

COMPREENDER O ESTADO DE EXCEÇÃO CONSTITUCIONAL

GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO*

Resumo: O estado de exceção parece encerrar o paradoxo de a ordem constitucional se defender através da sua própria suspensão. A Constituição procura dissolver este paradoxo através de um modelo de suspensão regulada, situado entre os extremos da suspensão integral e do negacionismo da exceção. A essência deste arquétipo exprime-se através de dois enunciados fundamentais: defesa proporcional da ordem constitucional e limites categóricos ao poder de emergência. Estes concretizam-se através dos regimes da suspensão do exercício de direitos (a vertente material) e da organização do poder de emergência (a vertente orgânica). Apesar das suas virtudes, este modelo não evita duas vulnerabilidades crónicas dos regimes jurídicos de exceção: a impossibilidade de garantir o restabelecimento da normalidade e a possibilidade de os meios de defesa serem insuficientes. A resposta constitucional ao espectro do decisionismo é um último reduto de ética de convicção perante a aleatoriedade do mundo.

Palavras-chave: estado de exceção; paradoxo da suspensão; suspensão regulada; proporcionalidade; limites categóricos; direitos fundamentais; poder de emergência.

Sumário: 1. Introdução. 2. Natureza do Estado de Exceção. 3. Um Modelo de Suspensão Regulada. 4. Suspensão do Exercício de Direitos. 5. Organização do Poder de Emergência. 6. O Espectro do Decisionismo.

1. INTRODUÇÃO

Em 18 de Março de 2020, o Presidente da República declarou um *estado de emergência*, com fundamento na verificação de uma situação de calamidade pública gerada pela propagação do vírus SARS-CoV-2 e pela incidência da doença COVID-19.¹ A declaração foi renovada por duas vezes — em 2 de Abril e 17 de Abril —, tendo caducado em 2 de Maio.² Com o agravar da crise sanitária em finais de 2020, o Presidente da República voltou a declarar um estado de emergência, em 6 de Novembro de 2020, que tem vindo a ser sucessivamente renovado.³ Este segundo período tem sido muito longo por comparação com

* Juiz Conselheiro do Tribunal Constitucional. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Email: gmvaribeiro@gmail.com. Este texto desenvolve e aprofunda ideias esboçadas pelo autor num ensaio intitulado «O Estado de Exceção Constitucional», publicado no Jornal Observador em 25 de Março de 2020.

¹ Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de Março.

² Decreto do Presidente da República n.º 17-A/2020, de 2 de Abril. Decreto do Presidente da República n.º 20-A/2020, de 17 de Abril.

³ Decreto do Presidente da República n.º 51-U/2020, de 6 de Novembro. À data da conclusão deste texto, em 2 de Abril de 2021, a declaração do estado de emergência em 6 de Novembro

o primeiro, perdurando há vários meses. Significa isto que vivemos boa parte do último ano sob um regime jurídico de excepção, que se caracteriza por uma *limitação anormal de liberdades fundamentais* e uma *concentração anormal de poder executivo*. Trata-se de uma novidade absoluta na história da democracia constitucional portuguesa e de um fenómeno escassamente estudado e compreendido pelos juristas práticos, assoberbados com o quotidiano da aplicação do direito e razoavelmente convencidos, até há bem pouco tempo, de que o assunto se revestia de estrito interesse académico.

O estado de emergência é regulado em primeira linha no artigo 19.º da Constituição, por sua vez regulamentado pela Lei n.º 44/86, de 30 de Setembro. Trata-se de uma de duas situações — a outra é o estado de sítio — em que se admite a «suspensão do exercício de direitos». A terminologia neste domínio é muito variável ao longo da história, entre tradições jurídicas e nas diferentes leis: estado de necessidade, estado de emergência, estado de sítio, estado de excepção ou lei marcial são designações antigas e recorrentes.⁴ Ainda que castigada por uma memória traumática, a expressão *estado de excepção* é a mais extensa e sugestiva, compreendendo todo o fenómeno a que respeitam o estado de emergência e o estado de sítio tal como se encontram previstos no texto constitucional.⁵ Ambos os estados são *formais*, porque resultam de uma declaração solene emitida de acordo com determinadas regras, e *causais*, porque se fundam na verificação de determinados pressupostos comuns — agressão efectiva e iminente por forças estrangeiras; grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática; ou calamidade pública. O estado de emergência é menos severo do que o estado de sítio, o que se traduz em só a declaração deste poder determinar a suspensão de *todos os direitos fundamentais* disso

já foi renovada uma dezena de vezes: em 20 de Novembro, 4 de Dezembro, 17 de Dezembro, 6 de Janeiro, 13 de Janeiro, 28 de Janeiro, 11 de Fevereiro, 25 de Fevereiro, 11 de Março e 25 de Março.

- ⁴ No direito alemão, a designação comum é a de «estado de excepção» (*Ausnahmezustand*). As expressões «lei marcial» (*martial law*) e «poderes de emergência» (*emergency powers*) são tradicionais nos direitos anglo-saxónicos. Nos direitos latinos, é comum o uso do termo «estado de sítio» (*état de siège*), de origem francesa. A denominação «estado de necessidade», de origem romana, é moeda corrente no direito penal e no direito civil, e mais recentemente no direito administrativo, embora no direito alemão contemporâneo (*Notstand*) também seja usada como sinónimo da expressão maldita «estado de excepção».
- ⁵ A «história traumática» do «estado de excepção» é a do malogrado artigo 48.º da Constituição de Weimar de 1919, sobretudo na fase final do regime, sob a presidência do Marechal Paul von Hindenburg, com a nomeação de sucessivos governos de iniciativa presidencial a partir de 1930 (Heinrich Brüning, Franz von Papen, Kurt von Schleicher), a tomada de controlo do governo da Prússia pelo executivo federal (o *Preussenschlag*) e, finalmente, a 28 de Fevereiro de 1933 — na sequência do incêndio do *Reichstag* ocorrido na véspera e quatro semanas após a nomeação de Hitler como chanceler —, o decreto presidencial que suspendeu grande parte das liberdades e atribuiu poderes praticamente ilimitados ao governo nacional-socialista. Para uma síntese da história política deste período, v. Heinrich August Winkler, *Geschichte des Westens — Die Zeit der Weltkriege, 1914-1945*, C. H. Beck, 2016, pp. 603-34. Sobre a crise constitucional, v. Peter C. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, Duke University Press, 1997, pp. 160-78; Martin Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, 6.ª ed, Kohlhammer, 2003, pp. 289-94.

suscetíveis — todos aqueles, quer isto dizer, que não constam do elenco de direitos cuja suspensão é proscribida (artigo 19.º, n.º 6, da Constituição).

A opção por um ou outro dos estados é regulada por um critério de proporcionalidade, no sentido de que a gravidade da causa deve justificar a necessidade da forma mais severa. Na verdade, esta exigência aplica-se não apenas à opção pela declaração de um ou outro dos estados, mas à própria opção de declarar qualquer um deles: a situação deve ser de gravidade tal que torne indispensável a «suspensão do exercício de direitos». É o que decorre do n.º 4 do artigo 19.º da Constituição. Se for possível gerir eficazmente uma calamidade pública de um modo compatível com o pleno respeito pelos direitos fundamentais, é evidente que não se pode admitir — seria desproporcional — a suspensão do exercício destes.⁶ O que justifica a declaração do estado de excepção é o facto de se verificarem circunstâncias em que a aplicação regular das normas constitucionais colocaria em perigo a *subsistência da ordem constitucional*. Trata-se de circunstâncias excepcionais no sentido de que constituem um desvio em relação a um *estado de normalidade* pressuposto pelo regime constitucional comum.⁷

2. NATUREZA DO ESTADO DE EXCEPÇÃO

Importa distinguir *estado de excepção* de *caso de excepção*. Imagine-se disposições que proibem o «derramamento de sangue na via pública», «dormir em estações de caminhos de ferro» e «depositar substâncias nas retretes comuns». É óbvio que admitem exceções nos seguintes casos: um cirurgião intervém de urgência para tratar a perna gangrenosa de um transeunte atropelado por um automóvel; um passageiro adormece enquanto aguarda a chegada de um comboio noturno; um cidadão dá o uso habitual a uma retrete, nela depositando inevitavelmente determinada substância. Dizemos destes casos — evitando subtilezas metodológicas dispensáveis neste contexto — que se compreendem na «letra», mas não no «espírito» da lei.⁸ A excepção *neste sentido* caracteriza-

⁶ Referindo-se, a este respeito, à subsidiariedade do estado de excepção, Jorge Bacelar Gouveia, *Estado de Excepção no Direito Constitucional*, Almedina, 2020, p. 83.

⁷ Cf. Ernst-Wolfgang Böckenförde, "The Repressed State of Emergency", *Constitutional and Political Theory: Selected Essays* (Mirjam Künkler e Tine Stein eds.), Oxford University Press, 2017, pp. 116-17.

⁸ A caracterização exacta deste tipo de argumento é objecto de controvérsia antiga e viva na metodologia jurídica. A posição tradicional é a de que cabe distinguir entre interpretação restritiva e redução teleológica, propondo-se para o efeito diferentes critérios, desde o «teor literal possível do enunciado legal» ao «pensamento legislativo subjacente ao preceito». Uma exposição bastante completa desta concepção pode encontrar-se em Karl Larenz, *Metodologia da Ciência da Direito*, tradução de José Lamago, Fundação Calouste Gulbenkian, 3.ª ed., 1997, pp. 450 ss., 519 ss., 555 ss. e 569 ss. A posição tradicional é controvertida. Há quem negue a possibilidade de distinguir entre interpretação restritiva e redução teleológica, integrando ambas e as demais operações metódicas tradicionalmente associadas à interpretação, integração e criação jurídicas numa única variável contínua em que se consubstancia a *actividade jurisdicional*. Neste sentido, A. Castanheira Neves, *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, I, Coimbra Editora, 2003, pp. 39-44. Há ainda quem proponha a substituição das categorias tradicionais

-se por implicar uma *derrogação parcial e permanente* de uma norma válida: *parcial* porque não põe em causa a aplicação da norma na generalidade dos casos abrangidos pela letra do preceito, todos aqueles em que não se verifiquem as razões com base nas quais se justificou a excepção; *permanente* porque é cogente para todos os casos análogos, idênticos ao caso concreto sob o ponto de vista materialmente relevante.⁹ O caso de excepção pode ser invulgar ou esdrúxulo, mas integra o estado de normalidade do mundo — não representa nenhuma anomalia generalizada ou sistémica. É um fenómeno casuístico mais ou menos verosímil.

