

SOBRE OS PODERES NORMATIVOS DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA E DO GOVERNO EM ESTADO DE EXCEÇÃO

Pelo Prof. Doutor Pedro Fernández Sánchez

SUMÁRIO:

§ 1.º A estratégia portuguesa de limitação das providências normativas do Governo em estado de excepção. § 2.º A diluição da força normativa das opções constituintes e a criação de uma nova prática de regulação do estado de excepção à margem da Constituição: sequência e selecção de dois exemplos. § 3.º Primeiro exemplo: renúncia de competências presidenciais em favor do Governo: § 3.1. Colocação inicial do problema; § 3.2. Uma primeira objecção: entre o pragmatismo e a realidade constitucional; § 3.3. A hipótese (subsidiária) de permissão da repartição de competências entre Presidente e Governo; § 3.4. Omissão de especificação de direitos fundamentais cujo exercício seria suspenso: o problema do direito de liberdade; § 3.5. *Idem*: um problema autónomo decorrente da distinção entre regras e princípios. § 4.º Segundo exemplo: a utilização de competências de declaração do estado de emergência para a ratificação retroactiva de actos inconstitucionais.

§ 1.º

A estratégia portuguesa de limitação das providências normativas do Governo em estado de excepção

1. Não é desconhecido que, entre os vários ordenamentos que adoptam o modelo de democracia constitucional e que nos são mais próximos, o ordenamento português, estruturado em 1975-1976 e actualizado neste ponto em 1982, não encontra paralelos que o igualem na atribuição de poderes legislativos ordinários a um Executivo que, por essa via, se trans-

muta em verdadeiro *Governo-Legislador*⁽¹⁾. Nem é sequer possível contrariar essa conclusão acenando com as semelhanças com outros modelos da Europa Ocidental que encontram vias alternativas para dotar os respectivos Executivos de poderes normativos. É claro que as exigências interventivas de um Estado pós-social têm obrigado os constituintes em cada sistema a conceber algum tipo de providência normativa que permita ao Executivo exercer amplos poderes de conformação social. Mas, mesmo sob essa perspectiva, a opção portuguesa não encontra paralelo: não está em causa o exercício de poderes legislativos reservados a situações de urgência ou de algum outro modo condicionados a hipóteses constitucionais específicas; nem se perfilha uma estratégia de tipo francês através da qual um órgão não parlamentar, embora admitido a exercer consideráveis poderes normativos, o faça através de actos sob forma regulamentar⁽²⁾. Pelo contrário, a escolha portuguesa consistiu na convocação do Governo, que também lidera a Administração Pública e exerce a direcção política geral do país nos termos do art. 182.º da Constituição, ao estatuto de órgão legislativo comum, em equiparação com um Parlamento que fica limitado, ele sim, a funções político-legislativas nos termos dos arts. 161.º e seguintes da Constituição⁽³⁾.

E diga-se que não existe nesse quadro competencial qualquer efeito accidental ou imprevisito pelo constituinte português: tal como se confirmou em anterior investigação sobre as opções conscientemente assumidas pela Assembleia Constituinte já no início do ano de 1976⁽⁴⁾, quando se finalizou o desenho do sistema de relações entre órgãos de soberania — num

(1) PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: o Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 129-135. Também neste sentido, embora para abordagem muito crítica, JOSÉ MELO ALEXANDRINO, “A Preponderância do Governo no Exercício da Função Legislativa”, in *Legislação — Cadernos de Ciência de Legislação*, n.º 50, 2009, p. 99, ss.; *idem*, *Lições de Direito Constitucional*, II, 2.ª ed., AAFDL, Lisboa, 2017, pp. 251-254; com perspectiva distinta, confirmando também esta “centralidade legiferante do Governo” mas justificando-a à luz das exigências político-constitucionais contemporâneas, CARLOS BLANCO DE MORAIS, *O Sistema Político*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 719-723.

(2) Para este paralelo francês na V República, v. a obra colectiva *Le Domaine de la Loi et du Règlement. L'Application des Articles 34 et 37 de la Constitution depuis 1958 — Bilan et Perspectives*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1978; entre nós, SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987, p. 55, ss.; CABRAL DE MONCADA, *Lei e Regulamento*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 697, ss.; JAIME VALLE, *A Participação do Governo no Exercício da Função Legislativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 198, ss.

(3) PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, 2 vols., Almedina, Coimbra, 2010, I, pp. 229-232; II, pp. 395-399; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *O Sistema Político*, pp. 719-720.

(4) PEDRO F. SÁNCHEZ, *Lei e Sentença: Separação dos Poderes Legislativo e Judicial na Constituição Portuguesa*, 2 vols., AAFDL, Lisboa, 2017, pp. 302, ss. e 342, ss.

momento em que a fase mais dura do processo revolucionário já tinha sido ultrapassada e não era possível alegar que os partidos estariam a ser coagidos a alguma solução radical da qual discordassem —, foi a própria maioria constituinte que concluiu que as amplas modificações a impor às estruturas políticas e sociais herdadas do Estado Novo obrigariam a uma Constituição interventiva⁽⁵⁾ que só poderia receber efectivação prática mediante legislação aprovada a um ritmo veloz, não se compadecendo com os obstáculos próprios de um processo parlamentar público e dialógico⁽⁶⁾.

Portanto, se as forças constituintes maioritárias assumiam um paradoxal consenso com o regime anti-democrático que acabavam de derrubar (apenas) no ponto em que manifestavam o desejo de um sistema “livre dos vícios do parlamentarismo”⁽⁷⁾, é claro que o faziam agora, não por conivência com o autoritarismo, mas justamente como método de realização do Estado social de Direito — como “instrumento ineliminável do Estado democrático”⁽⁸⁾. A criação de um Governo-Legislador que (pelo menos no plano quantitativo)⁽⁹⁾ surgiria como principal órgão legislativo do país não podia ser explicada por qualquer inimizade com o debate parlamentar semelhante à revelada pela ditadura anterior, mas como estratégia para a reformulação da ordem social em direcção à realização de uma democracia económica, social e cultural⁽¹⁰⁾, através da racionalidade técnico-política inerente ao funcionamento de um Gabinete⁽¹¹⁾.

2. Ora, é neste exacto ponto que mais impressiona, pela positiva, o *diferente* cuidado revelado pelo constituinte português na regulação do exercício de poderes normativos por cada órgão de soberania em *situações de excepcionalidade constitucional*. Num notável *contraste* com a regula-

(5) Sobre este modelo tão exigente de intervenção social, GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador — Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 462-471; PAULO F. CUNHA, *Geografia Constitucional — Sistemas Juspolíticos e Globalização*, Quid Juris, Lisboa, 2009, pp. 55-56.

(6) Sobre esta justificação material, CARLOS BLANCO DE MORAIS, *O Sistema Político*, pp. 722-723; PEDRO F. SÁNCHEZ, *Lei e Sentença...*, II, p. 400, ss.

(7) *Diário da Assembleia Constituinte*, n.º 90, p. 2940.

(8) GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 795.

(9) BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, I, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2015, pp. 375-376.

(10) PEDRO F. SÁNCHEZ, *Lei e Sentença...*, II, pp. 409-412.

(11) MANUEL AFONSO VAZ, *Lei e Reserva de Lei — A Causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 415-421.

ção dos poderes normativos comuns, a Constituição Portuguesa mostrou a cautela necessária para rodear o exercício de qualquer intervenção normativa em casos de exceção de um complexo de freios e contrapesos entre três órgãos de soberania⁽¹²⁾, impedindo que qualquer deles — mas em especial o Governo-Legislador que em geral protagoniza o centro decisório da vida política nacional — exerça autónoma e unilateralmente a capacidade de regulação de situações jurídicas afectadas pelo estado de exceção.

A mesma Constituição que se distingue das suas vizinhas por estender até um extremo ímpar as competências legislativas do Executivo em normalidade constitucional é também aquela que, nos casos de excepcionalidade que mais podem ameaçar a sobrevivência de bens jurídicos fundamentais, reduz bruscamente essas competências, deixando o Executivo profundamente dependente dos outros dois órgãos de soberania com os quais se terá de inter-relacionar para este efeito. Dir-se-á que, em situações de excepcionalidade constitucional, o *Executivo* surge, agora sim, investido no papel de verdadeiro *executor* de opções normativas prévias que lhe são impostas por órgãos decisores primários.

E se esse perfil executor não surpreenderia numa Constituição que assumisse um modelo de equilíbrio de poderes de pendor tradicional e que confiasse a um órgão parlamentar o essencial dos poderes normativos, é mais chamativo que essa seja a opção de uma Constituição amiga do protagonismo de órgãos de tipo executivo e cujos Autores admitiam desconfiar do parlamentarismo.

3. É razoável pressupor que esta cautela na regulação do estado de exceção seja especialmente devida às lições da História⁽¹³⁾. Como em tantos outros pontos, as opções constituintes são um reflexo de uma aprendizagem dos erros de gerações anteriores. E é verdade que a construção do modelo de Estado de Direito em Portugal precisava de corrigir a herança anterior, conformada por soluções constitucionais que, embora atravessando perfis liberais e autoritários, mostraram ter *em comum* uma censurável amputação de garantias constitucionais em situação de exceção. Pode afirmar-se que, neste ponto, as próprias Constituições *liberais* não podiam receber tal qualificação no plano da regulação do estado de exceção.

Para esse efeito, e unicamente sob a perspectiva telegráfica que é compatível com os propósitos do presente texto, bastará recordar que:

⁽¹²⁾ BLANCO DE MORAIS, *O Estado de Excepção*, Cognition, Lisboa, 1984, p. 64.

⁽¹³⁾ Também com essa inferência à luz da História Portuguesa, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 1107.

- i) A Constituição de 1822 foi aquela que promoveu uma regulação mais consentânea com os postulados liberais, limitando as Cortes a dispensar *apenas* as “formalidades” relativas às garantias *criminais substantivas e processuais* (quanto à “prisão dos delinquentes”), quando tal fosse exigido pela “segurança do Estado”, “nos casos de rebelião declarada ou invasão de inimigos” (art. 211.º)⁽¹⁴⁾ — o que a mais autorizada doutrina novecentista sublinhou distingui-la como mais “liberal” do que qualquer das suas sucessoras⁽¹⁵⁾;
- ii) Em contraste, a Carta de 1826 iniciou o percurso de compressão do perfil garantístico do estado de exceção, fazendo-o (a) quer no plano competencial, através da autorização conferida ao “Governo” para “exercer esta mesma providência, como medida provisória, e indispensável”, no caso de as Cortes se não encontrarem reunidas (sucendendo que essa ausência se verificava durante nove meses por ano, nos termos do art. 17.º), enquanto não cessasse “a necessidade urgente que a motivou” (art. 145.º, § 34.º)⁽¹⁶⁾, (b) quer sobretudo no plano material, ao substituir o modelo de suspensão limitada das formalidades para “prisão dos delinquentes” por uma *autorização geral* para suspensão “*das formalidades que garantem a liberdade individual*” (mesmo art. 145.º, § 34.º)⁽¹⁷⁾;

⁽¹⁴⁾ Em concretização do art. 308.º da Constituição de Cádiz, cfr., para discussão pelos constituintes desta necessidade de limitação do “mais terrível de todos os poderes”, *Diario das Cortes Geraes e Extraordinarias da Nação Portuguesa*, V, n.º 20, pp. 274-275; n.º 22, pp. 296-299; n.º 23, pp. 303-309.

⁽¹⁵⁾ LOPES PRAÇA, *Direito Constitucional Portuguez. Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826 e Acto Adicional de 1852*, 3 vols., reed. da Coimbra Editora, Coimbra, 1997, I, pp. 147-149. Para desenvolvimento, JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado de Excepção no Direito Constitucional: Entre a Eficiência e a Normatividade das Estruturas de Defesa Extraordinária da Constituição*, 2 vols., Almedina, Coimbra, 1998, I, p. 305, ss.

⁽¹⁶⁾ Cf. art. 179.º, XXXV, da Constituição brasileira de 1824.

⁽¹⁷⁾ Notando este ponto, LOPES PRAÇA, *Direito...*, I, pp. 147 e 149; AFONSO COSTA, *Lições de Organização Judiciária*, Typographia França Amado, Coimbra, 1899, pp. 63-64. A redacção adoptada não parecia permitir a interpretação mais garantística de SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA, *Projectos de Ordenações para o Reino de Portugal*, 3 vols., Casimir, Paris, 1830-1832, II, pp. 97-99; *idem*, *Observações sobre a Constituição do Imperio do Brazil, e sobre a Carta Constitucional do Reino de Portugal*, 2.ª ed., Rey et Gravier/J. P. Aillaud, Paris, 1835, pp. 204-205; de MARNOCO E SOUZA, *Direito Politico — Poderes do Estado. Sua Organização segundo a Sciencia Politica e o Direito Constitucional Portugêz*, França Amado, Coimbra, 1910, p. 749; e, mais recentemente, de BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, I, p. 318, ss., além de ser desmentida pela prática que viabilizou repetidamente a suspensão indeterminada de todas as garantias (admitindo-o, MARNOCO E SOUZA, *op. e loc. cit.*; também neste sentido, MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2006, I, pp. 327-328).

- iii) Essa iniciativa abriu o caminho para que a Constituição de 1838 já não se coibisse de declarar abertamente que (todas) “*as garantias individuais podem ser suspensas por acto do Poder Legislativo*”, desde que se verificassem os pressupostos de “rebelião ou invasão do inimigo” e que o acto suspensivo tivesse um “tempo certo e determinado” (art. 32.º)⁽¹⁸⁾, além de atribuir agora ao Conselho de Ministros o poder de aprovar, em caso de ausência das Cortes, “providências indispensáveis” para responder a necessidades urgentes nas províncias ultramarinas (art. 137.º)⁽¹⁹⁾;
- iv) Como em diversos outros aspectos de supressão de bens jurídicos fundamentais⁽²⁰⁾, a I República não mitigou, mas antes agravou, a potencialidade lesiva do estado de excepção, fixando um poder genérico de “suspensão total ou parcial das garantias constitucionais” por meio da declaração do estado de sítio “no caso de agressão iminente ou efectiva por forças estrangeiras ou de perturbação interna”, a cargo do Congresso, mas atribuindo também ao executivo a competência para a adopção dessas providências urgentes no caso de o Congresso se não encontrar reunido, ainda que as restringindo, “nas medidas de repressão contra as pessoas, a impor a detenção em lugar não destinado aos réus dos crimes comuns” (art. 26.º, n.º 16)⁽²¹⁾;

⁽¹⁸⁾ Assim se afastando da solução prevista no art. 130.º da Constituição belga de 1831, que noutros pontos confessadamente inspirara os constituintes. Para crítica violenta no comentário publicado após a aprovação da Constituição, denunciando que “até aqui se mostrou a nossa Constituição muito zelosa em garantir os direitos individuais: agora, esquecendo-se da sua mesma obra, em duas palavras destrói quanto bem havia feito”, BASÍLIO DE SOUSA PINTO, *Analyse da Constituição Política da Monarquia Portuguesa*, s.n., Coimbra, 1838, pp. 88-90.

⁽¹⁹⁾ Solução esta que nunca mais foi abandonada em Portugal, sendo logo acolhida pelo art. 15.º do Acto Adicional de 1852 (MARNOCO E SOUZA, *Direito Politico...*, pp. 660-665; *idem*, *Administração Colonial. Prelecções Feitas ao Curso do 4.º Anno Juridico do Anno de 1906-1907*, Typographia França Amado, Coimbra, 1906, pp. 208-215; ROCHA SARAIVA, *Curso de Administração Colonial. Segundo as Prelecções do Ex.º Sr. Dr. Rocha Saraiva ao Curso Juridico de 1913-1914*, Livraria Neves, Coimbra, 1914, pp. 297-298).

⁽²⁰⁾ Para recensão detalhada dos trabalhos constituintes de 1910-1911 que apresentaram a justificação para a sistemática supressão de bens jurídicos fundamentais no tocante a amplas categorias de indivíduos declarados como “inimigos” da República (incluindo a supressão de direitos fundamentais no foro criminal, educativo, eleitoral, religioso e de tutela jurisdicional efectiva), PEDRO F. SÁNCHEZ, *Lei e Sentença...*, I, p. 414, ss. Na prática, foi cultivada a “semente que iria lançar viçosos ramos” para ensinar aos protagonistas da ditadura subsequente as técnicas mais eficientes de “desconstitucionalização e efectiva desvalorização das liberdades” (MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação...*, I, pp. 339, n. 252, e 351).

⁽²¹⁾ Para tratamento desenvolvido, BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, I, p. 343, ss.

- v) Compreensivelmente, a Constituição autoritária de 1933 limitou-se a seguir essa senda mantendo como efeito da declaração do estado de sítio a suspensão total ou parcial das garantias constitucionais (art. 91.º, n.º 8); não se mostrou problemático que essa competência fosse conferida à Assembleia Nacional, e não ao Executivo que liderava o regime, visto que as soluções que habilitavam a sua actuação em normalidade constitucional permitiam desvalorizar as regras de excepção⁽²²⁾.

4. Foi exactamente em reacção a esta perigosa herança histórica que, apesar de não recriar a criação de um Governo-Legislador em situações de normalidade constitucional, a Constituição de 1976 entendeu sujeitar os procedimentos de aprovação de actos normativos em estado de excepção a apertados travões resultantes de uma coordenação entre três órgãos de soberania⁽²³⁾.

