

O Direito Público e a Crise Pandémica

COORDENAÇÃO

FRANCISCO PEREIRA COUTINHO
DULCE LOPES
CATARINA SANTOS BOTELHO

O Direito Público e a Crise Pandémica

O Direito Público e a Crise Pandémica

COORDENAÇÃO

FRANCISCO PEREIRA COUTINHO

DULCE LOPES

CATARINA SANTOS BOTELHO

XIV

ENCONTRO DE
PROFESSORES DE
DIREITO PÚBLICO

FCT
Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

CEDIS
CENTRO DE I&D SOBRE
DIREITO E SOCIEDADE

NOVA
SCHOOL
OF LAW

O DIREITO PÚBLICO E A CRISE PANDÉMICA

COORDENAÇÃO

Francisco Pereira Coutinho
Dulce Lopes
Catarina Botelho

EDIÇÃO

Nova School of Law
CEDIS – Centro de I&D sobre Direito e Sociedade
Campus de Campolide
1099-032 Lisboa
Portugal

SUPORTE: ELETRÓNICO

Outubro de 2022

ISBN 978-989-8985-20-0

Este trabalho é financiado por fundos nacionais através da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade, com a referência UIDB/00714/2020.

Nota de Apresentação

Esta obra coletiva reúne a maioria das comunicações apresentadas durante o X Encontro de Professores de Direito Público, que teve lugar no dia 10 de setembro de 2021 na Nova School of Law, em Lisboa.

Adiado por nove meses em razão da pandemia da COVID-19, o Encontro foi naturalmente dedicado à análise dos efeitos da crise pandémica nas ordens jurídica interna, europeia e internacional, em quatro painéis dedicados aos temas da suspensão de direitos fundamentais, da regulação da emergência sanitária, da articulação entre o princípio do Estado de direito e o Mecanismo Europeu de Recuperação e Resiliência e entre a pandemia e a responsabilidade internacional. O tempo (ainda) pandémico da realização do evento refletiu-se na sua concretização, pela primeira vez, em formato híbrido (presencial e virtual), que permitiu uma participação de um número muito significativo de juspublicistas lusófonos.

O Encontro não teria sido possível sem o apoio institucional da Nova School of Law e da Jurisnova – Associação de Professores da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Uma palavra final de agradecimento é devida aos estudantes da Nova School of Law envolvidos na sua organização e, em particular, à doutoranda Maria João Carapêto.

Os coordenadores,

FRANCISCO PEREIRA COUTINHO
CATARINA SANTOS BOTELHO
DULCE LOPES

Sumário

A SUSPENSÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ESTADO DE EXCEÇÃO BIOPOLÍTICO: REVISITAÇÃO APÓS DOIS ANOS DE PANDEMIA <i>Luís Heleno Terrinha</i>	9
A ADEQUAÇÃO DO ESTADO DE EMERGÊNCIA À SITUAÇÃO PANDÉMICA <i>Pedro Coutinho</i>	53
RISCO E INCERTEZA, SAÚDE E DANOS COLATERAIS. O QUE SE ESPERA DO ESTADO DE EMERGÊNCIA SANITÁRIO? <i>Cristina Queiroz</i>	63
O PRINCÍPIO DA GARANTIA DO EQUILÍBRIO INSTITUCIONAL DE PODERES COMO LIMITE NEGATIVO INTANGÍVEL DA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE EMERGÊNCIA <i>Raquel Brízida Castro</i>	77
MECANISMO EUROPEU DE RECUPERAÇÃO E RESILIÊNCIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS <i>Ana Rita Gil</i>	115
RESPONSABILIDADE EM TEMPOS DE PANDEMIA. A NATUREZA DAS OBRIGAÇÕES DECORRENTES DO REGULAMENTO SANITÁRIO INTERNACIONAL DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE <i>Fátima Castro Moreira</i>	141

A Suspensão de Direitos Fundamentais em Estado de Exceção Biopolítico: revisitação após dois anos de pandemia

LUÍS HELENO TERRINHA*

Resumo: Este artigo analisa, de uma perspetiva jurídico-constitucional, o estado de exceção declarado e executado em Portugal para fazer face à pandemia da COVID-19. Sujeita-se, assim, a uma avaliação crítica os principais diplomas emanados pelos órgãos de soberania durante esse período. Em especial, procura-se: (i) propor uma abordagem teórica biopolítica ao presente estado de exceção; (ii) explicar o conceito de suspensão do exercício de direitos fundamentais enquanto forma de viabilizar a introdução de uma regulação jurídica não vinculada pelas normas de direitos fundamentais; (iii) criticar o desenho normativo dos decretos presidenciais ao seguirem um modelo autorizante ou habilitante; (iv) identificar e avaliar as respetivas consequências jurídicas.

Sumário: 1. Pandemia e Constituição: o estado de exceção constitucional biopolítico; 2. Emergência e direitos fundamentais: o antagonismo; 3. A suspensão do exercício de direitos fundamentais; 3.1. Conceito e efeitos da suspensão; 3.2 Consequências da suspensão; 3.3 Disciplina jurídica da suspensão; 3.4. Diálogo com outros contributos doutrinários acerca da suspensão de direitos fundamentais; 4. O modelo de interação normativa entre os órgãos de soberania na decretação e execução do estado de emergência; 4.1 Regime constitucional e legal; 4.2 Ilações; 4.3 O anteprojeto de lei de emergência sanitária; 5. A declaração presidencial do estado de emergência e a execução pelo Governo – avaliação crítica; 5.1. O desenho normativo dos decretos presidenciais de declaração do estado de emergência; 5.1.1. Incoerência lógica; 5.1.2. Problemas jurídicos; 5.1.3. Incerteza e insegurança jurídicas; 5.1.4. Reflexos na execução pelo Governo; 5.2. Problemas jurídico-constitucionais subsequentes; 6. Conclusão.

* Professor Auxiliar da NOVA School of Law. Doutor em Direito Público (Universidade de Lisboa). LL.M. (Yale Law School). Contacto: luis.terrinha@novalaw.unl.pt. O presente estudo constitui uma versão parcialmente reformulada e expandida do texto publicado na *Revista de Direito e Segurança* n.º 167.

1. Pandemia e constituição: o estado de exceção constitucional biopolítico

A exceção constitucional causada pela pandemia foi uma exceção constitucional atípica, uma vez que a sua fonte não foram as circunstâncias tradicionais de guerra ou agressão estrangeira iminente, insurreição ou desordem internas, e catástrofe natural.¹ Nessa medida, o seu referente não foi a *soberania* (no sentido da afirmação da autonomia de uma comunidade), mas sim a *biopolítica*: a gestão política da vida, o exercício de poder sobre o “corpo-espécie”, o emprego de controlos reguladores e disciplinares sobre a população.²

Esta conotação *biopolítica* força-nos a repensar as reflexões clássicas em torno do estado de exceção constitucional.³ Não é evidente que a usual legitimação dos estados de exceção por apelo à linguagem da respetiva transitoriedade ordenada ao restabelecimento da ordem constitucional sirva plenamente para as situações em que o Estado se encontra a adotar medidas de reação a um *vírus*⁴. Desde logo porque, como notou Foucault, “um poder que tem por tarefa tomar a seu cargo a vida terá necessidade de mecanismos contínuos, reguladores e correctivos”⁵.

¹ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 1100 ss., e Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1999, pp. 300 ss.

² Cf. Michel Foucault, *História da Sexualidade I. A Vontade de Saber*, tradução de Pedro Tamen, Lisboa: Relógio d'Água, 1994, pp. 139-142. Sobre o impacto da “revolução disciplinar” no direito público, *vd.* Martin Loughlin, *The Foundations of Public Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 407 ss.

³ Com exposição das teses de Schmitt e Agamben (certeiramente movendo a este último a crítica de que as suas “pré-compreensões” o impediram de apreciar adequadamente o impacto da situação pandémica), *vd.* Miguel Nogueira de Brito, “Pensar no estado da exceção na sua exigência”, *Observatório Almedina*, 2 de Abril de 2020, §1 (disponível em: <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/04/02/pensar-no-estado-da-excecao-na-sua-exigencia/>). Cf., também, Giorgio Agamben, “Contágio”, 11 de Março de 2020 (disponível em: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-contagio>).

⁴ Cf. Gonçalo Almeida Ribeiro, “O estado de exceção constitucional”, *Observador*, 25 de Março de 2020 (disponível em: <https://observador.pt/especiais/o-estado-de-excecao-constitucional/>).

⁵ Cf. Foucault, *História da Sexualidade I*, p. 146.

Daqui resulta uma evidente tensão com as frequentes salvaguardas temporais dos estados de exceção constitucionais.⁶ Em face da hostilidade biológica do nosso meio ambiente, erode-se a dicotomia *normalidade-exceção*: os “pressupostos de vigência da norma”⁷ perdem o seu *pré-suposto*, obrigando à redefinição de normalidade e excecionalidade em contexto viral adverso. Neste contexto, normalidade jurídica e normalidade biológica não apenas deixam de coincidir como entram até em conflito.⁸

Está, pois, em construção o vocabulário⁹ jurídico para lidar com uma tal *exceção constitucional biopolítica*, decorrente de uma urgência sanitária que – pela sua extensão e intensão – redefine os termos em que podemos viver.¹⁰ O desafio é o de “pensar a norma ao mesmo tempo que a vida – não *sobre* a vida, nem *a partir* da vida, mas *na* vida, isto é, na constituição biológica do organismo vivo”.¹¹ É que, desta vez, não existiu inimigo estrangeiro (estatal ou terrorista), grupo rebelde, ou terramoto que fizesse perigar a *nossa* comunidade, ordem constitucional, axiologia ou organização política.¹² A ameaça somos radicalmente nós, com a vulnerabilidade a um vírus,¹³ lembrados que fomos, pela natureza, da contingência e fragilidade das condições biológicas do ser humano.

⁶ Como acontece, entre nós, com o limite temporal dos 15 dias (renováveis) previsto no artigo 19.^º da Constituição.

⁷ Cf. Gonçalo Almeida Ribeiro, “O estado de exceção constitucional”, *Observador*, 25 de Março de 2020 (disponível em: <https://observador.pt/especiais/o-estado-de-excecao-constitucional/>): “O estado de exceção vigora enquanto as condições pressupostas pela vigência da norma – o estado de normalidade – não forem restauradas”.

⁸ Cf. Roberto Esposito, *Bios. Biopolítica e Filosofia*, tradução de Freitas da Costa, Lisboa: Edições 70, 2010 (2004), pp. 268-269.

⁹ Cf. Richard Rorty, *Contingency, irony, and solidarity*, Cambridge: Cambridge University Press, 1989, pp. 3-22.

¹⁰ De tal sorte que se afigura plausível ser afinal a via legislativa *normal* o caminho mais adequado para com ela lidar, a exemplo do “estado de urgência sanitária” introduzido no código de saúde pública francês ou da *Infektionsschutzgesetz* alemã. O que se concebe e admite é que a excecionalidade biopolítica negue vários dos pressupostos em que assenta o tradicional estado de exceção constitucional. Cf. John Ferejohn, Pasquale Pasquino, “The law of the exception: A typology of emergency powers”, *I•CON* 2 (2004), pp. 210-239 (228).

¹¹ Esposito, *Bios*, p. 203 (itálicos conforme ao original).

¹² Cf. Ferejohn / Pasquino, “The law of the exception...”, pp. 231-232.

¹³ Como nota certamente Esposito, *Bios*, p. 51: “O que está em causa [...] já não é a distribuição do poder ou a sua subordinação à lei, o tipo de regime ou o consenso que

Por isso, enquanto o estado de exceção clássico remete para um “paradigma de comunidade”, o estado de exceção biopolítico compreende-se no quadro de um “paradigma de imunização” que interliga vida, política e direito.¹⁴ A imunização nega a comunidade para a conservar: “[a]quilo que é imunizado [...] é a própria comunidade, de uma forma que conjuntamente a conserva e a nega – ou melhor, a conserva através da negação do seu originário horizonte de sentido”¹⁵ (que é, designadamente, a relação entre os membros).¹⁶ Logo, ante a falha da imunização natural a um vírus, o Estado atua no sentido de ativar o contrário à vida ou de conter a sua intensidade (v.g., através de quarentenas e confinamentos): “[p]ara ser conservada, a vida tem de renunciar a qualquer coisa que faz parte integrante, e constitui mesmo o vetor predominante, da sua potência expansiva”.¹⁷

Nesta medida, não faz sentido falar aqui de ajuridicidade ou extra-legalidade do estado de exceção.¹⁸ Tomando como boa a ideia de Luhmann de que o Direito se afigura “o sistema imunitário da sociedade”,¹⁹ então a constitucionalização dos estados de exceção surge como dispositivo imunitário do próprio sistema jurídico-constitucional, (auto-)assegurando a sua adaptação auto-reprodutiva a um devir incerto.²⁰

recolhe – a dialéctica que até uma certa fase temos denominado com os termos de liberdade, igualdade, democracia, ou, pelo contrário, com os de tirania, imposição, domínio: mas qualquer coisa que a precede porque diz respeito à sua ‘matéria-prima’.

¹⁴ Cf. Esposito, *Bios*, pp. 73-74.

¹⁵ Cf. Esposito, *Bios*, p. 82.

¹⁶ Cf. Esposito, *Bios*, p. 80.

¹⁷ Esposito, *Bios*, p. 92.

¹⁸ Cfr., criticamente, Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Wien: Verlag Österreichische Staatsdruckerei, 1993 (1925), p. 157, e Giorgio Agamben, *State of Exception*, trad. Kevin Attel, Chicago: University of Chicago Press, 2005 (2003), pp. 23 ss.

¹⁹ De resto, já Luhmann tinha aludido ao Cf. Niklas Luhmann, *Soziale Systeme – Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987, pp. 509 ss., e Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, pp. 565 ss.

²⁰ Cf. Luhmann, *Soziale Systeme*, p. 507, quando explica que: “Das System immunisiert sich *nicht gegen das Nein*, sondern mit *Hilfe des Neins*; es schützt sich *nicht gegen Änderungen*, sondern mit *Hilfe von Änderungen* gegen Erstarrung in eingefahrenen, aber nicht mehr umweltadäquaten Verhaltensmustern. Das Immunsystem schützt nicht die Struktur, es schützt die Autopoiesis, die geschlossene Selbstreproduktion des Systems. Oder um es

Donde se nota que a exceção *constitucional biopolítica* não é o resultado linear ou causal de um qualquer singular agente externo (aqui, um vírus). Ela é ativamente co-produzida pelo Estado, seja ao identificar um perigo normativamente relevante, ao desencadear os mecanismos de reação, ou ao disciplinar os comportamentos dos cidadãos.²¹ Isto é, o Estado co-constitui os elementos de que depende a transição da ordem jurídica constitucional para um estado de exceção.²² Isso é particularmente evidente no caso da COVID-19. As restrições e suspensões de direitos fundamentais em larga escala são consequência das decisões das autoridades públicas e são o efeito da seleção de certas estratégias para lidar com a pandemia (em detrimento de alternativas).²³ Por exemplo, as limitações à circulação visaram sobretudo reduzir a taxa de contágio para assegurar a capacidade de resposta dos sistemas públicos de saúde.²⁴ Não se trata, pois, de reconhecer a bruta “força dos factos”²⁵ (uma espécie de exterior dado ou que se impõe), senão de reconhecer a sua *construção como exceção constitucional* enquanto recurso ou dispositivo ao serviço do poder e dos fins que ele fixa.²⁶

2. Emergência e direitos fundamentais: o antagonismo

O artigo 19.º da Constituição da República Portuguesa de 1976 (doravante: CRP) prevê a possibilidade de proceder à *suspensão* do *exercício* de

mit einer alten Unterscheidung zu sagen: es schützt durch Negation von Annihilation.” (itálicos conforme ao original).

²¹ Ao agir, no fundo, como “segundo dispositivo imunitário”. Cf. Esposito, *Bios*, p. 92.

²² Cf. Agamben, *State of Exception*, p. 29.

²³ Por todos, Frank M. Snowden, *Epidemics and Society. From the Black Death to the Present*, New Haven: Yale University Press, 2019.

²⁴ Como enfatizado por Oliver Lepsius, “Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie”, *Verfassungsblog*, 6 de Abril 2020 (disponível em: <https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/>).

²⁵ Cf. Gonçalo Almeida Ribeiro, “O estado de exceção constitucional”, *Observador*, 25 de Março de 2020 (disponível em: <https://observador.pt/especiais/o-estado-de-excepcao-constitucional/>).

²⁶ Cf. Agamben, *State of Exception*, pp. 29-30.

direitos, liberdades e garantias, mediante decretação do estado de sítio ou do estado de emergência nos termos constitucional e legalmente prescritos.²⁷

Cumpre, desde logo, apurar o que é e em que se traduz uma *suspensão do exercício de direitos fundamentais*. A consagração da possibilidade de suspender o exercício de direitos fundamentais foi uma opção do nosso legislador constituinte²⁸ que está marcada pela sua *contingência*.²⁹ não configurando ela um elemento necessário de um direito constitucional da exceção.³⁰ Muito embora não seja uma singularidade portuguesa,³¹ não deixam de se encontrar ordens jurídicas que não dispõem de tal figura.³²

²⁷ Em geral, na doutrina, J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.^a edição revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 397-405.

²⁸ Uma rápida pesquisa aos debates da Assembleia Constituinte não revelou uma discussão especialmente aturada sobre a suspensão do exercício de direitos fundamentais (a dado passo dá-se até como discutida e votada uma disposição que aparentemente não o foi). Essa documentação pode ser consultada em: <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dac/01/01/01>.

²⁹ Sobre a contingência no Direito, em geral, e no Direito Constitucional, em particular, *vd.* Luís Heleno Terrinha, “Direito e Contingência: *com e para além* de Ulrich Beck”, in Carla Amado Gomes / Luís Heleno Terrinha (Coord.), *In Memoriam Ulrich Beck – Atas do Colóquio promovido pelo ICJP e pelo CIDP*, Lisboa: ICJP, 2016, pp. 17 a 53 (disponível em: http://icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_ulrichbeck_0.pdf), e Luís Heleno Terrinha, “Os limites materiais da revisão constitucional: reflexividade, reflexão e contingência do sistema jurídico-constitucional”, in Manuel Afonso Vaz / Catarina Santos Botelho / Luís Heleno Terrinha / Pedro Coutinho (Eds.), *Jornadas nos 40 anos da Constituição da República Portuguesa*, Porto: UCE, 2017, pp. 213-242.

³⁰ Cf. Christian Bjørnskov / Stefan Voigt, “The architecture of emergency constitutions”, *I·CON* 16 (2018), pp. 101-127 (110-111).

³¹ Por exemplo, a suspensão vem também prevista no artigo 55.^º da Constituição Espanhola de 1978 (consultada em: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)). De resto, em Espanha, a suspensão pode ter carácter geral ou individual. Cf. Eduardo Virgala Foruria, “La suspension de derechos por terrorismo en el ordenamento español”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 40 (1994), pp. 61-132.

³² Cfr. David Dyzenhaus, “States of Emergency”, in Michel Rosenfeld / Andrés Sajó (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 442-462 (449).

O ponto de partida da discussão pode ser dado por um aspeto nuclear do estado de emergência: a sua identidade assenta na respetiva *oposição ao exercício de direitos fundamentais*. Com efeito, a CRP estabelece conceptualmente os estados de exceção (estado de sítio ou estado de emergência) enquanto situações constitucionais que implicam a ausência do exercício de posições subjetivas jusfundamentais.³³ A CRP apresenta os direitos fundamentais como potenciais *inimigos* do retorno à normalidade constitucional.³⁴ Na ponderação entre a manutenção ou durabilidade da ordem instituída e os direitos fundamentais do indivíduo, aquela deu-se a si mesma preponderância e primazia. Eis porque o exercício dos direitos fundamentais pode ser *suspensio*: emergência (a perturbação da ordem instituída e o objetivo de regressar à normalidade) não se compadece com jusfundamentalidade.³⁵ Dir-se-á que o sacrifício (posições subjetivas fundamentais) se justifica por um bem maior (preservar a pretensão de durabilidade do ordenamento constitucional),³⁶ de acordo com a lógica de que com o estado de sítio ou estado de emergência é ainda a Constituição a *garantir-se* e é ainda a ordem constitucional a *defender-se* da perturbação disruptiva.³⁷

³³ Cf. Jorge Bacelar Gouveia, *Estado de Exceção no Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 2020, p. 121. Ainda que essa ausência de exercício nunca seja total, por haver um conjunto de direitos fundamentais que não são suspendíveis. A que se soma um conjunto de vinculações jurídicas indisponíveis (designadamente o respeito pelo princípio da proporcionalidade).

³⁴ Cf. Segado, “Naturaleza y régimen legal de la suspension...”, p. 34. Ainda que sem extrair daí ilações teóricas, também Paloma Requejo Rodríguez, “¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?”, *Revista de Derecho Político* 51 (2001), pp. 105-137 (116), reconhece que a suspensão de direitos fundamentais é prevista “por [se] considerar que o seu exercício pode impedir ou dificultar o restabelecimento da normalidade no caso concreto”.

³⁵ Cfr. Loughlin, *Foundations of Public Law*, pp. 397-398 (quando se refere a um “high-modernist model of government” para o qual “entrenched private rights should never be allowed to override the exercise of governmental power aimed at the realization of the common good”).

³⁶ Cf. Segado, “Naturaleza y régimen legal de la suspension...”, p. 34.

³⁷ Cf. Canotilho, *Direito Constitucional*, pp. 1085 ff., e Francisco Fernandez Segado, “Naturaleza y régimen legal de la suspension general de los derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Político* 18-19 (1983), pp. 31-58 (32).

Em conclusão, a constitucionalização dos estados de exceção é o veículo através do qual o Estado se auto-habilita constitucionalmente a não respeitar os direitos constitucionais dos cidadãos.³⁸ Encontramos aqui a expressão maior da ideia básica, mas essencial, de que o direito (constitucional) possibilita e reforça o poder.³⁹

3. A suspensão do exercício de direitos fundamentais

3.1. Conceito e efeitos da suspensão

Não é unívoco em que consiste a *suspensão* do exercício de direitos fundamentais.⁴⁰ Com efeito, a doutrina está habituada a trabalhar – e tratou de desenvolver – sobretudo a noção de *restrição* de direitos fundamentais,⁴¹ tal como disciplinada no artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da CRP em circunstâncias de *normalidade* constitucional.

O que parece certo, sob pena de redundância conceptual e jurídica, é que uma *suspensão* não é rigorosamente uma *restrição* de direitos fundamentais⁴² (da mesma forma que uma *restrição* não pode equivaler a uma

³⁸ Sobre a reflexividade inerente ao processo constitucional, cf. Gunther Teubner, *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012, pp. 159 ss., e Luís Heleno Terrinha, “Da Sociedade da Constituição à Constituição da Sociedade. O constitucionalismo societal e os seus contributos para a compreensão do Direito Constitucional como sistema comunicativo mundial”, *Revista Jurídica AAFDL* 30 (2016), pp. 297-377. Convergentemente, Bjørnsvov / Voigt, “The architecture of emergency constitutions...”, p. 103.

³⁹ Cf. Loughlin, *Foundations of Public Law*, p. 231.

⁴⁰ Já José de Melo Alexandrino, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2006, p. 435, nota 1840.

⁴¹ Cf. Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, pp. 249 ss.

⁴² Como se acentuará ainda, a lógica da suspensão de direitos fundamentais é precisamente a de possibilitar a sua afetação sem ter de os restringir (em sentido técnico-jurídico). Tanto lógica como juridicamente, é difícil perceber como se poderia *restringir* o que está *suspenso* (designadamente se por *suspenso* se entende a não produção de efeitos jurídicos ou, no caso, a impossibilidade juridicamente determinada de exercer as liberdades, poderes e faculdades decorrentes de normas de direitos fundamentais), ou que efeito útil haveria

suspensão).⁴³ Não o é, desde logo, por referência ao contexto institucional em que ambas operam: a suspensão acontece em estado de emergência e é determinada pelo Presidente da República (doravante: PR) na sequência de autorização da Assembleia da República (doravante: AR) e de audição do Governo [art. 134.º, al. d) 138.º da CRP]; a restrição acontece em período de normalidade constitucional mediante lei restritiva da AR ou decreto-lei autorizado restritivo do Governo [art. 18.º, n.º 2; art. 165.º, b), da CRP]. Mas também não o é por referência à respetiva disciplina jurídico-constitucional: a suspensão é necessariamente limitada no tempo e observa requisitos de fundamentação, especificação e proporcionalidade, designadamente na vertente de proibição do excesso (art. 19.º, n.º 4 e 5 da CRP); a restrição observa requisitos de expressa previsão constitucional somada à generalidade, abstração, não-retroatividade e respeito pelo conteúdo essencial dos direitos fundamentais pela lei (art. 18.º, n.º 2 e 3 da CRP).⁴⁴

Isso não basta, porém, para dilucidar o conteúdo jurídico do conceito de *suspensão do exercício* de direitos fundamentais.

Temos apontado para um entendimento intuitivo da *suspensão* de efeitos jurídicos traduzido na não produção temporária de efeitos jurídicos por parte de uma norma ou de um ato jurídico que antes se encontrava regularmente a produzi-los.⁴⁵ Donde resulta que não se afeta a validade

sequer nisso. Ademais, também não se pode asseverar, sob pena de contradição, que o modo de operar a *suspensão* é por *restrição*. É verdade que a *restrição* de direitos pode ser de tal ordem e intensidade que corresponde a uma *suspensão* – mas tal raciocínio, para ser inteligível, tem de partir da premissa indisponível de que tais direitos não estavam anteriormente (validamente) suspensos. Do mesmo modo, a ideia de que uma *suspensão* pode redundar afinal numa *restrição* assenta na premissa igualmente indisponível de que a suspensão não havia sido validamente decretada..

⁴³ A afinidade estrutural entre as duas será, porventura, mais evidente no plano da situação jurídica em que ficam colocados os comportamentos *restringidos* e os comportamentos *suspensos*. Em ambos os casos, nenhum goza de proteção jusfundamental.

⁴⁴ Cf. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 328 ss.

⁴⁵ Cf. Jorge Reis Novais, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 193, nota 328 (ao referir-se a uma “inibição temporária e transitória de exercício de alguns direitos fundamentais ou de algumas faculdades neles contidas”, implicando “uma impossibilidade geral e transitória do exercício do direito ou de algumas das faculdades que ele facultava”).

da norma ou do ato suspensos, mas sim a sua *eficácia* por um determinado período de tempo.⁴⁶ Mais sublinhámos já que, tendo por base o enunciado do n.º 1 do artigo 19.º da CRP (suspensão do *exercício de direitos*), não há razões para se falar, a este propósito, de desconstitucionalização ou desfundamentalização da norma de direito fundamental (como por vezes ocorre na doutrina espanhola).⁴⁷⁻⁴⁸ Também não parece poder

⁴⁶ Cf. Gouveia, *Estado de Exceção*, p. 172, e Segado, “Naturaleza y régimen legal de la suspension...”, p. 40.

⁴⁷ O n.º 1 do art. 55.º da Constituição espanhola de 1978 dispõe que: “Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción.” Por conveniência, e para evitar dispersão, não nos referiremos aqui à possibilidade, acolhida no art. 55.º, n.º 2, da suspensão individual de direitos fundamentais.

⁴⁸ Por exemplo, Benito Aláez Corral, “El concepto de suspensión general de los derechos fundamentales”, in Luis López Guerra / Eduardo Espín Templado, *La Defensa del Estado*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 233-245, discute duas possíveis formas de interpretar a referida disposição da Constituição espanhola: ou se entende que a suspensão de direitos fundamentais implica a “desfundamentalização” da posição jurídica subjacente (ou seja, o direito fundamental perderia exatamente a sua fundamentalidade), ou se entende que a suspensão conduz a uma “autêntica desconstitucionalização temporal” dos direitos fundamentais. Na perspectiva do autor, enquanto a tese da “desfundamentalização” permitiria ao poder público “afectar o âmbito de liberdade sem necessidade de respeitar o seu conteúdo essencial” (ainda que continuasse sujeito a um princípio de proporcionalidade), a tese da “desconstitucionalização” permitiria ao poder público “regular o âmbito de liberdade como se não estivesse protegido por uma norma iusfundamental” (na medida em que a mesma “havia perdido temporalmente a sua vigência em razão da suspensão”, assim afastando até a aplicação constitucional do princípio da proporcionalidade). Na opinião de Benito Aláez Corral, a boa interpretação do n.º 1 do artigo 55.º e da suspensão de direitos fundamentais na Constituição espanhola, é a de que se trata de admitir uma “desconstitucionalização” da norma de direitos fundamentais decorrente da respetiva “supressão de vigência”. Noutra linguagem, Rodríguez, “¿Suspensión o supresión...”, pp. 112-113 (incluindo nota 10), entende que a suspensão de direitos fundamentais não é equivalente à sua “supressão”, mas reconhece que por seu intermédio os poderes públicos deixam de estar vinculados ao respeito pelo conteúdo essencial do direito, de tal sorte que a sua atuação pode com ele interferir ou mesmo sacrificá-lo. Com isso, entende, “desconstitucionaliza-se de certa maneira o conteúdo do direito”, sem prejuízo de as ações dos poderes públicos continuarem subordinadas ao direito e até a controlo jurisdicional: seja quanto à observância

concluir-se que a suspensão subtrai ao cidadão a *titularidade* do direito fundamental,⁴⁹ mesmo que apenas temporariamente.⁵⁰ Semelhantemente, a suspensão, devido à sua transitoriedade, não equivale a uma supressão.⁵¹

Concluimos, então, que a suspensão correspondia a um ato que determina a não-produção temporária dos normais efeitos jurídicos de um outro ato ou norma, pelo que, com a suspensão do exercício de direitos fundamentais, o cidadão deixaria de beneficiar dos concretos poderes, faculdades ou vantagens que as normas de direitos fundamentais lhe atribuem.⁵² Por isso, entendemos que o cidadão que pretenda actualizar tais poderes, faculdades ou vantagens não obterá qualquer tutela jurídica *no plano normativo do direito fundamental* (exatamente porque os comportamentos tipicamente subsumíveis no âmbito material da norma de direitos fundamentais deixam, por força da suspensão de exercício, de lograr qualquer protecção jusfundamental).⁵³⁻⁵⁴

Note-se que não resulta daí nenhuma intolerável indefinição jurídica. *A suspensão é a definição jurídica* da nova situação gerada. E, como se explicou, trata-se de uma definição jurídica que assenta imediatamente:

do princípio da proporcionalidade, seja quanto à observância dos requisitos de decretação do estado de exceção ou de sítio tal como estabelecidos na Constituição espanhola.

⁴⁹ Cf. Alexandrino, *A Estruturação*, II, pp. 435-436, nota 1840.

⁵⁰ Isso não prejudica que se acompanhe Alexandrino, *A Estruturação*, II, pp. 435-436, nota 1840, ao considerar que se utiliza “exercício” em sentido amplo ou impróprio, abrangendo estados jusfundamentais activos e passivos.

⁵¹ Cf. Gouveia, *Estado de Exceção*, p. 172.

⁵² Cf. Gouveia, *Estado de Exceção*, p. 172.

⁵³ Cf. Gouveia, *Estado de Exceção*, p. 172 (referindo-se a um efeito ablativo fulminante dos direitos).

⁵⁴ Tomando por referência uma versão inicial deste escrito, Pedro Moniz Lopes, “Significado e alcance da «suspensão» do exercício de direitos fundamentais na declaração de estado de emergência”, *E-Pública* 7 (2020), pp. 118-152 (129-130), criticou a apresentada definição de suspensão pela sua suposta “ambiguidade”. Mas, descontado o aparato lógico-analítico usado pelo Autor, não parece que o seu entendimento de suspensão seja essencialmente diferente daquele que aqui se defende (designadamente quando escreve que “[o] efeito jurídico paralizador, que decorre da «suspensão», retira a dimensão «protegida» da «liberdade»” ou que o “Estado deixa [...] de estar «proibido» de interferir com as condições fácticas de realização da liberdade dos cidadãos”).

i) ora na não-produção dos efeitos jurídicos típicos da norma de direito fundamental, *ii)* ora na subtração de proteção jusfundamental aos comportamentos humanos subsumíveis no âmbito material da norma de direito fundamental.⁵⁵⁻⁵⁶ Disto não resulta diretamente uma proibição de comportamentos.⁵⁷

3.2. Consequências da suspensão

A suspensão associada à decretação do estado de emergência não cria – nem deve criar – um vazio jurídico.⁵⁸ Na verdade, ao afastar transitoriamente a proteção jusfundamental anteriormente concedida, a suspensão cria o espaço para a *emanação de uma nova regulação jurídica dos comportamentos em causa*. É nisso que consiste o seu efeito principal e a sua mais-valia funcional: viabilizar a introdução na ordem jurídica, a título temporário (pelo período de vigência do estado de emergência), de uma disciplina legislativa ou administrativa não constrangida pelas

⁵⁵ Um exemplo evidente: o cidadão que não poderia ser proibido pela polícia de circular entre as 2 e as 6 horas da manhã, deixa agora de poder invocar o direito fundamental (que não pode exercer, por força da suspensão) para se eximir ao cumprimento de um comando dado nesse sentido no quadro do estado de emergência ou estado de sítio.

⁵⁶ Moniz Lopes, “Significado e alcance da «suspensão»...” pp. 132 ss., pretende identificar a este propósito uma “contradição” na posição exposta. Mas essa crítica baseia-se no facto de o Autor ignorar o sentido com que explicitamente usamos o termo “definição jurídica” (imputando-lhe ele um outro). Como ficou claro, não nos referimos – como parece ser o caso de Moniz Lopes – a uma definição jurídica “positiva” enquanto novo regime material regulador dos comportamentos individuais (que é subsequente à suspensão e que, por isso, o ato de suspensão obviamente não contém). Referimo-nos, tão-só, a uma definição jurídica decorrente das modificações jurídicas operadas pela própria suspensão (traduzida, usando a terminologia de Moniz Lopes, na subtração da dimensão protegida da liberdade, negando a proibição do Estado interferir na esfera dos cidadãos).

⁵⁷ Cf. Gouveia, *Estado de Exceção*, p. 173.

⁵⁸ O que, mesmo para autores de orientação normativista, não pode levantar problemas: afinal, ainda no quadro do positivismo kelseniano, restará sempre uma qualquer disciplina jurídica através da conveniente permissão normativa geral. Cf. Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1979, pp. 106-107. *Vd.*, ainda, Gouveia, *Estado de Exceção*, p. 173.

vinculações das normas de direitos fundamentais cujo exercício haja sido suspenso.⁵⁹⁻⁶⁰

Assim sendo, o cidadão não poderá apelar ao parâmetro jusfundamental para se defender de agressões ou compressões da sua esfera jurídica. Ao invés, surgirá – *rectius*, deverá surgir⁶¹ – um regime jurídico próprio constitutivamente configurador da esfera jurídica do cidadão (dos seus direitos e deveres) e que não está submetido às exigências de validade postas pelas normas de direitos fundamentais afetadas pela suspensão.⁶² É dizer, pois, que a configuração e extensão dos direitos e obrigações dos cidadãos passam a ser dadas pela disciplina legal ou administrativa que as autoridades emanem, e já não pelos direitos fundamentais cujo exercício haja sido suspenso⁶³ (o que não significa, como se explicará, que

⁵⁹ Cf. Segado, “Naturaleza y régimen legal de la suspensión...”, p. 40, Rodríguez, “¿Suspensión o supresión...”, p. 112, e Corral, “El concepto de suspensión...”, pp. 241. Entre nós, *vd.* Gouveia, *Estado de Exceção*, pp. 172-173.

⁶⁰ Numa versão inicial deste estudo, aparecia “permitir” onde agora surge “viabilizar”. A modificação deve-se a uma crítica pertinente de Pedro Moniz Lopes, “Significado e alcance da «suspensão»...” p. 133, segundo a qual não é a suspensão ela mesma (enquanto ato de paralisação de eficácia das normas) que contém a permissão da (subsequente) emanção da disciplina jurídica derogatória dos direitos fundamentais. De outros locais deste estudo, designadamente *infra* quando discutimos as competências do Governo e do PR, já resultava clara a nossa convergência com Moniz Lopes neste concreto ponto (muito embora a linguagem usada neste trecho pudesse ser tida por imprecisa). Aliás, a crítica até nem era inteiramente justa: (i) seja porque o próprio Moniz Lopes, na sua p. 152, alude a como o “efeito suspensivo [...] *abre caminho* [...] à permissão forte de regulação” (itálicos conforme original); (ii) seja porque, no nosso entender, “efeito suspensivo” e “permissão forte de regulação” implicam-se reciprocamente no quadro global do regime do estado de emergência. Como se explicitará adiante, onde divergimos marcadamente de Moniz Lopes é na identificação da fonte dessa permissão.

⁶¹ Cf. Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre la Suspensión o Restricción de las Garantías Constitucionales”, *Revista de Derecho Publico* 37 (1989), pp. 5-25 (21).

⁶² Cf. Gouveia, *Estado de Exceção*, p. 173 (ao referir-se a uma expansão do poder público “potencial”), e Corral, “El concepto de suspensión...”, p. 243.

⁶³ É isso que pretende acentuar Rodríguez, “¿Suspensión o supresión...”, p. 113, quando refere que “qualquer direito [fundamental] objeto de suspensão terá exclusivamente o conteúdo que o legislador queira dar-lhe de forma provisória”. Em sentido convergente, Gouveia, *Estado de Exceção*, pp. 173-174, e Brewer-Carías, “Consideraciones sobre la Suspensión...”, p. 12.

as compressões que se imporão aos cidadãos não estão sujeitas a certas limitações jurídicas e até constitucionais).

Em qualquer caso, o inescapável maior ou menor aumento de insegurança jurídica induzido pela decretação do estado de emergência, com suspensão do exercício de direitos fundamentais, é o preço natural a pagar exatamente pela transição deliberada para um estado de emergência – o que, de uma banda, sublinha o especial papel da respetiva normatividade implementadora e, de outra banda, enfatiza a imperiosidade de circunscrever os estados de exceção constitucional a circunstâncias que indubitável e efetivamente os exigem.⁶⁴

Em suma, a suspensão do exercício de direitos fundamentais apenas se compreende enquanto forma constitucional de, concomitantemente, habilitar os poderes públicos a introduzir, a título transitório, uma disciplina jurídica de comportamentos jusfundamentais que está isenta de respeitar as normas de direitos fundamentais. Comportamentos *tipicamente* jusfundamentais passam estar, então, sob reserva de uma regulação *excepcionalmente* infraconstitucional e derogatória do programa normativo da norma de direitos fundamentais.⁶⁵

Consequentemente, o regime constitucional aplicável à *restrição* de direitos, liberdades e garantias (em tempos de *normalidade*) – tal como

⁶⁴ Cf. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, p. 316.