Pelo contrário, o estado de excepção é uma *anomalia sistémica*, um desvio em relação a uma regularidade do mundo pressuposta pelo ordenamento jurídico. A proibição de derramamento de sangue na via pública cede perante a ruína das instituições e a queda do poder nas ruas, que obrigam os cidadãos a defender, se necessário através da força, as suas vidas e os seus bens. A proibição de dormir nas estações de caminhos-de-ferro cessa quando os habitantes de uma localidade devastada por uma catástrofe natural procuram abrigo para pernoitar nos poucos edifícios que se mantêm intactos. A proibição de depositar substâncias nas retretes das casas de banho não se aplica quando se torna a forma mais eficaz de escoar um químico tóxico usado como arma contra a população. Tal como no caso excepcional, a norma não se aplica nas circunstâncias descritas, mas aqui não em virtude das características de um *caso anómalo* que ocorre numa situação de normalidade, antes de um *estado anómalo* que modifica o sentido de casos que de outro modo seriam considerados normais. Um comportamento abrangido pela norma em condições normais — *v.g.*, procurar abrigo

pela noção de *derrotabilidade de normas*, nos termos da qual se concebe o caso excepcional como aquele em que o aplicador do direito chega à conclusão de que as razões para aplicar a norma são «derrotadas» ou «superadas» por razões de sentido contrário, ou seja, razões contra a aplicação da norma no caso concreto. Cf. J. F. Beltrán e G. B. Ratti (eds.) *The Logic of Legal Requirements — Essays on Defeasibility*, Oxford University Press, 2012. Para além destas críticas de ordem metodológica, há todo um debate de ordem constitucional sobre a *legitimidade* da decisão judicial de afastar a aplicação da norma com fundamento na natureza excepcional do caso, tendo em conta a vinculação dos tribunais à lei, por seu turno radicada em princípios fundamentais como a separação de poderes, a autoridade democrática e a segurança jurídica. Cf. Gonçalo de Almeida Ribeiro, “Judicial Activism and Fidelity to Law”, in Luís Pereira Coutinho *et al.* (eds.) *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, Springer, 2015, pp. 31-46. Claro está que a questão da legitimidade admite respostas diferenciadas, consoante se trate desta ou daquela operação metódica — *v.g.*, interpretação extensiva ou extensão analógica –, no pressuposto da viabilidade das distinções que a esse respeito se formulem. Sobre estas matérias, por todos, *v.* José Lamego, *Elementos de Metodologia Jurídica*, Almedina, 2016, pp. 100 ss., 259 ss. e 279 ss.

⁹ Claro que há excepções *expressamente* previstas na lei. As normas excepcionais recortam negativamente o âmbito de aplicação de uma norma mais extensa. É o que ocorre, entre inúmeros exemplos, com o n.º 1 do artigo 392.º do Código do Trabalho, que admite uma excepção ao dever de o empregador reintegrar o trabalhador cujo despedimento seja julgado ilícito no caso de se tratar de uma microempresa ou de trabalhador que ocupe cargo de administração ou direcção. Esta norma excepcional é por seu turno excepcionada pela que consta do n.º 2, nos termos do qual a primeira excepção não se aplica se «a ilicitude do despedimento se fundar em motivo político, ideológico, étnico ou religioso, ainda que com invocação de motivo diverso, ou quando o fundamento da oposição à reintegração for culposamente criado pelo empregador.»

noturno na estação — deixa de ser por esta regulado na vigência do estado de excepção. Por isso, o estado de excepção implica uma derrogação *global* e *transitória* da norma: *global* porque a norma deixa de se aplicar na generalidade dos casos que integram o seu âmbito de aplicação, como se tivesse sido revogada; *transitória* porque a norma não se aplica apenas enquanto durar o estado de excepção, ou seja, até que seja restaurada a situação de normalidade. Em suma, o caso de excepção limita o *âmbito de aplicação* da norma — podendo ser incorporado como pressuposto negativo do antecedente —, ao passo que o estado de excepção limita o seu *âmbito de eficácia* — constituindo uma condição resolutiva do consequente.

Note-se que normalidade e excepção não são conceitos empíricos. A suspensão da norma não se baseia na *simples verificação* de que o mundo se encontra num estado anómalo, como se se tratasse de tirar a febre a uma criança ou medir a pressão atmosférica. O estado de excepção é declarado com base no *juízo* de que aplicação da norma em determinadas circunstâncias constituiria uma ameaça para o ordenamento, um sacrifício desproporcionado dos valores que este se destina a salvaguardar e promover.¹⁰ O n.º 1 do artigo 339.º do Código Civil, sob a epígrafe «estado de necessidade», dispõe que, «[é] lícita a acção daquele que destruir ou danificar coisa alheia com o fim de remover o perigo actual de um dano manifestamente superior, quer do agente, quer de terceiro.» Trata-se de uma suspensão do direito de propriedade, visto que um facto normalmente ilícito — destruir ou danificar coisa alheia — é lícito em circunstâncias anómalas, definidas como aquelas em que se verifica um perigo actual de um dano manifestamente superior.¹¹ O «direito de necessidade» previsto no artigo 34.º do Código Penal tem alcance idêntico, referindo-se a «um perigo actual que ameace interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro» e exigindo «sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse salvaguardado». Em ambos os regimes se prevê um estado de coisas anómalo — uma situação de perigo actual — em que a aplicação da norma aos casos nela compreendidos geraria um sacrifício desproporcionado dos valores relevantes; na vigência desse estado de coisas, a norma não se aplica por conta desses valores. A preterição de regras procedimentais admitida em estado de necessidade pelo n.º 2 do artigo 3.º do Código de Procedimento Administrativo obedece a essa mesma lógica. É de notar que nestes vários exemplos a distinção entre estado de excepção e caso de excepção é obscurecida pelo facto de não estar causa a *declaração* de um estado de coisas e a sua regulação *geral* — como no

¹⁰ John Ferejohn e Pasquale Pasquino, “The Law of Exception: A Typology of Emergency Powers”, 2 *International Journal of Constitutional Law* 210, 2004, p. 226, distinguem entre concepções «realistas» e «cépticas» da distinção «ontológica» entre estado de normalidade e estado de excepção, as primeiras crentes no carácter objectivo e evidente da distinção e as segundas no seu carácter subjectivo e controverso. A divergência deve ser concebida em termos gradativos, sendo certo que nenhuma é defensável na versão radical.

¹¹ Sobre o estado de necessidade no direito civil, com profundidade histórica e comparatística, v. James Gordley, *Foundations of Private Law*, Oxford University Press, 2006, pp. 131-39.

artigo 19.º da Constituição —, mas a previsão de certo tipo de casos subtraídos ao âmbito de aplicação de uma regra. Porém, o que caracteriza esses casos é unicamente o facto de ocorrerem em *estado de necessidade*, uma situação que enquanto durar implica a suspensão do regime normal; é o *estado* que comunica as qualidades relevantes ao caso, não o *caso* que se distingue de outros que ocorrem num mesmo estado.¹²

Se perguntarmos pela proveniência dos valores em razão dos quais estes regimes de excepção operam, chegaremos sem dificuldade à conclusão de que se trata de valores jurídicos gerais, em última análise com expressão constitucional. A suspensão da tutela da propriedade, da punição de factos típicos ou da legalidade administrativa justifica-se em virtude da prevalência dos valores sacrificados pela aplicação regular das normas que integram esse instituto jurídico ou sector do ordenamento. Mas a suspensão do exercício de direitos prevista no artigo 19.º da Constituição não pode ser compreendida exatamente nestes termos, visto que implica a suspensão de *normas fundamentais*, aquelas mesmas que encerram os valores mais elevados ou *radicais axiológicos* da ordem jurídica. O problema é agravado pelo facto de, na vigência do estado de excepção constitucional, o poder executivo ser investido de prerrogativas extraordinárias, de modo tal que se pode falar — a título preliminar — em suspensão do exercício de direitos fundamentais e do princípio da separação de poderes. O estado de excepção constitucional parece, assim, determinar a suspensão da própria essência da ordem jurídica, uma *autofagia consentida* da democracia constitucional.

De acordo com a célebre e actual noção de constituição material constante do artigo 16.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, «[a] sociedade em que a garantia dos direitos não seja assegurada nem estabelecida a separação de poderes não tem constituição.»¹³ O sentido profundo deste enunciado é o de uma *condição transcendental* do constitucionalismo: sem direitos fundamentais e separação de poderes, nenhuma lei, ainda que denominada ou considerada fundamental na hierarquia das normas, tem *genuína força constitucional* — a legitimidade para exigir a obediência dos membros da comunidade política que se destina a ordenar de modo duradouro. Uma constituição que autoriza a suspensão de direitos ou corrompe a separação dos poderes não passa de um simulacro da constitucionalidade, uma constituição falsa, uma disformidade constitucional; está para a democracia constitucional como a retórica para a justiça, a sofística para a legislação, a cosmética para a ginástica e a culinária para a medicina, de acordo com uma célebre ilustração platónica da oposição entre *aparência* e *realidade*.¹⁴ Em nome de que valores

¹² Cf. Giorgio Agamben, *Estado de Excepção*, tradução de Miguel Freitas Costa, Edições 70, 2003, pp. 45-46, que distingue, se bem que mais intuitiva do que rigorosamente, entre a excepção fundada na singularidade e na necessidade.