No tocante à versão original da Constituição de 1976, a solução essencialmente decorrente do n.º 4 do art. 10.º e do art. 11.º do Projecto do

(22) Com esta advertência quanto à possibilidade de regimes ditatoriais dispensarem frequentemente a necessidade de recurso ao Estado de Excepção, *ibidem*, p. 44. Sabe-se, porém, que, nos anos finais da Ditadura, a Lei n.º 3/71 alargou as competências do Governo para suspensão de garantias constitucionais com dispensa da interposição parlamentar. Por um lado, a nova redacção do § 5.º do art. 109.º atribuiu ao Governo a competência para declaração do estado de sítio “a título provisório”, garantindo-lhe a produção “dos efeitos” que haveriam de ocorrer se houvessem sido decretados pela Assembleia, no caso de esta não estar em funcionamento e não ser possível convocá-la ou reuni-la. Limitou-se esta declaração “provisória” a 90 dias, caso não ocorresse ratificação pela Assembleia, mas diluiu-se também esse limite temporal ao se autorizar a sua continuação se ainda se mantivesse a impossibilidade “absoluta” da sua reunião (para justificação da solução, *Actas da Câmara Corporativa*, n.º 67 [1971], pp. 658-659). Por outro lado, o § 6.º do mesmo artigo criou uma alternativa porventura mais relevante, pois que — concretizando a ideia de escolha entre uma *dualidade* de estados de excepção, consoante a gravidade dos pressupostos que justificam a sua implementação, prevendo o que hoje conhecemos como *estado de emergência* — habilitou o Governo a “adoptar as providências necessárias para reprimir a subversão e prevenir a extensão” de “actos subversivos graves em qualquer parte do território nacional”, quando estas não “justifica[ssem] a declaração do estado de sítio”, dando-lhe o poder de “restrição de liberdades e garantias que se mostrar indispensável”, e fazendo a Assembleia pronunciar-se somente “quando a situação se prolongue” (*ibidem*, p. 659). Mas já antes, em 1959, para fazer face aos problemas de constitucionalidade da Lei n.º 2084, que fixara a “organização nacional em tempo de guerra” (admitindo esta justificação, cfr. o Parecer da Câmara Corporativa, *ibidem*, n.º 93 [1959], p. 471), a Lei n.º 2100 tinha introduzido um art. 177.º-A que habilitou a lei ordinária a disciplinar a actuação dos órgãos constitucionais “em estado de necessidade” por situação de guerra (“livre exercício do Poder ante inimigo externo”), devendo determinar “como hão-de ser substituídos os órgãos da soberania e quais as condições da sua actividade”.

(23) Sustentando mesmo que haveria um excesso de cautela deste regime constitucional que poderia prejudicar a sua efectividade, BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 84.

PPD, e que obtinha também elementos do art. 16.º do Projecto do CDS⁽²⁴⁾, aperfeiçoada pelo debate final na Assembleia Constituinte⁽²⁵⁾, apresentou os seguintes traços⁽²⁶⁾:

- i) A suspensão do exercício de direitos, liberdades e garantias por acto dos poderes constituídos foi sujeita a uma regra de *tipicidade*, que os reduziu à declaração do estado de sítio e do estado de emergência — impondo a *inconstitucionalidade de qualquer suspensão do exercício de qualquer direito, liberdade e garantia que não obedeça ao respeito combinado pelas exigências competenciais, formais e materiais prescritas pela Constituição* (art. 19.º, n.º 1) —, com consequências decisivas para os problemas que se considerarão nas páginas seguintes;

⁽²⁴⁾ Completada, no tocante a aspectos competenciais que mereciam o consenso de todos os Projectos iniciais, relativos à conjugação da intervenção do Presidente da República e do Conselho da Revolução (e nalguns casos do Governo), pelos arts. 89.º, n.º 14, 92.º, n.º 7, e 125.º, n.º 1, § 2.º, do Projecto do PPD, pelos arts. 69.º, n.º 16, e 78.º, n.º 11, do Projecto do CDS, pelos arts. 66.º, alínea *i*), e 72.º, alínea *h*), do Projecto do PS, pelos arts. 70.º, alínea *n*), 71.º, n.º 1, e 73.º, alínea *i*), do Projecto do PCP e pelos arts. 55.º, alínea *k*), e 66.º, alínea *k*), do Projecto do MDP/CDE. Como fontes adicionais, têm de ser apontados os antecedentes do art. 59.º-A da Constituição de 1911, introduzido pela Lei n.º 635, de 28 de Setembro de 1916, e da Base XXXI, n.º 3, da Lei n.º 2084, de 16 de Agosto de 1956.

⁽²⁵⁾ Para votação e aprovação por unanimidade do artigo proposto pela 2.ª Comissão, cf. *Diário da Assembleia Constituinte*, n.º 36, pp. 979-980.

⁽²⁶⁾ Sem prejuízo das referências que se farão adiante, apontem-se já, para os desenvolvimentos necessários, também BLANCO DE MORAIS, *O Estado...*, p. 61, ss.; *idem*, *Justiça...*, I, pp. 84-85; *idem*, *Curso...*, I, p. 118, ss.; ANTÓNIO DAMASCENO CORREIA, *O Estado de Sítio e o Estado de Emergência em Democracia*, Vega, Lisboa, 1989, p. 111, ss.; JORGE MIRANDA, “Estado de Sítio e Estado de Emergência”, in *DJAP*, IV, p. 259, ss.; *idem*, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 429, ss.; *idem*, “Artigo 19.º”, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS (org.), *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 409-414; BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, II, p. 781, ss.; *idem*, “Estados de Sítio e de Emergência”, in BACELAR GOUVEIA/F. PEREIRA COUTINHO (coord.), *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*, Quid Juris, Lisboa, 2013, pp. 144-146; *idem*, *Estado de Excepção no Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 127, ss.; FERNANDO SUORDEM, “Os Estados de Excepção Constitucional — Problemática e Regime Jurídico”, in *Scientia Iuridica*, LXIV, n.ºs 256-258 (1999), p. 245, ss.; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 1099, ss.; MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação...*, II, pp. 436-437, n. 1840; *idem*, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*, 2.ª ed., Principia, Cascais, 2012, pp. 142-146; GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., 2 vols., 2007-2010, I, pp. 399-405; II, pp. 210-212; CRISTINA QUEIROZ, *Direito Constitucional: as Instituições do Estado Democrático e Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 345, ss.; JAIME VALLE, *O Poder de Exteriorização do Pensamento Político do Presidente da República*, AAFDL, Lisboa, 2013, p. 437, ss.; GONÇALO BARGADO, “O Estado de Excepção Constitucional — Teoria e Prática”, in *O Direito*, Ano 152.º, II, 2020, p. 265, ss.; CATARINA BOTELHO, “Os Estados de Excepção Constitucional: Estado de Sítio e Estado de Emergência”, in C. GOMES/R. PEDRO (coord.), *Direito Administrativo de Necessidade e de Excepção*, AAFDL, Lisboa, 2020, p. 47, ss.

- ii) Impôs-se que a concretização dessas exigências constitucionais fosse fixada por lei parlamentar [na versão original, alínea *d*] do art. 167.º⁽²⁷⁾;
- iii) No plano material, a verificação de um estado de excepção dependeria da ocorrência de um destes pressupostos de facto que justificariam a sua declaração no todo ou em parte do território nacional⁽²⁸⁾: agressão efectiva ou iminente por forças estrangeiras; grave ameaça ou perturbação da ordem democrática; calamidade pública [art. 137.º, n.º 1, alínea *c*)];
- iv) No plano competencial, a declaração do estado de excepção seria materializada num decreto aprovado pelo Presidente da República, o qual dependeria, porém, de autorização (e não de mera audição) do Conselho da Revolução e de referenda do Governo [na versão original, arts. 137.º, n.º 1, alínea *c*), 141.º, n.º 1, e 145.º, alínea *c*)], unindo a intervenção necessária das legitimidades democrática e revolucionária em momentos de crise da vida nacional⁽²⁹⁾;
- v) A declaração conferiria “às autoridades competência para tomarem as providências necessárias e adequadas ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional” (art. 19.º, n.º 5);
- vi) A declaração impediria tanto a dissolução da Assembleia da República, sob pena de inexistência do decreto que o tentasse (na versão original, art. 175.º, n.ºs 2 e 3), quanto a revisão da Constituição (art. 291.º);
- vii) A suspensão do exercício de direitos fundamentais só poderia ter lugar quando a declaração especificasse quais os direitos afectados (art. 19.º, n.º 2);

⁽²⁷⁾ Lei n.º 44/86, de 30 de Setembro (Lei do Regime do Estado de Sítio e do Estado de Emergência — LRESEE, na versão dada pela Lei Orgânica n.º 1/2012, de 11 de Maio; para a sua elaboração, *Diário da Assembleia da República*, 1.ª S., n.ºs 77, 78 e 101 (1986), p. 2912, ss., 2968, ss. e 3894, ss.

⁽²⁸⁾ Arts. 8.º e 9.º da LRESEE; v. BLANCO DE MORAIS, *O Estado de Excepção*, p. 61, ss.; BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, II, p. 781, ss.; *idem*, *Estado...*, p. 127, ss.; VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 314-315; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, pp. 1100-1103; CRISTINA QUEIROZ, *Direito Constitucional...*, pp. 348-349.

⁽²⁹⁾ Por esse motivo, ficou excluída (melhor: adiada, até à extinção do Conselho da Revolução em 1982) a iniciativa — sugerida minoritariamente, mas até por campos ideológicos opostos — para fazer já intervir a Assembleia da República, sem prejuízo da referida competência exclusiva parlamentar para aprovação da lei concretizadora dos regimes de estado de sítio e de emergência.

- viii) Em continuidade com a solução inscrita no n.º 6 do art. 109.º da Constituição anterior pela Revisão marcelista⁽³⁰⁾, o estado de sítio e o estado de emergência seriam diferenciados pela gravidade dos seus pressupostos, que justificariam que o segundo apenas pudesse determinar a suspensão parcial dos direitos, liberdades e garantias (art. 19.º, n.º 4)⁽³¹⁾;
- ix) Embora pudesse já determinar a suspensão total daqueles direitos, nem mesmo a declaração do estado de sítio autorizaria afectar os direitos à vida e à integridade pessoal (art. 19.º, n.º 3).

5. Este impressionante aparato garantístico seria enriquecido nas Revisões subsequentes — em especial em 1982, em alteração provocada primeiro pela alteração competencial decorrente da extinção do Conselho da Revolução, mas também em 1989 e, em aspectos menores, em 1997. Em resultado desse processo, o quadro regulatório foi alterado para⁽³²⁾:

- i) Integrar a lei concretizadora dos regimes dos estados de excepção na reserva absoluta de competência parlamentar [alínea e) do art. 164.º], inviabilizando a possibilidade inicial de autorização ao Governo (art. 168.º, n.º 1, do texto original)⁽³³⁾, vindo ademais, em 1997, a subordiná-la ao regime procedimental agravado de aprovação de leis orgânicas (art. 166.º, n.º 2)⁽³⁴⁾;
- ii) Convocar a decisiva intervenção da *proporcionalidade*, que não só serve como critério de escolha de um dos dois estados mas também obriga a declaração a limitar as suas extensão e duração e os meios utilizados “ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da ordem constitucional” (art. 19.º, n.º 4)⁽³⁵⁾, o que

⁽³⁰⁾ A dualidade já estava parcialmente inspirada na Base XXXI da Lei n.º 2084, de 16 de Agosto de 1956, mas sem coincidência quanto à sua tipologia (com uma divisão situada entre os estados de necessidade interno e externo, distinta da acolhida na Revisão de 1971) — cf. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 1100.

⁽³¹⁾ BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, I, pp. 681, 685, 706, ss.

⁽³²⁾ Além de aspectos menores, como o da precisão de que um dos pressupostos da declaração dos dois estados é o da “perturbação da ordem constitucional democrática” (novo n.º 2 do art. 19.º, transferido do antigo art. 137.º). Para estudo detalhado dos projectos e das soluções finais de cada Revisão Constitucional, BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, I, p. 572, ss.

⁽³³⁾ Sobre essa solução “mais democrática e mais parlamentar”, formando um conjunto de reservas em círculos concêntricos sucessivamente menores — trata-se de uma reserva i) total de ii) lei iii) nacional, iv) parlamentar e v) orgânica, cf. BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, I, pp. 578-579 e 656-662.

⁽³⁴⁾ Desde 1982, a Constituição pressupôs também que caberia a essa lei determinar as condições do emprego das Forças Armadas nos estados de excepção (art. 275.º, n.º 6 [actual n.º 7]).

⁽³⁵⁾ Arts. 3.º a 5.º da LRESEE; v. JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, pp. 440-441; *idem*, “Artigo 19.º”,

não faz esquecer as limitações implícitas baseadas nas estruturas constitucionais da *universalidade* e da *igualdade* (arts. 12.º e 13.º) e — “até por maioria de razão” — o *carácter geral, abstracto e não retroactivo* da declaração (art. 18.º, n.º 3)⁽³⁶⁾;

- iii) Fixar um novo *limite temporal* de 15 dias para a sua duração, sem prejuízo de renovações e de limites superiores em caso de guerra (art. 19.º, n.º 5)⁽³⁷⁾;
- iv) Aumentar o elenco de *direitos insusceptíveis de suspensão*, juntando à vida e à integridade pessoal a identidade pessoal, a capacidade civil, a cidadania, a não retroactividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e as liberdades de consciência e de religião (art. 19.º, n.º 6)⁽³⁸⁾;
- v) No plano *competencial* que mais interessa a este texto, blindar as garantias constitucionais contra os perigos de iniciativas unilaterais de qualquer poder constituído, exigindo-se o exercício de uma *competência tripartida*: as declarações só podem ser emitidas pelo Presidente da República [art. 134.º, alínea *d*)], após audição (não vinculativa) do Governo e autorização da Assembleia da República (art. 138.º, n.º 1)⁽³⁹⁾, e ainda sujeitas a referenda ministerial (art. 140.º, n.º 1)⁽⁴⁰⁾;

pp. 411-412; VITALINO CANAS, *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Actos Legislativos*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 389; *idem*, “O Império da Excepção: a Inevitabilidade do Autoritarismo em Democracia?”, in *RFDUL*, LXI, 1, 2020, pp. 825-826. Louvando especialmente a premonição de BLANCO DE MORAIS (cf. *O Estado de Excepção*, p. 69) quando previu o relevo da proporcionalidade como princípio geral do estado de excepção ainda antes da sua consagração expressa em 1989, BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, I, p. 586; para densificação da utilização desse princípio, *ibidem*, II, p. 825, ss.; *idem*, *Estado...*, p. 162, ss.

⁽³⁶⁾ JORGE MIRANDA, nas duas últimas *obs. cits.*, respectivamente p. 441 e p. 412.

⁽³⁷⁾ Art. 5.º, n.º 1, da LRESEE.

⁽³⁸⁾ Elenco este que tem de ser acompanhado, tendo em conta a sua natureza própria, pelo direito de resistência (art. 21.º; cf. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, I, p. 404) — mais um aspecto que se verá que a prática de 2020-2021 espantosamente ignorou — e, como o art. 6.º da LRESEE bem sublinha, pelo direito de acesso à justiça, o que permite que qualquer lesão de um direito, liberdade ou garantia seja imediatamente justificável (v. *ibidem*; JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, p. 442; *idem*, “Artigo 19.º”, p. 412), sem prejuízo, quanto a este último direito, de eventuais adaptações de pormenor na forma do seu exercício (art. 22.º da LRESEE), mas nunca ao ponto de chocar com os limites fixados no n.º 7 do art. 19.º da Constituição. Para o debate na Comissão Eventual para a Revisão de 1982 quanto à selecção dos direitos a serem integrados nesta ampliação do elenco do n.º 6 do art. 19.º, cf. *Diário da Assembleia da República*, 2.ª S., 5.º supl. ao n.º 108 (1981), p. 3332 (117-120).

⁽³⁹⁾ Autorização que tem de ser confirmada pelo Plenário da Assembleia se tiver sido dada pela Comissão Permanente, por não estar aquela reunida nem ser possível a sua reunião imediata (n.os 1 e 2 do art. 138.º da Constituição; arts. 24.º e 25.º da LRESEE).

⁽⁴⁰⁾ Arts. 10.º a 16.º e 23.º a 27.º da LRESEE; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 402/

- vi) Ainda nesse plano *competencial*, reforçar as estruturas constitucionais através da limitação do alcance da declaração, sobretudo no ponto em que se veda a sua utilização para afastar as regras constitucionais relativas à *competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania e de governo regional* e aos *direitos e imunidades* dos respectivos titulares (art. 19.º, n.º 7)⁽⁴¹⁾.

6. Daqui decorreu um modelo jurídico garantístico que, tomando emprestada uma designação no contexto das tipologias de modelos mais frequentemente divulgadas⁽⁴²⁾, só se admite poder ser qualificado como *suspensivo*⁽⁴³⁾ na medida em que tal conceito de suspensão seja lido com uma *tripla cautela*⁽⁴⁴⁾:

- i) O modelo é regulado por normas constitucionais e é concebido para *defesa* da Constituição — e não de suspensão da Constituição —, sendo destinado ao pronto restabelecimento da sua normalidade⁽⁴⁵⁾, mediante exigências de proporcionalidade⁽⁴⁶⁾;

/2008 (Proc. 572/08); BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, I, pp. 576-577; II, p. 1025, ss. e 1081; *idem*, *Estado...*, p. 225, ss.; BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, I, pp. 84-85; *idem*, *Curso...*, I, pp. 119-124; GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, II, pp. 210-211; RAQUEL B. CASTRO, “Direito Constitucional em Tempos de Pandemia: Pode a Constituição Sobreviver a Crises Sanitárias?”, in *RFDUL*, LXI, 1, 2020, p. 657, ss.; GONÇALO BARGADO, “O Estado...”, p. 265, ss. Todos os arestos citados do Tribunal Constitucional podem ser consultados na página <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos>>.

(41) BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, II, p. 950, ss.; *idem*, *Estado...*, p. 197, ss.

(42) JOHN FERREJOHN/PASQUALE PASQUINO, “The Law of the Exception: a Typology of Emergency Powers”, in *I·CON*, Vol. 2, n.º 2, 2004, p. 216, ss.; BRUCE ACKERMAN, Before the Next Attack, Yale University Press, New Haven / London, 2006, p. 77, ss.; para um extenso panorama comparado, ANNA-BETTINA KAISER, *Ausnahmeverfassungsrecht*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 2020, pp. 184 ss.; entre nós, BACELAR GOUVEIA, *Estado...*, p. 111, ss.; NOGUEIRA DE BRITO, “Modelos de Emergência no Direito Constitucional”, in *E-Pública*, Vol. 7, n.º 1, 2020, p. 7, ss.; MELO ALEXANDRINO, *Conceito e Modelo Constitucional do Estado de Excepção — Apontamentos*, ICJP, Lisboa, 2021, no prelo, pp. 4-6.

