* enceta uma pesquisa genealógica de forma a aferir da precedência histórica do instituto o qual se propõe a analisar. Remontando à “*Roma antiga*”, no período republicano, o autor relata a origem a qual, na sua opinião consegue olhar os paralelos com a sua exceção; desta forma, diz ser através do *Iustitium* que os romanos faziam uso daquilo que diz configurar a exceção.

Perante uma situação que colocasse em risco a República, o Senado emitia um *Senatus consultum ultimum*, que tinha por escopo declarar o *tumultus*, que não era mais do que um estado de desordem, agitação, uma situação de emergência em Roma, a qual poderia ser provocada por diversas razões: guerra externa, invasão inimiga, guerra civil, insurreição. Com base no Estado de necessidade pressuposto pelo *Senatus consultum ultimum* e no conceito de legítima defesa para o estado o autor segue a definição de *Mommsen* de “*quase ditadura*” que, alegadamente configurava este instituto do *Iustitium*. Na esteira de outros romanistas como *Nissen*, *Agamben* afasta certas concepções de *Iustitium*, configurando-o precisamente no modelo que pretende, observando nele a origem histórica do estado de exceção, por ser algo que se encontra fora do jurídico, nele se rompe com o direito para que este não pereça<sup>3</sup>, conforme *Nissen*, apud *Agamben*:

---

<sup>2</sup> AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. Editora Boitempo, São Paulo, 2004. Pág. 16.

<sup>3</sup> A mesma aceção vamos encontrar em Maquiavel, quando este alega que para que a República não vá à ruína, poderá ser necessário romper com a ordem para salvá-la.

Quando o direito não estava mais em condições de assumir sua tarefa suprema, a de garantir o bem comum, abandonava-se o direito por medidas adequadas à situação e, assim como, em caso de necessidade, os magistrados eram liberados das obrigações da lei por meio de um *senatus-consulto*, em caso extremo também o direito era posto de lado. Quando era incômodo, em vez de ser transgredido era afastado, suspenso por meio de um *iustitium*.

*Agamben* enuncia a Ditadura romana, no entanto, desvaloriza-a como precedente histórico do instituto em questão, seguidamente vamos expor aquilo que foi a ditadura romana, tentando traçar alguns paralelos com o atual estado de exceção constitucional.

Em 509 a.C. Roma vive no Período Republicano. O governo da república romana era constituído por um Senado que por votação elegia dois Cônsules a quem caberia governar. No entanto, em tempos de crise a rápida resolução de expedientes militares, de defesa da ordem pública, de entre tantas outras situações de emergência, não se coadunava com a dualidade de comando. É então criado o instituto da Ditadura, que surge com o intuito de em tempos de necessidade ser ocupado um cargo por um só elemento governante, o procedimento inicia-se com um *Senatus Consultum* que autoriza os cônsules a nomear o *Dictator*. Este era acessorizado por funcionários públicos (denominavam-se *lictors*), o cariz centralizador no poder esbarrava no comando militar da cavalaria, unidade que se considerava mais prestigiante e a qual assumia uma excessiva centralização do poder, pelo que estava proibido de comandar divisões de cavalaria, para tal era nomeado um *magister equitum* que figurava como o segundo em comando. De referir ainda a limitação temporal do poder absoluto pelo prazo máximo de seis meses, findo o qual, ainda que a situação que motivou a decretação da Ditadura persistisse, era necessário interpor um novo procedimento (ainda que fosse nomeado o mesmo *dictator*).

A ditadura consistia numa magistratura extraordinária, quer isto dizer que estava fora do *Cursus Honorum*<sup>4</sup>, este, não era mais do que a seqüência das magistraturas ordinárias<sup>5</sup>, ou seja, aquelas que eram exercidas no decorrer da vida política romana. O *Cursus Honorum* assumia uma escala gradativa e ascendente. O desempenho dos cargos públicos era alvo de restrições e limitações, a primeira das quais, naturalmente, ser cidadão romano, seguidas de exigências etárias, bem como de experiência para o desempenho do cargo em questão. A Ditadura, como referido, estava fora desse percurso seqüencial, para o desempenho da mesma

---

<sup>4</sup> O caminho das honras.

<sup>5</sup> De entre as magistraturas ordinárias temos o Consul, edil, pretor, tribuno, questor, censor, promagistrado e governador.

---

a escolha recaia essencialmente na adaptação ao evento extraordinário que despoletou a mesma e a aptidão do cidadão para o desempenho das funções.