¹³ No original: «*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.*»

¹⁴ Platão, *Górgias*, tradução de Manuel de Oliveira Pulquério, Edições 70, 7.ª ed., 2018, pp. 61-62.

pode, pois, a ordem jurídica admitir a suspensão daquelas mesmas normas que encarnam os seus valores essenciais? «Se o que é próprio do estado de exceção — escreve um autor de referência — é uma suspensão (total ou parcial) do ordenamento jurídico, como pode essa suspensão estar ainda compreendida na ordem legal? Como pode uma anomia estar inscrita na ordem jurídica?»¹⁵ O estado de exceção parece encerrar o paradoxo de a ordem constitucional se defender *através da sua própria suspensão*.

3. UM MODELO DE SUSPENSÃO REGULADA

Para se compreender o modelo português de exceção constitucional e o modo como procura dissolver o paradoxo da suspensão tem interesse situá-lo entre os dois arquétipos polares do problema.¹⁶ O primeiro corresponde ao modelo clássico da ditadura romana, em que em situações de emergência, nomeadamente de ameaça externa ou insurreição, um cidadão comum era investido de *imperium* extraordinário pelo prazo máximo de seis meses, podendo suspender quaisquer leis, usar indiscriminadamente da força e decretar todas as medidas que reputasse indispensáveis ao restabelecimento da ordem.¹⁷ Concluída a tarefa ou atingido o prazo da comissão, o ditador regressava à condição de cidadão comum e as instituições republicanas retomavam o exercício dos seus poderes constitucionais. A ditadura implicava a *suspensão total* da ordem constitucional com o fito de assegurar a sua subsistência — um sacrifício temporário mas integral dos valores constitucionais.¹⁸ O arquétipo oposto é representado pela ordem constitucional germânica.¹⁹ Na versão originária de 1949, a Lei Fundamental de Bona não previa nenhum regime de exceção, demarcando-se claramente do infame artigo 48.º da Constituição de Weimar de 1919, que atribuía ao Presidente do *Reich* amplos poderes de emergência que viabilizaram a implantação por

¹⁵ Agamben, *Estado de Exceção*, cit. n. 12, p. 43.

¹⁶ São muitas as tipologias do estado de exceção. Alguns exemplos: John Ferejohn e Pasquale Pasquino, “The Law of Exception”, cit. n. 10, pp. 211-21, 223-33; William Scheuerman, “Survey Article: Emergency Powers and the Rule of Law After 9/11” 4 *The Journal of Political Philosophy* 61, 70-74. Na doutrina portuguesa mais recente, v. Miguel Nogueira de Brito, “Modelos de Emergência no Direito Constitucional”, 7 *E-Pública — Revista Eletrónica de Direito Público* 7 (2020).

¹⁷ A descrição e caracterização clássica deste instituto é de Theodor Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, II-1, Verlag von S. Hirzel, 2.ª ed., 1877, pp. 133-64.

¹⁸ O termo «ditadura» não tinha para os romanos a conotação pejorativa que veio a adquirir na era moderna, como nota Mary Beard, *S.P.Q.R. — A History of Ancient Rome*, Profile Books, 2015, pp. 101-2. Ainda assim, discute-se a questão de saber se constituía uma restauração temporária da monarquia ou uma instituição especificamente republicana, nos termos da qual o ditador era adicionado ao consulado como um *collega maior*. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, cit. n. 17, p. 153, defende esta tese. Sobre o assunto, propondo uma compatibilização diacrónica das posições, v. Clinton W. Keyes, “The Constitutional Position of the Roman Dictatorship”, 14 *Studies in Philology* 298 (1917).

¹⁹ Para uma síntese, v. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.ª ed., C. F. Müller, 1999, pp. 300-17.

via legal do regime nacional-socialista.²⁰ Uma revisão constitucional em 1968 introduziu várias disposições destinadas a situações de emergência específicas, com a agilização de procedimentos e reforço de poderes, mas não previu nenhum regime unitário de exceção, nem autorizou a suspensão do exercício de direitos. No quadro constitucional alemão, o regime normal da restrição de direitos fundamentais, mormente no que respeita aos denominados «limites aos limites» (*Schranken-Schranken*), comparável ao disposto no artigo 18.º da nossa Constituição, aplica-se sem exceções.²¹ Não há, assim, estado de exceção constitucional propriamente dito — trata-se de um *modelo negacionista*.

Nos seus *Discorsi Sopra la Prima Deca di Tito Livio*, publicados no primeiro quartel do século XVI, Nicolau Maquiavel exaltou as virtudes da ditadura romana e impugnou a sabedoria do modelo negacionista.²² As instituições republicanas — escreveu — são demasiado lentas a decidir para responder eficazmente a situações de crise, porque é da sua natureza prevenir através de um sistema de freios e contrapesos a concentração excessiva de poder num órgão singular ou colegial. Uma república sem um poder de emergência é assim inevitavelmente confrontada com o dilema de «escolher entre ser destruída enquanto observa a constituição ou evitar a destruição através da violação da constituição.»²³ Maquiavel não duvida da inevitabilidade da segunda hipótese, advertindo que «nenhum republicano deve reconciliar-se com a ideia de um governo ilegal», pois o que começa pela preterição do quadro constitucional quando este impede que se faça o bem, termina por legitimar a sua preterição quando impede que se faça o mal.²⁴ Assim, em vez de preservar a força normativa da constituição, o modelo negacionista promove inadvertidamente a sua nominalização, seja através da violação ostensiva dos limites constitucionais, seja pela via da sua *progressiva descaracterização*.²⁵ Num sistema como o alemão, o perigo maior é o de que em circunstâncias de crise os limites impostos pelo regime das restrições de direitos fundamentais sejam atenuados *sub rosa*, de forma ingénua ou insidiosa, ao ponto de se *normalizarem* medidas consideradas excepcionais em sistemas que admitem abertamente a suspensão de normas constitucionais.²⁶ Atente-se no teor do n.º 1 do artigo 19.º da nossa Constituição, ao dispor que «[o]s órgãos de soberania não podem (...) suspender o exercício de direitos (...) salvo em caso [itálico acrescentado] de estado de sítio ou de estado de emergência, declarados na forma prevista (...)» A contrapartida da suspensão é o seu carácter excepcional.

²⁰ Sobre o assunto, v. Agamben, *Estado de Exceção*, cit. n. 12, pp. 30-32.

²¹ Para uma interpretação e defesa deste modelo, v. Anna-Bettina Kaiser, *Ausnahmeverfassungsrecht*, Mohr Siebeck, 2020, pp. 210 ss.

²² Maquiavel, *Discourses on Livy*, tradução de David Wootton, Hackett Publishing, 1994, pp. 137-39. *Id.*, p. 138.

²³ *Id.*, p. 139.

²⁴ Cf. E.-W. Böckenförde, "The Repressed State of Emergency", cit. n. 7, pp. 126-27.

²⁵ Sobre o risco da erosão das liberdades através da perpetuação de legislação de emergência, v. John Ferejohn e Pasquale Pasquino, "The Law of Exception", cit. n. 10, p. 219.

Trata-se de uma crítica sagaz e actual ao modelo negacionista, mas que não pondera devidamente os defeitos de uma ditadura de excepção.²⁷ Ao admitir a concentração temporária de poder ilimitado num indivíduo,²⁸ o regime romano e os seus herdeiros modernos colocam toda a ordem constitucional *sob condição potestativa*, radicalizando o paradoxo da defesa da constituição através da sua suspensão e eliminando todas as possibilidades de defesa contra o abuso de poder.²⁹ Por um lado, ainda que a finalidade da comissão conferida ao ditador seja a restauração da normalidade — no pressuposto, é claro, de que tal seja possível —, a noção de que os meios de a prosseguir são lícitos desde que eficazes, de que o ordenamento cuja defesa está em causa abdica inteiramente de *valorar os meios* usados para esse efeito, torna impossível uma resposta coerente ao paradoxo da suspensão de normas fundamentais, sobretudo quando estas salvaguardam direitos — estruturas normativas com um *resíduo deontológico* ineliminável,³⁰ e por isso resistentes ao consequencialismo absoluto da justificação dos meios pelos fins.³¹ Por outro lado, mesmo que o regime separe o poder de declarar o estado de excepção dos poderes de emergência cometidos a um órgão ou agente executivo — o que sucedia, de facto, na ditadura romana —, a ausência de limites outros que não o da eventual temporariedade da comissão escancara as portas da ordem jurídica ao abuso de poder. Um ditador legal tem todo os meios oficiais para subverter o regime constitucional, sem que em rigor seja indispensável que tenha sequer essa intenção, como ocorreu com os sucessivos governos de iniciativa presidencial na fase final da República de Weimar, culminando na singularidade grotesca de toda a experiência totalitária do Terceiro *Reich* se ter desenrolado formalmente ao abrigo do artigo 48.º da Constituição de 1919.³²

²⁷ Advertindo quanto a estes, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 6.ª ed., 2002, pp. 1072-73.

²⁸ Como nota Bruce Ackerman, "The Emergency Constitution", 113 *The Yale Law Journal* 1029 (2004), pp. 1046-47, a selecção de um cidadão comum para esse efeito seria, num sistema constitucional moderno com cargos electivos, mandatos longos e uma classe política, uma perfeita bizzaria.

²⁹ Cf. E.-W. Böckenförde, "The Repressed State of Emergency", cit. n. 7, pp. 113-14.

³⁰ Sobre a dimensão deontológica dos direitos, por referência ao «problema do *trolley*», v. Judith Jarvis Thomson, *The Realm of Rights*, Harvard University Press, 1990, pp. 176-202.

³¹ Para um consequencialista inveterado como Maquiavel, não há aqui nenhum problema. «Um homem sábio — lê-se numa passagem dos *Discorsi* — nunca criticará alguém por uma conduta extra-legal destinada a organizar um reino ou estabelecer uma república. Concederá [o sábio] que se o comportamento acusa o agente, as consequências desculpam-no. Quando as consequências são boas, como foram as da conduta de Rómulo, o agente será sempre desculpado, pois são aqueles que usam da violência para destruir que devem ser julgados culpados, não aqueles que a usam de forma construtiva.» Maquiavel, *Discourses on Livy*, cit. n. 22, p. 108. O líder que está disposto a sujar as mãos para atingir finalidades desejáveis não será um exemplo de virtude, mas é um verdadeiro *virtuoso*, a qualidade por excelência do grande estadista, de acordo com a célebre transvaloração da ética política proposta pelo mestre florentino.