(43) NOGUEIRA DE BRITO, “Modelos...”, pp. 20-23; *idem*, “Commentary on Professor Anna-Bettina Kaiser’s talk *The State of Exception Under German Law and the Current Pandemic: Comparative Models and Constitutional Rights*”, in *E-Pública*, Vol. 7, n.º 3, 2020, pp. 32-33; ANA RAQUEL MONIZ, “State of Exception and Covid-19 — Commentary on the Key-Note Speech *The State of Exception under German Law and the Current Pandemic: Comparative Models and Constitutional Rights*”, by Professor Anna-Bettina Kaiser”, *ibidem*, pp. 20-24.

(44) Precisamente com esta advertência, MELO ALEXANDRINO, *Conceito...*, pp. 5-6.

(45) Pode afirmar-se que se procede à constitucionalização de uma “legalidade alternativa” que passa a ser “incorporada”, pela qual o “sistema jurídico-positivo” aceita “digerir” ou “absorver” um Direito que deixa de ser “completamente estranho ao sistema” (PAULO OTERO, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, I/2, Lisboa, 1999, pp. 362-363; MELO ALEXANDRINO, *Conceito...*, p. 2). Por isso, em lugar de ser um “direito fora da Constituição”, o direito de necessidade é já um “direito normativo-constitucionalmente conformado” (GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 1086), no âmbito de uma verdadeira “jurisdição de excepção” (GONÇALO BARGADO, “O Estado...”, p. 260).

(46) JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, p. 429, ss.; *idem*, “Artigo 19.º”, pp. 409-414; BACELAR GOUVEIA,

- ii) Determina a suspensão de garantias inerentes ao exercício dos direitos — e não, também, de suspensão dos próprios direitos⁽⁴⁷⁾;
- iii) Afecta certos efeitos das normas de direitos fundamentais e não suspende as próprias normas, que podem continuar a servir de parâmetro para a regulação de comportamentos jurídicos e materiais⁽⁴⁸⁾.

7. Esta evolução confirma a advertência inicial, à qual se tem de dar agora a devida ênfase: as cautelas constituintes na regulação do estado de excepção estiveram longe de se limitar à tutela substantiva de bens jurídicos fundamentais, antes incluindo uma *disciplina específica no plano organizatório e competencial*⁽⁴⁹⁾.

Com efeito, o legislador constituinte supôs, coerentemente, que os momentos de maior crise na vida do Estado — os únicos suficientemente graves para permitir a *suspensão*, e não a comum restrição, dos direitos de liberdade — teriam de carecer da intervenção combinada dos três órgãos de soberania dotados de competência política para a formação de um acto complexo que inclui normas atípicas da função política⁽⁵⁰⁾. Mas o que mais impressiona é a circunstância de uma Constituição que se caracteriza pela “singularidade”⁽⁵¹⁾ com que entregou a normalidade constitucional a um Governo-Legislador ter, em contraste, compreendido a necessidade de cercar o Executivo nestes momentos de crise constitucional em que mais forte seria a tentação para a destruição de bens jusfundamentais⁽⁵²⁾.

Na verdade, do quadro competencial agora descrito resulta que, em benefício de uma “proeminência presidencial”⁽⁵³⁾, o Governo foi relegado,

O Estado..., II, p. 781, ss. e 825, ss.; *idem*, *Estado...*, p. 73, ss.; GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, I, pp. 399-405; VITALINO CANAS, *O Princípio...*, p. 389; *idem*, “O Império...”, pp. 825-826; RAQUEL B. CASTRO, “Direito...”, p. 657, ss.; MELO ALEXANDRINO, *Conceito...*, pp. 1 e 3.

⁽⁴⁷⁾ VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos...*, p. 315; CATARINA BOTELHO, “Os Estados...”, pp. 58-59.

⁽⁴⁸⁾ MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação...*, II, pp. 436-437, n. 1840; *idem*, *Direitos Fundamentais...*, p. 144; *idem*, *Conceito...*, p. 6; GONÇALO BARGADO, “O Estado...”, p. 284.

⁽⁴⁹⁾ Abrange-se tanto a “Constituição dos direitos” quanto a “Constituição dos poderes” — cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 352/2021 (a que adiante se dará devida atenção); GONÇALO ALMEIDA RIBEIRO, “Compreender o Estado de Excepção Constitucional”, in *Julgar*, n.º 44, 2021, p. 150.

⁽⁵⁰⁾ BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, I, p. 84; *idem*, *Curso...*, I, pp. 119-120; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 1101.

⁽⁵¹⁾ MELO ALEXANDRINO, *Lições...*, II, p. 251.

⁽⁵²⁾ Também com esta correcta perspectiva, RAQUEL CASTRO, “Direito...”, p. 657, ss.

⁽⁵³⁾ JAIME VALLE, *O Poder...*, pp. 441-442; CATARINA BOTELHO, “Os Estados...”, pp. 68-71; GONÇALO BARGADO, “O Estado...”, p. 269.

em casos de excepção, para uma postura meramente consultiva, coadjuvante e executora dos órgãos de soberania com competências decisórias primárias⁽⁵⁴⁾. A conformação das normas que suspendem direitos, liberdades e garantias não pode ser concluída sem a audição do Governo; mas essa audição tem um perfil meramente opinativo, já que a Constituição — concretizada no art. 17.º da LRESEE — prefere convocar o Governo para a mera execução de decisões prévias às quais ele se não pode opor.

8. Em suma, se o constituinte considerou necessário acompanhar o regime material do estado de excepção por um pesado regime organizatório, é impressivo que essa disciplina tenha tido um propósito prioritário justamente oposto àquele que presidiu ao regime competencial em normalidade constitucional: a coordenação consociativa entre três diferentes órgãos de soberania, mas reservando sempre ao Governo o papel menos significativo dos três, enquanto executor das opções primárias autorizadas pela Assembleia da República e aprovadas pelo Presidente da República, isto é, enquanto responsável secundário ou derivado pela aplicação da vontade criativa dos órgãos dotados com legitimidade democrática directa. O mesmo Governo-Legislador que ocupa a centralidade de actividade política em normalidade constitucional foi estrategicamente amarrado a este papel secundário no âmbito de um estado de excepção em que os bens jurídicos fundamentais poderiam ser submetidos a maior fragilidade.

Nem seria possível censurar o constituinte português por uma eventual *ingenuidade* na crença de que um gabinete governamental poderia ser limitado a este perfil secundário e dependente das opções de órgãos com perfil mais pesado, porventura esquecendo que ninguém como o Governo estaria dotado de meios ágeis de reacção contra as situações de catástrofe que podem originar a declaração de excepção⁽⁵⁵⁾. A verdade é que, como se acaba de ver, se algo caracterizou os Autores da Constituição Portuguesa foi justamente o seu realismo ou pragmatismo, revelado no ponto

(54) Órgãos esses entre os quais a Constituição preferiu valorizar o Presidente da República, tendo depois a LRESEE inovado de forma excessiva (sem fundamento constitucional) ao atribuir ao Parlamento, pelo seu art. 16.º, um poder condicionador do próprio conteúdo do decreto presidencial que a Constituição nunca contemplou (sobre este problema, BLANCO DE MORAIS, *Curso...*, I, pp. 122-123). Em todo o caso, existe um consenso entre a Constituição e a LRESEE quanto à primariedade dos dois órgãos com legitimidade eleitoral directa e quanto à secundarização do Governo como órgão de perfil estritamente executivo.

(55) ERIC POSNER/ADRIAN VERMEULE, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 113, ss.; OREN GROSS, “Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?”, in *Yale Law Journal*, 112, 2003, pp. 1029-1030.

em que se mostraram dispostos a abdicar do papel mais privilegiado que inicialmente pretendiam dar a um Parlamento democrático — e a expor-se mesmo à acusação de cópia da herança do Estado Novo quanto à centralidade do Gabinete⁽⁵⁶⁾ —, tudo para o preciso efeito de oferecer meios rápidos de intervenção social ao órgão executivo que poderia legislar com maior destreza. Se os mesmos constituintes estiveram dispostos a pagar o *preço* de condicionar esse órgão executivo na intervenção normativa em situações de excepção, foi porque, conscientemente, julgaram que os perigos que a intervenção de um Governo-Legislador poderia produzir nestes casos de fragilidade do sistema jusfundamental excederiam os benefícios derivados da actuação mais ágil contra ameaças ao regime constitucional. Numa feliz expressão, considerou-se necessário “não poupar instrumentos para impedir que a declaração do estado de excepção constitucional possa ser aproveitada como «parágrafo de ditadura» ou «cláusula de plenos poderes»” em benefício de qualquer órgão constituído⁽⁵⁷⁾.

Seja qual for a opinião discordante que os intérpretes posteriores vertam sobre essa solução, ela impõe-se-lhes e deve ser por eles acatada; mas, em qualquer caso, mesmo no plano *de iure condendo*, não parece compreensível que a sua crítica possa ser fundamentada numa suposta *infantidade* de um constituinte crédulo e alegadamente desconhecedor da realidade.

§ 2.º

A diluição da força normativa das opções constituintes e a criação de uma nova prática de regulação do estado de excepção à margem da Constituição: seqüência e selecção de dois exemplos

9. Justamente perante este quadro constitucional marcado pelas ideias-força de *cautela*, *regulação garantística*, *limitação dos poderes normativos do Executivo* e *prioridade à tutela de bens jurídicos fundamentais*, o primeiro episódio do nosso constitucionalismo democrático em que a disciplina do estado de excepção teve de ser convocada veio a reve-

⁽⁵⁶⁾ Para sucessiva crítica na Constituinte, JORGE MIRANDA, *Diário da Assembleia Constituinte*, n.º 118, pp. 3917-3918; e, sobretudo, n.º 128, pp. 4243-4247.

⁽⁵⁷⁾ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, I, p. 401.

lar uma surpreendente insensibilidade dos órgãos constituídos para com a generalidade das balizas constitucionais. O modo como foram preparadas, aprovadas e executadas as sucessivas declarações de estado de emergência para reacção e combate à pandemia da COVID-19 apresenta sintomas deveras preocupantes quanto à questão de saber até que ponto a Lei Fundamental é levada a sério nos momentos em que é submetida aos seus maiores testes. E a circunstância de um sector da doutrina, acompanhado pelos Tribunais superiores da jurisdição administrativa e pelo próprio Tribunal Constitucional, encarar com naturalidade a consolidação de uma prática inconstitucional no ordenamento português, julgando que a gravidade dos factos em que se sustentou a declaração do estado de excepção justifica o pagamento do preço da derrogação de normas constitucionais suficientemente claras e precisas, não permite pressagiar a manutenção da efectividade da Constituição perante novos testes a que venha a ser submetida. Os surpreendentes exercícios criativos que esvaziaram o conteúdo de preceitos constitucionais centrais, embora motivados pela razoável intenção de proteger o sistema constitucional em face de limitações que os intérpretes pensaram ser irrealistas e inaplicáveis, desconsideraram que é precisamente em face de ameaças mais graves à segurança da comunidade que as normas do estado de excepção são convocadas. Se a gravidade dessas ameaças fosse uma razão suficiente para diluir o seu conteúdo normativo, então não haveria razão para manter normas como as constantes dos arts. 19.º e 138.º da Constituição, já que em nenhum outro caso elas seriam aplicáveis senão justamente nestes momentos de perigo para a comunidade⁽⁵⁸⁾.

Não seria possível abordar num único texto todas as manifestações da prática para-constitucional implementadas desde Março de 2020. Na verdade, um dos aspectos mais surpreendentes dessa prática consiste no facto de ela ter atingido múltiplos campos de natureza formal, competencial e substancial, parecendo existir momentos de verdadeira *desorientação* dos poderes constituídos em que foram feridas praticamente todas as balizas constitucionais que eram aplicáveis ao caso⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁸⁾ Advertindo bem este problema, REIS NOVAIS, “Direitos Fundamentais e Inconstitucionalidade em Situação de Crise — a Propósito da Epidemia COVID-19”, in *E-Pública*, Vol. 7, n.º 1, p. 87, ss.; RAQUEL CASTRO, “Direito...”, p. 651, ss.; igualmente quanto a esta necessidade de constitucionalização mais intensa, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 1086.

⁽⁵⁹⁾ Aproveitando uma das críticas mais intensas que foi formulada a este exercício dos órgãos constituídos, identificam-se certos momentos em que o desacerto foi tal que “quase se diria ter havido aí a preocupação de assegurar, para lá de qualquer dúvida razoável, que estas disposições eram mesmo inconstitucionais” (cf. REIS NOVAIS, “Direitos...”, p. 100).

Por isso, só é possível seleccionar aqui *dois exemplos* dessa prática para-constitucional:

- i) A renúncia de competências presidenciais primárias em favor do Governo⁽⁶⁰⁾, constitucionalmente projectado como órgão secundário ou aplicativo das normas de excepção mas transformado em órgão normador primário em moldes próximos dos que ocorreriam em casos de normalidade constitucional, sem que, porém, se coibisse de assumir tal papel através de actos próprios da função administrativa;
- ii) A utilização de competências de declaração do estado de emergência para a ratificação retroactiva de normativos inconstitucionais constantes de decreto-lei⁽⁶¹⁾.

§ 3.º

Primeiro exemplo: renúncia de competências presidenciais em favor do Governo

§ 3.1. Colocação inicial do problema

10. O primeiro problema detectado afecta transversalmente a elaboração, aprovação e execução da generalidade dos Decretos que declararam o estado de emergência. Embora com naturais variações, a estrutura presente desde o (primeiro) Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de Março, até ao (décimo quinto) Decreto do Presidente da

⁽⁶⁰⁾ Os limites de extensão do texto obrigam à concentração da análise do exercício de competências pelo Governo, abstraindo da situação — não menos inédita, e que implicaria um novo estudo tão extenso quanto este — de criação de um ordenamento jurídico *autónomo* ao abrigo de um *Direito Regional de Excepção*, que tem sido mantido em vigor ressalvados os casos (muito minoritários) submetidos aos Tribunais — cf. TIAGO F. FREITAS, “A Execução do Estado de Emergência e da Situação de Calamidade nas Regiões Autónomas — o Caso da Pandemia COVID-19”, in *E-Pública*, Vol. 7, n.º 1, 2020, p. 44, ss.

⁽⁶¹⁾ Terá de ser igualmente abordado num escrito posterior uma *terceira* grave manifestação dessa prática para-constitucional — que se mostra mais preocupante por ter sido já acolhido pela jurisprudência constitucional através de pronúncia explícita, e não apenas de adesão implícita, por meio do Acórdão n.º 352/2021 —, consistente na utilização da declaração do estado de emergência para a *modificação das regras de competência dos órgãos de soberania, designadamente em matéria sancionatória*. O sério alcance dessa solução impede a sua consideração em termos compatíveis com a extensão deste texto.

República n.º 41-A/2021, de 14 de Abril, assentou numa estratégia de devolução ao Governo do conteúdo, do alcance e do modo de conformação das regras de suspensão do exercício de direitos, liberdades e garantias. Na prática, incumbiu-se o Executivo de agir como “*legislador de emergência*”⁽⁶²⁾.

É certo que, nalguns casos, o Presidente da República, como órgão responsável pela declaração do estado de emergência nos termos da alínea *d*) do art. 134.º da Constituição, definiu e delimitou com considerável precisão o teor e o alcance da suspensão do exercício de direitos, liberdades e garantias. Qualquer iniciativa adicional tomada pelo Governo nesse contexto estaria realmente limitada à aplicação ou concretização de opções normativas prévias, no papel de executor derivado das escolhas de um órgão decisor primário.

Foi o que se verificou, por exemplo, no caso do direito à *greve*, que desde o primeiro Decreto foi declarado imediatamente “suspensão”, “na medida em que possa comprometer o funcionamento de infraestruturas críticas ou de unidades de prestação de cuidados de saúde, bem como em sectores económicos vitais para a produção, abastecimento e fornecimento de bens e serviços essenciais à população” [alínea *c*] do art. 4.º do Decreto n.º 14-A/2020]. Mas foi também o que se verificou — de forma inexplicável por ofender um limite consensualmente reconhecido como implícito (devido à sua “natureza instrumental” em face dos direitos expressamente blindados) ao n.º 6 do art. 19.º da Constituição⁽⁶³⁾ — com o caso do mesmíssimo direito de *resistência* [alínea *g*] do art. 4.º⁽⁶⁴⁾.

No entanto, tem de reconhecer-se que, quanto à esmagadora maioria das normas autorizadas pela Assembleia da República e aprovadas pelo Presidente da República, estes órgãos decisores primários não chegaram a definir — nem sequer se aproximaram disso — o teor das normas suspensivas do exercício de direitos, liberdades e garantias. Os Decretos que

(62) PEDRO LOMBA, “Constituição, Estado de Emergência e Administração Sanitária: Alguns Problemas”, in *E-Pública*, Vol. 7, n.º 1, 2020, p. 33; *idem*, “The Constitutionalized State of Emergency: The Case of Portugal”, in *VerfBlog*, disponível em <<https://verfassungsblog.de/the-constitutionalized-state-of-emergency/>>.

(63) GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, I, p. 404; para desenvolvimento do papel do direito de resistência no estado de excepção, BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, II, p. 1181, ss.

(64) Iguualmente neste sentido crítico, RÚBEN RAMIÃO, *Lendo a Constituição em Estado de Emergência*, in <https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/lendo_a_constituicao_em_estado_de_emergencia_3a_resposta_a_jorge_reis_novais.pdf>, pp. 14-15; suscitando dúvidas semelhantes, RUI LANCEIRO, “Breves Notas sobre a Resposta Normativa Portuguesa à Crise da Covid-19”, in *RFDUL*, LXI, n.º 1, 2020, p. 738. O reconhecimento de que se havia ultrapassado uma linha vermelha explicará a retractação que levou à sua omissão nos Decretos seguintes.

tinham a responsabilidade de *especificar* os direitos, liberdades e garantias cujo exercício ficaria suspenso, nos termos do n.º 5 do art. 19.º da Constituição, realmente nunca o fizeram, visto que apenas continham uma enunciação genérica de direitos que o Governo poderia vir a suspender, se, quando e nos termos em que o considerasse necessário⁽⁶⁵⁾.

