

Modelos de Emergência no Direito Constitucional
Models of Emergency Powers in Constitutional Law

MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO

VOL. 7 Nº 1 ABRIL 2020

WWW.E-PUBLICA.PT



COM O APOIO DE:

FCT Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

ISSN 2183-184x

MODELOS DE EMERGÊNCIA NO DIREITO CONSTITUCIONAL MODELS OF EMERGENCY POWERS IN CONSTITUTIONAL LAW

MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade - Cidade Universitária
1649-014 Lisboa - Portugal
miguelbrito@fd.ulisboa.pt

Resumo: A compreensão dos poderes de emergência exercidos nos últimos tempos, impõe uma revisão crítica dos diversos modelos de exceção disponíveis nas experiências constitucionais democráticas. Depois de percorrer criticamente esses diversos modelos, o presente texto procura enquadrar à sua luz a evolução recente em Portugal desde a declaração do estado de emergência pelo Presidente da República nos termos do artigo 19.º da Constituição.

Palavras-chave: Estados de exceção, estado de emergência, situação de calamidade, poder executivo, pandemia.

Abstract: The understanding of the emergency powers exercised in recent times requires a critical review of the available models of exceptional powers in democratic constitutional experiences. After reviewing these models critically, this text seeks to understand, in the light of such models, the recent evolution in Portugal since the declaration of a state of emergency by the President of the Republic according to article 19 of the Portuguese Constitution.

Keywords: States of exception, state of emergency, calamity, executive power, pandemic.

Sumário: **1.** Introdução: a exceção e a pestilência; **2.** Diferentes tipologias dos estados de exceção: as abordagens autoritária, diferenciada, extrajurídica e unitária; **3.** O modelo constitucional e o modelo legislativo no tratamento das situações de exceção; **4.** Entre exceção e normalidade, entre a inclusão e a exclusão dos estados de exceção; **5.** O modelo da suspensão e o modelo da restrição; **6.** Breve referência à situação corrente.

Summary: **1.** Introduction: the exception and the pestilence; **2.** Different typologies of states of exceptional powers: the authoritarian, differentiated, extra-legal and unitary approaches; **3.** The constitutional model and the legislative model regarding the approach to exceptional situations; **4.** Between exception and normality, inclusion and exclusion of states of exception. **5.** The suspension model and the restriction model; **6.** Brief remarks regarding the current situation.

1. Introdução: a exceção e a pestilência

O estado de emergência constitucional é declarado com o objetivo de promover o regresso à normalidade. A situação de calamidade administrativa visa o mesmo objetivo, mas, em vez de atuar por via da suspensão dos direitos fundamentais, persegue-o no âmbito de um quadro legislativo que envolve restrições específicas e predefinidas desses mesmos direitos. O nosso ordenamento prevê as duas figuras e uma reflexão sobre a articulação entre ambas impõe-se no momento em que cessa o estado de emergência no contexto da pandemia da doença COVID-19, vigente desde 19 de março a 2 de maio, e nos encontramos numa nova fase, com a declaração da situação de calamidade em todo o território nacional. A verdade é que entre as duas figuras jurídicas se instaura inexoravelmente uma terceira realidade, mais abrangente e difusa que, embora por vezes menos visível, pretende nada menos do que atualizar e redefinir o que é a normalidade. Essa realidade é essencialmente obra do poder executivo e através dela este último cumpre o seu destino no Estado moderno, que consiste na sua tendência para se expandir e sobrepor aos demais poderes.

Num escrito recente, o cientista político John Keane afirmou que «*a regra de emergência acostuma as pessoas à subordinação. Alimenta a servidão voluntária. É a mãe do despotismo e, como observou Percy Bysshe Shelley em Queen Mab (1813), o poder arbitrário, “como uma pestilência desoladora”, assemelha-se estranhamente ao vírus que afirma combater*»¹. Esta afirmação surge em certa medida como exagerada, ou simplesmente disparatada, no momento da primeira declaração do estado de emergência, ante a perspectiva de uma derrocada do Sistema Nacional de Saúde em face da situação de pandemia. No momento atual, em que se perspectiva o retorno faseado à normalidade, mas se consciencializa que esta jamais se aproximará do *status quo ex ante* e muito provavelmente nos conduzirá a um ciclo de sucessivos estados de exceção de intensidades variáveis, torna-se imprescindível assumir uma atitude de maior vigilância quanto ao restabelecimento das liberdades.

A este propósito é necessária uma prevenção imediata: a maior vigilância a que aludi não visa simplesmente contrariar uma suposta deriva autoritária a que todos os governos sucumbem quando assumem poderes de exceção. Embora essa deriva não seja de excluir, o que verdadeiramente está em causa é um fenómeno mais vasto e complexo, em que o estado de exceção que atravessamos manifesta uma evidente afinidade com um traço do poder mais persistente nas sociedades modernas, a biopolítica². E esse traço persistente assume, por sua vez, uma relação pelo menos problemática com as situações de emergência securitária e económico-financeira que, de forma mais ou menos ininterrupta, vínhamos

1. Cf. J. KEANE, “Democracy And the Great Pestilence”, 14 April 2020, disponível em <https://graduateinstitute.ch/communications/news/democracy-and-great-pestilence>, último acesso em 1 de maio de 2020.

2. No âmbito da biopolítica, e do «*paradigma da imunização*», a que se refere Roberto Esposito, pode afirmar-se que «*o significado da liberdade tende a estabilizar-se cada vez mais ao abrigo do imperativo da segurança, até coincidir com ele*» (cf. R. ESPOSITO, *Bios: Biopolítica e Filosofia*, Lisboa, Edições 70, 2010, p. 111).

vivendo na Europa desde os ataques terrorista subsequentes a 2001 e da crise de 2008. Desde a crise de segurança provocada pelos ataques terroristas, da crise financeira e económica, passamos agora pela crise sanitária e epidemiológica, porventura em direção à grande crise climática que se segue: os quatro cavaleiros do apocalipse que reconfigurarão o modo como concebemos as situações de emergência e de normalidade que com cada vez maior dificuldade conseguimos mutuamente contrapor. Eis o estádio atual do percurso pouco recomendável que já encetámos e o sobre o qual urge refletir.

As considerações subsequentes começam por distinguir entre as abordagens que têm em geral sido adotadas em face do estado de exceção, para depois enquadrar a evolução da situação verificada recentemente em Portugal à luz da distinção entre dois modelos, que poderemos designar como o *modelo constitucional* e o *modelo legislativo*, e enfim procurar demonstrar que essa distinção se torna afinal limitada para verdadeiramente explicar a evolução dos acontecimentos e antecipar a sua direção nos tempos mais próximos.

2. Diferentes tipologias dos estados de exceção: as abordagens autoritária, diferenciada, extrajurídica e unitária

As possibilidades de sistematizar os modos como as diversas ordens jurídicas encaram os estados de emergência são muito variadas. É possível, todavia, apontar quatro principais abordagens: em primeiro lugar, a abordagem tendencialmente autoritária que encara a capacidade de reagir à exceção como inerente ao poder executivo; depois, a abordagem assente num regime de emergência especificamente constitucional, ao abrigo do qual o poder executivo pode apenas atuar mediante autorização do poder legislativo e subordinado ao controlo deste último; em terceiro lugar, a abordagem que reconhece ao poder executivo legitimidade para atuar em circunstâncias extraordinárias, mas lhe nega qualquer forma constitucional, submetendo-o ao juízo *ex post facto* dos demais poderes e do público; finalmente, a abordagem que rejeita o carácter jurídico específico da exceção, considerando o direito “normal” como ajustado a dar resposta a quaisquer exigências e circunstâncias³. É fácil apontar exemplos

3. Cf. L. C. FELDMAN, “The Banality of Emergency: On the Time and Space of ‘Political Necessity’”, in A. SARAT (org.), *Sovereignty, Emergency, Legality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 143. A distinção entre estas quatro abordagens é usual na literatura anglo-saxónica sobre o tema: cf. W. SCHEUERMAN, “Survey Article: Emergency Powers and the Rule of Law After 9/11”, *The Journal of Political Philosophy*, Volume 14, Number 1, 2006, pp. 70, 72, 74-75, notas 54 e 55; W. SCHEUERMAN, “Emergency Powers”, *Annual Review of Law and Social Sciences*, 2, 2006, p. 258; O. GROSS e F. NI AOLÁIN, *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 9-11 [os autores distinguem entre os modelos da «Acomodação», das «Medidas Extrajurídicas», e dos «Negócios como de Costume» («business-as-usual-model»), que correspondem sensivelmente às segunda, terceira e quarta abordagens, respetivamente, mencionadas no texto]. Para uma visão comparada do direito europeu continental, restrita às abordagens diferenciada e unitária (correspondentes à segunda e quarta abordagens referidas no texto), cf. A. KAISER, *Ausnahmerfassungsrecht*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2020, pp. 184 ss. Veja-se ainda a classificação proposta por I. ZUCKERMAN, “One Law for War and Peace? Judicial Review and Emergency

de cada uma destas abordagens.