O primeiro *dictator* de que há conhecimento foi *Titus Larcius* em 501 a.C., apenas oito anos depois do início da República, tendo sido *Gaius Julius Caesar* o último em 46 a.C., nomeado *dictator perpetuus* em 44 a.C.

Temos portanto um instituto que consiste num mecanismo de defesa extraordinária do Estado face a situações de anormalidade onde existe uma delimitação dos motivos fáticos que podem dar origem à sua declaração, o procedimento de sua declaração está repartido por instituições distintas (senado e consules), os limites temporais da sua atuação estão definidos e são efetivamente cumpridos (6 meses), o processo origina a institucionalização de um órgão extraordinário e não a simples concessão de um poder extraordinário e a vertente do controlo está bem enfatizada através da limitação da atividade do ditador por outros órgãos, caso este se desviasse do seu escopo teleológico<sup>6</sup>.

Pelo contrário, o *Iustitium*, sendo declarado pelo *senatus consultum ultimum*, procedendo o *tumultum*, foi um instituto utilizado a partir de 133 a.C., no final do período Republicano, quando, numa fase de decadência das Instituições já não era possível lançar mão da Ditadura por receio de deturpação da sua finalidade e abuso de poder pela manutenção do *Dictator* no cargo para além das suas funções e dos seus limites temporais. Sobre o *Iustitium*, resta acentuar o caráter residual, utilizado marginalmente, como expediente prático para perseguir os declarados “*inimigos de Roma*” e a qual não se pode comparar à ilustre Ditadura romana como verdadeiro meio de defesa da normalidade e, em nossa opinião como origem histórica primordial do estado de exceção tal como o configuramos na realidade jus-constitucionalista. Todavia é certo que sustentando a visão de exceção Agambiana, como um espaço vazio de direito, que foge a todo um enquadramento legal e até mesmo jurídico, se torna mais fácil admitir uma conformação baseada no *iustitium*, pois de fato esse instituto denota toda essa caracterização tal como é traçado por *Agamben*. Temos aqui primeiramente um erro de pressupostos, o conceito operativo do qual partimos não será o mesmo, nessa medida, a conclusão tenderá a ser distinta. *Giorgio Agamben* parte de uma visão de Estado de exceção que na sua óptica operou em *Weimar*, em nossa opinião, o *Terceiro Reich* não constituiu exceção, mas sim regra, uma regra daquilo que foi uma deturpação do jurídico,

---

<sup>6</sup> A proibição do comando da cavalaria e a nomeação do *magister equitum* demonstra aqui uma das formas de controlo pela precaução.

talvez um alerta aos perigos do positivismo radical que na época em questão se configurava como doutrina efeverscente que suplantava o jus-naturalismo, o qual, ao fim de contas foi necessário inclusivamente para punir os crimes de Nuremberga.

## O ESTADO DE EXCEÇÃO NO CONSTITUCIONALISMO

### FORMULAÇÃO TEÓRICA

A incorporação constitucional de uma disciplina extraordinária para situações de emergência significa que se pretende não apenas uma causa de justificação eventualmente excludente da culpa por factos ou medidas praticadas para defender a ordem constitucional (o que pressupõe a sua «ilicitude constitucional») mas uma causa justificativa que exclua a ideia de ilicitude dos mesmos factos ou medidas.<sup>7</sup>

A constitucionalização do estado de exceção vem no seguimento de toda uma evolução do instituto que teve o seu surgimento, tal como referido no direito romano. Através da previsão constitucional de todo um regime específico para fazer face a eventos extraordinários de anormalidade constitucional nos quais é requerida uma intervenção de forma a tomar as medidas também elas extraordinárias para repor a regularidade, não será necessária uma suspensão da constituição à semelhança do sucedido historicamente no passado. A própria ideia de suspensão da constituição revela-se numa contradição lógica, como pode um poder estatuir regras para além da sua existência, como efetuar assim a sua aplicabilidade? O que sucede aquando da decretação de um estado de exceção é a suspensão de algumas garantias individuais e, claro está, pelo fato do instituto se encontrar devidamente regulamentado, estão salvaguardadas as garantias fundamentais e regido todo o processo pelos princípios de necessidade, proporcionalidade e adequação.

Temos diversas formas de efetivação jurídica do estado de exceção no constitucionalismo, no Norte Americano encontramos os poderes implícitos, em situações de emergência, de anormalidade constitucional, estão pré-estabelecidos quais órgãos de soberania vão assumir as prerrogativas através de uma cláusula geral dos «poderes de guerra» e dos poderes implícitos. Com uma *cláusula de plenos poderes*, tal como sucedeu em Weimar, através do célebre artigo 48º. era consagrado o exercício de poderes extraordinários

---

<sup>7</sup> GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5ª Ed., Coimbra, Almedina, 2002. p. 1069.