Entre o número multitudinário de exemplos, basta recordar apenas *dois* dos mais marcantes:

- i) A autorização, consagrada desde a alínea *a*) do art. 4.º do Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, para serem “impostas pelas autoridades públicas competentes as restrições necessárias para reduzir o risco de contágio e executar as medidas de prevenção e combate à epidemia”, utilizando-se o “confinamento compulsivo”, o “estabelecimento de cercas sanitárias” ou a “interdição das deslocações” como meros exemplos não taxativos (“*incluindo*”) que não esgotavam o leque de quaisquer medidas ablativas que o Governo qualificasse como “restrições necessárias” e que o Decreto não identificou;
- ii) A autorização, consagrada desde a alínea *b*) do n.º 2 do art. 4.º do Decreto do Presidente da República n.º 59-A/2020, para serem “adoptadas as medidas adequadas e indispensáveis para garantir as condições de normalidade na produção, transporte, distribuição e abastecimento de bens e serviços essenciais à actividade do sector da saúde”, em afectação “parcial” (cf. proémio do art. 4.º) do exercício da liberdade de “iniciativa privada, social e cooperativa”, sem que aqui se identificassem, *nem mesmo a título exemplificativo*, quais as parcelas do direito fundamental que estariam em causa e, em consequência, quais as parcelas que não teriam sido afectadas pela suspensão dita “parcial”.

Em qualquer desses casos, não pode sustentar-se que os Decretos do Presidente da República “*contêm a especificação dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso*”. Na verdade, dessas normas nenhuma suspensão resultou, mas apenas a referência à potencialidade de que uma suspensão fosse ulteriormente aprovada pelo Governo. A suspensão ocorreria, e ocorreu, no momento em que o Governo aprovou Decretos

⁽⁶⁵⁾ Poderia afirmar-se que, nestes casos, a “suspensão foi meramente nominal”, promovendo uma “delegação quase total” da competência de suspensão do Presidente (GONÇALO BARGADO, “O Estado...”, pp. 296 e 298).

de execução — que não correspondem aos actos normativos previstos no n.º 5 do art. 19.º da Constituição — que definiram, esses sim, quais as modalidades de exercício de direitos, liberdades e garantias que foram bloqueadas em cada lapso temporal ou, noutros termos, as alternativas *prima facie* de exercício de direitos fundamentais que deixaram de obter protecção normativa.

§ 3.2. Uma primeira objecção: entre o pragmatismo e a realidade constitucional

11. À luz do conteúdo que conjugadamente se extrai do n.º 5 do art. 19.º e da alínea *d*) do art. 134.º da Constituição, a nossa Lei Fundamental parece indicar que aquela suspensão só poderia ser validamente aprovada por actos do Presidente da República. Sem o cumprimento dessa regra competencial excepcional, mantém-se aplicável a regra geral prevista na primeira parte do n.º 1 do art. 19.º da Lei Fundamental: o exercício dos direitos, liberdades e garantias simplesmente não se encontra suspenso, visto que o órgão de soberania competente não o aprovou pela forma certa⁽⁶⁶⁾.

Contudo, a primeira dúvida que se veio a formular contra esta conclusão — a qual, aliás, foi já expressamente suscitada pela nossa jurisprudência constitucional, em virtude de formar um dos pilares argumentativos da pronúncia do Tribunal Constitucional no seu recente Acórdão n.º 352/2021⁽⁶⁷⁾ — resulta da possível coordenação de competências normativas entre o Presidente da República e o Governo.

Subscrevendo o modelo de um “decreto-quadro” ou “decreto autorizativo”⁽⁶⁸⁾, dir-se-ia que o Presidente estaria a prover ao Governo a habilitação suficiente para os actos efectivamente concretizadores da suspensão, visto que, numa adequada *coordenação* entre as competências primárias e

(66) É feliz a formulação de GOMES CANOTILHO (*Direito Constitucional...*, p. 1106): a Constituição pretendeu adoptar a “máxima *enumeratio ergo limitatio*. Consequentemente, todos os direitos que não foram enumerados na declaração do estado de sítio ficam fora das medidas restritivas de excepção”.

(67) Tirado no Proc. 397/2020. Quanto aos demais problemas colocados por este Acórdão, que não podem ser aqui abordados por razões de extensão do texto, remete-se para a sua crítica em PEDRO F. SÁNCHEZ, “A Modificação das Regras de Competência dos Órgãos de Soberania em Estado de Excepção: o Caso Exemplar da Aprovação de Normas sem Autorização Parlamentar em Matéria Penal”, no prelo; igualmente, MARCO CALDEIRA, “A Pandemia e a Jurisprudência: Primeiros Desenvolvimentos”, in *Revista Jurídica*, AAFDL, Lisboa, 2021, no prelo.

(68) MELO ALEXANDRINO, *Conceito...*, p. 7.

secundárias de diferentes órgãos de soberania, à luz de uma leitura constitucionalmente adequada do princípio da separação de poderes, o Presidente procederia à delimitação do âmbito máximo de extensão das normas suspensivas; e o Governo, de modo executivo e não inovador, limitar-se-ia a aproveitar ou não, em cada momento, essa habilitação para a suspensão, sem chegar a violar a competência presidencial conjugadamente resultante do n.º 5 do art. 19.º e da alínea *d*) do art. 134.º da Constituição (cf. ponto 11 do Acórdão). Ademais, dir-se-ia que sustentar o contrário envolveria uma desconexão da realidade, desconhecendo a necessidade de prover o Governo, enquanto órgão dotado dos recursos técnicos e científicos para o efeito, com uma suficiente autonomia que o Presidente da República e a Assembleia da República não poderiam consumir.

Esta argumentação de recurso esbarra sucessivamente em *quatro* obstáculos.

12. O primeiro deles, embora ainda não decisivo, precisa de colocar no devido lugar esta argumentação de tipo *realista*. Como já se explicou, se existe censura que não pode ser lançada aos constituintes portugueses, essa é a de que eles teriam sido irrealistas na distribuição de competências normativas entre órgãos constitucionais. Repita-se que eles estiveram dispostos a abdicar das suas ambições ideais justamente para tornar mais efectivo o seu programa de reformas da ordem social. Se, apesar de tudo, insistiram em implementar uma divisão mais férrea entre as competências normativas dos órgãos de soberania nos casos de estado de excepção, foi porque julgaram — com a legitimidade que lhes era própria e que não pode ser afrontada pelo intérprete discordante — que os riscos de governamentalização da gestão das emergências constitucionais seriam já um preço excessivo que não poderiam aceitar pagar. Em face dessa opção, a insistência do intérprete em recusar esta secundarização do Governo no âmbito dos estados de sítio e de emergência reside já no domínio da pura discordância política. Mas esse é um domínio que não é próprio do intérprete e aplicador da Constituição.

Aliás, se o intérprete manifestar essa discordância terá um problema muito maior com que se confrontar: como há muito foi explicado entre nós, a opção decorrente do n.º 6 do art. 19.º da Constituição implica que o constituinte prefere que o Estado *pereça*, se necessário for (porque as situações extremas presentes no estado de sítio podem implicar essa hipótese), do que transigir na protecção de bens fundamentalíssimos cuja valia é alçada a uma prioridade superior à própria sobrevivência do Estado. Mesmo que a suspensão do exercício do direito à vida ou à liberdade reli-

giosa seja considerada imprescindível para a preservação da comunidade política, a Constituição dispõe-se a enfrentar as consequências de uma proibição irreductível de afectação desses bens que são verdadeiramente sacralizados para o Estado⁽⁶⁹⁾.

Embora esta solução deva ter o aplauso de quem adopta uma concepção *personalista* do Direito e do Estado — que não autoriza o apelo a esquemas formais como pretexto para diluir as exigências normativas de protecção dos direitos mais incindivelmente conexos com a subsistência da dignidade, da autonomia e da autodeterminação de cada ser humano (*Elementarrechte*)⁽⁷⁰⁾ —, admite-se que o partidário de uma concepção constitucional *asséptica* opine que o legislador constituinte terá incorrido numa nova ingenuidade ao aceitar correr o risco de sacrificar a existência do Estado e da Constituição. Mesmo que assuma essa opinião, ela será apenas isso: uma discordância *de iure condendo* que não pode neutralizar o dever de obediência a uma regra constitucional.

13. Mas o segundo obstáculo responde justamente a quem insiste em laborar sob essa perspectiva descrita como *realista*, recordando a superior preparação técnica e de recursos humanos do Governo para responder com agilidade a cada momento da calamidade pública. Sob essa perspectiva, pode sugerir-se que, mais do que permitida, a margem de decisão deixada ao Governo seria inevitável; o Chefe do Estado incumbido de proferir a declaração prevista no n.º 5 do art. 19.º da Constituição deveria construir um mero *enquadramento* a ser concretizado pelo Executivo nos termos do art. 17.º da LRESEE. No dizer do Acórdão n.º 352/2021 do Tribunal Constitucional, o modelo de *organização do poder de emergência* no direito constitucional português” assenta numa “separação tão estrita quanto possível entre o *poder de declaração* e o *poder de execução* do estado de excepção”.

Sucede que esse argumento descrito como *realista* simplesmente não reproduz a *realidade* que efectivamente se verificou na prática portuguesa. Por isso, não dispondo de enquadramento normativo, tão-pouco obtém sequer enquadramento *fáctico*.

⁽⁶⁹⁾ MANUEL AFONSO VAZ, *Lei e Reserva de Lei — A Causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 201 e 334-336; BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, II, pp. 1495-1497.

⁽⁷⁰⁾ MARCELO REBELO DE SOUSA, *O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional*, s.n., Lisboa, 1988, p. 174; PAULO OTERO, *Legalidade...*, pp. 565-566; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 1106; BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, II, p. 1463, ss.

Entende-se, com efeito, que o órgão responsável pelas competências executivas no Direito de Excepção não possa ser desprovido de uma considerável margem de decisão *criativa* na selecção de distintos instrumentos de resposta às necessidades variáveis de recuperação da normalidade constitucional⁽⁷¹⁾. O próprio conceito de *execução*, como já foi sublinhado entre nós, tem de ser lido com cautela⁽⁷²⁾. De outro modo, tão-pouco se reuniriam as condições suficientes para a adopção dos diversos tipos de “providências” que podem ser pressupostas pelo n.º 8 do art. 19.º da Constituição.

O problema reside no facto de, mesmo para quem atribua às competências de “execução” do Governo um alcance mais criativo, a declaração presidencial não ter realmente procedido a essa *habilitação suficiente* de uma posterior intervenção pelo Governo.

Como resulta dos exemplos acima indicados, a falta de densidade (ou a natureza “nominal”)⁽⁷³⁾ dos Decretos presidenciais na especificação dos âmbitos jusfundamentalmente protegidos objecto da suspensão é flagrante, não sendo possível a qualquer intérprete antever com um mínimo de precisão que tipo de afectações jusfundamentais poderiam ser aprovadas até ao momento em que o Governo realmente as aprovou⁽⁷⁴⁾. Até ao momento em que — novamente a título ilustrativo — o Governo concebeu e aprovou as medidas ablativas que potencialmente se teriam tido em vista com a alínea *a*) do art. 4.º do Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020 e com a alínea *b*) do n.º 2 do art. 4.º do Decreto do Presidente da República n.º 59-A/2020 (e com as suas sucessoras nos Decretos subsequentes), ninguém poderia extrair dos Decretos presidenciais os contornos sequer aproximados da interferência normativa aprovada. Seria fantasioso

(71) GONÇALO ALMEIDA RIBEIRO, “Compreender...”, p. 143; GONÇALO BARGADO, “O Estado...”, pp. 289-290; MELO ALEXANDRINO, *Conceito...*, p. 7; LUÍS TERRINHA, *Estado de Excepção Biopolítico e Suspensão de Direitos Fundamentais*, disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=3592726>, pp. 18-19; com mais amplitude quanto a esta selecção de um órgão de perfil simultaneamente político e executivo, E.-W. BÖCKENFORDE, “The Repressed State of Emergency. The Exercise of State Authority in Extraordinary Circumstances”, in *Constitutional and Political Theory. Selected Writings*, I, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 129.

(72) MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas — o Enquadramento das Normas Regulamentares na Teoria dos Conflitos Normativos*, II, AAFDL, Lisboa, 2019, p. 45, ss.

(73) GONÇALO BARGADO, “O Estado...”, p. 296.

(74) Recorde-se que esta exigência constitucional de especificação revela que “não basta a menção de qualquer dos pressupostos das situações de necessidade”, mas “é necessária a apresentação das suas consequências, já verificadas ou previsíveis, no plano da alteração da normalidade constitucional” — JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, p. 438; *idem*, “Artigo 19.º”, p. 410; identicamente, CATARINA BOTELHO, “Os Estados...”, p. 76.

localizar nas alegadas normas presidenciais habilitantes qualquer densidade suficiente para que se atribuísse à declaração prevista no n.º 5 do art. 19.º da Constituição — a única que pode suspender o exercício de direitos de liberdade nos termos do n.º 1, sem a qual se mantém a sua plena eficácia — a verdadeira autoria da suspensão.

Aliás, a sustentação da tese oposta é que esbarraria com os factos e revelaria um desajustamento em face da realidade: só por distração seria possível esquecer que todos os destinatários das normas suspensivas precisavam, quinzenalmente, de aguardar pela publicação do correspondente Decreto de Execução pelo Governo para conhecer quais as regras que realmente regulavam os seus comportamentos diários, sendo praticamente inútil a leitura do Decreto presidencial antecedente para adivinhar essas regras. Nenhuma informação suficiente podia ser extraída do único acto normativo previsto no n.º 5 do art. 19.º da Constituição.

Em suma, podia afirmar-se que o órgão responsável pela “especificação” dos direitos cujo exercício seria objecto de suspensão foi afinal transformado num “órgão que se limita a declarar a emergência, conferindo uma ampla delegação de poderes ao órgão comissarial”⁽⁷⁵⁾. E tudo isto sucedeu enquanto a Assembleia da República aceitava uma posição passiva enquanto mera espectadora das decisões governativas, naquilo que poderia ser reconduzido a uma omissão inconstitucional⁽⁷⁶⁾.

Neste quadro, a tese de que os Decretos presidenciais teriam procedido a uma *repartição de competências* para *habilitação de uma intervenção meramente executiva* pelo Governo não poderia sequer ser ponderada pelos destinatários das normas ablativas, assentando numa ficção que não teve qualquer correspondência na realidade constitucional.

Essa circunstância revela o que realmente sucedeu, independentemente da designação mais ou menos realista que se entendesse atribuir à leitura adoptada: tratou-se da simples desobediência à regulação constitu-

(75) PEDRO LOMBA, “Constituição...”, p. 34.

(76) Nestes termos, MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *Direito em Tempo de Pandemia*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021, p. 20, n. 15; em sentido paralelo, LUÍS FÁBRICA, “Os Decretos de Declaração e de Execução do Estado de Emergência — Aspectos Constitucionais e Administrativos”, in *Revista do Ministério Público*, número especial, 2020, p. 31; de modo não menos incisivo, PEDRO GONÇALVES, “Abdicação Parlamentar na Emergência e Continuação da Abdicação na Calamidade”, in *Observatório Almedina*, disponível em <<https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/05/21/abdicao-parlamentar-na-emergencia-e-continuacao-da-abdicacao-na-calamidade/>>; igualmente sobre a actuação parlamentar neste período, RUI LANCEIRO, “Breves Notas...”, p. 741; TERESA VIOLANTE/RUI LANCEIRO, “The Response to the COVID-19 Pandemic in Portugal: A Success Story Gone Wrong”, in *VerfBlog*, disponível em <<https://verfassungsblog.de/the-response-to-the-covid-19-pandemic-in-portugal-asuccess-story-gone-wrong/>>, p. 4.

cional do estado de excepção. E a ideia de que o Presidente e o Governo estariam a exercer *conjugadamente* as competências de “especificação” dos direitos fundamentais afectados pela suspensão, provendo o primeiro uma habilitação legitimadora da ulterior concretização dos termos da suspensão pelo segundo, além de nem sequer ter tido adesão na realidade, esbarra com o elementar problema de essa repartição de competências nunca ter sido prevista ou autorizada pela Constituição, ficando ainda barada pelo n.º 7 do seu art. 19.º⁽⁷⁷⁾.

É ao Presidente, mediante audição não vinculativa do Governo e autorização vinculativa do Parlamento, que compete aprovar a “declaração” que determina os termos da suspensão⁽⁷⁸⁾. Ao Governo incumbe a “execução” dessa declaração, nos termos do art. 17.º da LRESEE. Sem ignorar o perfil flexível que deve ser reconhecido ao próprio conceito de execução, com esta o Governo procede à concretização e atribuição de efectividade à declaração presidencial; não lhe incumbe a definição inovadora ou criativa dos específicos âmbitos jusfundamentalmente protegidos que passam a estar ou deixar de estar afectados pela suspensão.

§ 3.3. A hipótese (subsidiária) de permissão da repartição de competências entre Presidente e Governo

14. Mas, em benefício do raciocínio, pode ir-se agora mais além. Num terceiro plano, labore-se agora no pressuposto — embora desprovido de fundamento normativo — de que o n.º 5 do art. 19.º e a alínea *d*) do art. 134.º da Constituição autorizariam uma repartição de competências em cujos termos (*i*) o Presidente se limitaria a aprovar uma habilitação que teria o efeito específico de *permitir a afectação futura (temporária)* dos efeitos de normas de direitos fundamentais, (*ii*) precedendo a aprovação, em acto posterior, por outro órgão constitucional (Executivo), das normas de excepção que efectivamente materializariam essa afectação, cabendo

(77) Sem nunca se esquecer a necessidade de interpretação razoável desta disposição sob pena de ficar prejudicada “inclusivamente a própria execução do estado de emergência” (TIAGO FREITAS, “A Execução...”, p. 62), a verdade é que a total falta de densidade das normas do Decreto presidencial não deixa subsistir qualquer via para resgatar a sua conformidade com a barreira do n.º 7 do art. 19.º, mesmo sob uma interpretação particularmente flexível. Sobre o método de conjugação do n.º 7 e do n.º 8 do art. 19.º da Constituição (questão que aqui não se pode desenvolver por limitações de extensão do texto), remete-se para PEDRO F. SÁNCHEZ, “A Modificação...”, no prelo.