⁶⁵ Apenas lá onde essa disciplina jurídico-legal não surja (subsequentemente à suspensão), é que se poderá falar de alguma indefinição jurídica. Haverá, todavia, certeza quanto à suspensão do exercício de direitos fundamentais (posta em decreto). Logo, os comportamentos que deixam, por essa via, de gozar da proteção da norma de direitos fundamentais estarão cobertos por uma norma de permissão geral sujeita, em termos amplos e generosos, a comandos de sinal contrário pelas autoridades públicas. Isto é, se o decreto de estado de emergência apenas cuida de suspender o exercício da liberdade fundamental de circulação, sem que subsequentemente seja introduzida uma disciplina jurídico-legal acerca dos termos em que se poderá efetuar a circulação, isso não significa que todos os cidadãos estão *proibidos de circular*, mas apenas que, se circularem, não poderão invocar a proteção da norma de direitos fundamentais para o efeito. Nessa medida, ficam sujeitos, casuística ou concretamente, a determinações de sinal contrário pelas autoridades públicas, que somente terão de observar as limitações próprias e tendencialmente principiológicas estabelecidas pelo regime que cuida do exercício de poderes públicos em estado de emergência. Impressionantemente, acerca do potencial para abuso de poder sempre que a suspensão não seja seguida de uma definição legal dos novos contornos da posição jurídica do cidadão, *vd.* Brewer-Carías, “Consideraciones sobre la Suspensión...”, pp. 20-21.

definido, em especial, no art. 18.º da CRP – não vale durante um período de estado de emergência, relativamente aos direitos fundamentais cujo exercício haja sido suspenso. Na verdade, *a suspensão é a forma de evitar o cumprimento dos requisitos da restrição*.⁶⁶

Fica assim prejudicada, desde logo, a reserva de ato legislativo estabelecida no n.º 2 do artigo 18.º da CRP, bem como a própria reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República [artigo 165.º, n.º 1, al. B)].⁶⁷ Com efeito, a nova disciplina normativa a introduzir poderá resultar de legislação do Governo sem qualquer prévia autorização legislativa ou de medidas administrativas do Governo. Adicionalmente, deixam as autoridades de estar limitadas pela imposição de acautelar o “conteúdo essencial”⁶⁸ das normas de direitos fundamentais: é a regulação que venha a ser introduzida – na sequência da decretação do estado de emergência com suspensão do exercício de direitos fundamentais – que determinará os concretos contornos da posição jurídica dos cidadãos, sem que àquela regulação possam ser opostas, como parâmetro de validade, ora o conteúdo dos direitos fundamentais cujo exercício haja sido suspenso, ora as garantias normais quanto à sua restrição.⁶⁹

3.3. Disciplina jurídica da suspensão

Sem prejuízo da derrogação temporária das garantias normais de restrição de direitos fundamentais, o nosso ordenamento jurídico providencia uma normatividade constitucional e legal reguladora do estado de emergência, composta pelo artigo 19.º da CRP e, muito especialmente, pela Lei n.º 44/86, de 30 de Setembro (cujo carácter de lei orgânica deve ser imediatamente sublinhado).⁷⁰

⁶⁶ Cf. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre la Suspensión...”, p. 7.

⁶⁷ Cf. Canotilho / Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, pp. 395-396.

⁶⁸ Sobre o conceito, cf. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, pp. 267 ss., e Canotilho / Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, p. 395.

⁶⁹ No mesmo sentido, Brewer-Carías, “Consideraciones sobre la Suspensión...”, p. 7, e Rodríguez, “¿Suspensión o supresión...”, p. 112, nota 10.

⁷⁰ Com as alterações introduzidas pelas Lei n.º 1/2011, de 30 de Novembro, e Lei n.º 1/2012, de 11 de Maio.

São esses textos que assumem a função crucial de ordenar substantivamente – constitucional e legalmente (com valor reforçado) – ora aspetos da decretação de estado de emergência, ora a regulação jurídica emanada na sequência da suspensão do exercício de direitos fundamentais.⁷¹

No plano da Constituição, o essencial desse regime⁷² retira-se da subordinação das autoridades competentes – na seleção entre estado de sítio ou estado de emergência, no conteúdo da declaração e na execução (ao nível da respetiva extensão, duração e meios) – a um *princípio da proporcionalidade* (sub-diferenciado nos elementos de legitimidade do fim, adequação, necessidade e ponderação)⁷³ e a uma *limitação ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional* (artigo 19.º, n.º 4 da CRP).⁷⁴ Estes são, pois, os principais parâmetros substantivos de validade constitucional em contexto de estado de emergência: proporcionalidade e escopo de restabelecimento da normalidade.⁷⁵

No plano legislativo (com valor reforçado), a Lei n.º 44/86, de 30 de Setembro, na sua versão atual, para além de replicar esses parâmetros constitucionais (artigos 3.º e 19.º), complementa-os com um conjunto de garantias específicas relativas à privação de liberdade, à recolha de prova, à liberdade de circulação, à imprensa e às reuniões de órgãos de certas associações (artigo 2.º, n.º 2).⁷⁶ A que se soma uma pretensão ressarcitória sempre que os cidadãos sejam afetados desfavoravelmente “por declaração do estado de sítio ou do estado de emergência, ou por

⁷¹ Cf. Canotilho / Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, pp. 400-402. Para o caso espanhol, veja-se Segado, “Naturaleza y régimen legal de la suspensión...”, pp. 48-49.

⁷² Omitiremos aqui os aspetos organizatórios e procedimentais.

⁷³ Cf. Bernhard Schlink, “Proportionality (1)”, in Michel Rosenfeld / Andrés Sajó (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 718-737, e Aharon Barak, “Proportionality (2)”, in Michel Rosenfeld / Andrés Sajó (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 738-755. Entre nós, sublinhe-se a monografia de Vitalino Canas, *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos*, Coimbra: Almedina, 2017. *Vd.*, ainda, Gouveia, *Estado de Exceção*, pp. 162 ss.

⁷⁴ Cf. Canotilho / Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, pp. 401-402.

⁷⁵ Veja-se, também, Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, p. 303.

⁷⁶ Uma comparação com leis estrangeiras sugere que as garantias em causa poderiam estar reguladas com maior detalhe. Veja-se, em Espanha, a Lei Orgânica 4/1981, de 1 de Junho e, em França, a Lei 55-385, de 3 de Abril.

providência adotada na sua vigência, ferida de inconstitucionalidade ou ilegalidade” (artigo 2.º, n.º 3).

3.4. Diálogo com outros contributos doutriniais acerca da suspensão de direitos fundamentais

A posição que tomámos acerca do conceito e efeitos da suspensão de direitos fundamentais no ordenamento jurídico-constitucional português foi alvo de consideração crítica na doutrina. Justifica-se que entremos aqui num diálogo com essas análises, sobretudo porque não vemos nem contrastes significativos nem razões ponderosas que nos levem a alterar substancialmente o entendimento exposto.

Num primeiro momento, Pedro Moniz Lopes⁷⁷ começou por apresentar as normas de direitos fundamentais enquanto positividade de “liberdades protegidas” que envolvem a correlativa “proibição [...] de interferir com as condições necessárias à realização da conduta permitida”.⁷⁸ Enquanto tal, a norma de direitos fundamentais, ao constituir uma “permissão forte” de determinado comportamento, implica um “dever estadual de omissão de interferência” com as condutas que se integrem no respectivo âmbito de protecção.⁷⁹ Logicamente, Pedro Moniz Lopes apresenta a suspensão de direitos fundamentais como um “efeito jurídico paralisador” que “retira a dimensão ‘protegida’ da ‘liberdade’ porque transforma o dever estadual de omissão de interferência com as condições fácticas de realização da liberdade dos cidadãos a \varnothing em ‘inexistência de dever de omissão’”. Ou seja, o “Estado deixa [...] de estar ‘proibido’ de interferir com as condições fácticas de realização da liberdade dos cidadãos”.⁸⁰

⁷⁷ Cf. Pedro Moniz Lopes, “Significado e alcance da «suspensão» do exercício de direitos fundamentais na declaração de estado de emergência”, *E-Pública* 7 (2020), pp. 118-152 (129-130).

⁷⁸ Pedro Moniz Lopes, “Significado e alcance da «suspensão»...”, p. 125.

⁷⁹ Pedro Moniz Lopes, “Significado e alcance da «suspensão»...”, p. 125.

⁸⁰ Cf., para todas as citações, Pedro Moniz Lopes, “Significado e alcance da «suspensão»...”, p. 130.

Descontado o aparato lógico-analítico utilizado pelo autor, cremos que qualquer leitor médio rapidamente nota que o entendimento exposto não diverge essencialmente do conceito de suspensão que apresentámos antes.⁸¹ A mudança de roupagem retórica não esconde o entendimento comum de que a suspensão inibe os efeitos típicos da norma de direitos fundamentais, de tal sorte que o titular do direito deixa de beneficiar da respectiva protecção jusfundamental. Nessa medida, não vale a pena apontar uma pretensa “ambiguidade” à nossa posição,⁸² quando Moniz Lopes vem afinal dizer a mesma coisa com outro tipo de referências bibliográficas.

Num segundo momento, Gonçalo Almeida Ribeiro⁸³ criticou a orientação exposta, considerando que a “ideia de que o estado de excepção pode privar um direito fundamental [...] de toda a sua força jurídica e carga axiológica, é substancialmente incompreensível”.⁸⁴ O autor pretende assim afastar-se da noção de que a suspensão inibe a produção dos efeitos jurídicos típicos da norma de direitos fundamentais, para postular a tese de que “a suspensão é a não aplicação temporária do regime geral das restrições [...] aos direitos indicados no decreto presidencial [que os suspende]”.⁸⁵ Para o autor, a suspensão é uma espécie de *plus face* à restrição: enquanto em situações de normalidade constitucional, o titular do direito dispõe da garantia oferecida pelo art. 18.º da CRP, em situações de estado de emergência há uma eliminação de tal “reforço de protecção” e o titular apenas se pode defender “contra sacrifícios desproporcionais”

⁸¹ Muito embora haja divergências acerca de vários outros pontos, como seja a da pretensa natureza normativa do decreto de suspensão ou a da pretensa capacidade do PR para balizar normativamente a actividade de execução do Governo.

⁸² Cf. Pedro Moniz Lopes, “Significado e alcance da «suspensão»...”, p. 129.

⁸³ Cf. Gonçalo Almeida Ribeiro, “Compreender o estado de excepção constitucional”, *Julgar* 44 (2021), pp. 133-156.

⁸⁴ Gonçalo Almeida Ribeiro, “Compreender o estado de excepção constitucional...”, p. 147. Sempre poderíamos dizer que, quanto a nossa posição, o reparo em causa peca por excesso: seja porque havíamos notado que a suspensão não equivale a desconstitucionalização ou desfundamentalização, seja porque mencionámos que também não equivalia a uma supressão do respectivo direito.

⁸⁵ Gonçalo Almeida Ribeiro, “Compreender o estado de excepção constitucional...”, p. 147.

(por via do disposto no n.º 4 do art. 19.º).⁸⁶ Por isso, entende que o direito fundamental não é “privado” totalmente da sua força jurídica, antes essa força jurídica normal resulta “diminuída”.⁸⁷ Adere, assim, às teses que poderíamos qualificar como de *suspensão fuzzy*, isto é, uma suspensão que não é exactamente uma suspensão, sendo antes um *enfraquecimento* dos direitos fundamentais.⁸⁸

Começemos por reparar que, também no essencial, esta posição não acrescenta nada ao que resulta da nossa explicação acerca da suspensão de direitos fundamentais. Curiosamente, a única coisa que faz é enfatizar os referidos aspectos atinentes às consequências e à disciplina da suspensão – e, aí, de forma totalmente convergente (concordando ora em que a suspensão abre caminho a uma disciplina não vinculada pelos requisitos da restrição, ora em que a suspensão tem um regime próprio de limites dado pela vinculação a uma proporcionalidade enquanto proibição de excesso). Mas, neste caso, tal ênfase dá-se com sacrifício da clareza e rigor quanto ao *conceito* de suspensão: é que uma coisa é a *definição* de suspensão de direitos fundamentais e outra é a dos seus efeitos e regime próprio. As posições *fuzzy* não contribuem para aclarar a primeira dimensão, pois que se focam apenas na segunda (sendo que, quanto a esta última, não inovam face ao que autores como o deste texto ou Pedro Moniz Lopes haviam escrito). Definição, a suspensão não pode “*ser*” a “não aplicação temporária do regime geral das restrições”,⁸⁹ pois que isso é uma consequência do acto de suspensão. E essa consequência apenas se atinge a partir do momento em que se entenda, previamente, o acto de suspensão – como defendido aqui ou por Pedro Moniz Lopes – enquanto modo de inibir ou paralisar os efeitos típicos de uma norma de direitos fundamentais (seja na sua dimensão subjectiva de direito de

⁸⁶ Gonçalo Almeida Ribeiro, “Compreender o estado de excepção constitucional...”, p. 148.

⁸⁷ Gonçalo Almeida Ribeiro, “Compreender o estado de excepção constitucional...”, p. 148.

⁸⁸ Veja-se, citando Vieira de Andrade, também Catarina Santos Botelho, “Estados de Excepção Constitucional: estado de Sítio e Estado de Emergência”, in Carla Amado Gomes / Ricardo Pedro (Coord.), *Direito Administrativo de Necessidade e Excepção*, Lisboa: AAFDL, 2020, pp. 19-21.

⁸⁹ Gonçalo Almeida Ribeiro, “Compreender o estado de excepção constitucional...”, p. 147.

defesa oponível ao Estado, seja na dimensão objectiva das demais normas jurídicas que os garantem). Desse modo, as posições jurídicas em causa deixam de ser tuteladas no plano dos direitos fundamentais e passam a ser objecto de um regime próprio dado pela disciplina da suspensão.

Do nosso ponto de vista, o papel atribuído ao princípio da proporcionalidade no quadro do estado de emergência não altera o raciocínio exposto.

Em primeiro lugar, porque o princípio da proporcionalidade é mero instrumento de controlo jurisdicional de medidas⁹⁰ e não fonte de pretensões subjectivas (pois que não atribui poderes, faculdades ou vantagens equivalentes aos que atribui norma de direitos fundamentais suspensa).⁹¹

Depois, porque a vinculação das medidas de *execução* do estado de emergência a uma proporcionalidade ordenada ao restabelecimento da normalidade constitucional, tal como estabelecido no n.º 4 do art. 19.º, não tem que ver nem com o âmbito de protecção nem com os efeitos típicos ou normais das normas de direitos fundamentais.⁹² Por exemplo, quando um cidadão coloca em causa jurisdicionalmente a proporcionalidade de uma medida governamental que *executa* o estado de emergência (depois da suspensão de direitos fundamentais pelo PR), ele não está a invocar o seu direito fundamental (precisamente porque o respectivo exercício está suspenso), nem está a recorrer aos efeitos de protecção das normas de direitos fundamentais (porque esses efeitos estão paralisados) – ele está, pura e simplesmente, a provocar o controlo da medida de acordo com os parâmetros próprios a que a mesma está subordinada (art. 19.º da CRP).⁹³

⁹⁰ Sobre a proporcionalidade como “methodological tool”, *vd.* Aharon Barak, *Proportionality*, p. 131.

⁹¹ Nessa medida, do princípio da proporcionalidade não decorre um direito a algo.

⁹² Veja-se, por exemplo, a tripartição de posições jusfundamentais proposta por Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, pp. 171 ss., em *direito a algo, liberdades e competências*.

⁹³ Note-se que poderia argumentar-se diferentemente quando um cidadão coloca em causa a proporcionalidade da *decretação* do estado de emergência pelo PR, designadamente quanto à selecção dos direitos fundamentais cuja suspensão se determinou. Uma decretação desproporcional seria afinal inconstitucional, pelo que o efeito suspensivo do próprio direito fundamental não se produziria. A posição jusfundamental manter-se-ia, então, intocada. Tal decretação de suspensão inconstitucional seria, pois, violadora dos direitos fundamentais

É óbvio que tal avaliação tem reflexos na sua situação jurídica; mas daí não decorre que ele esteja – naquele concreto momento – a exercer (ainda que *enfraquecidamente*) um direito fundamental a exigir uma determinada abstenção ou omissão de interferência do Estado. Mais, tal exigência de proporcionalidade nem sequer visa primordialmente a salvaguarda ou harmonização de direitos fundamentais, antes surge balizada pela finalidade de restabelecer a *normalidade constitucional*. O mesmo é dizer, portanto, que a garantia dos direitos fundamentais (ou seja, parte dos seus efeitos de protecção tal como decorrente do art. 18.º da CRP) não se confunde com a regulação garantística do estado de emergência (tal como decorrente do art. 19.º). Logo, direitos fundamentais *suspensos* não são direitos *enfraquecidos*: é que, contrariamente ao que este último entendimento poderia induzir, os direitos suspensos não estão valentes ou eficazes e, por isso, não estão por si só aptos a impedir a afectação da posição jurídica do cidadão.⁹⁴

Em suma, nenhuma das citadas abordagens nos leva a rever ou reformular as posições anteriormente adoptadas. Seja porque, por um lado, há convergência quanto às consequências da *suspensão*, na medida em que se concorda que ela permite a introdução de uma disciplina jurídica não limitada pelas vinculações e protecções oferecidas pelas normas de direitos fundamentais (incluindo as garantias decorrentes do art. 18.º da CRP). Seja porque, por outro lado, a última orientação (da *suspensão fuzzy*) não se afigura especialmente rigorosa no tratamento do conceito de suspensão jurídica. Mantemos, por isso, também a ideia da suspensão enquanto inibição dos efeitos de protecção da norma de direitos fundamentais.

dos cidadãos (semelhante ao que se passa, portanto, nas situações de restrições inconstitucionais; cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 254.). No entanto, como notámos no texto, uma *execução* desproporcional (mas que pressuponha uma decretação de suspensão proporcional) é marcadamente diferente, precisamente por causa do efeito inibidor ou paralisador da suspensão sobre a norma de direitos fundamentais.

⁹⁴ Ao contrário de Gonçalo Almeida Ribeiro, “Compreender o estado de excepção constitucional...”, p. 148, não detectamos nisso qualquer intolerabilidade axiológica, pois que a inibição de efeitos da norma de direitos fundamentais é compensada por uma disciplina própria atinente à decretação e execução do estado de emergência.

4. O modelo de interação normativa entre os órgãos de soberania na decretação e execução do estado de emergência

4.1. *Regime constitucional e legal*

A análise jurídica da implementação prática do estado de emergência, designadamente tal como ocorreu no nosso país a partir de Março de 2020, depende do conhecimento das normas jurídicas que se ocupam abstratamente de o regular. Em especial, é crucial dilucidar o modelo de interação normativa entre órgãos de soberania na decretação e execução do estado de emergência.⁹⁵ Esses dados extraem-se não apenas dos artigos 19.º e 138.º da CRP, como ainda da Lei n.º 44/86, de 30 de Setembro (com as suas alterações). Só através deles se poderá ganhar um parâmetro de avaliação das práticas entretanto seguidas.

A Constituição atribui ao Presidente da República a competência de decretar o estado de emergência [artigo 134.º, al. d) da CRP], para o que deverá ouvir o Governo e obter autorização da Assembleia da República (artigo 138.º, n.º 1 da CRP).⁹⁶ Trata-se, na terminologia constitucional, de uma competência para a prática de atos próprios, cujo exercício será formalizado através de Decreto do Presidente da República⁹⁷ [doravante: DPR] (artigo 11.º da Lei n.º 44/86).

De acordo com o n.º 2 do artigo 19.º da CRP, a decretação do estado de emergência (enquanto consequência ou estatuição jurídica) está dependente da ocorrência de uma factualidade subsumível nos conceitos de “agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras”, “grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática” ou “calamidade pública” (enquanto hipótese ou *factispecies* normativa).⁹⁸

⁹⁵ Para uma visão geral das variadas hipóteses de relacionamento inter-orgânico, cf. Bjørnskov / Voigt, “The architecture of emergency constitutions...”, pp. 106 ff. Com uma avaliação positiva do tipo de modelo consagrado em Portugal, cf. Dyzenhaus, “States of Emergency...”, pp. 459-461.

⁹⁶ Cf. Canotilho, *Direito Constitucional*, pp. 1104-1105, e Gouveia, *Estado de Exceção*, pp. 225 ss.

⁹⁷ Sobre esse tipo de ato jurídico, *vd.* Canotilho, *Direito Constitucional*, pp. 849-850.

⁹⁸ Cf. Canotilho / Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, p. 399, caracterizando-as como “perigos graves para a existência do Estado, a segurança e a organização da colectividade”.

Cada um dos órgãos constitucionais participantes no procedimento de decretação do estado de emergência é responsável por interpretar esses conceitos indeterminados e por aferir da relação entre a realidade das coisas e a previsão normativa. E isso na medida em que tal decretação convoca um juízo próprio de cada um deles: ora do Governo que *opina*, ora da Assembleia da República que *autoriza*, ora do Presidente da República que *decreta*.⁹⁹ Em qualquer caso, o decreto de estado de emergência não fica assim transformado num ato complexo: pelo contrário, trata-se de um ato de autoria singular e que é produto do exercício de uma competência própria.¹⁰⁰ O facto de ser um ato singular do PR¹⁰¹ explica, por um lado, que não se permita à AR introduzir alterações ao seu conteúdo no momento da autorização (art. 16.º, n.º 2 da Lei n.º 44/86)¹⁰² e, por outro lado, que o PR possa revogar o seu decreto sem ter de *ouvir* previamente o Governo ou obter *autorização* da AR (como explicita o artigo 26.º, n.º 2 da Lei n.º 44/86).¹⁰³

Quanto à respetiva incidência jusfundamental, e descontando o facto de ela ter de ser menor em estado de emergência do que em estado de sítio (artigo 19.º, n.º 3 da CRP e artigo 9.º, n.º 2 da Lei n.º 44/86),¹⁰⁴ o PR

⁹⁹ Cf. Gouveia, *Estado de Exceção*, p. 122.

¹⁰⁰ Cf. J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, 4ª edição revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 192, sublinhando a autonomia do PR.

¹⁰¹ Sem prejuízo, naturalmente, de ele representar o culminar de um “complexo de atos” (cf. Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 1104).

¹⁰² Cf. Gouveia, *Estado de Exceção*, p. 242.

¹⁰³ Cf. Gouveia, *Estado de Exceção*, p. 278. Ademais, como bem nota Carlos Blanco de Moraes, *O Estado de Excepção*, Lisboa: Cognitio, 1984, p. 68, a AR também não poderá fazer cessar parlamentarmente o estado de emergência.

¹⁰⁴ Sublinhe-se que o enunciado constitucional determina que em estado de emergência apenas podem ser suspensos “alguns” direitos, liberdades e garantias (por oposição à admissível suspensão de “todos” os direitos suspendíveis em estado de sítio). Cf. Canotilho / Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, pp. 402-403. Criticamente, deve notar-se que a extrema indeterminação linguística desse conceito levanta problemas ao nível do seu preenchimento e da sua harmonização com postulados de certeza e segurança jurídicas. A medida dos problemas gerados pelo conceito de “alguns” é dada pelas discussões em torno do chamado “paradoxo sorites”. Cf. Diana Raffman, “Vagueness in Law. Placing the Blame Where It’s Due”, in Geert Keil / Ralf Poscher, *Vagueness and Law. Philosophical and Legal Perspectives*, Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 49-63.

está adstrito a observar um princípio de proporcionalidade orientado pelo escopo de restabelecimento da normalidade (artigo 19.º, n.º 4 da CRP).¹⁰⁵

Estabelece-se, ademais, o requisito constitucional de que o decreto presidencial contenha a “especificação dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso” [artigo 19.º, n.º 5 da CRP, replicado na al. d) do n.º 1 do artigo 14.º da Lei n.º 44/86]. Este requisito aponta para uma explicitação e enumeração dos concretos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso.¹⁰⁶ Tal dever de “especificação” sugere que serão de indicar os artigos e números das normas de direitos fundamentais cujo exercício fica suspenso.

Não se pede nem se comete mais ao Presidente da República: o seu papel está delimitado por uma competência de decretação do estado de emergência e por um poder de seleção dos direitos fundamentais cujo exercício fica suspenso.¹⁰⁷ Tudo indica, portanto, à semelhança do que é a prática internacional em situações de estado de exceção, que o decreto presidencial de estado de emergência será um documento curto e sucinto. No plano jusfundamental em particular, focar-se-á, pois, na enunciação “clara e expressa” das normas de direitos fundamentais cujo exercício fica suspenso total ou parcialmente.¹⁰⁸

Depois de estabelecidas as balizas pelo Presidente da República (quanto à decretação de estado de emergência e quanto ao seu âmbito temporal, territorial e jusfundamental), determina o art. 17.º da Lei n.º 44/86 que a execução da declaração do estado de emergência “compete ao Governo”, o qual fica habilitado para a “tomada das providências e medidas necessárias e adequadas ao pronto restabelecimento da normalidade” (art. 19.º da Lei n.º 44/86).

¹⁰⁵ Cf. Canotilho / Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, p. 401.

¹⁰⁶ Cf. Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 1106.

¹⁰⁷ Sobre as normas de competência, *vd.* Eugenio Bulygin, “On Norms of Competence”, *Law and Philosophy* 11 (1992), pp. 201-216.

¹⁰⁸ Sem prejuízo dos demais elementos que o decreto presidencial deve conter, de acordo com o artigo 14.º da Lei n.º 44/86.

4.2. Ilações

Estas disposições permitem extrair algumas ilações.

Desde logo, delas se retira que – após a especificação pelo PR dos direitos fundamentais cujo exercício fica suspenso – caberá ao Governo, dentro dos contornos da suspensão, introduzir as medidas que passam a regular os comportamentos dos cidadãos (comportamentos que, como se explicou anteriormente, deixam agora de gozar da sua típica proteção jusfundamental). Nessa medida, é da responsabilidade do Governo definir e emanar a disciplina jurídica que constitutivamente se aplicará na ausência de eficácia das normas de direitos fundamentais (sempre a título transitório e limitado pelo que haja sido objeto de suspensão).¹⁰⁹

Depois, o artigo 17.º da Lei n.º 44/86 sugere uma natural e expectável concentração da execução da declaração de estado de emergência no Governo (sem prejuízo das especificidades regionais e locais concretizadas no artigo 20.º do mesmo diploma), em linha com o n.º 8 do artigo 19.º da CRP. O efeito jurídico é evidente: o preceito confere ao Governo o poder de estabelecer a regulação jurídica substitutiva do programa normativo jusfundamental suspenso, permitindo-lhe assim reconfigurar constitutivamente a posição jurídica dos cidadãos. Mas parece haver também um efeito negativo: o preceito impede outros órgãos de soberania de se imiscuírem nessa competência exclusivamente atribuída ao Governo.¹¹⁰ Em particular, muito embora a AR possa (e deva) continuar a exercer normalmente o seu poder legislativo cremos ser defensável que, não o poderá fazer relativamente à execução de declaração de estado de emergência sob pena de ilegalidade (por violação de lei com valor reforçado) e inconstitucionalidade. Seguindo-se tal raciocínio, a AR não poderá por via legislativa sobrepor-se ao ou sequer conflitar com o Governo no tocante às medidas deste que validamente atualizem e densifiquem a suspensão do exercício de direitos fundamentais especificados no decreto de estado de emergência. O âmbito das matérias pertença do Governo é dado pelo conteúdo do decreto presidencial: será execução aquilo que se traduza em medidas diretamente relacionadas com a regulação dos âmbitos jusfundamentais objeto de suspensão.

¹⁰⁹ Cf. Gouveia, *Estado de Exceção*, pp. 191-192.

¹¹⁰ Cf. Otero, *Direito Constitucional Português*, II, p. 52.

A proeminência do Governo não pode espantar: as emergências, por razões funcionais e de eficácia, são usualmente consideradas a hora do poder executivo.¹¹¹ De resto, a generalidade das disposições constitucionais de emergência tem como fito, precisamente, o reforço das competências dos órgãos executivos.¹¹²

De qualquer modo, para além das salvaguardas organizatórias e procedimentais, a atuação do Governo está limitada ainda pela observância de um princípio de proporcionalidade e por um escopo de restabelecimento da normalidade constitucional (artigo 19.º, n.º 4 e n.º 8 da CRP, e artigo 19.º da Lei n.º 44/86). A que se junta, aliás, a responsabilidade do Estado caso sejam cometidas inconstitucionalidades ou ilegalidades (artigo 2.º, n.º 3 da Lei n.º 44/86).

4.3. O anteprojeto de lei de emergência sanitária

No DPR n.º 14-A/2020, o PR começa por estabelecer que uma pandemia, tal como declarada pela Organização Mundial de Saúde, é subsumível no conceito constitucional de “calamidade pública”, assim dando por preenchida a hipótese normativa que permite a decretação do estado de emergência. Não há, a este respeito, qualquer argumentação ou explicitação do iter cognoscitivo seguido na densificação do conceito.¹¹³ O Presidente cinge-se a uma qualificação apodítica: uma pandemia “constitui” uma calamidade pública.¹¹⁴ Quanto a considerações consequencialistas¹¹⁵ na interpretação do conceito constitucional de “calamidade pública” (no sentido de abranger uma pandemia), não é preciso conjecturar. Basta notar que o preâmbulo do DPR n.º 14-A/2020

¹¹¹ Detetando tal ideia já no pensamento de John Locke, *vd.* Dyzenhaus, “States of Emergency...”, p. 443.

¹¹² Sobre a afetação do princípio da separação de poderes em favor do poder executivo, cf. Bjørnskov / Voigt, “The architecture of emergency constitutions...”, p. 102.

¹¹³ Focando as questões atinentes à sindicância jurisdicional da decisão de declarar uma emergência, cf. Dyzenhaus, “States of Emergency...”, p. 456.

¹¹⁴ Sobre a apoditicidade, cf. Fernando Gil, *Tratado da Evidência*, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1996, p. 15: “Apodítico é o que não pode ser senão o que é.”

¹¹⁵ Cf. Klaus Mathis, “Consequentialism in Law”, *in* Klaus Mathis (Ed.), *Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations*, Dordrecht: Springer, 2011, pp. 3-30.

invoca a necessidade de “reforçar a cobertura constitucional a medidas mais abrangentes”. Ou seja, o estado de emergência – em comparação com outros instrumentos – oferecia vantagens como dispositivo de resposta à pandemia, uma vez que legitimava constitucionalmente a afetação dos direitos fundamentais que se seguiria e, com tanto, afastava os efeitos (factuais e jurídicos) indesejáveis que adviriam de adotar as mesmas medidas sem tal fundamento. Por esse motivo, surge a dúvida quanto a saber se a República, ao contrário de outros países, foi conduzida a utilizar um estado de exceção constitucional em razão da inadequação da sua legislação infraconstitucional e da falta de diligência dos órgãos constitucionais em introduzir uma apropriada lei de saúde pública que definisse as restrições a direitos fundamentais passíveis de serem impostas em caso de epidemia.¹¹⁶

Ainda que tardiamente, essa reflexão parece ter culminado na apresentação de um anteprojecto de lei de emergência sanitária¹¹⁷ que, na esfera pública, tem vindo a causar algumas perplexidades de ordem jurídico-constitucional.¹¹⁸

No sentido de evitar o recurso ao estado de emergência (enquanto estado de excepção constitucional) em futuras de crises sanitárias, o anteprojecto tem o propósito óbvio de inspirar a AR a proceder a uma regulação desta matéria jusfundamentalmente sensível.¹¹⁹ O que se

¹¹⁶ A este respeito, basta ver que a França fez alterações ao seu código de saúde pública para lidar com a COVID-19 (aditando um capítulo intitulado “estado de urgência sanitária”) e a Alemanha atuou a coberto do *Infektionsschutzgesetz*. Isso mesmo contrasta com a ausência de uma moderna Lei de Saúde Pública no nosso país e, porventura mais gravemente, com a caducidade, em 24 de Outubro de 2019, da iniciativa legislativa que a deveria ter aprovado (veja-se: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=40898>). Veja-se, novamente, o modelo legislativo de emergência exposto por Ferejohn / Pasquino, “The law of the exception...”, pp. 217 ss.

¹¹⁷ Consultável em: <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAB%2bLCAAAAAAABAzNLKwNAQAqW9jdQUAAA%3d>.

¹¹⁸ Entre outros, cf. <https://portal.oa.pt/comunicacao/imprensa/2022/05/12/bastona-rio-alerta-para-inconstitucionalidade-na-futura-lei-de-emergencia-sanitaria-renascenca/>.

¹¹⁹ Art. 1.º do Anteprojecto: “A proteção em emergência de saúde pública tem por objeto o conjunto de procedimentos e ações, regulamentares, científicas, técnicas, organizativas e materiais, com a finalidade

de conter, tratar e eliminar as causas e as consequências de doença que tenha por efeito gerar elevado risco ou provocar danos severos na saúde pública.”

pretende é assegurar a capacidade de actuação e reacção normal do Estado face a problemas de saúde pública, tendo sempre por base a lei e observando os limites que dela decorrem (afinal, é ao Parlamento que cabe proceder às restrições e harmonizações necessárias de direitos fundamentais e interesses constitucionalmente protegidos).¹²⁰ Em particular, a mais valia de uma tal lei consistiria em habilitar legalmente as autoridades públicas a adoptarem medidas fortemente restritivas de direitos fundamentais sem necessidade de usar a figura da *suspensão* desses mesmos direitos, tal como configurada no art. 19.º da CRP.

A grande pergunta a que terá de se submeter um diploma do género é a de se, num sistema constitucional como o nosso que prevê a suspensão de direitos fundamentais mediante declaração de estado de emergência (com as garantias que isso oferece), é admissível ao legislador habilitar as entidades administrativas a adoptarem medidas fora desse quadro excepcional, mas que têm semelhante efeito prático: o de sacrificar totalmente o exercício de determinados direitos fundamentais (como, por exemplo, o de circulação, manifestação ou o de actividade económica).¹²¹ Essa pergunta será tão mais difícil de responder quanto mais abrangentes e intensas sejam as medidas governamentais adoptadas: num cenário de medidas locais ou territorialmente bem delimitadas, com um universo possível de destinatários igualmente circunscrito, será mais fácil aceitar o sacrifício total e temporário de direitos fundamentais estribado em habilitação legislativa; num cenário, porém, em que esse sacrifício se afigure nacional e potencialmente extensível a todos os cidadãos, e em que efectivamente se reconheça que é a normalidade constitucional que está em causa, poderá argumentar-se que a legislação de emergência sanitária não deverá substituir o dispositivo do estado constitucional de emergência nem os requisitos constitucionais de suspensão de direitos fundamentais. Independentemente do que se venha a discutir sobre o

¹²⁰ Art. 3.º, n.º 1 do Anteprojecto: “A protecção em emergência de saúde pública compreende toda a actividade de planeamento e de coordenação de meios humanos e materiais e a execução das ações necessárias com a finalidade de conter e debelar as causas, atenuar as consequências e superar ocorrências extraordinárias, que pela natureza e extensão afetem gravemente a saúde pública.”

¹²¹ Vejam, por exemplo, as potenciais medidas de emergência enunciadas nos arts. 9.º ss. e 30.º ss.

tema, somos da opinião de que uma legislação de emergência sanitária tem vantagens inequívocas face ao estado de exceção constitucional: seja no plano da densidade da regulação da actividade pública, seja no plano das garantias e probabilidades de controlo jurisdicional das medidas desfavoráveis aos cidadãos. Desse ponto de vista, com mais ou menos salvaguardas, é essa a via a preferir num contexto de crise de saúde pública.

5. A declaração presidencial do estado de emergência e a execução pelo Governo – avaliação crítica

5.1. O desenho normativo dos decretos presidenciais de declaração do estado de emergência

5.1.1. Incoerência lógica

De um ponto de vista formal, os decretos presidenciais de declaração do estado de emergência levantam um conjunto de dúvidas sérias. No que concerne ao respetivo âmbito jusfundamental, adotou-se um desenho normativo traduzido numa combinação estranha entre uma determinação de “suspensão” e uma “habilitação de restrição” ao Governo.

Com efeito, o DPR n.º 14-A/2020,¹²² no seu artigo 4.º, estabelece que “fica parcialmente suspenso o exercício” de certos direitos fundamentais e enumera-os de seguida (ainda que o faça por tipos e não por remissão para o concreto artigo da Constituição). Porém, em vez de se cingir a essa mesma indicação, o Presidente da República acoplou a cada direito fundamental – cujo exercício declara que fica suspenso – uma espécie de permissão normativa de restrição dirigida ao Governo e demais autoridades administrativas (“pode ser” imposto, determinado, estabelecido, etc.), através da qual aproveita para delinear e concretizar os termos em que a “restrição” poderá ser feita.

As dúvidas são, desde logo, de índole lógica. Não se compreende como é que se poderá *restringir* algo que está *suspenso*. Tanto mais que a inibição

¹²² Utilizaremos este decreto como modelo de base para a crítica que empreenderemos, atendendo à comunhão de características entre os três decretos de estado de emergência.

de efeitos jurídicos decorre direta e imediatamente da declaração de estado de emergência, não carecendo da interposição de qualquer ato.¹²³ Nessa medida, se a norma de direitos fundamentais não está a produzir os seus efeitos jurídicos normais na sequência da declaração do PR, não há nenhum objeto passível de restrição. Isto é, uma *restrição* apenas é concebível enquanto restrição dos efeitos de algo que está a produzir efeitos – precisamente o que se nega com uma *suspensão*, cujo único propósito é a inibição temporária de produção de efeitos. É por isso que *a suspensão é a forma de obviar à restrição* (ou seja, de afastar a aplicação dos requisitos típicos da restrição de direitos fundamentais). Logo, uma determinação de suspensão não casa logicamente com uma subsequente habilitação de restrição.¹²⁴

5.1.2. Problemas jurídicos

A precedente incoerência lógica conduz, então, à questão jurídica maior de apreciar com que fundamento, constitucional ou legal, pode o PR estabelecer os termos – por via da imprópria habilitação de restrição – em que o Governo e demais autoridades regularão os âmbitos jusfundamentais aos quais foi subtraída eficácia jurídica pelo decreto de estado de emergência (a saber: direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional; propriedade e iniciativa económica privada; direitos dos trabalhadores; circulação internacional; direito de reunião e de manifestação; liberdade de culto, na sua dimensão coletiva).

¹²³ Assim Gouveia, *Estado de Exceção*, p. 173, quando nota que o “efeito ablativo” sobre os direitos fundamentais é produzido pela declaração de estado de emergência e não carece de mediação.

¹²⁴ O próprio decreto dá conta da diferenciação em causa. Fá-lo quando, relativamente aos direitos dos trabalhadores [art. 4.º, al. d)], distingue uma permissão normativa de restrição na primeira frase (“pode ser determinado pelas autoridades públicas competentes...”) e uma determinação direta de suspensão na segunda frase (“Fica suspenso o exercício do direito à greve...”). Logo, o decreto mostra saber que uma suspensão não se confunde com uma habilitação de restrição e que, consequentemente, a suspensão opera imediatamente sem necessidade de qualquer ato mediador.

A resposta parece ser a de que não há qualquer fundamento constitucional e legal.

Desde logo, a Constituição e a lei, como se verificou antes, atribuem ao PR a competência de *suspender* o exercício de direitos fundamentais devidamente especificados.¹²⁵ Não lhe atribuem nenhuma competência de habilitação ao Governo de restrições jusfundamentais (no que sempre subsistiria a incoerência lógica de se pretender restringir o que está suspenso).¹²⁶

Com efeito, o que se afigura sobremaneira estranho é que o Presidente parece ter adotado um modelo de *lei de autorização legislativa*, na medida em que os decretos de declaração do estado de emergência preocupam-se em definir o *sentido* e a *extensão* da intervenção do Governo (art. 165.º, n.º 2 da CRP).¹²⁷

Esse modelo é, porém, desprovido de sentido e fundamento jurídicos quando se trata da decretação do estado de emergência.

Desde logo, o Presidente não tem, nem *normalmente* nem *excecionalmente*, qualquer competência legislativa no nosso ordenamento jurídico-constitucional.¹²⁸ As regras constitucionais e legais de decretação do estado de emergência também não operam qualquer transformação do Presidente em órgão de autorização legislativa.

Acresce que a habilitação do Governo e demais autoridades administrativas para a adoção das medidas necessárias – após a especificação, pelo Presidente, dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso – decorre da Constituição (artigo 19.º, n.º 8) e de uma lei orgânica com valor reforçado (artigos 17.º e 19.º da Lei n.º 44/86). Não é por efeito do decreto de estado de emergência que o PR se torna o *comandante* da respetiva execução.¹²⁹

¹²⁵ Sublinhando a taxatividade constitucional dos poderes do PR, cf. Paulo Otero, *Direito Constitucional Português*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2010, p. 50 (incluindo nota 48).

¹²⁶ E, como explica Otero, *Direito Constitucional Português*, II, p. 52, a competência não pode ser modificada por vontade do próprio órgão.

¹²⁷ Cf. Canotilho, *Direito Constitucional*, pp. 761 ss.

¹²⁸ Cf. Canotilho, *Direito Constitucional*, pp. 621 ss.

¹²⁹ De resto, como sublinhado por Gouveia, *Estado de Exceção*, p. 192, é ao Governo que pertence a “direção da execução do estado de exceção”.