Exemplo da primeira abordagem é o modo como diversos constitucionalistas norte-americanos procuraram enquadrar os poderes de emergência presidenciais na sequência dos ataques terroristas do 11 de setembro de 2001. Segundo estes autores, que William Scheuerman designa como «*relativistas constitucionais*», o poder executivo tem, por um lado, uma autoridade baseada na Constituição norte-americana para atuar discricionariamente em situações de emergência, e, por outro lado, essa atuação em situações de emergência conhece poucos ou nenhuns limites efetivos, chegando ao ponto de encarar o poder do Congresso de declarar a guerra como uma simples formalidade destinada a avisar outros países de que os Estados Unidos iniciaram hostilidades contra eles⁴. Note-se que a base constitucional invocada não consiste numa disposição expressa, mas na posição constitucional do presidente enquanto chefe de um poder executivo unitário. Alexander Hamilton, um dos autores dos *Federalists Papers* enaltecia as virtudes do órgão presidencial com as seguintes considerações: «*Decisão, atividade, sigilo e despacho geralmente caracterizam os procedimentos de um só homem num grau muito mais apreciável do que os procedimentos de qualquer número superior; e na proporção em que o número aumentar, essas qualidades diminuirão*»⁵. Estas características fazem do presidente o único órgão constitucional capaz de lidar com as emergências. Os seus poderes extraordinários em face destas últimas radicam, em última análise, na arquitetura constitucional e no lugar que aí ocupa o presidente enquanto chefe do poder executivo.

Num contexto diverso – o dos ataques das Brigadas Vermelhas na República Federal da Alemanha nos anos setenta⁶ –, o constitucionalista alemão Ernst-Wolfgang Böckenförde criticou em termos incisivos um tipo de abordagem semelhante, que atribui poderes sem base legal ou constitucional expressa. Para o autor, a tentativa de fundar no parágrafo 34 do Código Penal alemão⁷ um princípio não escrito de um «*estado de emergência supra-legislativo*» corresponderia à manifestação de uma «*lógica de funcionamento da burocracia*»⁸. Segundo ele,

Powers between the Norm and the Exception”, *Constellations*, Vol. 13, 2006, pp. 524-528.

4. Cf. SCHEUERMAN, *Annual Review*, p. 259; próxima desta abordagem autoritária é a perspetiva desenvolvida por E. A. POSNER/A. VERMEULE, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 11, 33 e 113 e ss., que defendem a inevitabilidade da assunção de amplos poderes pelo presidente no mundo atual, bem como a maior eficácia do seu controlo por parte do sistema eleitoral, do sistema de partidos e da cultura política, em comparação com o controlo resultante das leis aprovadas pelo Congresso e aplicadas pelos tribunais.

5. Cf. A. HAMILTON/J. MADISON/J. JAY, *The Federalist Papers*, Oxford, Oxford University Press, 2008 [1788] (edited with an Introduction and Notes by Lawrence Goldman) p. 345.

6. Cf. W. KRAUSHAAR, “Der nicht erklärte Ausnahmezustand”, 20.8.2007, disponível em <https://www.bpb.de/geschichte/deutsche-geschichte/geschichte-der-raf/49296/staatliches-handeln?p=all>, último acesso em 15 de maio de 2020.

7. Corresponde à norma do artigo 34.º do Código Penal português de 1982, que consagra o direito de necessidade.

8. Cf. e. BÖCKENFÖRDE, “The Repressed State of Emergency: The Exercise of State Authority in Extraordinary Circumstances”, in *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*, M. KÜNKLER/T. STEIN (org.), Vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 113.

o estado de emergência supra-legislativo exprime um princípio substantivo que se torna também uma norma de competência. Enquanto norma de competência cria autoridades de ação e intervenção por órgãos do Estado que vão além dos poderes e esferas legalmente existentes e deliberadamente circunscritos pelas normas em vigor (no caso a referida norma do Código Penal). Por seu turno, no plano substantivo, esta conceção dá origem, no limite, a uma cláusula geral que permite a todos os órgãos substituir a organização legal e a limitação de competências com base na invocação da proporcionalidade em face de circunstâncias entendidas como extraordinárias.

Deste modo, segundo Böckenförde,

«Se o princípio for aplicado ao direito constitucional, o “estado supra-legislativo de emergência” transforma-se num “estado supraconstitucional de emergência”. A constituição é colocada sob reserva em relação à maneira como organiza e limita as competências e a conexão que estabelece entre tarefas específicas e poderes específicos. O que surge é a possibilidade, em face de uma situação extraordinária, real ou presumida, de uma violação abrangente da constituição – o que significa que ela pode ocorrer em qualquer parte – ou a sua revogação parcial. A única limitação é a ponderação da proporcionalidade, não havendo restrição baseada naquele que detém esse poder, ou no seu escopo e alcance.»⁹

É importante notar como esta conceção inverte os termos da relação que usualmente se estabelece entre a situação de emergência e a situação normal: «em face da criação de uma autorização geral perfeita e inerentemente aberta para lidar com situações de emergência, toda a elaboração constitucional ou legal e toda a limitação de poderes se tornam provisórias»¹⁰.

A segunda abordagem atrás mencionada, que pode ser designada como *formalista* ou *dualista*, encontra a sua grande inspiração nos ideais romanos clássicos do governo de emergência, depois adaptados às sensibilidades jurídicas e liberais modernas. Se excluirmos a problemática elaboração por Carl Schmitt da figura da «*ditadura comissarial*»¹¹, o seu grande primeiro teorizador no século XX foi Clinton Rossiter, numa obra publicada logo após o fim da Segunda Grande Guerra. Nessa obra, o autor assume como tema a ditadura e a democracia, mas «em vez de colocar uma contra a outra, propõe demonstrar como as instituições e métodos de ditadura têm sido utilizados pelos homens livres das democracias modernas durante períodos de emergência nacional grave»¹². A principal característica desta abordagem consiste em formalizar, através da constituição ou da lei, os estados de exceção, criando assim um sistema dualista, em que as

9. Cf. BÖCKENFÖRDE, “The Repressed”, p. 113.

10. Cf. BÖCKENFÖRDE, “The Repressed”, p. 114. Cf., ainda, KAISER, *Ausnahmeverfassungsrecht*, p. 116.

11. Cf. c. SCHMITT, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedanken bis zum proletarischen Klassenkampf*, 7.^a ed., Berlim, Duncker & Humblot, 2006, pp. 1-41.