³² Sobre o assunto, Agamben, *Estado de Excepção*, cit. n. 12, pp. 90-91. Isto sem prejuízo da controvérsia sobre a interpretação do artigo 48.º da Constituição de Weimar, cujo parágrafo final remetia para uma lei regulamentadora que nunca chegou a ser aprovada e que conferia poderes de controlo ao *Reichstag* que foram na prática esvaziados pela suspensão da sua actividade.

O regime consagrado no artigo 19.º da Constituição da República Portuguesa pode ser interpretado como uma via média entre o modelo da suspensão e o modelo negacionista — *um modelo de suspensão regulada*.³³ A essência deste arquétipo exprime-se através de dois enunciados fundamentais: *defesa proporcional* da ordem constitucional e *limites categóricos* ao poder de emergência. Trata-se de um modelo de suspensão, porque determina a não aplicação do regime normal e prevê formas de atuação extraordinárias, as quais se traduzem essencialmente na suspensão do exercício de direitos e na concentração de poder executivo; mas, ao contrário da ditadura romana, a suspensão da ordem constitucional não é integral nem anômica — antes se encontrando submetida a uma *ideia reguladora de constitucionalidade material*.

Em primeiro lugar, e segundo o disposto no n.º 4 do artigo 19.º, «[a] opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, bem como as respectivas declaração e execução, devem respeitar o princípio da proporcionalidade e limitar-se, nomeadamente quanto às suas extensão e duração e aos meios utilizados, ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional.» Como é bom de ver, esta exigência de proporcionalidade intervém em todos os *momentos da aplicação* do regime do estado de excepção: declaração, modalidade, extensão, duração e execução. É o ponto nevrálgico do sistema, o canal de articulação entre o regime de excepção e a ordem constitucional, desempenhando três funções essenciais: uma *função transcendental*, que se traduz na noção de que a proporcionalidade das medidas de excepção é a condição da possibilidade da sua justificação racional; uma *função auto-referencial*, segundo a qual são os próprios valores da ordem constitucional, como a proteção da vida e da saúde ou a preservação da independência nacional, que fundamentam a suspensão de certas normas constitucionais; e uma *função de garantia*, como norma de controlo posterior — parlamentar e judicial — da constitucionalidade material da execução do estado de excepção. É esta a forma através da qual regimes como nosso procuram dissolver o paradoxo da defesa da constituição através da sua suspensão: o princípio da proporcionalidade exerce uma *força gravitacional* sobre o estado de excepção que o integra no sistema axiológico de que participa a norma constitucional.

Em segundo lugar, o n.º 6 do artigo 19.º determina que, «[a] declaração do estado de sítio ou do estado de emergência em nenhum caso pode afectar os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroactividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião.» Considera-se tão inverosímil a hipótese de a suspensão do exercício destes direitos poder respeitar o princípio da proporcionalidade que se exclui liminarmente que o juízo sobre a matéria seja realizado pelos poderes constituídos num cenário de crise potencialmente caracterizado por insuficiência epistémica e risco acrático — por outras pala-

³³ Cf. E.-W. Böckenförde, "The Repressed State of Emergency", cit. n. 7, pp. 125-31.

vras, num contexto de elevada *probabilidade de erro e tentação de abuso*.³⁴ O n.º 7 do mesmo artigo estabelece, por seu turno, que o estado de excepção só pode alterar a normalidade constitucional nos termos previstos, «não podendo nomeadamente afectar a aplicação das regras constitucionais relativas à competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania e de governo próprio das regiões autónomas ou os direitos e imunidades dos respetivos titulares.»³⁵ Está claro que não se trata aqui de negar que o regime de excepção implica, por natureza, a atribuição de *competências específicas*, desde a declaração do estado correspondente até ao poder da sua execução. Antes se trata de prevenir o desvio de poder consumado na adoção pelo executivo de medidas que usurpam as *competências normais* dos demais órgãos de soberania e dos órgãos do poder regional ou que lhes cometam *competências excepcionais* não previstas nas disposições constitucionais e legais aplicáveis. Em última análise, a preocupação subjacente a este preceito é a de impedir que o *poder de emergência* se transfigure por via legal em *poder soberano* — o risco latente no modelo romano da ditadura —, aquela mesma que informa ainda a cláusula dos limites circunstanciais de revisão constitucional constante do artigo 289.º («[n]ão pode ser praticado nenhum acto de revisão constitucional na vigência de estado de sítio ou estado de emergência»);³⁶

4. SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITOS

A caracterização do modelo português de excepção constitucional — e a compreensão do seu *sentido profundo* — permite uma definição exacta da categoria dogmática da «suspensão do exercício de direitos fundamentais», que antes da actual crise sanitária e da declaração do estado de emergência

³⁴ Tendo em conta estas características do estado de excepção, os argumentos de auto-vinculação parecem muito mais plausíveis neste contexto do que no domínio na normalidade constitucional, em que redundam invariavelmente, como nota Jon Elster, *Explaining Social Behavior — More Nuts and Bolts for the Social Sciences*, ed. revista, Cambridge University Press, 2015, p. 281, na vinculação (paradoxal) pela geração constituinte das gerações futuras e (acrescente-se) da maioria por uma minoria de bloqueio de uma revisão constitucional. Cf. Gonçalo de Almeida Ribeiro, «O Problema da Tutela Constitucional das Gerações Futuras», in Jorge Pereira da Silva e Gonçalo de Almeida Ribeiro (orgs), *Justiça Entre Gerações: Perspectivas Interdisciplinares*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017, pp. 138-160.

³⁵ O teor equívoco deste preceito gera dificuldades de interpretação que não têm sido enfrentadas pela generalidade da doutrina, como sublinha Tiago Fidalgo de Freitas, «A Execução do Estado de Emergência e da Situação de Calamidade nas Regiões Autónomas — O Caso da Pandemia COVID-19», *7 E-Pública — Revista Eletrónica de Direito Público* 45 (2020), p. 62.

³⁶ É célebre a distinção de Carl Schmitt, *Die Diktatur*, Duncker & Humblot, 8.ª ed., pp. 127-49, entre a «ditadura comissarial» (*kommissarische Diktatur*) instituída para defesa extraordinária da ordem constitucional — segundo a matriz romana — e a «ditadura soberana» (*souveräne Diktatur*) em que o ditador, interpretando-se como «comissário do povo» e arrogando-se o poder constituinte, opera a transição entre a ordem antiga e uma nova ordem que encara como a expressão genuína da vontade popular. Numa democracia, em que o soberano é necessariamente representado, há sempre o risco de o poder de emergência se reinterpretar como poder soberano, transfigurando-se de mecanismo de defesa da ordem constitucional em profeta da boa-nova constituinte.

não merecia a atenção regular e a análise cuidada da doutrina constitucional. A principal questão que se coloca é a de saber como é que a «suspensão» se articula com a categoria familiar da «restrição» de direitos fundamentais, regulada no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição. Parece haver três grandes teses sobre a matéria: a suspensão constitui uma autorização excepcional de restrição do direito cujo exercício se encontra suspenso; a suspensão é a inibição total de efeitos, ainda que temporária, da norma que consagra o direito fundamental, na parte em que esta seja atingida; e, finalmente, a suspensão é a não aplicação temporária do regime geral das restrições — os «limites aos limites» — aos direitos indicados na declaração do estado de exceção. Vale a pena analisar e ponderar brevemente cada uma delas.

Começamos pela ideia segundo a qual a suspensão do exercício de direitos prevista no artigo 19.º da Constituição consubstancia uma *autorização excepcional de restrição* de direitos, liberdades e garantias normalmente insusceptíveis de serem restringidos. Ao mencionar obrigatoriamente os direitos suspensos no decreto que declara o estado de exceção — dir-se-á —, o Presidente da República autoriza o poder de emergência a restringir esses direitos, pelo que a declaração presidencial opera neste domínio como um sucedâneo de uma cláusula constitucional de limitação.³⁷

O alcance desta tese depende do entendimento que se perfilar sobre as condições em que a ordem constitucional admite a *restrição legal* de direitos fundamentais. Tomado à letra, o n.º 2 do artigo 18.º da Constituição proíbe a restrição legal não expressamente prevista de direitos, ainda que na medida necessária a «salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos». Se assim for, deve concluir-se que é autorizada a restrição do direito ao sigilo de dados pessoais, atento o disposto na segunda parte do n.º 4 do artigo 35.º, ao passo que a liberdade de criação artística consagrada no n.º 1 do artigo 42.º não admite nenhuma restrição legal em circunstâncias normais. O efeito jurídico da suspensão do exercício deste direito fundamental seria, deste ponto de vista, a autorização excepcional — pelo período de vigência do estado de exceção e nos termos que constam do decreto presidencial — da sua restrição legal.

Ponderadas as consequências absurdas deste argumento no que respeita ao regime normal das leis restritivas — seria inconstitucional, por constituir uma restrição não expressamente autorizada da liberdade de criação artística, legislação que proibisse grafites em edifícios históricos ou a realização de concertos em vias de circulação rodoviária —, restam duas saídas: a delimitação restritiva do conceito de restrição legal de direitos,³⁸ contrária ao sentido jurídico comum do termo e de difícil exequibilidade dogmática, ou a interpretação essencialmente

³⁷ Parece ser esta a posição de Jorge Reis Novais, “Direitos Fundamentais e Inconstitucionalidade em Situação de Crise — A Propósito da Epidemia COVID-19”, 7 *E-Pública* — *Revista Eletrónica de Direito Público* 79 (2020), pp. 89-92.