À luz dos normativos constitucionais e legais citados, e do seu efeito negativo, tendemos a considerar que não é mesmo permitido ao PR condicionar o Governo quanto às medidas a adotar:¹³⁰ se na esfera presidencial está o poder de decidir *que* direitos fundamentais terão a sua eficácia suspensa (total ou parcialmente), na esfera governamental está o poder de definir o conteúdo e a oportunidade das medidas que disciplinarão *ex novo* e transitoriamente os comportamentos dos cidadãos (no âmbito anteriormente protegido pelos direitos fundamentais).¹³¹

¹³⁰ Cf., a propósito dos efeitos das regras de competência, Otero, *Direito Constitucional Português*, II, p. 52. A tentativa de *indirizzo* da execução do estado de emergência fica patente na indicação que o PR dá relativa à realização das celebrações do 1.º de Maio, no preâmbulo do DPR n.º 20-A/2020, de 17 de Abril.

¹³¹ A defesa de posição diametralmente oposta à do texto encontra-se em Moniz Lopes, “Significado e alcance da «suspensão»...” pp. 135-136. Contrariamente à crítica que aqui se aduz, Moniz Lopes oferece a mais perfeita racionalização jurídica do figurino dos decretos presidenciais de emergência e do associado estado de coisas. Fã-lo, porém, ora sem argumentos logicamente defensáveis, ora sem argumentos juridicamente convincentes. Moniz Lopes começa, algo apodicticamente, por avançar com a ideia de que “o conceito normativo de «declaração de E[stado de] E[mergência]» utilizado no [...] enunciado constitucional não se reporta exclusivamente à «suspensão» de direitos fundamentais”, antes “inclui a positivação de normas habilitantes e permissivas de interferência do Governo com as condições fácticas do exercício de «liberdades» e, ainda, a restrição do exercício de determinadas «liberdades» cuja dimensão «protegida» não tenha sido suspensa”. Contra todos os elementos textuais e literais constitucionais, Moniz Lopes postula que afinal a declaração de estado de emergência comporta “necessariamente uma dimensão reguladora normativa” e que, por isso, se trata de uma competência presidencial que “não é meramente decisória e não é meramente suspensiva”. Isto é: muito embora o enunciado constitucional diga apenas que cabe ao PR suspender especificados direitos fundamentais ao declarar o estado de emergência (art. 19.º), Moniz Lopes entende que o PR pode também restringir diretamente direitos (em vez de suspender) e habilitar o Governo a restringir (retornando aqui à obscura relação entre as concomitantes suspensão e habilitação de restrição). Onde a Constituição diz *suspender*, Moniz Lopes considera que é *suspender*, *restringir* ou *habilitar*. Dir-se-á que, mesmo sem qualquer adesão textual, a posição é sedutora por racionalizar a prática presidencial seguida e, assim, legitimar juridicamente os conteúdos suspensivos, restritivos e habilitantes dos decretos de estado de emergência. Mas quais são os argumentos de Moniz Lopes? É afinal só um, falacioso e logicamente insustentável: o argumento do conteúdo dos próprios decretos presidenciais (!). Surpreendentemente (especialmente porque advindo de um “jurista lógico”), Moniz Lopes sustenta o “conceito normativo” de declaração de estado de emergência” (inclusivo de dimensões “suspensivas”, “dispositivas” e “restritivas”) não com dados constitucionais, mas com a própria configuração que o PR

Note-se, por exemplo, como os dados constitucionais e legais portugueses divergem marcadamente da opção espanhola de exigir – na

deu aos seus decretos (o que se extrai de asserções como: “A dimensão normativa aludida resulta [...] perfeitamente clara do conteúdo do Decreto do Presidente” ou, depois de retirar exemplos do decreto, “Não há como negar que [...] comporta o exercício de uma competência normativa pelo Presidente”). É a apoteose da força normativa dos factos, em que *ser e dever-ser* são afinal unos: para Moniz Lopes, o PR *pode* (= é permitido) suspender, restringir e habilitar *porque* o PR suspendeu, restringiu e habilitou. Subordinadamente, Moniz Lopes acaba a socorrer-se (através de discreta nota de rodapé) da estranha redação da alínea d) do n.º 1 do art. 14.º da Lei n.º 44/86, ao aludir à “especificação dos direitos cujo exercício fica suspenso ou *restringido*”. A menção a direitos restringidos não encontra qualquer respaldo constitucional, na medida em que as normas constitucionais apenas se referem a suspensão de direitos. E, recorde-se, que o princípio é o da interpretação das leis em conformidade com a Constituição (e não da Constituição em conformidade com as leis...). Nessa medida, assume-se que o legislador procurou na lei somente diferenciar entre casos de suspensão total e de suspensão parcial. Está é claramente muito longe de se encontrar a habilitar – e logo por via legal – o PR a “restringir” direitos fundamentais (algo que nem sequer faria sentido: seja porque o essencial do regime de estado de emergência resulta da Constituição, seja porque a letra da alínea d) do n.º 1 da Lei n.º 44/86 parece pressupor uma competência – que existe constitucionalmente para a suspensão, mas não para a restrição). O conjunto destas observações demonstra que não colhem, conseqüentemente, as teses de Moniz Lopes (i) de que é ao PR – por via da alínea d) do art. 134.º em conjugação com o art. 19.º, ambos da CRP – que cabe a “definição jurídica positiva” dos termos em que se procederá à afetação ou interferência nas liberdades suspensas dos cidadãos (p. 134) e (ii) de que o Governo está ora dependente da outorga pelo PR de habilitação ou norma de competência para atuar em estado de emergência, ora vinculado às condições que este último ponha relativamente a essa atuação (p. 141). Como defendemos no corpo do texto: (i) a competência do Governo extrai-se diretamente do n.º 8 do art. 19.º da CRP e do art. 17.º da Lei n.º 44/86 (aliás, replicando as técnicas argumentativas de Moniz Lopes, sempre poderíamos notar que o Governo, nos seus decretos de execução do estado de emergência, nunca invocou o respetivo decreto presidencial como norma de competência); (ii) na medida em que as habilitações ou condições habilitativas extravasam a competência do PR, elas nem sequer vinculam o Governo. Assim, a discussão a que Moniz Lopes procede em torno da “natureza supra-constitucional” da competência do PR parece-nos injustificada, impertinente e infrutífera (p. 138). É que, da nossa parte, aceitamos que a “mera introdução de uma premissa falsa (ou uma contradição) numa cadeia de raciocínio pode levar a que se demonstre que qualquer coisa é verdadeira” e, de facto, no campo dos direitos fundamentais, cumpre “obstar, dentro do possível, que qualquer um demonstre, a respeito de uma matéria tão importante, que qualquer coisa é verdadeira” (p. 129). No caso das posições de Moniz Lopes, restam então duas hipóteses: se foram demonstradas, não são verdadeiras; se são verdadeiras, não foram demonstradas.

al. b) do n.º 2 do art. 13.º da Lei Orgânica 4/1981, de 1 de Junho – que a solicitação de uma autorização para decretação de “estado de exceção” (equivalente ao nosso estado de emergência) seja acompanhada da “relação das medidas a adotar referidas aos direitos cuja suspensão especificamente se solicita”.¹³² Por um lado, isso comprova que uma coisa é a *especificação dos direitos fundamentais cujo exercício se suspende* [art. 13.º, n.º 2, al. a)] e outra as *medidas a introduzir quanto a esse âmbito* [art. 13.º, n.º 2, al. b)]. Por outro lado, a opção espanhola compreende-se pelo facto de se atribuir competência ao governo para decretar o estado de emergência e para solicitar a respetiva autorização ao Congresso dos Deputados. Nesse contexto, e pelo menos ao tempo do pedido, o governo espanhol – enquanto órgão que simultaneamente pretende e decretará o estado de emergência – estará certamente em condições favoráveis de apresentar igualmente o conjunto de medidas que tenciona adotar na sequência da suspensão da eficácia das normas de direitos fundamentais.

Ao invés, num regime como o português, em que decretação e execução de estado de emergência estão organicamente dissociadas, a tentativa de o órgão de decretação estabelecer e impor a “relação de medidas” ao órgão de execução não encontra respaldo constitucional ou legal.¹³³

Acresce que o desenho normativo do decreto presidencial também não faz sentido funcionalmente, do ponto de vista da flexibilidade e eficácia de atuação que é suposto as autoridades administrativas ganharem em estado de emergência.¹³⁴ Na verdade, pode até gerar-se, desnecessariamente, uma situação de maior incerteza e insegurança jurídicas.¹³⁵

¹³² Na doutrina, cf. Segado, “Naturaleza y régimen legal de la suspensión...”, pp. 55-56, sublinhando a discricionariedade de que gozam as autoridades administrativas na fixação dessas medidas.

¹³³ Um juízo possível é o de que aquilo que o regime português ganha em segurança contra derivas autoritárias ou anti-democráticas (cometendo ao PR a decretação de estado de emergência) envolve um correlativo sacrifício da previsibilidade das concretas medidas a adotar (que serão definidas pelo Governo subsequentemente à decretação).

¹³⁴ Cf. Gouveia, *Estado de Exceção*, pp. 191-192.

¹³⁵ Salientando a importância desses valores em contexto de estado de emergência, *vd.* Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, p. 315. Desenvolvidamente sobre o tema, por todos, Andreas von Arnould, *Rechtssicherheit. Perspektivische Annäherungen an eine idée directrice des Rechts*, Tübingen: Mohr, 2006.

5.1.3. Incerteza e insegurança jurídicas

É isso mesmo, aliás, que se consegue identificar já no caso português.

Desde logo, a incerteza jurídica criada por medidas “possibilitadas” pelo decreto presidencial no seu estilo habilitador, mas aparentemente não concretizadas nem colocadas em prática pelo Governo.¹³⁶ Estamos aqui perante um estranho conjunto de *permissões normativas de emergência não usadas pelo Governo* – o que, no limite, sempre sugeriria a respetiva desnecessidade e, com isso, a violação dos parâmetros constitucionais e legais da proporcionalidade e do escopo de restabelecimento da normalidade na decretação.

Depois, a incerteza e instabilidade jurídicas – conteudística e temporalmente – inerentes à opção por um desenho normativo habilitador fechado ou taxativo que vai além da especificação dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício se suspende. Dando como certo que a realidade e dinâmica dos factos ultrapassará em muito a capacidade de previsão normativa do órgão presidencial,¹³⁷ haverá uma grande probabilidade *ou* de as entidades administrativas carecerem de adotar medidas que não encontram cobertura na permissão habilitadora do decreto presidencial (muito embora digam respeito ao âmbito de um direito fundamental cujo exercício foi suspenso), *ou* de – especialmente em casos de renovação de estado de emergência – haver frequentes alterações de pormenor nos sucessivos decretos presidenciais (alterações que não modificam o âmbito dos direitos fundamentais cujo exercício foi suspenso, mas que alteram os contornos da imprópria habilitação normativa anteriormente dada – o que levantará dúvidas concernentes ao estatuto jurídico de medidas

¹³⁶ Cf. Pedro Lomba, “The Constitutionalized State of Emergency – The Case of Portugal”, *Verfassungsblog*, 15 de Abril de 2020 (disponível em: <https://verfassungsblog.de/the-constitutionalized-state-of-emergency/>).

¹³⁷ Daí, de resto, a sábia opção da Constituição (artigo 19.º, n.º 8) e da Lei n.º 44/86 (artigo 19.º) por cláusulas de polícia, essencialmente gerais e abertas. Sobre o carácter pragmático da vagueza, leia-se Ralf Poscher, “An Intentionalist Account of Vagueness. A Legal Perspective”, in Geert Keil / Ralf Poscher, *Vagueness and Law. Philosophical and Legal Perspectives*, Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 65-93 (75-77).

administrativas anteriormente tomadas e à interpretação dos decretos presidenciais anteriores).¹³⁸

O que se escreve é facilmente ilustrável através de uma comparação sucessiva do conteúdo dos decretos presidenciais de estado de emergência, a saber: o DPR n.º 14-A/2020, de 18 de Março; o DPR n.º 17-A/2020, de 2 de Abril; e o DPR n.º 20-A/2020, de 17 de Abril. Essa comparação mostra que os mesmos vão sofrendo alterações que dificilmente se compaginam com a função e o efeito de decretos presidenciais de exceção constitucional. Ao mesmo tempo, criam-se dúvidas sobre a validade de medidas que possam ter sido adotadas num sentido consagrado pelo segundo (ou terceiro) decreto, mas que não estavam previstas expressamente no primeiro (ou no segundo).¹³⁹⁻¹⁴⁰

¹³⁸ Talvez isso ajude a explicar as disposições estranhas pelas quais o PR procede à ratificação de medidas anteriores do Governo. Não só não lhe está atribuída nenhuma competência do género, como se trata de uma intenção e técnica apenas compreensíveis no quadro da lógica de decretos presidenciais pseudo-habilitantes. Defendendo acertadamente a inconstitucionalidade dessas disposições, *vd.* Jorge Reis Novais, “Estado de Emergência – Quatro notas jurídico-constitucionais sobre o Decreto Presidencial”, *Observatório Almedina*, 19 de Março de 2020 (disponível em: <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/03/19/estado-de-emergencia-quatro-notas-juridico-constitucionais-sobre-o-decreto-presidencial/>).

¹³⁹ Ilustrativamente, pergunta-se que sentido faz que o PR: (i) estabeleça os locais em que um confinamento compulsivo pode ser cumprido, de tal sorte que, no primeiro decreto, pode ser no domicílio ou em estabelecimento de saúde e, no segundo decreto, também já pode ser em local definido pelas autoridades competentes?; (ii) concretize o tipo de controlos fronteiriços de pessoas e bens que podem ser efetuados, de tal sorte que, no primeiro decreto, estão incluídos apenas controlos sanitários e, no segundo decreto, já se admitem também controlos fitossanitários?; (iii) venha habilitar o Governo e o respetivo Ministério da Educação a adiar ou prolongar períodos letivos, ajustar métodos de avaliação ou recalendarizar provas de exame?; (iv) ou, atendendo a que a Lei n.º 44/86 estabelece um crime de desobediência para quem violar a declaração e execução do estado de emergência (art. 7.º), que estabeleça a proibição de qualquer ato de resistência activa ou passiva que se dirija, no primeiro decreto, contra as ordens emanadas pelas autoridades e, no segundo decreto, “exclusivamente” contra as ordens “legítimas” dessas mesmas autoridades?.

¹⁴⁰ Para nem mencionar as (problemáticas) medidas “possibilitadas” a partir do segundo decreto presidencial, mas apenas governamentalmente emanadas no período de vigência do terceiro decreto presidencial, embora com retroação de efeitos ao início de vigência do decreto presidencial anterior. Veja-se o Decreto-Lei n.º 19-A/2020, de 30 de Abril.

Em suma, qualquer decreto presidencial de estado de emergência deve cingir-se ao núcleo essencial do estatuto da exceção constitucional: fundamentação do estado de emergência, âmbito territorial, duração e especificação dos direitos fundamentais cujo exercício fica suspenso. É essa competência que a Constituição e a lei lhe atribuem.¹⁴¹ A definição das medidas administrativas e a regulação jurídica dos âmbitos que ficam jusfundamentalmente desprotegidos são competência do Governo, o qual estará sempre limitado: pelo prazo do estado de emergência, pelo dever de observar o princípio da proporcionalidade e escopo de restabelecimento da normalidade (artigo 19.º, n.º 4 da CRP), pelo dever de informar o PR e a AR das medidas adotadas (art. 17.º da Lei n.º 44/86), pela eventual revogação do decreto de estado de emergência pelo PR (art. 13.º da Lei n.º 44/86), pelo acesso dos cidadãos lesados aos tribunais (artigo 19.º, n.º 6 da CRP e artigo 6.º da Lei n.º 44/86),¹⁴² e até pelo princípio da responsabilidade patrimonial relativamente aos atos inconstitucional ou ilegalmente praticados (artigo 2.º, n.º 3 da Lei n.º 44/86).

5.1.4. Reflexos na execução pelo Governo

O *supra* descrito e criticado desenho normativo seguido pelo decreto presidencial permite compreender determinados aspetos formais na atuação subsequente do Governo.

Desde logo, muito embora a Constituição e a lei se refiram à “execução” da declaração do estado de emergência,¹⁴³ o Governo intitula

¹⁴¹ Nessa medida, a prática constitucional seguida parece apontar para uma (tentativa de) *presidencialização* do regime do estado de emergência. Ao estipular e densificar habilitações normativas ao Governo que não encontram respaldo constitucional e legal, o Presidente sugere que procura assumir-se como diretor da execução do estado de emergência. O que potencialmente acarreta a consequência politicamente indesejável de expor desnecessariamente o Chefe de Estado às máculas da atuação administrativa em emergência.

¹⁴² Cf. Gouveia, *Estado de Exceção*, p. 287.

¹⁴³ É apontado, na doutrina, que a execução da declaração de estado de emergência deve operar formalmente através de diploma de natureza administrativa (por exemplo, Gouveia, *Estado de Exceção*, p. 261, defende, a este propósito, o recurso à Resolução do Conselho de Ministros). Percebe-se a razão. Mas cumprirá não esquecer a atipicidade do sistema jurídico-constitucional português em conceder competência legislativa normal ao

os seus decretos de execução como procedendo à “regulamentação” da aplicação do estado de emergência (o que evoca, necessariamente, a relação umbilical entre o poder regulamentar e um precedente ato legislativo habilitante).¹⁴⁴

Mas se, do ponto de vista semântico, o Governo se apresenta numa posição estritamente administrativa e hierarquicamente subordinada relativamente ao decreto presidencial, já não o faz do ponto de vista dos fundamentos jurídicos. O primeiro decreto governamental de execução do estado de emergência, o Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de Março, limita-se a invocar como norma de competência a al. g) do art. 199.º.

Por um lado, isso é curioso por duas razões: primeiro, porque, ao fazê-lo, o Governo informa que se encontra a sustentar a sua Ação numa competência administrativa típica de períodos de *normalidade constitucional*, orientada para a promoção do desenvolvimento económico-social e satisfação das necessidades coletivas¹⁴⁵ (muito embora os efeitos jurídicos da sua Ação, designadamente no que concerne aos direitos fundamentais, extravasem o que lhe seria permitido na ausência da emergência decretada pelo PR); segundo, porque o Governo indica estar a agir regulamentarmente com habilitação direta por norma constitucional, o que problemáticamente convoca a tradicional discussão

Governo (artigo 198.º da CRP). Não se encontrando nenhuma disposição constitucional ou legal que literalmente aponte para o contrário, diríamos que não estaria o Governo impedido de usar o decreto-lei. Tanto mais que, como ficou demonstrado, a sucessão torrencial de diplomas provocada direta e indiretamente por circunstâncias de estado de emergência – em que o Governo acaba a agir por via de decretos, despachos e decretos-leis – pode gerar antinomias normativas indesejadas que, em atenção à diferente posição hierárquica de cada um dos instrumentos, dificilmente serão resolúveis pela aplicação, designadamente, do princípio *lex posterior derogat priori*. De resto, não pode militar contra isso simplesmente uma interpretação estrita do vocábulo “execução”, ultrapassadas que estão as teses dos órgãos administrativos como autómatos da implementação de uma vontade alheia (cf., em especial, Luís Heleno Terrinha, *O Direito Administrativo na Sociedade. Função, prestação e reflexão do sistema jurídico-administrativo*, Porto: Universidade Católica Editora, 2017, pp. 716 ss.). Aliás, em situação de estado de emergência, a atividade do Governo distingue-se precisamente pelo seu carácter criativo e inovador face ao decreto presidencial.

¹⁴⁴ Cf. Canotilho, *Direito Constitucional*, pp. 835 ss.

¹⁴⁵ Cf. Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à legalidade*, Coimbra: Almedina, 2007 (2003), pp. 736-737.

doutrinal acerca dos regulamentos independentes do Governo fundados na Constituição.¹⁴⁶

Por outro lado, é estranho porque o Governo parece ignorar que a sua competência de execução de um estado de emergência, em período de exceção constitucional, decorre ora do disposto no n.º 8 do artigo 19.º da CRP, ora do disposto nos artigos 17.º e 19.º da Lei n.º 44/86. São estas disposições, bem como as outras que lhe estão associadas em termos de regime jurídico constitucional e legal do estado de emergência, que simultaneamente *fundam e disciplinam* o poder de atuação do Governo, designadamente com a submissão das medidas à observância do princípio da proporcionalidade e do escopo de restabelecimento da normalidade constitucional.¹⁴⁷ Dando conta disso mesmo, o Governo acaba por invocar o artigo 17.º da Lei n.º 44/86 nos decretos de execução subsequentes (v.g., o Decreto n.º 2-B/2020, de 2 de Abril).

5.2. Problemas jurídico-constitucionais subsequentes

A concretização prática das normas constitucionais e legais atinentes ao estado de emergência podem suscitar dúvidas e problemas constitucionais práticos, em particular por causa do criticado desenho normativo do decreto presidencial (isto é, do seu formato autorizante ou habilitante da atuação do Governo).

Repare-se que, numa primeira leitura não integrante das observações que entretanto expusemos, poderia mesmo pensar-se que – ao habilitar a atuação do Governo nos termos em que o fez – o PR estaria a violar as regras constitucionais e legais que salvaguardam que a declaração do estado de emergência não pode “afectar a aplicação das regras constitucionais relativas à competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania” (artigo 19.º, n.º 7 da CRP e artigo 3.º, n.º 2 da Lei

¹⁴⁶ Sobre a (in)admissibilidade dos regulamentos independentes fundados na Constituição, *vd.* Canotilho, *Direito Constitucional*, pp. 838-839. Admitindo-os e notando que eles deverão observar forma de decreto regulamentar, *cf.* Otero, *Direito Constitucional Português*, II, p. 402.

¹⁴⁷ *Cf.* Gouveia, *Estado de Exceção*, pp. 162 ss.

n.º 44/86).¹⁴⁸ A violação resultaria dos termos amplos em que a habilitação é concedida e da margem de densificação concedida ao Governo. Tal interpretação – que, em linha com o decreto presidencial, parece também não se desprender do modelo e requisitos associados a uma lei de autorização legislativa – tende a partir da premissa de que o Presidente seria responsável por uma qualquer densificação normativa total dos termos práticos em que se traduziria a suspensão.

Porém, dando-se como boa a leitura fundamentada que acima fizemos das disposições constitucionais e legais, não só o Presidente não deve como não pode estabelecer o tipo, a extensão ou o sentido das medidas que o Governo adotará. Com efeito, ao Presidente apenas é atribuída competência para estabelecer quais os direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso (com uma capacidade de modelação que oscila entre a suspensão total e a suspensão parcial). Mas, como se explicou, a definição e implementação da regulação jurídica que se seguirá, relativamente a esses âmbitos afetados, é responsabilidade constitucional e legal do Governo.¹⁴⁹

Da nossa interpretação resultam, portanto, duas consequências jurídico-constitucionais relevantes.

Em primeiro lugar, em termos gerais, não pode ser assacada ao PR uma violação da distribuição constitucional de competências *por* excesso de delegação normativa no Governo, pois que não lhe cabia à partida fazer ou deixar de fazer delegação alguma. Não havendo sequer base constitucional e legal para as (impróprias) habilitações normativas concedidas pelo Presidente, não podem pois elas ser usadas enquanto argumento de que se concedeu uma margem de liberdade demasiado ampla ao Governo.¹⁵⁰

Em segundo lugar, dando como assente que o Presidente extravasou as suas próprias competências constitucionais e legais (ao estabelecer o tipo, sentido e a extensão das medidas administrativas a adotar), conclui-se

¹⁴⁸ Sobre essa disposição, cf. Gouveia, *Estado de Exceção*, pp. 197 ss.

¹⁴⁹ Cf. Gouveia, *Estado de Exceção*, pp. 191-192.

¹⁵⁰ De resto, o facto de várias pseudo-habilitações normativas serem semanticamente abertas concorre para comprovar um argumento anterior: o de que o PR não está em condições institucionais, no momento da declaração do estado de emergência, de prever ou antecipar *quais* as medidas que o Governo necessitará de adotar.

logicamente que invadiu a esfera competencial do Governo. Assim, os termos das habilitações normativas postas nos decretos presidenciais – em tudo o que não se relacione com a especificação dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica total ou parcialmente suspenso – são juridicamente inoperantes.¹⁵¹ Isso tem um significado duplo: de uma banda, não pode a tentativa de o Presidente fixar o sentido e a extensão das medidas governamentais de execução do estado de emergência servir judicialmente para atacar a validade destas últimas;¹⁵² de outra banda, sempre pode o Governo adotar medidas que não se encontrem cobertas pelos termos das referidas pseudo-habilitações normativas (mas que exibam conexão ao âmbito material ou jusfundamental do estado de emergência), devendo a respetiva validade ser aferida à luz do n.º 8 do artigo 19.º da CRP e dos artigos 17.º e 19.º da Lei n.º 44/86 (ou seja, à luz da competência de execução do Governo por referência aos direitos cujo exercício foi suspenso, bem como à luz da proporcionalidade e escopo de restabelecimento da normalidade das medidas adotadas).

Note-se que, em qualquer caso, o que se escreve não impede nem dispensa a apreciação da validade jurídica tanto do decreto presidencial como das medidas de execução, à luz dos referidos parâmetros constitucionais e legais que os vinculam.

Desde logo, justifica-se uma apreciação do modo como o PR cumpre o seu dever de especificação dos direitos fundamentais cujo exercício fica suspenso. Importa, designadamente, avaliar a *certeza jurídica da suspensão* numa dupla dimensão: uma relativa à natureza efetiva de *suspensão* e outra relativa ao *âmbito* da suspensão.

¹⁵¹ Cf. Otero, *Direito Constitucional Português*, II, p. 52, quando explica que: “se um órgão [...] invade a área material de competência pertencente a um outro órgão, praticando atos sobre os poderes deste, ele não produz qualquer modificação da competência”.

¹⁵² Dois exemplos pragmáticos seriam os seguintes: (i) deve entender-se que a ordem de confinamento compulsivo *em local a definir pelas autoridades competentes* já estava admitida pelo primeiro decreto presidencial que suspendeu o direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional, muito embora essa hipótese concreta apenas tenha sido aditada no segundo decreto presidencial [al. a) do artigo 4.º]; (ii) semelhantemente, deve entender-se que os controlos fitossanitários em portos e aeroportos já estavam admitidos pelo primeiro decreto presidencial que suspendeu o direito de circulação internacional, muito embora essa hipótese concreta apenas tenha sido aditada no segundo decreto presidencial [al. d) do artigo 4.º].

Um bom exemplo a este propósito é o do direito das comissões de trabalhadores, associações sindicais e associações de empregadores a participarem na elaboração da legislação do trabalho. No DPR n.º 17-A/2020, de 2 de Abril de 2020, estabelece-se que tal direito fica suspenso “*na medida em que* [o seu exercício] possa representar demora na entrada em vigor de medidas legislativas urgentes” [al. c) do art. 4.º] (itálico nosso). Cremos que há duas formas de interpretar a disposição: ou se considera tratar-se de uma suspensão *condicional*, algo que gerará incerteza jurídica (pois que significará que a operatividade jurídica da suspensão está dependente da antecedente verificação da hipótese factual – “representar demora” – a que foi subordinada) e, por isso, levará a questionar se o Presidente cumpriu os seus deveres constitucionais e legais de “especificação” da suspensão; ou se considera que os referidos direitos resultam efetivamente suspensos pelo decreto e que a condicionalidade aposta não é senão expressão do que sempre decorreria da observância do princípio da proporcionalidade na nova configuração daquelas posições jurídicas (caso em que o seu valor, no decreto, é essencialmente declaratório). Cremos ser de favorecer a segunda interpretação. A disposição em referência foi, porém, modificada no DPR n.º 20-A/2020, de 17 de Abril, eliminando-se a determinação inicial de que o direito “fica suspenso” e, estabelecendo-se, ao invés, que ele “pode ser limitado nos prazos e condições de consulta” [al. c) do art. 4.º]. O problema que daqui resulta é que, rigorosamente, não estamos então perante uma *suspensão* do exercício de direitos fundamentais. Com efeito, na formulação em causa, o Presidente não inibe a produção de efeitos da norma de direitos fundamentais. Desse modo, qualquer intervenção dos poderes públicos no referido âmbito jusfundamental terá de ser apreciada fora desse enquadramento (enquanto restrição e de acordo com o artigo 18.º da CRP). Este tipo de previsões não tem, pois, lugar no decreto de declaração de estado de emergência.

Depois, justifica-se uma apreciação das disposições que tenham sido inseridas no decreto presidencial ou nos diplomas de execução e que possam eventualmente não cumprir com a exigida proporcionalidade e finalidade de restabelecer a normalidade constitucional.¹⁵³

¹⁵³ Não daremos aqui especial atenção à hipótese de violação da liberdade religiosa por via da suspensão da liberdade de culto na sua dimensão coletiva (atendendo a que a

Um exemplo que merece discussão é o da al. b) do art. 4.º do DPR n.º 17-A/2020, mantida com alterações no DPR n.º 20-A/2020, na qual se estabelece que: “podem ser temporariamente modificados os termos e condições de contratos de execução duradoura ou dispensada a exigibilidade de determinadas prestações, bem como limitado o direito à reposição do equilíbrio financeiro de concessões [ou de prestações de serviços] em virtude de uma quebra na respetiva utilização [dos bens concessionados] decorrente das medidas adotadas no quadro do estado de emergência”. Desde logo, não se percebe que relação existe entre essa previsão e a suspensão de direitos fundamentais num decreto de estado de emergência, pois que trata-se de prosseguir um concreto interesse estatal na modificação do regime substantivo dos contratos administrativos. É verdade que afeta direitos e interesses dos concessionários, mas esses terão sobretudo natureza legal e contratual. Depois, com igual gravidade, não se percebe que relação existe entre a introdução de uma nova e temporária disciplina jurídica da reposição do equilíbrio financeiro das concessões e a finalidade de assegurar o “pronto restabelecimento da normalidade constitucional” – finalidade esta que vincula constitucional e legalmente (com valor reforçado) a declaração e execução do estado de emergência.¹⁵⁴ Com efeito, parece claro que às modificações visadas subjaz, exclusivamente, uma finalidade de acautelar a posição financeira do Estado enquanto co-contratante nas concessões, com o que intenta – através do uso dos seus poderes públicos – derrogar aspetos do regime geral dos contratos administrativos que, circunstancialmente, percebe como lhe sendo desfavoráveis. O que não surge como defensável é pretender que o estado de emergência oferece uma cobertura jurídica inatacável a esse tipo de medidas.

liberdade de religião surge mencionada como intangível no artigo 19.º, n.º 6). Não cremos que tal opção esteja ferida de inconstitucionalidade (como sustenta Gouveia, Jorge Bacelar, “Questões para a renovação do estado de emergência”, *Público*, 1 de Abril de 2020 (disponível em: <https://www.publico.pt/2020/04/01/politica/opiniao/questoes-renovacao-estado-emergencia-1910132>). Como bem faz notar Adragão, Paulo Pulido, *A Liberdade Religiosa e o Estado*, Coimbra: Almedina, 2002, p. 371, convirá não confundir liberdade de religião com liberdade de culto (pois que esta última pode ser suspensão).

¹⁵⁴ Cf. Gouveia, *Estado de Exceção*, p. 195.

6. Conclusão

Este estudo permitiu concluir que a prática constitucional seguida na decretação e implementação do estado de emergência, bem como a respetiva suspensão do exercício de direitos fundamentais, diverge em vários pontos do que se encontra estabelecido no texto constitucional e na lei orgânica.¹⁵⁵

Tal constatação será de incluir na reflexão alargada a empreender quanto a esta primeira experiência de Portugal em estado de emergência, seja ao nível dos relacionamentos inter-orgânicos estabelecidos, do cumprimento das regras constitucionais, do desenho das normas jurídicas de emergência, ou até de eventuais reformas a introduzir.

Importará sempre assegurar que os estados de emergência não servem de chapéu a um “vale tudo” do ponto de vista jurídico.¹⁵⁶ Não vale. A exceção constitucional tem a virtualidade de substituir parâmetros normativos mais exigentes por outros temporariamente mais flexíveis e menos densos. Mas não pode o recurso a ela – mormente a sua prática e implementação – configurar uma *exceção à exceção constitucional*. Esta última será irremediavelmente a negação do Direito.

¹⁵⁵ Aliás, como assinalam Bjørnskov / Voigt, “The architecture of emergency constitutions...”, p. 126: “It is [...] unlikely that politicians always meticulously stick to the constraints laid down in the respective emergency provisions and it would be interesting to analyze differences between the de jure and the de facto emergency constitution more systematically.”

¹⁵⁶ Desse ponto de vista, o Decreto-Lei n.º 19-A/2020, de 30 de Abril, é o exemplo mais gritante de uma tentativa de moldar o Direito aos interesses particulares do Estado.

A adequação do Estado de Emergência à situação pandémica*

PEDRO COUTINHO**

Resumo: O presente artigo aborda o tema do Estado de Emergência durante a pandemia da COVID-19, situando a calamidade pública no quadro dos fundamentos do estado de excepção. Seguidamente, a questão é vista à luz da função de um estado de excepção para posteriormente se concluir que a Assembleia da República, através da sua inércia, tornou necessária o excessivo e evitável recurso ao Estado de Emergência.

Sumário: 1. Introdução; 2. Para que serve um estado de excepção; 3. A apatia da Assembleia da República no combate à pandemia; 4. Conclusão.

1. Introdução

É significativo que os sucessivos decretamentos do estado de emergência tenham tido um referente “biopolítico”¹. As hipóteses constitucionalmente previstas para que seja decretado um estado de excepção, seja ele de sítio ou de calamidade, são situações susceptíveis de provocar o caos², destinando-se o estado de excepção a restabelecer a ordem,

* O presente texto corresponde, apenas com ligeiríssimas alterações, à intervenção proferida no XIV Encontro de Professores de Direito Público. Quaisquer comentários ou sugestões são bem-vindos para pedro.coutinho@ulp.pt.

** Professor Auxiliar da Universidade Lusófona do Porto e do Instituto Politécnico da Maia.

¹ LUÍS HELENO TERRINHA, *A suspensão de direitos fundamentais em Estado de Excepção Biopolítico*, Revista de Direito e Segurança, Ano VII, Num. 14, pg. 168.

² PEDRO COSTA GONÇALVES, *Abdicação parlamentar na emergência e continuação da abdicação na calamidade*, Observatório Almedina, 2020 (<http://observatorio.almedina.net/index>).

eliminando o caos ou, pelo menos, possibilitando à ordem jurídica combater e mitigar os seus efeitos. A situação do COVID-19 insere-se, e foi esse o fundamento invocado, na previsão de calamidade pública.³ A calamidade pública não é aquilo a que se possa chamar exactamente um fundamento típico ou clássico de um estado de excepção. Esses relacionam-se essencialmente com guerras e invasões iminentes – ameaças externas, nas quais existe um “nós” e um “eles.” No entanto, a calamidade pública como fundamento de um estado de excepção foi introduzida no ordenamento jurídico-constitucional português pela Constituição de 1976, o que agora se revela presciente.

A calamidade pública partilha com a invasão ou iminência de invasão – as formas mais típicas de agressão estrangeira⁴ – uma certa imprevisibilidade quanto à sua ocorrência. Mas, contrariamente às segundas, as medidas concretas de combate a uma calamidade pública só podem ser definidas perante o concreto tipo de calamidade pública em causa. Ou seja, se o ordenamento jurídico pode, de antemão, prever abstratamente e com alguma razoabilidade e rigor as medidas a adoptar em caso de invasão ou iminência da mesma pode, assim, estabelecer previamente o quadro de reacção, incluindo aí, pela via normal da restrição dos direitos fundamentais, medidas a adoptar que comprimam estes.

Pela pluralidade de situações que cabem no conceito (desde a actual pandemia a catástrofes naturais, como terremotos e erupções, ou as chamadas catástrofes tecnológicas, como o colapso de um reactor nuclear), será sempre mais difícil pré-determinar quais os mecanismos a utilizar em face de uma calamidade pública, pois estes variarão bastante em função da calamidade pública concreta. Ou seja, tendencialmente, a impreparação do ordenamento jurídico para lidar com uma calamidade pública será maior.

php/2020/05/21/abdicacao-parlamentar-na-emergencia-e-continuacao-da-abdicacao-na-calamidade/).

³ JJ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pg. 1102.

⁴ Ainda que não exclusivas, sobretudo nos tempos de hoje, quando se pensa em ataques terroristas ou no recurso a meios tecnológicos, com ciber-ataques em grande escala.

2. Para que serve um estado de excepção?

O estado de excepção serve, assim, não apenas para permitir compressões de direitos fundamentais que não seriam possíveis num quadro de normalidade constitucional, mas também para suprir transitoriamente a impreparação do ordenamento para lidar com a concreta situação que lhe subjaz, através da criação de um vazio⁵ que depois será preenchido pelas autoridades competentes. Foi esta impreparação do nosso ordenamento jurídico que levou ao decretar dos sucessivos estados de emergência, para dar cobertura jurídica às medidas adoptadas⁶, isto apesar da existência de autores para quem o único aspecto para o qual o decretamento do estado de emergência era necessário era apenas para permitir confinamentos compulsivos, sendo as restantes medidas adoptadas já passíveis de serem ao abrigo da Lei de Bases da Protecção Civil (Lei 27/2006, de 3 de Julho) e da Lei do Sistema de Vigilância em Saúde Pública (Lei 81/2009, de 21 de Agosto).⁷

Este vazio a preencher pelas autoridades competentes é marca de água das situações constitucionais de excepção. Perante uma situação que necessariamente carecerá de medidas e decisões céleres, muitas vezes com necessidade de respaldo técnico, é natural que saia reforçado o poder do órgão com maior aptidão para as tomar. Daí a habitual designação dos tempos de crise como “a hora do executivo.” E é à luz deste reforço do poder executivo que deve ser lido e interpretado o artigo 19.º/7 da

⁵ MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Modelos de Emergência no Direito Constitucional*, E-Pública, Vol. 7, Num. 1, 2020, pg. 18.

⁶ MARIA LÚCIA AMARAL, *Estado de Direito – Cadernos da Pandemia*, Vol. 3, Provedoria de Justiça, 2021, pg. 37.

⁷ JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e inconstitucionalidade em situação de crise – a propósito da epidemia COVID-19*, E-Pública, Vol. 7, Num. 1, 2020, pg. 86. Posição que não se acompanha, excepto quanto à necessidade de suspensão do direito à liberdade para decretamento de internamentos compulsivos. Sobre as razões da discordância vide JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Dez apontamentos sobre o recurso à Lei de Bases da Protecção Civil*, Lisboa, CJP/CIDP, 2021. No tocante à necessidade de suspender o direito à liberdade para o decretamento de internamentos compulsivos, vide, bem como as referências aí indicadas, CATARINA SANTOS BOTELHO, *Estados de excepção constitucional: estado de sítio e estado de emergência*, in CARLA AMADO GOMES / RICARDO PEDRO (eds.) *Direito Administrativo de Necessidade e de Excepção*, Lisboa, AAFDL, 2020, pg. 30.

CRP. Quando este refere não poder a declaração de estado de excepção “afectar a aplicação das regras constitucionais relativas à competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania”, deve ler-se aqui que este normal funcionamento não pode é ser alterado além da alteração que já é inerente ao próprio estado de excepção⁸, ou seja o reforço dos poderes executivos e a possibilidade de o Governo actuar como “legislador de emergência”⁹, numa situação em que “o tradicional equilíbrio dos poderes do Estado resulta beliscado pelo facto de a execução administrativa ser confiada, com muita amplitude, ao Governo.”¹⁰

É também importante referir, para o que se verá de seguida, que no quadro constitucional português este reforçar dos poderes executivos se trata de um reforço de um executivo já de si forte, em virtude dos extensos poderes legislativos de que o Governo goza no sistema português. Assim, parece não ser descabido falar de uma eventual hipertrofia de gabinete, sobretudo se considerarmos que nos termos do art. 17.^º do Regime do Estado de Sítio e do Estado de Emergência (Lei 44/86 de 30 de Setembro), lei orgânica e, por isso, de valor reforçado a execução da declaração do estado de sítio ou de emergência está entregue ao Governo¹¹, que apenas deve informar da mesma o Presidente da República e a Assembleia da República, assim estando afastada a possibilidade de intervenção da Assembleia da República na execução da declaração.¹²

Ao exposto acresce serem os estados de excepção uma *ultima ratio*, uma bomba atómica sobre os direitos fundamentais e, conseqüentemente, um último recurso, a usar apenas na ausência de outras “armas” que se revelem eficazes – ideia ínsita desde logo no princípio da proporcionalidade.¹³

⁸ JORGE BACELAR GOUVEIA, *Estado de Excepção no Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 2020, pg. 189.