12. Cf. C. ROSSITER, *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*, Princeton, Princeton University Press, 1948, p. vii.

situações excepcionais e as situações normais são objeto de diferentes normas. Mais recentemente, depois dos ataques de 11 de setembro de 2001, o modelo formalista tem dado origem a um intenso debate¹³. A principal questão a que o mesmo visa dar uma resposta mantém-se, no entanto, inalterada: saber como podem as constituições constringer eficazmente os poderes executivos em face de uma situação de emergência. A resposta é quase sempre encontrada na suspensão temporária dos direitos fundamentais: medidas de emergência de curto prazo com o objetivo de evitar restrições permanentes¹⁴.

A terceira abordagem, muitas vezes designada como extrajurídica, reclama, por seu turno, inspiração no pensamento de John Locke sobre a prerrogativa real enquanto realidade extrajurídica e procura defender que os agentes políticos devem ser autorizados a adotar medidas potencialmente extremas quando circunstâncias extraordinárias o exigirem. Simplesmente, em vez de pretender que essas medidas – mesmo quando assumem um carácter violento, como sucede com a tortura – podem ser antecipadas normativamente, procura assumir o seu carácter exterior ao direito, podendo as mesmas ser apenas objeto de ratificação *ex post facto*, através do poder legislativo, judicial, ou mesmo através do eleitorado. Deste modo, seria possível defender mais eficazmente as regras do Estado de direito e proteger a sua integridade, tornando possível que o governo constitucional defenda o Estado sem se transformar num regime autoritário¹⁵.

Finalmente, a quarta abordagem procura sustentar que o direito da emergência pode ser sujeito aos princípios e valores desenvolvidos no âmbito do direito “normal”. Assim, alguns juristas do *common law* concebem o direito da emergência como parte integrante da ordem jurídica e rejeitam a tendência para encarar o princípio da *rule of law* como exigindo regras legislativas para todos os casos de emergência, insistindo antes em interpretar aquele princípio como expressando um conjunto robusto de valores ético-jurídicos substantivos, incluindo ideais de justiça, razoabilidade e igualdade perante o direito.

David Dyzenhaus, um dos principais proponentes desta abordagem, descreve-a nos seguintes termos:

«nos países do *common law*, existe atualmente um sistema altamente

13. Em defesa deste modelo cf. B. ACKERMAN, “The Emergency Constitution”, *The Yale Law Journal*, Vol. 113, 2004, pp. 1029-1091; B. ACKERMAN, *Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, New Haven, Yale University Press, 2006. Cf., ainda, A. ARATO, “Their Creative Thinking and Ours: Ackerman’s Emergency Constitution after Hamdan”, *Constellations*, Volume 13, n.º 4, 2006, pp. 546-572. Cf., em sentido crítico, L. H. TRIBE/P. O. GUDRIDGE, “The Anti-Emergency Constitution”, *The Yale Law Journal*, Vol. 113, 2004, pp. 1801-1870; D. COLE, “In Case of Emergency”, *The New York Review of Books*, July 13, 2006;

14. Cf. ACKERMAN, *YLJ*, p. 1030.

15. Cf. GROSS/NÍ AOLÁIN, *Law in Times of Crisis*, p. 11. Como os autores reconhecem, «para ser implementado adequadamente, o modelo exige sinceridade por parte de agentes do governo, que devem divulgar a natureza das suas atividades de contra-emergência». Defendendo também este tipo de abordagem, cf. ainda M. TUSHNET, “Emergencies and the Idea of Constitutionalism”, in M. TUSHNET (coord.), *The Constitution in Wartime: Beyond Alarmism and Complacency*, Durham e Londres, Duke University Press, 2005, pp. 39-54.

desenvolvido de *rule of law* para funcionários administrativos, incluindo controles de razoabilidade, independência, imparcialidade e, muitas vezes, uma exigência de fundamentação. Em última análise existe o controle propiciado pela *judicial review*, acompanhado do entendimento de que os funcionários administrativos possuem uma experiência na sua área de tomada de decisão, que falta aos juízes generalistas. Esse entendimento é capturado em testes que indicam que os juízes normalmente não anulam as decisões segundo um padrão de correção, com base num mero desacordo com os méritos da decisão. Em vez disso, os tribunais apenas declararão as decisões inválidas se forem irracionais. Além disso, influenciados pelo fato de a maioria dos poderes da prerrogativa terem sido incorporados em regimes estatutários, os juízes do mundo do *common law* tornaram-se cada vez mais dispostos a pensar no exercício de tais poderes como sujeito à *rule of law* e, assim, afirmaram, pelo menos no nível do princípio abstrato, a sua autoridade para controlar tal exercício.»¹⁶

Importa, todavia, reconhecer que a sujeição ao controle judicial encontra o seu contraponto na liberdade do governo, ao abrigo dos seus poderes de prerrogativa, de adotar as medidas necessárias em face de uma emergência sem necessidade de autorização legislativa. A base desta atuação autónoma do governo ao abrigo da prerrogativa da Coroa é também o *common law*¹⁷. Por outro lado, mesmo na hipótese de o Governo violar eventuais limitações legislativas ao tomar medidas em face de situações de emergência, existe no direito constitucional britânico a possibilidade de essas medidas serem objeto dos chamados atos de indemnidade, isto é, de atos do parlamento que tornam válidas medidas contrárias à lei quando foram adotadas, ou isentam os seus autores de responsabilidade pela respetiva adoção¹⁸.

Pois bem, estas três características – a base costumeira e não formal do direito de emergência, o desenvolvimento em simultâneo, na mesma base, do princípio da *rule of law* e o poder de o parlamento validar ações pretéritas do executivo no exercício de poderes de emergência – tornam problemática uma transferência deste tipo de abordagem para os sistemas baseados numa constituição escrita. Por um lado, não existem em tais sistemas poderes não previstos e regulados na constituição; por outro lado, desfazer retroativamente com base em ato do parlamento violações da lei ou da constituição, ou isentá-las da acusação, configura uma interferência inadmissível nos princípios da separação de poderes, do Estado de direito, do primado da constituição e da igualdade perante a lei¹⁹.

No entanto, não é impossível apresentar um exemplo de uma abordagem das situações de emergência que rejeita a diferenciação do seu tratamento jurídico em sistemas jurídicos de constituição escrita. Assim, o direito constitucional

16. Cf. D. DYZENHAUS, “The State of Emergency in Legal Theory”, in V. V. RAMRAJ/M. HOR/K. ROACH (orgs.), *Global Anti-Terrorism Law and Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 79-80.

17. Cf. DICEY, *Introduction*, p. 183.

18. Cf. DICEY, *Introduction*, p. 10.

19. Cf. BÖCKENFÖRDE, “The Repressed”, p. 123.

belga não prevê um sistema explícito de estado de exceção²⁰. Pelo contrário, o artigo 187.º (artigo 130.º na versão originária) da Constituição de 1831 proclama que a Constituição não pode ser suspensa no todo ou em parte. Mas a verdade é que, se a *law in books* proclama que os estados de exceção se regem pelo direito constitucional normal, a *law in action* revela uma realidade diferente, com a assunção de poderes de emergência pelo executivo, confirmada pelos tribunais, em vários momentos históricos, desde a Primeira Guerra Mundial aos ataques terroristas de 2015 e 2016²¹. Esta tendência foi, aliás, recentemente confirmada pelo modo como o Governo belga tem lidado com a pandemia da doença COVID-19, designadamente através das medidas contidas no «*arrête ministériel*» de 23 de março de 2020. Tais medidas restringem fortemente a liberdade de deslocação, interior e exterior, as liberdades de reunião e manifestação e ainda as liberdades de consciência e de culto²². Apesar do silêncio da Constituição sobre o estado de exceção, «*o conjunto das disposições extraordinárias adotadas coloca o país num regime jurídico e político excepcional, como o Estado belga provavelmente jamais conheceu em tempo de paz*»²³.