³⁸ Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, 6.ª ed., 2019, pp. 274-94.

ab-rogante deste preceito constitucional.³⁹ Apesar de nunca ter tomado uma posição explícita sobre o assunto, pode dizer-se que a jurisprudência constitucional, pelo modo como vem admitindo leis restritivas não expressamente autorizadas, geralmente sem evidenciar especial preocupação com o segmento pertinente do n.º 2 do artigo 18.º, tem seguido maioritariamente a segunda orientação.⁴⁰

A admissão de restrições legais não *expressamente* autorizadas de direitos, liberdades e garantias limita de forma significativa o alcance útil da tese da suspensão de direitos como autorização excepcional de restrição — mas não o anula por inteiro. A tese mantém-se válida para os casos em que seja possível dizer-se que a restrição de um direito é constitucionalmente *proibida*, não estando excluída a suspensão do seu exercício pela forma prescrita no artigo 19.º da Constituição. Um exemplo óbvio é o da proibição da ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação fora da matéria do processo criminal (artigo 34.º, n.º 4).⁴¹ A suspensão do exercício do direito à inviolabilidade da correspondência teria aqui o efeito útil de extinguir temporariamente a *imunidade dos cidadãos* a normas restritivas em matéria estranha ao processo criminal.⁴²

Esta tese repousa em duas premissas discutíveis: em primeiro lugar, a de que há normas de direitos fundamentais que têm a *estrutura de regras*, encerrando uma ponderação directamente a cargo do legislador constitucional, em vez de constituírem princípios, aplicáveis sob reserva de ponderação com princípios de sentido contrário; em segundo lugar, a de que as putativas regras em matéria de direitos fundamentais, ao contrário da generalidade das normas jurídicas com essa estrutura, não podem ser *derrotadas ou afastadas* em quaisquer circunstâncias, pelo menos de normalidade constitucional.⁴³ Mas a tese não procederia ainda que se aceitassem estas premissas, que não podem ser adequadamente discutidas na economia deste escrito.⁴⁴ Com efeito, se o alcance da suspensão do exercício de direitos fosse tão limitado quanto esta tese consente, seria incompreensível a referência genérica do artigo 19.º a uma «suspensão do exercício de direitos» — que, em caso do estado de sítio, pode

³⁹ Cf. Jorge Reis Novais, *Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, 2.ª ed., 2010, pp. 581-602.

⁴⁰ Para um inventário de decisões do Tribunal Constitucional em que o problema é suscitado e contornado, v. Jorge Miranda e Jorge Pereira da Silva, “Anotação ao Artigo 18.º”, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, Universidade Católica Editora, 2.ª ed., pp. 272-74.

⁴¹ Neste sentido, Reis Novais, “Direitos Fundamentais e Inconstitucionalidade em Situação de Crise”, cit. n. 37, pp. 84-85.

⁴² A expressão «imunidade» tem aqui o sentido preciso de «não-sujeição» a um poder jurídico, que lhe atribuiu Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Yale University Press, 1964, pp. 60-63.

⁴³ Para uma defesa desta posição, v. Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*, AAFDL, 2017, pp. 90-91.

⁴⁴ A obra fundamental neste domínio é a de Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1994, que se bate pela distinção categorial entre normas-princípio e normas-regra, o predomínio das primeiras em matéria de direitos fundamentais e a derrotabilidade genérica das segundas.

ser de *todos* os direitos, liberdades e garantias que não constam do elenco dos que não podem ser suspensos — e sobretudo a menção no n.º 6 a vários direitos que, por estarem consagrados em normas que manifestamente não contemplam proibições de restrição — como a capacidade civil e a cidadania — ou cuja insusceptibilidade de suspensão é inteligível somente no pressuposto de que se trata de mais do que mera restrição — como o direito de defesa do arguido —, não se compreenderia que fossem especialmente protegidos. Acresce que toda a experiência constitucional de estados de excepção documenta o *largo alcance* da suspensão de direitos fundamentais, incompatível com uma leitura tão estreita das virtualidades do regime do artigo 19.º da Constituição.

Se a primeira tese sobre o sentido da suspensão do exercício de direitos é demasiado restrita, a segunda padece do defeito oposto. Trata-se agora da ideia de que a suspensão é a *inibição total de efeitos*, ainda que temporária, da norma que consagra o direito fundamental, na parte em que esta seja atingida.⁴⁵ Na vigência do estado de excepção, o titular do direito deixa de o poder invocar contra ou perante a autoridade pública,⁴⁶ no duplo sentido de que deixa de poder *exigir* o cumprimento do dever correlativo da pretensão em que se traduz o direito e de beneficiar de uma *imunidade* contra a imposição de deveres de conteúdo contrário.⁴⁷ Deste modo, a suspensão integral do exercício da liberdade de expressão, por exemplo, implicaria que os poderes públicos deixassem de ter o dever de se abster de interferir nas condições de uso dessa liberdade e passassem a ter o poder de impor deveres que o proibem ou dificultam.⁴⁸ Como os direitos fundamentais, em geral, criam deveres e inibições *prima facie*, a suspensão do exercício teria por efeito que o direito suspenso deixaria, enquanto

⁴⁵ Neste sentido, Bacelar Gouveia, *Estado de Excepção no Direito Constitucional*, cit., p. 171, referindo-se ao «efeito ablativo (...) fulminante dos direitos abrangidos (...), não se aceitando a persistência de efeitos jurídicos na parcela dos direitos tolhidos, devendo colocar-se de lado qualquer hipótese que pudesse dar a entender o seu simples “enfraquecimento”, em vez da sua real suspensão.»

⁴⁶ Cf. Luís Heleno Terrinha, “A Suspensão de Direitos Fundamentais em Estado de Excepção Biopolítico”, 14 *Revista de Direito e Segurança* 167 (2019), pp. 180-81: «[O] cidadão deixa de beneficiar dos concretos poderes, faculdades ou vantagens que as normas de direitos fundamentais lhe atribuem (...) [pelo que] o cidadão que pretenda actualizá-los não obterá qualquer tutela jurídica no plano normativo do direito fundamental (...)» (ênfase no original).

⁴⁷ Estão aqui em causa dois níveis do conteúdo dos direitos fundamentais: o direito-pretensão correlativo de um dever estatal — o primeiro nível — e a imunidade ao poder normativo de destruição dessa posição — o segundo nível. Sobre os conceitos de «direito-pretensão», «poder» e «imunidade», v. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, cit. n. 42, pp. 35-64. Note-se que as liberdades fundamentais não são apenas «privilégios bilaterais» — a ausência de um dever de não praticar ou de praticar a acção que constitui o objeto da liberdade —, mas «direitos-pretensão» sob a forma de liberdade directamente protegida através da imposição de um correlativo dever de não-interferência. Sobre o assunto, v. H. L. A. Hart, “Legal Rights”, in *Essays on Bentham — Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press, 1982, pp. 171-73.

⁴⁸ É muito claro, a este respeito, Pedro Moniz Lopes, “Significado e Alcance da «Suspensão» do Exercício de Direitos Fundamentais na Declaração de Estado de Emergência”, 7 *E-Pública — Revista Eletrónica de Direito Público* 119 (2020), p. 130, quando escreve: «[O] efeito jurídico paralizador (...) transforma a “proibição normativa” de interferência em “liberdades” em “inexistência de proibição normativa” de interferência em “liberdades”. O Estado deixa de (...) de estar proibido de interferir com as condições fácticas de realização da liberdade dos cidadãos a Φ.»

durasse o estado de excepção, de entrar nas contas da ponderação das razões contra e a favor uma determinada medida que em condições normais seria tida como restritiva. Por outras palavras — e ainda de acordo com esta segunda tese —, por efeito da suspensão do direito fundamental, a razão contra a interferência na liberdade de expressão constituída pelo direito fundamental seria *temporariamente obliterada*.

Parece impossível conciliar esta posição com a exigência do n.º 4 do artigo 19.º de *proporcionalidade na execução* da declaração do estado de sítio ou do estado de emergência. Mas o principal obstáculo não é o elemento literal. A ideia de que o estado de excepção pode privar um *direito fundamental*, reconduzível ao radical ético da dignidade da pessoa humana, de toda a sua força jurídica e carga axiológica, é substancialmente incompreensível. Seria uma forma de fazer entrar pela porta do cavalo o inimigo jurado do modelo de suspensão regulada: o estado de excepção como alter-ego anómico da ordem constitucional. Com a agravante de que aqui não se trata apenas, pelo menos de acordo com o enunciado geral da posição, de obliterar a dimensão deontológica do direito fundamental — a sua irredutibilidade a um interesse agregável e fungível —,⁴⁹ mas a sua *neutralização* como *valor positivo* ou *razão ponderosa*, o que mesmo numa estrita lógica consequencialista seria intolerável. Na verdade, privaria o princípio da proporcionalidade da capacidade de desempenhar as funções transcendental, auto-referencial e de garantia, através das quais integra o estado de excepção no sistema axiológico de que participa a norma constitucional, dissolvendo o paradoxo da defesa da constituição através da sua própria suspensão. A objecção não pode ser afastada com o argumento de que a exigência de proporcionalidade incide sobre a própria decisão de suspender o exercício de um direito, visto que esta decisão abstrai por natureza das circunstâncias em que cada medida é adoptada, o que torna indispensável — como de resto resulta expressamente do texto constitucional — a *exigência adicional* de proporcionalidade no *momento de execução*. Seria arbitrário subtrair a este derradeiro juízo a ponderação dos sacrificios dos direitos fundamentais cujo exercício se encontra suspenso.