(78) BLANCO DE MORAIS, *Curso...*, I, p. 122; RAQUEL CASTRO, “Direito...”, p. 657, ss.; RUI LANCEIRO, “Breves Notas...”, pp. 739-741.

ao segundo acto escolher, em cada momento, quais os efeitos das normas constitucionais que ficariam paralisados.

No fundo, tendo presente que o modelo de excepção da Constituição Portuguesa, sendo especialmente garantístico, apenas se dirige a certos efeitos de protecção da norma que enuncia o direito fundamental, e não à norma em si mesma considerada, ao objecto ou ao conteúdo do direito⁽⁷⁹⁾, poderia afirmar-se que o Decreto presidencial a que se refere o n.º 5 do art. 19.º da Constituição teria meramente removido o efeito protector oferecido pela norma de direito fundamental, mas aguardando pela aprovação dos actos governamentais que efectivamente interfeririam com o exercício do direito fundamental então (parcialmente) desprotegido.

15. Sucede que a prática adoptada pelos órgãos de soberania portugueses tão-pouco permitiu socorrer-se dessa explicação alternativa para a sua adequação à Constituição. Mesmo sob esta perspectiva, não é possível esquecer que o Decreto presidencial não fez mais do que paralisar — *recitius*, autorizou que fosse paralisada, porque é isso que decorre do texto da maioria dos preceitos dos Decretos — a eficácia (parcial) de normas constitucionais que protegem bens jurídicos fundamentais⁽⁸⁰⁾. Até a aprovação da declaração do estado de emergência, certas condutas humanas beneficiavam de protecção jusfundamental por se inscreverem no âmbito da previsão da norma de direito fundamental; o Decreto presidencial autorizou o afastamento dessa protecção jusfundamental.

Mas, obviamente, daí resulta o reconhecimento de que o acto presidencial não procedeu à afectação negativa do direito fundamental: o afastamento da proibição normativa constitucional de o Estado interferir num direito fundamental não equivale a *aprovar a interferência no direito fundamental*⁽⁸¹⁾. Essa interferência resultou de um acto normativo posterior aprovado pelo Governo. Foi esse acto que realmente impediu os beneficiários das normas de direitos fundamentais de praticar condutas que, na sequência de uma primeira permissão pelo Presidente da República, só ficaram proibidas pelos decretos de execução.

Ora, por ser assim, os actos que efectivamente delimitaram as condutas permitidas, impostas ou proibidas careciam de uma credencial jurídico-

⁽⁷⁹⁾ BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, II, p. 836; MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação...*, II, pp. 436-437, n. 1840.

⁽⁸⁰⁾ LUÍS TERRINHA, *Estado...*, pp. 10-12; PEDRO MONIZ LOPES, “Significado e Alcance da «Suspensão» do Exercício de Direitos Fundamentais na Declaração de Estado de Emergência”, in *E-Pública*, Vol. 7, n.º 1, pp. 132-133.

⁽⁸¹⁾ Exactamente assim, MONIZ LOPES, “Significado...”, pp. 130-133.

-formal específica. Se era o Governo que “definía normativamente o conteúdo, sentido e alcance das restrições que decidia impor”⁽⁸²⁾, então essa regulação primária e inovadora tinha de ser plasmada em *acto legislativo*. Podendo inclusivamente abstrair-se do alcance mais ou menos exigente ou permissivo a conferir à teoria da essencialidade⁽⁸³⁾, ninguém discutirá que, se uma afectação negativa de um direito, liberdade e garantia se encontra sujeita a reserva de lei quando se concretize numa *restrição* (n.ºs 2 e 3 do art. 18.º), nada existe no regime suspensivo previsto no art. 19.º da Constituição que afaste essa obrigação jurídico-formal nos casos em que a afectação, mesmo na sequência de uma declaração de excepção, ainda assume uma natureza inovadora em virtude da falta de densidade do decreto suspensivo⁽⁸⁴⁾.

16. E é exactamente este o dilema decorrente da *bifurcação* de que não consegue escapar quem nega a inconstitucionalidade do esquema dualista entre os Decretos aprovados pelo Presidente e pelo Governo — não tendo sido possível encontrar até ao momento quem evitasse este problema mesmo no caso de procurar diluir os demais problemas constitucionais detectados.

Com efeito, se fosse possível imputar aos Decretos presidenciais a responsabilidade pela interferência nas posições jurídicas fundamentais (cabendo eventualmente ao Governo a mera concretização de uma afectação cujos traços essenciais já se encontrassem predefinidos), seria aceitável que os actos de execução da declaração do estado de emergência assumissem uma forma não legislativa, não sendo problemático o recurso à forma regulamentar para a simples execução de uma norma inovadora já concluída.

Ao invés, se se supõe que o n.º 5 do art. 19.º da Constituição ainda pode ser cumprido através de uma declaração presidencial que apresenta

⁽⁸²⁾ REIS NOVAIS, “Direitos...”, p. 91; PEDRO LOMBA, “Constituição...”, pp. 34 e 39; MONIZ LOPES, “Significado...”, p. 139.

⁽⁸³⁾ REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 823, ss.; *idem*, *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 257, ss.; MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, II, p. 518, ss.

⁽⁸⁴⁾ Isto sem esquecer o reconhecimento de que pode “a própria suspensão implicar ou envolver a restrição de certos direitos, liberdades e garantias” (MELO ALEXANDRINO, “Devia o Direito à Liberdade do Artigo 27.º da Constituição Ter Sido Suspenso?”, *in Revista do Ministério Público*, número especial, 2020, pp. 89-90); mas, para o raciocínio do texto, basta por agora abstrair dessa circunstância e ter em mente que o problema indicado surge em qualquer situação de afectação negativa de um direito fundamental aprovada por norma jurídica inovadora sem forma legislativa. Para a distinção entre suspensão e restrição, *idem*, *Direitos Fundamentais...*, p. 143, ss.

um conteúdo lacunar e que transfere a responsabilidade pela maioria das afectações jusfundamentais para actos subsequentes — vindo o intérprete sustentar que nada de errado existe em confiar ao Governo a responsabilidade inovadora pela proibição de condutas que o Presidente autorizou proibir, mas que ele próprio não proibiu —, então essas afectações normativas posteriores têm de obter credencial *legislativa*.

17. Porém, num novo episódio de desorientação constitucional — que explica que já se tenha dito acima ser difícil encontrar uma área de intervenção dos órgãos de soberania em que se não tenha incorrido em alguma inconstitucionalidade —, o Governo entendeu aprovar os autointitulados decretos de execução, mas verdadeiramente actos normativos de afectação negativa inovadora de direitos fundamentais, através da forma de *decreto simples*⁽⁸⁵⁾.

Nem sequer se podia afirmar que a forma de decreto corresponderia a uma escolha neutra para veicular normas atípicas da função política, que a doutrina correctamente reconhece caracterizar a disciplina dos estados de sítio e de emergência⁽⁸⁶⁾. É que também aí o Governo se encarregou de anular essa linha argumentativa por invocar, desde o Decreto n.º 2-A/2020, o fundamento habilitante constante da “*alínea g) do art. 199.º da Constituição*”, assumindo a natureza *regulamentar* da disciplina que aprovou⁽⁸⁷⁾.

O problema, como é de ver, é que a proibição temporária de condutas de fruição de bens jurídicos fundamentais, escolhida pelo Governo nos termos por si especificamente determinados, em caso algum poderia ser qualificada como regulamentar — o que nem mesmo os partidários das visões mais permissivas dos Decretos governamentais puderam negar⁽⁸⁸⁾.

Daqui decorre (mais) uma inconstitucionalidade inapelável, por violação da *reserva de lei* decorrente dos n.ºs 2 e 3 do art. 18.º da Constituição, ainda para quem negasse a violação do n.º 5 do art. 19.º e da alínea *d)* do

(85) Sobre esta inexplicável inconstitucionalidade, REIS NOVAIS, “Direitos...”, pp. 115-116; também em sentido crítico, MELO ALEXANDRINO, *Conceito...*, p. 7.

(86) BLANCO DE MORAIS, *Curso...*, I, p. 120.

(87) Sublinhando esse ponto, LUÍS TERRINHA, *Estado...*, pp. 30-31.

(88) Embora essa via não fosse suficiente para afastar a inconstitucionalidade (porque continuaria a estar em causa um acto regulamentar em matéria de reserva de lei), não houve sequer o ensejo de apelar à figura do *decreto regulamentar* nos termos do n.º 6 do art. 112.º da Constituição; pelo contrário, a circunstância de a alínea *b)* do art. 134.º submeter à assinatura do Presidente “os restantes decretos do Governo” foi suficiente para impressionar os órgãos de soberania em causa com a possibilidade de contar com a assinatura presidencial e, com isso, fazer esquecer os problemas que decorriam do recurso à forma de decreto simples.

art. 134.º da Constituição, decorrente da estratégia dualista de suspensão bifásica do exercício de direitos fundamentais pelo Presidente da República e pelo Governo.

§ 3.4. Omissão de especificação de direitos fundamentais cujo exercício seria suspenso: o problema do direito de liberdade

18. Não fosse isso suficiente, um quarto obstáculo impossibilitaria adicionalmente esta tese. Como é hoje bem conhecido, os primeiros episódios de declaração do estado de emergência revelaram uma surpreendente — e, de novo, absolutamente escusada — obstinação na omissão de especificação de direitos fundamentais que precisariam de ser afectados para combate à pandemia, a começar pelo óbvio caso do direito de liberdade previsto no n.º 1 do art. 27.º da Constituição. Não é, ainda hoje, mesmo por quem considerasse dispensável a especificação expressa da suspensão do exercício do direito de liberdade, explicável o motivo dessa obstinação que, na melhor das hipóteses para os seus defensores, prejudicaria a segurança jurídica e criaria a dúvida sobre a constitucionalidade de medidas incidentes sobre a liberdade individual⁽⁸⁹⁾. Daí que se compreenda a verdadeira *retractação* confessada a partir do Decreto do Presidente da República n.º 51-U/2020, cujo art. 4.º já aderiu a esta necessária especificação da referência ao direito de liberdade.

Em todo o caso, o certo é que, até essa retractação, o Governo não dispunha — fosse sob que perspectiva fosse, e mesmo para quem aderisse à tese da possibilidade de intervenção criativa do Governo com base numa habilitação com densidade mínima através de uma norma presidencial prévia (esquecendo os problemas que já resultariam do recurso à forma regulamentar) — de qualquer apoio constitucional para a suspensão do direito geral de os cidadãos se movimentarem para fora de um espaço físico reduzido.

Tal como foi explicado entre nós⁽⁹⁰⁾, para a viabilidade dessa suspensão à luz da “especificação” exigida no n.º 5 do art. 19.º da Constituição

⁽⁸⁹⁾ A única explicação plausível que se sabe ter sido apresentada, decorrente dos perigos que poderiam estar envolvidos na suspensão expressa do exercício do direito à liberdade, assenta num lapso manifesto: por equívoco supôs-se que os n.ºs 2 e 3 do art. 27.º da Constituição estariam exclusivamente associados ao foro penal (NOGUEIRA DE BRITO, *Pensar no Estado da Excepção na sua Exigência*, disponível em <<https://observatorio.almedina.net/>>; MONIZ LOPES, “Significado...”, pp. 151-152), bastando, todavia, verificar o elenco de excepções aí previstas, que incluem as alíneas e) e h) do n.º 3, para desfazer o lapso.

⁽⁹⁰⁾ REIS NOVAIS, “Direitos...”, p. 92, ss.

não bastaria ao Decreto presidencial habilitante referir-se à suspensão do exercício do direito de “deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional”, protegido pelo art. 44.º da Constituição, sendo imprescindível a especificação do direito previsto no art. 27.º da Constituição, que tem como objecto principal a liberdade física contra os constrangimentos à movimentação sem ser aprisionado ou confinado a um determinado espaço⁽⁹¹⁾.

19. Contra esta conclusão, foram especialmente aventadas *três réplicas*. Principiando com as duas primeiras, esta crítica desconsideraria, por um lado, a relação de *implicação lógica* entre as condutas reguladas pelos arts. 26.º, 27.º e 44.º da Constituição, ignorando que o direito a não ser aprisionado ou confinado num certo espaço pressupõe uma liberdade de movimentação pelo território nacional⁽⁹²⁾. Por outro lado, esta crítica também apagaria a distinção entre os conceitos de *direito fundamental* e *norma de direito fundamental*, despercebendo que cada direito fundamental pode ser o produto de uma norma, de uma parcela de uma norma ou da confluência de uma pluralidade de normas, pelo que o Decreto presidencial que procede à especificação do direito cujo exercício é suspenso não tem de referir-se a todas as normas das quais o direito deflui⁽⁹³⁾.

Estas duas réplicas, aliás já respondidas⁽⁹⁴⁾, não oferecem suficiente explicação para a suspensão da protecção jusfundamental concretamente atribuída, *pela positiva*, ao exercício activo da conduta que consiste na movimentação de ou para um lugar, mas também, *pela negativa*, à proibição de confinamento ou aprisionamento num lugar específico, que não é conhecida nem abrangida pelo programa normativo do art. 44.º da Constituição⁽⁹⁵⁾. É essa suspensão que não é permitida sem uma prévia especificação, pela forma exigida no n.º 1 e no n.º 5 do art. 19.º da Constituição⁽⁹⁶⁾, de que a declaração do estado de emergência inclui o exercício de um certo âmbito do direito de liberdade previsto no art. 27.º da Constituição.

⁽⁹¹⁾ Cf. Acórdãos n.ºs 479/94, 663/98, 471/2001, 71/2010, 181/2010, 54/2012 e 463/2016; JOSÉ LOBO MOUTINHO, “Artigo 27.º”, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição...*, I, p. 638; GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, I, p. 478.

⁽⁹²⁾ MONIZ LOPES, “Significado...”, p. 145, ss.

⁽⁹³⁾ RÚBEN RAMILÃO, *O Direito à Liberdade e o Estado de Emergência numa Releitura de Alf Ross (2.ª Resposta a Jorge Reis Novais)*, ICJP, Lisboa, 2020, disponível em <http://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/direito_a_liberdade_e_o_estado_de_emergencia.pdf>; *idem*, *Lendo...*, pp. 5-7.

⁽⁹⁴⁾ REIS NOVAIS, “Direitos...”, p. 87, ss.

⁽⁹⁵⁾ Sobre este programa, que não abrange, nem mesmo por implicação lógica, esta dimensão negativa, JORGE MIRANDA, “Artigo 44.º”, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição...*, I, pp. 939-941.

⁽⁹⁶⁾ CATARINA BOTELHO, “Os Estados...”, p. 76.

Naturalmente, a atribuição de um direito fundamental por uma dada Constituição pode resultar de uma combinação de uma pluralidade mais ou menos ampla de normas jurídicas, vertidas num texto de forma explícita ou até implícita. No entanto, quando de uma norma concreta resulta a delimitação de um âmbito jusfundamentalmente protegido como aquele que deflui do n.º 2 do art. 27.º — privação total ou parcial da liberdade através do confinamento a um reduzido espaço físico —, o bloqueio da produção de efeitos da norma que proíbe essa afectação tem de ser especificado pela declaração prevista no n.º 5 do art. 19.º da Constituição, sob pena de tal exigência de “especificação” deixar de produzir qualquer efeito útil⁽⁹⁷⁾. E isso é tanto mais evidente quanto se sabe que o art. 19.º entendeu regulamentar esta figura suspensiva por referência ao direito fundamental *como um todo*, e não a uma parcela de posições jurídicas nele integradas⁽⁹⁸⁾, o que força a declaração de excepção a identificar quais são os feixes de direitos fundamentais que se permite deixar sujeitos à afectação negativa.

Nenhuma relação de implicação lógica que pressuponha uma sobreposição parcial com o programa normativo essencial de outro direito fundamental afasta esse dever de especificação formal — tal como o Decreto do Presidente da República n.º 51-U/2020 veio a reconhecer, sem que então se verificassem quaisquer dos cenários *ad terrorem* que haviam sido apresentados como justificação possível para a renitência inicial em incluir nos decretos presidenciais a referência ao direito de liberdade.

A diluição da obrigação de especificação de um direito concreto cujo exercício é suspenso traduz-se, pois, num exercício criativo que visa evitar a aplicação de uma consequência (inconstitucionalidade) que se reputa de indesejável.

§ 3.5. *Idem*: um problema autónomo decorrente da distinção entre regras e princípios

20. Mas a terceira réplica que se coloca a este obstáculo de inconstitucionalidade é mais séria e tem de ser considerada autonomamente, visto que, se uma parte dos seus proponentes projecta os seus efeitos

⁽⁹⁷⁾ Recorde-se ainda a intenção inerente à já mencionada opção de adopção da “máxima *enumeratio ergo limitatio*”, deixando excluídos da suspensão “todos os direitos que não foram enumerados na declaração” pelo órgão presidencial nomeado pela Constituição para este efeito (GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 1106).

⁽⁹⁸⁾ Advertindo este ponto, MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais...*, pp. 145-146, n. 457.

exclusivamente sobre o programa normativo do art. 27.º da Constituição, outros procedem ao seu alargamento em termos que afectam transversalmente a concepção do que é uma Constituição e a garantia da sua força normativa. Na verdade, como se verá, quando adoptada esta última perspectiva transversal, nela se encontra o mais decisivo argumento de fundo que tem estado presente nos esforços de justificação da maioria dos actos inconstitucionais aprovados durante o estado de emergência.

De acordo com esta réplica, a crítica à falta de especificação da suspensão do exercício do direito de liberdade ignora a basilar distinção entre a estrutura das normas-regra e das normas-princípio em que se apoiam os contemporâneos sistemas de direitos fundamentais⁽⁹⁹⁾. Segundo esta visão, exigir aquela suspensão especificada como condição necessária para privação da liberdade física de movimentação, sob pena de inconstitucionalidade por violação do art. 27.º da Constituição, equivaleria a ignorar que o n.º 1 desse art. 27.º contém um princípio carente de ponderação, o qual pode ser derrotado se uma outra norma se apresentar com um peso superior no caso concreto que justifique a sua preferência aplicativa. Sendo evidente a relevância que o direito à saúde (e o dever do Estado de a proteger) assume no presente caso, aqui residiria o fundamento principiológico bastante para fazer derrotar o princípio que enuncia o direito à liberdade. Daí a desnecessidade de recurso a um quadro de suspensão de direitos fundamentais como método legitimador daquilo que poderia ser resolvido através de uma comum ponderação entre normas-princípio.