<sup>172</sup> Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 4, n. 2, p. 167-178, jan./jun. 2010.

---

ao órgão executivo tendo em vista a resolução da situação<sup>8</sup>. Pela constitucionalização do estado de exceção<sup>9</sup>, a maioria dos Estados de direito democrático-constitucionais regulam o procedimento (competência, pressupostos, formas, limites, efeitos, controlo). O constitucionalismo Britânico, por seu turno, utiliza a figura do *Bill de indemnidade*, no qual o executivo detém a prerrogativa de atuar em caso de necessidade extrapolando dos seus poderes e, *a posteriori*, o parlamento vem legalizar essa atuação através do *Bill de indemnidade*.

As modernas democracias constitucionais da Europa continental e da América do sul adotam a constitucionalização de normas referentes ao Estado de exceção por via da positivação nos seus textos fundamentais.

Seguimos de perto a posição do Professor Jorge Bacelar Gouveia, dizendo que: “*longe de ser incompatível com o Estado de Direito, o estado de exceção acaba por ser apenas possível no próprio Estado de Direito*”.<sup>10</sup> Desta forma, afirmamos a natureza jurídica do instituto embasada numa figura onde o enunciado dos seus mecanismos num elenco fechado, a delimitação estrita dos seus pressupostos e a determinação rígida dos seus efeitos determinam o cariz de um regime a aplicar numa situação na qual a regulação constitucional ordinária, estaria incapaz de reger. Para garantia dessa mesma efetivação, para que a ordem constitucional, ainda que perturbada se reponha através do instituto *sub-júdice*, temos a delimitação por princípios jurídicos fundamentais que compoem a sua dimensão conceptual regulam a sua atividade e existência.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Também o constitucionalismo Francês seguiu este modelo, dando como exemplo o artigo 16º da Constituição Francesa de 1958.

<sup>9</sup> *Verbi Gratia* a Constituição da República Portuguesa no seu artigo 19º e a Constituição Federal do Brasil nos artigos 136º e 137º.

<sup>10</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. O Estado de exceção no direito constitucional. Lisboa, Almedina, 1999. p. 44.

<sup>11</sup> Seguindo o Professor JORGE BACELAR GOUVEIA, temos: Princípio do reforço do poder público, pelo qual o conteúdo dos respectivos efeitos só ganha real sentido quando conformado por uma intenção de aumento da capacidade de acção do Estado; Princípio da perturbação da ordem pública, pelo qual os efeitos de exceção só se realizam mediante a respectiva ocorrência, encontrando-se assim adstritos a determinados acontecimentos factualmente recortados, só sendo aceitáveis os efeitos que com eles se possam encontrar numa relação funcionalmente útil, na sua natureza e na sua intensidade; Princípio da vinculação territorial, o qual determina a contenção de efeitos excepcionais em razão dos lugares onde o estado de exceção seja útil, impondo a respectiva limitação segundo também essa dimensão; Princípio da temporariedade, o qual estabelece a transitoriedade das medidas de exceção, em vista da transitória perturbação da situação constitucional, por oposição ao princípio geral da permanência dos actos jurídico-públicos, maxime dos textos constitucionais. GOUVEIA, Jorge Bacelar, Op. Cit. p. 1460.

## DIREITO COMPARADO:

**PORTUGAL**

O constitucionalismo Português regula o estado de exceção através das figuras do estado de sítio e estado de emergência. Ambas têm idênticos pressupostos de fundo, a diferença diz respeito à gravidade dos mesmos e às especificidades do regime adotado na vigência da medida, os quais devem ser ponderados segundo estrita proporcionalidade (estado de emergência reveste-se de menor gravidade). São três os pressupostos referidos: agressão efetiva ou eminente por forças estrangeiras, grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional e calamidade pública. A competência para a decretação está repartida por vários órgãos: é decretada pelo Presidente da República (artigo 134º d. CRP), antecedido por autorização da Assembléia da República (artigos 161º I. E 179º n.º.3 f. CRP) e audição do Governo (artigos 138º n.º.1 e 197º f. CRP), sendo necessária ainda referenda governamental (artigo 140º n.º.1 CRP).

