

O Estado de Exceção Constitucional – Teoria e prática

GONÇALO BARGADO*/**

SUMÁRIO: § 1.º *O estado de exceção em geral: 1.1. Considerações introdutórias; 1.2. O fundamento e a natureza jurídica do estado de exceção. § 2.º O estado de exceção na Constituição portuguesa: 2.1. Sucinta descrição do regime constitucional; 2.2. Em especial: a declaração do estado de exceção como ato discricionário; 2.3. Em especial: a suspensão do exercício de direitos fundamentais; 2.4. Em especial: o controlo da declaração do estado de exceção pelo Tribunal Constitucional. § 3.º O estado de exceção declarado: 3.1. Notícia; 3.2. Análise dos decretos presidenciais: dois problemas.*

§ 1.º

O ESTADO DE EXCEÇÃO EM GERAL

1.1. *Considerações introdutórias*

1. A vida individual, social e política, permanece constantemente no limiar entre a normalidade e a excecionalidade. Trata-se de uma evidência apreendida no decurso dos dias, de uma tautologia, a que nem foge o otimista, nem o incauto. A ordem, se detém um espaço próprio que se esforça por tornar impenetrável, corre invariavelmente em paralelo com o caos. Esta dialética, imanente ao mundo, revela-se com particular intensidade num tempo em que a

* Advogado.

** É devido um agradecimento especial ao Prof. Doutor Rui Medeiros, pelas valiosas sugestões e críticas que ofereceu, com dedicação e saber, a alguns dos temas tratados no texto. Evidentemente, quaisquer omissões ou incorreções são da minha inteira e exclusiva responsabilidade.

perceção subjetiva do risco é acrescida, um risco que se mostra omnipresente e de consequências incalculáveis: hoje, “[r]isco significa a antecipação da catástrofe”¹.

Também o Direito, enquanto ordem específica, avista regularmente a crise e o desastre. Todavia, se essa eventual disrupção é ainda, em geral, uma normalidade acomodável à sua regular arquitetura, sem a ferir, por vezes dá-se o encontro com uma ameaça existencial, capaz de perigar o núcleo de valores² da ordem edificada. Dá-se, pois, um *estado de exceção*.

2. O estado de exceção não é nunca, porém, mera questão-de-facto³. Em rigor, o sentido usualmente imputado à locução «estado de exceção» pressupõe um fenómeno jurídico-político, um dispositivo de salvaguarda e autopreservação da ordem constitucional do Estado contra a perturbação exterior que compromete a sua subsistência, identidade ou os bens que elevou a fins seus.

É assim que os regimes político-constitucionais que atravessaram os séculos, desde a antiguidade clássica à atualidade, conceberam medidas extraordinárias destinadas a enfrentar situações de perigo sério para a sociedade e para o poder instituído⁴. Da ditadura romana⁵, à nomeação, na idade medieval, de comis-

¹ Cf. ULRICH BECK, *World at Risk*, Polity Press, Cambridge, 2009, pp. 8, 9 e 52.

² Não se desconhece a diferença que existe entre o plano axiológico e o plano deontológico. Quando aqui me refiro a um núcleo de valores refiro-me àquilo que é, do ponto de vista da ordem jurídica, o melhor, ou seja, as normas constitucionais, e o melhor é, então, o que é juridicamente devido – cf. ROBERT ALEXI, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 147.

³ Cf. GIORGIO AGAMBEN, (2003) *Estado de Exceção*, Edições 70, Lisboa, 2015, p. 43; genericamente, recusando uma estrita separação entre *quaestio facti* e *quaestio iuris*, A. CASTANHEIRA NEVES, ‘A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como Tribunal de «Revista»’, in *Digesta – Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Vol. 1.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 483 e ss.

⁴ Cf., para uma exaustiva análise histórica do estado de exceção, JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado de Exceção no Direito Constitucional (entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição)*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 109 e ss.; CARL SCHMITT, (1921) *Dictatorship*, Polity Press, Cambridge, 2014, pp. 1 e ss.; para uma breve, mas excelente, história do estado de exceção na idade moderna, GIORGIO AGAMBEN, *Estado...*, *op. cit.*, pp. 25 e ss.; também, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 1087 e ss.; FRANÇOIS SAINT-BONNET, ‘Droit et évidente nécessité: l’autonomie de l’état d’exception’, in *Droits (revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques)*, pp. 32 e ss.; e, CARLOS BLANCO DE MORAIS, *O Estado de Exceção*, Cognitio, Lisboa, 1984, pp. 13 e ss.

⁵ Cf. CARL SCHMITT, (1921) *Dictatorship...*, *op. cit.*, pp. 1 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 116 e ss.; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *O Estado...*, *op. cit.*, pp. 13 a 15.

sários extraordinários⁶, passando pela *martial law* britânica⁷, pelo *état de siège* francês⁸, até à constitucionalização generalizada de mecanismos e instrumentos de exceção⁹, as comunidades políticas e os poderes públicos sempre intentaram, com maior ou menor sucesso, prevenir e arrostar a desordem crítica gerada pelos mais variados eventos, *v.g.*, invasões estrangeiras, tumultos e sedições, calamidades.

Com aquele desígnio, ora se procedeu à atribuição de *plenos poderes* – em Roma tal caracterizava-se por uma muito ampla concentração de poderes políticos, administrativos e judiciais num indivíduo¹⁰, o mesmo ocorrendo, por exemplo, na República de Weimar, em que o artigo 48.º da Constituição atribuía ao Presidente do *Reich* o poder de “*tomar as medidas necessárias ao restabelecimento da segurança e da ordem pública*”¹¹ –, ora se admitiu a assunção extraordinária de poderes por parte do executivo que extravasavam as suas competências constitucionais e legais (seja *motu proprio*, seja por delegação parlamentar prévia, seja com posterior ratificação parlamentar)¹², ora se permitiu a suspensão de direitos fundamentais, e muito em especial de direitos de liberdade¹³, ou mesmo a suspensão da constituição *in totum*.

⁶ Cf. CARL SCHMITT, (1921) *Dictatorship...*, *op. cit.*, pp. 34 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 138 e ss.

⁷ Cf. ALBERT VENN DICEY, (1885) *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Macmillan, Londres, 1959, pp. 284 e ss.; CARL SCHMITT, (1921) *Dictatorship...*, *op. cit.*, pp. 148 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 151 e ss.; GIORGIO AGAMBEN, *Estado...*, *op. cit.*, pp. 36 e 37.

⁸ Cf. CARL SCHMITT, (1921) *Dictatorship...*, *op. cit.*, pp. 148 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 187 e ss.; GIORGIO AGAMBEN, *Estado...*, *op. cit.*, pp. 16 a 18, 25 a 27.

⁹ Cf. JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 222 e ss.; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *O Estado...*, *op. cit.*, pp. 21 a 25.

¹⁰ Cf. CARL SCHMITT, (1921) *Dictatorship...*, *op. cit.*, pp. 2-3, e 34 e ss.; SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano (Ius Romanum)*, I, Dislivro, Coimbra, 1984, p. 65, nota 93; JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 123 e 124.

¹¹ Cf. CARL SCHMITT, (1921) *Dictatorship...*, *op. cit.*, pp. 180 e ss., em especial pp. 198 a 200, aludindo expressamente à existência, neste cenário, de um *plein pouvoir*; e, JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 242 e ss.; ainda, GIORGIO AGAMBEN, *Estado...*, *op. cit.*, pp. 30 e 31; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *O Estado...*, *op. cit.*, pp. 33 e 34.

¹² Cf. JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 200 e ss.; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *O Estado...*, *op. cit.*, pp. 25 a 31; GIORGIO AGAMBEN, *Estado...*, *op. cit.*, pp. 18 e 25 e ss.

¹³ Pense-se na suspensão do *habeas corpus* na *common law*, quer no Reino Unido, quer nos Estados Unidos da América, sendo certo que neste último Estado a possibilidade dessa suspensão em caso de rebelião ou invasão resulta diretamente do artigo 1.º, secção 9, da Constituição, tendo dela feito uso, durante a guerra civil americana, ABRAHAM LINCOLN – cf. ALBERT VENN DICEY, (1885) *Introduction...*, *op. cit.*, pp. 228 e ss.; HERMAN BELZ, ‘Constitutional History: 1861–1865’, in *Encyclopedia of the American Constitution*, Vol. I, Macmillan, Nova Iorque, 2000, p. 574; JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 154 e ss. e 229 e ss., –, ou pense-se na possibilidade conferida

3. O Direito, nestes momentos de grave tensão, visa evitar que a exceção se converta em regra, procurando enquadrar a crise de modo a retornar a um estado de normalidade constitucional¹⁵. Neste movimento, intenta a todo o custo inscrever em si a anomia¹⁶, tornando-se ele próprio exceção, na crença, contudo, de que esta sua mutação singular “*é diferente da anarquia e do caos*”¹⁷, de que é ainda uma ordem.

Sem prejuízo, a excecionalidade, se se apresenta não raras vezes como trágica – e a tragédia, facilmente se o pode hoje dizer, o mundo “*conhece-a ainda, não perdeu a sua face pálida, o seu esgar de espanto, a sua garra branca e petrificada*”¹⁸ – é capaz de profundas aclarações, propiciando, não somente uma melhor compreensão da regra geral, mas também da realidade que a solicita¹⁹. Nas palavras de Kierkegaard, “*a exceção explica o universal e explica-se a si mesma, e, se se quer estudar em rigor o universal, basta procurar uma exceção justificada; esta mostra tudo com maior distinção do que o universal. () Há exceções. Se não se consegue explicá-las, também não se consegue explicar o universal. Em geral não se nota a dificuldade porque também não se pensa o universal com paixão, antes com uma confortável superficialidade. Pelo contrário, a exceção pensa o universal com uma paixão enérgica*”²⁰.

1.2. O fundamento e a natureza jurídica do estado de exceção

4. Qual seja o fundamento e a natureza do estado de exceção é já uma *vexata quaestio*. Ainda assim, o seu carácter intrinsecamente aporético não permitiu, até ver, que a ampulheta dos tempos resolvesse por si só o problema.

expressamente pela Constituição de Weimar de suspensão de liberdades, tais como as liberdades de expressão, de reunião e de associação.

¹⁴ Assim, *v.g.*, a Constituição francesa de 1799 (de 22 Frimário do ano VIII) previa a admissibilidade da sua suspensão total, em todas as áreas em que tivessem surgido revoltas ou tumultos, as quais eram declaradas *hors la constitution* – cf. GIORGIO AGAMBEN, *Estado...*, *op. cit.*, p. 17; CARL SCHMITT, (1921) *Dictatorship...*, *op. cit.*, p. 162; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *O Estado...*, *op. cit.*, p. 32.

¹⁵ Cf. GILBERTO BERCOVICI, ‘A expansão do estado de exceção: da garantia da Constituição à garantia do capitalismo’, in *Boletim de Ciências Económicas*, Vol. LVII, Tomo I, 2014, p. 742.

¹⁶ Cf. GIORGIO AGAMBEN, *Estado...*, *op. cit.*, pp. 80-81 e 129-130.

¹⁷ Cf. CARL SCHMITT, (1922) *Political Theology: four chapters on the concept of sovereignty*, MIT Press, Cambridge, 1985, p. 12.

¹⁸ Cf. AGUSTINA BESSA-LUÍS, (1959) Prefácio a *Ternos Guerreiros*, Relógio D’Água, Lisboa, 2018, p. 9.

¹⁹ Cf. CARL SCHMITT, (1922) *Political...*, *op. cit.*, p. 15.

²⁰ Cf. SØREN KIERKEGAARD, (1843) *A Repetição*, Relógio D’Água, Lisboa, 2009, pp. 137 e 138; palavras primeiramente citadas neste contexto por CARL SCHMITT, (1922) *Political...*, *op. cit.*, p. 15.

Todavia, o recurso à ideia de *estado de necessidade* – que integra o património jurídico da humanidade²¹ –, é necessariamente o ponto de partida transecular para uma teorização do estado de exceção.

Seria nesta sede convocável o adágio latino “*necessitas non habet legem*”²². O sentido literal desta expressão remeter-nos-ia para a subtração e dispensa de uma situação de facto às normas jurídico-constitucionais pensadas para circunstâncias de normalidade, pelo que estaria em causa uma *exceção à legalidade*. Assim, se é certo que o Direito Constitucional não permitiria as providências contra si tomadas no confronto com a necessidade, a verdade é que também não as proibiria, uma vez que essa vicissitude determinaria uma perda da *vis obli-gandi* das suas normas²³. Estar-se-ia assim diante de um mero facto, um simples fenómeno extrajurídico que, no entanto, teria consequências ao nível da força normativa da constituição²⁴.

Já noutro prisma, o estado de necessidade, diz-nos um provérbio francês, se não teria lei, faria lei (*nécessité fait loi*), ou seja, criaria o seu próprio direito. O estado de necessidade seria aqui tido como *facto normativo* ou *fonte originária de direito* (*ex facto oritur ius*), semelhante, para certa ótica claro, ao fenómeno revolucionário^{25/26}, remetendo para uma justificação pura, não derivada, nela reclamando a sua própria validade²⁷.

E ainda numa outra mundividência, o estado de necessidade convocaria o seu próprio direito, o qual não se confunde com a lei ou com qualquer volun-

²¹ Relembre-se, a título de mero exemplo, que o estado de necessidade é uma causa de justificação prevista quer no nosso Direito Civil (cf. artigo 339.º do Código Civil), quer no nosso Direito Penal (cf. artigo 34.º do Código Penal), quer ainda no nosso Direito Administrativo (cf. artigo 3.º, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo).

²² Cf. GIORGIO AGAMBEN, *Estado...*, *op. cit.*, p. 44.

²³ Cf. *Idem*, *ibidem*, pp. 44 a 47.

²⁴ Parece ser justamente esta a visão de CARRÉ DE MALBERG, (1920) *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Dalloz, Paris, 2004, p. 620, ou de KONRAD HESSE, (1959) *A Força Normativa da Constituição*, Porto Alegre, 1991, pp. 31 e 32, este último considerando que na falta de uma regulamentação constitucional do estado de necessidade fica “a solução do problema entregue ao poder dos factos. As medidas eventualmente empreendidas poderiam ser justificadas com base num estado de necessidade suprapositivo. Resalte-se que o conteúdo dessa regra jurídica suprapositiva somente poderia expressar a ideia de que a necessidade não conhece limites (*Not kennt kein Gebot*). Tal proposição não conteria, portanto, regulação normativa, não podendo, por isso, desenvolver força normativa. Assim, a renúncia da Lei Fundamental (*Grundgesetz*) a uma disciplina do estado de necessidade revela uma antecipada capitulação do Direito Constitucional diante do poder dos factos (*Macht der Fakten*)”.

²⁵ Cf. GIORGIO AGAMBEN, *Estado...*, *op. cit.*, pp. 47 a 50.

²⁶ Numa formulação de MIGUEL GALVÃO TELES, ‘A revolução portuguesa e a teoria das fontes de direito’, in *Escritos Jurídicos*, Vol. II, Almedina, Coimbra, pp. 292 e ss.

²⁷ Cf. *Idem*, *ibidem*, pp. 304 e ss.

tarismo. É nesta linha que certos autores afirmam existir um *direito suprapositivo* do Estado à sua própria conservação, direito que não existiria apenas à margem da constituição, mas sim em sua oposição²⁸.

5. Ora, a intuição milenar que coloca o estado de exceção como espécie do género do estado de necessidade parece ser substancialmente correta²⁹. Porém, o estado de necessidade não se equipara a mero facto sem significação jurídica, nem a uma exceção à legalidade, nem confere ao Estado um direito suprapositivo à sua manutenção, nem se traduzirá, em princípio, num facto normativo.

A perspetiva do estado de necessidade constitucional como simples facto ajurídico coloca-o e coloca as atuações que dele se reivindicam num «espaço livre de direito»³⁰ e, mais exatamente, num «espaço livre de constituição»³¹, o que, desde logo, encontra refutação na verificação de que um elevado número de constituições chama a si, em maior ou menor medida, a regulação do estado de exceção³². Fazem-no, na tentativa de cumprirem a sua função de limitação da arbitrariedade e abuso do poder político, assim impedindo que um Estado de Direito redunde, afinal, num Estado de Exceção, despótico³³.

Além disso, mesmo aí onde o estado de exceção não se encontre, de alguma forma, positivado num conjunto de *normas-regra* constitucionais, ou quando uma tal regulação se mostre insuficiente – pois, “*pela sua própria natureza, não*

²⁸ Cf., para uma exegese desta posição, A. JAKAB, ‘Le droit constitutionnel allemand et la doctrine de l’état d’urgence : modèles et dilemme d’un discours juridique allemand traditionnel’, in *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, ano 86, n.º 3, 2009, pp. 475 e ss.

²⁹ Cf., neste sentido, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., pp. 1085 e 1099; PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2010, p. 125; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *O Estado...*, op. cit., pp. 10 a 12; MANUEL AFONSO VAZ, *Lei e Reserva da Lei*, UCP, Porto, 1996, pp. 333 e 334; DIOGO FREITAS DO AMARAL e MARIA DA GLÓRIA GARCIA, ‘O estado de necessidade e a urgência em Direito Administrativo’, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 59, II, 1999, pp. 467 e ss.; contra, GIORGIO AGAMBEN, *Estado...*, op. cit., p. 80, e JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. II, op. cit., pp. 1388 a 1391; é conhecida a recusa genérica do direito de necessidade por KANT que o denomina de “*direito equívoco*”, cf. (1797) *The Metaphysics of Morals*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991, pp. 60 e 61.

³⁰ Cf., sobre as diferentes aceções em que esta ideia pode ser entendida, A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica – Problemas fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 207 e ss.

³¹ Para utilizar uma expressão de J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 1099.

³² Cf., quanto à constitucionalização do estado de exceção e quanto à sua regulação em diversos ordenamentos constitucionais, JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. I, op. cit., pp. 223 e ss., e 407 e ss.

³³ De acordo com J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito...*, op. cit., p. 1099, o direito de necessidade só seria compatível com um Estado de Direito Democrático “*quando na própria lei fundamental se fixarem os pressupostos, as competências, os instrumentos, os procedimentos e as consequências jurídicas da «Constituição de exceção»*”, afirmação com a qual, de resto, não concordo.

é possível «constitucionalizar», de forma global e pormenorizada, estados imprevistos e imprevisíveis, cuja disciplina depende das situações histórico-concretas”³⁴ –, nem por isso se poderá qualificar esse estado de necessidade como tão-só um estado de coisas fáctico *extra ordinem*³⁵. É hoje um dado adquirido que o ordenamento jurídico não se limita à positivação de regras integrando igualmente princípios³⁶. Estes, distinguindo-se daquele primeiro tipo de normas essencialmente pela *genericidade da sua previsão*³⁷ e, por isso, pela sua maior aptidão para abranger e para regular *prima facie* um maior leque de estados de coisas, podem ser acionados e convocados para dar resposta, resposta normativa e jurídica, à situação excecional envolvente.

Deste modo, mesmo que uma constituição, porventura, não preveja quaisquer regras acerca do estado de exceção, a incidência de princípios constitucionais sobre uma hipotética situação que perigue ou comprometa gravemente os seus alicerces axiológicos determinaria que aquele é ainda justificado e regulado pelo Direito. É este o sentido que se poderia, *v.g.*, dar ao aforismo de Cícero, *salus populi suprema lex esto*³⁸. O imperativo de salvaguardar as pessoas, contra ameaças dramáticas à sua vida, à sua liberdade, *et cetera*, enquanto princípio jurídico imanente à constituição de um Estado, e, bem assim, os próprios direitos fundamentais envolvidos, tornam-se os padrões jurídicos aplicáveis à atuação dos poderes estaduais, podendo eles implicar, nessas circunstâncias, a *derrotabilidade*³⁹

³⁴ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 1099.