⁹ PEDRO LOMBA, *Constituição, estado de emergência e administração sanitária: alguns problemas*, E-Pública, Vol. 7, Num. 1, 2020, pg. 33.

¹⁰ CATARINA SANTOS BOTELHO, *ob. cit.*, pg. 37.

¹¹ Ainda que com as especificidades, ao nível regional e local, decorrentes do art. 20.^º Sobre os múltiplos problemas que este artigo levanta *vide* TIAGO FIDALGO DE FREITAS, *A execução do estado de emergência e da situação de calamidade nas regiões autónomas – o caso da pandemia COVID-19*, E-Pública, Vol. 7, Num. 1, 2020.

¹² LUÍS HELENO TERRINHA, *ob. cit.*, pg. 190.

¹³ O princípio da proporcionalidade intervém em todas as fases: declaração (deve ou não ser declarado um estado de excepção); modalidade (estado de sítio *versus* estado de

Daí que, embora se possa discutir a opção entre um modelo constitucional de situações de excepção (com suspensão do exercício de direitos fundamentais) e um modelo legislativo das mesmas (com restrições nos termos gerais) como modelos alternativos¹⁴, se defenda que ambas têm o seu lugar no ordenamento jurídico, cabendo ao legislador que autorizou a suspensão criar condições para que a impreparação do ordenamento jurídico que eventualmente lhe subjazia desapareça. Penso que tal decorre da própria lógica ou desenho constitucional: a Constituição dá as “armas”, cabendo ao legislador a escolha de entre elas, bem como o poder de desenhar outras no quadro da Constituição. Ou seja, se o que levou ao decretar de um estado de emergência foi a impreparação do ordenamento jurídico, deve o legislador actuar, segura mas lealmente, para suprir a falha do ordenamento, assim tornando desnecessário o recurso ao estado de excepção.

É que, se a Assembleia da República, legislador por excelência, está impedida de interferir na execução da declaração do estado de sítio ou de emergência, não está impedida de legislar sobre as causas ou o problema¹⁵, podendo prever legislativamente medidas de combate adequadas, ainda que com restrições de direitos fundamentais, que tornem supérfluo o recurso a um estado de excepção, possibilitando assim a transição de uma lógica de suspensão para uma lógica de restrição.

3. A apatia da Assembleia da República no combate à pandemia

Tornar desnecessário o recurso a uma qualquer das figuras do estado de excepção afigura-se um imperativo do legislador, um verdadeiro dever, pelos danos que a manutenção da vigência do estado de excepção provoca. A situação portuguesa é, neste aspecto, particularmente iluminadora. Portugal viveu em estado de emergência em dois períodos. Um primeiro entre 19 de Março e 2 de Maio de 2020, e um segundo entre 9 de

emergência); extensão (que direitos devem ser suspensos); duração (durante quanto tempo); execução (autorização de medidas executivas específicas). Cfr. GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO, *Compreender o Estado de Excepção Constitucional*, Julgar, Num. 44, 2021, pg. 142.

¹⁴ MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *ob. cit.*, pg. 20.

¹⁵ PEDRO LOMBA, *ob. cit.*, pg. 33 e Jorge Bacelar Gouveia, *ob. cit.*, pg. 197.

Novembro de 2020 e 30 de Abril de 2021, um total de cerca de 9 meses, ainda que não consecutivos. Trata-se de um período muitíssimo extenso, sobretudo se tivermos em consideração que o estado de excepção deverá ser transitório e que a CRP estabelece como duração máxima do estado de emergência, ainda que renovável, o período de 15 dias. Convém não esquecer que, independentemente de estar suspenso o exercício de um número maior ou menor de direitos, declarar um estado de excepção significa assumir a existência de uma situação de profunda anormalidade e de perturbação da ordem constitucional. Trata-se de uma declaração que, por si só, suscita – e bem – alarme e preocupação no cidadão comum. Mais ainda, em estado de excepção “a CRP apresenta os direitos fundamentais como potenciais inimigos do retorno à normalidade”¹⁶, para evitar que a idolatria jurídica transforme a Constituição num pacto suicida¹⁷, o que apenas reforça a ideia de que este instrumento deve ser utilizado apenas durante o mais curto período de tempo possível.

O Parlamento, porém, destacou-se, no quadro do combate à pandemia, pela sua inércia legislativa. Se o que sustentou o estado de emergência, pelo menos num momento inicial, foi a ausência de normas legais que permitissem um combate efectivo à pandemia, não se descortinou da parte da Assembleia da República uma preocupação em adequar os instrumentos existentes, incluindo o próprio Regime do Estado de Sítio e do Estado de Emergência, que não foi desenhado para situações pandémicas¹⁸, ou até criar novos, como a chamada Lei de Emergência Sanitária, isto apesar de vários apelos públicos para que o fizesse.¹⁹ Poder-se-ia até ter acordado uma revisão constitucional cirúrgica, que alterasse o artigo 27.º da Constituição no sentido de permitir o confinamento compulsivo

¹⁶ LUÍS HELENO TERRINHA, *ob. cit.*, pg. 174 e 175.

¹⁷ CATARINA SANTOS BOTELHO, *ob. cit.*, pg. 20.

¹⁸ MIGUEL POIARES MADURO / CATARINA SANTOS BOTELHO, Democracia, in *Governar em Estado de Emergência*, RICARDO PAES MAMEDE / PEDRO ADÃO E SILVA (coord.), Lisboa, IPPS-Iscte, 2021, pg. 87.

¹⁹ *Vide*, por exemplo, <https://www.publico.pt/2020/10/15/politica/noticia/declaracao-calamidade-governo-trapalhada-reis-novais-1935356>; <https://www.publico.pt/2020/10/29/politica/noticia/constitucionalistas-pedem-lei-emergencia-sanitaria-urgencia-1937142>; <https://www.publico.pt/2021/05/21/politica/noticia/estado-emergencia-estado-calamidade-precisamos-lei-provedora-1963577>; <https://www.publico.pt/2021/06/27/politica/noticia/maioria-partidos-urgencia-avancar-lei-emergencia-sanitaria-1968129>

de portadores de doença infecto-contagiosa sem que para isso fosse necessário suspender o direito à liberdade.²⁰

Esta apatia, ou até abdicação, como foi chamada²¹, obrigou a que as restantes forças públicas tivessem que optar entre duas hipóteses sub-óptimas: ou pela manutenção do estado de emergência para sustentar juridicamente medidas que poderiam em abstrato ser permitidas através de acto legislativo parlamentar²² ou pela cessação do estado de emergência e a imposição de medidas através de instrumentos legislativos desenhados para outros fins ou para intervenções de outra intensidade, como a Lei de Bases de Proteção Civil ou a Lei do Sistema de Vigilância em Saúde Pública.

Num primeiro momento, permaneceu em vigor o estado de emergência. Porém, e como já se assinalou, a manutenção em vigor de um instrumento transitório e excepcional durante um período tão alargado tem consequências negativas. A primeira destas é a banalização do próprio estado de emergência. Um segundo aspecto tem a ver com o afastamento da Assembleia da República do principal assunto da ordem do dia: permanecendo o estado de emergência, a Assembleia da República terá apenas que acompanhar a execução do mesmo. Prolongando-se tal situação no tempo, uma parte muito substancial da actividade governativa permanecerá fora do controlo da Assembleia da República, provocando assim um entorse no princípio da separação de poderes maior do que o permitido pelo artigo 19.º/7 da CRP. Isto porque apesar de o artigo 162.º alínea b) da Constituição, sob a epígrafe “Competência de fiscalização”, atribuir ao Parlamento o dever de “Apreciar a aplicação da declaração do estado de sítio e do estado de emergência”, o artigo 28.º do Regime do Estado de Sítio e do Estado de Emergência circunscreve os poderes da Assembleia à apreciação de um relatório, naturalmente *ex post*, do Governo sobre a execução da declaração do estado de excepção e à votação de uma resolução sobre esse relatório.²³ Um terceiro ponto relaciona-se com a

²⁰ Uma proposta aliás feita já por JORGE MIRANDA, *Aperfeiçoar a Constituição*, Coimbra, Almedina, 2021, pg. 78.

²¹ PEDRO COSTA GONÇALVES, *ob. cit.*

²² MARIA LÚCIA AMARAL, *ob. cit.*, pg. 38.

²³ Em sentido divergente, considerando ser esta “uma relevante fiscalização política da execução do estado de emergência”, *vide* MIGUEL POIARES MADURO / CATARINA SANTOS BOTELHO, *ob. cit.*, pg. 87.

simbologia do estado de emergência: enquanto em vigor, continua a transmitir-se ao cidadão uma mensagem de instabilidade e de incerteza. Por último, levanta-se a questão do chamado “novo-normal”, expressão aliás muito usada na comunicação, social e política. Socorro-me aqui das palavras de ANA MARIA GUERRA MARTINS: “Se a emergência se prolonga muito no tempo, como tem sucedido nalguns casos, esta acaba por se tornar a normalidade e então o desrespeito dos direitos humanos deixa de ser a exceção para passar a ser a regra.”²⁴

Os efeitos do estado de emergência prolongado foram e são ainda visíveis. A normalização da compressão de direitos fundamentais através da suspensão provocou uma dormência político-cívica. Julgo ser esta a única razão que explica a complacência em geral com que tem sido vista a restrição de direitos, liberdades e garantias através de resoluções do Conselho de Ministros, que por sua vez invocam como fonte legitimante a Lei de Bases da Proteção Civil e a Lei do Sistema de Vigilância em Saúde Pública para limitar direitos fundamentais de uma forma muito mais intensa do que estas autorizam. Parecemos então estar perante o “estado de emergência *soft*, por via administrativa”²⁵ para cujo perigo de instauração alguma doutrina havia advertido.

4. Conclusão

Em síntese e conclusão, pode dizer-se que não é compreensível, num Estado de Direito, que se pretende defensor dos direitos fundamentais e que se pretende que confira a estes máxima eficácia, que à medida que aumenta o nosso conhecimento e compreensão do fenómeno a combater, sobre a eficácia das medidas de combate e a capacidade de escolha dessas mesmas medidas, se recorra durante um período alargado à figura do estado de emergência, a bomba atómica sobre os direitos fundamentais, sobretudo quando tal ocorre por inércia da Assembleia da República, o principal órgão representativo dos cidadãos, que poderia e deveria ter, no mínimo, adequado à actual situação os instrumentos existentes ou,

²⁴ ANA MARIA GUERRA MARTINS, *O impacto da COVID19 nos Direitos Humanos – A resposta da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, E-Pública, Vol. 7, Num. 1, 2020, pg. 163.

²⁵ MIGUEL POIARES MADURO / CATARINA SANTOS BOTELHO, *ob. cit.*, pg. 88.

melhor ainda, desenhado uma lei para o combate a pandemias como a actual ou similar. Também por isso, impõe-se a revisão do art. 27.º da Constituição no sentido de autorizar o confinamento de portadores de doenças infecto-contagiosas.

Risco e Incerteza, Saúde e Danos Colaterais. O que se espera do Estado de Emergência Sanitário?

CRISTINA QUEIROZ*

Resumo: Desde sempre a democracia liberal buscou um ponto de equilíbrio entre a liberdade individual e a solidariedade coletiva. Daí que o debate acerca do grau de preparação dos Estados em lidar com a ameaça do SARS-CoV-2 terá necessariamente de se centrar na ausência de modelos quer quanto ao impacto da crise quer quanto às medidas em concreto tomadas, especialmente em sede de suspensão ou restrição a direitos e liberdades fundamentais. Entende-se que face à “situação extraordinária” que vivemos é preferível manter o quadro do direito da situação normal, que requer soluções de urgência e de emergência imediatas, mas não um “direito de excepção”. O problema está em saber se os Estados podem beneficiar de uma base legal e constitucional mais forte e consistente de acção em ordem a melhor gerir a crise e as suas consequências no âmbito (e entorno) de uma “sociedade de risco” e num mundo dominado por uma nova “incerteza”.

Sumário: 1. Os termos do problema; 2. A natureza “excepcional” ou “extraordinária” da crise; 3. A ausência de modelos e instrumentos jurídicos; 4. O “efeito cumulativo”; 5. A criação de um “sistema jurídico paralelo”; 6. Lei constitucional ou lei parlamentar? 7. A estratégia de saída democrática.

1. Os termos do problema

Sabemos que há dificuldade em definir o risco, detectá-lo e fornecer uma resposta eficaz, racional e coerente, num misto de incerteza científica e da necessidade de tomada de decisões políticas imediatas e especialmente gravosas. E tomada de decisões políticas imediatas e especialmente gravosas que se traduzem em ingerências concretas nos

* Professora Catedrática da Nova School of Law.

direitos e liberdades dos cidadãos: civis, políticas, económicas, sociais e culturais. Limitações dos direitos e liberdades, individuais e colectivos, em favor da prevenção e até mesmo do confinamento.

Haverá, nestas circunstâncias, que identificar os diferentes poderes e autoridades intervenientes, os deveres e direitos em presença, sem esquecer a importante questão da responsabilidade política e do correspondente dever de prestação de contas (: *accountability*).

Assim, numa primeira abordagem, individualizaria três eixos que me parecem essenciais:

- A) Antes de mais, como o título indica, o primeiro desses eixos não pode deixar de ser o da “situação de excepcionalidade”. E, no seu quadro, as questões que decorrem da “normalização” do chamado “estado de excepção” e/ou “direito de necessidade”.
- B) Um segundo eixo centrar-se-á nas questões da “permanência” ou “perdurabilidade no tempo” dessa situação, acompanhada dos respetivos danos colaterais.
- C) Por fim, num terceiro eixo, a crise trazida pela situação pandémica acresce a outras crises precedentes, designadamente o post-11 de Setembro, e a luta contra o terrorismo, e a crise das dívidas soberanas e dos orçamentos públicos, resolvida com programas de austeridade, que no seu conjunto se encadeiam e se reforçam mutuamente.

O efeito conjugado destas crises, aliado às pulsões autoritárias a que temos vindo a assistir, um pouco por toda a parte, podem despertar o Leviathan adormecido, conduzindo a uma “Ilustação obscura” que põe o acento tónico na ordem e segurança em detrimento dos princípios humanísticos da liberdade e da solidariedade.

Tudo isto no quadro (e entorno) de uma “sociedade de risco” e num mundo dominado por uma nova “incerteza”. A quem aproveita, afinal, um mundo “incerto” e “confuso”?

2. A natureza “excepcional” ou “extraordinária” da crise

O sistema de governo democrático de um Estado constitucional é criado essencialmente para funcionar sob condições de normalidade.

E pode muitas vezes mostrar-se desigual no que concerne às exigências de uma grande crise nacional.

O Governo começou por recorrer à lei de protecção civil – estados de alerta, contingência e calamidade – para optar, finalmente, pelo estado de emergência de base constitucional. Na verdade, o que se assistiu foi a uma “habilitação” crescente por parte das instituições parlamentares, acompanhada da correspondente “delegação de poderes” no executivo governamental, sem precedentes na história constitucional mais recente.

Perante este quadro, a questão deverá ser formulada do seguinte modo: valerá a pena pensar nas “categorias de excepção”, no sentido de uma melhoria do acervo constitucional das situações de necessidade, reforçando a “retórica da excepcionalidade”, podendo ao mesmo tempo incorrer na circunstância de termos mais uma vez de nos interrogar, nalgum momento, como podemos sair dela, correndo o risco de reforçá-la?

A que deverá acrescentar-se uma segunda interrogação: até que ponto a situação atual, como “situação extraordinária”, se poderá manter e ser considerada no quadro do *direito da situação normal*, desde que as restrições e limitações se mostrem compatíveis e conformes à Constituição, em particular, face ao quadro constitucionalmente autorizado das restrições a direitos e liberdades fundamentais, mediante *lei da Assembleia da República*?

O que significa, que somos confrontados com uma “situação extraordinária”, que requer soluções de emergência no quadro de um “direito da situação normal”, não com um “direito de excepção” ou de “emergência”, que busca soluções para uma crise constitucional de excepcional gravidade, uma crise de *ordem pública*, tanto interna como externa.

3. A ausência de modelos e instrumentos jurídicos

Desde sempre a democracia liberal buscou um ponto de equilíbrio entre a liberdade individual e a solidariedade coletiva. Daí que o debate acerca do grau de preparação dos Estados para lidar com a ameaça do SARS-CoV-2 terá necessariamente de se centrar na ausência de modelos quer quanto ao impacto da crise quer quanto às medidas em concreto tomadas, especialmente em sede de suspensão ou restrição a direitos e liberdades fundamentais.

Vários Estados recorreram à legislação ordinária para gerir a crise, sem a utilização de poderes de emergência, mesmo quando esses poderes se encontravam disponíveis na estrutura constitucional. As razões apresentadas podem variar. Ou a crise não constituía uma “emergência” no quadro das disposições constitucionais, ou existiam, ao invés, mecanismos e instrumentos suficientes na legislação comum, não havendo necessidade de recorrer a poderes de emergência.

O problema está em saber se os Estados podem beneficiar de uma base legal e constitucional mais forte e consistente de acção em ordem a melhor gerir a crise e as suas consequências. Daí que um ponto relevante a ter em consideração diga respeito à questão de saber se o uso da legislação comum pré-existente revela a natureza de “excepcionalidade” na utilização de “poderes ordinários” e qual o seu âmbito e conteúdo.

Um exemplo. A lei suíça de controle de doenças transmissíveis, Lei de 28 de Setembro de 2012, distingue, correctamente, entre a situação *normal*, a *especial* e a *excepcional*, o que levou as autoridades suíças, e, em particular, o Conselho Federal, a passar rapidamente à situação excepcional.

Posteriormente, o Conselho Federal e o Parlamento Federal acordaram na adopção de uma nova lei especial de gestão da crise pandémica, a “Lei Federal sobre as Bases Jurídicas das Ordenanças do Conselho Federal sobre a Epidemia Covid-19”, de 25 de Setembro de 2020, dotada de uma cláusula de caducidade (*sunset clause*).

De um ponto de vista jurídico, a avaliação da Lei Covid-19, como vem designada, é crítica. Em primeiro lugar, porque o envolvimento do Parlamento no domínio das medidas de emergência continua a ser modesto. A Lei Covid-19 contém cláusulas discricionárias (as chamadas “Kannvorschriften”), para além de assentar em normas de delegação ou habilitação genérica a favor do executivo. Trata-se, como facilmente se intuirá, de uma lei de “habilitação” que contém materialmente uma autorização de delegação de poderes no executivo governamental.

O Conselho Federal passa a ter agora o dever de informar o Parlamento Federal e o dever de consultar as comissões relevantes em razão da matéria antes de adoptar ou alterar as medidas de emergência. Ao Parlamento, contudo, não lhe é atribuído qualquer direito de veto ou de oposição às medidas decretadas. O que significa que o Parlamento

Federal, para além de uma habilitação genérica de competências no executivo, assume escassa ou nenhuma responsabilidade política no que concerne às medidas de emergência decretadas.

Deste modo, a resposta do Parlamento Federal resulta modesta e tímida, deixando uma larga margem de manobra ao executivo governamental.

4. O “efeito cumulativo”

Nesta ordem de considerações, foram, como não poderia deixar de ser, a urgência e a necessidade imediatas de resposta que nortearam o executivo governamental, obrigatoriamente marcada pela rapidez, sem tempo nem espaço para uma correcta ponderação quer quanto à questão factual, quer quanto à escolha das categorias normativas a utilizar.

Ainda assim, o que se mostra crucial nesta conjectura, e em sede de restrições a direitos e liberdades fundamentais, é, sobretudo, o seu *efeito cumulativo*. Bem vistas as coisas, o exercício de quase todos os direitos e liberdades dependem do direito à livre circulação, isto é, de se poder sair de casa.

Nesta conjuntura, as medidas decretadas devem ser consideradas do *ponto de vista da sua caducidade*. Quer dizer, estas só podem ser constitucionalmente justificadas no quadro do cumprimento do objetivo dinâmico a que se propuseram: o controle do curso da pandemia, que se mostra necessariamente *temporária e transitória*.

Tudo isto se traduz numa lógica perniciosa, já que supostamente resulta politicamente mais racional ordenar acções e medidas mais onerosas, que atingem todos, de forma indiscriminada. E, ainda, em nosso entender, por não cumprir de forma eficiente o mandato da “estrita necessidade”, em termos de actuação do “princípio da proporcionalidade”, que compreende não apenas a “proibição do excesso” (*Übermaßverbot*), mas ainda a “proibição da omissão e/ou insuficiência” (*Untermaßverbot*).

Como recorda Konrad HESSE, no teste de proporcionalidade não se ponderam os direitos e liberdades em si, antes se decide a idoneidade dos cenários de concretização.

5. A criação de um sistema jurídico paralelo

Na verdade, tal como ocorreu na Alemanha, e noutros países europeus, em consequência do SARS-CoV-2, criou-se, entre nós, um “sistema jurídico paralelo”. Todos os comportamentos estão agora sujeitos a uma normação específica que materialmente se consubstancia não em leis da Assembleia da República, como seria de se esperar, mas em decretos do Governo, sejam estes legislativos ou de outra natureza.

O Governo actua, principalmente, através do Direito Administrativo Geral e do Direito Administrativo Especial. A expressão utilizado por Pedro GONÇALVES, no começo da situação pandémica, de “estado administrativo sanitário”, mostra-se adequada. E não se afasta em larga medida do sistema de saúde francês, e da sua resposta à pandemia, com a relevante diferença de que o sistema administrativo francês resulta muito mais estruturado, e, conseqüentemente, muito mais eficaz.

Estes procedimentos não deixam de suscitar dúvidas devido à incerteza da sua base jurídica, quer em referência às relações de “polícia administrativa geral”, da competência do Primeiro-Ministro, quer as relativas à “função administrativa especial”, da competência do Ministro da Saúde. E, ainda, quanto à articulação de competências de “polícia administrativa” com o nível nacional e o local.

O gozo dos direitos e liberdades, individuais e colectivos, depende agora de decretos legislativos que não correspondem à ordem constitucional de distribuição de competências. Uma situação ou estado, no mínimo, perturbador, gerador de inúmeras perplexidades. Com base nesses decretos, emitem-se proibições em sectores amplos da economia, decreta-se confinamentos e o fecho de actividades económicas, de arte, ciência e cultura, entre outras.

As medidas que têm vindo a ser decretadas, que influem na vida do país e das populações, são tomadas pelo recurso a resoluções e decretos do Conselho de Ministros, com afastando do Parlamento, e, em particular, das suas funções de controle. São essas medidas que criaram, entre nós, uma “ordem” ou “sistema jurídico paralelo”.

Com base nesse sistema ocorreram ingerências em quase todos os direitos e liberdades fundamentais. E o que é mais, com o argumento da “prevenção”, um caso de “vida ou de morte”, utilizaram-se meios altamente repressivos. É o chamado “novo” direito criado pela crise da COVID-19.

Aqui reside, do nosso ponto de vista, o cerne do problema, já que o “estado de emergência”, e, em geral, o “direito de necessidade”, foi especialmente criado não para responder a emergências ou situações extraordinárias de saúde pública, mas especificamente a situações de “ordem pública”, tanto internas como externas.

O que pressupõe, no limite, a distinção e separação entre a “legislação” de “emergência sanitária”, face a outras situações de emergência ou de excepção, e, designadamente, as que dizem respeito a crises ou ameaças de “ordem pública”.

6. Lei constitucional ou lei parlamentar?

Entre a figura da lei constitucional e a da lei parlamentar pergunta-se qual o modelo que se mostra na prática mais adequado em termos de resposta às necessidades de gestão de uma crise pandémica existencial?

Tendo em consideração a experiência portuguesa, pergunta-se, em concreto, se devemos optar por um modelo constitucional de direito de emergência, ampliando para isso a ordenação constitucional do “direito de necessidade”, ou optar por recorrer a uma lei parlamentar particularmente adequada a uma situação pandémica de duração incerta e indefinida? Em termos breves, a uma Lei COVID-19 como ocorreu, recentemente, na Suíça, após um momento inicial de recurso a uma lei pré-existente sobre controle de infecções e epidemias, alterada para o efeito. Uma lei COVID-19 que, em bom rigor, tanto pode ser uma lei constitucional como uma lei parlamentar.

A situação actual em que nos encontramos, e que desde o começo da crise pandémica tem vindo a oscilar entre o enquadramento jurídico do “estado de emergência”, de nível constitucional, e o recurso aos “estados de alarme, contingência e calamidade”, previstos na Lei de Bases da Protecção Civil, logo um enquadramento de Direito Administrativo Geral e Especial, é que nos parece manifestamente inadequada, não acautelando as diversas situações, bem como os direitos e liberdades em presença.

Senão veja-se:

A Assembleia da República ao autorizar a decretação do “estado de emergência” não apenas o fez sob a forma de “resolução”, o que traduz

a forma constitucionalmente prevista para a tomada de uma decisão política (autorização ou não autorização), como descurou ainda a “forma de lei”, prevista e exigível para a suspensão e/ou restrição a direitos, uma vez que o quadro constitucional de divisão e distribuição de competências se encontra em vigor, não podendo ser alterado, mesmo com a decretação autorizada do “estado de emergência”, com interdição de um processo de revisão constitucional, o que releva particularmente em sede de tutela dos direitos e liberdades fundamentais.

Em todo esse processo, que compreendeu várias prorrogações do estado de emergência, a Assembleia da República parece ter-se limitado a delegar funções legislativas ao Governo. As únicas excepções são as Leis n.ºs. 1-A/2020, de 19 de Março, e 4-B/2021, de 1 de Fevereiro, e, ainda assim, com funções mais ratificadoras ou sanadoras do que propriamente o exercício de funções de garantia e tutela constitucionalmente consignadas e exigíveis.

Na realidade, o que ocorreu foi que a Assembleia da República acabou por conceder ao Governo o poder de decretar excepções às próprias leis por si editadas. O chamado “novo” direito (constitucional!) ou “sistema jurídico paralelo”, a que já fizemos referência. Uma situação fáctica de “habilitação” não constitucionalmente prevista, e, como tal, “extra-constitucional”.

E isto tendo em especial consideração que apenas o Parlamento, e só ele, pode decretar e determinar a suspensão ou restrição a direitos e liberdades, v. g., decretando confinamentos, isolamento dos infectados, fecho de actividades económicas, de arte, ciência e cultura, entre outras, cabendo ao Governo unicamente funções de *execução* do estado de emergência, incluindo os estados previstos na Lei de Bases da Protecção Civil, de nível administrativo, que se traduzem em restrições ou afectação de direitos e liberdades constitucionalmente consignados.

Por essa razão, não surpreende que os tribunais tenham vindo a aceitar e a dar provimento a pedidos de “Habeas Corpus” face a isolamentos compulsivos, ou mesmo, no caso do Tribunal Constitucional, a equiparar o isolamento profiláctico a penas de privação da liberdade como ocorreu recentemente no Acórdão n.º 424/2020, de 5 de Agosto.

E a tendência, passado um primeiro momento de maior contenção, é a de que os tribunais comuns, administrativos, e mesmo o Tribunal Constitucional, venham a reclamar uma base jurídica mais sólida e

adequada que possa melhor corresponder a uma situação existencial de crise que se prolonga indefinidamente no tempo, isto é, uma base jurídica mais conforme com a ordem jurídico-constitucional, inclusive de competências, ao cabo e ao resto, a uma ordem constitucional de garantia dos direitos e liberdades constitucionalmente consignados.

Deste modo, não nos repugnaria que fosse editada uma lei especial, uma Lei COVID-19, segundo o modelo suíço, ou outro, sem habilitações genéricas ao executivo, que fornecesse um enquadramento jurídico-normativo mais adequado e eficaz para lidar com a crise, incluindo as suas consequências económicas e sociais, tendo em consideração o cumprimento dos requisitos de adequação e estrita necessidade face aos direitos e liberdades em presença, que não dizem respeito unicamente às liberdades económicas, mas também às liberdades civis, políticas, sociais e culturais.

É certo que se poderia igualmente apontar para a assimilação de um estado pandémico de saúde pública a um estado de emergência de nível constitucional a acrescentar ao direito de necessidade já existente.

Contudo, temos sérias dúvidas que seja esta a solução mais adequada. Antes de mais, porque entendemos que face à “situação extraordinária” que vivemos é preferível manter o quadro do *direito da situação normal*, que requer soluções de urgência e de emergência imediatas, é certo, mas não um “direito de exceção”, que busca soluções para uma crise constitucional de excepcional gravidade, essencialmente de “ordem pública” (e não de “saúde pública”), tanto interna como externa.

Em segundo lugar, porque não querendo sair do “direito da situação normal”, preferimos seguir o modelo adoptado pela larga maioria dos países da União Europeia, ou mesmo o Reino Unido e os Estados Unidos, que optaram por gerir a situação de crise não recorrendo ao direito de necessidade de nível constitucional, mesmo que nalguns dos casos essa solução fosse possível nos termos constitucionais.

De resto, se tivermos em consideração o ordenamento constitucional português, logo constatamos que a autorização parlamentar necessária para a decretação tanto do estado de sítio como do estado de emergência, constitucionalmente previstos, requer uma pluralidade de votos, podendo dar-se o caso de que se proceda à decretação de um estado de emergência autorizado por uma maioria simples.

E o facto é tanto ou mais pertinente quando se sabe que a restrição a direitos e liberdades fundamentais dos militares e agentes militarizados dos quadros permanentes das Forças Armadas, em serviço efectivo, bem como por agentes dos serviços e das Forças de Segurança, prevista nos termos do disposto no artigo 270º da Constituição, só pode ser decretada através de lei orgânica e por maioria qualificada na Assembleia da República.

Por tudo isto, não deverá ser de afastar “a priori” a elaboração de uma lei COVID-19, segundo o modelo suíço, expurgada de habilitações genéricas, ou outro semelhante, votado por uma maioria qualificada e/ou agravada que expresse o consenso entre as diversas forças políticas. Esta poderia então servir de base jurídica, necessária e suficiente, para que se possa lidar de forma adequada e eficaz com a crise de saúde pública. E, antes de mais, que fornecesse uma base jurídica sólida e adequada a essa “habilitação” ou “delegação” de poderes ilimitada ao Governo com que nos temos deparado nos últimos tempos.

Poder-se-á, de igual modo, argumentar que já existe uma base jurídica suficiente no âmbito da Lei de Bases da Protecção Civil, Lei de Bases da Saúde e Lei do Sistema de Vigilância em Saúde Pública.

E, de facto, no começo, e passado a decretação do estado de emergência, o Governo tem vindo a recorrer a estas figuras, sobretudo a Lei de Bases da Protecção Civil, restringindo e cerceando direitos e liberdades fora do quadro de competências constitucionalmente previsto e autorizado.

A este propósito a fundamentação do Acórdão do Tribunal Constitucional nº 352/2021, de 27 de Maio, resulta especialmente ilustrativa dos perigos que pode acarretar a assimilação de um estado de crise pandémica a um estado de excepção, previsto como se disse, para situações de excepcional gravidade, de perturbação da ordem pública constitucional, tanto interna como externa.

“A necessidade não atende a leis” ou a “necessidade cria a sua própria lei”. Provérbios e expressões que traduzem a inversão do que significa a decisão, e posterior constitucionalização, do chamado “direito de necessidade”. A via francesa de resposta ao domínio da “lei marcial”, que emerge após a revolução de 1848, o chamado “estado de sítio político”, e que levou mais tarde à sua incorporação no texto constitucional.

Antes de mais, a necessidade de normativizar a tomada de decisão e os processos de decretação do direito de exceção no quadro constitucional com eminente função garantista e de pronto re-estabelecimento da ordem constitucional. Um processo de “defesa da Constituição”, regulado em todas as suas instâncias por normas e princípios constitucionais, justamente para que através da sua invocação não se proceda à “destruição” ou “aniquilação” (*Vernichtung*) da ordem constitucional.

Ora, justamente, é tendo em consideração este enquadramento, que não se deverá permitir, de ânimo leve, que um Tribunal Constitucional, a quem compete a defesa da Constituição na sua totalidade, venha afirmar, sem qualquer medida cautelar, que é a própria Constituição que se “suspende” em sede de decretação do “estado de emergência”, gozando de “merecidas férias”, em ordem a poder justificar a atribuição ao Governo, órgão a quem compete constitucionalmente a “execução” das medidas de emergência, de um “poder legislativo extraordinário *ex ratione necessitatis*”.

Afirmações como as que se reproduzem:

- “Por isso, o estado de exceção implica uma derrogação *global e transitória* de normas constitucionais: *global* porque essas normas deixam de se aplicar na generalidade dos casos que integram o seu âmbito de aplicação, como se tivessem sido revogadas; *transitória* porque essas normas não se aplicam apenas enquanto durar o estado de exceção, ou seja, até que seja restaurada a situação de normalidade”.
- Ou ainda, continuando a citar: “O Governo não carece de autorização da Assembleia da República ou do Presidente da República para decretar as normas que entender necessárias em matérias que integram a reserva de lei parlamentar; uma vez declarado um estado de emergência ou um estado de sítio, o executivo passa a atuar no quadro de uma organização excecional do poder público, podendo não só estabelecer normas de conduta incompatíveis com o exercício regular das liberdades fundamentais, abrangidas pelo decreto presidencial”.

Afirmações que atestam uma falha manifesta de argumentos constitucionais. Quer dizer, segundo o Tribunal Constitucional, o “direito de

necessidade” é transformado num verdadeiro e próprio “aliud” jurídico-constitucional, implicando “uma *derrogação global e transitória* de normas constitucionais”, isto é, uma verdadeira e própria exceção às normas e princípios constitucionais. Uma espécie de “férias” constitucionais.

Para quem acaba, deste modo, por excluir a integração do “direito de necessidade” no quadro do Estado constitucional, bem se poderia afirmar que entramos, “de pleno”, no domínio da “ditadura comissária” ou mesmo “soberana”, na terminologia de Carl SCHMITT, que advoga a permanência da exceção, em detrimento da regra, conduzindo, no limite, à “derrogação” ou mesmo à “aniquilação” (*Vernichtung*) da ordem que era suposta defender e preservar.

Por tudo isto, necessita-se de uma estrutura constitucionalizada, sistemática e eficaz, que possa lidar de forma adequada e eficaz com a presente crise pandémica existencial.

Nesta ordem de considerações, pergunta-se: quais as vantagens da decretação de uma Lei COVID-19, segundo o modelo suíço ou outro.

Antes de mais, não se trata de “normalizar” um potencial estado de exceção a acrescentar aos já existentes. Como já se escreveu: “Os governos estão habituados a combater o risco, mas não em lidar com a incerteza. E têm de estar preparados para tomar decisões, incluindo decisões extraordinárias e excepcionais, assumindo a correspondente responsabilidade. O paradigma do estado de exceção não é e não pode ser considerado o paradigma do governo constitucional”.

É, numa palavra, uma situação perigosa, que transforma a exceção em regra. Uma possibilidade que não é admitida pela Constituição da República e que resulta ainda patentemente ofuscada pela ausência de regras ou critérios específicos que permitam determinar quando se deve respeitar o “direito” ou quando há lugar à sua “derrogação”.

Além de que haverá que distinguir, de forma muito clara, a autoridade que *decreta* a emergência da autoridade que a *executa*. Essas funções competem no ordenamento constitucional português à *Assembleia da República* e ao *Governo*, respectivamente.

Para isso necessário se mostra enquadrar, com o rigor e precisão devidos, a diferenciação entre “*situações extraordinárias*”, que podem obter resposta no quadro do “*direito da situação normal*”, das situações verdadeiramente de “emergência”, que requerem o recurso a um “*quadro constitucional de exceção*”.

As medidas tomadas no estado de emergência devem ser discutidas e deliberadas no Parlamento e não decididas pelo Governo a quem compete a função da respectiva execução. Ao Parlamento compete o primado da função legislativa. E estando em causa medidas de suspensão ou de restrição a direitos e liberdades a competência legislativa é reservada *em exclusivo* à Assembleia da República, quer em tempos de normalidade constitucional quer em situações de crise.

7. A estratégia de saída democrática

Uma sociedade confinada é uma sociedade fechada, assombrada pelo medo. A saída democrática da crise de saúde pública impõe um regresso à “normalidade constitucional”, à normalidade do funcionamento do sistema político e à normalidade na fruição e gozo dos direitos e liberdades fundamentais.

A dimensão da crise mostra que as medidas de emergência não devem ser tarefa exclusiva do Governo. É certo que se mostra necessário que o Governo avance primeiro, já que detém o nível de conhecimentos e os instrumentos requeridos para responder e fazer face à crise de uma forma mais rápida e eficaz. Contudo, numa crise cujo tempo de duração não é ainda previsível, é tarefa do Parlamento legitimar as medidas de emergência decretadas pelo executivo e providenciar uma base jurídica mais sólida para essas medidas. Daí a necessidade de se preservar a “forma democrática” de governo.

Nestas circunstâncias, o Governo terá de ser capaz de se conter e encontrar um caminho de regresso à normalidade constitucional. E deverá ainda ser capaz de resistir à tentação de continuar com o tipo de autoritarismo em matéria de saúde, que, temporariamente, foi forçado a estabelecer por uma boa razão.

A “ditadura constitucional”, para utilizar uma expressão roubada a Clinton ROSSITER, é um assunto perigoso. E corre o risco de poder eternizar-se. Uma situação que corresponde à admissão da incapacidade das instituições democráticas em defender a ordem constitucional recorrendo à utilização consciente de poderes e mecanismos considerados de há muito inconstitucionais e ilegais. Poderes e mecanismos que podem destruir a Democracia e o Estado de Direito. O Governo, cujo paradigma

não é o do “estado de excepção”, terá necessariamente de refazer os seus passos no caminho do regresso ao Estado de Direito.

No limite, a Democracia terá de saber distinguir entre as “medidas temporárias” e a “legislação permanente”. O paradigma do estado de excepção não é e não pode ser considerado o paradigma do governo constitucional.

O Princípio da Garantia do Equilíbrio Institucional de Poderes como Limite Negativo Intangível da Constituição Portuguesa de Emergência

RAQUEL BRÍZIDA CASTRO*

Resumo: O modelo constitucional português de poderes de emergência funda-se no *princípio da garantia do equilíbrio institucional de poderes*, consagrado no n.º 7, do artigo 19.º, da Constituição da República Portuguesa (CRP) como limite negativo intangível do estado de exceção. Constituem, a nosso ver, tópicos imprescindíveis de compreensão do supramencionado princípio: (i) o facto de o arquétipo português de emergência vigente não ser um modelo de concentração de poderes no executivo/Governo; (ii) a ausência de uma norma constitucional que confira poderes normativos extraordinários ao Governo em estado de exceção ou que subtraia competências políticas e legislativas ao Parlamento em favor do Presidente ou do Governo; (iii) a atribuição constitucional de poderes normativos extraordinários ao Presidente da República no momento declaratório. Ao invés do que é sustentado no Acórdão n.º 352/2021 do Tribunal Constitucional e por alguns sectores da doutrina, a Constituição portuguesa de emergência ou de crise não atribui poderes normativos extraordinários ao Governo suscetíveis de legitimar derrogações constitucionais ao princípio da separação de poderes e ao equilíbrio institucional de poderes insito no modelo concreto de repartição das competências dos órgãos de soberania escolhido pelo legislador constituinte português.

Sumário: 1. Introdução; 2. A relevância jurídico-normativa da declaração do estado de exceção; 2.1. A natureza jurídico-normativa do decreto presidencial; 2.2. A eficácia jurídico-normativa “sui generis” da resolução parlamentar; 3. O modelo constitucional português de poderes de emergência; 3.1. Um modelo de separação de poderes “sui generis”; 3.2. A tese dos poderes normativos extraordinários do Governo; 4. O princípio da garantia do equilíbrio institucional de poderes da Constituição portuguesa de emergência: síntese e reconstrução; 5. Considerações finais.

* Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Investigadora Principal do CIDP-Lisbon Public Law da FDUL; Advogada.