A declaração do estado de sítio ou de emergência deve estar devidamente fundamentada com a especificação das medidas que visa tomar, as quais em caso algum podem afetar o direito à vida, à integridade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, de entre outros referidos no artigo 19º n.ºs.6 e 7 CRP<sup>12</sup>. Também a sua duração deve constar do mesmo decreto (que não pode ser superior a quinze dias ou à duração fixada por lei quando em consequência de declaração de guerra, renováveis pelos mesmos limites referidos), bem como o âmbito territorial.

O referido procedimento complementa uma segurança adicional pelo fato de estar repartido pelos órgãos supra-referidos. Todos eles detêm poder deliberativo e não meramente consultivo. A Assembléia da República no seu papel de autorização do decreto de instauração do estado de exceção regula também a sua duração, os termos no qual é estabelecido e exerce fiscalização concomitante ao seu exercício. O Governo, órgão executivo o qual no direito comparado resulta o detentor da prerrogativa, detém no caso português não uma mera função consultiva, mas pela sua audição prévia, desempenha relevantes tarefas no sentido de auxiliar na tomada de decisões sobre a situação de anormalidade e os meios necessários a tomar para

---

<sup>12</sup> Artigo 19º N.º.6 “ *A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência em nenhum caso pode afectar os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroactividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião.*” E N.º.7 “*A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência só pode alterar a normalidade constitucional nos termos previstos na constituição e na lei, não podendo nomeadamente afectar a aplicação das regras constitucionais relativas à competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania e de governo próprio das regiões autónomas ou os direitos e imunidades dos respectivos titulares.*”

---

<sup>174</sup> Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 4, n. 2, p. 167-178, jan./jun. 2010.

---

fazer face a esta, e no caso de decretação de estado de sítio por agressão efetiva ou eminente de força estrangeira, propor ao Presidente da República a declaração de guerra. Quanto ao judiciário, conserva inclusivamente o poder de controlo da constitucionalidade e da legalidade quer do decreto que instaura o estado de exceção quer das medidas tomadas no seu âmbito para repor a normalidade constitucional, mantêm-se ainda as garantias dos cidadãos no acesso à justiça nos regulares termos constitucionalmente assegurados. De referir ainda a existência de uma Lei do Regime do estado de sítio e de exceção (Lei nº. 44/86) que, para além de estipular todo o regime aplicado, dispõe sobre a responsabilização dos autores que executem as medidas em questão na vigência do estado de exceção.

### BRASIL

Sem que se verifique a necessidade, o estado de exceção configurará puro golpe de estado, simples arbítrio; sem atenção ao princípio da temporariedade, sem que se fixe tempo limitado para vigência da legalidade extraordinária, o estado de exceção não passará de ditadura<sup>13</sup>

José Afonso da Silva funda a exceção em dois princípios fundamentais. Lembra que, historicamente também no Brasil o Estado de exceção foi deturpado e aí talvez as palavras de Agamben tenham sentido, no entanto, cumpre referir a atual conformação jurídico-constitucional para que se entenda que o risco da *exceção se tornar regra*<sup>14</sup> está bastante longe de cogitação.

A Constituição Federal do Brasil dispõe nos seus artigos 136º e 137º o manancial de normas que enformam a exceção. Do regime resultam os institutos do Estado de Defesa e Estado de Sítio.

A primeira figura tem como pressupostos a existência de grave e eminente instabilidade institucional ou manifestação de calamidade natural que ameacem a ordem pública ou a paz social e naturalmente justifiquem a aplicação da medida. Para além disso, existe todo um procedimento para a decretação do instituto que, no caso em epígrafe é constituído por uma prévia manifestação dos Conselhos da República e de Defesa Nacional, seguindo-se de decretação pelo Presidente da República; o decreto que determina a medida deverá conter: o tempo de duração da mesma (que não poderá exceder trinta dias, com

---

<sup>13</sup> AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990. p. 636.

<sup>14</sup> Neste sentido, recuperando Walter Benjamin e As teses sobre o conceito de história, na sua oitava tese, AGAMBEN, Giorgio. Op. Cit., p. 18

possibilidade de prorrogação apenas uma vez por igual período, persistindo as razões que levaram à sua determinação), as áreas territoriais abrangidas e as medidas coercitivas a serem tomadas, de entre o elenco disposto no artigo 136º § 1º. CF<sup>15</sup>. Da competência do Presidente, o Estado de defesa é, no entanto controlado no seio de um equilíbrio orgânico no qual participam órgãos políticos (Congresso Nacional e Mesa do Congresso) e judiciários. O controle político é num primeiro momento anterior à decretação, pela apreciação do decreto que instaura o estado de defesa, é concomitante, nos termos do artigo 140º CF que determina que a Mesa do Congresso forme uma Comissão de acompanhamento e fiscalização das medidas de execução do estado de defesa; é posteriormente sucessivo, pela análise da mensagem enviada ao Congresso pelo Presidente após o término da situação de emergência. Todo este controle não é inócuo, ele poderá determinar sanções que vão desde a responsabilidade pelos ilícitos cometidos até à suspensão da medida. Em relação ao controle judiciário, ele se efetua durante o estado de exceção pelo disposto no Artigo 136º § 3º I, indicando que: “a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial” e a posteriori, pela aferição da responsabilidade pelos ilícitos cometidos pelos executores da medida de exceção.