Como se antecipou, os problemas suscitados por este conjunto de réplicas têm de ser correctamente divididos entre (*i*) os que incidem sobre a interpretação específica do art. 27.º da Constituição (o que implica que os efeitos negativos que resultem dessa interpretação têm, apesar de tudo, um escopo mais limitado) e (*ii*) os que assentam numa visão específica da normatividade constitucional que produz danos transversais sobre a efectividade da Constituição.

21. Quanto à primeira tese (de âmbito específico) — que se debruça sobre o programa normativo concretamente decorrente do art. 27.º —, ela arranca de um correcto exercício de aferição do conteúdo protegido que inclui a verificação da sua génese histórica e que compreende os

⁽⁹⁹⁾ MONIZ LOPES, “Significado...”, p. 148, ss.; numa outra perspectiva que parte do afastamento dos critérios tradicionais de distinção entre regras e princípios mas que, no que aqui releva, adere ao apelo a uma ponderação entre normas conflituantes, RÚBEN RAMIÃO, *Lendo...*, p. 2, ss.

demais elementos objectivos e actualistas de interpretação jurídica⁽¹⁰⁰⁾, em conformidade com a metodologia que o autor destas linhas também tem perfilhado como adequada para a interpretação constitucional. Julga-se, porém, ser detectado um problema na determinação do conteúdo emergente do n.º 2 do art. 27.º da Constituição.

Naturalmente, a distinção entre normas-regra e normas-princípio forma hoje um pilar da interpretação constitucional (e da própria Ciência do Direito), não sendo justificado regressar neste ponto aos esclarecimentos sobre a sua importância para a correcta concretização do sistema de direitos fundamentais. No entanto, ninguém desconhece que o constituinte precisa de potenciar a efectividade de um considerável número de direitos fundamentais como um todo (*als Ganzes*) através da fixação de feixes de direitos que decorrem de um único preceito e que dão origem a pretensões jurídicas individuais⁽¹⁰¹⁾. Quando recorre a essa técnica, é somente natural que algumas dessas normas apresentem uma maior genericidade⁽¹⁰²⁾ e careçam de ser enunciadas com uma feição de princípio (aliás, sob pena de serem totalmente irrealizáveis) e que, diferentemente, o constituinte determine a feição de regra para outras. Trata-se de um fenómeno tão comum como aquele que permite distinguir, dentro do direito à vida como um todo, o princípio da inviolabilidade da vida humana e a regra da proibição de pena de morte ou, dentro do direito à integridade pessoal como um todo, o princípio da inviolabilidade da integridade física ou moral e a regra da proibição da tortura (arts. 24.º e 25.º). Como é bom de ver, ninguém se oporia à conclusão de inconstitucionalidade de uma lei instituidora da tortura com fundamento de que o crítico dessa lei teria despercebido que a norma que consagra a inviolabilidade da integridade pessoal é um princípio que pode ser sujeito a ponderação e é susceptível de ser derrotado: existe adicionalmente uma regra que não pode ser ponderada porque o constituinte a fixou justamente com o propósito de excluir tal ponderação.

É este equívoco que parece ressaltar da leitura do art. 27.º. Para quem atribua ao direito à liberdade previsto no seu n.º 1 um alcance expansivo

⁽¹⁰⁰⁾ Com este exercício metodologicamente irrepreensível, incluindo as origens genéticas e a evolução do art. 27.º da Constituição, MELO ALEXANDRINO, “Devia...”, p. 83, ss.

⁽¹⁰¹⁾ ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 3.ª ed., Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1996, p. 224; REIS NOVAIS, *As Restrições...*, pp. 128-133; SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais: Sumários*, Lisboa, 2002, pp. 130-131; *idem*, *O Direito De Manifestação — Âmbito de Protecção e Restrições*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 50; MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais...*, p. 26.

⁽¹⁰²⁾ Por todos, MONIZ LOPES, “The Syntax of Principles: Genericity as Logical Distinction between Rules and Principles”, in *Ratio Juris*, 30, n.º 4, 2017, p. 471, ss.; *idem*, *Derrotabilidade...*, I, AAFDL, Lisboa, 2019, p. 157, ss.

que incorpore uma liberdade geral de acção com o perfil germânico (localizando-a aqui e não no direito ao desenvolvimento da personalidade consagrado no art. 26.^o)(¹⁰³), é indesmentível que a norma aí prevista apresenta uma indeterminação de conteúdo que impõe a sua ponderação para determinação das suas possibilidades fácticas e jurídicas(¹⁰⁴). Sem a sua compressão perante normas opostas que apresentem um peso superior no caso concreto, o seu âmbito ideal seria irrealizável.

Todavia, a estrutura inerente ao n.º 2 do mesmo artigo não pode ser-lhe assimilada e obter um tal alcance genérico: a Constituição, ao determinar que “ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade”, torna inconfundível para o intérprete, com base no leque de excepções presentes no final desse n.º 2 e no n.º 3 do art. 27.^o, que se refere aqui a um direito específico de *movimentação irrestrita entre diferentes espaços físicos e de proibição de confinamento ou aprisionamento* que apenas pode ser afectado nos casos que a própria Constituição identifica.

Com efeito, não se trata, sublinhe-se, da questão de recorrer a uma “especulação metafísica”(¹⁰⁵) para inferir do leque de excepções previstas na Constituição a conclusão de que o constituinte só pretendia prever essas excepções e não outras. Independentemente do problema envolvido na identificação dessas excepções, a questão aqui discutida é outra: o elenco de excepções efectivamente previstas permite ao intérprete discernir, pelo menos, qual é o âmbito da *regra geral* que seguidamente é excepcionada. Antes de saber se o elenco de excepções será ou não taxativo, importa descobrir primeiro o alcance da norma jurídica que essas excepções visam derrogar. E é desse elenco — decorrente da referência a “pena de prisão ou aplicação judicial de medida de segurança” no n.º 2 e de um numeroso conjunto adicional de excepções no n.º 3 que se referem também, *e sempre*, a um confinamento num determinado espaço físico — que o intérprete obtém os depoimentos suficientes para confirmar que o direito previsto na parte inicial do n.º 2 tem o *conteúdo específico* de protecção contra apri-

(¹⁰³) Para o desenvolvimento desse debate que aqui não pode caber, PAULO MOTA PINTO, “O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade”, in AA.VV., *Portugal — Brasil Ano 2000*, Coimbra, 1999, p. 200, ss.; REIS NOVAIS, *As Restrições...*, pp. 591-593; MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação...*, II, p. 495, ss.; DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 761, ss.; EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Os Direitos De Manifestação e de Reunião no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 52, ss.; RUI MEDEIROS/ANTÓNIO CORTÊS, “Artigo 26.^o”, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS (org.), *Constituição...*, I, p. 611, ss.; SOUSA PINHEIRO/BRITO FERNANDES, *Comentário à IV Revisão Constitucional*, AAFDL, Lisboa, 1999, p. 111.

(¹⁰⁴) GONÇALO BARGADO, “O Estado...”, pp. 303-304.

(¹⁰⁵) MONIZ LOPES, “Significado...”, p. 149.

sionamento ou confinamento num espaço físico específico que impeça a movimentação do titular do direito.

Por ser assim, não é possível identificar no n.º 2 do art. 27.º uma previsão normativa que abranja “todas as situações de qualquer género”⁽¹⁰⁶⁾ de uma dada conduta humana — o que, se tivesse ocorrido, teria implicado a *impossibilidade fáctica e jurídica* de atribuição de *protecção efectiva* com uma amplitude equivalente ao *âmbito de protecção ideal* que a Constituição proclamaria *prima facie*, impondo, então sim, a carência de uma ponderação. Pelo contrário, ela traduz uma previsão de condutas específicas, já delimitadas em termos definitivos por um legislador constituinte que preferiu antecipar as ponderações potencialmente emergentes deste direito e predeterminar os casos e termos em que ele seria derrotado.

Também por isso, longe de se estar perante um problema decorrente da difícil aplicação da exigência prevista no n.º 2 do art. 18.º (exigência de previsão constitucional expressa de qualquer restrição a um direito fundamental), aqui se identifica o problema mais específico da fixação de uma norma-regra, aplicável numa lógica de tudo ou nada, para a qual a própria Constituição fixa os critérios excepcionais que permitem a derrota daquela regra geral.

Não obstante a estranheza que isso pode causar em quem observou o recente surgimento de propostas que procuraram resgatar a constitucionalidade das declarações iniciais do estado de emergência, essa representava, até então, a formulação consensual de uma doutrina e uma jurisprudência nacionais que consideravam pacífica a natureza deontológica do n.º 2 do art. 27.º da Constituição e a natureza taxativa do elenco de excepções previstas nesse artigo⁽¹⁰⁷⁾.

Portanto, para este direito concreto integrado no direito de liberdade como um todo, não pode ser mobilizado o apelo a uma ponderação com princípios opostos que derrotem o direito de liberdade — pelo menos não sem uma suspensão especificada que os órgãos de soberania inicialmente julgaram poder dispensar⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ DAVID DUARTE, *A Norma...*, p. 749.

⁽¹⁰⁷⁾ Successivamente, abstraindo agora da jurisprudência já citada e referindo apenas exemplos do consenso doutrinário, recordem-se GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, I, p. 479; REBELO DE SOUSA/MELO ALEXANDRINO, *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lex, Lisboa, 2000, p. 113; SOUSA PINHEIRO/BRITO FERNANDES, *Comentário...*, p. 114.

⁽¹⁰⁸⁾ Na verdade, o Professor MELO ALEXANDRINO acaba por deixar implícito no seu raciocínio o problema que prejudicaria a viabilização dos decretos governamentais em apreço com fundamento na existência de um princípio susceptível de ponderações quando, no ponto em que equipara “o art. 27.º, n.º 1”, ao “art. 24.º, n.º 1 (que garante o direito à vida)”, ao “art. 25.º, n.º 1 (que garante o direito à inte-

22. Contudo, como se tinha advertido, o problema mais sensível para a normatividade constitucional não decorre desta discussão específica sobre a estrutura do art. 27.º da Constituição — sustentada por quem parte de uma perspectiva *metodologicamente correcta* da interpretação constitucional⁽¹⁰⁹⁾, apenas se divergindo aqui quanto à leitura específica de uma dada norma jusfundamental.

O problema resulta, antes, das perspectivas metodológicas que só permitem derrotar os deveres normativos previstos no art. 27.º pela mesma razão que permitiriam a derrota de quaisquer outras normas jurídicas (constitucionais ou não): está em causa o apelo a uma visão transversal das normas jurídicas que as coloca sob a *precariedade* decorrente da contínua subordinação à ponderação de um intérprete que exige receber o poder de rever a decisão normativa aprovada pela autoridade competente e, consequentemente, de recriar a solução aplicável a cada caso concreto.

Sob esta perspectiva que tem agora um alcance transversal, a discussão juridicamente pertinente já não é a de saber se “os constituintes «quiseram» fazer”, em cada preceito que aprovaram, “todas as ponderações” sobre a afectação de um direito fundamental. É que “a questão relevante, aliás, não é sequer se o «quiseram» fazer. É, ao invés, se tinham sequer «possibilidades naturalísticas» para tal. Importa saber se os constituintes, assim mitificados, eram seres omniscientes que, à data de 1976 (e das revisões constitucionais subsequentes) tudo previram (incluindo o Covid-19) e tudo regularam através de hierarquizações abstractas de normas constitucionais conflituantes”⁽¹¹⁰⁾. Daí a insistência na imprescindibilidade de uma ponderação que pode atingir normas dotadas de qualquer perfil estrutural⁽¹¹¹⁾.

23. É esta perspectiva que tem de ser devidamente enquadrada sob pena de redundar na diluição da eficácia de qualquer norma jurídica, constitucional ou não. Compreende-se que seria impossível abordar aqui os

gridade pessoal)” e ao “art. 26.º, n.º 1 (que, entre outros, garante o direito ao desenvolvimento da personalidade)” afirma certamente que “o art. 27.º, n.º 1, está para cada um desses direitos enunciados em princípios, como o art. 27.º, n.ºs 2 e 3, está para os arts. 24.º, n.º 2, ou 25.º, n.º 2, cuja natureza de normas-regra não é objecto de discussão” (cf. “Devia...”, p. 88 — destaque acrescentado). É precisamente esse o ponto: a estrutura do n.º 2 do art. 27.º, objecto de afectação pelos decretos governamentais, apresenta um perfil deontológico, o que implica o afastamento da ponderação que apelaria a outros bens jusfundamentais como suporte da afectação negativa.

⁽¹⁰⁹⁾ MELO ALEXANDRINO, “Devia...”, p. 83, ss.

⁽¹¹⁰⁾ MONIZ LOPES, “Significado...”, p. 149.

⁽¹¹¹⁾ RÚBEN RAMIÃO, *Lendo...*, pp. 2-3.

méritos inerentes e as cautelas a adoptar no reconhecimento da característica da *derrotabilidade* das normas jurídicas⁽¹¹²⁾. E também é claro que qualquer norma jurídica tem como traço distintivo a *susceptibilidade* de ser derrotada se outra norma sobre ela prevalecer à luz dos critérios de resolução de antinomias reconhecidos no ordenamento jurídico onde se insere. O que se discute é, porém, quais os tipos de normas que *também* podem ser derrotadas, *independentemente* da verificação de critérios de resolução de antinomias de natureza lógica, hierárquica, cronológica ou de especialidade, em virtude de o intérprete se abalçar para uma ponderação e encontrar uma *razão de peso* que afirma ser prevalecente, invocando essa razão de peso como fundamento para a não aplicação de uma estatuição não obstante a verificação da sua previsão.

É justamente neste ponto que a *vontade normativa* da autoridade competente para decretar a solução aplicável a um universo de casos tem de fornecer o critério para definir as *condições de derrota* de cada norma vigente. Através de uma operação hermenêutica, a responsabilidade do intérprete é a de identificar os elementos comprovativos de que o autor da norma (i) decidiu submetê-la a uma reserva de ponderação para a determinação das suas possibilidades fácticas e jurídicas ou (ii) escolheu, inversamente, excluí-la dessa ponderação e predefinir as condições da sua aplicação, independentemente de qualquer razão de peso contrária que o intérprete entendesse invocar.

Tão-pouco se desconhece que, mesmo neste último caso, não pode ser descartada a hipótese de a autoridade normativa incorrer num *erro* e prever uma norma-regra cujas condições de aplicação são física ou logicamente irrealizáveis. Nem é de excluir, evidentemente, uma interpretação ab-rogante lógica. Porém, essa hipótese não é confundível com os casos em que o intérprete propõe a derrota de uma norma, não porque descobre ser impossível a sua aplicação, mas porque *discorda* das condições da sua aplicação, porventura invocando até argumentos que julga convincentes para a substituição dos efeitos normativos pretendidos pelo legislador, nomeadamente a sua alegada *imprevidência* ou a sua incoerência com certos vectores fundamentais do sistema.

A esta discordância, e à conseqüente derrota *valorativa e não lógica* de uma norma aprovada pelo legislador, não pode ser atribuída a designação de interpretação jurídica. Trata-se, antes, de um exercício legiferante

(112) Por todos, para um estimulante desenvolvimento, MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, I, p. 213, ss.; *idem*, “Implicazioni derivanti dalla Genericità nella (In)Coerenza e nella (In)Completezza dei Sistemi Giuridici”, in *Diritto & Questione Pubbliche*, XVII, 2017, n.º 1, p. 275, ss.

que representa — numa feliz expressão usada há cerca de 15 anos entre nós — a “expressão da *altivez* do intérprete” que pretendia denunciar a “alegada *soberba* do constituinte”⁽¹¹³⁾.