³⁵ Como faz PAULO OTERO, *Direito...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 177.

³⁶ Os quais, só porque podem não estar vertidos em texto legal, não significa que não se encontrem positivados (pense-se nos princípios induzidos logicamente a partir de outras normas), cf. PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas*, Parte I, AAFDL, Lisboa, 2019, pp. 161 e 162.

³⁷ Cf., acerca da distinção entre regras e princípios, por todos, PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, Parte I, *op. cit.*, pp. 157 e ss., em especial, 174 e ss.

³⁸ Cf. MARCUS TULLIUS CICERO, ‘Treatise on the Laws’, in *The Political Works of Marcus Tullius Cicero*, Vol. II, Londres, 1842. Aforismo que, de resto, ao longo dos séculos, é referência quase obrigatória a propósito do estado de necessidade constitucional – cf., a título de exemplo, JOHN LOCKE, (1689) *Two Treatises of Government*, II, Cap. XIII, § 158, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, p. 373, segundo o qual, “*Salus Populi Suprema Lex é uma regra tão justa e fundamental que aquele que a seguir sinceramente não pode errar*”.

³⁹ Cf., para uma profunda análise da temática da derrotabilidade normativa, PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, Parte I, *op. cit.*, pp. 213 e ss. A derrotabilidade (*defeasibility*) das normas é uma ideia tipicamente atribuída a H.L.A HART, ‘The Ascription of Responsibility and Rights’, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 49 (1948 – 1949), pp. 171 a 194 – cf., entre muitos outros, FREDERICK SCHAUER, ‘On the Supposed Defeasibility of Legal Rules’, in *Current Legal Problems*, Vol. 51, 1998, p. 224, ainda que este último autor, noutro local, tenha feito remontar o princípio da derrotabilidade a PLATÃO, *vide* ‘Is Defeasibility an Essential Property of Law’, in *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 77 e ss.

de regras⁴⁰ e de princípios que consagrem direitos, que coloquem constrangimentos às restrições desses direitos, ou que estabeleçam divisões estritas de poderes e competências. E se desta forma se poderia fundar a preterição da *legalidade constitucional*, nem por isso deixariam de vigorar necessariamente limites à execução do estado de exceção, como sejam os impostos pelo princípio da proporcionalidade.

Ou seja, a deficiente ou a falta de regulação constitucional expressa do estado de exceção não tem de significar a sua localização topológica no exterior da ordem jurídica vigente, e isto a dois níveis: (i) por um lado, o seu fundamento, bem como a justificação do seu carácter derogatório de normas constitucionais, permanecem e são descobertos no sistema principiológico da Lei Fundamental; (ii) por outro lado, os seus eventuais limites residem também no mesmo lugar.

Daí que o correto seja designar a realidade sob análise, não de uma exceção à legalidade, mas de uma legalidade de exceção⁴¹ ou, mais adequadamente, de uma *jurisdição de exceção*. Por um lado, as normas constitucionais que fixem um quadro para o estado de exceção “*limitam[-se] a reconhecer a cedência condicional das exigências de legalidade sensu amplo à necessidade de salvaguardar outros inte-*

⁴⁰ O dogma de que as normas-regra são insuscetíveis de colidir com normas-princípio e de que aquelas prevalecem sempre sobre estas encontra-se superado. Também as regras apenas regulam *prima facie*. Como refere JOSEPH RAZ, os casos jurídicos “*estão «simplesmente» fora do escopo das regras se as principais razões que apoiam a regra não são aplicáveis a tais casos*”, o que implica que “*os casos estão numa relação de exceção em relação à regra quando algumas das principais razões para a regra se lhes aplicam, mas o «compromisso» refletido na regra considera que prevalecem outras considerações conflituantes*” — cf. *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 187. Não obstante, as regras são especialmente resistentes à derrota num conflito com princípios em função da sua força de regras *qua* regras adveniente do princípio (formal) que justifica que se realize exatamente o que elas prescrevem, isto é, o *princípio da legalidade*, o qual carece, pois, para que um princípio se possa aplicar em detrimento de uma regra, de ser derrotado, a par das razões ínsitas à norma — cf. PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, Parte I, *op. cit.*, pp. 169 a 174, e 400 a 408; já antes, apontando neste sentido, ROBERT ALEXY, *Teoría...*, *op. cit.*, p. 100; sobre a especial força das regras *qua* regras, FREDERICK SCHAUER, *Playing by the Rules — A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*, Oxford University Press, Oxford, 1991, pp. 112 e ss.

⁴¹ Cf. JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. I, *op. cit.*, p. 101, mas recusando que o fundamento do estado de exceção se situe num direito de necessidade (cf. p. 1388 a 1390); a propósito do estado de necessidade administrativo, SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987, pp. 282 a 284, e ainda, ‘Revisitando o Estado de Necessidade’, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 719 e ss.; igualmente, PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública — O Sentido da Vinculação Administrativa à Jurisdição*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 235 a 238, com pressupostos, no entanto, que não posso acompanhar; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, Coimbra, p. 62.

resses tutelados por normas jurídicas com maior peso” e, por outro, “[n]o pressuposto hipotético da inexistência dos enunciados referidos, o efeito normativo prescrito seria, de todo o modo, alcançável pela resolução ponderatória das normas conflitantes”⁴².

Por aqui se vê, também, que justificar as atuações do Estado em situação de necessidade num seu direito suprapositivo é manifestamente dispensável e, em última análise, pernicioso, dadas as condutas perversas que tal entendimento pode pretender legitimar. Dispensável, pois a ordem jusconstitucional positiva, o mais das vezes, já fornecerá, em si, parâmetros normativos bastantes para enquadrar um hipotético estado de necessidade. Pernicioso, uma vez que, como bem assinalava Kelsen, “por detrás da declaração cândida de que o Estado deve «viver» esconde-se na realidade a vontade perigosa de que o Estado viva como desejam aqueles que invocam a necessidade de recorrer a um «direito [suprapositivo] de crise»”⁴³.

Finalmente, o estado de necessidade não é, *per se*, fonte de direito autónoma que justifique as atuações derogatórias da legalidade constitucional. Ou, melhor, não o tem de ser. Explico-me.

Num estado de exceção, dir-se-ia, são pensáveis três principais cenários. Em primeiro lugar, os atos do Estado podem conformar-se perfeitamente com as regras e/ou os princípios constitucionais, de tal modo que deles se pode dizer serem atos válidos. Em segundo lugar, tais atos, ou alguns deles, podem, por qualquer razão, não cumprir as normas da ordem jurídica vigente, não se podendo concluir, nessa hipótese, que o fundamento desses atos esteja nela, a qual, censurando-os, não os fundamenta: mas, aí, tais atos *pretenderam* essa fundamentação. Por último, e em terceiro lugar, o exercício do poder no estado de exceção pode invocar a necessidade para impor soluções independentemente do seu arrimo jurídico-constitucional⁴⁴.

No primeiro e no segundo cenário, é visível que o estado de exceção não se arroga uma validade fora da constituição, antes a procura no seio do sistema. Na segunda suposição, aliás, apesar da falta de fundamento constitucional – pelo que os atos são *inválidos* –, e se este ainda for verdadeiramente querido, gerar-se-ão *efetivas* consequências jurídicas e práticas dentro do sistema (*v.g.*, declaração da nulidade dos atos e de um dever de indemnização, execução de decisão judicial)⁴⁵. Fica então claro que não é o *facto* da necessidade que, nestes

⁴² Cf. PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, Parte II, *op. cit.*, pp. 159 e 161, nota 297.

⁴³ Cf. HANS KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Springer, Berlin, 1925, p. 157.

⁴⁴ Esta análise fica a dever-se a MIGUEL GALVÃO TELES, ‘O Problema da Continuidade da Ordem Jurídica e a Revolução Portuguesa’, in *Escritos...*, *op. cit.*, p. 265.

⁴⁵ Cf. G. H. VON WRIGHT, *Norm and Action – A Logical Enquiry*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1963, p. 200.

casos, justifica – no sentido de ser a razão invocada – as atuações do Estado, mas antes a constituição, esta sim fonte de direito.

Porém, na terceira conjectura o problema é indiscutivelmente distinto, visto que há uma negação da pretensão de validade da ordem jurídica até então vigente e existe, por conseguinte, uma busca de fundamento em razões autónomas *que o próprio facto põe* e não em normas do sistema positivo⁴⁶. Nestas circunstâncias, sim, talvez se possa afirmar que as atuações a coberto do estado de necessidade são «fontes originárias de direito» ou «factos normativos»⁴⁷, no preciso sentido em que (i) visam produzir direito apesar de nenhuma norma do ordenamento relativa à sua produção os habilitar a tanto⁴⁸, (ii) são recusadas as consequências jurídicas daí advenientes, e (iii) na medida em que logrem adquirir relativa permanência, leia-se *efetividade*⁴⁹. Simplesmente, aqui, já não se estará diante de um estado de exceção, mas perante uma *revolução*⁵⁰ – na terminologia de G. H. von Wright, os atos são agora, não meramente inválidos, mas *soberanos*⁵¹, comprometendo a vigência da constituição. É este, ainda, o paradigma da *ditadura soberana* de Carl Schmitt, a que a seguir me referirei.

Em síntese, o estado de exceção, quando não culmina em revolução ou noutra rutura política primordial, é um *estado justificado* pelo seu acordo fundamental com os valores da ordem jurídico-positiva, e concretiza-se na inaplicabilidade de normas constitucionais cujo operar pressupõe uma normalidade

⁴⁶ Cf., aludindo aqui a *razões puras*, não mediatizadas por normas positivas, MIGUEL GALVÃO TELES, 'A revolução...', *op. cit.*, p. 305.

⁴⁷ Em rigor, a expressão «facto normativo» é equívoca, dado que tenho por logicamente necessário o abismo existente entre os mundos do ser (*Sein*) e do dever ser (*Sollen*) evidenciado por DAVID HUME, (1888) *A Treatise of Human Nature*, Oxford University Press, Oxford, 1960, p. 469. Veja-se, sobre o tema, G. H. VON WRIGHT, 'Is and Ought', in *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 365 e ss.; e ainda, JOSÉ DE SOUSA E BRITO, 'O Positivismo Jurídico e a Lei de Hume', in *Estudos de Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Colaço*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 895 e ss.

⁴⁸ Cf. RICCARDO GUASTINI, *Teoria e Dogmatica delle Fonti*, Giuffrè, Milão, 1998, p. 95 e 96, e, do mesmo autor, *La Sintassi del Diritto*, Giappichelli, Turim, 2011, pp. 124 e 130.

⁴⁹ Cf. G. H. VON WRIGHT, *Norm...*, *op. cit.*, p. 201; HANS Kelsen, (1960) *Teoria Pura do Direito*, Arménio Amado, Coimbra, 1986, pp. 291 e 292; RICCARDO GUASTINI, *Teoria...*, *op. cit.*, p. 96, e, *La Sintassi...*, *op. cit.*, p. 130.

⁵⁰ Cf., qualificando a revolução como facto normativo, NORBERTO BOBBIO, *La consuetudine como fatto normativo*, G. Giappichelli, Turim, 2010, p. 35; RICCARDO GUASTINI, *Teoria...*, *op. cit.*, p. 96, *La Sintassi...*, *op. cit.*, p. 135; MIGUEL GALVÃO TELES, 'A revolução...', *op. cit.*, pp. 292 e ss.; e, PAULO OTERO, *Direito...*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 180 e ss; e identificando o panorama descrito com uma revolução, G. H. VON WRIGHT, *Norm...*, *op. cit.*, p. 202; igualmente, HANS Kelsen, (1960) *Teoria...*, *op. cit.*, pp. 289 a 292.

⁵¹ Cf. G. H. VON WRIGHT, *Norm...*, *op. cit.*, p. 201.

casuística⁵² que, contudo, inexistente em momentos particularmente conturbados da existência do Estado.

6. Se a compreensão metodológica do estado de exceção passará, segundo creio, pelas considerações vindas de enunciar, há algo na experiência imediata deste acontecimento que, não obstante, parece exceder o rigor lógico-jurídico, e que carece de ser apontado.

Carl Schmitt, sem dúvida um dos maiores teóricos do estado de exceção⁵³, e que radicava esta realidade num direito do Estado à autopreservação⁵⁴, reconduzia-o ao conceito de ditadura. Com o propósito de analisar as prerrogativas que o artigo 48.º da Constituição de Weimar atribuía ao Presidente do *Reich* em caso de ameaça ou de séria perturbação da segurança e da ordem pública, distingue entre *ditadura comissária* e *ditadura soberana*. A primeira, “suspende a constituição com o fim de a proteger”, devendo as ações do ditador (re)criar as condições para que a lei possa ser cumprida, “porque toda a norma legal pressupõe uma condição normal enquanto meio homogêneo no qual é válida”⁵⁵. A segunda, ao invés, “não suspende uma constituição existente por uma lei baseada na constituição – uma lei constitucional; ao invés, procura criar condições nas quais uma constituição – uma constituição que considera ser a autêntica – é tornada possível”⁵⁶. A ditadura soberana, portanto, bem ao contrário da ditadura comissária, equivaleria ao *poder constituinte*, o qual, em todo o caso, não seria “*poder puro*”, na medida em que fundaria uma nova constituição e com ela se relacionaria⁵⁷.

Atenta esta dicotomia, o estado de exceção corresponderia a uma ditadura comissária, em que a suspensão da constituição se traduziria afinal numa “concreta exceção”⁵⁸. De facto, a ideia de exceção apresenta-se absolutamente central para o pensamento do jurista alemão, tendo ficado célebre a sua sentença, que abre o seu *Politische Theologie*, de que “[o] soberano é aquele que decide da exce-

⁵² Cf., sobre o conceito de «normalidade casuística», PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, Parte I, *op. cit.*, p. 353.

⁵³ Cf., para uma minuciosa e inovadora análise da conceção de CARL SCHMITT, GIORGIO AGAMBEN, *Estado...*, *op. cit.*, pp. 52-53, e 55 e ss.; procurando colocar essa conceção num contexto histórico de reação à ordem jurídico-política liberal, MARIE GOUPY, ‘La théorie de l’état d’exception de Carl Schmitt: réaction à la crise de la pensée libérale de l’ordre’, in *Archives de philosophie du droit*, Tomo 58, Dalloz, 2015, pp. 355 e ss.; e, entre nós, MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, ‘A Exceção no Pensamento Político e Jurídico de Carl Schmitt’, in *Carl Schmitt Revisitado*, ICJP, Lisboa, 2014, pp. 150 e ss.

⁵⁴ Cf. CARL SCHMITT, (1922) *Political...*, *op. cit.*, p. 12.

⁵⁵ Cf. CARL SCHMITT, (1921) *Dictatorship...*, *op. cit.*, p. 118.

⁵⁶ Cf. *Idem, ibidem*, p. 119.

⁵⁷ Cf. *Idem, ibidem*, p. 119.

⁵⁸ Cf. *Idem, ibidem*, pp. xlii, 118,

ção”⁵⁹. Segundo Schmitt, não existindo normas “*aplicáveis ao caos*”⁶⁰, a inclusão da exceção no direito opera-se através de uma decisão que suspende a ordem jurídica⁶¹: a exceção implica “*a suspensão de toda a ordem jurídica existente*”, mas, “*porque a exceção é diferente da anarquia e do caos, ainda prevalece uma ordem em sentido jurídico, ainda que não do tipo ordinário*”⁶².

A tese de Schmitt põe a nu um importante traço do estado de exceção. É que, neste, a exceção surge, não como um modo ordinário de regulação de casos, como técnica jurídico-formal quotidiana, mas como *condição existencial das normas gerais*. E, nessa função, a prevalência da exceção sobre o geral é muito mais do que o singelo resultado da resolução de um conflito normativo, porquanto não há uma absoluta *césure* entre o geral e o excecional – como sucede no afastamento circunstancial da norma geral em razão do clássico princípio *lex specialis generali derogat* –, antes, como sublinha Agamben, “[a] norma aplica-se à exceção desaplicando-se, retirando-se dela”⁶³.

O que bem se compreende: a primazia corrente das regras excepcionais face às regras gerais funda-se, sobretudo, no facto de aquelas estarem mais próximas da medida relativa das coisas, *i.e.*, funda-se num imperativo de igualdade⁶⁴, e porque as razões subjacentes à regra geral não procedem no caso concreto; diferentemente, no estado de exceção, a preponderância de soluções excepcionais sobre as regras gerais constitucionais deve-se já à intenção de *salvar* estas últimas. Por este motivo, se no primeiro caso o geral se deve afastar, em obediência à geometria valorativa do sistema, no segundo, não podendo permanecer instanciado, tem paradoxalmente de estar presente – está-o na *ratio* da exceção. Conclusão que vale, *mutatis mutandis*, também para a prevalência de uma norma sobre outra por *ponderação*: uma norma é afastada, nos cenários em análise, para que possa ser, no futuro, aplicada.

Neste específico horizonte de ideias, a percepção do estado de exceção como uma vicissitude materializada numa *suspensão* de normas constitucionais – e não numa mera sua não aplicação *in casu* – capta algo que a evidenciação da estrutura lógica das relações entre normas e dos critérios de resolução de antinomias muito simplesmente não alcança. Suspensão esta que não tem de significar, no

⁵⁹ Cf. CARL SCHMITT, (1922) *Political...*, *op. cit.*, p. 5.

⁶⁰ Cf. *Idem, ibidem*, p. 13.

⁶¹ Cf., vendo esta relação como um paradoxo, GIORGIO AGAMBEN, *Estado...*, *op. cit.*, pp. 56 e 57.

⁶² Cf. CARL SCHMITT, (1922) *Political...*, *op. cit.*, p. 12.

⁶³ Cf. GIORGIO AGAMBEN, (1995) *O Poder Soberano e a Vida Nua – Homo Sacer*, Editorial Presença, Lisboa, 1998, p. 27; também, GIORGIO AGAMBEN, *Estado...*, *op. cit.*, p. 66.

⁶⁴ Cf. DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 273; PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, Parte I, *op. cit.*, p. 353.

entanto, o regresso a um *estado pleromático*, em que a distribuição de poderes ainda não se deu, e que teria a sua acabada expressão na magistratura da ditadura romana, tal como não tem de introduzir um *estado kenomático* definido por um vazio e uma paragem do Direito⁶⁵. É aqui, sob o maior ou o menor peso da virtude, que avultará a *decisão*⁶⁶ como chave ambígua da civilização.

§ 2.º

O estado de exceção na Constituição portuguesa

2.1. *Sucinta descrição do regime constitucional*

7. Sem a candura que a História dissipa, o poder constituinte responsável por erigir a Constituição portuguesa teve o cuidado e a presciência de regular em pormenor o estado de exceção⁶⁷, limitando por essa via o curso de ação dos poderes públicos, amiúde favoráveis, nessas ocasiões, à apostasia constitucional. Tal como referido *supra*, a criação de uma disciplina específica para o estado de necessidade assume-se como um modo de garantia contra a prepotência do político – um eterno retorno –, ensaiando-se assim submetê-lo o mais possível à Lei Fundamental⁶⁸, em particular atenta a possibilidade de, nessas circunstâncias, se suspender o exercício de direitos fundamentais.

8. As situações de exceção constitucional encontram-se previstas no artigo 19.º da Constituição. Aí se distingue entre *estado de sítio* e *estado de emergência*, os quais somente podem ser declarados, no todo ou em parte do território nacional, em caso de (i) agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras,

⁶⁵ Como propugna ocorrer necessariamente GIORGIO AGAMBEN, *Estado...*, *op. cit.*, pp. 76 e 80; para uma crítica desta visão, MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, 'A Exceção...', *op. cit.*, pp. 164 a 169.

⁶⁶ Não será decerto coincidência – quanto a coincidências, direi apenas que o Universo é raramente tão ocioso – que a palavra «crise» tenha a sua raiz etimológica no grego *κρίσις* (*krísis*), literalmente «decisão» ou «julgamento».