Deste modo, se excluirmos a primeira abordagem mencionada em razão do seu carácter autoritário e a terceira em virtude da sua visão idealizada da política²⁴, sobram-nos a segunda e a quarta, isto é, a abordagem diferenciada e a abordagem unitária. Seria tentador afirmar que estas duas últimas abordagens se distinguem essencialmente em função de razões históricas e culturais. A abordagem formalista, dualista, ou diferenciada, tenderia a prevalecer em ordenamentos de constituição escrita, enquanto a abordagem unitária, ou substantiva, seria mais comum em países do *common law*, procurando submeter o direito da emergência aos princípios da *rule of law*. Ora, tais princípios são também, sem exceção, através da ideia de Estado de direito, património dos ordenamentos dotados de constituições escritas e formais, mesmo que aí prevaleça a sujeição das situações de exceção a regimes jurídicos específicos. A realidade atual mostra-se, com efeito, mais complexa do que deixaria adivinhar a especificidade do tratamento dos estados de exceção segundo o tipo de sistema jurídico em que ocorre: existe, por um lado, quem sustente que mesmo nos países do *common law* é inevitável que se adote algum tipo de regime de exceção, o qual, sendo «*desencadeado pela “necessidade”, nada mais é do que uma suspensão temporária dos direitos ordinários*»²⁵; por outro lado, e em sentido contrário, existe também quem sustente,

20. Este exemplo não surge por acaso: A. V. Dicey afirmou que a Constituição belga de 1831, na sua versão original, «*comes very near to a written reproduction of the English constitution*» (DICEY, *Introduction* p. 38).

21. Cf. KAISER, *Ausnahmeverfassungsrecht*, pp. 195-196.

22. Cf. BOUHON *et al.*, “L’État Belge Face à la Pandémie de Covid-19: Esquisse d’un Régime d’Exception”, *Courrier hebdomadaire*, n.º 2446, 2020, pp. 35-36.

23. Cf. F. BOUHON *et al.*, “L’État Belge”, p. 39.

24. Todavia, apesar de se excluir esta abordagem como base de um modelo coerente dos estados de exceção, tal não significa que o mesmo não possa complementar outros modelos, como adiante se verá no texto.

25. Cf. J. FERREJOHN e P. PASQUINO, “The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers”, *J.CON*, Volume 2, Number 2, 2004, p. 239. Este entendimento é objeto de crítica por D. DYZENHAUS, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 196 ss. A divergência entre estes autores passa, em grande

em sistemas de constituição formal, que a compreensão do direito de exceção como envolvendo necessariamente a suspensão dos direitos é um entendimento ultrapassado, pelo menos à luz de determinados ordenamentos jurídicos. Assim, segundo Anna-Bettina Kaiser, «a suspensão não é uma parte necessária do estado de emergência. (...) o estado de emergência tem como consequência legal um regime jurídico especial e, nessa medida, uma multinormatividade – nada mais e nada menos»²⁶. Neste contexto, a superação da suspensão de direitos como característica do regime do estado de exceção permitiria pôr termo às abordagens diferenciadas, pelo menos na aceção tradicional, mesmo em sistemas de constituição formal²⁷.

Não cabe no presente escrito analisar em que medida nos sistemas de *common law* existe também um regime diferenciado para as situações de emergência, mas importa seguramente averiguar em que medida esse regime envolve uma suspensão de direitos nos sistemas de constituição formal. Antes de se proceder a essa averiguação, é importante perceber que a abordagem formalista, ou diferenciada, conhece atualmente diferentes concretizações.

3. O modelo constitucional e o modelo legislativo no tratamento das situações de exceção

No âmbito da abordagem formalista, ou diferenciada, é possível identificar uma tendência para confrontar as situações de emergência não exclusiva, nem principalmente, através da aplicação direta de disposições constitucionais, mas através da legislação ordinária. Como notam a este propósito John Ferejohn e Pasquale Pasquino, a legislação ordinária em causa pode delegar amplos poderes no executivo e pode ser promulgada por períodos temporários ou prever a adoção de medidas temporárias. Todavia, por mais que se considere que a legislação em causa é, de algum modo, excecional, a mesma reveste natureza ordinária dentro da estrutura do sistema constitucional, no sentido em que consiste em atos do legislador no exercício das suas competências normais. Nessa medida, «tal legislação é, nos sistemas constitucionais do pós-guerra, passível de revisão pelo tribunal constitucional (se existir) e é encarada exatamente da mesma maneira que qualquer outro ato legislativo»²⁸.

Que razões podem existir para que, ao lado de um direito constitucional da exceção se tenha desenvolvido um direito ordinário da emergência?²⁹ Ferejohn e

medida, por uma diversa compreensão do pensamento de A. V. Dicey sobre a lei marcial no direito britânico (cf. DICEY, *Introduction*, pp. 180 e ss., 396 e ss.), sobre o qual não posso aqui deter-me.

26. Cf. KAISER, *Ausnahmereverfassungsrecht*, p. 62.

27. Cf. KAISER, *Ausnahmereverfassungsrecht*, p. 228.

28. Cf. FEREJOHN e PASQUINO, *I.CON*, p. 215.

29. A expressão é de Pedro Gonçalves que recentemente sustentou existir «legalmente estruturado, um “direito ordinário da emergência”, que define os termos de decretamento de um “estado de emergência administrativa” (que se pode contrapor ao “estado de emergência constitucional”)» (cf. P. COSTA GONÇALVES, “Nova Fase de Gestão da Epidemia: A Questão da

Pasquino procuram explicar a preferência das democracias avançadas – tal como a França e a Alemanha – pelo recurso à legislação ordinária para confrontar as situações de emergência, em vez de aplicarem as disposições constitucionais sobre estado de exceção³⁰. Segundo os autores existirão duas razões possíveis para o efeito: em primeiro lugar, o abuso histórico das disposições constitucionais sobre o estado de exceção, de que seriam exemplo os anos finais do regime de Weimar e o recurso ao artigo 48.º da Constituição alemã de 1919; em segundo lugar, seria agora possível, em resultado do avanço da tecnologia controlada pelo Estado, gerir com sucesso a maioria das emergências através da atuação do sistema jurídico-constitucional ordinário³¹.

Em suma, os autores entendem que as democracias estabelecidas sentem pouca ou nenhuma necessidade de proteger os seus regimes através do recurso ao direito constitucional da emergência em face da ameaça terrorista, a qual não põe em risco a existência do Estado, ao contrário do que sucederia em caso de guerra civil ou ameaça de invasão externa. Neste contexto, seria possível pensar no surgimento de um novo modelo de poderes de emergência – o modelo legislativo –, o qual teria evoluído desde meados do século passado, pelo menos para as democracias avançadas ou estáveis. No âmbito deste modelo os poderes de emergência seriam entendidos como excepcionais na perspetiva do funcionamento ordinário do sistema jurídico-legal, considerando-se ainda que, logo que ocorra o desaparecimento da emergência, haveria um retorno aos processos políticos e jurídicos comuns³². O objetivo é, pois, também aqui, proteger o regular funcionamento das instituições, isolando-as das situações de emergência. Ao mesmo tempo, o modelo legislativo permitiria mais facilmente acomodar as especificidades das emergências modernas, as quais não podem muitas vezes ser facilmente limitadas no tempo e no espaço e não permitem antecipar com clareza as medidas a adotar³³.

Não é, assim, difícil antecipar uma tensão entre os modelos constitucional e legal da emergência: no âmbito do primeiro, o poder executivo, a quem não cabe

(In)suficiência Jurídica da Declaração Administrativa de Calamidade”, Observador, 2 de maio de 2020, disponível em <https://observador.pt/opiniao/nova-fase-de-gestao-da-epidemia-a-questao-da-insuficiencia-juridica-da-declaracao-administrativa-de-calamidade/>, último acesso em 11 de maio de 2020).