1. Introdução

O Acórdão n.º 352/2021 do Tribunal Constitucional e alguns sectores da doutrina sustentam que a Constituição portuguesa de emergência ou de crise atribui poderes normativos extraordinários ao Governo. Essa tese colide, contudo com o modelo constitucional português de poderes de emergência¹. Ao se propugnar por um dualismo, inexistente, entre Presidente e Governo, na separação *declaração/execução* da declaração do estado de exceção, neutraliza-se uma das características mais originais do modelo constitucional português de emergência que é a partilha de poderes normativos entre o Parlamento e o Presidente, com a proeminência do segundo, na regulação primária da situação crítica. Neste conspecto, sobressai ainda o desprezo da relevância jurídico normativa da declaração do estado de exceção, que inclui o Decreto presidencial e a Resolução parlamentar. E embora, nalguns casos, seja afirmada a necessidade de salvaguardar a competência legislativa da Assembleia da República, na prática essas teses aniquilam um dos efeitos do respetivo primado legislativo que é a reserva de lei, corolário do princípio da separação de poderes, contribuindo, em última instância, ainda que reflexamente, para a elaboração hermenêutica de um pretenso “*Estado de Direito de emergência sanitária ou de crise*”² alternativo às garantias constitucionais do Estado de Direito democrático.

Procuraremos demonstrar, nas linhas que se seguem, que a Constituição portuguesa de emergência ambiciona garantir o mesmo equilíbrio institucional de poderes vigente em normalidade constitucional, através do respeito da posição jurídico-constitucional do Parlamento, nos termos seguintes:

- a. No momento declaratório, através da atribuição de eficácia normativa da Resolução parlamentar e do reconhecimento do seu contributo para a definição da vontade normativa da declaração do estado de exceção;

¹ O presente artigo segue, no essencial, a argumentação que expusemos na nossa monografia: (2022a) *Justiça Constitucional em Tempos de Emergência*, Almedina: Coimbra; no prelo.

² Sobre este conceito, com algum desenvolvimento, veja-se a nossa monografia – (2022a) *Justiça Constitucional em Tempos de Emergência*, Almedina: Coimbra; pp. 171 e ss e, em especial, pp. 191 e ss.

- b. Durante a execução da declaração do estado de exceção, através da salvaguarda do exercício das competências políticas e legislativas parlamentares, designadamente as atinentes à fiscalização política e à reserva de lei;

Nestes termos, a Constituição dos poderes de emergência é apenas reconfigurada nos termos estritamente necessários à acomodação dos poderes normativos extraordinários do Presidente no momento declaratório, os quais, sem prejuízo do destaque presidencial, são partilhados com o Parlamento.

2. A relevância jurídico-normativa da declaração do estado de exceção

Em primeiro lugar, nos termos da conceptualização proposta, concentremo-nos na declaração do estado de exceção em sentido restrito, isto é o Decreto presidencial³.

2.1. A natureza jurídico-normativa do Decreto presidencial

a) O objeto, a extensão e densidade normativa do Decreto presidencial não são livres nem discricionários, porquanto a Constituição e a Lei (RESEE⁴) estabelecem exigências concretas de regulação:

- i. Da conjugação dos artigos 19.º, n.º 5, da CRP e 14.º, do RESEE, resulta que a Declaração do estado de sítio ou do estado de emergência conterà, clara e expressamente: “*a) Caracterização e fundamentação do estado declarado; b) Âmbito territorial; c) Duração; d) Especificação dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica*

³ O presente artigo segue, no essencial, a argumentação que expusemos na nossa monografia: (2022a) *Justiça Constitucional em Tempos de Emergência*, Almedina: Coimbra; pp. 134 e ss.

⁴ Cf. Lei n.º 44/86, de 30 de setembro com as alterações introduzidas pelas Leis Orgânicas n.º 1/2012, de 11/05 e n.º 1/2011, de 30/11.

suspensão ou restringido; e) Determinação, no estado de sítio, dos poderes conferidos às autoridades militares, nos termos do n.º 2 do artigo 8.º; f) Determinação, no estado de emergência, do grau de reforço dos poderes das autoridades administrativas civis e do apoio às mesmas pelas Forças Armadas, sendo caso disso;”

- ii. No que se refere à fundamentação, o n.º 5, do artigo 19.º, da CRP exige uma *adequada fundamentação*, devendo a mesma, por determinação legal⁵, ser feita por “*referência aos casos determinantes previstos no n.º 2 do artigo 19.º da Constituição, bem como às suas consequências já verificadas ou previsíveis no plano da alteração da normalidade*”. A norma constitucional citada circunscreve, sabiamente, os pressupostos legitimadores do estado de exceção, como vimos, aos “*casos de agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras, de grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática ou de calamidade pública*”. Estamos perante cláusulas cuja indeterminabilidade constitui garantia da própria normatividade da Constituição de emergência.

b) A declaração do estado de exceção reveste a natureza de norma atípica da função política e é um ato normativo complexo, nos termos seguintes:

- i. Embora não tenha natureza legislativa – o Presidente não legisla –, o conteúdo político e normativo⁶ do Decreto presidencial extrai-se, sem dificuldade, da liberdade *primária*⁷ inerente ao ato, do seu conteúdo necessário⁸ e da “*preferência das suas regras sobre*

⁵ Cf. Artigo 14.º, n.º 2, do RESEE.

⁶ Efetivamente, pelo exposto, não procede o argumento segundo o qual a função constitucional do Decreto deveria esgotar-se na suspensão, total ou parcial, do exercício de direitos fundamentais, no exercício de uma mera função político *stricto sensu*, sem conteúdo normativo. – Brízida Castro, Raquel (2020) “Direito Constitucional em tempos de pandemia: Pode a Constituição sobreviver a crises sanitárias? Constitutional Law in times of pandemic: Can the Constitution survive health crises?”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, número 1 de 2020 (ano LXI)*, Número Temático: Covid-19 e o Direito; issn 0870-3116; pp. 660 e 661.

⁷ Blanco de Moraes, Carlos (2022) *Curso de Direito Constitucional, Lei e Sistema Normativo*, Tomo I, Almedina: Coimbra; cit., p. 100.

⁸ Cf. artigo 19.º, n.º 4, da CRP.

- as leis e outras normas da função política*”⁹, sem prejuízo da respetiva vinculação jurídica à Constituição e à Lei do estado de exceção;
- ii. Constitui um “*ato normativo complexo*”¹⁰, implicando “*a concorrência de atos de controlo de outros órgãos constitucionais*”¹¹ com vista à produção dos seus efeitos jurídicos.

c) No essencial, e na senda da adesão à tese moderada da densidade normativa da declaração do estado de exceção¹², cabe insistir¹³ que, perante o que lhe é constitucional e legalmente exigido, da afirmação do seu conteúdo normativo decorre que o Decreto presidencial deve ter uma determinada densidade normativa, sob pena de delegação, explícita ou implícita, ilegítima de poderes:

- i. Não pode circunscrever-se à mera declaração do estado de exceção ou à simples determinação da possível suspensão (ou restrição) do exercício de certos direitos, nem pode limitar-se a estabelecer permissões genéricas de regulamentação governamental¹⁴;

⁹ Blanco de Moraes, Carlos (2022) *Curso de Direito Constitucional, Lei e Sistema Normativo*, Tomo I, Almedina: Coimbra; cit., p. 100.

¹⁰ Blanco de Moraes, Carlos (2022) *Curso de Direito Constitucional, Lei e Sistema Normativo*, Tomo I, Almedina: Coimbra; cit., p. 100.

¹¹ Blanco de Moraes, Carlos (2022) *Curso de Direito Constitucional, Lei e Sistema Normativo*, Tomo I, Almedina: Coimbra; cit., p. 100.

¹² Sobre as consequências jurídico-constitucionais da tese minimalista do Decreto do estado de exceção e as eventuais dúvidas de constitucionalidade por preterição de requisitos constitucionais, substanciais, do estado de exceção – Brízida Castro, Raquel (2020) “Direito Constitucional em tempos de pandemia: Pode a Constituição sobreviver a crises sanitárias? Constitutional Law in times of pandemic: Can the Constitution survive health crises?”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, número 1 de 2020 (ano LXI)*, Número Temático: Covid-19 e o Direito; issn 0870-3116; pp. 661 e ss.

¹³ Para mais desenvolvimentos – Brízida Castro, Raquel (2020) “Direito Constitucional em tempos de pandemia: Pode a Constituição sobreviver a crises sanitárias? Constitutional Law in times of pandemic: Can the Constitution survive health crises?”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, número 1 de 2020 (ano LXI)*, Número Temático: Covid-19 e o Direito; issn 0870-3116; pp. 660 e ss.

¹⁴ Brízida Castro, Raquel (2020) “Direito Constitucional em tempos de pandemia: Pode a Constituição sobreviver a crises sanitárias? Constitutional Law in times of pandemic: Can the Constitution survive health crises?”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de*

- ii. Deve definir “*critérios de decisão de conteúdo geral*”¹⁵ que especifiquem os direitos, liberdades e garantias que ficam suspensos¹⁶, os limites dessa suspensão e “*as condições de intervenção de forças militares se for caso disso, regras sobre a duração e o seu âmbito territorial*”¹⁷;
- iii. Em conformidade, as opções normativas essenciais do novo (transitório) regime desses direitos devem constar do Decreto presidencial, não podendo este limitar-se a remeter para o Governo a definição em concreto das consequências da suspensão, assumindo a natureza de uma delegação normativa genérica. O órgão delegante tem o dever de definir o sentido preciso e a extensão da delegação, sob pena de uma autorização constitucional em branco ou subdelegação ao Governo, proibidas¹⁸;
- iv. Convém sublinhar que as premissas anteriores devem coexistir com a liberdade de conformação *necessária* do Governo quanto aos meios e providências administrativas a adotar com vista à implementação das opções normativas essenciais contidas na declaração do estado de emergência.

Em síntese, as opções essenciais da nova disciplina normativa terão de extrair-se, direta ou indiretamente, do Decreto do estado de exceção¹⁹ (e da Resolução da AR). Uma configuração diferente conduziria

Lisboa, número 1 de 2020 (ano LXI), Número Temático: Covid-19 e o Direito; issn 0870-3116; p. 660.

¹⁵ Blanco de Moraes, Carlos (2022) *Curso de Direito Constitucional, Lei e Sistema Normativo*, Tomo I, Almedina: Coimbra; cit., p. 100.

¹⁶ Cf. Artigo 19.º, n.º 5, da CRP.

¹⁷ Blanco de Moraes, Carlos (2022) *Curso de Direito Constitucional, Lei e Sistema Normativo*, Tomo I, Almedina: Coimbra; cit., p. 100.

¹⁸ Para mais desenvolvimentos – Brízida Castro, Raquel (2020) “Direito Constitucional em tempos de pandemia: Pode a Constituição sobreviver a crises sanitárias? Constitutional Law in times of pandemic: Can the Constitution survive health crises?”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, número 1 de 2020 (ano LXI)*, Número Temático: Covid-19 e o Direito; issn 0870-3116; p. 660.

¹⁹ Brízida Castro, Raquel (2020) “Direito Constitucional em tempos de pandemia: Pode a Constituição sobreviver a crises sanitárias? Constitutional Law in times of pandemic: Can the Constitution survive health crises?”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, número 1 de 2020 (ano LXI)*, Número Temático: Covid-19 e o Direito; issn 0870-3116; p. 660.

ao esmagamento das competências legislativas parlamentares, as quais seriam totalmente absorvidas pelo Governo a pretexto do exercício das suas competências de execução²⁰.

Pelo exposto, não podemos concordar com o entendimento professado por Blanco de Moraes, segundo o qual a densidade reguladora do decreto presidencial assume “*conteúdo variável*”²¹, dispondo o Presidente da República da liberdade político-normativa de optar pelo grau de detalhe do Decreto presidencial, condicionando a amplitude dos poderes que o Governo pode exercer em termos inovatórios. Pela nossa parte, para além do seu conteúdo constitucional e legalmente devido, a declaração do estado de exceção não constitui norma habilitante atributiva de competências normativas extraordinárias ao Governo, competindo-lhe a regulação primária da emergência. Uma eventual menor densidade reguladora do Decreto deverá, pelo menos, manter intactas as competências normativas originárias da Assembleia da República, nas matérias que integram a reserva de lei.

O que significa que, no respeito do equilíbrio institucional de poderes pretendido pela Constituição, como veremos, o Governo não poderá prescindir de autorização parlamentar fora dos limites desenhados pela declaração do estado de exceção. Como, aliás, Blanco de Moraes assertivamente nota, o alegado poder autorizativo que resultaria, eventualmente, do n.º 8, do artigo 19.º, da CRP não pode ser entendido isoladamente, “*mas antes (lido) numa conjugação sistemática com outros preceitos da Constituição e da lei*”²².

2.2. A eficácia jurídico-normativa “sui generis” da Resolução parlamentar

a) A Resolução parlamentar de autorização reveste natureza constitutiva, atenta a posição constitucional do Parlamento no quadro do

²⁰ O que acabou por acontecer no contexto pandémico.

²¹ Blanco de Moraes, Carlos (2022) *Curso de Direito Constitucional, Lei e Sistema Normativo*, Tomo I, Almedina: Coimbra; cit., p. 107.

²² Blanco de Moraes, Carlos (2022) *Curso de Direito Constitucional, Lei e Sistema Normativo*, Tomo I, Almedina: Coimbra; cit., p. 106.

equilíbrio institucional de poderes ambicionado pelo legislador constituinte e o respetivo poder de influenciar o conteúdo normativo da declaração do estado de exceção. A Resolução deverá conter “a definição do estado a declarar e a delimitação pormenorizada do âmbito da autorização concedida em relação a cada um dos elementos referidos no artigo 14.^o”²³, como sejam os elementos que, obrigatoriamente, devem constar do Decreto presidencial. A expectativa do legislador é, pois, a de que o conteúdo da Resolução parlamentar concretize e pormenorize o Decreto presidencial²⁴.

O Decreto presidencial e a Resolução parlamentar de autorização devem, por outro lado, produzir efeitos normativos imediatos, sendo atos sujeitos ao controlo de legalidade e de constitucionalidade por todos os tribunais e pelo Tribunal Constitucional²⁵. Ambos os atos normativos, integrantes da declaração do estado de exceção, em sentido amplo, embora revistam natureza política, assumem conteúdo legislativo e *força de lei*²⁶, estando sujeitos aos mesmos limites (materiais) constitucionais dos atos legislativos.

b) A eficácia jurídico normativa da Resolução parlamentar suscita, todavia, dúvidas perante a inexistência de dados constitucionais irrefutáveis elucidativos do seu conteúdo normativo.

Antes da revisão constitucional de 1997, a autorização parlamentar deveria revestir a forma de Lei, o que levava a doutrina a questionar a eficácia temporal das medidas excecionais²⁷. Com a revisão constitucional,

²³ Cf. Artigo 16.^o, n.^o 1, da RESEE.

²⁴ Andrade, Vieira de (2020) “A defesa dos direitos e liberdades em estado de emergência – algumas reflexões livres”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 150, n.^o 4029; p. 316.

²⁵ Gomes Canotilho, J.J. /Moreira, Vital (2010) *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume II*, 4.^a Edição, Coimbra Editora: Coimbra; cit., p. 212. Em sentido contrário, Blanco de Moraes rejeita a sujeição à fiscalização da legalidade do Decreto presidencial, por inobservância do RESEE, porque, salvo o caso do referendo, apenas os atos legislativos podem ser objeto dessa fiscalização. – Blanco de Moraes, Carlos (2022) *Curso de Direito Constitucional, Lei e Sistema Normativo*, Tomo I, Almedina: Coimbra; cit., p. 100.

²⁶ Miranda, Jorge/Medeiros, Rui (2006) *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora: Coimbra; p. 414.

²⁷ Blanco de Moraes, Carlos (2022) *Curso de Direito Constitucional, Lei e Sistema Normativo*, Tomo I, Almedina: Coimbra; p. 110, nota 166.

a autorização passou a assumir a forma de Resolução, através da cláusula residual do n.º 5, do artigo 166.º, da CRP²⁸, e, após 2012, do artigo 15.º, n.º 1, da RESEE²⁹. Não obstante o mérito da alteração, em termos de celeridade procedimental, a eficácia normativa do respetivo conteúdo concretizador do Decreto presidencial não é indiscutível.

Pressupondo que a normatividade da decisão é conferida pela Constituição, pois, tal como o Decreto presidencial, a Resolução assume conteúdo legislativo e *força de lei*³⁰, pode a mesma condicionar, ainda que limitadamente, aspetos da declaração autorizada, e contrariar ou esvaziar o alcance do Decreto presidencial (ou a Resolução confirmativa³¹, por identidade de razão)? A resposta não pode deixar de ter em conta a posição constitucional do Parlamento na Constituição de emergência. Nos termos constitucionais, compete ao Presidente da República declarar o estado de exceção, observado o disposto nos artigos 138.º e, no que se refere ao procedimento e aos restantes limites, o que se encontra descrito no artigo 19.º da CRP. Porém, atenta a respetiva natureza espongiiforme e tendencialmente expansiva, o recorte hermenêutico das competências normativas extraordinárias que lhe são conferidas em estado de exceção

²⁸ O que leva Blanco de Moraes a concluir que tenha sido produto de um erro, não obstante o mérito da alteração.

²⁹ Como nota Blanco de Moraes, a competência normativa da Resolução deve resultar da Constituição. Segundo o princípio da tipicidade, a lei não constitui credencial suficiente para constituir a Resolução em parâmetro de validade de quaisquer atos, legislativos ou administrativos adotados em execução do Decreto presidencial. Não pode uma lei (a RESEE), ato infraconstitucional, atribuir ou definir conteúdo normativo a uma Resolução, ato da função política em sentido estrito, eventualmente condicionante do próprio Decreto presidencial. – Blanco de Moraes, Carlos (2015) *Curso de Direito Constitucional, Tomo I*, 3.ª Edição, Coimbra Editora: Coimbra; p. 123.

³⁰ Miranda, Jorge/Medeiros, Rui (2006) *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora: Coimbra; p. 414.

³¹ Segundo o artigo 10.º, n.º 3, do RESEE, nem a Assembleia da República nem a sua Comissão Permanente podem, respetivamente, autorizar e confirmar a autorização com emendas. O n.º 2, do artigo 16.º, por sua vez, acrescenta que a Resolução de confirmação da declaração do estado de sítio ou do estado de emergência deverá igualmente conter os mesmos elementos que a Resolução de autorização – a definição do estado a declarar e a delimitação pormenorizada do âmbito da autorização concedida em relação a cada um dos elementos referidos no artigo 14 –, não podendo, contudo, restringir o conteúdo do Decreto de declaração.

não é linear e encontra-se condicionado pela relevância normativa da Resolução da AR e pelas competências do Governo de execução da declaração do estado de exceção.

A questão divide a doutrina³². Embora em anotação mais recente considere duvidosa a hipótese de a Assembleia da República alterar o conteúdo ou o âmbito do pedido presidencial, uma vez que a iniciativa do processo parlamentar cabe ao Presidente da República, em mensagem fundamentada³³, Jorge Miranda admite-o no caso de modificação das circunstâncias³⁴. Porquê distinguir? Porém, em edição temporalmente anterior e em anotação ao artigo 138.º, da CRP, o constitucionalista escreve que, apesar de a lei não o consentir, “*não se enxerga porque a Assembleia da República não possa votar a autorização com emendas relativamente ao conteúdo da mensagem,*” podendo tais emendas incidir sobre: i) o âmbito territorial e temporal da declaração, ii) os direitos, liberdades e garantias a suspender; e iii) os poderes a conferir a autoridades militares e administrativas³⁵.

³² Andrade, Vieira de (2020) “A defesa dos direitos e liberdades em estado de emergência – algumas reflexões livres”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 150, n.º 4029; p. 316.

³³ Segundo o artigo 24.º do RESEE:

1 – *A Assembleia da República ou, quando esta não estiver reunida nem for possível a sua reunião imediata, a respetiva Comissão Permanente pronunciar-se-ão sobre o pedido de autorização da declaração do estado de sítio ou do estado de emergência, nos termos do Regimento e do disposto no artigo 27.º*

2 – *A autorização e a confirmação da declaração do estado de sítio ou do estado de emergência ou a sua recusa pelo Plenário da Assembleia da República têm a forma de Resolução, revestindo a sua autorização ou recusa pela Comissão Permanente a forma de Resolução.*

3 – *Para além do disposto no n.º 3 do artigo 10.º, a autorização ou a confirmação não poderão ser condicionadas, devendo conter todos os elementos referidos no n.º 1 do artigo 14.º.*

4 – *Pela via mais rápida e adequada às circunstâncias, a Assembleia da República consultará os órgãos de governo próprio das regiões autónomas, nos termos do n.º 2 do artigo 229.º da Constituição, sempre que a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência se refira ao respetivo âmbito geográfico.*

³⁴ Miranda, Jorge/Medeiros, Rui (2010) *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*, Coimbra Editora: Coimbra; Anotação ao artigo 19.º, Coimbra Editora: Coimbra; p. 410.

³⁵ Miranda, Jorge/Medeiros, Rui (2006) *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III*, Coimbra Editora: Coimbra; Anotação ao artigo 138.º, Coimbra Editora: Coimbra; p. 414. Segundo o artigo 12.º do RESEE, “*em caso de alteração das circunstâncias que tiverem determinado a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência, as providências e medidas constantes da declaração poderão ser objeto de adequada extensão ou redução, nos termos do artigo 26.º.*”

Por sua vez, a lei veda, expressa e categoricamente, a introdução de emendas. Não obstante, esse argumento é movediço. A mesma lei, ato infraconstitucional, que não é credencial constitucional suficiente para atribuir ou definir o conteúdo normativo de uma qualquer Resolução, não pode pretender definir os limites da competência parlamentar, pois tal seria suscetível de configurar uma incursão ilegítima do legislador no âmbito das competências normativas da Assembleia da República³⁶, as quais revestem a natureza de reserva de Constituição³⁷. Tal como a atribuição de conteúdo normativo à Resolução parlamentar, a limitação de competências parlamentares não pode resultar, apenas, da lei. Na verdade, a Constituição não só não outorga, expressamente, normatividade à Resolução parlamentar, como nem sequer lhe impõe um determinado conteúdo³⁸.

c) Ou seja, a questão subsiste. Pode o Parlamento aprovar uma resolução que condicione o conteúdo do Decreto presidencial? Sem prejuízo de, legitimamente, poder tentar contribuir para a formação da vontade normativa do Decreto presidencial, em momento prévio, em sede de debate parlamentar.

Em sentido claramente limitativo, é possível aduzir, sinteticamente, os seguintes elementos interpretativos:

- i. Nos termos constitucionais, a Resolução é descrita como um ato autorizativo ou de rejeição do pedido, sendo a Constituição omissa quanto à possibilidade de o Parlamento poder contribuir para a configuração da vontade normativa da declaração do estado de exceção;

³⁶ O artigo 10.º, n.º 3, da Lei n.º 44/86, de 30 de setembro, é incontestavelmente inconstitucional, uma vez que condiciona, por lei, as competências do órgão de soberania, Assembleia da República, em violação do princípio da fixação constitucional das competências dos órgãos de soberania (artigo 110.º, n.º 2, da CRP). Não existe base constitucional expressa para uma lei que, neste caso, proceda ao condicionamento das competências constitucionais da Assembleia da República, descaracterizando o papel que a Constituição lhe reserva no estado de exceção.

³⁷ Cf. Artigo 110.º, n.º 2, da CRP.

³⁸ Blanco de Moraes, Carlos (2022) *Curso de Direito Constitucional, Lei e Sistema Normativo*, Tomo I, Almedina: Coimbra; p. 111.

- ii. A alteração da forma da autorização, através da revisão constitucional mencionada, de Lei para Resolução, dificulta a atribuição de eficácia normativa plena à Resolução³⁹;
- iii. A RESEE veda, expressamente, no artigo 10.º, n.º 3, a possibilidade de introdução de emendas;
- iv. O artigo 15.º da RESEE exige a mesma forma para o que parecem ser, nos termos da lei, as únicas três hipóteses de intervenção parlamentar: autorização, confirmação ou recusa;
- v. O Regimento da Assembleia da República, no seu artigo 176.º, determina que a votação incide sobre a concessão de autorização, o que sugere uma votação dirigida à totalidade do pedido presidencial, não colocando a hipótese da eventual votação na especialidade dessas emendas.

³⁹ Note-se que, perante o Regimento da Assembleia da República, dificilmente poderão ser invocadas questões de efetividade temporal. Disponível (última consulta dezembro 2021): https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/Legislacao_Anotada/RegimentoAR_Simples.pdf

Artigo 174.º – Reunião da Assembleia

1 – Tendo o Presidente da República solicitado autorização à Assembleia da República para a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência, nos termos do artigo 19.º, da alínea d) do artigo 134.º e do artigo 138.º da Constituição, o Presidente da Assembleia da República promove a sua imediata apreciação pelo Plenário ou pela Comissão Permanente, no caso de a Assembleia não estar reunida nem ser possível a sua reunião imediata.

2 – A inscrição na ordem do dia da apreciação do pedido de autorização para a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência bem como a marcação da reunião do Plenário ou a convocação da Comissão Permanente têm lugar independentemente de qualquer prazo ou formalidades previstos no Regimento, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 41.º.

Artigo 175.º

Debate sobre a autorização da declaração do estado de sítio ou do estado de emergência

1 – O debate tem por base a mensagem do Presidente da República que, nos termos do artigo 19.º da Constituição, constitui o pedido de autorização da declaração do estado de sítio ou do estado de emergência.

2 – A Conferência de Líderes determina as grelhas de tempos aplicáveis ao debate sobre a autorização, assegurando a intervenção de todos os partidos e o respeito pela respetiva representatividade.

3 – A requerimento do Governo ou de um grupo parlamentar, o debate pode ser encerrado logo que um Deputado de cada partido tenha intervindo.

4 – Ao debate na Comissão Permanente aplicam-se, com as devidas adaptações, as disposições constantes dos números anteriores.

Pese embora o exposto, cabe ter em conta alguns aspetos, convincentemente, perturbadores e, a nosso ver, decisivos:

- (a) A Constituição é omissa quanto aos limites da Resolução do Parlamento, cujas competências integram reserva de Constituição, não podendo ser condicionadas pelo legislador ordinário:
 - i. A Constituição preocupa-se em garantir, em estado de exceção, o mesmo equilíbrio institucional de poderes vigente em normalidade constitucional, o qual serve o concreto modelo positivo da separação de poderes: da análise do formato da Constituição de emergência, não é possível extrair uma norma que restrinja as competências parlamentares, no momento declaratório ou executório;
 - ii. Ao invés do que sustenta Blanco de Morais, não é o RESEE que confere à Resolução *sub judicio* a natureza condicionante de ato autorizativo ou habilitante⁴⁰; é a Constituição que o faz, ao não definir o seu conteúdo e ao exigir que a declaração do estado de exceção respeite o equilíbrio institucional de poderes pressuposto na repartição constitucional de competências dos órgãos de soberania;
 - iii. Para além do impacto disruptivo que uma tal interpretação causaria na Constituição portuguesa dos poderes, seria incongruente constringer a Assembleia da República a um papel meramente carimbante no momento declaratório e exigir, na execução do estado de exceção, que o Governo só possa regular as matérias da reserva parlamentar por ato legislativo e, fora dos limites do Decreto Presidencial, com autorização parlamentar;
 - iv. O absoluto esvaziamento do instituto da reserva de lei, também no momento declaratório, contraria o equilíbrio institucional de poderes que a Constituição de emergência faz questão de preservar, através do comando contido no n.º 7, do artigo 19.º, da CRP;

⁴⁰ Blanco de Morais, Carlos (2022) *Curso de Direito Constitucional, Lei e Sistema Normativo*, Almedina: Coimbra; cit., p. 111.

- (b) Com efeito, não obstante a referida alteração da forma da autorização na revisão constitucional de 1997, a doutrina continua a defender que, embora a Resolução revista natureza política, assume conteúdo legislativo e força de lei⁴¹:
 - (i) A autorização assume a forma de Resolução, através da cláusula residual do n.º 5, do artigo 166.º, da CRP;
 - (ii) Também a Resolução que conduz à cessação de vigência dos atos legislativos sujeitos a apreciação parlamentar⁴² tem força de lei⁴³;
- (c) A Lei é contraditória pois, ao mesmo tempo que proíbe emendas, o artigo 16.º, n.º 1, da RESEE estabelece, quanto ao conteúdo da Resolução, que a mesma conterà “a definição *do estado a declarar e a delimitação pormenorizada do âmbito da autorização concedida em relação a cada um dos elementos referidos no artigo 14.º*”, o que sugere, precisamente, que o âmbito da autorização concedida pode ser diferente do que consta do pedido; Neste caso, a nosso ver, a lei ajusta-se ao princípio da garantia garantia do equilíbrio institucional de poderes ambicionada pelo legislador constituinte, sem distorcer a reserva constitucional das competências dos órgãos de soberania, limite negativo intangível do estado de exceção⁴⁴;
- (d) O n.º 2 do mesmo preceito legal define que a Resolução confirmativa deverá, igualmente, conter os elementos referidos no número anterior, não podendo, contudo, restringir o conteúdo do Decreto de declaração; ou seja, embora deva ter os elementos da Resolução autorizativa, *ao contrario* da Resolução confirmativa,

⁴¹ Miranda, Jorge/Medeiros, Rui (2006) *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III*, Coimbra Editora: Coimbra; p. 414.

⁴² Cf. artigo 169.º, n.º 4, da CRP.

⁴³ Embora a Constituição exija, no caso da alteração dos decretos-lei sujeitos a apreciação parlamentar, uma Lei.

⁴⁴ Brízida Castro, Raquel (2020) “Direito Constitucional em tempos de pandemia: Pode a Constituição sobreviver a crises sanitárias? Constitutional Law in times of pandemic: Can the Constitution survive health crises?”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, número 1 de 2020 (ano LXI)*, Número Temático: Covid-19 e o Direito; issn 0870-3116; pp. 657 e ss.

não pode restringir o conteúdo da declaração. O que faz sentido, atendendo que estamos perante uma intervenção temporal parlamentar posterior;

- (e) Podendo a Assembleia da República recusar a autorização, parece-nos inevitável que, por maioria de razão, possa votar a autorização com emendas. Indiretamente, aliás, esse resultado é incontornável. Em caso de recusa, o que poderá o Presidente fazer para convencer o Parlamento a autorizar? A única alternativa que lhe resta é a de alterar o conteúdo da proposta de Decreto presidencial em conformidade com as eventuais objeções parlamentares. Mais duvidoso será, por certo, saber se a Assembleia da República pode revogar (e alterar?) a autorização concedida, antes do termo do respetivo prazo⁴⁵. Parece-nos, no entanto, que a resposta a essa questão não suscita dúvidas, porquanto a iniciativa do processo parlamentar é exclusiva do Presidente da República;
- (f) A Constituição atribui, diretamente, natureza normativa ao conteúdo da declaração presidencial e, indiretamente, à Resolução parlamentar; como veremos, essa é a única interpretação conforme aos princípios estruturantes da Constituição de Emergência.

3. O modelo constitucional português de poderes de emergência⁴⁶

a) Em normalidade constitucional, o artigo 110.º, n.º 2, da CRP, estabelece uma reserva constitucional de competência dos órgãos de soberania, a partir da qual é possível extrair um certo equilíbrio institucional de poderes⁴⁷, fundamento do princípio da imodificabilidade da competência. Tal princípio não exclui, porém, a possibilidade de os órgãos de soberania exercerem poderes criados ou ampliados por lei, desde que

⁴⁵ Gomes Canotilho, J.J. /Moreira, Vital (2010) *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume II*, 4.ª Edição, Coimbra Editora: Coimbra; p. 212.

⁴⁶ O presente artigo segue, no essencial, a argumentação que expusemos na nossa monografia: (2022a) *Justiça Constitucional em Tempos de Emergência*, Almedina: Coimbra.

⁴⁷ Otero, Paulo (2010) *Direito Constitucional Português, Vol. II, Organização do Poder Político*, Almedina, Coimbra; p. 49.

estes ainda tenham fundamento ou base constitucional expressa⁴⁸ e não conduzam à sua descaracterização ou à de qualquer outro órgão.

Perante isto, qual o sentido do artigo 19.º, n.º 7, quando impõe que a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência “*só pode alterar a normalidade constitucional nos termos previstos na Constituição e na lei, não podendo nomeadamente afectar a aplicação das regras constitucionais relativas à competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania e de governo próprio das regiões autónomas?*”

b) Um primeiro sentido, consensual, da norma constitucional *sub judicio* é o de proibir que, em estado de exceção constitucional, sejam alteradas, pela declaração do estado de exceção, as competências dos órgãos de soberania e das regiões autónomas. Trata-se, de resto, de uma proibição que já resultava dos limites circunstanciais de revisão constitucional⁴⁹, quanto aos órgãos de soberania e às alterações das competências das regiões autónomas com incidência nas competências dos órgãos de soberania.

Não obstante, é possível extrair dessa norma a conclusão de que a repartição de competências é idêntica em normalidade constitucional e em exceção constitucional? Seguramente que sim, quanto às situações de emergência que não estimulem a decretação do estado de exceção e se desenvolvam no plano do direito administrativo de emergência. Em estado de exceção constitucional, porém, existe uma diferença decisiva atinente às competências do Presidente da República: o Chefe de Estado dispõe de competências normativas. Esse dado importa, obrigatoriamente, alterações fundamentais ao equilíbrio institucional de poderes que a Constituição pretende, expressamente, salvaguardar? A resposta é, inevitavelmente, negativa, não obstante o modelo português de poderes de emergência se afirme como um modelo de separação de poderes “*sui generis*”⁵⁰.

⁴⁸ Otero, Paulo (2010) *Direito Constitucional Português, Vol. II, Organização do Poder Político*, Almedina, Coimbra; p. 51.

⁴⁹ Cf. Artigo 289.º, da CRP.

⁵⁰ Para mais desenvolvimentos – Brízida Castro, Raquel (2022a) *Justiça Constitucional em Tempos de Emergência*, Almedina: Coimbra; pp. 88 e ss.

3.1. Um modelo de separação de poderes “sui generis”

a) O modelo português de poderes de emergência não obedece a uma separação estrita entre o poder declaratório e o poder de regulação da emergência, configurando, neste sentido, um claro desvio à ditadura romana e ao modelo neo-romano: nem o Presidente da República tem poderes meramente declaratórios, nem a Assembleia da República dispõe de competências meramente carimbantes. Enquanto ato complexo, assume inexorável natureza jurídico-normativa.

No contexto de modelos de poderes de emergência com a preocupação, formal ou substancial, de garantir a separação de poderes, é geralmente apontado um critério orientador fundamental: a distinção entre a *auto-ridade que declara o estado de emergência*, que deverá ficar a cargo do órgão popular mais representativo, e o *órgão que detém os respetivos poderes*⁵¹, que não deverá uma comissão parlamentar, mas sim um órgão político com funções executivas, como seja o Governo, sujeito a responsabilização política⁵². Na senda da ditadura constitucional romana, trata-se de evitar que aqueles que têm poder de declarar a situação de emergência se autoatribuam tais poderes, em termos arbitrários.

O modelo português constitucional de emergência configura, porém, um paradigma de separação de poderes “*sui generis*”⁵³ ao pretender garantir esses limites através de um *paradigma dinâmico e complexo de interdependência dos poderes*, que exige a intervenção de uma pluralidade de órgãos na sua decretação, regulação e execução. Com efeito, mesmo em estado de exceção, a Constituição, “*no âmbito de um notável sistema de freios e contrapesos entre Presidente da República, Assembleia da República*

⁵¹ E.-W. Böckenförde (“The Repressed State of Emergency: The Exercise of State Authority in Extraordinary Circumstances”, in M. Künkler and T. Stein (eds.), *Constitutional and Political Theory: Selected Writings, Vol. I*, Oxford, Oxford University Press; p. 128.

⁵² E.-W. Böckenförde (2020) “The Repressed State of Emergency: The Exercise of State Authority in Extraordinary Circumstances”, in M. Künkler and T. Stein (eds.), *Constitutional and Political Theory: Selected Writings, Vol. I*, Oxford, Oxford University Press; p. 129.

⁵³ As presentes reflexões seguem, no essencial, a argumentação que expusemos na nossa monografia: (2022) *Justiça Constitucional em Tempos de Emergência*, Almedina: Coimbra; pp. 88 e ss.

e Governo”⁵⁴, faz questão de salvaguardar os seus instrumentos de controlo mútuos e interorgânicos. Ao esquema de repartição de poderes de emergência pelos vários órgãos corresponde, naturalmente, um complexo sistema de atos normativos, legislativos e administrativos, onde cada um deles desempenha uma função constitucionalmente única relevante. Neste ponto, distingue-se claramente do arquétipo da Constituição de Weimar – e do seu artigo 48.º –, “*que atribuía ao Presidente do Reich a autoridade para declarar o estado de exceção, suspender direitos fundamentais, adoptar as medidas que entendesse convenientes e autorizar o executivo federal a adoptar outras*”⁵⁵. Os riscos de uma eventual concentração de poderes no executivo são significativamente atenuados, porquanto, sem prejuízo do destaque presidencial, Presidente e Parlamento partilham papeis decisivos, legitimados pelo seu estatuto constitucional.

O modelo neo-romano, pelo contrário, tende à concentração de poderes no executivo, desviando-se das características típicas de sistemas de governo como o português, semipresidencialistas, em que o Presidente e a Assembleia da República são eleitos por sufrágio universal direto, disputando ambos o estatuto de órgão, por excelência, mais representativo.

c) O arquétipo português de emergência vigente não é subsumível num modelo de concentração de poderes no executivo/Governo:

- i) Qualquer tentativa de elaboração de um modelo de concentração de poderes no Governo esbarra na proeminência normativa do Presidente da República e nos poderes do Parlamento, no momento declaratório. Repare-se, aliás, que mesmo as teses minimalistas do conteúdo do Decreto presidencial e da declaração do estado de exceção não conseguem desenhar um modelo coerente,

⁵⁴ A Constituição “*assegurou-se que nenhum deles assumiria competências unilaterais de disciplina das situações jurídicas afectadas pelo estado de excepção*” – Sánchez, Pedro Fernández (2021) “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”, *in Revista Portuguesa de Direito Constitucional*, RPDC N.º 1 (2021); cit., p. 105.