⁶⁷ Em verdade, todas as constituições portuguesas regularam, ainda que com significativa variação entre si, o estado de exceção – cf., numa análise sumária, JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 484 e 485; exhaustivamente, JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 305 e ss.

⁶⁸ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 1099; PAULO OTERO, *Direito...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 125; JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 96 e ss.; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *O Estado...*, *op. cit.*, p. 24.

(ii) grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática, ou (iii) calamidade pública⁶⁹.

É de assinalar que o estado de exceção não requer uma efetiva perturbação, podendo também ser declarado perante o perigo ou ameaça dessa contingência. Se isso é indiscutível, à luz do texto constitucional, na classe de eventos mencionados em (ii), não o será menos nas restantes, dado que, em (i), a referência à «iminência» de uma agressão remete para um momento temporal anterior à própria agressão e, em (iii), a possibilidade de agir *ex ante* na perspetiva de uma calamidade pública é requerida pela própria função do estado de exceção, cuja utilidade poderia ser nula se pretendesse operar tão-só *a posteriori*⁷⁰.

Como se pode observar, os pressupostos fácticos da decretação do estado de sítio e do estado de emergência são comuns a ambos⁷¹, pelo que a sua distinção não se alicerça na *qualidade* dos eventos suscetíveis de justificar o estado de exceção. Ao invés, a Constituição opta por efetuar um recorte *quantitativo*⁷² entre aquelas figuras excepcionais, assente, por um lado, na “*menor gravidade*” das situações fácticas que podem dar lugar ao estado de emergência, e, por outro lado, no plano do conteúdo e dos efeitos, na prescrição de que o estado de emergência somente se pode traduzir na suspensão do exercício de “*alguns*” dos direitos, liberdades e garantias cuja suspensão é tida por admissível⁷³.

Não obstante, a Lei n.º 44/86, de 30 de setembro, a qual aprova o *Regime do Estado de Sítio e do Estado de Emergência* («RESEE»), procura precisamente distinguir o estado de sítio e o estado de emergência na base dos acontecimentos que os podem desencadear, afetando o primeiro às situações de agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras e aos casos de grave ameaça ou perturbação constitucional⁷⁴, e relegando o segundo para as hipóteses, “*nomeadamente*”, de calamidade pública⁷⁵.

Portanto, em clara divergência com o texto constitucional, o RESEE afasta a calamidade pública, de forma liminar, dos pressupostos de facto suscetíveis de

⁶⁹ Cf. n.º 2 do artigo 19.º da Constituição.

⁷⁰ Cf., neste sentido, ainda que colocando, e bem, algumas reservas temporais no que concerne à «iminência» da agressão externa, JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 781 e ss.; também, CARLOS BLANCO DE MORAIS, *O Estado...*, *op. cit.*, pp. 63 e 64.

⁷¹ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 400; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *O Estado...*, *op. cit.*, p. 63.

⁷² Cf. JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. I, *op. cit.*, p. 685; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, *op. cit.*, p. 400.

⁷³ Cf. n.º 3 do artigo 19.º da Constituição.

⁷⁴ Cf. artigo 8.º, n.º 1, do RESEE.

⁷⁵ Cf. artigo 9.º, n.º 1, do RESEE.

determinar o estado de sítio, opção legislativa esta que é não só questionável, como *inconstitucional*.

A escolha constituinte de não diferenciar o estado de sítio e o estado de emergência em atenção ao tipo de eventos verificados, antes fazendo-o por relação à maior ou menor gravidade desses eventos, tem uma razão de ser: não é possível afirmar, em abstrato, que uma calamidade pública seja menos grave que uma agressão externa ou uma perturbação da ordem constitucional⁷⁶, pelo que também naquele caso se poderá justificar fazer uso de todos os meios que a Constituição colocou à disposição para se debelarem perturbações muito intensas, *maxime* a suspensão do exercício *de todos* os direitos fundamentais passíveis de suspensão (e não apenas de alguns, como sucede obrigatoriamente no estado de emergência). Além disso, esta opção é da exclusiva competência do Presidente da República, a qual é, ademais, de exercício discricionário.

Deste modo, o disposto no artigo 9.º, n.º 1, do RESEE, ao pretender excluir os casos de calamidade pública do âmbito da declaração de estado de sítio, não só contraria abertamente a teleologia subjacente à norma constitucional que ali os inclui, como ainda amputa da esfera competencial do Presidente da República uma «escolha» que, nos termos da Constituição, somente este órgão está autorizado a tomar, violando, então, o princípio da separação de poderes, consagrado nos artigos 2.º e 111.º, n.º 1, da Lei Fundamental.

9. No plano procedimental, como se referiu já, compete ao Presidente da República declarar⁷⁷ o estado de sítio e o estado de emergência⁷⁸, declaração que pressupõe, no entanto, prévia audição do Governo e, bem assim, autorização da Assembleia da República ou, se esta não estiver reunida ou não puder reunir, da Comissão Permanente⁷⁹, a qual, porém, terá de vir a ser confirmada pelo Plenário logo que este possa reunir, reunião que deve ser convocada no prazo mais curto possível⁸⁰.

A declaração do estado de sítio e do estado de emergência pressupõe, pois, a intervenção de todos os órgãos de soberania de carácter político, concebendo-se para esse efeito um procedimento próprio, com o intuito de assegurar,

⁷⁶ Cf., na mesma linha, JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. I, *op. cit.*, p. 684.

⁷⁷ Apesar do que o substantivo “declaração” ou o verbo “declarar”, utilizados na Constituição, podem sugerir, o ato do Presidente da República é um *ato constitutivo*, cf. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 211.

⁷⁸ Cf. artigos 134.º, alínea d), da Constituição.

⁷⁹ Cf. artigos 138.º, n.º 1, 197.º, n.º 1, alínea f), 161.º, alínea l), e 179.º, n.º 2, alínea f), da Constituição.

⁸⁰ Cf. artigos 138.º, n.º 2, e 179.º, n.º 4, da Constituição.

numa lógica de *checks and balances*⁸¹, um uso devido e justificado do estado de exceção, e um máximo de legitimidade democrática possível ao ato final.

Relativamente à audição do Governo, é evidente que se trata de um ato de emissão obrigatória⁸², pois não só a Constituição não a reduziu expressamente a um ato facultativo, como os elementos hermenêuticos convocáveis apontam para a sua obrigatoriedade, designadamente: (i) a letra do enunciado no artigo 138.º, n.º 1, da Constituição, que determina que a declaração do estado de exceção “*depende*” de audição do Governo, e (ii) a teleologia inerente à disposição que, como referi, é a de promover a máxima confluência dos órgãos políticos de soberania num processo tendente à prática de um ato de singular relevância na narrativa constitucional, a que acresce o facto de ser o executivo que terá o maior conhecimento prático sobre os eventos que justificam o estado de exceção, além da incumbência de o executar.

Sem prejuízo, o teor da audição do Governo não é vinculativo⁸³. Mais uma vez, não só tal não decorre explicitamente de qualquer preceito constitucional, como a letra da Constituição, ao empregar o vocábulo “*audição*”, parece querer arredar o Governo de uma participação coconstitutiva no ato final, a qual, aliás, equivaleria a elevar a pronúncia do executivo a genuína autorização, pondo-o no mesmo plano institucional da Assembleia da República.

No que respeita à intervenção da Assembleia da República, cumpre perguntar pela admissibilidade de este órgão deliberativo introduzir emendas ao projeto de decreto presidencial que lhe tenha sido submetido para apreciação e autorização. A resposta não pode ser senão negativa^{84/85}. À uma, nominalmente, uma autorização implica tão-somente a realização de um juízo global sobre o ato a validar, e não a possibilidade de interferência no seu conteúdo⁸⁶. Depois, parece inegável, quer dos termos gizados para a intervenção do parla-

⁸¹ Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *O Estado...*, *op. cit.*, p. 64.

⁸² Cf. JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 1042 e 1043; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 211; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *O Estado...*, *op. cit.*, p. 64.

⁸³ Cf. *Idem, ibidem*, p. 1043; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 211; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *O Estado...*, *op. cit.*, p. 64; JORGE MIRANDA e GONÇALO MATIAS, ‘Anotação ao artigo 138.º da Constituição’, in *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. II, UCP, Lisboa, p. 430, ainda que entendam estes últimos autores que, caso a iniciativa tenha partido do Governo, o parecer que venha a ser dado é *vinculativo*, o que não tenho por admissível, pelas razões gerais que invoco no corpo do texto.

⁸⁴ Como aliás resulta expressamente do previsto no artigo 10.º, n.º 3, do RESEE.

⁸⁵ Cf., em sentido contrário, mas sem que avancem quaisquer razões, JORGE MIRANDA e GONÇALO MATIAS, ‘Anotação ao artigo 138.º da Constituição’, in *Constituição...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 430.

⁸⁶ Cf. JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 1062.

mento, quer pelo destaque atribuído à figura do Presidente da República neste processo, que o papel da Assembleia da República é aqui um de *controlo político*⁸⁷, e não de conformação política. A entender-se diferentemente, estar-se-ia a retirar todo o sentido útil à cristalina predominância decisória que o legislador constituinte concedeu ao Chefe do Estado⁸⁸.

Um aspeto que cabe igualmente abordar nesta sede prende-se com a referenda ministerial da declaração de estado de sítio ou de estado de emergência, prescrita no artigo 140.º da Constituição. A dúvida colocada a este propósito é a de saber se a referenda é um ato livre ou vinculado. A generalidade da doutrina considera que está em causa um *ato livre*⁸⁹, podendo o Primeiro Ministro, então, recusar referendar a declaração do Presidente da República, a qual seria, nessa hipótese, inexistente⁹⁰.

Independentemente da solução a sustentar para os demais atos do Presidente da República que carecem de referenda ministerial, há que sublinhar que neste caso em particular a liberdade de o Governo recusar a referenda surge como paradoxal. É que nega-se ao executivo, a montante, uma participação coconstitutiva no ato final do procedimento do estado de exceção, para afinal se lhe admitir um *veto absoluto*⁹¹ a jusante⁹², o qual, *in limine*, pode ser previamente acenado ao Chefe do Estado para subverter aquela posição meramente consultiva.

Ademais, se já perante um parlamento fragmentado a necessária obtenção de autorização da Assembleia da República – apesar de desejável na ótica da garantia dos direitos, liberdades e garantias – é um fator suscetível de obstruir e paralisar a declaração do estado de exceção e, assim, a adoção das medidas extraordinárias que se imponham, em detrimento da *salus publica*⁹³, conceder

⁸⁷ Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *O Estado...*, *op. cit.*, p. 66.

⁸⁸ Cf., salientando esta preponderância decisória do Presidente da República, JAIME VALLE, *O Poder de Exteriorização do Pensamento Político do Presidente da República*, AAFDL, Lisboa, 2013, pp. 441 e 442.

⁸⁹ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 218; JORGE MIRANDA e GONÇALO MATIAS, ‘Anotação ao artigo 138.º da Constituição’, in *Constituição...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 430; DIOGO FREITAS DO AMARAL e PAULO OTERO, ‘O valor jurídico-político da referenda ministerial’, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 56, I, janeiro de 1996, pp. 121 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 1077; em sentido oposto, JAIME VALLE, *O Poder...*, *op. cit.*, pp. 441 e 442.

⁹⁰ Cf. artigo 140.º, n.º 2, da Constituição.

⁹¹ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 218; JORGE MIRANDA e GONÇALO MATIAS, ‘Anotação ao artigo 138.º da Constituição’, in *Constituição...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 435; DIOGO FREITAS DO AMARAL e PAULO OTERO, ‘O valor...’, *op. cit.*, pp. 123.

⁹² Sustentando não haver qualquer contradição, cf. JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 1078.

⁹³ Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *O Estado...*, *op. cit.*, pp. 66 e 67.

que o Governo goza de discricionariedade relativamente à referenda daquela declaração agrava ainda mais a hipótese de impasse institucional, complexificando-o e exponenciando-o.

Por último, num ato constitucional em que convergem as vontades de dois órgãos eleitos por sufrágio direto e universal, admitir que o Governo, detentor de legitimidade democrática indireta, obstaculize a vigência do ato referendando não é facilmente justificável.

Dir-se-ia que, não obstante a referenda ministerial ser de exercício livre, a sua recusa sempre poderia ser ultrapassada pelo Presidente da República mediante a demissão do Governo, prevista no artigo 195.º, n.º 2, da Constituição⁹⁴. No entanto, num quadro de crise constitucional grave, uma tal demissão poderia ser altamente censurável, prejudicando-se uma superação eficaz da perturbação verificada.

Neste quadro de ideias, e na medida em que não sou alheio à ideia de que não permitir ao Governo recusar a referenda em questão pode significar implicá-lo e obrigá-lo a assumir responsabilidade política por atos manifestamente nefastos e inconstitucionais, julgo que a solução mais harmoniosa será admitir a recusa, mas apenas em casos cuja desconformidade jusconstitucional seja clara e patente, *beyond all reasonable doubt*.

10. A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência, bem como o próprio estado de exceção declarado, devem ainda observar outras exigências, quer materiais, quer formais:

- a. A opção pelo estado de sítio ou de emergência, bem como a sua declaração e execução, devem cumprir o princípio da proporcionalidade^{95/96};
- b. Requer-se que a declaração em causa seja fundamentada e que especifique os direitos, liberdades e garantias cujo exercício fique suspenso⁹⁷;
- c. O estado de exceção não pode ter duração superior a quinze dias, sem prejuízo de eventuais renovações, as quais, contudo, têm de observar os mesmos limites e procedimentos impostos à declaração inicial⁹⁸;

⁹⁴ Cf., assim, J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 218; JORGE MIRANDA e GONÇALO MATIAS, 'Anotação ao artigo 138.º da Constituição', in *Constituição...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 435.

⁹⁵ Cf. artigo 19.º, n.º 3, da Constituição.

⁹⁶ Como sublinha VITALINO CANAS, "o legislador constituinte não se limitou a ordenar a harmonização (...), indicou qual o instrumento de harmonização que deve ser usado" – cf. *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 389.

⁹⁷ Cf. artigo 19.º, n.º 5, da Constituição.

⁹⁸ Cf. artigo 19.º, n.º 5, da Constituição.

- d. Ao nível organizatório, o estado de exceção não pode, “nomeadamente”, pôr em causa as regras constitucionais de competência e de funcionamento dos órgãos de soberania e de governo próprio das regiões autónomas, ou os direitos e imunidades dos respetivos titulares^{99/100};
- e. Além disso, fica vedada a dissolução parlamentar durante a vigência do estado de sítio ou de emergência¹⁰¹, assim como a possibilidade de revisão constitucional¹⁰².

11. Do ponto de vista dos efeitos da declaração do estado de exceção, assume particular importância a explícita admissibilidade constitucional de suspensão do exercício de direitos fundamentais^{103/104}.

Com efeito, o disposto no artigo 19.º, n.º 1, 2.ª parte, da Constituição, consagra uma clara exceção à regra geral da proibição de suspensão do exercício dos direitos, liberdades e garantias, considerando-a permitida, mas apenas quando declarado o estado de sítio ou de emergência.

No entanto, a suspensão do exercício de determinados direitos e garantias fundamentais é recusada seja em que circunstância for¹⁰⁵, a saber: (i) o direito à vida; (ii) o direito à integridade pessoal; (iii) o direito à identidade pessoal; (iv) os direitos à capacidade civil e à cidadania; (v) a garantia da não retroatividade da lei penal; (vi) o direito de defesa dos arguidos; (vii) o direito à liberdade de consciência e de religião. Refere-se, a este propósito, estarem em jogo “direitos garantidos ou firmados contra a ditadura” ou “direitos invioláveis”¹⁰⁶, uma “cláusula de intangibilidade de certos direitos”¹⁰⁷, “limites absolutos da suspensão”¹⁰⁸ ou “os direitos e os bens mais valiosos no contexto geral do texto constitucional, estreitamente conexos com a dignidade da pessoa humana”¹⁰⁹.

⁹⁹ Cf. artigo 19.º, n.º 7, da Constituição.

¹⁰⁰ Mas, *a contrario*, nem a competência que esses órgãos recebem da lei ordinária, nem a competência constitucional de outros órgãos constitucionais, nem, por último, a competência de órgãos não constitucionais, fica necessariamente salvaguardada – cf. PAULO OTERO, *Direito...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 51.

¹⁰¹ Cf. artigo 172.º, n.º 1, da Constituição.

¹⁰² Cf. artigo 289.º da Constituição.

¹⁰³ Cf. artigo 19.º, n.º 1, da Constituição.

¹⁰⁴ É matéria que abordarei com maior detalhe *infra* (§ 2, 2.3.), mas sobre a qual posso já deixar enunciados alguns princípios gerais.

¹⁰⁵ Cf. artigo 19.º, n.º 6, da Constituição.

¹⁰⁶ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 1106.

¹⁰⁷ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, *op. cit.*, p. 402.

¹⁰⁸ Cf. JORGE MIRANDA, *Direitos...*, *op. cit.*, p. 492.

¹⁰⁹ Cf. JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 891.

Além deste limite, a permissibilidade da suspensão do exercício de direitos, liberdades e garantias é depois ainda matizada pelo texto constitucional, consoante esteja em causa a declaração do estado de sítio ou, diferentemente, a declaração do estado de emergência. Concretamente, prescreve o artigo 19.º, n.º 3, da Constituição, que o estado de emergência “*apenas pode determinar a suspensão de alguns dos direitos, liberdades e garantias suscetíveis de serem suspensos*”.

Não significa isto, naturalmente, que em estado de sítio se tem de suspender o exercício *de todos* os direitos fundamentais cuja suspensão a Constituição autoriza, dado que neste domínio opera o princípio da proporcionalidade, aliás por expressa imposição do artigo 19.º, n.º 4, da Constituição, podendo também aí só deverem ser suspensos alguns desses direitos. Como bem sintetizam J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, aquele princípio obriga a “*que a suspensão abranja apenas aqueles direitos, liberdades e garantias cujo exercício ponha realmente em perigo os objectivos do estado de exceção*”¹¹⁰.

De resto, ainda em obediência ao comando da proporcionalidade, poder-se-á concluir pela mera necessidade de proceder a uma suspensão *parcial* do exercício de direitos fundamentais, *i.e.*, que somente parte do conteúdo desses direitos deve ser suspensa¹¹¹: está aqui implicada a *intensidade* da suspensão de cada um dos direitos afetados¹¹².

12. Igualmente na ótica dos efeitos da declaração do estado de exceção, esta “*confere às autoridades competência para tomarem as providências necessárias e adequadas ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional*”¹¹³.

A disposição constitucional transcrita releva, evidentemente, da «execução»¹¹⁴ da declaração do estado de exceção. Ora, o candidato natural a essa execução é, diria, o Governo¹¹⁵. Isto infere-se da circunstância de a execução da declaração do estado de exceção implicar, em larga medida, a emissão de normas e a prática de atos para cuja materialização está especialmente vocacionado um órgão tipicamente executivo, e mais concretamente o órgão de soberania tipicamente responsável pelo exercício da função administrativa¹¹⁶.

¹¹⁰ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, *op. cit.*, p. 401; do mesmo modo, JORGE MIRANDA, *Direitos...*, *op. cit.*, p. 491.

¹¹¹ Cf. JORGE MIRANDA, *Direitos...*, *op. cit.*, p. 491.

¹¹² Cf. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, *op. cit.*, p. 401.

¹¹³ Cf. artigo 19.º, n.º 8, da Constituição.

¹¹⁴ Usa-se aqui o termo «execução» em sentido lato, compreendendo a criação de normas, a tomada de decisões e a alteração da realidade em concretização do juridicamente prescrito – cf., porém, PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, Parte II, *op. cit.*, pp. 48 e 49.

¹¹⁵ Justamente a solução consagrada no RESEE (cf. artigo 17.º).