30. No caso da Constituição francesa de 1958 trata-se do artigo 16; no caso da Lei Fundamental alemã, estão em causa os artigos 18, 35, 81, 91, 111 e 115a. Como refere KAISER, *Ausnahmeverfassungsrecht*, pp. 199-200, as disposições constantes das duas constituições podem ser reconduzidas as dois «tipos-ideais» muito diferentes: o modelo francês da ditadura legal, que procede através da inclusão da exclusão, em que o direito regula a sua própria suspensão, e o modelo alemão do direito constitucional da emergência diferenciado, que procura desfazer o paradoxo da «inclusão da exclusão», procurando minimizar a exclusão incluída no direito, deste modo submetendo o poder ao direito. Voltarei adiante a estes conceitos da inclusão e da exclusão. Referindo-se à natureza autoritária do modelo francês, cf. O. BEAUD, “‘Anything Goes’: How Does French Law Deal with the State of Emergency?”, in P. AURIEL, O. BEAUD e C. WELLMAN (orgs.), *The Rule of Crisis: Terrorism, Emergency Legislation and the Rule of Law*, Cham, Springer, 2018, p. 237.

31. Cf. FEREJOHN e PASQUINO, *I.CON*, p. 216.

32. Cf. FEREJOHN e PASQUINO, *I.CON*, p. 217.

33. Cf. FEREJOHN e PASQUINO, *I.CON*, p. 228.

a iniciativa na declaração da emergência, tem, na tradição romana do ditador comissarial, uma atuação essencialmente conservativa e não pode atuar alterando o ordenamento de forma definitiva, através da criação de novas leis; no seio do segundo modelo, assente no exercício do poder legislativo, há uma tendência clara para alterar de modo permanente o ordenamento, sendo o poder legislativo associado ao combate à emergência, em vez de a sua atuação se circunscrever ao reconhecimento da sua existência³⁴.

As considerações anteriores sobre as situações de emergência foram desenvolvidas pelos autores mencionados essencialmente no contexto da reação dos diversos ordenamentos constitucionais à ameaça terrorista. Em tal contexto, parecia claro que a mesma não poderia ser eficazmente confrontada através das disposições constitucionais em matéria de exceção, bastando pensar a esse propósito nos períodos relativamente curtos dos estados de exceção constitucional e no carácter transitório das medidas adotadas em tal âmbito³⁵. Na verdade, faz todo o sentido mencionar o aparente paradoxo do debate contemporâneo sobre o estado de emergência, em que a crescente discussão sobre o tema convive com a ausência de aplicação dos regimes constitucionais tradicionais sobre o estado de emergência (especialmente vocacionados para os tumultos internos e a ameaça de um ataque externo). Esta situação resulta de uma mudança de ênfase quanto ao objeto dos estados de exceção: em vez do estado de sítio e da defesa perante ataques de inimigos externos, surgem agora novas crises particularmente ameaçadoras, como o terrorismo e as catástrofes naturais, consideradas como a verdadeira emergência³⁶.

A questão que desde logo se coloca é a de saber se também a situação de pandemia se presta mais facilmente a ser combatida através do modelo legislativo, ou exige, pelo contrário, que se recorra ao modelo constitucional, sendo ainda de questionar se este último pode continuar a ser concebido essencialmente como um regime de suspensão temporária de direitos fundamentais.

4. Entre exceção e normalidade, entre a inclusão e a exclusão dos estados de exceção

Tendo em vista a resposta a tais questões, é ainda necessário compreender em que medida os estados de exceção se distinguem da normalidade ou, numa perspetiva próxima, em que medida os estados de exceção se encontram incluídos na ordem jurídica, ou são dela excluídos. A questão foi expressivamente formulada por Gerhard Anschütz quando, em comentário ao desenlace do conflito constitucional

34. Cf. FEREJOHN e PASQUINO, *I.CON*, pp. 235-236.

35. A Constituição portuguesa é exemplar a este propósito: o estado de emergência não pode exceder um período de 15 dias, sem prejuízo da possibilidade da sua renovação, e as medidas adotadas devem ser as adequadas e necessárias ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional (n.ºs 5 e 8 do artigo 19.º). O artigo 16.º da Constituição francesa, por seu turno, prevê a verificação pelo Conselho Constitucional dos requisitos constitucionais da assunção de poderes excepcionais após 30 dias do respetivo exercício.

36. Cf. KAISER, *Ausnahmeverfassungsrecht*, p. 13.

prussiano de 1862 a 1866, afirmou que «o direito do Estado acaba aqui» («Das Staatsrecht hört hier auf»)³⁷. Do que se trata é, pois, de saber se o direito público cessa perante os estados de exceção. Sem poder aqui desenvolver a questão, importa esboçar alguns contributos importantes para o seu enquadramento teórico. Antes de mais, é necessário mencionar o pensamento de Carl Schmitt e de Giorgio Agamben sobre o estado de exceção; para além disso, a compreensão do estado de exceção pode também ser aprofundada com base no pensamento de Niklas Luhmann sobre a diferenciação entre os subsistemas do direito e da política.

Reagindo contra a conceção positivista subjacente à afirmação de Anschütz atrás citada (a decisão de determinadas situações de conflito permanece inacessível ao direito), Schmitt sustentou que «tal como no caso normal o momento autónomo da decisão pode ser levado a um mínimo, no caso excepcional a norma é aniquilada». Todavia, a exceção continua «acessível ao conhecimento jurídico, porque ambos os elementos, a norma e a decisão, permanecem no quadro do direito». De resto, a aplicação da norma depende da decisão, dado que «não existe qualquer norma que seja aplicável no caos. A ordem tem de ser produzida para que a ordem jurídica tenha um sentido. Tem de ser produzida uma situação normal e é soberano aquele que decide definitivamente se esta situação normal efetivamente se verifica»³⁸. A aceitar-se este entendimento dir-se-ia que «a construção do estado de emergência como uma negação imanente do direito significa a aceitação de um espaço livre do direito integrado na ordem jurídica e sobre cujo conteúdo decisório esta última permanece em silêncio. Isto é problemático, pois tal conceção não fornece qualquer carácter jurídico vinculativo para o ordenamento jurídico»³⁹. Na verdade, o pensamento de Schmitt sobre a relação entre norma e exceção caracteriza-se pela evolução desde um momento inicial em que a decisão assume importância na concretização da norma até à posição desenvolvida em *Teologia Política*, em que «o conjunto da ordem jurídica fica à disposição do decisor»⁴⁰.

A relação paradoxal entre exceção e norma é levada ao extremo no pensamento de Agamben. Para este último, «o estado de exceção não se define, seguindo o modelo ditatorial, como uma plenitude de poderes, um estado pleromático do direito, mas como um estado kenomático, um vazio e uma paragem do direito»⁴¹. A emergência surge integrada ao sistema jurídico, mas não deixa por isso de permanecer um espaço vazio do direito, um vácuo jurídico. No pensamento de Agamben o estado de exceção é ainda concebido como um «estar fora e,

37. Cit. em KAISER, *Ausnahmeverfassungsrecht*, pp. 64, n. 191, 100; BÖCKENFÖRDE, “The Repressed”, p. 111 e n. 15.

38. Cf. C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 9.^a ed., Berlim, Duncker & Humblot, 2009 (1922), p. 19.

39. Cf. J. V. LAAK, “Permanenz des Ausnahmezustands? Eine Typologisierung im Spannungsfeld von Faktizität und Recht”, in Annette Förster e Matthias Lemke (orgs.), *Die Grenzen der Demokratie: Gegenwartsdiagnosen zwischen Politik und Recht*, Wiesbaden, Springer, 2017, p. 13.

40. Cf. KAISER, *Ausnahmeverfassungsrecht*, p. 111.

41. Cf. G. AGAMBEN, *Estado de Exceção*, tradução de Miguel Freitas da Costa, Lisboa, Edições 70, 2010, p. 76.

todavia, *pertencer*»⁴². Simplesmente, a pertença é agora inteiramente assumida como exclusão: o exemplo paradigmático é o dos prisioneiros de Guantánamo, cuja detenção pode ser «*formalmente coberta pela prerrogativa presidencial e, portanto, compatível com a lei nacional, mas representa uma anulação das regras internacionais para a proteção dos direitos humanos ou a proibição da tortura*»⁴³. Daí que a posição de Agamben sobre o estado de exceção possa ainda ser resumida como uma «*exclusão incluída do direito*»⁴⁴.