Resta a tese de que a suspensão é a *não aplicação* temporária do *regime geral das restrições* — os «limites aos limites» — aos direitos indicados no decreto presidencial. O que em boa verdade caracteriza o regime da suspensão é privar o titular do direito suspenso da *força jurídica normal* dos direitos, liberdades e garantias, sobretudo a que resulta do disposto no n.º 3 do artigo 18.º da Constituição: «[a]s leis restritivas (...) têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.» Note-se que estes limites

⁴⁹ A expressão mais saliente da dimensão deontológica dos direitos fundamentais é a denominada «proibição de instrumentalização», geralmente extraída do princípio da dignidade da pessoa humana por via da «fórmula do objecto». A sua aplicação paradigmática é nos casos de vida contra vida, como o decidido no acórdão BverfG Feb. 15, 2006 [Luftsicherheitsgesetz], no sentido da inconstitucionalidade da norma que permitia que fosse ordenado o abate de um avião comercial sequestrado por terroristas.

não são *concretizações* do princípio da proporcionalidade, antes acrescentando a este e em certa medida precludindo a sua plena operação.⁵⁰ As restrições de direitos, independentemente da sua proporcionalidade, são matéria de reserva de lei (n.º 2 do artigo 18.º) e *não podem*, ainda que isso se justificasse num juízo de proporcionalidade, ser individuais, concretas e retroactivas, nem agredir o conteúdo essencial do direito restringido — ou, como diz o texto, do «preceito constitucional» correspondente. Significa isto que, ainda que se entenda que as normas de direitos fundamentais consubstanciam princípios plenamente abertos a ponderação, invocar um direito fundamental contra os poderes públicos não se resume a exigir destes que se abstenham de adotar medidas restritivas desse direito que não satisfazem os vários testes da proibição do excesso — adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.⁵¹ A posição do titular é *reforçada* pela *imunidade* a medidas restritivas que não revistam a forma de lei; que não respeitem as exigências de generalidade, abstracção e não retroactividade; ou que agridam o conteúdo essencial do direito fundamental.

É esse *reforço de proteção* que desaparece na vigência do estado excepção quanto aos direitos — ou as partes segregadas destes — sobre os quais incide a suspensão de exercício. Desde logo, é evidente que as medidas de execução do estado de excepção não revestem a *forma de lei*, antes consistindo em *decretos executivos*. Também a exigência de generalidade e abstracção cessa nessas circunstâncias, sendo aliás comum que os decretos de execução contenham normas não plenamente gerais ou abstractas, quando não individuais e concretas. O mesmo vale para a proibição da limitação retroactiva e da agressão ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Tudo isto, como é bom de ver, na medida em que sejam satisfeitas as exigências que decorrem do princípio da proibição do excesso, refractário da ideia geral de defesa proporcional da ordem constitucional que, desempenhando as funções transcendental, auto-referencial e de garantia anteriormente referidas, torna possível a articulação de norma e excepção num sistema axiológico comum e a dissolução do paradoxo da suspensão. Por isso, o efeito da suspensão do exercício de um direito fundamental é *diminuir* a sua força jurídica normal, decorrente do regime das restrições, reduzindo-a ao núcleo impostergável de defesa do titular contra sacrifícios desproporcionais.⁵² Em suma, a suspensão *levanta os obstáculos constitucionais*

⁵⁰ Neste sentido, v. Jorge Miranda e Jorge Pereira da Silva, “Anotação ao Artigo 18.º”, cit. n. 40, pp. 282-83.

⁵¹ A bibliografia especializada sobre o princípio da proporcionalidade é inabarcável. Na última década, por todos, v. Bernhard Schlink, “Proportionality (1)”, in M. Rosenfeld e A. Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2012, pp. 718-737; Aharon Barak, *Proportionality — Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge University Press, 2012; Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press, 2012; Vitalino Canas, *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos*, Almedina, 2019.

⁵² Parece ser este o alcance da seguinte observação de Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, cit. n. 38, p. 311, n. 744: «Duvidamos, em face do regime estabelecido, que se trate de uma verdadeira “suspensão” dos direitos, pois que, se tanto a declaração como a execução dos estados de necessidade devem limitar-se ao estritamente necessário para o restabeleci-

a uma atuação dos poderes públicos estritamente orientada pelo princípio da proporcionalidade — ressalvados os limites específicos impostos pelo n.º 6 do artigo 19.º —, o que está plenamente de acordo com a racionalidade prática imanente a um modelo de suspensão regulada.

O efeito mais relevante da declaração de suspensão do exercício de um direito é sem dúvida a autorização constitucional da agressão — desde que proporcional — ao *conteúdo essencial*.⁵³ O regime das restrições constante do artigo 18.º repousa no pressuposto de que, em circunstâncias de normalidade, as tarefas cometidas pela ordem constitucional aos poderes públicos (artigo 9.º) podem ser prosseguidas, respeitando-se a proibição do défice ou da insuficiência de intervenção, sem que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, sobretudo dos direitos de liberdade, seja posto em causa. Na verdade, seria intolerável se a tensão entre valores constitucionais atingisse uma tal intensidade que a tutela de uns implicasse regularmente o *sacrifício essencial* de outros; a condição normal do regime é a da possibilidade de fazer concordar a liberdade de uns com a liberdade de outros — de estabelecer um equilíbrio entre ambas, sem eliminar nenhum dos termos da equação. Ora, a característica mais saliente do estado de excepção reside precisamente no reconhecimento de que a defesa proporcional da ordem constitucional reclama *sacrifícios extraordinários*, que atingem *transitoriamente* o conteúdo essencial de, pelo menos, alguns direitos fundamentais.

Esse facto põe em razoável evidência a *natureza do conteúdo essencial*, matéria tradicionalmente considerada impenetrável por boa parte da doutrina constitucional, ao ponto de se questionar a operatividade do conceito.⁵⁴ Em termos provisórios e carecidos de aprimoramento, pode dizer-se que o que caracteriza a agressão ao conteúdo essencial é o poder definitivo de exercício do direito *deixar de constituir a regra para passar a constituir a excepção*. A regularidade do poder de exercício é aferida em função da sua extensão objetiva — o *objeto* do direito — e temporal — o *momento* do exercício; o conteúdo essencial é atingido se, e apenas se, o exercício do direito sobre a generalidade do seu objecto for proibido ou impossibilitado por um período incerto.⁵⁵ É o que

mento da normalidade, parece que os direitos não ficam propriamente suspensos, mas antes “enfraquecidos” (...). No mesmo sentido, v. Catarina Santos Botelho, “Estados de Excepção Constitucional: Estado de Sítio e Estado de Emergência”, in Carla Amado Gomes e Ricardo Pedro (Coords.), *Direito Administrativo de Necessidade e Excepção*, AAFD, 2020, pp. 19-21.

⁵³ Cf. Catarina Botelho, “Estados de Excepção Constitucional”, cit. n. 52, pp. 18-19.

⁵⁴ Neste sentido, v. Reis Novais, *Restrições aos Direitos Fundamentais...*, cit. n. 39, pp. 794-98.

⁵⁵ A «situação de calamidade» prevista nos artigos 19.º e seguintes da Lei de Bases da Protecção Civil (Lei n.º 27/2006, de 3 de Julho) pode implicar a adopção de medidas que proíbem ou impossibilitam o exercício do direito sobre a generalidade do seu objecto — v.g., através da criação de cercas sanitárias –, *mas apenas por um período curto e certo*. Só assim se pode preservar a «distinção essencial entre o estado de emergência e a situação de calamidade, do ponto de vista da afetação de direitos fundamentais» — como escreve Nogueira de Brito, “Modelos de Emergência no Direito Constitucional”, cit. n. 16, pp. 24-25 –, o primeiro como figura constitucional que justifica a suspensão do exercício de direitos e o segundo como figura legal sujeita a todo o regime das restrições de direitos. Sobre a passagem do estado de emergência à situação de calamidade no contexto da crise sanitária, v. Pedro Lomba, “Constituição, Estado de Emergência

sucede, a respeito do exercício da liberdade de movimentos e de todas as demais liberdades cujo exercício a pressupõem, quando se impõe um *dever geral* de recolhimento domiciliário, excepcionado em determinadas circunstâncias, pelo prazo de duração de uma declaração de estado de exceção que pode ser sucessivamente renovada.⁵⁶ Como o titular da liberdade se vê largamente privado do seu exercício por um período incerto — vale a pena sublinhar que, na generalidade das situações que justificam a declaração de um estado de exceção, não se pode antecipar com o mínimo de certeza o momento de *restauração da normalidade* —, a liberdade de movimentos deixa de *constituir a regra*. Nisto reside a agressão ao conteúdo essencial do direito.

5. ORGANIZAÇÃO DO PODER DE EMERGÊNCIA

A declaração de estado de exceção não autoriza apenas a compressão anormal de direitos fundamentais — o que se pode designar como a sua *vertente material*; promove ainda um alargamento anormal das competências do poder executivo — a sua *vertente orgânica*. Ao passo que as restrições de direitos, liberdades e garantias são matéria de reserva de lei parlamentar (artigos 18.º, n.º 2 e 165.º, n.º 1, alínea *b*), da Constituição), é ao executivo que cabe adoptar as medidas de emergência que as circunstâncias venham a reclamar, nomeadamente as que limitam severamente as liberdades fundamentais cujo exercício se encontre suspenso. O estado de exceção é a «hora do executivo», um poder vocacionado para decidir e agir de forma expedita.⁵⁷ Pode, por isso, dizer-se que a declaração do estado de exceção atinge a constituição dos *direitos* e a constituição dos *poderes*; e assim como a tutela jurídica daqueles é debilitada com vista a viabilizar a defesa proporcional da ordem constitucional, também estes são reorganizados com o fito de se criarem as condições e se mitigarem os perigos de um *poder de emergência* apto a desempenhar aquela missão.

O artigo 134.º, alínea *d*), da Constituição, comete ao Presidente da República a competência para declarar o estado de sítio ou o estado de emergência, remetendo depois para o disposto nos artigos 19.º e 138.º. Este último estabe-

e Administração Sanitária: Alguns Problemas”, 7 *E-Pública* — *Revista Electrónica de Direito Público* 28 (2020), pp. 39-43.

⁵⁶ Não entrando na questão, que fez correr muita tinta para os lados da lisboeta Cidade Universitária na vigência do primeiro estado de emergência, de saber se a «sede formal» desta liberdade é o artigo 27.º (direito à liberdade), o n.º 1 do artigo 43.º (direito de deslocação) ou mesmo o n.º 1 do artigo 26.º (direito ao livre desenvolvimento da personalidade). Sobre o assunto, v. Jorge Reis Novais, “Estado de Emergência — Quatro Notas Jurídico-Constitucionais sobre o Decreto Presidencial”, disponível em <https://observatorio.almedina.net/>; Miguel Nogueira de Brito, “Pensar no Estado de Exceção e na sua Exigência”, disponível em <https://observatorio.almedina.net/>; José Melo Alexandrino, “Devia o Direito à Liberdade ser Suspenso? — Resposta a Jorge Reis Novais”, disponível em <https://observatorio.almedina.net/>. O debate prosseguiu nos periódicos académicos.