⁵⁵ Almeida Ribeiro perfilha uma leitura significativamente restritiva do papel presidencial no estado constitucional de exceção português, reconduzindo o Decreto presidencial a um ato meramente declaratório. – Almeida Ribeiro, Gonçalo de (2021) “Compreender o estado de exceção constitucional”, *in Julgar*, n.º 44, Almedina: Coimbra; cit., p. 51.

atenta a dificuldade/impossibilidade de circunscrever o papel que a Constituição reserva ao Presidente (e ao Parlamento) a um ato meramente declaratório;

- ii) Perante a configuração peculiar do nosso paradigma de emergência, improcede qualquer tentativa de comparação de uma posição de maior destaque do Presidente da República com o modelo autoritário de *Weimar*. Falta, teoricamente, nessa suposta equivalência, o custo da abdicação do Parlamento, pois o Chefe de Estado não é convertido “*num sucedâneo parlamentar*”⁵⁶. Insista-se que a declaração do estado de exceção envolve, em termos jurídico-normativos, o Presidente e o Parlamento, e, em termos procedimentais, a audição obrigatória do Governo;
- iii) Em termos históricos, o nosso arquétipo de poderes de emergência pretende demarcar-se através do elemento tradicional parlamentar típico das Constituições liberais, de duas experiências sumárias da história constitucional portuguesa no sentido da concentração de poderes no Governo e no Presidente da República: (i) o modelo da Constituição de 1933 – que resultou da revisão constitucional de 1971 – de concentração de poderes no Governo e absoluta subalternização parlamentar; e (ii) o modelo do período revolucionário (1974), de concentração de poderes no Presidente da República;

3.2. A tese dos poderes normativos extraordinários do Governo

Não obstante o exposto, a tese de que o Governo dispõe de poderes normativos extraordinários em estado de exceção tem adeptos na jurisprudência constitucional e em alguns setores da doutrina.

a) No Acórdão mencionado *supra*, o Tribunal Constitucional não julgou inconstitucional uma norma que foi desaplicada pelo juiz *a quo* por a considerar uma incursão ilegítima do Governo em matéria da exclusiva competência da Assembleia da República, nos termos da alínea c), do

⁵⁶ Almeida Ribeiro, Gonçalo de (2021) “Compreender o estado de exceção constitucional”, *in Julgar*, n.º 44, Almedina: Coimbra; p. 152.

artigo 165.º da CRP. O TC decidiu que, ao prever em termos inovatórios o agravamento da moldura penal de um tipo de crime, apesar de a norma sindicada estar contida num regulamento, em clara violação da reserva de lei, não padeceria de inconstitucionalidade orgânica”. A argumentação dos juízes constitucionais fundou-se nos seguintes tópicos:

- i) A execução da declaração do estado de emergência é uma competência (do Governo) diretamente fundada no n.º 8 do artigo 19.º da Constituição e compreende todas as *“providências necessárias e adequadas ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional”*;
 - ii) O Governo não carece de autorização da Assembleia da República ou do Presidente da República para decretar as normas que entender necessárias em matérias que integram a reserva de lei parlamentar: *“uma vez declarado um estado de emergência ou um estado de sítio, o executivo passa a atuar no quadro de uma organização excecional do poder público, podendo não só estabelecer normas de conduta incompatíveis com exercício regular das liberdades fundamentais abrangidas pelo Decreto presidencial – como ocorre com a imposição de um dever geral de recolhimento domiciliário –, como tomar providências em matéria de crimes e penas estreitamente relacionadas com a sua função de defesa da ordem constitucional”*;
 - iii) O entendimento professado não configura nenhuma afetação das *«regras constitucionais relativas à competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania»*, proibida pelo n.º 7 do artigo 19.º da Constituição, uma vez que este poder normativo é absolutamente excecional e não inibe o uso regular do poder legislativo normal;
 - iv) O exercício deste poder normativo excecional baseia-se num título extraordinário (a declaração do estado de exceção), reveste carácter temporário (a vigência do Decreto presidencial) e é orientado a uma finalidade específica (a restauração da normalidade constitucional);
 - v) Trata-se, em suma, de uma competência normativa alargada, cujo âmbito material é definido em função do necessário e adequado ao *«pronto restabelecimento da normalidade constitucional»*.
- b) No mesmo sentido, na sua proposta de organização do poder de emergência, Almeida Ribeiro sustenta que a declaração do estado

de exceção provoca um alargamento anormal das competências do executivo, cabendo-lhe adotar as medidas de emergência que as circunstâncias reclamem, nomeadamente, “as que limitem severamente as liberdades fundamentais cujo exercício se encontre suspenso”⁵⁷. Para o constitucionalista, enquanto as restrições aos direitos, liberdades e garantias integram, em normalidade constitucional, a reserva de lei⁵⁸, em estado de exceção constitucional, a Constituição dos poderes é reorganizada. Almeida Ribeiro é categórico na rejeição de um modelo em que caiba ao Presidente da República – para além da declaração do estado de exceção, indicação dos direitos de exercício suspenso e a definição do âmbito temporal e espacial da exceção – uma larga margem para decidir as medidas a adotar pelas autoridades administrativas e delegar poderes normativos ao Governo, através da definição do objeto, sentido e extensão, em termos análogos à lei de autorização legislativa⁵⁹. Não hesita em concluir que, se assim fosse, o modelo português seria próximo do da Constituição de *Weimar*, no qual, precisamente, os Decretos presidenciais ocupavam a esfera de decisão normalmente reservada ao legislador parlamentar⁶⁰.

c) Por sua vez, Reis Novais defende que a suspensão de um direito fundamental⁶¹ postula, direta e automaticamente, a inaplicabilidade – “*um vazio*” – do princípio da reserva de lei e a, conseqüente, dispensa da exigência constitucional de autorização parlamentar. Na sua leitura, se um direito fundamental foi suspenso, a respetiva norma constitucional de garantia deixou de produzir efeitos jurídicos, pelo que todo o âmbito normativo protegido por essa garantia foi expurgado, temporariamente, da reserva de competência legislativa reservada da Assembleia da República. Por conseguinte, no seu entendimento, nos limites do Decreto

⁵⁷ Almeida Ribeiro, Gonçalo de (2021) “Compreender o estado de exceção constitucional”, in *Julgar*, n.º 44, Almedina: Coimbra; p.150.

⁵⁸ Cf. Artigos 18.º, n.º 2, e 165.º, alínea b), da CRP.

⁵⁹ Cf. Artigo 165.º, n.º 2, da CRP.

⁶⁰ Almeida Ribeiro, Gonçalo de (2021) “Compreender o estado de exceção constitucional”, in *Julgar*, n.º 44, Almedina: Coimbra; p. 151.

⁶¹ Sobre um conceito de suspensão adequado a um modelo constitucional de suspensão regulada do exercício de direitos fundamentais e as nossas críticas a teses recentes da doutrina portuguesa – Brízida Castro, Raquel (2022a) *Justiça Constitucional em Tempos de Emergência*, Almedina: Coimbra; pp. 198 e ss.

presidencial, o Governo passou a ter competência própria para legislar nesse domínio (artigo 198.º, n.º 1, alínea a)) e não carece de autorização parlamentar.

Por explicar nesta tese fica, todavia: (i) o alegado poder de o Presidente absorver todas as competências normativas do órgão que tem o primado do exercício do poder legislativo; (ii) o sentido útil do comando constitucional contido no artigo 19.º, n.º 7, da CRP, segundo o qual, a declaração do estado de emergência não afeta a distribuição constitucional de competências pelos diferentes órgãos de soberania e pelos órgãos de governo próprio das regiões autónomas.

Tal premissa – a exigência de autorização parlamentar – é circunscrita, segundo Reis Novais, aos casos em que o Governo não se limita a executar a declaração do estado de emergência ou quando legisla desviando-se do âmbito normativo delimitado pela suspensão de um direito fundamental. Para o constitucionalista, haverá, igualmente, inconstitucionalidade: *“(i) se o Governo dispuser constitutiva ou primariamente nesse domínio através de ato regulamentar e não de ato legislativo; (ii) tanto em situação de normalidade constitucional, como em estado de emergência, há inconstitucionalidade quando o Governo, sem a necessária autorização legislativa parlamentar, legisle ou disponha constitutivamente sobre direitos fundamentais que não estejam suspensos”*⁶². Note-se que Reis Novais admite que o Presidente da República possa suspender um direito sem concretizar com suficiente densidade o que fica permitido ou proibido, em sintonia com a tese minimalista. Em seu entender, na medida em que o direito está suspenso, *“a protecção específica que anteriormente proporcionava às liberdades abrangidas pelo seu âmbito normativo desapareceu temporariamente, mas, no concreto, tais liberdades só virão a ser concretamente afetadas quando e se as “entidades públicas competentes” as restringirem”*⁶³.

d) Admitindo um elevado grau de fraca densidade normativa do Decreto presidencial, Moniz Lopes sustenta a legitimidade dessa delegação normativa ao Governo, através dos seguintes fundamentos:

⁶² Reis Novais, Jorge (2020) “Direitos Fundamentais e inconstitucionalidade em situação de crise – a propósito da epidemia COVID-19”, *in e-publica*, Vol. 7, Nº 1, abril; cit., p. 111.

⁶³ Reis Novais, Jorge, “Direitos Fundamentais e inconstitucionalidade em situação de crise – a propósito da epidemia COVID-19”, *in e-publica*, Vol. 7, Nº 1, abril; cit., p. 110.

“(I) uma análise correta do peso relativo do «valor da precisão» contra o «valor da imprecisão» do texto do Decreto presidencial; (ii) uma leitura constitucionalmente adequada da vertente positiva, organizatória e racionalizadora da separação de poderes; (iii) a relação de aptidão entre a criação de um contexto normativo flexível e a necessária «protecção dinâmica» de direitos fundamentais”⁶⁴. Vejamos

Em primeiro lugar, Moniz Lopes observa que, sendo as normas atributivas de maior discricionariedade mais adaptáveis à variabilidade das circunstâncias, num ambiente regulado com variações exógenas, normas mais precisas acarretam custos de criação fixos mais elevados e geram menor grau de aptidão para o cumprimento dos objetivos subjacentes ao Decreto presidencial de suspensão de direitos fundamentais, atenta a respetiva reduzida liberdade de escolha.

Independentemente da questão de saber se esse grau intermédio de determinação normativa estaria na disponibilidade do Decreto presidencial, e sem prejuízo da prudência inerente ao argumento proposto, há que contrapor que esse fator adquire menor relevância em ordenamentos jurídico-constitucionais como o português, no qual o estado de exceção (e a adequação da respetiva regulação) deve ser objeto de reavaliação em cada quinze dias.

Em segundo lugar, Moniz Lopes justifica a contenção normativa presidencial – responsável por doses maciças de delegações implícitas ao Governo – através de uma leitura constitucionalmente adequada da vertente positiva da separação de poderes, “*enquanto imposição de alocação orgânico-funcional no exercício de competências, na variante organizatória e racionalizadora das funções estaduais*”⁶⁵. O autor defende que a alocação exclusiva de categorias de competências a órgãos típicos da função é meramente presuntiva, sendo que “*as condições normativas em que o desvio é constitucionalmente legítimo correspondem às condições negativas de derrota do*

⁶⁴ Moniz Lopes, Pedro (2020) “Significado e alcance da «suspensão» do exercício de direitos fundamentais na declaração de estado de emergência”, *in e-publica*, Vol. 7, Nº 1, abril; cit., p. 143.

⁶⁵ Moniz Lopes, Pedro (2020) “Significado e alcance da «suspensão» do exercício de direitos fundamentais na declaração de estado de emergência”, *in e-publica*, Vol. 7, Nº 1, abril; cit., p. 142.

*efeito jurídico da separação de poderes, encontrando-se, naturalmente, por efeito do princípio da proporcionalidade, restritas ao estritamente necessário para dar cumprimento ao interesse constitucional tutelado pela norma conflituante*⁶⁶.

Neste caso, Moniz Lopes não tem dúvidas em afirmar que essa vertente positiva, organizatória e racionalizadora da “*alocação de funções*”, “*ordena no sentido da alocação prima facie da definição de condições de “interdição das deslocações e da permanência na via pública”* e as “*situações e finalidades em que a liberdade de circulação individual (...) se mantém a órgãos da função administrativa, permitindo ao Presidente aproveitar as capacidades – proximidade, menores custos de informação e eficiência reativa – dos órgãos administrativos, numa lógica de repartição de competências e contribuição multifuncional na criação de direito*”⁶⁷. Uma das exceções é, precisamente, a “*reserva de ato legislativo*” que Moniz Lopes dilui, em termos aparentemente alquimísticos, em “*reserva de Decreto presidencial de declaração de EE*”.

Abundam, efetivamente, as advertências doutrinárias de que a erosão do modelo tripartido de separação de poderes através do crescimento gradual do *Administrative State* tem esboçado uma visão paritária dos poderes legislativo e executivo⁶⁸, de tal forma que esse princípio seria reduzido a, afinal, duas instituições: “*the judiciary and the “political organs”*”⁶⁹. Não obstante, parece-nos que, independentemente da evidência de um diagnóstico no sentido da relativização do dualismo clássico⁷⁰ (legislativo/executivo), inclusivamente repescado pelo TC⁷¹, o mesmo não configura

⁶⁶ Moniz Lopes, Pedro (2020) “Significado e alcance da «suspensão» do exercício de direitos fundamentais na declaração de estado de emergência”, *in e-publica*, Vol. 7, N.º 1, abril; cit., p. 143.

⁶⁷ Moniz Lopes, Pedro (2020) “Significado e alcance da «suspensão» do exercício de direitos fundamentais na declaração de estado de emergência”, *in e-publica*, Vol. 7, N.º 1, abril; cit., p. 143.

⁶⁸ Carolan, Eoin (2009) “*The Problems with the Theory of the Separation of Powers*” (January 1). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1889304> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1889304>

⁶⁹ Carolan, Eoin (2009) “*The Problems with the Theory of the Separation of Powers*” (January 1). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1889304> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1889304>

⁷⁰ Piçarra, Nuno (1989) *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, Coimbra Editora Limitada: Coimbra; p. 16.

⁷¹ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional 474/2021, de 23 de julho, cit., p. 39. Disponível: <https://files.dre.pt/1s/2021/07/14200/0002000050.pdf>

credencial constitucional derogatória de uma leitura hermenêutica do princípio da separação de poderes funcionalmente adequada a cada ordenamento jurídico-constitucional em concreto e à forma como cada ordem jurídica o projeta em termos de Constituição positiva⁷². E a verdade é que a *derrotabilidade* do princípio da separação de poderes, nos termos sustentados por Moniz Lopes, colide com uma norma-regra constitucional “*que o constituinte, com boas razões, havia determinado que não fosse derrotada no âmbito de juízos ponderativos*”⁷³, como é aquela que se extrai do n.º 7, do artigo 19.º, da CRP. Parece-nos que o legislador constituinte foi claro na delimitação da intensidade das “*admissíveis intersecções entre as diversas funções estaduais*”⁷⁴, tendo poupado os titulares dos poderes de emergência da necessidade de proceder a (novas) ponderações. Ou seja, *in casu*, “*a convocação da dimensão positiva da norma-princípio da separação de poderes para reponderar a solução constituinte implica a substituição da norma constitucional aplicável pela preferência subjectiva do intérprete*”⁷⁵.

Acresce que, sem prejuízo do fundamento democrático da reserva de lei não poder ser entendido como no Estado liberal, esse fundamento

⁷² Conforme nota Pedro Sánchez, há uma “*distinção decisiva entre a doutrina da separação de poderes – que se decompõe em variantes totalmente inimigas que se vêm defrontando durante milénios, com objectivos também opostos (personalistas e estatizantes) – e o princípio constitucional da separação de poderes, que reflecte o conjunto de normas positivadas pelo constituinte em resultado do exercício da sua autoridade normativa, tendo, sobretudo, deixado muitas delas perfeitamente delimitadas de acordo com uma estrutura deontológica e não principiológica*” Sánchez, Pedro Fernández (2021) “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”, in *Revista Portuguesa de Direito Constitucional*, RPDC N.º 1 (2021); cit., p. 127.

⁷³ Sánchez, Pedro Fernández (2021) “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”, in *Revista Portuguesa de Direito Constitucional*, RPDC N.º 1 (2021); cit., p. 123.

⁷⁴ Sérvulo Correia, J.M./Paes Marques, Francisco (2021) *Noções de Direito Administrativo*, Volume I, 2.ª Edição, Almedina: Coimbra; cit., p. 57.

⁷⁵ Sánchez, Pedro Fernández (2021) “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”, in *Revista Portuguesa de Direito Constitucional*, RPDC N.º 1 (2021); cit., p. 132.

*“é ainda atual, pois não é idêntica nem de idêntica intensidade, a legitimidade democrática dos vários tipos de atos jurídico-públicos”*⁷⁶.

Em terceiro lugar, mais uma vez, num esforço hermenêutico de prolixa criatividade no sentido da redução do modelo constitucional português ao binómio *Presidente versus Governo*, declaração e respetiva execução do estado de exceção, Moniz Lopes advoga que as decisões essenciais para a comunidade *“podem manifestar-se num factor expansionista como retractiveo da reserva de Decreto presidencial”*. Ou seja, a invocada reserva móvel governamental é delimitada a partir de fronteiras interpretativas ilimitadamente elásticas, espongiiformes e, alegadamente, pragmáticas do princípio da separação de poderes, cuja *derrota*, como vimos, se assumiria como uma fatalidade.

Em contrapartida, esta tese desconsidera o Parlamento no momento declaratório – desprezando o conteúdo normativo da Resolução parlamentar – e no próprio decurso do estado de exceção, esbulhando-o de qualquer possibilidade de intervenção na regulação normativa da crise, consequência que imputa, automaticamente, à mera decretação da suspensão. Reconduzindo a teoria da essencialidade a uma representação da projeção do princípio da proporcionalidade, na variante da necessidade, à função presidencial e aos seus objetivos na declaração de Estado de Emergência, privou desse mesmo escrutínio a sua tese da irrelevância parlamentar, incorrendo, claramente, no vício lógico de dar como pressuposto o que se pretende demonstrar. Em que circunstâncias, perante o paradigma constitucional português do estado de exceção e da separação de poderes, poder-se-á afirmar que uma suspensão da atividade política e legislativa do Parlamento constitui um dado necessário e adequado a uma adequada proteção dos direitos fundamentais e ao regresso à normalidade constitucional? Parece-nos que a resposta será irremediavelmente, negativa.

Ainda na senda desta tese, o grau necessário da *«essencialidade»* do Decreto presidencial articular-se-ia com a necessidade de *«proteção»*

⁷⁶ Pereira da Silva, Vasco/Salgado de Matos, André (2019) “Caracterização do Direito Administrativo Nacional na Perspetiva do Direito Europeu – Portugal”, in *Direito Constitucional e Administrativo sem Fronteiras*, Almedina: Coimbra; cit., p. 198.

dinâmica» de direitos fundamentais, fundada numa “better position” do Governo, que assim veria legitimada uma absorção quase inesgotável de competências normativas. Neste contexto, “o design institucional e procedimental dos órgãos para a captação desses factos relevantes e, bem assim, o grau de expertise e «autoridade epistémica» das autoridades normativas que criam as normas”⁷⁷, constituiriam fundamento suficiente da expansão normativa governamental. Em suma, afinal, tais poderes regulativos da emergência acabariam por ser atribuídos, por excelência, ao Governo, independentemente da ordem constitucional positiva em causa e do formato concreto da separação de poderes.

É verdade, conforme argumenta Moniz Lopes, que o n.º 5 do artigo 19.º da Constituição apenas exige que a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência seja adequadamente fundamentada e contenha a especificação dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso. E que a Constituição não impõe que o Decreto presidencial especifique “*todas as condições subjectivas (destinatários), objectivas (condutas) e de ocasião (espaciais e temporais) em que é permitida interferência governamental nessas «liberdades»*”. É a lei, mais concretamente o artigo 14.º do RESEE que exige que o Decreto presidencial contenha os seguintes aspetos: “*a) Caracterização e fundamentação do estado declarado; b) Âmbito territorial; c) Duração; e) Determinação, no estado de sítio, dos poderes conferidos às autoridades militares, nos termos do n.º 2 do artigo 8.º; f) Determinação, no estado de emergência, do grau de reforço dos poderes das autoridades administrativas civis e do apoio às mesmas pelas Forças Armadas, sendo caso disso*”. Por sua vez, o artigo 16.º do RESEE vem exigir, adicionalmente, que a Resolução de autorização da declaração do estado de sítio ou do estado de emergência contenha “*a delimitação pormenorizada do âmbito da autorização concedida em relação a cada um dos elementos referidos no artigo 14.º*”. O que sugere que o sistema reivindica uma densidade normativa acrescida, a qual, embora resulte literalmente, apenas, do detalhe legislativo, constitui, nos termos sustentados *supra*, um desenvolvimento legislativo plenamente ajustado ao modelo positivo da Constituição de poderes de emergência, servindo a reserva constitucional de competências dos órgãos de soberania e o

⁷⁷ Moniz Lopes, Pedro (2020) “Significado e alcance da «suspensão» do exercício de direitos fundamentais na declaração de estado de emergência”, *in e-publica*, Vol. 7, Nº 1, abril; cit., p. 145.

equilíbrio institucional de poderes que o legislador constituinte quis proteger⁷⁸. O contributo normativo parlamentar para a regulação da crise configura um corolário necessário da Constituição portuguesa de exceção e do sistema de freios e contrapesos cuidadosamente criado pelo legislador constituinte.

Situando-se à margem da evidência dessa garantia constitucional, vigente em situações críticas, a tese minimalista do conteúdo do Decreto presidencial⁷⁹ não consegue demonstrar a legitimidade de competências normativas extraordinárias do Governo, exclusivamente, fundadas na contenção normativa presidencial. Pela nossa parte, não nos parece que o Decreto presidencial, isoladamente, possa configurar habilitação presidencial que opere como uma “*conjugação de (i) norma constitutiva de competência do Governo e (ii) norma regulativa permissiva para que este defina, em pleno, as condições de interferência na referida «liberdade de circulação»*”⁸⁰. Porque as competências dos órgãos de soberania são as que constam da Constituição e nenhum órgão de soberania pode delegar os seus poderes noutros órgãos, a não ser nos casos e nos termos expressamente previstos na Constituição, conforme resulta do n.º 2, do artigo 111.º, da CRP. Não vemos como decantar da Constituição uma norma que legitime o reenvio normativo em apreço. Antes pelo contrário, o regime do estado de exceção fulmina, direta e expressamente, de inconstitucionalidade um Decreto presidencial que afete “*a aplicação das regras constitucionais relativas à competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania*”. Esta subdelegação normativa, explícita ou implícita, suscita-nos, pois, sérias interrogações

⁷⁸ Pedro Sánchez refere-se a “*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.*” – Sánchez, Pedro Fernández (2021) “Sobre os poderes normativos do Presidente da República e do Governo em Estado de Excepção”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ROA III/IV 2021, cit., p. 768.

⁷⁹ Uma tese que se baste “*com um inteligível princípio presidencial do qual se retire o mínimo de materialidade normativa que sirva de programa ou moldura, nomeadamente para a criação de «normas governamentais reenviadas»*” – Moniz Lopes, Pedro (2020) “Significado e alcance da «suspensão» do exercício de direitos fundamentais na declaração de estado de emergência”, in *e-publica*, Vol. 7, Nº 1, abril; cit., p. 144.

⁸⁰ Moniz Lopes, Pedro (2020) “Significado e alcance da «suspensão» do exercício de direitos fundamentais na declaração de estado de emergência”, in *e-publica*, Vol. 7, Nº 1, abril; cit., p. 141.

perante a norma-regra que consagra a indelegabilidade das competências dos órgãos de soberania.

e) Em termos próximos embora menos drásticos na decapitação da reserva de ato legislativo, Blanco de Morais sustenta uma densidade variável do decreto presidencial, admitindo, como hipóteses alternativas, que a declaração seja “*particularmente pormenorizada e densificada*”⁸¹ ou “*menos densa e fundamentalmente autorizativa*”. Neste sentido, reconhece, igualmente, ao Presidente da República o poder de conformação indireta da amplitude dos poderes do Governo na execução do decreto presidencial. A declaração, presidencial, operaria “*por razões de urgência e estado público da necessidade*”⁸² como “*uma variante de autorização legislativa atípica*”. Blanco de Morais refuta a eficácia normativa da Resolução parlamentar e atribui competências quase rudimentares ao Parlamento, em estado de exceção, essencialmente de natureza complementar e subordinadas aos vínculos materiais emanados dos atos normativos reguladores do estado da exceção.

Perante esta tese, cumpre-nos realçar os seguintes tópicos:

(A) Blanco de Morais defende que, em estado de exceção, o Governo (e o Presidente) encontra-se investido em competências normativas que, “*no respeito pelo objeto e limites*”⁸³ da declaração do estado de exceção, podem incidir sobre matérias objeto da reserva legislativa parlamentar. Não havendo suspensão do princípio da tipicidade da lei ou da reserva formal de lei, “*a afetação parcial ou total de um direito em norma inovadora e com conteúdo político é reserva de ato legislativo, ato que contém um critério político de decisão*”⁸⁴, pelo que o Governo deve usar um decreto-lei. A habilitação legal a exigir será, porém, em

⁸¹ Blanco de Morais, Carlos (2022) *Curso de Direito Constitucional, Lei e Sistema Normativo*, Tomo I, Almedina: Coimbra; cit., p. 107.

⁸² Blanco de Morais, Carlos (2022) *Curso de Direito Constitucional, Lei e Sistema Normativo*, Tomo I, Almedina: Coimbra; cit., p. 110.

⁸³ Blanco de Morais, Carlos (2022) *Curso de Direito Constitucional, Lei e Sistema Normativo*, Tomo I, Almedina: Coimbra; cit., p. 108.

⁸⁴ Blanco de Morais, Carlos (2022) *Curso de Direito Constitucional, Lei e Sistema Normativo*, Tomo I, Almedina: Coimbra; cit., p. 108.

situações críticas, o Decreto presidencial, pois o estado de exceção paralisa a reserva de lei de parlamentar. Basta que o Governo use um ato legislativo e respeite os limites do Decreto presidencial.

- (B) Em consequência, cabe realçar que esta tese admite que o Decreto presidencial possa ostentar uma densidade mínima, suscetível de amparar um ato legislativo governamental com algum grau de inovação, nas matérias da reserva de lei, sem qualquer intervenção parlamentar, *desde que respeite o objeto e os limites contidos na declaração*. Tais limites, a nosso ser, não poderão deixar de ser incipientes, considerando o que pode sobrar perante a liberdade concedida ao Governo através de um Decreto presidencial minimalista.
- (C) A autorização legislativa da Assembleia da República é, para Blanco de Moraes, substituída pelo Decreto presidencial, durante a respetiva execução. Ou seja, esta tese protege a reserva de ato legislativo perante eventuais tentações de usurpação de poderes perpetradas por regulamentos independentes na reserva de lei, mas outorga, indiretamente, ao Presidente a reserva de Parlamento e a competência do respetivo reenvio normativo para o Governo. A competência legislativa da Assembleia da República é absolutamente neutralizada, ao arpeio do equilíbrio institucional de poderes ambicionado pelo legislador constituinte de emergência, no n.º 7 do artigo 19.º, da CRP e da reserva constitucional das competências dos órgãos de soberania, consagrada no n.º 2, do artigo 110.º, da CRP, designadamente da Constituição de exceção.

No que respeita aos reparos endereçados por Blanco de Moraes ao Acórdão do Tribunal Constitucional mencionado *supra*⁸⁵, cumpre-nos formular as seguintes observações:

- (1) Por um lado, em sintonia parcial com a crítica desferida, parece-nos manifestamente difícil falar de uma estrita divisão de poderes com necessário assento constitucional⁸⁶ entre

⁸⁵ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 352/2021.

⁸⁶ Cf. Artigo 110.º, n.º 2, da CRP.

Presidente e Governo, no contexto da declaração e execução do estado de exceção:

- (i) Essa dicotomia é impossível, pois a Constituição nem sequer se refere às competências de execução do Governo, cabendo tal tarefa à lei – RESEE. Note-se que nem sequer o Governo é a única autoridade competente para essa execução, não obstante a respetiva proeminência institucional: perante o artigo 17.º, refirmam-se os papéis atribuídos às autoridades militares e civis⁸⁷ e ao Representante da República em coordenação com o Governo regional, nas regiões autónomas⁸⁸;
 - (ii) Em consequência, não é possível localizar no n.º 8 do artigo 19.º, da CRP, a fonte de legitimidade de poderes normativos extraordinários das autoridades a quem compete a execução da declaração do estado de exceção, designadamente o Governo: (i) o preceito constitucional deve ser interpretado em conformidade com o princípio da garantia do equilíbrio institucional de poderes, inscrito pelo próprio legislador constituinte; (ii) caso contrário, teriam de admitir-se, em última instância, poderes normativos inovadores, por exemplo, das autoridades militares, em estado de sítio, fundados nesse preceito constitucional⁸⁹, o que seria constitucionalmente inadmissível.
- (2) Por outro lado, neste caso em clara divergência com a construção de Blanco de Morais, essa visão dualista é, igualmente, inverosímil porque, na senda do modelo português de

⁸⁷ Cf. números 2 e 4 do artigo 8.º, n.º 3 do artigo 20.º e artigo 21.º do RESEE.

⁸⁸ Cf. Artigo 20.º, n.º 2, do RESEE.

⁸⁹ A pergunta é feita por Blanco de Morais em crítica à tese dos poderes normativos extraordinários do Governo defendida pelo referido Acórdão do Tribunal Constitucional, um “*precedente jurisdicional (...) demasiado condescendente com o poder executivo*” que “*é muito problemático e deve ser retocado*” – Blanco de Morais, Carlos (2022) *Curso de Direito Constitucional, Lei e Sistema Normativo*, Tomo I, Almedina: Coimbra; cit., pp. 108 e 109.

separação de poderes *sui generis* (descrito *supra*), a declaração e a regulação primária da emergência configuram competências partilhadas entre o Presidente e o Parlamento, sem prejuízo da proeminência normativa presidencial. Destarte, ao negligenciar o papel normativo do Parlamento e da Resolução de autorização, a tese *sub judicio* confere uma posição de supremacia normativa absoluta ao Presidente da República em estado de exceção, a qual, a nosso ver, a Constituição de crise não acolhe, desfigurando a garantia do equilíbrio institucional de poderes ambicionado⁹⁰:

- (i) Perante a imposição constitucional do respeito do princípio do equilíbrio institucional de poderes em estado de exceção e a reserva constitucional das competências dos órgãos de soberania: (i) o Presidente e o Governo não podem efetuar incursões normativas nas matérias que integram a reserva de lei sem a devida autorização parlamentar; (ii) o Presidente não pode delegar, mesmo implicitamente, a regulação primária da emergência ao Governo; (iii) O Presidente e o Parlamento não podem imiscuir-se no âmbito dos poderes de execução da declaração do estado de exceção, pois nesse contexto impõe-se reconhecer “*formas de atuação, procedimentos e dispositivos organizativos que são necessariamente inerentes à função administrativa*”,⁹¹
- (ii) Admitir-se que a suposta elasticidade das competências do Governo depende do detalhe do decreto presidencial implicaria conferir, reflexamente, ao Presidente a liberdade de conformação da repartição das competências legislativas em exceção constitucional, do Governo e da Assembleia da República. Não obstante a proeminência normativa presidencial, reconhecida no momento declaratório, as competências reservadas à Assembleia da

⁹⁰ Cf. Artigo 19.º, n.º 7 da CRP.

⁹¹ Sérvulo Correia, J.M./Paes Marques, Francisco (2021) *Noções de Direito Administrativo*, Volume I, 2.ª Edição, Almedina: Coimbra; cit., p. 57.

República não são transferidas, *ope constitutionis*, para o Presidente, em termos que este as possa transmitir, livremente e em função de critérios puros de oportunidade, ao Governo;

- (iii) A tese conducente à diluição da reserva de lei numa pretensa reserva constitucional absoluta de competências normativas presidenciais sobre o estado de exceção, *ope constitutiones*, é incompatível com a sujeição da sua delimitação e alcance em concreto ao princípio da proporcionalidade, bem como à necessidade de aprovação pelo Parlamento. Se o Presidente é o titular exclusivo da reserva normativa, faz sentido exigir autorização parlamentar? E se o Parlamento recusar a iniciativa presidencial?
- (iv) Pela nossa parte, a possibilidade de regulação inovadora substancial pelo Governo, na reserva de lei parlamentar, para além dos limites da declaração do estado de exceção, carece de autorização legislativa e de ato legislativo autorizado;

Por um lado, a ordem constitucional portuguesa não é indiferente à forma do ato governamental de execução da declaração do estado de exceção⁹²: são constitucionalmente inadmissíveis derrogações ao princípio da tipicidade da lei, deslegalizações e regulamentos administrativos independentes nas matérias protegidas pela reserva de lei, sob pena de violação do princípio da separação de poderes, mesmo em estado de exceção declarado nos termos constitucionais. Por outro lado, a reserva de lei sobrevive às emergências: diluída na declaração do estado de exceção em sentido amplo e particularmente ativa nas potenciais dimensões normativas que excedem os limites da declaração do estado de exceção.

Consideramos que é possível imputar à declaração de estado de exceção em sentido amplo, no conjunto dos dois atos normativos que a integram, uma *reserva de densificação total* no que respeita à *regulação primária* das matérias que integram a reserva de lei; esta reserva é compatível

⁹² Blanco de Moraes, Carlos (2022) *Curso de Direito Constitucional, Lei e Sistema Normativo*, Tomo I, Almedina: Coimbra; pp. 108 e 109.

e respeita o âmbito próprio dos poderes de execução da declaração do estado de exceção. Um entendimento diferente obstaculizaria uma leitura harmónica da norma-regra⁹³ contida no n.º 7, do artigo 19.º, da CRP, nos termos que propomos.

4. O Princípio do equilíbrio institucional de poderes da Constituição portuguesa de emergência: síntese e reconstrução

a) Pelo exposto, impõe-se extrair do comando constitucional *contido no n.º 7, do artigo 19.º, da CRP* – as seguintes orientações hermenêuticas⁹⁴:

- (i) A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência não pode afetar, para o estado de exceção, as regras constitucionais relativas à *competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania e de governo próprio das regiões autónomas ou aos direitos e imunidades dos respetivos titulares*;
- (ii) No decurso do estado de exceção, nenhum órgão pode afetar a repartição de competências ínsita num determinado modelo de equilíbrio institucional de poderes, garante da separação de poderes em estado de exceção, seja para produzir efeitos na própria situação crítica seja para o futuro, após o regresso à normalidade constitucional;

Assim, considerando:

- (iii) que o arquétipo português de emergência vigente não é um modelo de concentração de poderes no executivo/Governo, pelos motivos expostos;
- (iv) a ausência de uma norma que confira poderes normativos extraordinários ao Governo em estado de exceção ou que subtraia

⁹³ Sánchez, Pedro Fernández (2021) “A Modificação das Regras de Competência dos Órgãos de Soberania em Estado de Exceção: o Caso Exemplar da Aprovação de Normas sem Autorização Parlamentar em Matéria Penal”, in *Revista Portuguesa de Direito Constitucional*, RPDC N.º 1 (2021); cit., p. 114.

⁹⁴ Segue-se, no essencial, a argumentação defendida na nossa monografia – (2022a) *Justiça Constitucional em Tempos de Emergência*, Almedina: Coimbra; pp. 166 e ss.

- competências políticas e legislativas ao Parlamento em favor do Presidente ou do Governo;
- (v) a atribuição constitucional de poderes normativos extraordinários ao Presidente da República;

julgamos que a Constituição de emergência pode garantir o equilíbrio institucional de poderes ambicionado pelo legislador constituinte, se conseguir assegurar a posição jurídico-constitucional do Parlamento, nos termos seguintes:

- c. No momento declaratório, através do reconhecimento da eficácia normativa da Resolução parlamentar e do seu contributo para a definição da vontade normativa da declaração do estado de exceção, nos termos sustentados *supra*;
- d. Durante a execução da declaração do estado de exceção, através da salvaguarda do exercício das competências políticas e legislativas parlamentares, designadamente as atinentes à fiscalização política e à reserva de lei;

O equilíbrio institucional de poderes⁹⁵, constitucionalmente desejado, postula o respeito pelas regras constitucionais de forma e competência descritas, designadamente a garantia do princípio da reserva de lei, em especial, perante medidas restritivas de direitos e liberdades *jus fundamentalis*. No presente contexto, nos termos esboçados, ganha ainda maior acuidade o princípio de que “o problema da constitucionalidade de medidas de emergência, mesmo quando se apresenta como questão formal, é, na sua essência, uma questão substantiva.”⁹⁶.

⁹⁵ Blanco de Moraes refere que a declaração só pode modificar a normalidade constitucional nos termos da Constituição e da LOESEE (n.º 7 do mesmo artigo) “*estando-lhe vedada a capacidade de afetar o núcleo da competência dos órgãos de soberania.*” – Blanco de Moraes, Carlos (2022b) “Declaração e execução do estado de exceção em Portugal durante a Pandemia: um direito em construção?” in *Anais do IX Fórum Jurídico de Lisboa e do XXIV Congresso Internacional de Direito Constitucional*, ICJP, CIDP, (IDP) e a Fundação Getúlio Vargas; no prelo; cit., p. 47.

⁹⁶ Andrade, Vieira de (2020) “A defesa dos direitos e liberdades em estado de emergência – algumas reflexões livres”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 150, n.º 4029; cit., p. 321.

b) As intervenções desvantajosas sobre direitos fundamentais e, em geral, sobre as matérias da reserva de lei, impostas por situações de crise ou de emergência, reclamam por excelência, as características que só o processo legislativo parlamentar pode oferecer: “*sempre que os ganhos em publicidade, transparência, participação e pluralismo, associados ao processo legislativo parlamentar, superem as razões que exigem um procedimento normativo mais célere ou, pluralisticamente, menos exigente*”⁹⁷. Estando os trabalhos parlamentares abertos à crítica da oposição e da opinião pública, “*são só por si capazes de emprestar certo cabedal de legitimidade à decisão legislativa*”⁹⁸. Não se pretende legitimar uma potencial expansão da reserva de lei para além do catálogo constitucional. Em contraposição às teses que sustentam o congelamento da reserva de lei em estado de emergência, constitucional ou legal, trata-se de sublinhar as opções do próprio legislador constituinte, em matéria de essencialidade⁹⁹.

Em consequência, nos estados críticos declarados nos termos constitucionais, considerando a relevância jurídico-normativa da Declaração do estado de exceção, quando o Governo pretende legislar nos limites da declaração do estado de exceção, não carece de autorização parlamentar adicional. Neste preciso tópico, impõe-se, porém, formular os seguintes esclarecimentos adicionais:

- (i) Os limites a ter em conta pelo Governo são os que constam da declaração do estado de exceção, em sentido amplo, o que inclui o Decreto presidencial e a resolução da AR, nos termos sustentados *supra*;
- (ii) Desta forma, mantem-se o equilíbrio institucional de poderes que a Constituição de crise ou de emergência pretende garantir através do comando constitucional do n.º 7, do artigo 19.º, da CRP:

⁹⁷ Novais, Jorge Reis (2003) *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas Pela Constituição*, Coimbra Editora: Coimbra, p. 840.

⁹⁸ Cabral de Moncada, Luís (1998) *Contributo para uma Teoria da Legislação*, PF, Lisboa; cit., p. 131.

⁹⁹ A nossa posição – Brízida Castro, Raquel (2022) *Justiça Constitucional em Tempos de Emergência*, Almedina: Coimbra; pp. 163 e ss.

- (a) Cumpre-se a proeminência normativa do Presidente da República sem pôr em causa a posição constitucional da Assembleia da República no exercício da subfunção legislativa, no respeito pela reserva de lei;
- (b) Perante a inexistência de uma cláusula constitucional atributiva de poderes legislativos extraordinários ao Governo, garante-se a reserva de lei sem restringir as competências legislativas governamentais nem interferir nas competências necessárias de execução;
- (c) Enfim, impõe-se sublinhar, cumpre-se a Constituição portuguesa de emergência.

5. Considerações finais

Num sistema diferenciado de emergência, ainda que atípico, como é o português, em que a normalidade e a exceção se movem em ambientes jurídicos separados, questiona-se a necessidade da eventual previsão constitucional de um modelo intermédio. A experiência das últimas décadas, perante sucessivos testes aos limites constitucionais, gerados por ambientes críticos extremos, legitima inúmeras interrogações e conduz-nos a algumas certezas. Parecem-nos, por exemplo, pertinentes os argumentos favoráveis à revisão do atual paradigma com vista à criação de um nível intermédio de resposta a crises. Suscetível de acomodar respostas normativas extremas em situações cuja severidade, diagnosticável a partir da avaliação das circunstâncias concretas, não justifique convocar o estado de exceção constitucional, mas que careça de uma resposta urgente, eventualmente excessiva, à luz do quadro jurídico aplicável em normalidade constitucional.

A unidade e congruência da Constituição de emergência – a dos poderes e a dos direitos – seriam garantidas pelo respeito do princípio da garantia do equilíbrio institucional dos poderes de crise, ajustado a uma leitura hermenêutica do princípio da separação de poderes funcionalmente adequada ao ordenamento jurídico-constitucional português de emergência. O trânsito de um modelo abstrato-dedutivo para um *“método normativo-concreto na abordagem e tratamento dogmático do princípio*

*da separação de poderes*¹⁰⁰ serviria, concomitantemente, argumentos pragmáticos e metodológicos, especialmente convocados pela Constituição de cise ou de emergência.

¹⁰⁰ Piçarra, Nuno (1989) *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, Coimbra Editora Limitada: Coimbra; cit. p. 264.