O conceito de estado de exceção pode precisamente ser esclarecido em torno das categorias da inclusão e da exclusão. Para Luhmann, as categorias da inclusão e exclusão prendem-se, respetivamente, com a «*inserção de toda a população nas prestações de cada um dos sistemas funcionais da sociedade*» e com a «*manutenção persistente da marginalidade*», isto é, com a persistência de grupos que não participam da vida em sociedade através da mencionada inserção nos sistemas sociais⁴⁵. Consciente deste facto, Anna-Bettina Kaiser procura, todavia, caracterizar a inclusão e a exclusão dos estados de exceção na perspetiva da respetiva inserção, ou não, nas operações (comunicações) do sistema jurídico, procurando apurar se o estado de exceção é objeto de juridificação, por conseguinte de inclusão no sistema jurídico, ou é antes “repassado” para outros sistemas, como o sistema político ou moral. A ligação à teoria dos sistemas mantém-se, precisamente, na medida em que se pretende averiguar se os estados de exceção são submetidos ao código do sistema jurídico, assente na distinção entre lícito/ilícito, ou, pelo contrário, às comunicações respeitantes aos mesmos deixa de ser aplicável tal código⁴⁶. À luz deste entendimento torna-se claro que embora Carl Schmitt pretenda encarar o estado de exceção como uma realidade jurídica, a conexão com o sistema jurídico permanece bastante solta na perspetiva da teoria dos sistemas, pelo que seria mais correto falar aqui de «*pseudo-inclusão*». Com efeito, o soberano, com a sua prerrogativa de «*decisão pura*», deixa de estar orientado pelo código do sistema jurídico, pelo que a ordem que ainda é visível – segundo Schmitt – dificilmente poderá ainda ser caracterizada como uma ordem jurídica⁴⁷.

A questão não se mostra, todavia, suscetível de ser arrumada em termos tão lineares como as considerações anteriores deixam antever. Com efeito, o modo como Schmitt encara os estados de exceção pode, sem dúvida, ser objeto de uma leitura à luz da qual a ordem que neles se evidencia se presta a derivas autoritárias, mas pode também ser lido como envolvendo um apelo ao exercício de virtudes políticas, entre as quais sobressai a atuação em prol da restauração da normalidade constitucional⁴⁸. Neste contexto, a abordagem dos estados de

42. Cf. G. AGAMBEN, *Estado de Exceção*, p. 59.

43. Cf. LAAK, “Permanenz”, p. 18.

44. Cf. LAAK, “Permanenz”, p. 14.

45. Cf. M. NEVES, *A Constitucionalização Simbólica*, 2.^a ed., São Paulo, Martins Fontes, 2007, p. 76.

46. Cf. KAISER, *Ausnahneverfassungsrecht*, pp. 87-88.

47. Cf. KAISER, *Ausnahneverfassungsrecht*, p. 111.

48. Cf., neste sentido, M. LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 401; sobre a questão, M. NOGUEIRA DE BRITO, “Expanding Legality and Losing Fundamental Law: On Martin Loughlin’s Dualist Conception of Public Law”, in M. NOGUEIRA

exceção que anteriormente se designou como extrajurídica mostra-se relevante, pelo menos como perspetiva complementar de outras abordagens.

5. O modelo da suspensão e o modelo da restrição

À luz das considerações anteriores é agora possível compreender a principal opção em que deve assentar a estruturação de um regime do estado de exceção. Trata-se da opção entre encarar os estados de exceção como envolvendo uma suspensão de direitos fundamentais, ou apenas uma restrição dos mesmos. Tal opção está na base da diferenciação, no direito português, como vamos ver, entre o modelo constitucional e o modelo legislativo. É, sem dúvida, possível sustentar que entre suspensão e restrição não cabe optar, mas antes promover a evolução da primeira para a segunda como indício, onde tal evolução se verifique, de um maior aperfeiçoamento do direito constitucional da exceção⁴⁹. Com efeito, os abusos a que se presta a ideia de suspensão de direitos na teoria e prática do estado de exceção, bem demonstrados nos estudos de Carl Schmitt e Giorgio Agamben, levantam uma forte suspeição sobre essa ideia. Pelo contrário, pretendo sustentar que na suspensão de direitos, acompanhada de outros aspetos indeclináveis de um regime constitucional do estado de exceção, reside uma defesa constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais em situações de emergência.

Aqui cabe apenas articular os aspetos principais da estrutura de um modelo constitucional de regulação dos estados de exceção assente na suspensão de direitos ou, em alternativa, na respetiva restrição, para depois os submeter à crítica.

Os aspetos principais da estrutura de um modelo constitucional do estado de exceção assente na suspensão de direitos foram delineados por Ernst-Wolfgang Böckenförde num estudo já antes citado. Segundo este autor, haveria a considerar os seguintes aspetos: (i) em primeiro lugar, importaria estabelecer uma clara distinção entre as condições que definem uma situação normal e aquelas que devem estar subjacentes a um estado de exceção, procurando evitar a tentação de uma «juridificação» de concretas situações de emergência, em atenção ao efeito perverso que a mesma envolve de alterar o direito da normalidade; (ii) a distinção anterior envolve, por seu turno, uma diferenciação qualitativa clara entre leis e medidas, sendo que estas últimas, ao contrário das primeiras, devem ser determinadas por objetivos específicos tendo em vista uma situação concreta, devem estar sujeitas a um período de vigência limitado (o que envolve um regime de caducidade) e, em consequência, não podem introduzir alterações nos regimes jurídicos em vigor respeitantes aos direitos fundamentais, mas apenas a sua

DE BRITO, e L. PEREIRA COUTINHO (orgs.), *The Political Dimension of Constitutional Law*, Cham, Springer, 2020, pp. 38-39.

49. É o caso de KAISER, *Ausnahmeverfassungsrecht*, pp. 210 e ss., sendo de salientar que no ordenamento alemão as reticências colocadas pelo modelo da suspensão se justificam largamente pela má experiência do artigo 48.º da Constituição de Weimar.

suspensão temporária; (iii) em terceiro lugar, impõe-se uma clara diferenciação entre a autoridade que declara o estado de emergência e a autoridade que detém os poderes de emergência decorrentes dessa declaração; (iv) em quarto lugar, os poderes de emergência devem ser confiados a um órgão político com funções executivas, isto é, ao governo, e não a um órgão administrativo, em resultado da sua falta de responsabilidade política, ou a um órgão de extração parlamentar, como uma comissão permanente do corpo legislativo, em resultado dos riscos de perda do seu carácter parlamentar em termos de dimensão e método de atuação; (v) a limitação jurídica da atuação do executivo não deve ser alcançada através de uma normatização substantiva, em face da imprevisibilidade da situação de emergência concreta, mas através da autorização da adoção das medidas necessárias para alcançar o restabelecimento da situação normal, acompanhada da submissão a um princípio de proporcionalidade estrita, da sujeição a limites temporais insuscetíveis de renovação tácita e da sujeição a limites quanto aos direitos fundamentais objeto de suspensão; (vi) a responsabilidade dos titulares dos órgãos que atuem em estado de emergência deve ser acrescida; (vii) deve ser estabelecida uma diferenciação entre diferentes graus de intensidade do estado de emergência em função da gravidade das crises em presença⁵⁰. Para o leitor minimamente familiarizado com o regime do estado de emergência contido no artigo 19.º da Constituição portuguesa e regulado na Lei n.º 44/86, de 30 de setembro, resulta claro que todos aspetos de regime destacados por Böckenförde se encontram ali previstos.