⁵⁷ Sobre a excelência característica do poder executivo, v. Alexander Hamilton, “Federalist n.º 70”, in Madison, Hamilton e Jay, *The Federalist Papers*, Penguin, 1987, 402-8.

lece o regime da declaração, exigindo a audição do Governo e a autorização da Assembleia da República, matéria que é depois minuciosamente regulamentada nos artigos 10.º a 16.º da Lei n.º 44/86, de 30 de Setembro (a lei orgânica que estabelece o regime do estado de sítio e do estado de emergência — LOESEE). Uma leitura superficial dos preceitos constitucionais pode sugerir que o poder de emergência é *exclusivamente* atribuído ao Presidente da República, ainda que o seu exercício dependa da autorização da Assembleia da República. Ao Presidente competiria não apenas declarar o estado de emergência ou o estado de sítio, indicar os direitos de exercício suspenso e definir o âmbito temporal e espacial da suspensão, mas uma larga margem para decidir das medidas a adoptar pelas autoridades administrativas e para delegar poderes normativos no Governo,⁵⁸ porventura através da definição — por analogia com o regime constante do n.º 2 do artigo 165.º — do objecto, o sentido e a extensão de eventuais autorizações para decretar medidas de excepção.⁵⁹ Se assim fosse, o nosso regime orgânico seria próximo do definido no maldito artigo 48.º da Constituição de Weimar, que atribuía ao Presidente do *Reich* a autoridade de declarar o estado de excepção, suspender direitos fundamentais, adoptar as medidas que entendesse convenientes e autorizar o executivo federal a decretar outras. O Chefe do Estado emergia nestas circunstâncias como um «legislador extraordinário *ex ratione necessitatis*», cujos decretos ocupavam a esfera de decisão normalmente reservada ao legislador parlamentar.⁶⁰

Uma leitura integrada das normas constitucionais, em larga medida reflectida na lei orgânica, permite *concluir que não é esse* o modelo de organização do poder de emergência no direito constitucional português. Este repousa antes na separação tão estrita quanto possível entre o *poder de declaração* e o *poder de execução* do estado de excepção.⁶¹ O primeiro, cometido ao Presidente da República, sujeito a audição do Governo e a autorização da Assembleia da República, exerce-se através de um decreto (artigo 11.º da LOESEE) com o conteúdo fixado no artigo 14.º da LOESEE, do qual se destaca a caracterização (estado de sítio ou estado de emergência) e fundamentação (por referência a uma das causas constitucionalmente reconhecidas) do estado declarado, a fixação do âmbito territorial e da duração (não superior a quinze dias) do mesmo e a «[e] especificação dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso ou restringido». O segundo, cometido ao Governo (artigo 17.º da LOESEE), traduz-se na adopção das medidas adequadas, necessárias e proporcionais de execução da declaração, ou seja, todas as providências normativas e materiais que o «pronto restabelecimento da normalidade constitucional» reclamar (n.º 4 do artigo 19.º da Constituição) — medidas estas que caducam uma vez cumprido o

⁵⁸ Neste sentido, v. Moniz Lopes, “Significado e Alcance da «Suspensão» do Exercício de Direitos Fundamentais”, cit. n. 48, pp. 138-45.

⁵⁹ Constatando ser isso, na prática, o que tem vindo a suceder, Luís Terrinha, “A Suspensão de Direitos Fundamentais em Estado de Excepção Biopolítico”, cit. n. 46, p. 196.

⁶⁰ Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität*, 8.ª ed, Duncker & Humblot, 2012, p. 64.

⁶¹ Neste sentido, v. Luís Terrinha, “A Suspensão de Direitos Fundamentais em Estado de Excepção Biopolítico”, cit. n. 46, pp. 194-212.

prazo da declaração presidencial, que são posteriormente submetidas a controlo parlamentar (alínea *b*) do artigo 162.º da Constituição) e que são sindicáveis pelos tribunais nos termos gerais, mormente para efeitos de tutela de pretensões indemnizatórias fundadas na privação ilegal ou injustificada da liberdade (n.º 3 do artigo 2.º da LOESEE).

Somente esta separação entre os poderes de declaração e execução permite realizar, no quadro próprio do regime de excepção, as duas principais dimensões do princípio da separação de poderes — como *garantia de moderação* e *imperativo de especialização*.⁶² Por um lado, trata-se de uma forma de evitar a concentração do poder de emergência num único órgão,⁶³ uma preocupação que já existia no modelo romano, em que a declaração do estado de excepção competia ao Senado, a nomeação do ditador aos Cônsules e o poder executivo de emergência ao cidadão comum nomeado para o efeito. Por outro lado, a atribuição ao Presidente da República e ao Governo destas distintas funções adequa-se às características dos órgãos: ao primeiro, gozando de legitimidade democrática directa e cabendo-lhe uma função de garantia da independência nacional, da unidade do Estado e do regular funcionamento das instituições democráticas,⁶⁴ compete a *decisão política fundamental* de declarar o estado de excepção e suspender o exercício de direitos; ao segundo, como órgão de condução da política geral e órgão superior da Administração Pública,⁶⁵ compete a *actividade de execução* num contexto de excepção, desde decretar todas as medidas que se revelem apropriadas nas circunstâncias concretas, até mobilizar os meios administrativos necessários para as pôr em prática, actividade esta pela qual é politicamente responsável perante a Assembleia da República.⁶⁶ De resto, a atribuição ao Presidente da República de uma função mais alargada na organização do poder de emergência, mormente como sucedâneo excepcional do legislador parlamentar, constituiria um desvio significativo e injustificado em relação ao papel essencialmente moderador que lhe cabe no normal funcionamento do sistema de governo constitucional.⁶⁷

⁶² Sobre a matéria, em termos gerais, v. Maria Lúcia Amaral, *A Forma da República*, Coimbra Editora, 2005, pp. 155-162. O estudo clássico do princípio da separação de poderes como princípio de especialização ou adequação funcional é Gerhard Zimmer, *Funktion–Kompetenz–Legitimation*, Duncker & Humblot, 1979.

⁶³ Cf. E.-W. Böckenförde, “The Repressed State of Emergency”, cit. n. 7, pp. 128-29. No sentido — porventura exagerado — de que esta separação de poder declarativo e executivo integra o consenso da «cultura jurídica continental europeia» sobre o direito constitucional de excepção, v. Javier Perez Royo e Manuel Carrasco Durán, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 16.ª ed., 2018, p. 847.

⁶⁴ Cf. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit. n. 27, p. 1091.

⁶⁵ Salientando a importância de o órgão de execução ser simultaneamente executivo e político, v. Böckenförde, “The Repressed State of Emergency”, cit. n. 7, p. 129.

⁶⁶ Valem aqui, *mutatis mutandis*, muitas das considerações de Fidalgo de Freitas, “A Execução do Estado de Emergência e da Situação de Calamidade nas Regiões Autónomas”, cit. n. 35, pp. 57-63, a respeito da (in)adequação funcional do Representante da República para executar a declaração do estado de emergência ou do estado de sítio.

⁶⁷ Sobre as funções presidenciais na ordem constitucional portuguesa, v. Paulo Otero, *Direito Constitucional Português*, II, Almedina, 2010, pp. 210-21. O autor distingue entre a função de

6. O ESPECTRO DO DECISIONISMO

Vimos como o modelo de suspensão regulada procura uma via média entre os extremos da negação do estado de excepção — que coloca o poder político perante o dilema de optar entre respeitar um pacto suicida e reduzir a constituição a uma folha de papel — e da suspensão integral auto-consentida da ordem constitucional — que encerra o paradoxo da defesa anómica da norma e derruba todos os obstáculos ao abuso de poder. Ao regular e limitar os termos da suspensão, integrando-a no seu sistema de valores, a ordem constitucional procura *domesticar o poder de emergência*. Mas este exercício não pode ser perfeito, por mais delicada que seja a ourivesaria do regime jurídico — há duas vulnerabilidades inevitáveis.

Em primeiro lugar, nada garante que o estado de excepção não se perpetue, a cada renovação se agravando o fosso entre o quotidiano da vida colectiva e o prometido «restabelecimento da normalidade». A este respeito, importa notar que, embora a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência tenha uma duração máxima de quinze dias, não há nenhum limite ao número de vezes em que pode ser renovado; nem de outro modo poderia ser, porque as situações anómalas que justificam a declaração do estado de excepção têm um horizonte temporal por natureza indefinido. O estado de excepção caracteriza-se pela *transitoriedade* — por ser uma interrupção da normalidade — e não pela *temporiedade* — por ter um termo certo ou previsível. Ora, se a normalidade não puder ser restaurada, se a excepção se mantém indefinidamente, se a suspensão de liberdades e o reforço do executivo se normalizam, a norma que garante os direitos fundamentais e estabelece a separação de poderes deixa de respeitar a este mundo e a ordem constitucional, desertada pelo sentimento comunitário que a alimenta,⁶⁸ perece na agonia da sua contingência. Perante esta evidência, há que reconhecer que a democracia constitucional depende de condições que não pode garantir por si própria.⁶⁹ Entre tais condições conta-se uma situação de normalidade em que seja possível fazer concordar a liberdade de uns com a liberdade de outros sem impor sacrifícios essenciais — uma condição que, uma vez perdida, resta manter a esperança de que possa ser restaurada antes que os cidadãos percam a confiança no regime.

Em segundo lugar, as dimensões essenciais do modelo de suspensão regulada — a defesa proporcional da ordem constitucional e os limites categóricos ao poder de emergência — podem entrar em *contradição inexorável*. Se o regime de

árbitro das instituições e a função de protagonista político. Mesmo nesta segunda «encarnação», o Presidente da República não é — como sublinha Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit. n. 27, pp. 619-20 — um poder de *direcção política*, mas um poder de *conformação política*, o que não quadra bem com o papel de «legislador de excepção».