O Estado de Sítio, por seu turno, visa situações de maior gravidade, nesse sentido ele apenas será decretado em duas situações: posteriormente à previsão das medidas aplicadas em Estado de defesa, quando o mesmo não foi passível de repor a normalidade da situação e sob declaração de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira. Os requisitos procedimentais de instauração do Estado de sítio são: a prévia audiência do Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional, a autorização do Congresso Nacional exigindo-se votação no mesmo por maioria absoluta e por final decretação pelo Presidente da República. O decreto que instaura a medida deverá conter por seu turno: duração, com especificidades próprias de prorrogação consoante o motivo do qual decorre a sua instauração, as normas necessárias à sua execução, as garantias constitucionais que ficarão suspensas e a área territorial onde se

---

<sup>15</sup> Artigo 136º § 1º. “O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes: I - restrições aos direitos de: a) reunião, ainda que exercida no seio das associações; b) sigilo de correspondência; c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; II - ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes.”

---

aplicará. Do Estado de sítio declarado em função de “comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa” podem resultar as seguintes limitações que se encontram dispostas no artigo 139º: “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”. No que concerne ao controlo político e judiciário, este é efetuado nos mesmos termos enunciados em relação ao Estado de defesa. Este é o regime da exceção vigente na Constituição Federal do Brasil, como notamos não se trata de um espaço vazio de direito, pelo contrário é este um lugar onde o jurídico assegura uma força maior, extraordinária em virtude da necessidade da conservação da ordem constitucional.

## CONCLUSÃO

O estado de exceção nos termos expostos por Giorgio Agamben servirá de alerta para aquilo que não deve ser a exceção. A sua construção teórica embasada numa história recente que de fato poderá ser considerada um exemplo daquilo que não é um mecanismo de defesa do estado e da idéia de direito, guia-nos numa viagem interminável ao questionamento, não da necessidade deste instituto num Estado de direito democrático, mas sim do risco que o Estado corre no pleno vigor da democracia.

Por outra via, a democracia carece de proteção, de entre os diversos meios de controle, os quais são paradigmáticos o Princípio da separação de poderes, a fiscalização da constitucionalidade e a existência de limites materiais ao poder constituinte e constituído, o estado de exceção constitucional afigura-se como a *ultima ratio*, que consagra um meio típico de afirmação da legalidade e constitucionalidade em face de situações emergentes que ameaçam esses mesmos valores numa sociedade democrática.

## REFERÊNCIAS

- AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Editora Boitempo, São Paulo, 2004.  
\_\_\_\_\_. **Homo Sacer-O poder soberano e a vida nua I**. Editora UFMG, Belo Horizonte, 2004.
- ANGHER, Anne Joyce (Organizadora). **Vade Mecum acadêmico de direito**. 5ª Ed., São Paulo, Editora Rideel, 2007.
- CHUEIRI, Vera Karam de. Agamben e o estado de exceção como zona de indeterminação entre o político e o jurídico, in: Fonseca, Ricardo Marcelo (Organizador). **Crítica da modernidade-Diálogos com o direito**. Fundação Boiteux, Florianópolis, 2005.
- CRUZ, Sebastião. **Direito Romano**. Coimbra, Dislivro, 1984.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. Resenha Estado de Exceção in: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, 2004.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª Ed., Coimbra, Almedina, 2002.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim e VITAL MOREIRA. **Constituição da República Portuguesa**. 8ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. O Estado de exceção no direito constitucional. Lisboa, Almedina, 1999.
- JUNIOR, Oswaldo Giancoia. O discurso e o direito, in Ricardo Marcelo (Organizador). **Direito e discurso**. Fundação Boiteux, Florianópolis, 2006.
- PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **História do direito comum da humanidade: Ius commune humanitatis ou lex mundi?**. Lisboa, AAFDL, 2003.
- SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitucion**, Madrid, Alianza Editorial, 1982.