Em contraposição ao modelo da suspensão, a estruturação do direito da emergência constitucional com base no modelo da restrição assenta no pressuposto de que em «*situações excecionais o legislador e o executivo devem atuar com base na constituição, o que os deixa submetidos às regras previstas nesta última sobre restrições de direitos fundamentais. Todavia, as regras constitucionais sobre limitação de direitos, simples ou qualificadas, não distinguem entre tempos normais e tempos excecionais*»⁵¹. Este modelo tem, naturalmente, uma ligação íntima com as condições históricas em que surgiu e se consolidou a Lei Fundamental alemã de 1949, sem que tal impeça a apreensão da lógica inerente ao mesmo⁵². Segundo a construção teórica desenvolvida por Anna-Bettina Kaiser o modelo em causa, para além de introduzir os conceitos de emergência legislativa (artigos 81 e 111 da Lei Fundamental) e de democracia militante (n.º 3 do artigo 5, n.º 2 do artigo 9, artigo 18, n.º 2 do artigo 21 e n.º 3 do artigo 79 da Lei Fundamental) pressupõe a delimitação entre um direito constitucional da emergência positivo e negativo. Assim, enquanto o direito constitucional da emergência positivo estende os poderes do Estado numa crise determinada pela constituição, o direito constitucional da emergência negativo impõe limites à ação do Estado, em casos excecionais. Nesta medida, o direito constitucional da emergência negativo assemelha-se à figura dos limites dos limites da dogmática

50. Cf. BÖCKENFÖRDE, “The Repressed”, pp. 119-121, 125-131.

51. Cf. KAISER, *Ausnahmerechtsverfassung*, p. 227.

52. A este propósito são particularmente elucidativas as considerações de KAISER, *Ausnahmerechtsverfassung*, pp. 221 e ss.

dos direitos fundamentais, que de resto também é aplicável na situação normal⁵³.

O que pensar desta alternativa entre dois modelos constitucionais do estado de exceção? Em parte a resposta é dada pelo direito constitucional positivo de cada país, mas poderá entender-se que o modelo da restrição de direitos se mostra mais conforme a uma constituição que pretenda realizar plenamente o princípio do Estado de direito, incluído o princípio da constitucionalidade de todos os atos do poder público e a sua sujeição ao controlo dos tribunais. De acordo com este entendimento, a «*instituição do controlo judicial da constitucionalidade dos atos do poder público é uma das garantias institucionais centrais em face dos estados de exceção*»⁵⁴. No caso alemão, o defensor da Constituição deixou de ser o Presidente do Reich e passou a ser o Tribunal Constitucional Federal. A principal divergência entre os dois modelos decorre, todavia, de uma tomada de posição quanto ao princípio *necessitas non habet legem* e à vontade de o substituir pelo seu contrário, *necessitas habet legem*, devendo entender-se por lei, em ambos os casos, o direito normal. O que está em causa é a opção entre a inclusão da exclusão, entendida esta como o estado de exceção cuja verificação assenta numa decisão política (advogada por Böckenförde na sequência de Schmitt, embora sem aceitar as consequências extremas a que este último chegou⁵⁵) e a exclusão da exclusão, advogada pelos defensores do modelo da restrição.

Nesta medida, a objeção fundamental contra a posição de Böckenförde foi formulada pela juiz constitucional alemã Gertrude Lübbe-Wolff. Segundo ela

«A situação da República Federal não é a situação da República de Weimar. No entanto, (...), há mais razões para preocupação com os perigos de uma autorização de emergência semelhante a uma cláusula geral do que com as consequências de renunciar a tal cláusula. Uma ordem jurídica que não concede essa autorização [scil. uma autorização de emergência semelhante a uma cláusula geral] não reprime a possibilidade de um estado de emergência, apenas se recusa a proporcionar o cancelamento de si própria em tal caso; em vez de, em resultado da preocupação com a violação eminente da legalidade em estado de exceção, legalizar essa violação, a ordem jurídica coloca sobre os órgãos do Estado, que são forçados a violar a lei devido à pressão excecional para agir, a responsabilidade pela prática de ilegalidades e considera-se assim melhor protegida.»⁵⁶

Esta objeção consiste, em última análise, numa variação do chamado «*vazio de Gödel*», isto é, a possibilidade de usar a constituição contra si própria e aniquilar,

53. Cf. KAISER, *Ausnahmeverfassungsrecht*, p. 79.

54. Cf. KAISER, *Ausnahmeverfassungsrecht*, p. 263.

55. Cf. M. HONG, “Böckenförde, der Ausnahmezustand und Carl Schmitt: Was Böckenförde von Schmitt gelernt hat – und was Schmittianer von Böckenförde lernen sollten”, 9 Mai 2019, Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/boeckenfoerde-der-ausnahmezustand-und-carl-schmitt-was-boeckenfoerde-von-schmitt-gelernt-hat-und-was-schmittianer-von-boeckenfoerde-lernen-sollten/>, ultimo acesso em 20 de maio de 2020.

56. Cf. G. LÜBBE-WOLFF, “Rechtsstaat und Ausnahmerecht. Zur Diskussion über die Reichweite des § 34 StGB und über die Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Regelung des Ausnahmezustandes”, *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, Vol. 11, No. 1, Mai 1980, pp. 124-125.

desse modo, o seu conteúdo garantístico e democrático⁵⁷. Tal possibilidade estaria também presente na declaração do estado de emergência, através da sua utilização para postergar a Constituição. Sem poder tomar aqui uma posição completa sobre o assunto⁵⁸, admitamos, todavia, que o modelo da suspensão se aproxima da criação de «buracos negros legais» («*legal black holes*»), isto é, zonas de discricção e arbítrio criadas por lei, no interior das quais o decisor atua quase sem restrições e em regra fora do alcance dos tribunais, enquanto o modelo da restrição conduz quando muito à criação de «buracos cinzentos legais» («*legal grey holes*»), zonas de poder discricionário reconhecido por lei que limitam o controlo judicial⁵⁹. Ora, se os «buracos negros legais» reduzem a capacidade de supervisão judicial dos poderes de emergência, com os «buracos cinzentos legais» corre-se o risco de «*legitimar poderes excepcionais, encobrendo-os com um fino véu de legalidade que é o resultado de um judiciário excessivamente deferente e um controlo pouco intenso*», o que pode aumentar ainda mais a propensão daqueles poderes para se tornarem permanentes⁶⁰. No contexto da atual pandemia as preocupações associadas a este último risco parecem ser bem superiores às que estarão associadas à redução daquela capacidade.

6. Breve referência à situação corrente

A evolução da situação em Portugal retrata bem o risco a que se acaba de fazer referência⁶¹. Quase no fim do prazo de vigência da segunda renovação

57. A história reza que, quando o famoso lógico Kurt Gödel requereu a cidadania americana em 1947 e estudou para esse efeito a Constituição americana de 1787, encontrou nesta uma contradição potencialmente fatal, que residiria no poder de revisão do artigo V e na possibilidade lógica de «*auto-revisão*», através da supressão de todas as limitações ao poder de revisão por intermédio de uma revisão da norma do artigo V: cf. F. e. GUERRA-PUJOL, “Gödel’s Loophole”, *Capital University Law Review*, Vol. 41, 2013, p. 639; M. NOGUEIRA DE BRITO, *A Constituição Constituinte: Ensaio sobre o Poder de Revisão da Constituição*, Coimbra Editora, 2000, pp. 283 ss.

58. Está em causa nada menos do que a divergência entre Kelsen e a sua tese da identidade entre o direito e o Estado e Schmitt, com a admissão de um poder do Estado para além do direito constituído: sobre o tema, cf., por último, A. GREENE, *Permanent States of Emergency and the Rule of Law: Constitutions in an Age of Crisis*, Oxford, Hart, 2018, pp. 66 ss.

59. Sobre os conceitos de buracos negros e cinzentos legais, cf. D. DYZENHAUS, *The Constitution*, pp. 3 e 200 e ss. Todavia, é necessário ter presente que o modelo da suspensão, como se viu no texto, não implica necessariamente a aceitação de que o buraco negro legal «*creates a zone in which officials can act unconstrained by the rule of law and in advances declares what they do to be legal*» (cf. *ibidem*, p. 202).