⁽¹¹³⁾ Expressão de MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação...*, II, pp. 451-452. Sendo evidente que a discussão sobre qual é o verdadeiro alcance da *derrotabilidade de normas-regra* obrigaria a um desenvolvimento autónomo que se mostra incompatível com a extensão deste texto, importa pelo menos deixar claro, para esclarecimento dos pressupostos dos quais se parte, que não se considera acertada — e, quando estiverem em causa normas constitucionais, menos ainda compatível com uma metódica constitucionalmente adequada — a ideia (com as múltiplas reformulações a que foi sujeita desde a proposta inicial de HART) de que a susceptibilidade de derrota de regras também inclui o resultado de ponderações do intérprete que substituiriam ou reveriam as ponderações já realizadas pela autoridade normativa, não se limitando à resolução dos critérios hierárquicos, lógicos, cronológicos ou de especialidade na resolução de antinomias. Não é suficiente afirmar que as regras se limitam a mostrar uma particular resistência à derrota no contexto de uma ponderação. Isso equivaleria a afirmar que o intérprete ainda se pode considerar autorizado a rever a decisão escolhida pela autoridade normativa, apresentando razões de peso distintas para alcançar a solução que ele não aceitou. É claro que se poderia replicar que a própria exigência de obediência à autoridade normativa deriva de normas que são, elas próprias, princípios sujeitos a ponderação, tais como os princípios da constitucionalidade, da legalidade ou da democracia. Mas, curiosamente, quem propõe essa tese não logra mostrar em que casos e mediante que princípios opostos se justificaria derrotar os próprios princípios da constitucionalidade, da legalidade e da democracia que impõem a obediência às ponderações já fixadas pela autoridade normativa. E não é por acaso que os mesmíssimos exemplos mais clássicos que são apresentados com a intenção de demonstrar a necessidade de revisão e derrota das ponderações expressas em regras são exemplos *aparentes*, porque revelam justamente que as regras em causa teriam sido afastadas através de critérios tradicionais de resolução de antinomias, sendo um equívoco apresentá-las como derrotadas *porque* sujeitas a ponderações com normas-princípio (MONIZ LOPES, “The Syntax...”, p. 471, ss.). Está em causa, por exemplo, o conflito entre duas normas-regra que proíbem parar um veículo junto de uma instalação militar e que proíbem deslocar o veículo com o semáforo vermelho (*ibidem*), tendo o destinatário dessas regras que se depara com um sinal vermelho junto de uma instalação militar que derrotar uma delas, não porque um princípio oposto o imponha, mas porque ambas se enfrentam numa contradição lógica irresolúvel sem o apelo aos princípios que lhes subjazem. O intérprete procede a uma ponderação *porque* as regras incorrem num conflito lógico; a necessidade de recorrer à ponderação é o *efeito* desse conflito e não a *causa* da derrota de uma regra (aliás, sobre o significado dessa contradição lógica que se traduz na impossibilidade fáctica de realizar as condutas prescritas sobre ambas as normas, MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, II, p. 312). E está igualmente em causa o conflito entre a regra que proíbe a circulação de veículos num jardim e a o princípio que obriga uma ambulância a irromper no jardim para recolher e, ou, transportar um doente em estado grave. Abstraindo aqui da questão da incerteza de linguagem que originalmente levou HART a propor este exemplo (o que é um problema totalmente distinto daquele que aqui se trata — cf. *The Concept of Law*, 2.^a ed., Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 128-129), também não é coincidência que quem propõe esse conflito aceite que a sua resolução tem de levar em conta, naturalmente, o superior peso relativo da norma-princípio que consagra os direitos à vida ou à integridade física sobre a norma-princípio que protege o direito ao ambiente (MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, II, p. 172). Esse depoimento coloca a nu o verdadeiro significado desse conflito: a regra infra-constitucional (legal ou regulamentar) que proíbe a circulação num jardim é derrotada perante a superior *força hierárquica* de uma ou mais normas constitucionais que se impõem neste conflito. E essas normas-princípio serão ponderadas com a norma que protege o direito ao ambiente porque a regra que proíbe a circulação num jardim se confronta com normas hierarquicamente superiores. Em nenhum dos casos se verifica, pois, a permissão para que o intérprete reveja e repondere a ponderação já realizada por uma autoridade normativa que decretou duas ou mais

24. Tem de reconhecer-se, de forma realista, que uma parcela das soluções doutrinárias e jurisprudenciais que foram apresentadas para resgatar a prática constitucional de 2020-2021 incorre neste perigo que ameaça a força normativa da Constituição. Mesmo quando alega apoiar-se numa metodologia interpretativa que se proporia distinguir a estrutura dos diferentes tipos de normas jurídicas, a leitura oferecida ignora justamente as consequências que decorreriam dessa estrutura e aventura-se a ponderar o mérito ou a razoabilidade de uma solução que, segundo uma dogmática constitucionalmente adequada, deveria ter sido identificada como definitiva e excluída de ponderações à luz da vontade da autoridade legítima para aprovar a norma que se procura derrotar.

Não é possível exagerar o alcance dos efeitos perniciosos que esta solução produz para a degradação da própria credibilidade da Constituição. A razoável intenção de partida, que consistiria na atribuição de uma protecção adequada aos diversos bens jurídicos em jogo, redundaria num efeito colateral de violentação da vontade constituinte.

O problema ainda mais sério resulta, contudo, da falta de percepção da *caixa de Pandora* aberta com este raciocínio. Continuando ainda com o exemplo da derrogação do n.º 2 do art. 27.º da Constituição — mas agora como mero exemplo, já que este raciocínio se repetirá quanto ao problema seguinte que afecta uma tentativa de ratificação retroactiva de normas inconstitucionais também ensaiada em 2020⁽¹¹⁴⁾ —, a fundamentação em que se apoia reside na *imprevisão* ou mesmo no *aventureirismo* que teria de ser imputado ao legislador constituinte que entendeu esgotar as ponderações na norma constitucional e consagrar uma regra definitiva e insusceptível de ponderação adicional pelo intérprete. Na prática, sustenta-se que o intérprete tem de *pressupor* que o constituinte *só pode ter querido* aprovar uma norma carente de ponderação, e não uma norma definitiva — apesar de quaisquer depoimentos que indiquem o contrário, incorrendo-se, agora sim, numa “especulação metafísica”⁽¹¹⁵⁾ —, porque, se assim não

normas equiordenadas. Aí se encontram os limites da (obviamente ainda existente) derrotabilidade de normas-regra. Pelo contrário, a metodologia que agora se critica procede à extensão indevida dessa característica das normas jurídicas, alargando-a para usá-la como fundamento para derrotar normas jurídicas em condições que a autoridade que as decretou não permitia que elas fossem derrotadas. E justamente porque o objecto dessa falha metodológica consistiu aqui, especificamente, em normas de estalão constitucional, ela deriva igualmente na subscrição de uma metódica constitucional desadequada, cujos efeitos são visíveis nos resultados alcançados desde o início de 2020, que revelaram uma dramática debilitação da própria credibilidade da Constituição e da sua força normativa.

⁽¹¹⁴⁾ V., *infra*, § 4.º

⁽¹¹⁵⁾ MONIZ LOPES, “Significado...”, p. 149.

fosse, teria de concluir-se que ele não decidiu bem, já que o intérprete acabaria por identificar outras razões de peso pertinentes que obrigariam a derrotar a norma que a autoridade constituinte legítima não aceitaria que fosse derrotada.

Por isso, o intérprete deveria puramente ignorar os indícios normativos daquilo que “os constituintes «quiseram» fazer”, porque tal metodologia só poderia ser empregue por quem acreditasse que os legisladores são “seres omniscientes”; pelo contrário, visto que o intérprete tem de assumir que eles são “pessoas normais e que não previram mais do que o que conseguiam prever”⁽¹¹⁶⁾, aqueles indícios da vontade normativa não são obstáculo à eleição de novas razões de peso que derrotem a norma aprovada pelo legislador.

25. Esta metodologia de revisão substitutiva de normas vigentes não terá considerado o real alcance do seu raciocínio — daí a referência feita à *caixa de Pandora* de derrogação global das normas constitucionais que por ele é aberta. Na realidade, esta linha argumentativa empreendida por quem, bem-intencionadamente, procura salvaguardar bens fundamentais afectados pela actual situação de calamidade pública é rigorosamente adaptável, sem esforço, por quem pretenda a supressão da dignidade pessoal ao serviço de derivas anti-constitucionais.

Não existe qualquer exagero nesta sugestão:

- i) Se o constituinte entendeu proibir a pena de morte porque considerou insuficiente a afirmação do princípio da inviolabilidade da vida humana e entendeu ser decisiva a exclusão daquela proibição de qualquer ponderação adicional (n.º 2 do art. 24.º), pode o intérprete replicar que o constituinte se arvorou em ser mitológico e não anteviu a necessidade de salvaguardar a pena de morte para situações de estado de guerra em que um cidadão traiçoe a Pátria em termos tais que coloque em causa a sua sobrevivência — podendo sossegar-se o intérprete por garantir que essa ponderação apenas terá lugar em casos *excepcionais* e devidamente *limitados* para impedir o seu arbítrio —, devendo supor-se que o constituinte teria autorizado essa excepção se a tivesse imaginado;
- ii) Se o constituinte também entendeu proibir penas com carácter perpétuo (n.º 1 do art. 30.º), pode sugerir-se que apenas o fez

⁽¹¹⁶⁾ *Ibidem*.

porque redigiu o preceito num momento em que não poderia suspeitar da dimensão que atingiriam crimes tão degradantes como a pedofilia ou, noutro plano, da ameaça que o terrorismo representaria para as sociedades contemporâneas, então ainda não perceptível; contudo, o intérprete actual, sabendo aquilo que o constituinte não sabia, poderá agora ponderar se ele desejaria ou não ter previsto uma excepção ao n.º 1 do art. 30.º no caso de ter legislado à data de hoje, determinando, em caso positivo, o reconhecimento de uma nova regra excepcional que derrota a regra constitucional num caso que nela não foi previsto, mas sempre com o devido fundamento numa norma principiológica em que a nova excepção se baseia;

- iii)* Num exemplo distinto, se o constituinte julgou que o Chefe do Estado não poderia ser reeleito para um terceiro mandato consecutivo ou que o mandato dos juizes do Tribunal Constitucional não é renovável (n.º 1 do art. 123.º e n.º 3 do art. 222.º), apenas o fez porque laborou tendo em vista o perfil de um cidadão médio e desconsiderando a possibilidade de surgir uma personalidade adequada que, fruto das suas qualidades ímpares, justificaria a consagração de uma norma excepcional que derrotasse aquelas regras gerais; mas o intérprete, tendo presente as novas circunstâncias, pode adequar a ponderação limitada do constituinte não omnisciente à luz dos dados presentes.

Os exemplos multiplicar-se-iam, mas eles foram escolhidos propositadamente para clarificar que os efeitos da permissão desta metodologia recreativa das normas jurídicas abalariam os alicerces do princípio da constitucionalidade e do princípio da legalidade democrática a que se referem o n.º 3 e o n.º 2 do art. 3.º da Constituição, porquanto poderiam ser reproduzidos para contestar qualquer norma de qualquer perfil (material, procedimental ou organizatório) constante de qualquer acto (constitucional, legal ou regulamentar). E, sobretudo, destruiriam a utilidade das garantias decorrentes de ponderações predefinidas pelo constituinte também nos próprios casos em que elas visavam proteger bens fundamentalíssimos mais conexos com as facetas pessoais da dignidade humana.

26. Nem seria possível objectar que este paralelismo não teria sentido em virtude de consistir numa extrapolação de um raciocínio que foi agora usado, numa situação de calamidade sem precedentes na História mais recente, e que não poderia ser repetível noutros casos. Os fundamen-

tos apresentados para derrotar as ponderações predefinidas pelo constituinte, embora sustentados na preocupação de proteger interesses relevantes para a comunidade, podem ser substituídos por quaisquer outros que um intérprete futuro entenda aproveitar como justificação convincente para derrotar uma opção constituinte prévia.

Nem, por sua vez, se pode escapar do problema por se argumentar que esta crítica estaria a exagerar os perigos de uma tal concepção normativa, desconsiderando que sempre existirão no sistema da Constituição os pontos de apoio suficientes para identificar os limites a uma ponderação não autorizada pelo constituinte, impedindo os resultados *ad terrorem* agora denunciados. Sucede que esses são os exactos limites que tal concepção já destruiu, visto que — aliás num momento de crise constitucional como o actual — acaba de demonstrar a sua disposição para continuar a procurar argumentos para desdizer as balizas normativas vigentes quando delas discorda por considerar equivocadas as ponderações já realizadas pela autoridade normativa. Nos casos em que o constituinte fixa as condições de derrotabilidade de uma norma fundante do sistema, o intérprete encontra-se pronto para asseverar que essas condições não podem ser lidas do modo como se encontram fixadas e precisam de ser recriadas num exercício não sancionado em parte alguma do sistema constitucional.

Se esse exercício é possível num caso, então é possível em todos os demais casos abstractamente equacionáveis na vida constitucional, porque a fronteira passa a residir, não nas ponderações já fechadas pelo constituinte, mas na opinião do intérprete quanto às ponderações que devem ou não encontrar-se encerradas de acordo com a sua própria escala de valores. Visto que o intérprete não dispõe de autoridade normativa, ele não pode impedir que qualquer outro intérprete posterior apresente uma escala opinativa distinta, revendo também as balizas que no presente se alega estarem fechadas à ponderação e colocando em crise qualquer outra norma que discorde do seu próprio sistema ponderativo pessoal, o que pode incluir tanto limites competenciais quanto bens jurídicos fundamentais.

Numa metodologia constitucional adequada, o intérprete não poderia admitir que as ponderações definitivamente previstas pelo constituinte sejam *neutralizadas e revistas por razões materiais* — isto é, sendo a sua derrota admitida logo que as razões de peso invocadas sejam substancialmente relevantes —, devendo entender, ao invés, que elas seriam *vedadas por razões estruturais* — isto é, em razão da estrutura da norma que evidenciou que o constituinte proibiu a ponderação, independentemente da força material das razões de peso invocadas.

Mas no caso em que essa metodologia é recusada e se aceita a revisão da escolha constituinte por motivos materiais que o intérprete escolheu segundo a sua escala pessoal de valores, fica aberta a porta para que futuras razões materiais que se mostrem suficientemente convincentes sejam novamente invocadas para derrotar qualquer outra norma constitucional, seja qual for a sua importância para o ordenamento jurídico. A única barreira eficaz contra essa tentação é a da adopção de uma metodologia que identifique, por via interpretativa, os casos que a legítima autoridade constituinte entendeu submeter a uma reserva de ponderação ou excluir dessa reserva e blindar numa regra definitiva. Qualquer outro exercício abre a porta para a tentação de revisão criativa das normas constitucionais que destrói a sua normatividade⁽¹¹⁷⁾.

§ 4.º

Segundo exemplo: a utilização de competências de declaração do estado de emergência para a ratificação retroactiva de actos inconstitucionais

27. Como também se antecipou, este último problema de desrespeito pela estrutura das normas constitucionais e pela efectividade da sua vigência é que subjaz ao segundo exemplo que foi seleccionado para este estudo para ilustrar os problemas de constitucionalidade envolvidos no exercício dos poderes normativos do Governo no contexto do estado de emergência.

Esse problema resulta da opção inscrita desde o art. 7.º do Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, e reiterada nos dois Decretos sub-

⁽¹¹⁷⁾ Num claro exemplo, RÚBEN RAMIÃO fez um esforço para relativizar os perigos desta concepção debilitante da normatividade constitucional por esclarecer que não pretendia sustentar “que não existam normas inderrotáveis, porque elas existem”, apresentando como ilustração “a norma que consta do enunciado «em caso algum haverá pena de morte»”, que “é uma norma que não se pode derrotar, a não ser que se substitua a Constituição por outra, uma nova Constituição” (cf. *Lendo...*, p. 4). O problema reside precisamente no facto referido no texto: a argumentação (baseada em argumentos certamente ponderosos) que foi recrutada para neutralizar as ponderações definitivamente previstas pelo constituinte no n.º 5 do art. 19.º, no n.º 2 do art. 27.º ou na alínea *d*) do art. 134.º da Constituição, uma vez admitida por razões materiais — isto é: sendo admitida desde que as razões de peso sejam substancialmente relevantes —, pode passar a ser usada para qualquer outra norma que o intérprete creia ser hoje inderrotável, a qual não resistirá amanhã a novas razões ponderosas que não foram por agora antevistas.

sequentes, segundo os quais “*são ratificadas todas as medidas legislativas e administrativas adoptadas no contexto da presente crise, as quais dependam da declaração do estado de emergência*”.

Não é difícil identificar o alcance desta disposição: no dizer da nossa doutrina, ela procurou assegurar que “todas as medidas restritivas adoptadas anteriormente ou que venham posteriormente a ser adoptadas e que pressupusessem ou pressuponham a declaração do estado de emergência, mas tivessem sido ou sejam aprovadas à sua margem, são «ratificadas»” — numa palavra, atribuindo à declaração de excepção “o poder de sanar, por decreto, inconstitucionalidades ocorridas no passado, no presente ou no futuro”, desde que elas fossem cometidas “no contexto da presente crise”⁽¹¹⁸⁾.

Uma tal iniciativa mostra-se tão anómala para o contexto de um Estado de Direito que mesmo entre as sensibilidades tendencialmente dispostas a resgatar outras soluções inconstitucionais dos Decretos presidenciais e governamentais foi difícil encontrar quem aceitasse justificar esta inédita ratificação. Uma significativa excepção na nossa doutrina que procurou justificar essa solução apoiou-se na própria natureza do estado de excepção, atendendo aos bens jurídicos que ele visa tutelar — que naturalmente o torna um método de garantia da Constituição e não um fenómeno de ruptura com a Constituição —, que tornaria inevitável a necessidade de permitir a viabilização constitucional de medidas que hajam sido aprovadas com eficácia imediata sem poder aguardar pela declaração de excepção. Adicionalmente, numa ponderação constitucionalmente adequada, em favor da ratificação retroactiva também poderia ser invocada a razão de peso do *princípio da igualdade*, impedindo diferenciações injustificadas entre quem foi lesado antes e depois da declaração de excepção⁽¹¹⁹⁾.

28. O motivo pelo qual se preferiu iniciar este estudo por identificar os problemas atinentes às inconstitucionalidades por violação material de normas de direitos fundamentais é que o tipo de justificações empregues para justificar essas inconstitucionalidades é equivalente ao que é agora usado neste ponto. Os preocupantes efeitos de derrogação da força normativa da Constituição são transversais em qualquer deles. O que está em causa é, em todos os casos, a invocação do *bem comum* que o Direito da

⁽¹¹⁸⁾ Formulação crítica de REIS NOVAIS, “Direitos...”, p. 94, n. 15.

⁽¹¹⁹⁾ RÚBEN RAMIÃO, *A Eficácia Retroactiva do Estado de Emergência (Resposta a Jorge Reis Novais)*, ICJP, Lisboa, 2020, in <https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/a_eticacia_retroativa_do_estado_de_emergencia_resposta_a_jorge_reis_novais_0.pdf>.

Exceção visaria prosseguir como razão de peso para derrotar regras jurídicas que o constituinte, num caso, considerou inderrotáveis e, noutros casos, definiu que só poderiam ser derrotadas em hipóteses que não incluem a desejada pelo intérprete.

29. A primeira norma-regra em causa tem ainda um alcance limitado e insuficiente para responder à questão, mas não deixa de colocar um problema a que a doutrina mais permissiva ainda não respondeu. Sendo ostensiva a preocupação do constituinte pela *limitação temporal* do estado de exceção — fixando-o, como bem se sabe, em 15 dias, nos termos do n.º 5 do art. 19.º —, não foi explicado como atribuir à declaração do estado de emergência uma vigência simultaneamente retrospectiva e prospectiva que, é claro, ultrapassa em absoluto esse limite temporal. Na verdade, ao pressupor que o Decreto de Exceção tem a virtualidade de restaurar a validade e aplicabilidade de normas inconstitucionais previamente aprovadas, esta interpretação tem de assentar na premissa de que o Decreto produziu efeitos na data da aprovação dessas normas, o que implica que a declaração do estado de emergência (que só foi renovada 15 dias depois) vigorou, no mínimo, por cerca de *três semanas* (desde que as primeiras normas restritivas começaram a ser aprovadas)⁽¹²⁰⁾.