¹¹⁶ Cf. JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 944.

É que após a declaração do estado de sítio ou de emergência impor-se-á, normalmente, uma atividade de regulamentação e de ordenação da vida social (*verbi gratia*, o estabelecimento de normas de utilização de espaços e instalações, ou de normas relativas à circulação de pessoas e bens), de garantia da ordem e da segurança públicas, de gestão de recursos e meios humanos e materiais: todos eles domínios típicos da administração pública¹¹⁷ e para os quais, do conjunto dos órgãos constitucionais, é o Governo que está funcionalmente mais qualificado para agir.

O Governo é, por definição constitucional, o “*órgão de condução da política geral do país e o órgão superior da administração pública*”¹¹⁸, competindo-lhe, entre outros, “[d]irigir os serviços e a atividade da administração direta do Estado, civil e militar, superintender na administração indireta e exercer a tutela sobre esta e sobre a administração autónoma”¹¹⁹, bem como “[p]raticar todos os atos e tomar todas as providências necessárias à promoção do desenvolvimento económico-social e à satisfação das necessidades coletivas”^{120/121}. Nesta base, e tendo presente que, conforme impõe o artigo 19.º, n.º 7, da Constituição, o estado de exceção não pode implicar uma alteração das regras constitucionais relativas à competência dos órgãos de soberania, ter-se-á de concluir que existe uma tendencial “*reserva de Governo*”¹²² quanto à execução da declaração do estado de exceção¹²³.

13. Durante a sua vigência, o estado de exceção pode, eventualmente, ser sujeito a *modificação* ou a *conversão*. A primeira hipótese diz respeito às situações de ampliação ou redução do âmbito e extensão do estado de sítio ou de emergência¹²⁴. Já a segunda implica que de um estado de sítio se passe a um estado de emergência ou *vice-versa*¹²⁵. Em rigor, à luz do princípio da proporcionalidade,

¹¹⁷ Cf. PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 184 e 185;

¹¹⁸ Cf. artigo 182.º da Constituição.

¹¹⁹ Cf. artigo 199.º, alínea d), da Constituição.

¹²⁰ Cf. artigo 199.º, alínea g), da Constituição.

¹²¹ Cf., acerca destas competências, RUI MEDEIROS, ‘Anotação ao artigo 199.º da Constituição’, in *Constituição...*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 716 e ss.

¹²² Cf., sobre esta, em geral, PAULO OTERO, *Legalidade...*, *op. cit.*, pp. 751 a 753.

¹²³ Sem prejuízo das competências próprias dos órgãos de governo das regiões autónomas que, contudo, não abordarei neste texto.

¹²⁴ Cf. artigo 12.º do RESEE.

¹²⁵ Talvez fosse mais correto considerar que este configura um caso de cessação de um estado de exceção e de decretação de um outro – cf. JORGE BACELAR GOUVELA, *O Estado...*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 1170. Ainda assim, decido-o incluir nesta rubrica e não na relativa à cessação, pois é esta a visão ínsita no RESEE (cf. artigo 5.º, n.º 3) e porque, ademais, uma mudança de um tipo de estado de exceção para outro tipo, mesmo que formal e conceptualmente envolva a cessação de um e a decretação de

na sua dual veste de proibição do excesso e proibição do défice, qualquer um dos desfechos se poderá impor, tudo dependendo da concreta evolução dos factos que determinaram em primeiro lugar a declaração do estado de exceção.

A Constituição aparenta não disciplinar expressamente estas vicissitudes, só impondo que a *renovação* do estado de exceção terá, em qualquer caso, de observar as mesmas formalidades e procedimentos prescritos para a declaração inicial. O legislador constituído, contudo, disciplinou estas alterações de panorama, fixando à modificação *para menos* um regime procedimental mais ligeiro do que o que a Lei Fundamental previu para a primeira declaração¹²⁶, e determinou que a modificação *para mais* e a conversão do estado de sítio para o estado de emergência voltassem a trilhar o procedimento gizado na Constituição¹²⁷.

O disposto no artigo 26.º, n.º 2, do RESEE, merece um breve apontamento. Dispõe este enunciado que “[a] *modificação da declaração do estado de sítio ou do estado de emergência no sentido da redução das respetivas providências ou medidas, bem como a sua revogação, operam-se por decreto do Presidente de República, referendado pelo Governo, independentemente de prévia audição deste e de autorização da Assembleia da República*”. A razão subjacente à solução legal é a de que uma redução das medidas excepcionais seria, da perspectiva dos direitos, liberdades e garantias, favorável à comunidade, pelo que o controlo parlamentar seria dispensável.

Relativamente a este ponto, cumpre assinalar, em primeiro lugar, que nem sempre será translúcido se a modificação que se pretende realizar se traduz numa extensão ou numa redução das medidas inicialmente adotadas. Se na declaração primeva se suspendeu totalmente o exercício do direito à liberdade de deslocação¹²⁸ e, entretanto, se pretende eliminar tal suspensão, mas também se deseja suspender parcialmente, pela primeira vez, o exercício do direito de reunião¹²⁹, estar-se-á perante uma extensão ou diante uma redução do estado de exceção? Nestes casos, naturalmente, a mera circunstância de se querer suspender *ex novo* o exercício de um direito fundamental obriga, não obstante o alívio quanto a outros direitos fundamentais, a percorrer o iter procedimental prescrito pela Constituição para a declaração do estado de exceção, sob pena de o propósito garantístico desse procedimento se frustrar.

um outro, é ainda uma passagem desse estado de exceção para algo muito próximo, entrevendo-se uma clara *parecença de família* entre a realidade em causa e a ideia de modificação num *continuum* — cf., sobre as parecências de família, LUDWIG WITTGENSTEIN, (1953) *Investigações Filosóficas*, proposições 66 e 67, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2015, pp. 227 e 228.

¹²⁶ Cf. artigo 26.º, n.º 2, do RESEE.

¹²⁷ Cf. artigos 5.º, n.º 3, e 26.º, n.º 1, do RESEE.

¹²⁸ Cf. artigo 44, n.º 1, da Constituição.

¹²⁹ Cf. artigo 45.º, n.º 1, da Constituição.

Noutro plano, e em segundo lugar, a opção do legislador ordinário é, na minha opinião, de bondade duvidosa e sujeita a reparo¹³⁰. A manutenção do *status quo* pode, em concreto, revelar-se obrigatória dadas as circunstâncias de facto e, portanto, a redução das providências ou medidas adotadas afigurar-se uma alternativa ilegítima. Esta conjectura permite afirmar ser no mínimo desejável que também a modificação no sentido da redução das restrições aos direitos dos cidadãos seja sujeita ao controlo político inerente ao procedimento interorgânico de decretação do estado de exceção.

14. O estado de sítio ou de emergência extinguir-se-á ora por caducidade, ora por revogação.

O estado de exceção cessará por *caducidade*, em três situações distintas. À uma, se os factos que lhe estiveram na origem cessarem ou se a sua gravidade deixar de justificar o estado declarado: *cessante ratione legis cessat lex ipsa*. Precisamente o que resulta do disposto no artigo 13.º, n.º 1, do RESEE, segundo o qual, neste cenário, o Presidente da República deverá «revogar» (aqui um termo impróprio) a declaração do estado de exceção. Em segundo lugar, se tiver decorrido o período de quinze dias durante o qual vigora a declaração do estado de sítio ou de emergência, sem que haja lugar a renovação¹³¹. Por último, se porventura a autorização parlamentar não puder ter sido proferida, tendo-a dado em substituição a Comissão Permanente, pode dar-se o caso de a Assembleia da República, posteriormente, não confirmar a autorização da Comissão¹³².

Pode ainda o Presidente da República *revogar* a declaração do estado de sítio ou de emergência, por razões de mérito. Tratando-se a declaração do estado de exceção de um ato discricionário¹³³, também o é a sua revogação – sem prejuízo, claro, dos aspetos vinculados a que tal ato está sujeito, e dos casos em que esta margem de livre decisão se mostre, em concreto, limitada –, bastando que o Presidente da República entenda e decida não ser conveniente, da perspetiva do interesse nacional, manter a declaração do estado de sítio ou de emergência.

15. Por fim, cumpre referir que a Assembleia da República é, *ex constitutionem*, investida numa competência de fiscalização da execução do estado de

¹³⁰ JORGE BACELAR GOUVEIA, pelo contrário, aplaude o esquema legal, cf. *O Estado...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 944.

¹³¹ Cf. artigo 13.º, n.º 2, da RESEE.

¹³² Cf. JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 1159 e ss., e artigo 13.º, n.º 2, do RESEE.

¹³³ Questão que será desenvolvida *infra* (§ 2, 2.2.).

sítio ou de emergência¹³⁴, sendo decerto esta uma razão para que não possa ser dissolvida¹³⁵.

É fundamentalmente uma competência de fiscalização política¹³⁶, certo, mas que pode desencadear igualmente um controlo de jurisdição, não se podendo olvidar que os deputados detêm competência para requerer a fiscalização sucessiva da constitucionalidade de normas jurídicas^{137/138}.

A apreciação parlamentar tanto pode ocorrer na vigência do estado de sítio ou de emergência, como materializar-se num juízo global posterior¹³⁹. O RESEE veio regular apenas esta última possibilidade¹⁴⁰, o que, contudo, não cerceia a primeira hipótese, a qual resulta diretamente da Lei Fundamental. Nem podia ser de outra forma, uma vez que, na prática, o estado de sítio ou de emergência podem ser objeto de renovação sucessiva¹⁴¹.

2.2. *Em especial: a declaração do estado de exceção como ato discricionário*

16. O quadro relativo ao exercício da competência do Presidente da República para declarar o estado de sítio ou o estado de emergência quedaria manifestamente incompleto se não se analisasse a medida de autonomia decisória que assiste àquele órgão neste âmbito. Convoca-se, então, um tema muito caro aos administrativistas, mas que é transversal ao ordenamento jurídico: a *discretionariedade* (*lato sensu*)¹⁴².

¹³⁴ Cf. artigo 162.º, alínea b), da Constituição.

¹³⁵ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 299.

¹³⁶ Cf. JORGE MIRANDA e JORGE PEREIRA DA SILVA, 'Anotação ao artigo 162.º da Constituição', in *Constituição...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 521; JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 1177.

¹³⁷ Cf. artigo 281.º, n.º 2, alínea f), da Constituição.

¹³⁸ Cf., diferentemente, mas parecendo-me fazer tábua rasa da referida competência dos deputados, JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 1177.

¹³⁹ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 299; JORGE MIRANDA e JORGE PEREIRA DA SILVA, 'Anotação ao artigo 162.º da Constituição', in *Constituição...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 523; JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 1174.

¹⁴⁰ Cf. artigo 28.º do RESEE.

¹⁴¹ Cf. JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 1174.

¹⁴² Cf., acerca da *discretionariedade*, numa ótica não estritamente administrativista, entre outros, A. CASTANHEIRA NEVES, 'O problema da *discretionariedade*', in *Digesta – Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Vol. 1.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 531 e ss.; e, H.L.A. HART, 'Discretion', in *Harvard Law Review*, Vol. 127, n.º 2, 2013, pp. 652 e ss., que inclusive identifica o fenómeno da *discretionariedade* no quotidiano deliberativo extrajurídico (cf. pp. 656 a 658).

A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência configura, com efeito, um ato discricionário.

É perfeitamente evidente que do enunciado constante do artigo 19.º, n.º 2, da Constituição – segundo o qual “[o] estado de sítio ou o estado de emergência só podem ser declarados, no todo ou em parte do território nacional, nos casos de agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras, de grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática ou de calamidade pública” –, decorre uma *discrecionariedade de decisão*¹⁴³, uma vez que, verificados os pressupostos descritos na previsão da norma, é deixada ao Presidente da República uma escolha entre adotar, ou não adotar, os efeitos nela preditos, *i.e.*, declarar o estado de sítio ou o estado de emergência¹⁴⁴. Do facto de o Chefe do Estado “só pode[r]” declarar o estado de exceção ocorrida a factualidade traçada no *Tatbestand* resulta que “pode” declará-lo. Acresce que a norma em causa não impõe (tal como não proíbe) as ações alternativas «declarar o estado de sítio ou de emergência», mas simplesmente permite-as, e permite os seus contrários^{145/146}.

A esta discrecionariedade de ação, que é conferida pela estrutura da norma acima mencionada, soma-se uma autonomia que resulta das *incertezas linguísticas* detetáveis no seu enunciado, e concretamente de incertezas semânticas¹⁴⁷. Palavras e locuções tais como “*iminente*”, “*grave ameaça ou perturbação*” ou “*calamidade*” são conceitos vagos, surgindo uma «zona de penumbra» quanto à sua extensão¹⁴⁸, isto é, quanto à classe de coisas que a palavra denota¹⁴⁹. Esta indeterminação atribui ao Presidente da República, na margem de incerteza dos

¹⁴³ Cf. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, *op. cit.*, p. 479.

¹⁴⁴ Cf., no sentido de se estar perante uma discrecionariedade de decisão, JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 816 e 817.

¹⁴⁵ Cf., acerca da discrecionariedade conferida por normas com operador deôntico permissivo, DAVID DUARTE, *A Norma...*, *op. cit.*, pp. 523 e ss.; e, PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, Parte II, *op. cit.*, pp. 235 a 237.

¹⁴⁶ Expositivamente, a norma constitucional permite as alternativas *a*= *declarar o estado de sítio* e *b*= *declarar o estado de emergência*, mas também permite *~a* e *~b*.

¹⁴⁷ As incertezas da linguagem podem advir, quer da estrutura gramatical ou sintática das frases, quer de dúvidas semânticas relativas ao significado de uma dada palavra ou expressão, sendo estas últimas as principais dificuldades que se colocam na determinação do sentido das normas jurídicas – cf. DAVID DUARTE, *A Norma...*, *op. cit.*, pp. 215 e ss.; igualmente, PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, Parte II, *op. cit.*, pp. 206 e ss.

¹⁴⁸ No que respeita ao significado das palavras, distingue-se habitualmente a denotação ou extensão de uma palavra – a classe de coisas nomeadas pela palavra – da sua conotação ou intensão – o conjunto de propriedades que devem as coisas reunir para integrarem a classe denotada pela palavra – cf. CARLOS SANTIAGO NINO, (1980) *Introducción al Derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003, pp. 251 e 252.

¹⁴⁹ Cf. DAVID DUARTE, *A Norma...*, *op. cit.*, p. 217; PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, Parte II, *op. cit.*, p. 212.

conceitos, a alternativa entre integrar, ou não, um determinado facto na previsão da norma habilitante, o que, como se compreende, “*equivale à escolha entre aplicar, ou não, o efeito jurídico estatuído na norma*”¹⁵⁰, ou seja, para o nosso caso, declarar, ou não, o estado de exceção.

Além disso, na escolha da concreta modalidade de estado de exceção a adotar o Presidente da República goza também de relativa autonomia decisória, na medida em que o estado de emergência deve ser declarado quando as situações de facto que justificam que seja declarado o estado de exceção se revistam “*de menor gravidade*”¹⁵¹, remetendo-se assim o Chefe do Estado para um conceito que, à semelhança dos já referidos, é também vago, deixando-lhe uma inegável margem de livre apreciação.

Tudo isto não significa, claro está, que o Presidente da República esteja numa área de liberdade decisória incondicionada ou arbitrária. Ecoam aqui as palavras de Sérvulo Correia, o qual nos diz, com acerto e clareza, que “[a] *discricionariedade () associa-se inevitavelmente a uma margem de vinculação. Assim é, depois, porque da norma que confere o poder — considerada isoladamente ou integrada no seu contexto — resulta uma imposição do fim do qual não pode desviar-se o exercício daquele. E é assim, finalmente, porque a determinação autónoma é presidida por princípios jurídicos () que, não impondo um resultado em confronto com outros, prescrevem parâmetros a que se não podem furtar os juízos de valoração*”¹⁵².

Com efeito, a discricionariedade em Direito Constitucional é sempre limitada pela incidência de normas terceiras, normas de conduta, que impõem uma escolha entre as alternativas deixadas ao decisor¹⁵³, e que podem inclusive reduzir a zero a margem de livre decisão do órgão competente. *In casu*, subsumidos os factos da vida à previsão da norma, *v.g.*, identificando-se uma calamidade pública, a proteção que é devida aos direitos fundamentais dos cidadãos e esses próprios direitos, sob a mediação do princípio da proporcionalidade, poderão ditar uma decisão unívoca, *maxime* a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência¹⁵⁴.

Discricionariedade, afinal, não é escolha *tout court*, mas, como a própria raiz etimológica da palavra denota, implica a capacidade de apreender, com-

¹⁵⁰ Cf. PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, Parte II, *op. cit.*, p. 215.

¹⁵¹ Cf. artigo 19.º, n.º 3, da Constituição.

¹⁵² Cf. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, *op. cit.*, p. 472.

¹⁵³ Cf. PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, Parte II, *op. cit.*, pp. 197 a 202.

¹⁵⁴ Cf., asseverando que existirá, neste caso, uma omissão inconstitucional, J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, *op. cit.*, p. 405.

preender e distinguir. É uma técnica jurídica e, simultaneamente, uma virtude intelectual¹⁵⁵.

2.3. *Em especial: a suspensão do exercício de direitos fundamentais*

17. Noutra latitude, a temática, acima afluída, da suspensão do exercício de direitos fundamentais, permitida pela Constituição no âmbito do estado de exceção, necessita de algumas precisões conceptuais e dogmáticas adicionais.

Alguna literatura procura distinguir restrições aos direitos fundamentais de suspensão do exercício de direitos fundamentais, afirmando tratar-se de conceitos diversos. Assim, a título de exemplo, refere-se que “[a] restrição atinge um direito a título permanente, em situação de normalidade constitucional; a suspensão, provocada por situações de necessidade constitucional absolutamente excecionais, atinge um direito a título transitório, equivalendo a um eclipse”¹⁵⁶. E ainda que “[a] restrição nunca é total, apagando apenas uma parcela potencial do direito; a suspensão paralisa ou impede, durante algum tempo, o seu exercício, no todo ou em parte”¹⁵⁷. Ou então, assevera-se que a suspensão do exercício dos direitos fundamentais corresponde a “uma compressão da eficácia dos mesmos”¹⁵⁸. Mais: afirma-se que a restrição daqueles direitos “é ainda uma operação enquadrada na «normalidade constitucional», ou seja, na vigência (e não suspensão) plural de normas”¹⁵⁹, opondo-se portanto a restrição, que não impactaria na vigência das normas atributivas de direitos fundamentais, à suspensão, que a atingiria¹⁶⁰.

Todavia, e em rigor, sem prejuízo de diferenças de regime que se encontrem na Lei Fundamental, a distinção categorial entre restrição de um direito fundamental e a sua suspensão é aparente.

A restrição de um direito fundamental reconduz-se a uma intervenção estatal no direito – o qual constitui uma norma permissiva, com estrutura de regra¹⁶¹ ou de princípio –, que afeta o seu âmbito de proteção (que é o que se

¹⁵⁵ Cf. H.L.A. HART, ‘Discretion’, *op. cit.*, p. 656.

¹⁵⁶ Cf. JORGE MIRANDA e JORGE PEREIRA DA SILVA, ‘Anotação ao artigo 18.º da Constituição’, in *Constituição...*, Vol. I, *op. cit.*, p. 257.

¹⁵⁷ Cf. *Idem*, *ibidem*, p. 257; em sentido próximo, JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 1362.

¹⁵⁸ Cf. JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 836.

¹⁵⁹ Cf. MANUEL AFONSO VAZ, *Lei...*, *op. cit.*, pp. 330 e 331.

¹⁶⁰ Cf. com esta visão, JORGE REIS NOVAIS, ‘Estado de Emergência – Quatro notas jurídico-constitucionais sobre o Decreto Presidencial’, disponível em <https://observatorio.almedina.net/>.