60. Cf. A. GREENE, “States should declare a State of Emergency using Article 15 ECHR to confront the Coronavirus Pandemic”, April 1 2020, disponível em <https://strasbourgobservers.com/2020/04/01/states-should-declare-a-state-of-emergency-using-article-15-echr-to-confront-the-coronavirus-pandemic/>, ultimo acesso em 20 de maio de 2020; cf., ainda, J. WHITE, “The crisis trap: why the EU must not sideline democracy as it tackles coronavirus”, 29 March 2020, *NewStatesman*, disponível em <https://www.newstatesman.com/world/europe/2020/03/crisis-trap-why-eu-must-not-sideline-democracy-it-tackles-coronavirus>, ultimo acesso em 20 de maio de 2020.

61. E para o qual alertou também P. LOMBA, “A questão da suficiência jurídica do ‘estado de emergência administrativo’”, *Observador*, 5 de maio de 2020, disponível em <https://observador.pt/opiniao/a-questao-da-suficiencia-juridica-do-estado-de-emergencia-administrativo/>, último

do estado de emergência, operada pelo Decreto do Presidente da República n.º 20-A/2020, de 17 de abril, o Governo fez aprovar e publicar o Decreto-Lei n.º 20/2020, de 1 de maio, que altera as medidas excecionais e temporárias relativas à pandemia da doença COVID-19. Por sua vez, a publicação deste decreto-lei foi precedida pela aprovação, no dia anterior, da Resolução do Conselho de Ministros n.º 33-A/2020, de 30 de abril, que declara a situação de calamidade em todo o território nacional desde 3 de maio até ao dia 17 de maio de 2020, sem prejuízo de prorrogação ou modificação na medida em que a evolução da situação epidemiológica o justificar.

Assim, aparentemente, o quadro normativo de combate à pandemia da doença COVID-19 conheceu uma alteração estrutural. No período que decorreu entre 19 de março e 2 de maio de 2020, as medidas de contenção da pandemia foram adotadas no âmbito da declaração de estado de emergência, previsto no artigo 19.º da Constituição e regulado na Lei n.º 44/86, de 30 de setembro, alterada pela Lei Orgânica n.º 1/2011, de 30 de novembro, e pela Lei Orgânica n.º 1/2012, de 11 de maio, podendo apenas ser declarado pelo Presidente da República na sequência de ser ouvido o Governo e obtida a necessária autorização da Assembleia da República. No período subsequente, que irá decorrer entre 3 de maio e 17 de maio de 2020, as medidas adotadas e a adotar serão enquadradas na situação de calamidade, prevista na Lei de Bases da Proteção Civil, aprovada pela Lei n.º 27/2006, de 3 de julho, sendo da competência do Governo a respetiva declaração, que reveste a forma de resolução do Conselho de Ministros.

Naturalmente, esta diferença encontra a sua justificação na circunstância de o estado de emergência envolver a suspensão de um amplo número dos direitos fundamentais, sendo apenas excluídos os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroatividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião, tal como previsto no n.º 6 do artigo 19.º, da Constituição. Diferentemente, a situação de calamidade envolve restrições mais específicas e previstas em lei parlamentar dos direitos e liberdades dos cidadãos, tais como a mobilização civil de pessoas, a requisição de bens e serviços, a fixação de limites ou condicionamentos à circulação ou permanência de pessoas, outros seres vivos ou veículos, a fixação de cercas sanitárias e de segurança, o livre acesso dos agentes de proteção civil à propriedade privada, bem como a regulação provisória do uso do solo.

Importa, em qualquer caso, reter a distinção essencial entre o estado de emergência e a situação de calamidade, do ponto de vista da afetação dos direitos fundamentais. O estado de emergência é uma figura prevista e regulada na Constituição que permite suspender direitos constitucionais, abrindo a porta para que o poder executivo introduza medidas de restrição dos mesmos que nunca poderia adotar em circunstâncias normais⁶². A situação de calamidade,

acesso em 20 de maio de 2020.

62. Vejam-se, a este propósito, os Decretos do Governo 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, que regulamentaram a declaração do estado de emergência e as respetivas renovações.

diferentemente, funda-se numa lei restritiva de determinados direitos, liberdades e garantias – fundamentalmente, a Lei de Bases da Proteção Civil, mas também o Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, e a Lei n.º 81/2009, de 21 de agosto – não podendo as restrições introduzidas exceder os limites previstos em tal lei restritiva. Temos assim na reação à pandemia da doença COVID-19 a sucessão dos modelos constitucional e legislativa dos estados de exceção a que anteriormente se fez referência, que é também uma sucessão dos modelos da suspensão e da restrição de direitos, ainda que neste último caso a restrição legislativa conduza a uma suspensão administrativa.

Esta aparente simplicidade na articulação entre os dois regimes é, todavia, desmentida pela circunstância de, ainda antes da primeira declaração do estado de emergência, operada pelo Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março, o Governo ter aprovado o Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, estabelecendo um conjunto vasto de medidas excepcionais e temporárias relativas à situação epidemiológica do novo Coronavírus. Este diploma foi, posteriormente e até à data, objeto de onze alterações, a última das quais introduzida pelo Decreto-Lei n.º 22/2020, de 16 de maio.

Deste modo, em vez da substituição do estado de emergência pela situação de calamidade, verifica-se a existência de um quadro normativo bem mais complexo, em que se sobrepõem três regime jurídicos distintos: o regime constitucional do estado de emergência, o regime legislativo da situação de calamidade e, finalmente, a legislação de emergência adotada pelo Governo, muitas vezes sem autorização parlamentar e outras obtendo-a por via de uma ratificação de contornos duvidosos⁶³.

Impõe-se questionar qual o princípio de articulação entre o regime do Decreto-Lei n.º 20/2020 e o da Resolução do Conselho de Ministros n.º 33-A/2020. Embora sem se poder a este propósito extrair ainda, e para já, conclusões definitivas, parece que tal princípio obedece a um critério daquilo que o Governo entende ser a «nova normalidade»⁶⁴, por um período de tempo que se antevê extenso. Neste contexto, o regime do Decreto-Lei n.º 20/2020 constitui o quadro

63. Com efeito, o Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, o diploma base das medidas de emergência adotadas pelo Governo, e objeto de onze alterações até à data, foi ratificado pela Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março. Todavia, a ideia de uma ratificação, no sentido de confirmação ainda para mais com efeitos retroativos, é um retorno à figura dos bills de indemnidade que devem considerar-se excluídos pelo nosso direito constitucional pelo menos a partir de 1982, por razões semelhantes às expostas por Böckenförde, e acima mencionadas, quando rejeitou a possibilidade de o direito constitucional britânico da emergência servir de inspiração para uma reforma do direito alemão. Sobre a questão cf., ainda, J. J. GOMES CANOTILHO e V. MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2010, p. 364.

64. A origem da expressão não é das mais auspiciosas. Veja-se a alocução do então Vice-Presidente dos E.U.A. Richard Cheney de 25 de outubro de 2001: «*Homeland security is not a temporary measure just to meet one crisis. Many of the steps we have now been forced to take will become permanent in American life. They represent an understanding of the world as it is, and dangers we must guard against perhaps for decades to come. I think of it as the new normalcy*» (cf. R. CHENEY, Remarks to the Republican Governors Association, October 25, 2001, cit. em M. HEAD, *Emergency Powers in Theory and Practice Paperback: The Long Shadow of Carl Schmitt*, Abingdon e New York, Routledge, 2017, p. 18). A substituição de algumas expressões no texto transcrito, para o ajustar à situação atual, torna-o assustadoramente presciente.

normativo das medidas que irão regular o convívio social por um período longo, previsivelmente até à descoberta de uma vacina contra a doença COVID-19.