Mecanismo Europeu de Recuperação e Resiliência e Direitos Fundamentais

ANA RITA GIL*

Resumo: Vários direitos fundamentais dos residentes na União Europeia foram fortemente afetados com a crise pandémica provocada pelo vírus do COVID-19. Em alguns casos, a crise apenas tornou visível assimetrias já existentes na sociedade, levando ao agravamento da exclusão daqueles que se encontravam mais dependentes da plena realização de direitos sociais, ou daqueles que eram já vítimas de discriminação. Noutros casos, foram as próprias medidas estaduais de combate à pandemia que implicaram suspensões gravosas de liberdades fundamentais. No presente estudo visa-se indagar de que forma um dos principais instrumentos adotado pela União Europeia destinado à recuperação dos Estados-Membros – o Mecanismo Europeu de Recuperação e Resiliência – poderá contribuir não só para repor, como ainda para promover o respeito pelos direitos fundamentais afetados. Veremos que, apesar de este mecanismo ter uma vocação sobretudo destinada à recuperação económica dos Estados-Membros, ele apresenta também objetivos prospetivos, assentes na ideia de sustentabilidade e transição tecnológica. Mais importante, a garantia dos direitos sociais é também uma preocupação primordial do mesmo. No entanto, veremos que ele não respondeu a todos os desafios em causa, e faremos propostas de medidas positivas que poderão contribuir para uma melhor e mais sólida realização dos direitos previstos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Sumário: 1. Introdução; 2. Os desafios aos direitos fundamentais durante a crise do COVID-19; 3. As recomendações da FRA; 4. O Mecanismo Europeu de Resiliência – Resposta da UE à pandemia; 4.1. Enquadramento do Mecanismo no *Next Generation*

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigadora do Centro de Investigação em Direito Público. Este artigo corresponde à comunicação apresentada, a 10 de setembro de 2021, no XIV Encontro de Professores de Direito Público, sobre “O Direito Público e a Crise Pandémica”. Assim, para além da natureza predominantemente oral do texto, ele apenas corresponde a um ensaio breve e exploratório sobre um tema atual e ainda não muito estudado pela doutrina.

EU; 4.2. Os planos nacionais de recuperação e resiliência; 5. O Mecanismo Europeu de Resiliência e os direitos fundamentais – análise crítica; 5.1. A transição digital e a transição verde; 5.2. Proteção especial das pessoas vulneráveis e atenuação do impacto social – o Pilar Europeu dos Direitos Sociais; 5.3. Perspetiva de género; 5.4. Promoção de políticas dirigidas a crianças e jovens; 6. As respostas aos direitos “deixados para trás”: o mecanismo de condicionalidade; 7. Possíveis respostas positivas aos desafios aos direitos, liberdades e garantias que “ficaram para trás”; 8. Conclusão

1. Introdução

Os efeitos da crise pandémica que, a partir de 2020, teve lugar por todo o mundo, têm sido estudados através de diversas perspetivas, com um enfoque especial na “crise económica” e social, nos efeitos nos serviços públicos essenciais, na educação, na saúde mental dos cidadãos, entre outros. Ela afetou o gozo pleno de diversos direitos fundamentais por parte dos cidadãos, quer por força dos sucessivos estados de emergência constitucional que se sucederam em praticamente todos os Estados de Direito do mundo, quer devido aos próprios efeitos da pandemia. No contexto dos Estados-Membros da União Europeia (UE), várias liberdades fundamentais foram suspensas durante longos períodos de tempo, com a justificação na necessidade de “conter os efeitos” da pandemia. Estiveram nesse caso os direitos de livre circulação – quer entre os Estados-Membros, quer dentro dos próprios territórios nacionais –, a liberdade de iniciativa económica privada, mas ainda direitos fundamentais sociais, como o direito à educação e mesmo o acesso à saúde para tratamentos não relacionados com a Covid-19. Mas, por outro lado, a disseminação da doença e das medidas de combate à mesma levou a efeitos reflexos, com impacto negativo noutros direitos fundamentais, revelando fragilidades já existentes e exacerbando as mesmas.

Neste breve estudo pretende-se, numa primeira fase, realizar um levantamento dos principais direitos fundamentais afetados pela crise, tendo por base o relatório da Agência de Direitos Fundamentais da União Europeia (FRA) sobre direitos fundamentais do ano 2020¹.

¹ AGÊNCIA PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA, *Relatório sobre os Direitos Fundamentais – 2021*, Serviço das Publicações da União Europeia, Luxemburgo, 2021.

Numa segunda fase, analisar-se-ão as respostas da União Europeia aos desafios provocados pela crise pandémica. Neste último caso pretende-se verificar, em especial, de que forma uma das principais medidas tomadas pela União neste contexto – o Mecanismo Europeu de Recuperação e Resiliência (MERR) – responde aos vários desafios levantados pela FRA, *i.e.*, de que forma poderá auxiliar a promover os direitos fundamentais mais afetados durante a crise pandémica.

2. Os desafios aos direitos fundamentais durante a crise do COVID-19

O Relatório da FRA sobre direitos fundamentais no ano de 2020 demonstra que a crise pandémica resultou na compressão – direta ou reflexa – de vários direitos protegidos pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. A pandemia e as medidas estaduais de resposta à propagação da doença resultaram na exponenciação de desigualdades existentes em todas as áreas da vida, afetando especialmente os grupos de pessoas mais vulneráveis. Por outro lado, ela expôs as lacunas e limitações na capacidade e preparação dos vários sistemas nacionais de concretização do acesso a direitos sociais, como os sistemas de saúde, de educação, de emprego e proteção social. Traduziu-se, enfim, num teste decisivo à capacidade dos Estados para respeitar a promessa da Agenda Global 2030 de “não deixar ninguém para trás”, no contexto da realização de uma transição socialmente justa para o desenvolvimento sustentável².

Desde logo, a pandemia da COVID-19 colocou uma pressão sem precedentes sobre as famílias em toda a UE em 2020 e 2021, em especial sobre as que já se encontravam em desvantagem económica ou social. A transição para o ensino doméstico à distância levou, como já se reportou em Portugal, ao incremento das desigualdades em matéria de educação, já que, por falta de acesso a meios eletrónicos ou internet, milhares de crianças não puderam participar plenamente das rotinas escolares.

² Resolução n.º A/RES/70/1, 21 de outubro de 2015, Assembleia Geral das Nações Unidas, *Sustainable Development Goals*, 2015. A chamada Agenda 2030 foi aprovada por 193 países.

Como consequência, o abandono escolar aumentou exponencialmente³. O encerramento das escolas e as quarentenas levaram ainda a que, durante os períodos mais prolongados passados em casa, tenha existido um aumento dos casos relatados de violência contra as crianças e dos casos de crianças exploradas sexualmente através da Internet. O convívio permanente das famílias acarretou, igualmente, um incremento da violência doméstica contra mulheres e idosos⁴.

No que toca a esta última categoria de pessoas, importa sublinhar que a pandemia teve, naturalmente, efeitos particularmente nefastos no que toca ao seu bem-estar e plena realização dos seus direitos fundamentais. Os estereótipos e os discursos discriminatórios relacionados com a idade, as medidas restritivas baseadas na idade, as dificuldades de acesso a bens e serviços, nomeadamente devido ao fosso digital existente entre as gerações, bem como os sentimentos de isolamento e de stress aumentaram significativamente, como dá conta o mencionado relatório da FRA⁵. Estes factos comprometeram o direito a uma vida digna, independente e participativa dos idosos, consagrado na Carta dos Direitos Fundamentais da UE (art. 25.^o).

O mesmo relatório dá conta de que as medidas para conter a pandemia afetaram também, de forma particularmente intensa, as pessoas LGBTQI+. O segundo inquérito da FRA sobre a comunidade LGBTQI+ e os inquéritos realizados em vários Estados-Membros revelaram elevados níveis de discriminação e assédio contra estas pessoas em toda a UE, bem como uma diminuição da sua aceitação social⁶. A pandemia de COVID-19 também trouxe à tona a persistência de racismo, xenofobia e intolerância nas sociedades europeias, e acarretou mesmo uma agravação de tais fenómenos⁷. Com efeito, a agência europeia dá-nos conta de que a crise sanitária foi usada como pretexto para discriminar as minorias – incluindo migrantes e minorias étnicas, em especial os ciganos. Por outro lado, a pandemia acarretou novas violações dos direitos dos migrantes por

³ V., em Portugal, a publicação da Provedoria de Justiça, *Educação em tempos de Emergência*, Cadernos de Pandemia, 2021.

⁴ Op. cit., p. 22 e ss.

⁵ Op. cit., p. 8.

⁶ Op. cit., p. 7.

⁷ Op. cit., p. 10 e ss.

parte das autoridades públicas. Desde 2015 assistia-se a variadas ações de repulsão nos países com fronteiras externas – marítimas e terrestres. As ações de afastamento coletivo intensificaram-se em 2020/2021, através do reforço de medidas de afastamento coletivo nas fronteiras, algumas vezes com recurso a violência física⁸. Por outro lado, em vários países suspendeu-se o registo dos pedidos de asilo dos requerentes que chegavam ao território dos Estados-Membros, sobre o pretexto da luta contra a disseminação da pandemia⁹. À falta de registo de tais pedidos – e, em consequência, a ausência de proteção internacional das pessoas dela carecidas – seguia-se frequentemente a prática de detenção dos requerentes. Os centros de detenção rapidamente se tornavam espaços sobrelotados, impedindo a manutenção de “distância de segurança”, e sujeitando os detidos a condições desumanas, propícias à proliferação da doença.

A pandemia e as reações que desencadeou exacerbaram, pois, os desafios e desigualdades existentes em todas as áreas da sociedade, afetando especialmente os grupos vulneráveis. A isto acresceram os direitos suspensos pelas diversas declarações de estado de emergência, profundamente ligados às liberdades fundamentais, como os respeitantes à liberdade de circulação e de reunião, de culto, bem como à vida privada e familiar. Por fim, a insuficiência ou mesmo encerramento de serviços básicos necessários para a garantia da efetividade dos direitos sociais incrementou desigualdades em função do rendimento dos cidadãos¹⁰. Tratou-se, enfim, de um período em que os direitos garantidos pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia foram verdadeiramente colocados “sob stress” em todos os Estados-Membros da UE, afetando de forma mais intensa e gravosa, como sucede em qualquer outra crise, as populações mais frágeis.

⁸ Op. cit., p. 16 e ss.

⁹ Sobre a legalidade destas medidas, v. o nosso “Asilo em estado de emergência”, in AA.VV., *Direito Administrativo de Necessidade e de Exceção*, Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro (org.), AAFDL, 2020, pp. 413-448.

¹⁰ Neste ponto, importa sublinhar que a utilização contínua de tecnologias de inteligência artificial, nomeadamente para efeitos de ensino, suscitou preocupações sobre os direitos à proteção de dados e à privacidade quer dos alunos quer dos professores.

3. As recomendações da FRA

Muitas das situações atrás referidas potenciaram efeitos a longo prazo, que iriam requerer medidas por parte das entidades públicas, destinadas a recuperar “quem ficou para trás” na dinâmica evolutiva da realização dos direitos fundamentais. No contexto do levantamento atrás referido, a FRA decidiu apresentar um conjunto de potenciais respostas às vulnerabilidades que se tornaram mais visíveis, que se agravaram, ou que surgiram com a crise pandémica¹¹.

Em primeiro lugar, importa sublinhar a recomendação para que os Estados-Membros melhorem a resiliência dos sistemas de saúde, de proteção social e de assistência social, a fim de garantir que estes serviços sejam garantidos de forma equitativa a todos os cidadãos, sem qualquer distinção, durante uma crise. A FRA insta, em particular, os Estados-Membros a centrarem-se nas necessidades dos grupos vulneráveis que estão mais expostos ao risco de infeção e/ou de doença grave. Estes grupos incluem pessoas idosas, pessoas residentes em lares, pessoas com problemas de saúde preexistentes e pessoas que vivem em espaços limitados e sobrelotados ou em más condições de vida e habitação. Este último grupo inclui cidadãos ciganos e viajantes, bem como pessoas em centros de acolhimento ou detenção de migrantes e refugiados, prisões e sem-abrigo¹².

No mesmo sentido, a Agência sublinha que os Estados-Membros da UE devem intensificar os seus esforços para assegurar a continuidade da educação para todas as crianças em quaisquer circunstâncias, particularmente em tempos de crise. Face à experiência resultante da pandemia, a FRA defende a necessidade de se dar prioridade ao estabelecimento de uma infraestrutura digital em todos os níveis de ensino, e de assegurar uma formação adequada para familiarizar os professores com o trabalho num ambiente digital. Tendo em conta as populações mais vulneráveis, a FRA sublinha que tal infraestrutura deverá ser inclusiva, o que significa dar resposta às necessidades das pessoas que sofrem algum tipo de

¹¹ Ao longo do Relatório sobre Direitos Fundamentais de 2020, a FRA vai tecendo recomendações destinadas a providenciar respostas aos vários pontos assinalados.

¹² Sobre a situação dos sem-abrigo em Portugal durante as fases agudas da pandemia, v. a publicação da PROVEDORIA DE JUSTIÇA, *Os sem Abrigo em tempos de Emergência*, Cadernos de Pandemia, 2021.

exclusão social. Estarão nesse caso, no nosso entender, as pessoas cujos baixos rendimentos não permitem aceder a ferramentas informáticas, pessoas com iliteracia digital, e ainda pessoas especialmente vulneráveis, como as crianças com deficiência, as crianças ciganas e viajantes e os filhos de migrantes e refugiados.

Por fim, em resposta ao fenómeno da subida dos crimes de ódio na internet, a FRA sublinhou a necessidade de os Estados-Membros intensificarem a luta contra este fenómeno, nomeadamente através do reforço de medidas contra a desinformação e do robustecimento da independência e da efetividade dos organismos responsáveis pela promoção da igualdade e de monitorização da discriminação e discurso de ódio.

Algumas recomendações da FRA prendem-se com aspetos levantados durante a pandemia que tornaram mais visíveis os desafios ao princípio do Estado de Direito. Assim, a Agência recomendou aos Estados-Membros o envolvimento dos órgãos nacionais com competências em matéria de direitos humanos na conceção, aplicação e controlo das medidas restritivas de direitos fundamentais. Tendo em conta a experiência e prolongamento das medidas “de exceção” nos vários Estados, insiste-se que as mesmas têm de ser necessárias, temporárias e estritamente proporcionais. No mesmo contexto, a FRA sublinhou ainda a necessidade do reforço dos poderes das autoridades nacionais destinadas à proteção de dados pessoais. Este último ponto é tão mais premente na medida em que no domínio da saúde estão em causa dados particularmente sensíveis. Em alguns casos, foram não apenas estes dados, mas também dados referentes à localização das pessoas em confinamento que foram objeto de ampla partilha entre as autoridades, pelo que se impunha uma reflexão sobre o âmbito de proteção aos direitos de reserva da vida privada e da intimidade pessoal.

Referidas algumas das diversas ameaças que a pandemia do Covid-19 provocou nas sociedades europeias, importa agora analisar a principal resposta aprovada pela UE para responder aos desafios com que os Estados-Membros se confrontaram, e para ajudar na recuperação do verdadeiro “Cisne Negro” que foi a pandemia¹³.

¹³ Expressão cunhada por NASSIM NICHOLAS TALEB, na sua obra *O Cisne Negro*, reportada aos grandes factos imprevisíveis que mudam o curso da história e do fluir linear da sociedade. Entre nós, Publicações D. Quixote, 2008.

4. O Mecanismo Europeu de Resiliência – Resposta da UE à pandemia

4.1. Enquadramento do Mecanismo no Next Generation EU

Os fundos *Next Generation EU* (NGEU) constituíram um pacote de recuperação da União Europeia para apoiar todos Estados-Membros atingidos pela pandemia COVID-19¹⁴. Os fundos foram decididos no Conselho Europeu de 21 de julho de 2020, tendo aí sido fixado o valor de € 750 mil milhões, bem como o seu período de vigência – fixado desde o ano 2021 a 2023. Mais se convencionou que os mesmos estariam vinculados ao orçamento regular da União Europeia para o período compreendido de 2021 a 2027¹⁵. O NGEU tem vários componentes, sendo o “Mecanismo Europeu de Resiliência” (MERR) o seu núcleo central¹⁶⁻¹⁷. Ao MERR foram alocados €672.5 mil milhões de euros, destinados a financiar investimentos e reformas nos Estados-Membros, com um enfoque especial na transição verde e digital. A criação e funcionamento do MERR são regulados através de um Regulamento próprio – o Regulamento (UE) 2021/241 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de fevereiro de 2021, que cria o Mecanismo de Recuperação e Resiliência.

Os objetivos do MERR são definidos, no artigo 4.º do Regulamento como abrangendo “a promoção da coesão económica, social e territorial da União, através da melhoria da resiliência, da preparação para situações de crises, da capacidade de ajustamento e do potencial de crescimento dos Estados-Membros, através da atenuação do impacto social e económico

¹⁴ Para uma perspetiva jusconstitucional destes fundos, v. LEINO-SANDBERG, & MATTHIAS RUFFERT, “Next Generation EU and Its Constitutional Ramifications: A Critical Assessment”, *Common Market Law Review*, Vol. 59, Issue 2 (April 2022), pp. 433-472.

¹⁵ Para um estudo dos financiamentos europeus neste contexto, v. CLEMENS FUEST & JEAN PISANI-FERRY, “Financing the European Union: new context, new responses”, *Policy Contribution*, 1 September 2020.

¹⁶ Para além do MERR, o NGEU compreende ainda montantes destinados à investigação e inovação através do programa “Horizonte Europa”, um Fundo para a Transição Justa para uma transição climática e digital, e um novo programa de saúde, o “UE pela Saúde”.

¹⁷ Sobre o MERR, v. os estudos de GRÉGORY CLAEYS, ZSOLT DARVAS, MARIA DEMERTZIS AND GUNTRAM WOLFF, “The great COVID-19 divergence: managing a sustainable and equitable recovery in the European Union”, *Policy Contribution*, issue n. 11/22, May 2021.

da crise, sobretudo no que diz respeito às mulheres, através do contributo para a aplicação do Pilar Europeu dos Direitos Sociais”. Pode dizer-se, pois, que muito embora o objetivo a curto prazo do MERR seja a recuperação dos danos económicos e sociais decorrentes da pandemia, adota-se também uma visão prospetiva, destinada a que os Estados-Membros da UE se tornem mais “resiliente” face a potenciais desafios futuros. É pertinente realçar que o artigo 2.º do Regulamento define «resiliência» como a capacidade de fazer face, de forma justa, sustentável e inclusiva, a choques económicos, sociais e ambientais, ou a mudanças estruturais persistentes.

Na formulação dos objetivos do MERR, acima transcrita, verifica-se alguma preocupação em responder a certos desafios aos direitos fundamentais referidos pelo Relatório de 2020 da Agência dos Direitos Fundamentais da UE. Menciona-se, neste ponto, a atenuação do impacto social e económico da crise, sobretudo no que diz respeito às mulheres, e o contributo para a aplicação do Pilar Europeu dos Direitos Sociais. No entanto, veremos que este mecanismo – que é, reforce-se, a principal resposta da UE à recuperação da crise pandémica e à preparação e fortalecimento das sociedades europeias para novas crises – praticamente não prevê mais medidas destinada ao reforço dos direitos fundamentais especialmente vulnerabilizados.

De facto, o âmbito de aplicação do mecanismo não foi traçado a partir das preocupações expressas pela FRA, tendo, pelo contrário, como principal objetivo a recuperação e progresso económicos dos Estados-Membros. Os domínios de intervenção do MERR encontram-se estruturados em seis pilares: (1) a transição ecológica, com objetivo de tornar a Europa o *primeiro continente neutro para o clima*, e, assim, uma economia moderna e eficiente em termos de recursos¹⁸; (2) a transformação digital, destinada a capacitar as pessoas com uma nova geração de tecnologias; (3) o crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, incluindo a coesão económica, o emprego, a produtividade, a competitividade,

¹⁸ A doutrina tem-se debruçado bastante sobre este ponto. V., *inter alia*, MARGHERITA BIANCHI, LORENZO COLANTONI & LUCA FRANZA, “Green Deal Watch: A green recovery from the COVID-19 crisis?”, *Green Deal Watch*, issue no1, March-May 2020, PAUL HOFHUIS, The European Commission on the brink of a green recovery: Will it be able to deliver?, *Policy Brief*, July 1 2020,

a investigação, o desenvolvimento e a inovação e um mercado interno em bom funcionamento; (4) a coesão social e territorial; (5) a saúde e resiliência económica, social e institucional, com o objetivo de, entre outros, aumentar a preparação para situações de crise e a capacidade de resposta a situações de crise; e, finalmente, (6) as políticas para a próxima geração, as crianças e os jovens, como sejam as políticas para a educação e as competências.

4.2. Os planos nacionais de recuperação e resiliência

Para receber apoio do Mecanismo Europeu de Resiliência, os Estados-Membros são avaliados tecnicamente pela Comissão, devendo apresentar Planos de Recuperação e Resiliência (PRR) nacionais, incluindo metas, marcos e custos estimados. Cada plano define as reformas e os investimentos a ser implementados a nível nacional até o final de 2026. Uma vez apresentados, a Comissão avalia os mesmos no prazo de dois meses. Cumpre depois ao Conselho decidir pela sua aprovação, com base em proposta da Comissão, por maioria qualificada (art. 20.º do Regulamento)¹⁹.

O Regulamento MERR não dá plena liberdade aos planos nacionais para fixar as metas e áreas prioritárias de investimento. Pelo contrário, fixa, à partida, duas metas específicas a cumprir: 37% dos gastos devem ser reservadas para a matéria ambiental, e 21% para ações relacionadas com as tecnologias digitais. Mas para além destas áreas – transversais a todos os Estados-Membros –, cada plano deve ainda abordar especificamente os desafios identificados no Semestre Europeu para o respetivo Estado-Membro, em particular as recomendações adotadas pelo Conselho (art. 17.º, n.º 3). As recomendações constantes do Semestre Europeu são feitas em relação às necessidades particulares de cada Estado-Membro, e vão muito para além das matérias referidas no regulamento MERR. No caso da Hungria, por exemplo, as recomendações recaíam sobre o reforço dos princípios do Estado de Direito. Veja-se a seguinte passagem:

“(...) em resposta à epidemia de COVID-19, em 11 de março de 2020, o governo declarou um «estado de emergência». A sua duração não foi predefinida e o governo tem poder discricionário para o manter ou terminar. As medidas concretas tomadas

¹⁹ Aplica-se, assim, a regra contida no artigo 16.º, n.º 4 do Tratado da União Europeia.

pelo governo estão em vigor até ao termo do «estado de emergência». Em 30 de março de 2020, o Parlamento aprovou uma nova lei que permite ao governo revogar qualquer lei por Decreto. Os poderes de emergência concedidos afiguram-se mais extensos do que os adotados noutros Estados-Membros, tendo em conta o efeito combinado da definição abrangente dos poderes e da ausência de um horizonte temporal claro. Determinadas medidas de emergência tomadas graças a estes poderes suscitam questões quanto à sua necessidade e proporcionalidade. A liberdade dos meios de comunicação social suscitava preocupações mesmo antes da crise. Estas áreas correm um maior risco de deterioração no contexto do estado de emergência. As práticas de dissuasão do acesso à informação pública podem impedir que os cidadãos e as organizações não governamentais exerçam os seus direitos constitucionais”.

Como recomendação, o relatório afirmava a necessidade de assegurar que todas as medidas de emergência fossem estritamente proporcionais, limitadas no tempo e conformes às normas europeias e internacionais. Assim, os Estados-Membros devem não só aplicar os fundos de acordo com os objetivos do MERR, as proporções definidas em matéria de ambiente e transição tecnológica, mas também as recomendações especificamente dirigidas no âmbito do Semestre Europeu.

O Regulamento e seu anexo fornecem informações abrangentes sobre os critérios de avaliação dos planos. Nos termos do artigo 16.^o (3), a Comissão deve avaliar diversos pontos, a saber: (1) se o plano de recuperação e resiliência contribui efetivamente para abordar os desafios identificados nas recomendações específicas ao Estado-Membro; (2) se o plano contém medidas que efetivamente contribuem para o verde e transição digital; (3) se se espera que o plano tenha um impacto duradouro no Estado-Membro em causa; e, finalmente, (4) se o plano contribui para fortalecer o potencial de crescimento e criação de empregos e resiliência económica e social do Estado-Membro, mitigar o impacto social da crise, e contribuir para o aprimoramento económico, social e a coesão territorial. O plano deverá ainda contribuir para os planos de execução da Garantia para a Juventude²⁰, que visa prestar um melhor apoio ao

²⁰ Recomendação do Conselho de 30 de outubro de 2020, relativa a “Uma ponte para o emprego – Reforçar a Garantia para a Juventude” e que substitui a Recomendação do Conselho, de 22 de abril de 2013, relativa ao estabelecimento de uma Garantia para a Juventude.

emprego dos jovens em toda a União Europeia, através de instrumentos nacionais compostos por medidas que proporcionam aos jovens uma via para uma integração estável no mercado de trabalho.

5. O Mecanismo Europeu de Resiliência e os direitos fundamentais – análise crítica

Como se referiu, o MERR teve como principal missão a recuperação dos Estados-Membros face aos danos sofridos com a pandemia. Numa primeira visão parece que tal intuito seria meramente *reparador*, e *circunscrito* ao nível económico ou social. No entanto, verificou-se já que o mecanismo não pretende ser *apenas reparador*. A opção foi claramente pensada para preparar as economias e sociedades europeias para futuros “Cisnes Negros”, através da muito referida ideia da “resiliência”. É uma opção que nos parece de aplaudir, tanto mais que seria fútil uma reparação transitória, não acompanhada de um reforço de preparação para eventualidades com um grau de desafio equiparável. O fito prospetivo alicerça-se em duas bases claras: a sustentabilidade e a tecnologia. O Regulamento usa, aliás, de forma simbólica o termo “transição verde e digital”, marcando propositadamente o intuito de passagem para um novo paradigma económico e social.

No entanto, consideramos que, na dimensão da “reparação”, o desenho do MERR esteve principalmente focado na recuperação económica e social. O mecanismo em si, tal como vem delineado no Regulamento, não visou propriamente constituir uma resposta às violações e desafios aos direitos fundamentais identificados pela FRA. O Regulamento esquece, assim, a regressão da proteção dos direitos fundamentais sofrida em vários Estados-Membros, sobretudo no que toca às populações mais vulneráveis. *Reparar* implicaria, desde logo, atentar naqueles “que ficaram para trás”, promovendo a sua recuperação, bem como em combater tendências antidemocráticas surgidas nos Estados. A reparação implicaria, enfim, a recuperação de valores e princípios que foram fortemente limitados, ou mesmo violados, num contexto profundamente atípico que revelou as fragilidades das sociedades europeias. Ainda assim, como acima se referiu, podemos apontar algumas referências no Regulamento que instarão os Estados a dar respostas a alguns dos desafios levantados no Relatório

da FRA. Começaremos pelas matérias eleitas como aquelas a que os Estados devem alocar determinados financiamentos obrigatoriamente. Passaremos, depois, a verificar de que forma refere o Regulamento a proteção de outros direitos fundamentais identificados. Por fim, veremos que preocupações levantadas pelo Relatório da FRA foram deixadas de fora.

5.1. A transição digital e a transição verde

Naturalmente, as duas principais metas eleitas pelo MERR como sendo as nucleares para recuperar e reforçar as sociedades europeias no pós-pandemia, contribuem de certa forma para a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. O investimento na transição verde acarretará um franco desenvolvimento na proteção do direito fundamental a um ambiente saudável, que decorre da proteção exigida pelo artigo 37.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. No entanto, esta prioridade não tem uma função “corretora” dos desafios sofridos com o COVID-19, mas um objetivo prospetivo e que contribui para uma proteção acrescida da saúde e bem-estar humanos (para além da proteção de bens jurídicos objetivos, como a melhoria da qualidade do ambiente de acordo com o princípio do desenvolvimento sustentável, tal como decorre do mencionado preceito da Carta).

Por outro lado, como se viu, o Regulamento impõe aos Estados a reserva de 21% de investimento em ações dirigidas ao digital. Esta “prioridade” deverá, no nosso entender, ser usada também para responder a alguns impactos da crise que implicaram uma “digitalização” forçada e excludente de parte da população dos Estados-Membros. De facto, como se sabe, os cidadãos foram subitamente obrigados a passar a sua vida profissional, a sua educação, e os mais diversos aspetos da sua vida – cuja digitalização se estava a processar paulatinamente – de forma súbita e forçada para o domínio das tecnologias de informação. Tal transição abrupta deixou muitas pessoas “para trás” na realização dos seus direitos sociais, sobretudo crianças em idade escolar, pessoas com deficiência e idosos. Assim, a transição digital preconizada poderá – e deverá – servir para preparar as pessoas mais afetadas para desafios futuros que passem pela necessidade de adoção de respostas semelhantes. A crise do Covid-19 demonstrou, por exemplo, o quão importante é que todos os

estudantes tenham igual acesso à aprendizagem à distância, através de ligações de banda larga e de dispositivos informáticos, e que possuam as competências digitais necessárias. A eleição da transição digital como um dos principais – e obrigatórios – aspetos de financiamento a constar dos planos nacionais poderá, pois, contribuir decisivamente para responder às desigualdades que se tornaram visíveis neste domínio. Tal objetivo, se direcionada a corrigir as assimetrias de acesso, poderá, de facto, contribuir para o objetivo de “não deixar ninguém para trás”.

5.2. Proteção especial das pessoas vulneráveis e atenuação do impacto social – o Pilar Europeu dos Direitos Sociais

O considerando 14 do Regulamento demonstra a preocupação do legislador da União em proteger as camadas mais vulneráveis da sociedade. Refere-se que os mesmos “não podem ser deixados para trás num contexto que revela claramente, e inclusive exacerba, as desigualdades”. Esta preocupação é, depois, referida por diversas vezes ao longo do Regulamento. O considerando 28 determina a necessidade de se reforçar a criação de postos de trabalho, prevenir a pobreza e a exclusão social. Considera-se que este desiderato dependerá fortemente da realização do Pilar Social, nas suas várias vertentes.

O Regulamento insta, pois, os Estados a desenvolver nos seus planos nacionais políticas de trabalho e sociais, destinadas a contribuir para a realização do “Pilar Europeu dos Direitos Sociais”. O artigo 18.º/c) dispõe que os planos nacionais devem conter: “uma explicação detalhada de como o plano de recuperação e resiliência reforça o potencial de crescimento, a criação de postos de trabalho e a resiliência económica, social e institucional do Estado-Membro em causa”, “contribuindo para a aplicação do Pilar Europeu dos Direitos Sociais, e reforçando assim a coesão económica, social e territorial e a convergência no seio da União”.

Neste seguimento, importa lembrar em que consiste o referido “Pilar”. O mesmo consta de um plano de ação, inicialmente delineado pela Comissão²¹, que parte do princípio de que uma “Europa social forte

²¹ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, de 04/03/2021, COM/2021/102 final, Plano de Ação sobre o Pilar Europeu dos Direitos Sociais.

dá prioridade às pessoas e ao seu bem-estar”. Para esse efeito, a Comissão propõe três grandes objetivos para a UE, a atingir até 2030, em matéria de emprego, competências e proteção social, em consonância com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas (ODS)²². O Pilar Europeu dos Direitos Sociais foi proclamado em 2017 na Cimeira Social de Gotemburgo para o Emprego Justo e o Crescimento e alicerça-se em algumas ideias-chave, que importa recordar: (1) igualdade de oportunidades e acesso ao mercado de trabalho²³; (2) condições de trabalho justas²⁴; (3) proteção e inclusão sociais. Este último ponto é particularmente relevante pela sua abrangência, já que extravasa largamente as matérias laborais, abrangendo camadas da sociedade que ficaram particularmente desprotegidas durante a pandemia. Assim, uma das medidas consiste no acolhimento e apoio a crianças, investimento nos serviços de educação e de acolhimento na primeira infância a preços comportáveis e de boa qualidade e proteção contra a pobreza. Insta-se ainda os Estados a desenvolver políticas de proteção social, prestações por desemprego e pensões de velhice, garantia de rendimento mínimo, cuidados de saúde preventivos e curativos a preços comportáveis, inclusão das pessoas com deficiência e cuidados de longa duração. O acesso a serviços essenciais é também sublinhado, como a habitação e assistência para os sem-abrigo, bem como o acesso à água, saneamento, energia, transportes, serviços financeiros e comunicações digitais.

²² Os objetivos encontram-se definidos da seguinte forma: pelo menos 78% das pessoas com idade entre 20 e 64 anos deveriam estar empregadas, pelo menos 60% de todos os adultos devem participar de formação profissional todos os anos e o número de pessoas em risco de pobreza ou exclusão social deve ser reduzido em pelo menos 15 milhões.

²³ Neste contexto, são previstas as seguintes ações: (1) educação, formação e aprendizagem ao longo da vida; (2) igualdade entre homens e mulheres; (3) igualdade de oportunidades, independentemente do género, raça ou origem étnica, etc., em matéria de emprego, proteção social, educação e acesso a bens e serviços disponíveis ao público e (4) apoio ativo ao emprego /formação.

²⁴ Para atingir este desiderato, são previstas as seguintes medidas: (1) emprego seguro e adaptável, devendo ser evitada a precariedade; (2) garantia de salários mínimos que se afigurem justos; (3) informações sobre as condições de emprego e proteção em caso de despedimento; (4) diálogo social e participação dos trabalhadores; (5) promoção do equilíbrio entre a vida profissional e a vida privada; (6) promoção de um ambiente de trabalho são, seguro e bem adaptado e (7) proteção dos dados.

O guia da Comissão para a redação dos planos nacionais determina que os Estados-Membros deverão explicar de que forma os mesmos contribuirão para a realização do Pilar dos Direitos Sociais e para a promoção da igualdade nos seus países²⁵. Ao afirmar uma ligação entre os planos nacionais e a realização do Pilar Europeu dos Direitos Sociais, o MEER acaba, pois, por dar resposta a muitas das preocupações manifestadas pelo Relatório da FRA no que toca às limitações de acesso a direitos sociais, em especial a desproteção das camadas da população mais desfavorecidas.

5.3. Perspetiva de género

O considerando 28 do Regulamento do MERR reconhece que as mulheres foram particularmente afetadas pela crise do COVID-19. São vários os motivos assinalados. Desde logo, destaca-se que as mulheres constituem a maioria dos trabalhadores do setor da saúde em toda a União. Mas o Regulamento reconhece ainda que recaiu principalmente sobre as mulheres a acumulação das responsabilidades no emprego com a prestação de cuidados não remunerados aos familiares. Esse facto é particularmente notório no caso das mães solteiras e daquelas que exercem sozinhas as responsabilidades parentais – que, de acordo com o referido considerando, correspondem a cerca de 85% dos progenitores que exercem sozinhos as responsabilidades parentais. Neste sentido, o Regulamento destaca que “a igualdade de género e a igualdade de oportunidades para todos e a integração desses objetivos deverão ser tidas em consideração e promovidas ao longo da preparação e da execução dos planos de recuperação e resiliência apresentados nos termos do presente regulamento”. O artigo 18.º do Regulamento dispõe que os planos nacionais devem conter “uma explicação de como se espera que as medidas constantes do plano de recuperação e resiliência contribuam para a igualdade de género e de oportunidades para todos e para a integração desses objetivos, em consonância com os princípios 2 e 3 do Pilar Europeu dos Direitos Sociais e com o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 5 das Nações Unidas e, se for caso disso, com a estratégia

²⁵ Commission staff working document- Guidance to member states recovery and resilience plans, (2021) 12 final, 22/01/2021.

nacional para a igualdade de género”. Mais sublinha a necessidade de criar condições que permitam que um maior número de mulheres exerça um trabalho remunerado.

Por fim, de acordo com o considerando 39, o plano de recuperação e resiliência deverá estabelecer o contributo esperado para a igualdade de género e a igualdade de oportunidades para todos e incluir um resumo do processo de consulta junto das pertinentes partes interessadas nacionais. Chama-se, assim, à colação, consideramos nós, a intervenção da sociedade civil neste importante domínio.

É de aplaudir a preocupação do Regulamento com a questão da igualdade de género, impondo que os planos nacionais prevejam medidas para reparar as ainda persistentes desigualdades nesta matéria. As respostas inserir-se-ão ainda, porém, no domínio social ou laboral, tendo ainda sido deixados de fora alguns desafios que afetaram especialmente as mulheres durante a pandemia, como se verá mais adiante.

5.4. Promoção de políticas dirigidas a crianças e jovens

Por fim, o MEER insta ainda os Estados a promover políticas dirigidas a crianças e jovens. O já referido artigo 18.º dispõe que os planos nacionais devem ainda providenciar “uma explicação detalhada de como o plano de recuperação e resiliência reforça o potencial de crescimento (...) nomeadamente através da promoção de políticas dirigidas a crianças e jovens”. O Pilar Europeu dos Direitos Sociais, no seu Princípio 11, menciona já o desenvolvimento e melhoria do acolhimento e apoio a crianças, nomeadamente no que toca à promoção da sua educação, proteção contra a pobreza, e medidas específicas destinadas a promover a igualdade de oportunidades. Ainda assim, o Regulamento MEER entendeu reforçar a necessidade de os planos nacionais preverem medidas destinadas à infância.

O desenvolvimento desta vertente enquadra-se também na Garantia Europeia para a Infância, destinada a combater os fatores de risco sofridos pelas crianças na União Europeia e a proporcionar um acesso a serviços essenciais. Esta política assenta sobretudo em seis objetivos, a saber: (1) educação e acolhimento gratuitos na primeira infância; (2) ensino gratuito; (3) cuidados de saúde gratuitos; (4) fornecimento de, pelo

menos, uma refeição diária saudável gratuita nas escolas; (5) promoção da alimentação saudável; e (6) garantia a uma habitação adequada.

Como fomos referindo, a questão da educação escolar foi um dos principais direitos afetados pela pandemia, agravando clivagens sociais preexistentes. Apesar de se mencionar a promoção de políticas dirigidas a crianças e jovens, em particular a gratuidade da educação, importa interligar estas medidas com a aposta no digital. Assim, no nosso entender, os Estados-Membros cumprirão ambos os objetivos plasmados no Regulamento MERR, dando ainda cumprimento às recomendações expressas pela Agência dos Direitos Fundamentais da UE, se previrem nos seus planos nacionais ações destinadas a promover o acesso e a literacia digitais.

5.5. Análise crítica: os direitos deixados para trás

As políticas acabadas de mencionar são as expressamente referidas no Regulamento do MEER, que acaba, assim, por instar os Estados a prever nos seus planos nacionais respostas a muitos dos desafios identificados pela FRA – sobretudo em matéria de direitos sociais. Os últimos três pontos, em especial, são aqueles que mais correspondem a alguns dos principais problemas relatados pelo relatório da Agência. No entanto, é de lamentar que aos mesmos não tenha sido alocado um montante mínimo de financiamento, contrariamente ao que se passa com a “transição verde e digital”. Ainda assim, é de notar que, de acordo com o considerando 42 do Regulamento, os critérios relacionados com as recomendações específicas por país, com o reforço do potencial de crescimento, a criação de postos de trabalho e a resiliência económica, social e institucional, bem como o contributo dos planos nacionais para a aplicação do Pilar Europeu dos Direitos Sociais, deverão obter a pontuação mais elevada da avaliação.

No entanto, vários dos direitos fundamentais que foram expressamente referidos no Relatório da FRA tendo sido afetados pela crise pandémica, não são refletidos em medidas no Regulamento MERR no contexto da *recuperação* das sociedades europeias. Em causa estão os diversos direitos, liberdades e garantias que sofreram uma especial compressão durante as sucessivas medidas de combate ou “contenção”

da pandemia, mas também a proliferação de ações violentas e discriminatórias nas sociedades. É certo que muitas das questões assinaladas não serão passíveis de “recuperação” *a posteriori*, como seja o caso de algumas restrições desproporcionadas – ou mesmo suspensões – a liberdades fundamentais, como a liberdade de circulação ou de culto coletivo. No entanto, outras emergiram ou agravaram-se no seio da própria sociedade, reclamando deveres de proteção dos Estados-Membros. Tenhamos presente a emergência e disseminação do discurso de ódio na internet contra as pessoas LGBTI+, xenofobia e racismo contra as populações de origem migrante e violência doméstica. Por outro lado, o MEER é completamente omissivo no que toca às populações migrantes, identificadas no Relatório da FRA como sendo umas das mais vulneráveis no contexto da crise pandémica. Em bom rigor, aliás, a questão das migrações é referida no programa global do *Next Generation EU* apenas na perspetiva do reforço do controlo das fronteiras, em linha com um discurso securitário que viu na salvaguarda da saúde pública um motivo de fortalecimento de políticas profundamente restritivas e excludentes.