¹⁶¹ Cf. PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, Parte II, *op. cit.*, p. 504; no que me afasto de ALEXY, que identifica as normas de direitos fundamentais com normas-princípio, cf. ROBERT ALEXY, *Teoria...*, *op. cit.*, pp. 135 e ss.

apreende após interpretação da norma jusfundamental), em função da resolução de um conflito normativo ocorrido entre tal direito e outros direitos fundamentais ou interesses constitucionais objetivos¹⁶². Adoto aqui, como se intui, a conhecida *teoria externa dos limites* dos direitos fundamentais¹⁶³, tal como, *cum grano salis*, esta foi reconfigurada por Alexy¹⁶⁴. Considero que um limite é, não algo imanente ao próprio direito¹⁶⁵, mas sim algo que vem *de fora*, concretamente uma norma terceira.

Ora, neste preciso quadro, a suspensão do exercício de direitos fundamentais em estado de exceção é material e conceptualmente uma restrição¹⁶⁶, uma vez que se traduz numa intervenção em direitos fundamentais requerida pela circunstância de esses direitos conflituarem, em concreto, com distintos direitos fundamentais e com um imperativo/princípio de garantia da *salus publica* e de todos os direitos fundamentais que pode ser inferido de diversos preceitos da Constituição¹⁶⁷.

É certo que se poderia ensaiar distinguir a restrição da suspensão pelo facto de a restrição não poder ter por efeito “*diminuir () a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*”. A visão, porém, de que todas as normas jurídicas, e logo também as normas constitucionais, regulam tão-somente *prima*

¹⁶² Cf. PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, Parte II, *op. cit.*, p. 510; a definição que avancei também colhe algo daquela proposta por JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2006, p. 471.

¹⁶³ Cf., sobre a teoria externa em geral, JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 292 e ss.; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação...*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 460 e ss.; JORGE MIRANDA e JORGE PEREIRA DA SILVA, ‘Anotação ao artigo 18.º da Constituição’, in *Constituição...*, Vol. I, *op. cit.*, p. 267; ROBERT ALEXY, *Teoría...*, *op. cit.*, pp. 267 e ss.

¹⁶⁴ Cf. ROBERT ALEXY, *Teoría...*, *op. cit.*, pp. 272 e ss., ainda que nesta edição castelhana, infelizmente, se tenha traduzido «limite» por «restrição».

¹⁶⁵ Como propõem os partidários da *teoria interna dos limites* dos direitos fundamentais ou, numa outra formulação, dos *limites imanentes* a tais direitos – cf., paradigmaticamente, J. CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 271 e ss.; MANUEL AFONSO VAZ, *Lei...*, *op. cit.*, pp. 315 e ss.

¹⁶⁶ Cf., duvidando “*que se trate de uma verdadeira «suspensão» dos direitos*”, e parecendo inclinar-se, ainda que dubitativamente, para ver aqui uma restrição, J. CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos...*, *op. cit.*, p. 315, nota 7.

¹⁶⁷ A este propósito, diz-se que o legislador está adstrito a “[u]m dever de proteção dos bens jurídicos tutelados pelos direitos, liberdades e garantias – maxime, da vida, da integridade física e da saúde –, perante ameaças externas bem caracterizadas, independentemente de estas provirem de terceiros determinados (perigos do foro criminal), terem origem ambiental (riscos da técnica e de atividades poluentes) ou natural (riscos decorrentes de epidemias ou outros fenómenos da natureza)”, entre outras – cf. JORGE MIRANDA e JORGE PEREIRA DA SILVA, ‘Anotação ao artigo 18.º da Constituição’, in *Constituição...*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 240 e 241.

*facie*¹⁶⁸, sejam regras ou princípios, obriga a concluir pela impossibilidade lógica de se afirmar *a priori* um conteúdo imutável dos direitos fundamentais, o que reconduz o previsto no artigo 18.º, n.º 3, da Constituição, a um enunciado proclamatório ou a uma mera imposição, redundante, de aplicação do princípio da proporcionalidade¹⁶⁹.

Sem que possa aqui desenvolver o tema em toda a sua extensão e profundidade, o que obviamente excederia as pretensões e os limites deste texto, julgo que a *teoria absoluta* do conteúdo essencial dos direitos fundamentais se depara com dificuldades, teóricas e práticas, insuperáveis. Tal teoria postula, como se sabe, que cada direito fundamental possui um núcleo fixo intocável *come what may*, ou seja, que não pode ser restringido, e que se mostra determinável em abstrato, *a priori*, independentemente de qualquer ponderação¹⁷⁰.

A teoria absoluta tem um inegável *caráter essencialista*¹⁷¹, pressupondo que os direitos fundamentais têm uma essência pré-determinada, uma natureza intrínseca. Esta pré-compreensão vale-lhe, a meu ver, as primeiras críticas, ao tender a desconsiderar em absoluto a contingência linguística, cultural e histórica, e ao presumir uma «verdade» invariável, independente do humano e da sua condição espaço-temporal¹⁷².

Num distinto ângulo, por um lado, trata-se de uma tese que parece assentar numa “*espécie de intuição coletiva*”¹⁷³, numa confiança de que existe um consenso coletivo quanto àquele núcleo, o que no âmbito dos direitos fundamentais, onde amiúde o debate está bem para lá do paradigma e exposto a controvérsias ideológicas, surge dificilmente sustentável. O problema com qualquer intuição-

¹⁶⁸ É verdadeiramente assim, pelo facto de as “condições descritas na previsão das normas representarem meras condições necessárias de condições suficientes para o efeito jurídico prescrito”, ou porque “nenhuma norma determina, ela própria e em última análise, a totalidade das suas condições de aplicação definitiva” – cf., respetivamente, PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, Parte I, *op. cit.*, p. 171, e, do mesmo autor, ‘Derrotabilidade Normativa e Jurisdição Constitucional’, in *Estudos de Teoria do Direito*, AAFDL, Lisboa, 2018, p. 277.

¹⁶⁹ Cf., por exemplo, ROBERT ALEXY, *Teoría...*, *op. cit.*, p. 29; CARLOS BERNAL PULIDO, *El Principio del Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 531; LAURA CLÉRICO, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 2009, p. 89; entre nós, PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, Parte II, *op. cit.*, p. 513, nota 937.

¹⁷⁰ Cf., desenvolvidamente, CARLOS BERNAL PULIDO, *El Principio...*, *op. cit.*, pp. 514 e ss.; MARTIN BOROWSKY, *La Estructura de los Derechos Fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 99; LAURA CLÉRICO, *El Examen...*, *op. cit.*, p. 88; adotando a teoria absoluta, J. CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos...*, *op. cit.*, pp. 282 e 283.

¹⁷¹ Cf. LAURA CLÉRICO, *El Examen...*, *op. cit.*, p. 90.

¹⁷² Cf., rejeitando que o mundo ou o “eu” tenham uma natureza intrínseca, RICHARD RORTY, *Contingency, Irony and Solidarity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, pp. 3 e ss.

¹⁷³ Cf. CARLOS BERNAL PULIDO, *El Principio...*, *op. cit.*, p. 520.

nismo reside no seu confortável recurso à *evidência* como padrão de validade das suas conclusões, redundando num subjetivismo decisório¹⁷⁴ inaceitável para um Estado que exija a controlabilidade dos atos praticados no seu seio através de uma metódica racional e intersubjetivamente apreensível. Na realidade, a teoria absoluta não oferece critérios translúcidos que permitam distinguir as faculdades que pertencem ao núcleo essencial dos direitos e aqueles que se integram na sua periferia¹⁷⁵. Por outro lado, confrontada com um conflito entre dois interesses que se subsumam aos declarados núcleos essenciais dos respetivos direitos fundamentais, a teoria absoluta terá, coerentemente, de considerar essa antinomia irresolúvel¹⁷⁶.

Diferentemente, a *teoria relativa* do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, para além de ser dotada de uma superior capacidade de adaptação à evolução social e cultural das sociedades, apresenta um critério racional para a determinação do conteúdo, espaço-temporalmente situado, dos direitos em questão: a metódica da ponderação e o princípio da proporcionalidade. Os direitos fundamentais não são ilhas solitariamente vigentes na ordem jurídica, antes se inserindo numa teia normativa complexa cujo real sentido e significado só se apreende na relação com os demais direitos e interesses, e com recurso ao parâmetro jurídico que regula otimamente essas mesmas relações¹⁷⁷. *Ordo non est substantia, sed relatio*.

Não quer isto dizer que, *ceteris paribus*, e estatisticamente, não exista um núcleo intangível dos direitos fundamentais que subsiste depois da resolução de uma antinomia criada pela vigência de uma norma de sinal contrário. Como refere Alexy, “*existem condições nas quais se pode dizer com muita segurança que nenhum princípio [ou regra, acrescento] oposto tem precedência*”, mas “*o caráter absoluto da sua proteção é uma questão que respeita às relações entre princípios [e entre princípios e regras, acrescento]. Não se pode excluir uma constelação na qual os princípios opostos têm precedência. Sem prejuízo, a segurança da proteção é tão alta que, sob circunstâncias normais, pode falar-se de uma proteção absoluta*”¹⁷⁸. Não obstante, não há nenhum obstáculo lógico ou ontológico a que assim não seja e a prova desta última asserção é, justamente, a possibilidade firmada da suspensão do exercício

¹⁷⁴ Cf., acerca do intuicionismo ético, ROBERT ALEXY, *Teoría de La Argumentación Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 55 e 56.

¹⁷⁵ Cf. CARLOS BERNAL PULIDO, *El Principio...*, *op. cit.*, p. 528.

¹⁷⁶ Cf. *Idem, ibidem*, pp. 527 e 528.

¹⁷⁷ Cf. *Idem, ibidem*, pp. 530 e 531.

¹⁷⁸ Cf. ROBERT ALEXY, *Teoría...*, *op. cit.*, p. 291.

de direitos fundamentais, a qual afeta, ou pode afetar, o conteúdo essencial hipoteticamente proclamado da generalidade desses direitos¹⁷⁹.

Noutro plano, e recentrando, pretender ancorar uma distinção entre restrição e suspensão de direitos fundamentais num critério temporal relativo à vigência de uma e de outra intervenção, é igualmente falacioso. A suspensão tem uma vigência temporalmente delimitada, um início e um fim pré-fixado, mas a restrição ordinária também pode ter. Todos os atos e normas jurídicas têm um *tempo de vigência*, um “*tempo externo*”¹⁸⁰, ainda que o seu termo *ad quem* possa eventualmente não estar determinado¹⁸¹. Em termos estritamente temporais, a diferença entre a suspensão e a restrição de direitos operada em tempos de normalidade constitucional residirá somente na circunstância de a suspensão ter um âmbito temporal de vigência pré-definido na Constituição e a restrição típica, à partida, não o tem.

Adicionalmente, a suspensão não equivale, como pretende certa doutrina, a “*uma compressão da eficácia*” dos direitos fundamentais, mas sim a uma restrição normativa que implica a *inaplicabilidade*, durante um determinado lapso de tempo, das normas (ou de alguns dos seus efeitos) restringidas.

Apesar de reconhecer que o conceito de «eficácia» padece de alguma dispersão denotativa¹⁸², representando realidades demasiado diversas¹⁸³, julgo que o sentido típico a que a mesma corresponde é o de *aplicação* de um ato, à luz de certos critérios do ordenamento, para a abstrata produção de efeitos jurídicos^{184/185}. As normas de direitos fundamentais, constitucionalmente consagradas, são plenamente eficazes, mesmo em estado de exceção¹⁸⁶. Muito simplesmente, não são aplicáveis *in casu*, em face do preenchimento da previsão de outras normas conflitantes cuja estatuição postula efeitos contrários às estatuições daquelas, e perante o contexto fáctico que as instanciou. Se se quiser, a

¹⁷⁹ Cf. JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 860; MANUEL AFONSO VAZ, *Lei...*, *op. cit.*, pp. 332 e 333.

¹⁸⁰ Cf. BULYGIN, ‘Tiempo y Validez’, in *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 199.

¹⁸¹ Cf. MIGUEL GALVÃO TELES, ‘Temporalidade Jurídica e Constituição’, in *Escritos...*, *op. cit.*, p. 353.

¹⁸² Cf. CARLOS SANTIAGO NINO, *Introducción...*, *op. cit.*, p. 252.

¹⁸³ Cf., atestando isso mesmo, RICCARDO GUASTINI, *Teoria...*, *op. cit.*, pp. 132 e 133, e, *La Sintassi...*, *op. cit.*, pp. 257 e 258.

¹⁸⁴ Cf., assim, PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, Parte I, *op. cit.*, p. 203, nota 351.

¹⁸⁵ Pense-se na (in)eficácia das leis, caso não sejam publicadas (cf. artigo 19.º, n.º 2, da Constituição).

¹⁸⁶ Aliás, de outra forma não se daria qualquer conflito entre esses direitos e outras normas jurídico-constitucionais.

suspensão do exercício de direitos fundamentais limita-se a originar uma paragem no “*tempo interno*”¹⁸⁷ destas normas.

Por fim, uma coisa é indubitável: a suspensão do exercício de direitos, fundamentais não se materializa numa afetação da *existência* ou da *vigência* de tais direitos. Normalmente, a existência de uma norma afere-se pelo singelo facto de ter sido criada por uma autoridade normativa *prima facie* competente para criar a norma em causa, tendo o procedimento previsto para tal sido minimamente cumprido, ainda que não totalmente sem irregularidades, e mesmo que ainda não tenha sido inteiramente completado¹⁸⁸. Claro que o problema assume contornos diversos no que respeita às normas de direitos fundamentais, as quais são normas de estalão constitucional. Aqui a sua existência depende da sua efetividade¹⁸⁹. Ora, ninguém duvidará que tais normas existem ainda em estado de exceção, pois continuam a servir de parâmetro abstrato a essa vicissitude constitucional – a par do princípio da proporcionalidade –, sendo, por isso, efetivas. E considerações análogas valem para a vigência dessas normas, vigência que também é confirmada por serem objeto de ponderação, cujo resultado redundará na definição do *quomodo* e do *quantum* da suspensão do exercício dos direitos, liberdades e garantias¹⁹⁰.

O legislador constituinte renomeou a intervenção ablativa nos direitos, liberdades e garantias que se realiza através da declaração do estado de exceção. É, porém, e só, uma opção de estilo que cobra algum sentido na história, na dogmática e, como se viu, na própria finalidade do estado de exceção, além de ter a virtude de mostrar, logo à partida, que a intensidade das afetações, em idade de grave aflição, é superior à que se constata na tranquilidade possível da regularidade. Todavia, de um ponto de vista estrutural e morfológico, o fenómeno é equivalente a uma restrição de direitos fundamentais. Não são estes direitos que se suspendem, mas os dias.

18. Outra questão atinente à suspensão do exercício de direitos fundamentais é a de saber se a mesma, enquanto restrição que é, está sujeita, de algum modo, a limites análogos aos prescritos no artigo 18.º da Constituição. Os limites enunciados no artigo em causa pretendem somente aplicar-se às restrições

¹⁸⁷ Cf. BULYGIN, ‘Tiempo...’, *op. cit.*, p. 199;

¹⁸⁸ Cf. RICCARDO GUASTINI, *Teoria...*, *op. cit.*, pp. 130 a 132, e, *La Sintassi...*, *op. cit.*, pp. 254 a 257; CARLA HUERTA OCHOA, *Conflictos Normativos*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 148; PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, Parte I, *op. cit.*, pp. 205 a 207.

¹⁸⁹ Cf. RICCARDO GUASTINI, *Teoria...*, *op. cit.*, pp. 131, nota 33, e, *La Sintassi...*, *op. cit.*, pp. 255 e 256.

¹⁹⁰ Diferente é a suspensão prevista no artigo 169.º, n.º 2, da Constituição, essa sim uma verdadeira suspensão da vigência de normas existentes.

efetivadas por “lei”, isto é, por ato legislativo. Ora, a suspensão do exercício de direitos fundamentais reveste, por força da Constituição, a forma de ato presidencial¹⁹¹, o qual, ainda que possa constituir um ato normativo¹⁹² ou um ato com “força afim da força de lei”¹⁹³, não constitui certamente um ato legislativo. Porém, o disposto no artigo 18.º da Lei Fundamental é, em certa medida, uma concretização de princípios do Estado de Direito Democrático, pelo que tem sentido usá-lo como guia de análise.

Quanto à exigência de que as restrições àqueles direitos sejam expressamente autorizadas pela Constituição¹⁹⁴ a análise seria supérflua, uma vez que a suspensão do seu exercício em estado de exceção é, em rigor, expressamente autorizada¹⁹⁵, o mesmo sucedendo com a determinação de que as restrições sejam necessárias para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos¹⁹⁶ que, traduzindo-se na imposição de que a restrição seja o produto de uma ponderação realizada à luz do princípio da proporcionalidade, também já resulta diretamente ditada no artigo 19.º, n.º 4, da Constituição.

Diferentemente, a obrigação de que aquelas restrições revistam caráter geral e abstrato e, bem assim, a proibição de retroatividade¹⁹⁷ merecem ponderação.

Relativamente à necessidade de a suspensão de direitos fundamentais ocorrer em termos abstratos, ou seja, tendo em vista uma multiplicidade indeterminada de casos¹⁹⁸, é verdade que, pela natureza do estado de exceção, o qual é provocado por um evento ou eventos determinados – tem de o ser –, não será uma característica que se possa pedir em demasia às normas que suspendem o exercício de direitos, liberdades e garantias. Ainda assim, parece-me, ao contrário do que certa doutrina afirma¹⁹⁹, a abstração é ainda possível, mesmo que em menor grau, pois apesar de aí a suspensão estar temporalmente, e até quiçá espacialmente, delimitada, nada obsta a uma *relativa* abstração de casos concretos ou, melhor, das situações de facto objetivas (e não subjetivas) desses casos particulares²⁰⁰.

¹⁹¹ Cf. artigo 134.º, alínea d), da Constituição.

¹⁹² Cf. JORGE MIRANDA, *Direitos...*, op. cit., p. 495.

¹⁹³ Cf. JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. II, op. cit., p. 1211.

¹⁹⁴ Cf. artigo 18.º, n.º 2, primeira parte, da Constituição.

¹⁹⁵ Cf. artigo 19.º, n.º 1, da Constituição.

¹⁹⁶ Cf. artigo 18.º, n.º 2, segunda parte, da Constituição.

¹⁹⁷ Cf. artigo 18.º, n.º 3, da Constituição.

¹⁹⁸ Cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 151.

¹⁹⁹ Cf. JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. II, op. cit., p. 859.

²⁰⁰ Cf., reconduzindo a abstração a uma generalização das condições objetivas de casos modelo, PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, Parte I, op. cit., p. 100 e 101.

Já no que concerne a uma hipotética exigência de que tal suspensão seja dotada de generalidade, é irrefutável que como característica do ato jurídico que se destina a uma pluralidade de destinatários indiferenciados²⁰¹ é esta uma exigência que pode ser observada pela declaração do estado de exceção e pelas disposições que deem corpo à suspensão do exercício de direitos fundamentais.

Ora, se assim é, e uma vez que a generalidade e a abstração de um ato jurídico constituem, respetivamente, um garante da *igualdade* entre sujeitos de direito²⁰² e da *certeza* e da *previsibilidade* das atuações dos poderes públicos, e sendo a igualdade e a segurança jurídica princípios de direito *prima facie* aplicáveis às atuações do Estado²⁰³, mesmo em estado de exceção²⁰⁴, poderá então a suspensão do exercício de direitos ter de ser efetivamente dotada de generalidade e abstração.