30. Em todo o caso, perante a insuficiência dessa primeira regra (com um alcance formal) para uma resposta dogmaticamente robusta, as duas seguintes normas-regra cuja vigência o intérprete gostaria que não existisse — pelo menos com o alcance que a autoridade constituinte entendeu impor — fundamentam-se no n.º 3 do art. 3.º e no n.º 1 do art. 277.º da Constituição, em cujos termos (i) a *validade dos actos jurídico-públicos depende da sua conformidade com a Constituição*, (ii) sendo essa conformidade apurada tanto com o disposto na Constituição quanto com os princípios nela consignados, sob pena de *inconstitucionalidade*.

Como sempre sucede para a concepção que aqui se critica, apressadamente se dirá que existiria um equívoco na invocação dessas normas constitucionais, visto que a indeterminação com que ela é prevista denunciaria a sua natureza principiológica, sujeitando-a novamente à susceptibilidade de ponderação com outras razões de peso que encontrassem suporte na Constituição — nomeadamente aquelas que o intérprete considerar úteis para derrotar a solução positivada no texto.

(120) Quanto a esse problema, VITALINO CANAS, “O Império...”, p. 822.

Trata-se, porém, do mesmo equívoco anteriormente detectado. É evidente que ao enunciado do n.º 3 do art. 3.º da Constituição também subjaz uma norma-princípio de elevada indeterminação — o *princípio da constitucionalidade* —, que encontra múltiplas refracções no ordenamento e que explica, desde logo, o sistema de fiscalização construído nos arts. 277.º e seguintes da Constituição. Pela ambição do seu âmbito normativo ideal, o princípio da constitucionalidade tem de ser sujeito a significativas ponderações que lhe impõem a cedência perante outros princípios constitucionais — o que se detecta, para não ir mais longe, no respeito pela segurança jurídica, pela equidade ou por outros interesses públicos identificados nos n.ºs 3 e 4 do art. 282.º ou no respeito por compromissos internacionais nos termos do n.º 2 do art. 277.º⁽¹²¹⁾.

Contudo, não é (ou não é só) essa norma-princípio que é afectada pela ratificação retroactiva agora proposta. Esta ofende, antes do mais, as *regras* — e não o princípio — que condicionam a *validade* de um acto jurídico-público à sua conformidade com a Constituição. Quando o constituinte entende submeter o princípio da constitucionalidade a uma ponderação que o faz ceder perante outros interesses jurídicos, não coloca em causa esta *regra de validade*; apenas aceita restringir os efeitos que resultariam de uma declaração de inconstitucionalidade, admitindo que actos inconstitucionais vejam os seus efeitos de facto juridificados em atenção à protecção necessária a certos bens suficientemente relevantes. Isso não equivale a transformar em válido aquilo que é inválido e a branquear como conforme com o ordenamento aquilo que este declarou ser desconforme⁽¹²²⁾.

31. Pelo contrário, ao supor que o bem comum inerente ao “*contexto da presente crise*” justifica a ratificação de “*todas as medidas legislativas e administrativas*”, o Direito de Excepção aprovado entre nós pro-

⁽¹²¹⁾ RUI MEDEIROS, *Os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999, p. 546, ss. e 676, ss.; BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, II, 2.ª ed, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 209, ss. e 337, ss.

⁽¹²²⁾ A nossa doutrina já há muito esclareceu que o ordenamento, ao salvaguardar certos efeitos de facto produzidos ao abrigo da norma inconstitucional, não se projecta sobre esta mas sim sobre a aparência jurídica que pode ter produzido uma confiança que cumpre proteger: a lei inconstitucional não produz efeitos jurídicos, mas uma mera aparência (*putatividade*) que pode ter de ser salvaguardada; e mesmo no caso de ressalva de casos julgados, nem então é a lei inconstitucional a produzir efeitos, mas sim o ordenamento que decide “salvaguardar juízos precedentes sobre a inconstitucionalidade” que são distintos do juízo que finalmente identificou a inconstitucionalidade — MIGUEL GALVÃO TELES, “Inconstitucionalidade Pretérita”, in JORGE MIRANDA (org.), *Nos Dez Anos da Constituição*, INCM, Lisboa, 1987, pp. 329-330; JORGE MIRANDA, *Manual...*, VI, 3.ª ed., pp. 106-107; SALGADO DE MATOS, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 252-253.

fere um comando normativo que expressa uma intenção de produção de um *efeito convalidante* sobre normas jurídicas nascidas inconstitucionais. Admite-se que um universo de normas aprovadas em momento anterior ao Decreto de Exceção terá sido produzido em desconformidade com a Constituição, razão pela qual ficou sujeito à estatuição que determina o seu desvalor nos termos do n.º 3 do art. 3.º e do n.º 1 do art. 277.º da Lei Fundamental — independentemente de se determinar (em momento logicamente ulterior) se a ponderação envolvendo o princípio da constitucionalidade permitiria ou não a consolidação de alguns dos seus efeitos fácticos. Porém, os referidos Decretos impõem a solução oposta: naquele que já foi apelidado como um “retorno à figura dos *bills de indemnidade*”⁽¹²³⁾, eles julgam-se constitucionalmente autorizados pelos interesses envolvidos num estado de exceção a emitir um juízo retroactivo de validade de normas que se admite terem nascido inválidas. Em resultado disso, supõe-se que um universo de normas que entrou no ordenamento estando ferido por uma cominação constitucional de invalidade pode ser purificado como válido depois da aprovação de um acto de exceção.

É isso mesmo que o nosso ordenamento não aceita⁽¹²⁴⁾: as específicas normas-regra que (também) emergem do n.º 3 do art. 3.º e do n.º 1 do art. 277.º da Constituição — que se relacionam com a norma-princípio da constitucionalidade mas que se não confundem com esta — não conhecem na Lei Fundamental uma outra norma jurídica, seja ou não a propósito do regime do estado de exceção previsto no art. 19.º, que seja reconhecida como vigente entre nós e que permita derrotar as primeiras. Naturalmente, seria a quem pretendesse alegar a possibilidade de identificar uma norma derogatória das referidas regras que caberia o ónus de provar a sua existência. Mas esse ónus nunca foi satisfeito porque ele é inexequível: também neste caso, o constituinte entendeu proceder a todas as ponderações que considerou pertinentes e blindar as regras emergentes do n.º 3 do art. 3.º e do n.º 1 do art. 277.º com uma estrutura definitiva que não é sujeita a ponderações ulteriores.

De resto, sabe-se bem que a sugestão de identificação de casos em que seria permitida a ratificação de normas inconstitucionais — a qual encontra conhecidas raízes centenárias entre nós⁽¹²⁵⁾ — nunca obteve ade-

(123) Na formulação crítica de NOGUEIRA DE BRITO, “Modelos...”, p. 25.

(124) VITALINO CANAS, “O Império...”, pp. 820-822; RUI LANCEIRO, “Breves Notas...”, pp. 734-735.

(125) MARNOCO E SOUZA, *Direito Político...*, pp. 746-747 e 784-788; AFONSO COSTA, *Lições...*, pp. 61-64; JORGE MIRANDA, “A Ratificação no Direito Constitucional Português”, in *Estudos sobre a Constituição*, III, Petrony, Lisboa, 1979, p. 598; *idem*, *Manual...*, 1/2, 10.ª ed., 2014, p. 48.

são nesses termos pela jurisprudência constitucional, que a recusou em geral⁽¹²⁶⁾ e apenas revelou um entendimento flexível em casos limitados no plano orgânico, sem nunca se imaginar a hipótese da sua retroactividade⁽¹²⁷⁾. Ela não pode ser equacionada quando se procura a ressurreição da validade de soluções materialmente inconstitucionais, sobretudo por terem ofendido o conteúdo de bens jusfundamentais.

32. Mas esta conclusão impõe um esclarecimento adicional. Tal como a doutrina tem sublinhado, é fácil identificar um *terceiro fundamento* de inconstitucionalidade de uma suspensão retroactiva do exercício de direitos fundamentais, o qual decorre dos *limites implícitos* à declaração do estado de sítio ou emergência: se o n.º 3 do art. 18.º da Constituição não consente que uma restrição de um direito fundamental seja desprovida de carácter geral e abstracto ou tenha carácter retroactivo, não se entenderá que a suspensão do seu exercício se encontre dispensada dos mesmos requisitos, tanto mais quando o art. 19.º não procede a qualquer dispensa⁽¹²⁸⁾. Uma vez mais, tem de sublinhar-se que incumbe a quem sustenta que o estado de excepção permite a afectação retroactiva de direitos fundamentais o ónus de identificar o fundamento normativo para impor a solução distinta daquela que resulta do n.º 3 do art. 18.º.

Todavia, perante a réplica de que é exactamente a natureza de último recurso inerente ao estado de excepção que torna justificável uma permissão de retroactividade que é desconhecida para as leis restritivas⁽¹²⁹⁾, o esclarecimento a ter em mente é que não é sequer possível apresentar o Direito de Excepção como o *fundamento* real para uma alegada ponderação susceptível de comprimir a proibição de retroactividade das afectações negativas jusfundamentais. O problema reside, novamente, na tendência transversal que acima se notou: na visão muito específica de toda a normatividade constitucional que submete qualquer prévia ponderação aprovada pelo constituinte a uma nova revisão do intérprete, a quem incumbe perscrutar se não existirão interesses inerentes à sua concepção de *bem comum* que neutralizem as escolhas positivadas pela autoridade legitimada para o efeito. E essa visão é mantida, naturalmente, também em normalidade constitucional.

⁽¹²⁶⁾ Acórdãos n.ºs 190/85 (Proc. 166/84); 78/86 (Proc. 23/84); 63/91 (Proc. 588/88).

⁽¹²⁷⁾ Acórdãos n.ºs 786/96 (Proc. 445/92); 368/2002 (Proc. 577/98); 563/2003 (Proc. 578/98); 321/2004 (Proc. 792/03); 602/2005 (Proc. 514/05); 490/2011 (Proc. 784/09).

⁽¹²⁸⁾ JORGE MIRANDA, “Artigo 19.º”, p. 412; CATARINA BOTELHO, “Os Estados...”, p. 80.

⁽¹²⁹⁾ RÚBEN RAMIÃO, *A Eficácia...*, pp. 5-6.

Para comprovar esta conclusão, basta recordar a conhecida circunstância de a disposição consagrada a partir do art. 7.º do Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020 não representar qualquer exclusivo própria da declaração de emergência, antes reiterando a técnica paralela utilizada pelo legislador ordinário, através da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de Março, cujo artigo inicial anunciou que o seu primeiro propósito, antes de qualquer outro, era o da *ratificação* das medidas ablativas previamente aprovadas num decreto-lei não autorizado (o Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de Março). Foi nesses termos que o art. 2.º da Lei n.º 1-A/2020 aprovou uma *retroactiva* “*ratificação de efeitos*”, em cujos termos “o conteúdo do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de Março, é parte integrante da presente lei, produzindo efeitos desde a data de produção de efeitos do referido decreto-lei”.

Como é sabido, esse decreto governamental, aprovado no dealbar da crise pandémica, impôs medidas que incidiram sobre a generalidade dos sectores da actividade jurídica e económica, incluindo a afectação negativa de múltiplos direitos fundamentais como aqueles envolvidos na suspensão de actividades lectivas, não lectivas e formativas (art. 9.º), na mobilização de trabalhadores (art. 10.º), na proibição de certas deslocações dentro e fora do território nacional (como as viagens de finalistas previstas no art. 11.º), na suspensão do acesso ao público de estabelecimentos de restauração e bebidas e demais estabelecimentos comerciais (art. 12.º), na restrição do acesso a edifícios e serviços públicos (art. 13.º), para não falar do método caótico com que os arts. 14.º e 15.º regularam a suspensão de diligências processuais e procedimentais em afectação do direito de acesso à justiça e de diversos direitos dos administrados⁽¹³⁰⁾.

Ninguém objectaria que este elenco normativo produziu multitudinários efeitos restritivos sobre um universo de normas jusfundamentais, estando totalmente descoberto de qualquer credencial parlamentar decorrente da alínea *b*) do n.º 1 do art. 165.º da Constituição⁽¹³¹⁾. Portanto, não se imaginaria que alguém negasse que o Decreto-Lei n.º 10-A/2020, quando entrou em vigor, se mostrava ferido de invalidade nos termos do n.º 3 do art. 3.º e do n.º 1 do art. 277.º da Constituição.

É neste quadro que a Lei n.º 1-A/2020 se propõe reintroduzir no sistema jurídico português uma já extinta figura da “*ratificação*”, não se limitando a adoptar como suas as normas constantes do Decreto-Lei n.º 10-

⁽¹³⁰⁾ Para um estudo desenvolvido desse regime no plano jurídico-administrativo, JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, Almedina, Coimbra, 2020.

⁽¹³¹⁾ RUI LANCEIRO, “Breves Notas...”, pp. 734-735.

-A/2020 mas determinando a sua *eficácia retroactiva* (“desde a data de produção de efeitos do referido decreto-lei”).

Portanto, o intérprete ficaria condenado a um de dois efeitos:

- i) Ou se lê o art. 2.º da Lei n.º 1-A/2020 no sentido de que ele pretende declarar a validade (*convalidação* por acto infra-constitucional) de normas que nasceram inválidas à luz da Constituição;
- ii) Ou, pelo menos — e é esse o sentido que mais literalmente decorre do seu enunciado —, pretende o legislador que aquelas normas sejam aplicáveis *como parte da própria lei parlamentar*, e não do anterior decreto-lei, beneficiando da credencial própria de um acto parlamentar.

O problema é que, mesmo neste segundo caso, isso não implica mais do que *atribuir às normas restritivas constantes da lei parlamentar uma eficácia retroactiva*, em grosseira violação do disposto no n.º 3 do art. 18.º da Constituição⁽¹³²⁾.

E é por isso que, como se advertiu, nem mesmo o mecanismo do estado de excepção salva a sua constitucionalidade: ainda para quem entendesse (em petição de princípio, sem encontrar um fundamento normativo para tanto) que a suspensão do exercício de direitos fundamentais a que se refere o art. 19.º da Constituição pode ter efeito retroactivo, é claro que os Decretos presidenciais nunca abrangeram o universo massivo de direitos fundamentais restringidos pelo Decreto-Lei n.º 10-A/2020 e, aquando da incorporação deste, pela Lei n.º 1-A/2020 — a começar pelas vultuosas afectações de direitos de natureza processual e procedimental aprovadas pelo legislador ordinário.

Foi, pois, para responder a este dilema que os Decretos presidenciais aceitaram subscrever aquela formulação tão inédita para um Estado de Direito: eles propuseram declarar “*ratificadas todas as medidas legislativas e administrativas adoptadas no contexto da presente crise*”, tendo presente que nem mesmo a suspensão do exercício de direitos fundamentais especificados cobriria o alcance das normas restritivas aprovadas pelo legislador.

Mas, como é de ver, essa *ratificação global*, própria de um modelo pré-constitucional e desconhecida dos nossos modelos constitucionais, não se coaduna minimamente com as exigências de “especificação” previstas no n.º 5 do art. 19.º da Constituição.

(132) VITALINO CANAS, “O Império...”, pp. 820-822.

33. Portanto, mesmo para quem julgasse possível a declaração retroactiva do estado de excepção, o fenómeno aqui identificado tão-pouco consegue encontrar fundamento no art. 19.º da Lei Fundamental. Esse fundamento é, antes, imputável à concepção *para-constitucional* que se vem relatando, a qual foi sendo adoptada, desde Março de 2020, de modo transversal pelos Decretos de Excepção, pela legislação ordinária e pelos actos governamentais sob forma regulamentar.

Essa concepção traduz-se, em suma, na crença de que *qualquer norma jurídica (constitucional ou infra-constitucional), de qualquer perfil (deontológico ou principiológico), incidindo sobre qualquer matéria mais ou menos significativa (protecção de direitos, repartição de competências ou definição de procedimentos), está sujeita a uma reserva de ponderação que pode culminar na sua derrota no caso de o intérprete conseguir identificar interesses juridicamente relevantes que, à luz de uma concepção adequada de bem comum, devam prevalecer sobre as normas positivadas.* Deve, para tanto, presumir-se que o constituinte teria acolhido essa revisão das soluções que escolheu se tivesse sido confrontado com os novos dados apresentados pelo intérprete.

Numa palavra: trata-se da substituição da vigência da Constituição normativa por um *common good constitutionalism*⁽¹³³⁾, que entende deixar “em quarentena” a própria Constituição⁽¹³⁴⁾. Não parece aconselhável que o referido modelo garantístico de tipo suspensivo adoptado pela nossa Constituição⁽¹³⁵⁾, estritamente pensado para defesa da ordem constitucional e para o seu pronto restabelecimento em respeito pelo domínio da proporcionalidade e do controlo mútuo entre órgãos constituídos⁽¹³⁶⁾, deva ser sujeito a essa proposta substitutiva.

(133) ADRIAN VERMEULE, “Beyond Originalism”, in *The Atlantic*, disponível em <<https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/>>; para a devida apreciação das suas consequências, ERIC POSNER/ADRIAN VERMEULE, *The Executive...*, p. 113, ss.; e, antes, naturalmente, CLINTON ROSSITER, *Constitutional Dictatorship*, Princeton University Press, Princeton, 1979, p. 298, ss.

(134) CHIARA TRIPODINA, “La Costituzione al tempo del Coronavirus”, in *Costituzionalismo.it*, n.º 1, 2020, p. 83; e, com crítica mais desenvolvida, DAVID DYZENHAUS, “Schmitt v. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order?”, in *Cardozo Law Review*, 27, 2006, p. 2005, ss.; para censura entre nós, RAQUEL CASTRO, “Direito...”, pp. 647-648.

(135) NOGUEIRA DE BRITO, “Commentary...”, pp. 32-33; ANA RAQUEL MONIZ, “State...”, pp. 20-24.

(136) JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, p. 429, ss.; *idem*, “Artigo 19.º”, pp. 409-414; BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, II, pp. 781, ss. e 825, ss.; MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação...*, II, pp. 436-437, n. 1840; *idem*, *Direitos Fundamentais...*, pp. 142-146; *idem*, *Conceito...*, p. 6; GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, I, 399-405; CRISTINA QUEIROZ, *Direito Constitucional...*, p. 346.