⁶⁸ Sobre o «sentimento constitucional», v. Karl Loewenstein, *Teoria de la Constitución*, tradução de Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, 2018, pp. 199-203.

⁶⁹ Parafrazeando aqui o famoso «Paradoxo de Böckenförde». Cf. Ernst-Wolfgang Böckenförde, «Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation», in *Staat-Gesellschaft-Freiheit*, Suhrkamp, 2.^a ed., 2016, p. 60.

excepção não permitir a adopção de medidas que o poder de emergência reputa indispensáveis e inadiáveis, este vê-se confrontado com o dilema característico do modelo negacionista — ignorar a necessidade por amor ao direito ou violar o direito por força da necessidade. No nosso sistema, estão em causa os limites materiais que decorrem da proibição de suspensão do exercício de determinados direitos fundamentais e os limites formais que respeitam ao modo como se reparam e exercem as competências próprias do estado de excepção. O modelo de suspensão regulada parece então assentar na ficção de que é possível limitar o poder de emergência, de iludir a inscrição da anomia na ordem jurídica, como se os limites não estivessem eles mesmos sob condição de possibilidade ou como se uma hipotética regulação até mesmo desse estado de excepção de segundo grau não suscitasse a mesma questão, numa implacável regressão infinita que precipita a capitulação das normas perante a infinita riqueza dos factos. Para Carl Schmitt, um dos mais brilhantes adversários da democracia constitucional, «a excepção é mais interessante do que a norma», porque revela que todo o direito, mormente o constitucional, depende de uma decisão radical entre norma e excepção.⁷⁰ Em palavras que ficaram célebres, acrescentou que o autor dessa decisão é o verdadeiro soberano, uma vez que é impossível regular o seu exercício.⁷¹ Assim se procura demonstrar dois factos cuja negação é ponto de honra do constitucionalismo: a prioridade da *decisão* sobre a norma — o governo é sempre dos homens, não das leis — e a impotência do direito perante a *necessidade* — em última análise, *necessitas non habet legem*.⁷²

Esta posição tem uma linhagem ilustre na filosofia política ocidental, em que se contam as figuras notáveis de Maquiavel e Hobbes. O «realismo» que a caracteriza prende-se com o reconhecimento de que o fundamento último das obrigações que nos vinculam a uma autoridade comum são as paixões vulgares do ser humano, em particular o medo, e sobretudo o medo da morte violenta. «A obrigação dos súbditos em relação ao soberano perdura apenas enquanto este mantiver o poder de os proteger, pois o direito que por natureza os homens têm de se defenderem, se ninguém mais os puder defender, não pode ser alienado. (...) O fim da obediência é a protecção (...).»⁷³ Os deveres de protecção são a essência da ordem política; tudo o mais que reputamos bom e justo é desejável, mas perfeitamente secundário e sujeito a uma reserva de possibilidade. É uma

⁷⁰ Carl Schmitt, *Politische Theologie*, Duncker & Humblot, 10.^a ed., 2015, p. 21.

⁷¹ *Id.*, p. 13.

⁷² Como é hábito, encontramos em páginas de Kelsen o ponto de vista diametralmente contrário ao de Schmitt. Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Nachdruck, 1993, p. 157: «Fala-se de um direito de necessidade do Estado (*Staatsnotrecht*) e argumenta-se da seguinte forma: o Estado tem de viver e se isso é impossível pela via da juridicidade, os órgãos superiores do Estado, sobretudo o órgão supremo, o monarca, estão obrigados a fazer o que for preciso para preservar o Estado. Naturalmente que isto mais não é do que um raciocínio político-jusnaturalista que, como é costume, procura fazer-se passar por direito positivo. Por detrás da ingénua afirmação de que o Estado tem de “viver”, oculta-se geralmente a vontade imponderada (*rücksichtslose Wille*) de que o Estado viva da forma que reputam justa aqueles que se aproveitam da justificação do “direito de necessidade do Estado”».

⁷³ Thomas Hobbes, *Leviathan* (Richard Tuck ed.), Cambridge University Press, 1996, p. 153.

posição plausível. Damos graças pela fortuna que nos permite gozar a liberdade e a democracia, e suplicamos que nos mantenha a salvo de um estado de exceção que se radicaliza ao ponto de nos privar dos luxos morais a que nos habituámos. Mas a pretensão de que a garantia dos direitos fundamentais e o respeito pela separação de poderes são compromissos incondicionais, alguma coisa maior do que bens sumptuários próprios de tempos mais ou menos prolongados de bonança, é uma bela hipocrisia liberal ou uma fantasia ingénua. O verdadeiro estadista tem isso em devida conta. «[M]uitos imaginaram repúblicas ou principados que na realidade nunca foram vistos ou conhecidos; porque há tanta distância entre como se vive e como se deveria viver que todo o que abandona aquilo que se faz por aquilo que se deveria fazer antes prepara a sua ruína do que a sua conservação (...). Pelo que é necessário a um príncipe, se se quiser manter, estar preparado para poder não ser bom, e para usar ou não a bondade conforme a necessidade.»⁷⁴

A esta sugestão poderosa da tradição realista contrapõe-se uma outra linha-gem de pensamento político, entre cujos nomes maiores se contam os de Platão e de Kant. Num passo maravilhoso do *Górgias*, Sócrates procura demonstrar ao incrédulo Polo que «toda a gente considera pior praticar do que sofrer uma injustiça», como no caso do tirano Arquelaus, que havia usurpado o trono da Macedónia depois de matar os herdeiros legítimos. Partindo do consenso entre os interlocutores de que é mais feio cometer uma injustiça do que sofrê-la, Sócrates propõe uma definição de belo que Polo aceita, segundo a qual alguma coisa é mais bela do que outra pelo maior prazer ou bem; segue-se daí que praticar uma injustiça só pode ser mais feio do que sofrê-la se for mais doloroso ou pior, e como é evidente que não é mais doloroso, só pode ser pior. Polo admite que o argumento de Sócrates «tem lógica», e este conclui que demonstrou que também Polo considera que cometer uma injustiça é pior do que sofrê-la.⁷⁵ Numa fase mais adiantada do diálogo, em que o seu adversário é o temível Cálicles, Sócrates afirma do seguinte modo a prioridade da justiça sobre a necessidade: «[m]eu caro amigo, olha que talvez a nobreza de sentimentos e o bem sejam algo mais do que a conservação própria e alheia. Um homem verdadeiramente homem não deve preocupar-se tanto com viver uma vida longa, não deve ter um apego tão grande à vida; o melhor será deixar isso ao critério dos deuses e, acreditando em que, como dizem as mulheres, ninguém pode fugir ao seu destino, trate de buscar depois a maneira de viver o melhor que puder os dias que tem de viver.»⁷⁶ Sócrates repete este argumento na sua defesa perante o tribunal que o condenou à morte, quando afirma que é sua convicção que «um homem mau não pode nunca prejudicar um homem de bem»⁷⁷ — e acrescenta, já condenado, que só uma vida justa é digna de ser vivida.⁷⁸ Kant, por seu lado,

⁷⁴ Maquiavel, *O Príncipe*, tradução de Carlos E. Soveral, Guimarães Editores, s.d., pp. 74-75.

⁷⁵ Platão, *Górgias*, cit. n. 14, pp. 89-94.

⁷⁶ *Id.*, p. 188.

⁷⁷ Platão, *Apologia de Sócrates*, tradução de Manuel de Oliveira Pulquério, Edições 70, 2017, p. 36.

⁷⁸ *Id.*, p. 45.

afirma enfaticamente, num raro exemplo de retórica apaixonada do sóbrio filósofo prussiano: «se a justiça soçobra, deixa de ter valor que os homens vivam sobre a terra».⁷⁹

Uma interpretação possível dos modelos de suspensão regulada é a de que a sua relativa rigidez — a previsão de limites categóricos — não é um sinal de fraqueza, ao contrário do que supõe o cinismo realista, mas da força de carácter perante a aleatoriedade do mundo manifestada no exemplo socrático. Claro está que esta posição de princípio seria irresponsável e inautêntica se fosse «a daqueles políticos de convicções», como lhes chama ironicamente Max Weber, que proclamam que «o mundo é estúpido e vil, mas eu não sou» e «se embriagam com sensações românticas».⁸⁰ Não podemos viver na cegueira e na presunção de ignorar a realidade, e por isso concedemos que se impõem sacrifícios extraordinários em tempos de excepção. Mas o próprio Weber reconhece ser «infinidamente comovedor ver um homem maduro (...) sentir realmente e com toda a alma essa responsabilidade pelas consequências e agir consoante uma ética de responsabilidade, dizendo a qualquer momento: “Não posso fazer de outra maneira, aqui estou eu”».⁸¹ É este *não poder fazer de outra maneira* — um último reduto de ética de convicção genuína — o sentido profundo dos limites categóricos que a Constituição fixa ao poder de emergência. Assim como Sócrates recusou o plano de fuga que lhe foi proposto pelo amigo Críton, por entender que de nada lhe valia salvar a vida com a chaga da indignidade,⁸² a ordem constitucional recusa-se a vender a sua alma por um prato de lentilhas, ainda que isso possa vir a ser-lhe fatal. É na transgressão dos limites impostos pelo seu sistema de valores que se consumaria o verdadeiro pacto suicida — a autofagia moral da comunidade política. A justiça não dispensa a prudência e admite o compromisso, mas não se dissolve no magma da necessidade. No limite do estado de excepção constitucional, aquele que temos a esperança de que nunca venha a ser testado — *fiat iustitia et pereat mundus*.

⁷⁹ Immanuel Kant, *A Metafísica dos Costumes*, tradução de José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian, 2.ª ed., 2011, p. 209.

⁸⁰ Max Weber, *A Política como Profissão*, tradução de Paulo Osório de Castro, Edições Universitárias Lusófonas, 2000, p. 100.

⁸¹ *Id.*, p. 101.

⁸² Platão, *Críton*, tradução de Manuel de Oliveira Pulquério, Edições 70, 2017, pp. 80-81.