No entanto, o que não julgo ser possível é asseverar aprioristicamente que a suspensão individual e concreta de direitos, liberdades e garantias, em estado de exceção, será sempre, em todos os casos concebíveis, inadmissível²⁰⁵. Além de a Constituição não estipular expressamente que a suspensão em causa, contida na declaração do estado de sítio ou do estado de emergência, deve ser forçosamente dotada de generalidade — ao contrário do que faz no seu artigo 18.º, n.º 3, para restrições por ato legislativo em tempos de normalidade —, a realidade é que os princípios da igualdade e da segurança jurídica, à imagem dos demais princípios jurídicos, são abstratamente derrotáveis²⁰⁶. Conclusão esta que, todavia, não significa nem implica, que sejam facilmente derrotados.

²⁰¹ Cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução...*, *op. cit.*, p. 152; afirmando que a generalidade como indeterminabilidade de destinatários é uma propriedade incluível da norma jurídica, DAVID DUARTE, *A Norma...*, *op. cit.*, p. 75; ainda, detalhadamente, PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, Parte I, *op. cit.*, pp. 94 e ss.

²⁰² Cf., *v.g.*, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução...*, *op. cit.*, p. 153; JORGE MIRANDA, *Direitos...*, *op. cit.*, p. 308; JORGE MIRANDA e JORGE PEREIRA DA SILVA, 'Anotação ao artigo 18.º da Constituição', in *Constituição...*, Vol. I, *op. cit.*, p. 280; MANUEL AFONSO VAZ, *Lei...*, *op. cit.*, pp. 345 e ss.

²⁰³ Cf. artigos 13.º e 2.º da Constituição.

²⁰⁴ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 1103, escrevendo que a generalidade da suspensão do exercício de direitos fundamentais é imposta pelo princípio da igualdade, o qual "*subsistirá sempre como parâmetro conformador da constitucionalidade ou da legalidade da declaração do estado de sítio e estado de emergência*". De resto, aliás, o artigo 2.º, n.º 2, do RESEE, preceitua que "*a suspensão do exercício de direitos, liberdades e garantias respeitará sempre o princípio da igualdade*".

²⁰⁵ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 1103; JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 844 e 845.

²⁰⁶ Aliás, devo notar que a suspensão geral ou coletiva do exercício de direitos fundamentais não é sequer um axioma universal, sendo explicitamente autorizada pela Constituição espanhola a suspensão individual, no seu artigo 55.º, n.º 2.

Num outro domínio, a ideia de irretroatividade da suspensão de exercício de direitos fundamentais, não sendo declaradamente imposta, é uma decorrência do princípio da segurança jurídica, contido no artigo 2.º da Constituição²⁰⁷, ainda que, ter-se-á de reconhecer, tratando-se de uma irradiação *mediata*, o seu alcance é, logo, menor. O ponto é, muito simplesmente, que também a segurança jurídica tem de ser sopesada com os interesses que se intentem salvar mediante a suspensão retroativa do exercício de direitos fundamentais em estado de exceção, sob a alçada do princípio da proporcionalidade. Ora, *“nada de novo debaixo do sol”*, e desde logo para a nossa jurisprudência constitucional, a qual entende, *v.g.*, que *“para julgar da existência de excesso na ‘onerosidade’, isto é, na frustração forçada de expectativas, é necessário averiguar se o interesse geral que presidia à mudança do regime legal deve prevalecer sobre o interesse individual sacrificado, na hipótese reforçado pelo interesse na previsibilidade da vida jurídica, também necessariamente sacrificado pela mudança. Na falta de tal interesse do legislador ou da sua suficiente relevância segundo a Constituição, deve considerar-se arbitrário o sacrifício e excessiva a frustração de expectativas. (...) Valem aqui, por maioria de razão, as considerações que a jurisprudência deste Tribunal, atrás referida, tem feito ao negar uma proibição genérica de retroactividade. Tal é particularmente claro quando o sacrifício das expectativas anteriores resulta de uma imprevisível alteração das circunstâncias (...)”*²⁰⁸.

De facto, não é difícil imaginar que os acontecimentos justificativos do estado de exceção consubstanciem uma real alteração das circunstâncias, de tal modo grave e intensa que, afinal, fundamente uma suspensão retroativa do exercício de direitos, liberdades e garantias. Mas a última palavra é sempre do caso concreto, e não das considerações especulativas que, *hic et nunc*, me limito a tecer.

19. Um problema autónomo, e que seria impossível ignorar, prende-se com a competência para suspender o exercício de direitos fundamentais em estado de sítio ou de emergência, e suas implicações.

Efetivamente, não há dúvida de que a Constituição reserva ao Presidente da República a competência para proceder à declaração do estado de exceção²⁰⁹ e, por outro lado, confere a tal declaração o exclusivo para a suspensão

²⁰⁷ Cf., por exemplo, JORGE MIRANDA, ‘Anotação ao artigo 2.º da Constituição’, in *Constituição...*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 79 e 80; JORGE MIRANDA, *Direitos...*, *op. cit.*, p. 49; JORGE MIRANDA e JORGE PEREIRA DA SILVA, ‘Anotação ao artigo 18.º da Constituição’, in *Constituição...*, Vol. I, *op. cit.*, p. 284.

²⁰⁸ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 287/90 (Relator: JOSÉ DE SOUSA E BRITO), de 30 de outubro de 1990, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

²⁰⁹ Cf. artigo 134.º, alínea d), da Constituição.

do exercício de direitos, liberdades e garantias²¹⁰. Nesta senda, é indiscutível que a Constituição integra a suspensão do exercício de direitos fundamentais na *reserva presidencial* e institui uma *reserva de ato presidencial*²¹¹ para o ato que vise aqueles efeitos naquele circunstancialismo.

Repare-se que a Lei Fundamental, ainda que não tenha conferido à Assembleia da República competência para suspender o exercício de direitos fundamentais em estado de exceção, não deixou de a atribuir a um órgão investido numa legitimidade democrática direta, e não ao Governo, numa escolha que denota uma compreensão do princípio do Estado de Direito Democrático assente no postulado de que as decisões essenciais da comunidade suscetíveis de afetar interesses primordiais dos cidadãos devem ser reservadas a órgãos de acrescida legitimação democrática^{212/213}. No entanto, esta razão democrática subjacente à opção constituinte é, no contexto constitucional atual, uma razão algo formal – ainda que não despicienda –, dado que a sua origem histórica e filosófica radica no conflito de legitimidades próprio do século XIX que opunha a legitimidade democrática à legitimidade monárquica do executivo²¹⁴. Nesta base, o concreto argumento democrático que fundamenta a competência em análise do Presidente da República não é o argumento que, hoje, melhor enquadra e justifica a competência dada ao parlamento para dispor nos domínios mais relevantes da sociedade, o qual reside antes na “*especial aptidão*

²¹⁰ Cf. artigo 19.º, n.ºs 1 e 5, da Constituição.

²¹¹ Ato presidencial cuja forma, em boa verdade, a Constituição não prevê, mas que o artigo 11.º do RESEE prescreve que revista a forma de decreto do Presidente da República, forma esta que a doutrina, em geral, e com recurso ao disposto no artigo 119, n.º 1, alínea d), da Constituição, considera ser a aplicável para “*todas as decisões do PR de eficácia externa que careçam de forma documental autónoma*”, entre as quais a declaração do estado de exceção – cf. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 131.

²¹² Cf. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições...*, *op. cit.*, p. 833, mas com referência específica à instituição parlamentar.

²¹³ Dito isto, o princípio democrático justifica que esta competência tenha sido alocada ao Presidente da República, e não ao Governo, mas não é, claro, a única razão que o motiva. Além disso, é uma competência estreitamente conexa com as atribuições do Presidente da República enquanto órgão político representante da República Portuguesa, garante da independência nacional, da unidade do Estado e do regular funcionamento das instituições (cf. artigo 120.º da Constituição) – cf., neste sentido, MANUEL AFONSO VAZ, *Lei...*, *op. cit.*, p. 334, nota 144.

²¹⁴ Cf. *Idem*, *ibidem*, p. 837; no entanto, para SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, *op. cit.*, pp. 77 e ss., e 181 e 182, se este conflito era exato no contexto da monarquia constitucional alemã, já não seria tanto assim na história constitucional portuguesa, o que, porém, segundo creio, deve ser entendido com um grão de sal, especialmente à luz da vigência da *Carta Constitucional de 1826*, bem como dos motivos, tensões e dinâmicas que conduziram à sua outorga.

para, nessa sede, se proceder à discussão de questões políticas de relevância superior”²¹⁵, em virtude dos valiosos atributos intrínsecos do trabalho parlamentar – entre outros, pluralismo, contraditório, transparência, publicidade, participação²¹⁶ –, ou seja, atenta a tendencial superioridade epistémica das suas decisões²¹⁷, nisto consistindo o seu elevado *pedigree* democrático.

Sem prejuízo, é visível a afinidade da reserva presidencial para a suspensão do exercício de direitos fundamentais com a reserva legislativa quanto às restrições aos direitos, liberdades e garantias, que resulta do artigo 165.º, n.º 1, alínea b), da Constituição. E, precisamente como ali, a integração da suspensão do exercício daqueles direitos na reserva presidencial suscita dilemas e dúvidas, não facilmente resolúveis. Muito em particular, pergunta-se, que limites estabelece esta reserva da função presidencial em matéria de suspensão do exercício de direitos fundamentais, quer ao Presidente da República, quer ao Governo?

Levada à letra e às suas últimas consequências, a reserva presidencial teria de significar que o modo e o *quantum* da restrição do exercício de direitos, liberdades e garantias teriam obrigatoriamente de constar da declaração do estado de sítio ou de emergência, sendo absolutamente vedado a outros órgãos e atos jurídicos restringir tais direitos. Isto é, a suspensão do exercício de direitos fundamentais teria de ser integralmente *determinada e densificada* no decreto presidencial que viesse declarar o estado de exceção, competindo-lhe unicamente a si excluir, total ou parcialmente, as alternativas *prima facie* compreendidas nas normas jusfundamentais, e restando ao Governo uma função de estrita execução vinculada²¹⁸.

Uma conclusão deste jaez seria pragmaticamente irrealista. Afinal, as normas que fixam a competência exclusiva do Presidente da República para suspender o exercício de direitos, liberdades e garantias, “*expropriaria[m] toda e qualquer margem de liberdade decisória no domínio restritivo à Administração, contra o argumento normativo relevante de, em sede de alocação de funções estaduais, os órgãos administrativos se encontrarem mais próximos da realidade regulada e, por conseguinte,*

²¹⁵ Cf. PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, Parte II, *op. cit.*, pp. 131 e 132; e, JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições...*, *op. cit.*, p. 834.

²¹⁶ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições...*, *op. cit.*, p. 839; PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, Parte II, *op. cit.*, p. 131.

²¹⁷ Cf., v.g., CARLOS SANTIAGO NINO, *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press, New Haven, 1996, pp. 117 e ss.

²¹⁸ Cf., neste sentido, se bem que a propósito da reserva de lei sobre direitos, liberdades e garantias, RUI CHANCERELLE DE MACHETE, ‘Conceitos indeterminados e restrições de direitos fundamentais por via regulamentar’, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 730 e ss.; e, J. CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos...*, *op. cit.*, pp. 325 e ss.

mais aptos a captar os interesses factuais relevantes subjacentes”²¹⁹. O que seria, insista-se, impraticável²²⁰, em particular se se considerar que dificilmente qualquer intervenção regulamentar do Governo em execução do estado de sítio ou de emergência – seja ela mais ou menos relevante, de índole interpretativa ou de mera concretização –, deixará de tocar a previsão de uma norma de um direito de liberdade²²¹, restringindo as faculdades de ação que essa norma abstratamente propicie. E seria ainda inexequível, perante a indeclinável necessidade prática de a declaração do estado de exceção deixar ao Governo e à Administração uma certa *margem de livre decisão*²²², para efeitos de uma ponderação problemática em concreto, dada a impossibilidade gnosiológica de o Presidente da República, não sendo um ser onnisciente, antever todos os potenciais conflitos verificáveis entre direitos fundamentais e de programar exaustivamente a atividade administrativa, tudo sob pena de se colocar em causa as exigências da proporcionalidade e da justiça do caso²²³.

Resta, portanto, à semelhança do que já tem vindo a suceder no contexto do alcance da reserva de lei sobre direitos fundamentais, recorrer à conhecida *teoria da essencialidade*²²⁴.

A teoria da essencialidade, desenvolvida para proceder a uma delimitação entre a reserva de lei do parlamento e a esfera de atuação do executivo, dita que a reserva de lei abrange todas as decisões que se devam entender essenciais para a coletividade, entre as quais avultariam, *ex rerum natura*, as que respeitem a

²¹⁹ Cf. PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, Parte II, *op. cit.*, p. 519.

²²⁰ Cf., assim, mas relativamente à convivência da reserva de lei com a atividade do Governo, JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições...*, *op. cit.*, p. 872 e ss.

²²¹ Cf. DAVID DUARTE, *A Norma...*, *op. cit.*, p. 811, nota 14, onde coloca a questão, retórica, ainda que no específico contexto da relação entre a reserva de lei e a atividade regulamentar, “*de saber quais são os regulamentos administrativos que não tenham restrições, relevantes ou irrelevantes*”.

²²² Utiliza-se, aqui, uma expressão enraizada no discurso jurídico português, ainda que passível de críticas, em especial por parecer reportar-se apenas a uma forma de atuação (o ato) e deixar de fora outras formas de atuação às quais também pode ser deixada uma escolha entre alternativas de ação, *v.g.*, a criação de normas regulamentares – cf. PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, Parte II, *op. cit.*, p. 203.

²²³ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições...*, *op. cit.*, p. 844 e ss., referindo-se a uma “*protecção dinâmica dos direitos fundamentais*”; já com uma conceção bem mais restritiva e conservadora, mas acabando por admitir que a discricionariedade deixada à administração é, em muitos casos, um imperativo prático, J. CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos...*, *op. cit.*, pp. 328 e ss., e, do mesmo autor, aí aparentemente mais benevolente, ‘Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria’, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 82; liga a discricionariedade à justiça do caso concreto, por exemplo, HARTMUT MAURER, *Droit Administratif Allemand*, L.G.D.J., Paris, 1994, p. 130.

²²⁴ Cf., sobre a origem da *Wesentlichkeitstheorie*, SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, *op. cit.*, pp. 95 e ss.

direitos fundamentais dos cidadãos²²⁵. Todavia, mais do que significar a submissão a uma *reserva total* de tudo aquilo que concerne aos direitos fundamentais²²⁶, em função da relevância abstrata desta matéria²²⁷, impõe-se uma ponderação entre as normas que justificam a reserva de lei nesse domínio (o princípio democrático) e as razões que fundamentam as competências de outros órgãos (interesse público, eficiência) e que apontam em sentido oposto²²⁸. É com este critério, pois, que se deve hoje procurar saber qual o grau de intervenção que o parlamento deverá ou não ter nos direitos fundamentais – desde logo, qual o grau de determinação e densidade legal que lhe é exigível ou admissível²²⁹, e o que pode/deve ou não ser delegado –, e aquele que deverá, afinal, caber aos demais órgãos constitucionais, “*em função da relevância do âmbito do direito fundamental afetado e da natureza, gravidade, intensidade e extensão das intervenções restritivas nele admitidas*”²³⁰.

Estas considerações valem, com as devidas adaptações, para a circunscrição da reserva presidencial *sub judice* e do campo legítimo de intervenção do Governo no âmbito da suspensão do exercício de direitos, liberdades e garantias. Cumprirá, à luz de uma teoria da essencialidade com as premissas *supra* enunciadas, balancear o princípio democrático, que motiva que a competência para suspender o exercício daqueles direitos seja cometida ao Presidente da República, bem como o princípio da separação de poderes²³¹, com os princí-

²²⁵ Cf. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, *op. cit.*, pp. 95 e 102; JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições...*, *op. cit.*, p. 852; PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, Parte II, *op. cit.*, pp. 138 e 139.

²²⁶ Como bem assevera JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições...*, *op. cit.*, p. 853, nota 1555, “*um critério de essencialidade exclusivamente baseado na relevância jusfundamental entendida como tudo o que respeite à realização de direitos fundamentais seria inoperativo, de tão abrangente se revela a expansão dos direitos fundamentais a praticamente qualquer domínio normativo*”.

²²⁷ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições...*, *op. cit.*, p. 879; PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, Parte II, *op. cit.*, p. 532.

²²⁸ Cf. PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, Parte II, *op. cit.*, p. 531; *vide* ainda, JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições...*, *op. cit.*, p. 853; inclusive J. CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, ‘Legitimidade...’, *op. cit.*, p. 82, cuja conceção se sabe ser limitativa da invasão da reserva de lei nesta área, afirma parecer-lhe “*perfeitamente adequada a ponderação do princípio da reserva de lei com o princípio da realização eficiente do interesse público*”.

²²⁹ Cf. RUI MEDEIROS, ‘Anotação ao artigo 199.º da Constituição’, in *Constituição...*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 713 e 714, salientando que “*a exigência da racionalidade imanente ao princípio da separação de poderes e de ponderação do caso concreto subjacente a alguns dos princípios estruturantes da atividade dos poderes públicos (e, em particular, ao princípio da proporcionalidade) limitam a admissibilidade da adoção de modelos inteiramente cristalizados de decisão ou normas demasiado densas, detalhadas e minuciosas*”.

²³⁰ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições...*, *op. cit.*, p. 854.

²³¹ Cf. artigos 2.º e 111.º, n.º 1, da Constituição. O enunciado do artigo 111.º, n.º 1, da Constituição, contém, efetivamente, um norma-princípio, como muito bem demonstrou PEDRO MONIZ LOPES,

pios da prossecução do interesse público e da eficiência que subjazem à atuação, e à esfera competencial, do Governo e da Administração.

Mas, embora assim seja, é preciso ter em mente que a particular conceção do princípio democrático que subjaz à opção constituinte de confiar ao Presidente da República a suspensão do exercício de direitos fundamentais é, como já mencionei, distinta daquela que, presentemente, lhe dá substância. O Presidente da República, apesar da sua indiscutível legitimidade democrática direta, é um órgão cujo *design* institucional não se orienta a uma ampla e diversa participação nas suas decisões, as quais não se encontram sujeitas a um contraditório procedimentalizado, não são deliberadas num fórum aberto, nem são, sequer, objeto de uma discussão e votação colegial. Por paradoxal que possa parecer, sob este ângulo, as decisões do Governo são mais democráticas que as tomadas pelo Chefe do Estado.

Perante isto, e visto que hodiernamente o executivo é, também ele, assistido de legitimidade democrática representativa, não apenas devido à sua designação pelo parlamento, mas também porque, de uma perspetiva político-sociológica, as eleições parlamentares assumem feições de plebiscito ao executivo²³², perante isto, dizia, o peso *in casu* do princípio democrático é naturalmente menor do que aquele que lhe inere numa ponderação tendente à alocação ótima de competências entre a Assembleia da República e o Governo.

Ainda neste juízo, a dimensão positiva do princípio da separação de poderes, a qual estatui que “*as funções estatais estejam de tal forma estruturadas e repartidas que as decisões venham a ser autorresponsavelmente tomadas pelos órgãos mais aptos em função da sua estrutura interna, da natureza dos seus serviços, da forma e procedimentos típicos da sua atuação*”²³³, e concretamente pelos órgãos que se encontrem em melhor posição para colher os factos e conhecimentos necessários e relevantes para a decisão, é um argumento adicional, e sério, para que seja atribuída uma mais lata competência ao executivo no domínio da suspensão do exercício de direitos, liberdades e garantias, em estado de exceção²³⁴.

Derrotabilidade..., Parte II, *op. cit.*, pp. 100 e ss.; já assim, ANDRÉ SALGADO MATOS, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 296, nota 1091.

²³² Cf. PAULO OTERO, *Legalidade...*, *op. cit.*, pp. 108; JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições...*, *op. cit.*, pp. 837 e 838; RUI MEDEIROS, ‘Anotação ao artigo 199.º da Constituição’, in *Constituição...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 709.

²³³ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Separação de Poderes e Limites da Competência Legislativa da Assembleia da República*, Lex, Lisboa, 1997, pp. 26 e ss., e 37 e ss.

²³⁴ Cf., dando relevância a esta dimensão do princípio da separação de poderes para efeitos de uma similar ponderação, PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, Parte II, *op. cit.*, p. 359.

2.4. *Em especial: o controlo da declaração do estado de exceção pelo Tribunal Constitucional*

20. Que a discricionariedade concedida pela Lei Fundamental ao Presidente da República, nesta sede, não corresponde de modo algum a um poder arbitrário, sujeito a veleidades ou caprichos, é algo que vem a ser confirmado pela sujeição da declaração do estado de sítio ou de emergência à jurisdição constitucional. De facto, é já longínqua a visão de Locke a propósito da *Prerogative*, segundo a qual, quanto a tal poder, “*there can be no Judge on Earth*”, pelo que, “[t]he People have no other remedy in this (...) but to appeal to Heaven”²³⁵.

Se a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência não é sindicável por via da fiscalização preventiva da constitucionalidade, porquanto no artigo 278.º da Constituição elenca-se taxativamente os atos que a ela podem estar sujeitos²³⁶, entre os quais não se conta o decreto que declara o estado de exceção, parece ser de admitir, no entanto, que uma tal declaração – ou mais rigorosamente, as normas jurídicas nela contidas – pode ser objeto de fiscalização sucessiva, quer abstrata, quer concreta.

Como é consabido, objeto do controlo de constitucionalidade, no sistema de fiscalização português, são normas jurídicas²³⁷. Ora, é indubitável que a declaração do estado de exceção poderá conter genuínas normas jurídicas, *maxime* em matéria de suspensão do exercício de direitos, liberdades e garantias. Quanto a estas, mesmo para quem postule um critério material de norma para efeitos de fiscalização da constitucionalidade, assente na generalidade e na abstração, a suscetibilidade do controlo é incontroversa. A doutrina, aliás, qualifica recorrentemente a declaração do estado de sítio ou de emergência como um *ato normativo*, especialmente na parte em que afeta direitos fundamentais e, em conformidade, admite a sua submissão a controlo de constitucionalidade²³⁸.

Contudo, mesmo quando as disposições da declaração do estado de exceção não denotem as qualidades materiais da norma jurídica, a verdade é que o Tribunal Constitucional, em jurisprudência que remonta já à Comissão Constitucional, vem adotando persistentemente um «critério funcional de norma», “*ou seja, um conceito funcionalmente adequado ao sistema de fiscalização da consti-*

²³⁵ Cf. JOHN LOCKE, (1689) *Two Treatises...*, II, Cap. XIV, § 168, *op. cit.*, p. 379.

²³⁶ Cf. JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 1204 e 1205; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 1109; JORGE MIRANDA, *Direitos...*, *op. cit.*, p. 495, nota 1229.

²³⁷ Cf., *v.g.*, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 932; F. ALVES CORREIA, *Justiça Constitucional*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 189 e ss.

²³⁸ Cf. JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 1209; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, *op. cit.*, p. 401; JORGE MIRANDA, *Direitos...*, *op. cit.*, p. 495.

tucionalidade aí instituído e consonante com a sua justificação e sentido”, o qual não parte “*de uma noção material, doutrinária e aprioristicamente fixada, desse conceito*”²³⁹. Relevante sim para o Tribunal Constitucional é que o ato jurídico a fiscalizar tenha como parâmetro de validade imediato a Constituição (imedição constitucional) e que contenha uma regra de conduta para os particulares e/ou para a Administração ou um critério de decisão de casos concretos (heteronomia normativa)²⁴⁰. Acontece que a declaração do estado de exceção preencherá, em princípio, estes critérios, ainda que os padrões por si instituídos não se caracterizem pela generalidade e abstração que constituem as notas típicas da norma jurídica.

Finalmente, tem alguma doutrina sustentado que a declaração do estado de exceção poderá surgir como uma obrigação constitucional em face da realidade de facto que se apresente, pelo que, faltando, gerar-se-ia uma omissão inconstitucional, a qual poderia ser alvo de um processo de fiscalização de constitucionalidade por omissão, nos termos do disposto no artigo 283.º da Constituição²⁴¹. Todavia, e por mais boa vontade que se possa ter, não se vê como possa ser assim, quando este tipo de fiscalização só abrange as omissões de “*medidas legislativas*”²⁴², sendo pacífico que, apesar de ser possível detetar omissões de atos normativos nos mais diversos poderes do Estado, “[o] sistema instituído pelo artigo 283.º só vale, porém, quando esteja em causa uma violação do dever constitucional de legislar”²⁴³.

§ 3.º

O estado de exceção declarado

3.1. *Notícia*

21. No início do ano de 2020, foi identificado um novo coronavírus, que veio a ser designado por SARS-CoV-2, o qual provoca uma doença infe-

²³⁹ Cf. entre outros, os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 26/85, de 15 de fevereiro de 1985, 16/97, de 14 de janeiro de 1997, 695/2016, de 20 de dezembro de 2016, todos disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt.

²⁴⁰ Cf., paradigmaticamente, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 26/85; e J. J. GOMES CANO-TILHO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 934; para uma crítica, bem fundada, destes critérios, RUI MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade — Os Autores, O Conteúdo e os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei*, UCP, Lisboa, 1999, pp. 90 e ss.

²⁴¹ Cf. JORGE MIRANDA, *Direitos...*, *op. cit.*, p. 495, nota 1229.

²⁴² Cf. JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 1217 e 1218.

²⁴³ Cf. RUI MEDEIROS, ‘Anotação ao artigo 283.º da Constituição’, in *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. III, UCP, Lisboa, no prelo.

tocontagiosa grave, denominada Covid-19, suscetível de conduzir à morte e que apresenta uma taxa de letalidade particularmente elevada em determinados grupos da população (*v.g.*, pessoas idosas, pessoas com doenças oncológicas, diabéticos).

Trata-se de uma doença altamente contagiosa, podendo o vírus subjacente introduzir-se no organismo por diversas vias, sendo a mais comum a via inalatória. Quando uma pessoa infetada tosse, espirra ou fala, são expelidas gotículas contendo o vírus que podem ser inaladas pelas mucosas da boca, nariz ou olhos das pessoas próximas (transmissão direta). O contágio pode ainda dar-se através do contacto das mãos com uma superfície ou objeto contaminado e do contacto subsequente daquelas com a boca, nariz ou olhos (transmissão indireta).

Em poucos meses, o vírus em causa, descoberto na China, propagou-se muito rapidamente pelo mundo – com a Europa a ser especialmente afetada – tendo a Organização Mundial de Saúde (que se deparava, à época, com mais de 118.000 casos e 4.291 óbitos confirmados em 114 países²⁴⁴) declarado oficialmente, em 11 de março de 2020, a existência de uma pandemia de Covid-19.

22. Confirmados os primeiros casos de Covid-19 em Portugal em março de 2020, e constatando-se o potencial de contágio da doença, o registo de um elevado e súbito número de mortes em países da União Europeia²⁴⁵, bem como a possibilidade de colapso do sistema nacional de saúde em caso de não contenção do vírus, o Presidente da República, através do Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março, declarou o estado de emergência, nos termos do previsto no artigo 19.º da Constituição, e no artigo 9.º do RESEE.

O estado de emergência foi posteriormente alvo de duas renovações, através do Decreto do Presidente da República n.º 17-A/2020, de 2 de abril, e do Decreto do Presidente da República n.º 20-A/2020, de 17 de abril, ao abrigo do disposto no artigo 19.º, n.º 5, da Constituição, e do artigo 26.º, n.º 1, do RESEE.

Ao nível procedimental, todas as declarações do estado de emergência foram precedidas de parecer prévio favorável do Governo, bem como de auto-rização da Assembleia da República²⁴⁶.

²⁴⁴ A 18 de maio de 2020 registavam-se mais de 4.700.000 casos confirmados e mais de 315.000 mortes por Covid-19.

²⁴⁵ Designadamente em Espanha, Itália e França.

²⁴⁶ Cf. Resoluções da Assembleia da República n.ºs 15-A/2020, de 18 de março, 22-A/2020, de 2 de abril, e 23-A/2020, de 17 de abril.

Foi esta a primeira vez que o estado de exceção constitucional foi declarado na vigência da Constituição de 1976.

3.2. *Análise dos decretos presidenciais: dois problemas*

23. Os decretos presidenciais que declararam o estado de emergência, vindos de referir, procederam, regra geral *nominalmente*, à suspensão parcial do exercício de um conjunto de direitos fundamentais, a saber: (a) o direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional; (b) o direito de propriedade e iniciativa económica privada; (c) os direitos dos trabalhadores (entre os quais o direito à greve); (d) o direito à circulação internacional; (e) o direito de reunião e de manifestação; (f) o direito à liberdade de culto, na sua dimensão coletiva; (g) o direito de resistência²⁴⁷; (h) o direito à liberdade de aprender e ensinar²⁴⁸; e (i) o direito à proteção de dados pessoais²⁴⁹.

Digo que essa suspensão foi meramente nominal²⁵⁰, visto que, em verdade, dos decretos presidenciais não resulta uma concreta e definida suspensão daqueles direitos fundamentais, tendo o Presidente da República antes optado por *delegar* no Governo a concreta fixação do *como*, *quando* e *quanto* dessa suspensão.

É assim que, a título de exemplo, após declarar que o direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional se encontra parcialmente suspenso, o artigo 4.º, alínea a), do Decreto do Presidente da República n.º 20-A/2020, de 17 de abril, com redação similar aos anteriores decretos, determinou que:

“[P]odem ser impostas pelas autoridades públicas competentes as restrições simétricas ou assimétricas, designadamente em relação a pessoas e grupos etários ou locais de residência, que, sem cariz discriminatório, sejam adequadas à situação epidemiológica e justificadas pela necessidade de reduzir o risco de contágio e executar as medidas de prevenção e combate à epidemia, incluindo o confinamento compulsivo no domicílio, em estabelecimento de saúde ou noutro local definido pelas autoridades competentes, o estabelecimento de cercas sanitárias, assim como, na medida do estritamente necessário e de forma proporcional, a interdição de deslocações e da permanência na via pública que não sejam justificadas, designadamente pelo

²⁴⁷ Direito cujo exercício só foi suspenso com o Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março, já não nos decretos presidenciais seguintes.

²⁴⁸ Direito cujo exercício apenas foi suspenso com o Decreto do Presidente da República n.º 17-A/2020, de 2 de abril, e com o Decreto do Presidente da República n.º 20-A/2020, de 17 de abril.

²⁴⁹ *Idem*.

²⁵⁰ Com exceção da suspensão do exercício do direito à greve e do direito de resistência.

desempenho de atividades profissionais, pela obtenção de cuidados de saúde, pela assistência a terceiros, pela produção e pelo abastecimento de bens e serviços e por outras razões ponderosas, cabendo ao Governo, nesta eventualidade, especificar as situações e finalidades em que a liberdade de circulação individual, preferencialmente desacompanhada, se mantém”.

Ora, esta configuração dos decretos presidenciais sob exame, relativamente à suspensão do exercício dos direitos *supra* enunciados, é um primeiro problema que carece de ser devidamente analisado e enquadrado. Com efeito, como mencionei, da circunstância de a Constituição reservar a competência para a suspensão do exercício de direitos, liberdades e garantias, ao Presidente da República decorreria, em princípio, que só a tal órgão de soberania competiria excluir as alternativas *prima facie* permitidas pelas normas jusfundamentais, cabendo ao Governo uma simples execução das diretrizes presidenciais. Já se observou, todavia, que esta leitura do problema é redutora, existindo muito boas razões para admitir que o Governo possa ter um papel relevante no âmbito da suspensão do exercício dos direitos fundamentais. Porém, como se acaba de ver, o Presidente da República não se limitou a deixar ao Governo uma margem de conformação ou concretização da suspensão do exercício daqueles direitos, antes tendo delegado no executivo o grosso da sua competência, habilitando-o a criar, com significativa discricionariedade, um extenso e inovador programa normativo destinado, este sim, a suspender efetivamente o exercício dos direitos fundamentais²⁵¹. E isto quando se dispõe claramente no artigo 111.º, n.º 2, da Constituição, que “[n]enhum órgão de soberania () pode delegar os seus poderes noutros órgãos, a não ser nos casos e nos termos expressamente previstos na Constituição e na lei”²⁵².

O juízo de validade da delegação da competência do Presidente da República não se basta, contudo, com a convocação do previsto no artigo 111.º, n.º 2, da Constituição. Só ponderados, em concreto, de um lado, as razões que justificam a atribuição constitucional daquela competência ao Chefe do

²⁵¹ O que veio a suceder através dos Decretos n.ºs 2-A/2020, de 20 de março, 2-B/2020, de 2 de abril, 2-C/2020, de 17 de abril, e 2-D/2020, de 30 de abril.

²⁵² Como assinalam J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, apesar da redação algo equívoca do n.º 2 do artigo 111.º da Constituição, a lei não pode operar qualquer delegação de competências constitucionalmente atribuídas aos órgãos de soberania a menos que a Constituição o autorize expressamente, dado que a competência destes órgãos é a definida na Constituição (cf. artigo 110.º, n.º 2) e sob pena de se poder facilmente subverter a separação de funções preconizada pela própria Lei Fundamental — cf. *Constituição...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 48. Trata-se de um postulado que decorre, na realidade, do princípio da hierarquia normativa, o qual impõe que “a norma habilitante de delegação de competências tem, necessariamente, de predicar do mesmo nível hierárquico da norma atributiva de competência originária” — cf. PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, Parte II, *op. cit.*, pp. 17 e 18, nota 3.

Estado — *maxime*, o princípio democrático —, o princípio da separação de poderes e o princípio, derivado deste último, da indelegabilidade de competências constitucionais²⁵³, com os princípios do interesse público e da eficiência, por outro lado, que são melhor cumpridos pela estrutura organizativa e logística do Governo (atenta, *inter alia*, a sua proximidade aos problemas dos cidadãos e dos serviços, a sua especialização técnica e celeridade de atuação), é que se poderá ajuizar da admissibilidade jurídica de uma *delegação quase total* da competência de suspensão do exercício dos direitos indicados no executivo.

O problema é melindroso, sendo certo que a concessão de um grau tão elevado de discricionariedade normativa ao Governo em matéria de direitos fundamentais, como aquele que é pressuposto pelos decretos presidenciais, em condições normais não seria certamente conforme à Constituição, não se vendo como poderia, aí, a menor legitimidade democrática do executivo ser compensada pela sua *expertise* e rapidez decisória.

Sucede, no entanto, que este dilema assume contornos idiossincráticos no contexto da restrição de direitos fundamentais em estado de exceção, na medida em que as decisões do Presidente da República, não obstante este órgão ser dotado de legitimidade democrática direta, não predicam das propriedades do procedimento parlamentar — *v.g.*, pluralismo político e consequente representação de minorias políticas, contraditório — e que, em regra, justificam que as escolhas essenciais da comunidade, como as relativas aos direitos, liberdades e garantias, sejam reservadas à Assembleia da República. Ao ponto de inclusive se poder pugnar, dada a possível colegialidade das decisões governamentais, que a delegação em causa no Governo assegura, não apenas um superior conhecimento dos conflitos jusfundamentais a resolver e uma superior qualidade técnico-decisória, mas inclusive, nesta ótica, uma maior democraticidade, pelo menos uma maior democraticidade deliberativa ou procedimental, das restrições adotadas.

Esta última constatação não é, ainda assim, suficiente para que se possa firmar a constitucionalidade da delegação da competência de suspensão do exercício de direitos fundamentais no Governo. É que fica ainda por esclarecer porque é que não é essa competência delegada na Assembleia da República, em detrimento daquele órgão executivo. Afinal, a Assembleia da República garantiria, bem melhor que o Governo, a democraticidade deliberativa das decisões

²⁵³ O artigo 111.º, n.º 2, da Lei Fundamental, consagra, segundo creio, um verdadeiro princípio, pelos mesmos motivos que a norma da separação de poderes o é, *i.e.*, em face da genericidade da sua previsão (aplica-se a *quaisquer* exercícios de competências) — cf., sobre a estrutura de princípio da norma da separação de poderes, PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, Parte II, *op. cit.*, pp. 100 e ss.

tomadas sobre a matéria *sub judice*, além de deter uma legitimidade diretamente conferida pelo povo.

A solução do problema ora suscitado terá de ser encontrada na envolvente fáctica em que ocorre a ponderação. Num panorama de calamidade pública, de veloz propagação massiva de uma doença extremamente contagiosa, a posse de informação fáctica, a especialização técnica, a celeridade de ação e, bem assim, a capacidade de rápida adaptação à realidade (medindo-se, dia a dia, a adequação das providências de combate ao surto, sopesando-se interesses económicos afetados e outros que surjam) são qualidades muito desejáveis – em rigor, indispensáveis – a um debelar eficaz da doença infetocontagiosa, bem como a uma ordenação racional do quadro social e económico impactado. É este um argumento que, sem qualquer dúvida, favorece a delegação da competência da suspensão do exercício de direitos fundamentais no executivo. Se a isto se somar a noção de que o Governo é um órgão que detém uma não despicienda legitimidade democrática, ainda que indireta, ter-se-á de concluir, julgo, que a opção pela delegação no Governo da competência referida esvazia em menor medida o conteúdo e alcance dos princípios jurídicos que suportam a manutenção de tal competência no Chefe do Estado ou a sua concessão à Assembleia da República, do que uma hipotética não delegação interferiria na satisfação dos interesses contrapostos²⁵⁴.

Penso, nesta senda, que perante a necessidade de *proteção dinâmica dos direitos fundamentais*²⁵⁵ os decretos presidenciais não se afiguram inconstitucionais pelo facto de procederem à delegação da competência de suspensão do exercício de direitos, liberdades e garantias, como não são inconstitucionais os decretos do Governo que procedem à suspensão efetiva do exercício dos direitos enunciados naqueles primeiros diplomas.

24. Num diverso prisma, relativamente ao conteúdo da «suspensão» prevista nos decretos do Presidente da República, foi já suscitado pela doutrina

²⁵⁴ Recorre-se, com este raciocínio, ao método da ponderação alexyano, segundo o qual “[q]uanto maior for o grau de não realização ou de afetação de um princípio, maior deve ser a importância da realização do princípio colidente”, medindo-se, de um lado, a interferência no direito/interesse sacrificado e, do outro, a interferência hipotética no direito/interesse colidente, que corresponde à importância da satisfação deste – cf. ROBERT ALEXY, *Teoría...*, *op. cit.*, p. 161; também, do mesmo autor, ‘Direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade’, in *O Direito*, n.º 146, IV, 2014, p. 821; e ‘La fórmula del peso’, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2008, p. 22; para uma descrição sumária deste método, PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, Parte I, *op. cit.*, pp. 394 a 399; e para uma análise detalhada desta metodologia, VITALINO CANAS, *O Princípio...*, *op. cit.*, pp. 747 a 757.

²⁵⁵ Cf., ainda que noutro âmbito, JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições...*, *op. cit.*, pp. 843 e 844.

um outro problema que merece alguns apontamentos²⁵⁶. Refiro-me ao facto de tais decretos não terem procedido à *suspensão nominal* do direito à liberdade consagrado no artigo 27.º, n.º 1, da Constituição, apesar de terem admitido que as autoridades públicas competentes poderiam, para “*reduzir o risco de contágio*”, determinar “*o confinamento compulsivo no domicílio, em estabelecimento de saúde ou noutra local*”.

Sustenta-se, a este propósito, que a Constituição não permite, *v.g.*, a imposição de “*quarentenas gerais e obrigatórias de não doentes ou o internamento compulsivo de doentes*”, pelo que medidas desse tipo somente seriam possíveis “*através da suspensão parcial das garantias individuais que decorrem do art. 27º (direito à liberdade pessoal), ou seja, através da declaração do estado de emergência*”²⁵⁷.

A doutrina constitucionalista e o Tribunal Constitucional têm defendido que o direito à liberdade enunciado do artigo 27.º, n.º 1, da Lei Fundamental, se traduz especificamente no direito à liberdade física, à liberdade de movimentos, de «ir e vir»²⁵⁸, isto é, o “*direito de não ser detido, aprisionado, ou de qualquer modo fisicamente confinado a um determinado espaço, ou impedido de se movimentar*”²⁵⁹. E, de facto, não cuidando agora de saber se a norma em questão apenas compreende um direito à liberdade de movimentos ou, diferentemente, um direito geral de liberdade²⁶⁰, não há dúvida de que confere um direito à liberdade física.

Naturalmente, o direito à liberdade conflitua com outros direitos – desde logo com o direito à segurança também consagrado no artigo 27.º, n.º 1, da Constituição –, carecendo, pois, de restrições. Ocorre, contudo, que a doutrina e a jurisprudência constitucional têm vindo a propugnar pela vigência de um

²⁵⁶ Cf. JORGE REIS NOVAIS, ‘Estado de Emergência – Quatro notas jurídico-constitucionais sobre o Decreto Presidencial’, disponível em <https://observatorio.almedina.net/>.

²⁵⁷ Cf. *Idem*, *ibidem*.

²⁵⁸ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, *op. cit.*, p. 478; JOSÉ LOBO MOUTINHO, ‘Anotação ao artigo 27.º da Constituição’, in *Constituição...*, Vol. I, *op. cit.*, p. 464; e, por exemplo, Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 479/94, de 7 de julho de 1994, e 471/01, de 24 de outubro de 2001, disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt; parece ser também este o entendimento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem quanto ao direito à liberdade que o artigo 5.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem prevê – cf. Caso *Guzzardi vs. Itália*, de 6 de novembro de 1980, § 92, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int>.

²⁵⁹ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, *op. cit.*, p. 478.

²⁶⁰ Cf., neste último sentido, DAVID DUARTE, *A Norma...*, *op. cit.*, pp. 761 e ss., e do mesmo autor, ‘Os argumentos da interdefinibilidade dos modos deônticos em Alf Ross: a crítica, a inexistência de permissões fracas e a completude do ordenamento em matéria de normas primárias’, in *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, Vol. XLIII, n.º 1, Coimbra, 2002, p. 273, nota 62; igualmente, mas sem desenvolver, SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, *op. cit.*, p. 438.

*princípio da tipicidade constitucional das medidas privativas da liberdade*²⁶¹ que descobririam na formulação conjunta dos n.ºs 2 e 3 do artigo 27.º da Constituição. Se o n.º 2 do artigo 27.º parece afirmar perentoriamente que a privação total ou parcial da liberdade só é possível “*em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de ato punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança*”, o n.º 3 do mesmo preceito admitiria tal privação fora do quadro das referidas intervenções judiciais, mas fá-lo-ia justamente a título excecional, pelo que as situações ali elencadas integrariam uma enunciação taxativa.

É esta leitura dos enunciados do artigo 27.º que conduziria a asseverar que o internamento compulsivo de doentes ou as quarentenas/confinamentos gerais de doentes e não doentes não são, pelo menos em tempos de normalidade, medidas constitucionalmente permitidas. Tratando-se qualquer uma delas, de acordo com a doutrina alemã e a jurisprudência do Tribunal Constitucional, de uma privação total da liberdade, por se estar perante um enclausuramento coativo numa área bem delimitada (um hospital, a residência), ou seja, diante a limitação da liberdade de movimento em todas as direções²⁶², e uma vez que só seriam legítimas as privações totais da liberdade referidas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 27.º da Constituição, então tais medidas, não estando ali previstas, seriam totalmente proibidas.

O problema, nos seus traços gerais, não é novo, e já se tem colocado a propósito de outras pretendidas privações totais da liberdade percecionadas como essenciais para a vida em sociedade, mas que colidiam com o putativo princípio da tipicidade constitucional das medidas privativas da liberdade. Foi a alegada necessidade da sua previsão explícita na Lei Fundamental que justificou, na revisão constitucional de 1982, o aditamento das atuais alíneas d), e) e f) do n.º 3 do artigo 27.º²⁶³, bem como, na revisão constitucional de 1997, as alíneas g) e h)²⁶⁴.

²⁶¹ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, *op. cit.*, p. 479; J. CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, ‘O internamento compulsivo de portadores de anomalia psíquica na perspectiva dos direitos fundamentais’, in *A Lei de Saúde Mental e o Internamento Compulsivo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 81; *v.g.*, Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 479/94, de 7 de julho, e 161/2005, de 29 de março de 2005, disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt.

²⁶² Cf. DÜRIG, ‘Kommentar zu art. 104’, in *Grundgesetz Kommentar* (MAUNZ/DÜRIG), München, VI, 6–12; Acórdão do Tribunal Constitucional n.ºs 479/94, de 7 de julho de 1994; JOSÉ LOBO MOUTINHO, ‘Anotação ao artigo 27.º da Constituição’, in *Constituição...*, Vol. I, *op. cit.*, p. 466; ainda, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, ‘Devia o direito à liberdade ser suspenso? – resposta a Jorge Reis Novais’, disponível em <https://observatorio.almedina.net/>.

²⁶³ Cf. artigo 21.º, n.º 3, da Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de setembro; ainda, MIGUEL GALVÃO TELES, ‘Inconstitucionalidade Pretérita’, in *Nos dez anos da Constituição*, INCM, 1987, pp. 335 e 336, aludindo a uma intenção convalidatória ínsita às modificações ao artigo 27.º da Constituição, por ser

No entanto, por exemplo, antes da introdução da alínea *h*) do n.º 3 do artigo 27.º da Constituição, alguma doutrina e jurisprudência concedia na legitimidade do internamento compulsivo de portadores de anomalia psíquica, apesar de estar em causa uma medida não tipificada na Constituição, quer invocando o artigo 16.º, n.º 2, da Lei Fundamental, nos termos do qual os preceitos constitucionais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a qual proíbe tão-só, no seu artigo 9.º, prisões ou detenções arbitrárias, quer recorrendo ao disposto no artigo 8.º da Constituição, que autoriza a receção na ordem jurídica interna das normas da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, sendo certo que no seu artigo 5.º, n.º 1, alínea *e*), se consagra o direito à liberdade, sem prejuízo da possibilidade de detenção, observado o procedimento legal, de alienado mental²⁶⁵.

Mais recentemente, e com extrema relevância para o caso em apreço, debate similar àquele tem surgido a propósito do internamento compulsivo de portadores de doenças infetocontagiosas, *maxime* de portadores de tuberculose²⁶⁶. Não estando prevista no artigo 27.º da Constituição esta possibilidade, tem-se procurado ladear o dito princípio da tipicidade constitucional das medidas privativas da liberdade, com vários argumentos: ora considerando-se que o internamento compulsivo de portadores de doenças infetocontagiosas é uma medida de segurança para efeitos do n.º 2 do artigo 27.º da Constituição²⁶⁷, ora

“manifesta a incomodidade que suscitava a necessidade ou a possibilidade de ter por inconstitucionais os preceitos que previam a prisão disciplinar de militares por ordem de autoridade militar, o depoimento sob custódia, a prisão em audiência ou as medidas de privação ou restrição da liberdade de menores”,

²⁶⁴ Cf. artigo 11.º, n.º 6, da Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro.

²⁶⁵ Cf., com indicação de jurisprudência e bibliografia, MARIA JOÃO ANTUNES, ‘Internamento compulsivo de portador de anomalia psíquica’, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 429 a 431; a própria autora parecia concluir, à época, pela admissibilidade constitucional destas providências à luz do artigo 27.º da Constituição, *O Internamento de Imputáveis em Estabelecimentos Destinados a Inimputáveis*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 117.

²⁶⁶ Cf. ANDRÉ PEREIRA, ‘Crítica de Jurisprudência sobre o internamento Compulsivo de Portadores de Tuberculoso: Anotação ao Acórdão da Relação do Porto de 6 de Fevereiro de 2002’, in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano I, n.º 2, janeiro/junho, 2004, pp. 135 e ss.; SÓNIA FIDALGO, ‘Internamento compulsivo de doentes com tuberculoso’, in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano I, n.º 2, julho/dezembro, 2004, pp. 87 e ss.; A. LEONE DANTAS, ‘Doenças infecto-contagiosas e Direito à Liberdade’, in *Revista do Ministério Público*, Ano 27, n.º 105, janeiro-março, 2006, pp. 101 e ss.; e, PEDRO JACOB MORAIS, ‘Algumas notas sobre o internamento compulsivo de portadores de doença infecto-contagiosa’, in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 14, n.º 27/28, janeiro/dezembro, 2017, pp. 99 e ss.

²⁶⁷ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 6 de fevereiro de 2002, proc. 0110232, disponível em www.dgsi.pt.

pugnando-se por uma interpretação extensiva da alínea *h*) do n.º 3 desse artigo 27.^{o268}, ora sustentando-se estar-se diante um conflito de direitos, podendo legislar-se para os harmonizar e, portanto, prever o internamento compulsivo de doentes infetocontagiosos sem que a lei que o aprove seja verdadeiramente uma lei restritiva do direito à liberdade²⁶⁹.

Nenhum das soluções assinaladas é, todavia, satisfatória. Em primeiro lugar, as medidas de segurança equacionadas no n.º 2 do artigo 27 da Lei Fundamental são apenas as medidas de segurança pós-delituais, e não aquelas pré-delituais²⁷⁰, as de natureza penal e não as de índole administrativa²⁷¹. Em segundo lugar, pretender que o problema é ainda resolúvel por interpretação, mesmo que por uma denominada interpretação extensiva, é imputar ao texto constitucional e à hipotética intenção do legislador constituinte, um sentido que ele clara e inequivocamente não comporta, comprometendo-se a transparência metodológica e argumentativa e gerando-se um défice lógico de fundamentação. Por último, e em terceiro lugar, a qualificação da eventual lei que preveja o internamento compulsivo de doentes infetocontagiosos como uma lei meramente harmonizadora, e não como uma lei restritiva, dissimula a questão, quando é certo que uma tal medida restringe as alternativas *prima facie* compreendidas na norma que confere um direito à liberdade, constituindo, por isso, *nolens volens*, uma efetiva restrição a um direito fundamental²⁷².

Em verdade, a solução é mais simples, pois o artigo 27.º, n.º 1, consagra uma norma-princípio que, como todas as normas dessa natureza, é suscetível

²⁶⁸ Cf. ANDRÉ PEREIRA, ‘Crítica de Jurisprudência...’, *op. cit.* pp. 139 e ss.

²⁶⁹ Cf. SÓNIA FIDALGO, ‘Internamento compulsivo...’, *op. cit.*, pp. 98 e ss., adotando uma metodologia própria da teoria interna dos limites dos direitos fundamentais – cf., sobre as leis harmonizadoras, J. CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos...*, *op. cit.*, pp. 265, e 298 e ss; este último autor, aliás, apesar de subscrever a existência de um princípio da tipicidade das medidas de privação total ou parcial da liberdade, parece admitir o internamento compulsivo de doentes infetocontagiosos, J. CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, ‘O internamento...’, *op. cit.*, p. 78.

²⁷⁰ As quais são contrárias ao princípio político-criminal da intervenção penal como *ultima ratio* – cf., neste sentido, MARIA JOÃO ANTUNES, *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 171.

²⁷¹ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, *op. cit.*, p. 480; SÓNIA FIDALGO, ‘Internamento compulsivo...’, *op. cit.*, p. 108; também bastante crítico da decisão judicial que adotou esta visão, A. LEONE DANTAS, ‘Doenças...’, *op. cit.*, p. 112.

²⁷² Cf. DAVID DUARTE, *A Norma...*, *op. cit.*, pp. 772 e ss.; para uma censura à distinção entre leis restritivas e leis harmonizadoras, JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições...*, *op. cit.*, pp. 583 e 584, nota 1017.

de *derrota*²⁷³, encontrando-se sob uma reserva geral de ponderação²⁷⁴, ao que acresce que não é imaginável que o legislador constituinte tenha previsto todas as restrições que, no futuro, se viessem a revelar necessárias ao direito à liberdade, nem que ponderou, *ab initio*, tudo o que havia a ponderar relativamente a esse direito.

A dificuldade sentida é análoga à que resulta da imposição contida no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, nos termos do qual “[a] lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição”. Aliás, para lá do princípio, de construção doutrinária, da tipicidade constitucional das medidas privativas da liberdade, também o prescrito no artigo 18.º, n.º 2, da Lei Fundamental constituiria um argumento, com explícito suporte na Constituição, para recusar a admissibilidade do internamento compulsivo de doentes infetocontagiosos²⁷⁵, ou de quaisquer outros confinamentos de doentes ou não doentes por razões de saúde pública.

Porém, quer a norma sobre a expressa previsão constitucional das restrições aos direitos fundamentais, quer a vigência de um pretenso princípio da tipicidade constitucional das medidas privativas da liberdade, são juridicamente impossíveis (*impossibilia est nulla obligatio*). Com efeito, quer a norma do artigo 18.º, n.º 2, quer esta última linha de pensamento, pressupõem uma “*estranha omnisciência a propósito da infinitude das variáveis relativas aos conflitos entre normas de direitos fundamentais de liberdade, assumindo como possível a definição apriorística das condições negativas para o exercício de direitos de liberdade () o que mina em absoluto a sua possibilidade de aplicação*”²⁷⁶, estando inexoravelmente votadas à inefetividade.

Nesta base, compreende-se agora que a afirmação de que, fora de um quadro de exceção constitucional e da suspensão do exercício do direito à liber-

²⁷³ Rigorosamente, como se mencionou acima, não só as normas-princípio, mas também as normas-regra podem ser derrotadas — cf. nota 40, *supra*.

²⁷⁴ Utiliza-se, aqui, a terminologia de JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições...*, *op. cit.*, pp. 569 e ss.; e, na senda do que aqui se defende quanto à restringibilidade do artigo 27.º, n.º 1, da Constituição, em face da sua natureza de princípio e para além do antecipado pelo legislador constituinte nos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo 27.º, veja-se JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, ‘Devia o direito à liberdade ser suspenso? — resposta a Jorge Reis Novais’, disponível em <https://observatorio.almedina.net/>.

²⁷⁵ Cf., recentrando precisamente o dilema no contexto do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, SÓNIA FIDALGO, ‘Internamento compulsivo...’, *op. cit.*, pp. 96 e ss.

²⁷⁶ Cf. PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, Parte II, *op. cit.*, p. 515; asseverando que o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, é, pelo menos no seu sentido literal, “*praticamente inexequível*”, por motivos idênticos aos indicados, e postulando “*o abandono da interpretação da norma proibitiva do art. 18º, nº 2, como regra jurídica com um carácter vinculativo absoluto*”, JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições...*, *op. cit.*, pp. 587 e 588.

dade contido no artigo 27.º, n.º 1, da Constituição, não seria possível o confinamento de doentes e não doentes com o fito de prevenção da disseminação de uma doença altamente contagiosa e letal, não é uma afirmação juridicamente correta²⁷⁷.

Sem prejuízo desta última conclusão, ter-se-á de concordar que num cenário de normalidade é dificilmente justificável que a competência para uma restrição do direito à liberdade com tal amplitude e efeitos possa ser realizada pelo Governo. Por um lado, a norma do artigo 165.º, n.º 1, alínea b), da Constituição, não o permite, ainda que *prima facie*. E, por outro lado, mesmo aceitando-se, em abstrato, realizar-se uma ponderação entre os princípios inerentes à atribuição dessa competência à Assembleia da República e os princípios que hipoteticamente justificam uma intervenção restritiva do executivo desse cariz – num raciocínio próximo ao da *Wesentlichkeitstheorie* –, não se vê de que forma poderiam estes últimos prevalecer a final, num ambiente não pautado pela emergência oficial.

Daí que não seja impertinente procurar descobrir nos decretos que declararam o estado de emergência a habilitação do Governo para o exercício da competência de suspensão parcial do direito à liberdade. Nesta indagação, vê-se que uma tal habilitação existiu, justamente nos segmentos dos artigos 4.º, alínea a), dos diversos decretos presidenciais aprovados²⁷⁸ que admitiam a possibilidade, entre outras medidas, do “*confinamento compulsivo no domicílio, em estabelecimento de saúde ou noutra local*”. São estes segmentos normativos que *principiam* a suspensão do exercício do direito à liberdade, a qual só viria a ser efetivada pelo Governo, posteriormente, nos seus decretos que regulamentam o estado de emergência²⁷⁹.

Refira-se que a simples ausência de suspensão nominal do direito à liberdade nos decretos presidenciais não compromete que tal direito tenha sido, e pudesse ser, legitimamente suspenso. A simples declaração de que um direito está parcialmente suspenso não constituiria sequer uma genuína suspensão do seu exercício, uma vez que a suspensão parcial do exercício de um direito apenas se materializa com a emanação de uma norma que subtraia ao exercício

²⁷⁷ Cf., assim, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, ‘Devia o direito à liberdade ser suspenso? – resposta a Jorge Reis Novais’, disponível em <https://observatorio.almedina.net/>; também JOSÉ LOBO MOUTINHO, relativamente ao princípio da tipicidade das privações totais ou parciais da liberdade, considera ser “*duvidoso que um tal princípio se possa afirmar em toda a linha*” – cf. ‘Anotação ao artigo 27.º da Constituição’, in *Constituição...*, Vol. I, *op. cit.*, p. 468.

²⁷⁸ Cf. Decretos do Presidente da República n.ºs 14-A/2020, de 18 de março, 17-A/2020, de 2 de abril, e 20-A/2020, de 17 de abril.

²⁷⁹ Cf. Decretos n.ºs 2-A/2020, de 20 de março, 2-B/2020, de 2 de abril, 2-C/2020, de 17 de abril, e 2-D/2020, de 30 de abril.

do direito suspendendo faculdades concretas de ação, identificáveis²⁸⁰. E, além de inconsequente, uma suspensão nominal do exercício do direito à liberdade tem uma conotação simbólica negativa que o bom senso, mais político do que jurídico, sempre recomendaria evitar.

²⁸⁰ Qual poderia ser, afinal, o alcance normativo de uma prescrição como “*Fica parcialmente suspenso o exercício do direito à liberdade*”? Com este preceito, e reduzindo agora o direito à liberdade à mera liberdade física/de movimentos (tão-só por convenção, e não por convicção), para onde é que os seus destinatários ficam impedidos de ir, ou de ir “*parcialmente*”? Se os destinatários da «norma» são claramente identificáveis, já não o são as condutas hipotéticas proibidas/impostas (depreende-se que algumas condutas são proibidas/impostas, mas em rigor não se sabe, nem há como saber, que condutas são essas). Daquele enunciado, portanto, não parece que seja possível extrair uma norma, não sendo, *per se*, inteligível, nem apto a motivar os seus destinatários — cf., sobre os elementos da norma e, em particular, sobre os elementos da sua previsão, G. H. VON WRIGHT, *Norm...*, *op. cit.*, pp. 70 e ss.; CARLOS SANTIAGO NINO, *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 70 e ss.; PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidad...*, Parte II, *op. cit.*, pp. 73 e ss.; e, DAVID DUARTE, *A Norma...*, *op. cit.*, pp. 75 e ss. Note-se, ainda, que também uma prescrição como “*Fica totalmente suspenso o exercício do direito à liberdade*” seria de duvidosa operatividade. Neste caso, os sujeitos, as ações proibidas, e as condições objetivas de aplicação da prescrição seriam discerníveis, pelo que, aí, encontrar-se-ia uma autêntica norma. Todavia, ao querer proibir todos os movimentos conjecturáveis, a norma está necessariamente destinada à inefetividade.