É certo que as recomendações feitas no âmbito do Semestre Europeu, destinadas a cada país separadamente, poderão focar estes aspetos. Mas uma análise das recomendações a alguns dos países em que tais fenómenos se manifestaram de forma mais aguda não nos permite concluir dessa forma. Veja-se o exemplo da Hungria. Já em 2019 o relatório da FRA sobre direitos fundamentais identificava na Hungria um contexto de forte discriminação contra as pessoas LGBTI+²⁶, bem como um incremento do racismo e xenofobia, em particular contra migrantes e requerentes de asilo. Porém, nas recomendações do Semestre Europeu em relação ao mesmo país, não é feita qualquer recomendação ou menção a tal problema²⁷. Assim, em bom rigor, o plano nacional não necessita de prever ações destinadas a “recuperar” este retrocesso social.

²⁶ Cfr. AGÊNCIA PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA, *Relatório sobre os Direitos Fundamentais – 2019*, p. 67 e ss. e p. 132 e ss.

²⁷ Recomendação do Conselho relativa ao Programa Nacional de Reformas da Hungria para 2020 e que emite um parecer do Conselho sobre o Programa de Convergência da Hungria para 2020.

6. As respostas aos direitos “deixados para trás”: o mecanismo de condicionalidade

Como se viu, o MEER tem como objetivo principal a recuperação das sociedades europeias da devastação socioeconómica provocada pela crise pandémica. Ele visa ainda dotar as mesmas de “resiliência”, *i.e.*, das necessárias ferramentas para reagir a eventuais ameaças futuras com uma dimensão equivalente. Neste contexto, é natural que não exista referência aos direitos, liberdades e garantias fundamentais que, apesar de fortemente comprimidos, seja pelo Estado, seja por terceiros, não tenham tido tradução imediata em impactos económicos ou sociais mensuráveis. No entanto, o cenário da crise não só trouxe novas violações a tais direitos, como a visibilidade a fenómenos preexistentes, levando, inclusivamente, a uma “normalização” de algumas situações de violação. Assim, não se pode dizer que a ideia de uma recuperação neste ponto não faz sentido, alegadamente porque eventuais violações a liberdades fundamentais teriam já terminado com o regresso “à normalidade”. A suposta falta de impacto económico não significa que tais disrupções na garantia de direitos fundamentais não tenham efeitos profundos a longo prazo na garantia dos direitos, liberdades e garantias, e na coesão dos valores de sociedades regidas pelos princípios do Estado de Direito.

Ora, o MERR não dá resposta a estes desafios, *i.e.*, à recuperação das sociedades europeias face aos excessos de limitações e suspensões a direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, nem face à discriminação verificada em vários Estados contra as pessoas LGBTQI+ ou contra os migrantes, nem ainda face a violações levadas a cabo por terceiros, como o incremento do discurso de ódio ou da violência doméstica. Trata-se, julgamos nós, de pontos essenciais a “corrigir” nas sociedades europeias pós-pandémicas, e que os principais mecanismos de recuperação deveriam atentar, sob pena de normalização destes fenómenos.

A promoção e proteção dos direitos em causa pode, porém, ser salvaguardada por outra via: o mecanismo de condicionalidade para a proteção do orçamento da União, previsto no Regulamento 2020/2092 do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de dezembro de 2020. De acordo com este Regulamento, determinados factos qualificados como “violações dos princípios do Estado de direito” podem implicar sanções financeiras graves aos Estados, como sejam, por exemplo, nos termos do

art. 5.º, a suspensão dos pagamentos ou de execução de compromissos jurídicos adotados nos termos do Regulamento Financeiro, a proibição de assumir novos compromissos jurídicos, a suspensão do desembolso das parcelas, no todo ou em parte, ou reembolso antecipado dos empréstimos garantidos pelo orçamento da União, a proibição de celebrar novos acordos relativos a empréstimos ou outros instrumentos garantidos pelo orçamento da União, *inter alia*. Ainda assim, da leitura do âmbito de aplicação do “Regulamento da condicionalidade”, verifica-se que nem todas as situações aqui tratadas podem estar protegidas pelas sanções a aplicar aos Estados. De facto, nos termos do art. 3.º, “podem indiciar violações dos princípios do Estado de direito” (1) o colocar em risco a independência do poder judicial; (2) o facto de não se prevenirem, corrigirem ou sancionarem decisões arbitrárias ou ilegais de autoridades públicas, (3) a limitação da disponibilidade e eficácia dos mecanismos de recurso, entre outros. Note-se que a enumeração é meramente exemplificativa, e na mesma podemos inserir atuações de restrição desproporcionada a direitos fundamentais, bem como atuações públicas discriminatórias. Já é mais duvidoso que se defenda a possibilidade de invocação do mecanismo da condicionalidade quando está em causa, por exemplo, a violação dos deveres de proteção dos Estados face a ameaças de terceiros, como é o caso da falta de prevenção ou repressão das situações de violência intrafamiliar.

Por outro lado, importa ter presente que a atuação do Regulamento do mecanismo de condicionalidade difere bastante do Regulamento referente ao MEER, já que não só o âmbito de aplicação, mas também as filosofias subjacentes aos mesmos são profundamente díspares. De facto, no Regulamento que prevê o mecanismo de condicionalidade, uma eventual proteção dos direitos, liberdades e garantias referidos seria feita pela via *negativa*, ou mesmo *punitiva*, no sentido de que, perante a violação dos princípios do Estado de Direito, a atribuição de fundos europeus ficaria suspensa ou cancelada. Já a filosofia subjacente ao Regulamento MEER é a de *recuperação* dos Estados-Membros, e destina-se a atuar pela *positiva*, financiando meios que promovam a recuperação das sociedades europeias – com especial enfoque para os direitos sociais. A sua visão é, pois, proativa, de incentivo a ações destinadas a promover os direitos fundamentais (para além dos objetivos tidos como prioritários). Já o Regulamento da Condicionalidade terá um impacto meramente

sancionatório. Nada garante que a suspensão de fundos, aplicável aos Estados que não respeitem os princípios basilares do Estado de Direito, venha a resultar efetivamente como uma medida que se venha a traduzir no reforço dos direitos, liberdades e garantias que saíram mais afetados com a crise.

Não podemos ainda deixar de referir que a possibilidade de suspensão de fundos prevista pelo Regulamento da condicionalidade pode, de certa forma, afetar os próprios cidadãos do Estado-Membro em causa, pouco adiantando – ou até prejudicando – a proteção dos direitos fundamentais. Ainda assim, importa notar que esta possibilidade não deixou de preocupar o legislador comunitário. Assim, o artigo 9.º desse Regulamento afirma que a suspensão deve ser proporcional e ter em conta as circunstâncias económicas e sociais do Estado-Membro em causa, nomeadamente o nível de desemprego, o nível de pobreza ou exclusão social do Estado-Membro em relação à média da União e o impacto da suspensão na economia do mesmo.

7. Possíveis respostas positivas aos desafios aos direitos, liberdades e garantias que “ficaram para trás”

Que respostas dar ao reforço dos direitos, liberdades e garantias que ficaram especialmente “sob stress” durante o contexto da pandemia? Poder-se-á invocar que muitos deles apenas exigem obrigações negativas dos Estados, pelo que uma intervenção irrazoável ou desproporcionada nos mesmos seria irreparável, uma vez terminada. No entanto, como já se referiu, muitos dos direitos que “ficaram de fora” reclamam obrigações positivas do Estado. Estão nesse caso, por exemplo, o combate ao discurso de ódio ou outras manifestações racistas, tal como o combate à violência doméstica.

Em todos estes casos – suspensões ou restrições abusivas a direitos fundamentais ou violação de obrigações de proteção do Estado –, resultados poderiam ser alcançados através de financiamentos positivos, que provavelmente funcionariam como um incentivo mais eficaz para o respeito e promoção destes direitos no futuro – evitando, como já se referiu, uma “normalização” de restrições desproporcionadas ou de inércias do Estado no futuro.

O financiamento de meios destinados a proteger e promover eficazmente estes direitos poderia ser levado a cabo através, por exemplo, da criação ou reforço de poderes de mecanismos independentes destinados à vigilância e promoção de Direitos Fundamentais, tais como as Instituições *Ombudsman* (entre nós, o Provedor de Justiça), Instituições Nacionais de Direitos Humanos independentes²⁸, *Equality bodies* (por exemplo, entre nós, a Comissão contra a Igualdade e a Discriminação Racial), entre outros. Por outro lado, o desenvolvimento de apoios e incentivos ao financiamento da atividade de organizações da sociedade civil poderia ser também um meio eficaz de investir em organismos independentes destinados a vigiar, reportar e promover os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

8. Conclusão

O Regulamento MEER obriga, como se viu, os Estados-Membros a prever nos seus planos nacionais de recuperação e resiliência um mínimo de fundos para dois sectores tidos como centrais: a transição digital e a transição “verde”. No entanto, é feita ainda larga referência ao Pilar Europeu dos Direitos Sociais, com especial destaque para as questões de género. O Regulamento chega a afirmar que o sucesso dos planos nacionais muito dependerá do especial peso que se vier a dar a este último setor, muito embora não se preveja um teto mínimo de alocação de fundos.

Desta forma, o MERR responde já a muitos dos desafios apontados pelo Relatório da FRA sobre Direitos Fundamentais relativo ao ano de 2020, em especial no que toca aos direitos fundamentais sociais. Sem dúvida, foram sobretudo estes direitos, em especial no âmbito da saúde e da educação, que foram os mais lesados durante a crise pandémica, agravando as graves clivagens sociais preexistentes na sociedade, com prejuízo especial para as camadas mais vulneráveis das populações.

²⁸ Sobre este ponto, v. o nosso “As Organizações Não Governamentais e as Instituições Nacionais de Direitos Humanos”, AA.VV., *Ordem Jurídica Global do Séc. XXI – Sujeitos e Actores no Palco Internacional*, Maria Luísa Duarte, Rui Tavares Lanceiro, Francisco de Abreu Duarte (org.), AAFDL, 2020, pp. 69-87.

No entanto, o MEER não dá resposta à necessidade de recuperação e reforço de outros direitos que saíram particularmente vulneráveis da crise do Covid-19. A garantia de respeito por esses mesmos direitos, sobretudo quando a sua violação se traduz em atuações desproporcionais por parte do Estado, poderá ser levada a cabo, eventualmente, nos termos do mecanismo de condicionalidade – para além, claro está, das ações por incumprimento junto do Tribunal de Justiça da União, nos termos do artigo 259.º e 260.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, e o mecanismo de sanções políticas previsto no art. 7.º do Tratado da União Europeia²⁹.

Ora, consideramos que teria sido interessante que o Regulamento MERR pudesse ter tido em conta o relatório da FRA, de forma a prever financiamentos destinados a fortalecer os direitos e liberdades fundamentais enfraquecidos durante a crise pandémica. Isso poderia suceder através da alocação de fundos destinados ao fortalecimento de organismos independentes garantidores do Estado de Direito, especialmente destinados a promover os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, como sejam as Instituições *Ombudsman* e as Instituições Nacionais de Direitos Humanos. Poderia ainda ser feito através da previsão de ações positivas concretizadoras dos deveres de proteção do Estado, nomeadamente de prevenção do discurso de ódio, do racismo, da xenofobia e da violência familiar.

Por fim, e como nota final, crê-se que as medidas dos planos nacionais deveriam passar, quer na sua apreciação inicial, quer na sua apreciação periódica, por uma avaliação respeitante ao seu impacto nos direitos fundamentais dos cidadãos (“*impact assessment*”). Podemos pensar em várias situações em que as medidas incentivadas pelo MERR poderão colocar novos desafios aos direitos fundamentais, como seja o desenvolvimento das novas tecnologias, com os potenciais perigos já amplamente estudados (proteção de dados, funcionamento de “algoritmo cego” ou

²⁹ Note-se que em dezembro de 2017, a Comissão Europeia iniciou um processo de sanções políticas ao abrigo do artigo 7.º do Tratado da União Europeia contra a Polónia, devido aos riscos de violação dos princípios do Estado de Direito. O Parlamento Europeu, por seu turno, iniciou um procedimento idêntico contra a Hungria, em setembro de 2018, pelos mesmos motivos. Este pedido foi ainda fundamentado com a existência de políticas públicas discriminatórias da população LGBTIQI+.

discriminatório), e potencial alargamento generalizado das tecnologias de informação como forma de funcionamento exclusivo do acesso e utilização de bens públicos essenciais, com possível exclusão de pessoas especialmente vulneráveis.

Enfim, ainda que isso não seja expressamente previsto, as medidas a adotar nos planos nacionais de recuperação e resiliência apenas deveriam ser tidas como legítimas se não “deixarem ninguém para trás” e não agravarem os problemas identificados no relatório da Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia sobre o impacto da crise do Covid-19 nos direitos fundamentais dos residentes no espaço europeu.

Responsabilidade em tempos de pandemia. A natureza das obrigações decorrentes do Regulamento Sanitário Internacional da Organização Mundial de Saúde

FÁTIMA CASTRO MOREIRA*

Resumo: O Regulamento Sanitário Internacional (RSI) é o instrumento jurídico-internacional nuclear na preparação e resposta a epidemias e pandemias. A Organização Mundial de Saúde (OMS) é a entidade responsável pela coordenação das políticas mundiais em matéria de saúde. O RSI contém um conjunto de obrigações vinculativas para os Estados que aceitaram o mesmo, e que podem ser invocadas por qualquer Estado-parte do mesmo. Sendo normas primárias vinculativas é possível acionar o regime da responsabilidade internacional dos Estados por factos internacionalmente ilícitos. Mas os Estados não o fizeram e os mecanismos existentes foram considerados insuficientes para combater uma pandemia como a COVID-19. Está em curso a aprovação de um novo instrumento no âmbito da OMS. Não é credível que no panorama atual se aprove um tratado que cruze o direito internacional da saúde, os direitos humanos, o direito internacional do comércio, a paz e segurança internacionais e a capacitação financeira. Pelo que o novo instrumento deve colmatar as lacunas do RSI ao invés de o substituir.

Sumário: 1. Introdução. 2. A OMS e os poderes normativos atribuídos pelos Estados. 3. O Regulamento Sanitário Internacional e as obrigações decorrentes do mesmo. 4. A Responsabilidade Internacional dos Estados por violação do RSI. 5. A aprovação de outro instrumento na OMS e o RSI. 6. Conclusões e Considerações Finais.

1. Introdução

“Ainda não o sabemos com nitidez, mas talvez estejamos a assistir, quase em direto à confirmação, em 78 rotações, daquilo que era apenas um processo difuso.

* Professora Auxiliar no Departamento de Direito da Universidade Portucalense, Investigadora do IJP – Instituto Jurídico Portucalense, fcmoreira@upt.pt.

Está a diluir-se a “comunidade internacional” única e unida pelo direito que sempre demos como certa, representada mais do que simbolicamente pelo fórum mundial que é a Assembleia Geral das Nações Unidas. É como se, pouco a pouco, emergissem dos escombros de uma unidade aparente várias comunidades internacionais distintas, com a renovação de alguns aspetos do sistema feudal. (...) Todas a quererem como máximo, e quando muito, pontes para que o conflito e o confronto não se desenvolvam, sobretudo se em seu detrimento. Nenhuma a acreditar em nenhuma das outras. Cada uma, virada mais para si, a desenvolver regras “comunitárias”, não aplicáveis a quem quer que seja das “outras” comunidades. E o direito internacional “geral”, mais fino e adelgado, a assumir-se como o passado suspenso que impede o corte radical”¹.

A realidade dos factos obriga-nos a aceitar que as relações internacionais não serão as mesmas após a invasão da Ucrânia pela Federação Russa no dia 24 de fevereiro de 2022. Na passagem de 2021 para 2022, a maioria estaria longe de imaginar esta ocorrência. A comunidade internacional, ainda concentrada no combate à pandemia do COVID-19, tinha por prioridade a definição de ferramentas mais eficazes para combater novas pandemias, do que aquelas consagradas pelo Regulamento Sanitário Internacional (RSI), deste modo conferindo mais poderes à Organização Mundial de Saúde (OMS) – entidade responsável pela coordenação das políticas mundiais em matéria de saúde.

O RSI é (ainda) o instrumento jurídico-internacional nuclear na preparação e resposta a epidemias e pandemias². Nele se incluem um conjunto de regras relativas à forma como os Estados devem notificar surtos, gerir doenças dentro das suas fronteiras e cooperar para impedir a sua propagação. Os seus antecedentes remontam a 1851, quando um grupo de Estados europeus procurou elaborar uma resposta harmonizada à disseminação internacional de doenças³. Cem anos depois foi adotada a

¹ JOSÉ ALBERTO AZEREDO LOPES, *Ninguém nos liga nada*, CNN Portugal Opinião, 02 de maio de 2022. <https://cnnportugal.iol.pt/azeredo-lobes/ucrania/jose-alberto-azeredo-lobes-ninguem-nos-liga-nada/20220502/62703fc00cf2ea367d3995ee>

² PEDRO ALEXANDRE VILLARREAL LIZÁRRAGA, *Pandemias y derecho: una perspectiva de gobernanza global*. Universidade Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Série Doctrina Jurídica*, núm. 867. México, 2019, p. 98.

³ ARMIN VON BOGDANDY/PEDRO A. VILLARREAL, *International Law on Pandemics Responde: A first stocktaking in light of the coronavirus crisis*, in *MPIL Research Paper Series N.º 2020-07*. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2020.

primeira versão do RSI, modificado e substituído por versões posteriores, sendo a atual de 2005.

Analisando o atual RSI, é possível concluir que o objeto do mesmo é o de “prevenir, proteger, controlar e dar resposta em termos de saúde pública a uma propagação internacional de doenças, utilizando meios proporcionados e limitados aos riscos de saúde pública e evitando, em simultâneo, interferências desnecessárias com o tráfego e o comércio internacionais”⁴. Daqui decorre por um lado, a ambição – já assumida em versões anteriores – de impedir a propagação internacional de doenças e, por outro, a necessidade de compatibilizar as medidas adotadas com o normal funcionamento do tráfego e comércio internacionais.

Em 2006, a versão de 2005 era considerada um regime jurídico sem precedentes na história, apresentando-se como a promessa de uma peça chave na governança da saúde global do século XXI⁵. Em 2014, com a epidemia do Ébola várias fragilidades foram apontadas mas não subsistiu a vontade de mudança⁶. Hoje, é por demais evidente que o RSI necessita de ser atualizado, completado ou até substituído por outro instrumento.

Na sequência do apelo Presidente da OMS sobre a necessidade de construir “uma estrutura mais forte para a segurança global da saúde”⁷, foi iniciado o “processo de elaboração e negociação de uma convenção, acordo ou outro instrumento internacional ao abrigo da Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS) para reforçar a prevenção, preparação e resposta a pandemias”⁸.

⁴ Cf. artigo 2.º do RSI.

⁵ DAVID P. FILDER/LAWRENCE O. GOSTIN, *The New International Health Regulations: An Historic Development for International Law and Public Health*, in *Articles by Maurer Faculty*, 2006, p. 370.

⁶ PEDRO ALEXANDRE VILLARREAL LIZÁRRAGA, *ob.cit.*, pp. 108 ss.

⁷ Cf. declaração do Presidente da OMS disponível em <https://unric.org/pt/2021-foi-conturbado-mas-sabemos-como-acabar-com-a-pandemia-e-promover-saude-para-todos-em-2022/> e o documento elaborado pela OMS *Strengthening the Global Architecture for Health Emergency Preparedness, Response and Resilience*, de 24 de março de 2022, no âmbito do processo de consulta para o novo instrumento em https://cdn.who.int/media/docs/default-source/emergency-preparedness/20220324_wha-hepr-concept-note_final-for-publishing.pdf?sfvrsn=cffd8e98_11&download=true

⁸ *Idem*

Deste modo, a abordagem que iniciamos em 2021 deve necessariamente ser completada com os desenvolvimentos subsequentes sob pena de não consubstanciar mais do que um mero exercício académico. Numa primeira fase, a ideia passava por analisar a natureza jurídica das obrigações decorrentes do RSI. Hoje, impõe-se a ponderação dos poderes normativos atribuídos à OMS pelos artigos 19.º e 21.º da sua Constituição, da natureza jurídica das obrigações daí decorrentes, da interseção do RSI com os instrumentos que venham a ser adotados e uma conclusão que tenha em consideração estes elementos e os fatores externos trazidos pelo 24 de fevereiro de 2022.

2. A OMS e os poderes normativos atribuídos pelos Estados

Podemos classificar a OMS como um organismo ou organização especializada, com personalidade jurídica internacional própria, vinculada às Nações Unidas⁹. O seu objetivo consiste na “aquisição, por todos os povos, do nível de saúde mais elevado que for possível”¹⁰. O seu funcionamento é assegurado pela Assembleia Mundial da Saúde (Assembleia), o Conselho Executivo e o Secretariado¹¹.

A OMS tem poderes para, *inter alia*, propor convenções, acordos e regulamentos, fazer recomendações respeitantes a assuntos internacionais de saúde e desempenhar as funções que neles sejam atribuídas à Organização, quando compatíveis com os seus fins¹². No âmbito da

⁹ Cf. Preâmbulo da Constituição da OMS e artigo 57.º e ss. da Carta das Nações Unidas.

¹⁰ Cf. artigo 1.º da Constituição da OMS.

¹¹ Cf. artigos 9.º e ss. da Constituição da OMS.

¹² Cf. a alínea k) do artigo 2.º da Constituição da OMS. Outras funções da OMS incluem: a atuação como autoridade diretora e coordenadora dos trabalhos internacionais no domínio da saúde; o estabelecimento e manutenção de colaboração efetiva com as Nações Unidas, organismos especializados, administrações sanitárias governamentais, grupos profissionais e outras organizações que se julgue apropriado; o auxílio aos Governos, a seu pedido, para melhorar os serviços de saúde; o fornecimento de assistência técnica apropriada e, em caso de urgência, a prestação da ajuda necessária, a pedido dos Governos ou com o seu consentimento; a prestação ou ajuda a prestar, a pedido das Nações Unidas, de serviços sanitários e facilidades a grupos especiais, tais como populações de territórios sob tutela; o estabelecimento e manutenção dos serviços administrativos e técnicos julgados necessários, compreendendo os serviços de epidemiologia e de estatística; a estimulação

Assembleia, é possível adotar convenções, acordos e regulamentos. O artigo 19.^o permite a adoção de convenções e acordos, o artigo 21.^o permite a adoção de regulamentos.

O artigo 19.^o determina que a Assembleia terá autoridade para adotar convenções ou acordos respeitantes a qualquer assunto que seja da competência da Organização, sendo exigível uma maioria de dois terços dos votos da Assembleia. As convenções e acordos assim adotados entrarão em vigor após a sua aceitação pelos Estados membros “em conformidade com as suas normas constitucionais.” O artigo 20.^o completa o processo impondo aos Estados o compromisso de, no prazo de dezoito meses contados da adoção da convenção ou acordo pela Assembleia, adotarem as medidas relacionadas com a sua adoção, devendo, em caso de não aceitação – e no mesmo prazo – enviar uma comunicação a informar das razões da não aceitação. Até à data apenas foi adotada uma Convenção pela Assembleia Mundial da Saúde: a Convenção Quadro da Organização Mundial de Saúde para o Controlo do Tabaco, a qual entrou em vigor no

e aperfeiçoamento dos trabalhos para eliminar doenças epidémicas, endémicas e outras; a promoção, em cooperação com outros organismos especializados, quando for necessário, a prevenção de danos por acidente; a promoção, em cooperação com outros organismos especializados, quando for necessário, o melhoramento da alimentação, da habitação, do saneamento, do recreio, das condições económicas e de trabalho e de outros fatores de higiene do meio ambiente; a promoção da cooperação entre os grupos científicos e profissionais que contribuem para o progresso da saúde; a promoção da saúde e do bem-estar da mãe e da criança e o favorecimento da aptidão para viver harmoniosamente num meio variável; o favorecimento de todas as atividades no campo da saúde mental, especialmente as que afetam a harmonia das relações humanas; a promoção e orientação da investigação no domínio da saúde; a promoção do melhoramento das normas de ensino e de formação prática do pessoal sanitário, médico e de profissões afins; o estudo e relato, em cooperação com outros organismos especializados, quando for necessário, das técnicas administrativas e sociais referentes à saúde pública e aos cuidados médicos sob os pontos de vista preventivo e curativo, incluindo os serviços hospitalares e a segurança social; o fornecimento de informações, pareceres e assistência no domínio da saúde; a ajuda à formação entre todos os povos de uma opinião pública esclarecida sobre assuntos de saúde; o estabelecimento e revisão, conforme for necessário, da nomenclatura internacional das doenças, das causas de morte e dos métodos de saúde pública; o estabelecer de normas para métodos de diagnóstico, conforme for necessário; o desenvolvimento, estabelecimento e promoção de normas internacionais com respeito aos alimentos, aos produtos biológicos, farmacêuticos e semelhantes; e de um modo geral, a tomada das medidas necessárias para alcançar os fins da Organização.

dia 27 de fevereiro de 2005¹³. Esta entrou em vigor no 90.º dia posterior ao depósito de 40 atos de manifestação de consentimento, e em relação aos Estados, do 90.º dia a partir do depósito deste ato¹⁴. Em 2022, a Convenção contava com 184 partes (incluindo a União Europeia), tendo sido efetuadas dez declarações¹⁵, um protesto¹⁶ e várias notas de rodapé¹⁷. O processo adotado nesta convenção não oferece dúvidas quanto à sua consideração como tratado para efeitos da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT), e respetiva aplicação.

Mais dúvidas poderá suscitar o processo relativo à adoção de regulamentos previsto no artigo 21.º da Constituição da OMS. Este determina que a “Assembleia terá autoridade para adotar os regulamentos respeitantes a (...) medidas sanitárias e de quarentena e outros procedimentos destinados a evitar a propagação internacional de doenças; nomenclaturas relativas a doenças, causas de morte e medidas de saúde pública; normas respeitantes aos métodos de diagnóstico para uso internacional; normas relativas à inocuidade, pureza e ação dos produtos biológicos, farmacêuticos e similares que se encontram no comércio internacional; publicidade e rotulagem de produtos biológicos, farmacêuticos e similares que se encontram no comércio internacional”.

¹³ Pesquisável em https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IX-4&chapter=9&clang=_en

¹⁴ Cf. artigo 36.º da Convenção Quadro da Organização Mundial de Saúde para o Controlo do Tabaco e alínea b) do n.º 1 do artigo 2.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969.

¹⁵ Azerbeijão, Bélgica, Brasil, China, República Checa, Estónia, União Europeia, Guatemala, Síria e Vietname.

¹⁶ Israel. Este protesto ocorreu em resposta a uma declaração da Síria, por ocasião da ratificação por esta da Convenção.

¹⁷ Estas foram agrupadas em seis notas. A primeira respeita à declaração da República Checa em 2012 no momento de ratificação, com declaração do Uruguai e posterior resposta da República Checa a esta declaração; e declaração da Austrália e posterior resposta da República Checa. A segunda refere-se a declaração da China sobre a aplicação da Convenção as regiões administrativas especiais de Hong Kong e Macau. A terceira refere-se à exclusão dos territórios das Ilhas Faroé e Gronelândia. A quarta remete para a nota 1, informações históricas e diz respeito ao Montenegro. A quinta diz respeito à exclusão do território de Toquelau (Nova Zelândia). A sexta diz respeito a declarações do Reino Unido, na sequência do Brexit, de extensão da sua ratificação aos territórios de Guernsey e do Bailiado de Jersey (2019); Gibraltar (2020).

O Regulamento Sanitário Internacional foi adotado neste enquadramento. À semelhança do ocorrido em relação à não aceitação de acordos e convenções, também os Estados membros deverão comunicar ao Diretor-Geral a sua rejeição ou reservas dentro do prazo indicado na notificação da Assembleia da Saúde nos termos do artigo 22.º. Se os Estados nada disserem os regulamentos entrarão em vigor depois da sua adoção ter sido devidamente notificada pela Assembleia da Saúde nos termos do mesmo artigo.

Não obstante a semelhança do procedimento de não aceitação, a aceitação de uns e outros não é igual. Nos tratados e acordos exige-se a aceitação pelos Estados-membros em conformidade com as suas normas constitucionais, nos regulamentos bastará a não comunicação da rejeição para que este fique vinculado ao mesmo. Num processo considerado como “pouco ortodoxo”¹⁸, o regime adotado é o de consentimento. Se um Estado-membro não estiver disposto a submeter-se às obrigações contidas no texto do regulamento, teria de o fazer no prazo indicado no instrumento aprovado, contado da notificação da sua adoção. Caso contrário, o regulamento será elevado ao estatuto de instrumento vinculativo¹⁹.

Poder-se-ia levantar a questão de o silêncio poder (ou não) consubstanciar uma forma válida de prestação de consentimento no direito internacional, ou poder (ou não) produzir efeitos jurídicos. Num artigo recente sobre o valor do silêncio no direito internacional, Lewis conclui que apesar de em determinadas circunstâncias ser atribuído valor jurídico ao silêncio – como sucede nos casos de aquiescência ou *estoppel* – este não está isento de controvérsias²⁰. Tratando-se de um instrumento a cujas normas se pretende atribuir valor convencional mais ainda. Ora, o instrumento mais adequado para interpretar todo o tipo instrumentos escritos de direito internacional²¹ é a CVDT. O artigo 17.º da CVDT esclarece

¹⁸ PEDRO ALEXANDRE VILLARREAL LIZÁRRAGA, *ob.cit.*, pp. 108 e ss.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ DUSTIN A. LEWIS *et al.*, Quantum of Silence: Inaction and Jus ad Bellum, in *HLS PILAC*, 2019.

²¹ MARGHERITA M. CINÁ *et al.*, The Stellenbosh Consensus on the International Legal Obligations to Collaborate and Assist in Addressing Pandemics: Clarifying Article 44 of the International Health Regulations”, in *International Organizations Law Review* (2020), Brill Nijhoff, pp. 1-30. DOI: 10.1163/15723747-2020024, a p. 10.

que um Estado pode prestar o seu consentimento em ficar vinculado por um tratado pela assinatura, troca de instrumentos constitutivos de um tratado, ratificação, aceitação, aprovação, adesão, ou por qualquer outra forma acordada. Regista-se assim uma grande variedade das formas e dos momentos de expressão de consentimento, e uma formulação final de grande relevância porque permite uma grande flexibilidade na forma de expressar o consentimento necessário à vinculação de um Estado²². Como sublinha Shaw, o direito internacional não exige requisitos de forma específicos para a existência de um tratado, o essencial é que as partes tenham pretendido criar um conjunto de obrigações vinculativas, que se lhes aplica através do acordo obtido²³. Adicionalmente, haverá que analisar “toda a prática seguida posteriormente na aplicação do tratado pela qual se estabeleça o acordo das Partes sobre a interpretação do tratado”²⁴.

No que ora releva, o RSI foi depositado junto do SGNU, nos termos do artigo 102.º da Carta das Nações Unidas²⁵, em todas as suas atualizações²⁶, tendo sido classificado como um acordo multilateral, que entrou em vigor no dia 15 de junho de 2007, ao abrigo do artigo 59.º do mesmo. Percorrendo a lista das respetivas partes, verifica-se que o RSI entrou em vigor para todos os Estados na mesma data. Destes, 29 Estados efetuaram declarações²⁷, um efetuou reservas²⁸, um efetuou reservas e

²² Vide *ILC Report*, 34ª Sessão (1982-II/2) YbILC, 29.

²³ MALCOLM N. SHAW QC, *International Law*, 8th Ed., Cambridge University Press, 2017, a p. 686.

²⁴ Cf. alínea b) do n.º 3 do artigo 31.º da CVDT.

²⁵ O qual determina que “todos os tratados e todos os acordos internacionais concluídos por qualquer membro das Nações Unidas depois da entrada em vigor da presente Carta deverão, dentro do mais breve prazo possível, ser registados e publicados pelo Secretariado.

²⁶ Cf. <https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=08000002801d31cc&clang=en>.

²⁷ Áustria, Bélgica, Bulgária, China, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estónia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letónia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Holanda, Polónia, Portugal, Roménia, Eslováquia, Eslovénia, Espanha, Suécia, Tonga, Turquia. Observa-se que, sem prejuízo da resposta da Grécia à declaração da Turquia, a posição dos Estados-membros da UE aqui referidos foi efetuada por Portugal, na qualidade de Presidente do Conselho da União Europeia e pronunciou-se sobre as reservas apresentadas pelos Estados Unidos, pela Índia, e sobre a declaração apresentada pela Turquia. Cf. https://www.who.int/health-topics/international-health-regulations#tab=tab_1

²⁸ Índia.

interpretações²⁹, e outro efetuou protesto³⁰ às reservas e interpretações. Nenhum destes Estados contestou o carácter vinculativo do RSI. Mesmo a declaração dos Estados Unidos de que as disposições do RSI *do not create judicially enforceable private rights* parece ter como objetivo impedir o acesso de particulares a tribunais por violação – imputável a um Estado – de obrigações decorrentes do RSI e não a natureza jurídica do seu conteúdo. O conjunto destes acontecimentos favorece o carácter vinculativo do RSI, e por consequência, das respetivas normas. Estamos então perante normas vinculativas adotadas nos termos de um tratado constitutivo (a Constituição da OMS) que se aplicam aos Estados-parte.

Assim, e apesar de o RSI não constituir um tratado internacional em sentido estrito, o mesmo tem os efeitos vinculativos próprios dos mesmos, nos termos do n.º 1 do artigo 11.º da CVDT³¹. Recorrendo à interpretação do Tribunal Internacional de Justiça, no caso que opôs o Qatar ao Bahrein, o mais importante para determinar se um tratado, acordo ou pacto internacional é vinculativo ou não vinculativo, mais do que os requisitos formais ou processuais, é a intenção das partes que o aprovam³². Este argumento é reforçado pela alínea b) do n.º 1 do artigo 2.º da mesma CVDT, ao enunciar as várias formas que designam o ato pelo qual o Estado manifesta, no plano internacional, o seu consentimento em ficar vinculado por um tratado³³. Assim sendo, e tendo o Regulamento Internacional sido aprovado nos termos dos artigos 19.º a 23.º da Constituição da OMS, o mesmo apresenta um carácter vinculativo nos termos do direito internacional, porque essa aprovação foi efetuada para adquirir esse efeito jurídico, e em consequência, o RSI veio criar obrigações para os Estados membros. Se quisermos ser mais precisos e recorrendo à expressão de Villarreal, o RSI *se le cataloga como un acto*

²⁹ Estados Unidos.

³⁰ Irão.

³¹ PEDRO ALEXANDRE VILLARREAL LIZÁRRAGA, *ob. cit.*, p. 103.

³² Acórdão do Tribunal Internacional de Justiça, Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Jurisdiction and Admissibility, Judgement, *I.C.J. Reports 1994*, p. 112, parágrafos 139, 140 e 146, pesquisável em <https://www.icj-cij.org/en>. Veja-se também ANTHONY AUST, *Handbook of International Law*, 2nd Ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 11.

³³ PEDRO ALEXANDRE VILLARREAL LIZÁRRAGA, *ob. cit.*, p. 104.

*con efectos de tratado celebrado bajo el auspicio de la Organización Mundial de la Salud*³⁴.

3. O Regulamento Sanitário Internacional e as obrigações decorrentes do mesmo

O século XX fez surgir organizações internacionais especializadas na área da saúde como a Organização Pan-Americana de Saúde (1902), o Gabinete Internacional de Higiene Pública (1907) e a própria OMS, na decorrência da nova ordem mundial surgida após a II Guerra Mundial³⁵, enquanto agência especializada associada às Nações Unidas³⁶. À OMS – e a outras agências especializadas associadas às Nações Unidas – foi confiado um papel próprio que favoreça o desenvolvimento do direito internacional na sua área de domínio. O RSI surge neste âmbito.

No contexto histórico, os antecedentes do RSI incluem as Convenções Sanitárias Internacionais de 1892 e 1944, reunidas num único instrumento – em 1951 – pela Assembleia Mundial de Saúde, revisto e renomeado em 1969 como Regulamento Sanitário Internacional. Numa fase inicial aplicava-se apenas a quatro doenças: peste, cólera, febre amarela e varíola. Em 1973 foram modificadas as disposições relativas à cólera e, em 1981, tendo em consideração a erradicação da varíola em 1980, esta doença foi excluída. A revisão de 2005 foi mais substancial que as anteriores e incluiu mudanças significativas na forma como se esperava que os Estados se deveriam preparar e responder a surtos de doenças infecciosas, criando um maior ênfase na lógica de saúde pública deste instrumento, ao deixar de ter o seu foco no controlo das fronteiras para se centrar na contenção de doenças na sua origem. Deste modo, é possível concluir que o RSI é um instrumento que resulta da aprendizagem de pandemias passadas³⁷.

³⁴ Cit. PEDRO ALEXANDRE VILLARREAL LIZÁRRAGA, *ob. cit.*, p. 104. *Vide* ainda JAMES CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th Ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 370.

³⁵ ARMIN VON BOGDANDY/PEDRO A. VILLARREAL, *ob. cit.*

³⁶ MALCOLM N. SHAW QC, *ob. cit.*, p. 984.

³⁷ LAUREN TONTI, *The International Health Regulations: The Past and the Present, But What Future?* *Harvard International Law Journal*, 2020, disponível em <https://harvardilj.org/2020/04/the-international-health-regulations-the-past-and-the-present-but-what-future/>

A revisão de 2005 surge principalmente pelo declínio da versão anterior, mais rígida na abordagem das doenças a que se aplicava. Assim, o atual anexo II contém uma lista não restritiva das doenças consideradas *notificáveis* para efeitos de vigilância epidemiológica internacional. A par das várias doenças notificáveis encontram-se as referências aos novos subtipos do vírus da gripe, de que a COVID-19 é exemplo, mas também a qualquer evento com potencial para constituir um problema de saúde pública de interesse internacional, permitindo a aplicação do RSI a qualquer propagação internacional de doenças que se possa inserir no âmbito do artigo 2.º do RSI.

O RSI tem por objeto a prevenção, proteção, controlo e resposta em termos de saúde pública a uma propagação internacional de doenças. Este objeto deve recorrer a “meios proporcionados e limitados aos riscos de saúde públicas” e deve evitar “interferências desnecessárias com o tráfego e comércio internacionais”³⁸. A versão de 2005 atribuiu ao Diretor-Geral da OMS, o poder de declarar uma “emergência de saúde pública de âmbito internacional”³⁹. O regulamento define tal emergência como “uma ocorrência extraordinária que se conclui (...) constituir um risco para a saúde pública noutros Estados em virtude do risco de disseminação internacional de doenças; e requerer uma resposta internacional coordenada”. Desde 2005, e até à data, a OMS declarou seis emergências de saúde pública⁴⁰, sendo a mais recente a de 30 de Janeiro de 2020, em resposta ao novo surto de coronavírus.

Não se pode ignorar que o próprio RSI não prevê sanções em caso de incumprimento. Contudo, o carácter vinculativo ou não de um tratado não depende da inclusão ou não de sanções explícitas, mas sim da forma como o ato cumpre os parâmetros do direito internacional para ser

³⁸ Cf. artigo 2.º do RSI.

³⁹ Cf. artigo 12.º do RSI. Trata-se de uma inovação da versão de 2005, para colmatar a falha detetada em 2003, no caso SARS, quando o então Diretor-Geral da OMS Brutland declarou o estado de emergência sem que aquela doença estivesse no elenco do RSI de 1969, com acusações de conduta *ultra-vires*. Vide ARMIN VON BOGDANDY/PEDRO VILLARREAL, *ob.cit.*, p. 11.

⁴⁰ A primeira vez que se aplicou esta figura ocorreu na pandemia de gripe A(H1N1), após esta e antes do COVID-19, a mesma foi desencadeada no ressurgimento do vírus da poliomielite, em eventos relacionados com a propagação do Ébola nos países da África Ocidental, e mais recentemente com a rápida propagação do vírus Zika por toda a América Latina.

considerado como tal, principalmente a prestação do consentimento dos Estados para assinar o documento em questão. No caso particular do RSI, estes critérios emanam diretamente da Constituição da OMS, mais concretamente dos artigos 19º a 23.º, que atribuem à mesma poderes para emitir resoluções vinculativas e não vinculativas. A declaração de uma emergência de saúde pública de interesse internacional, tal como definida no capítulo um, é combinada com obrigações que se impõem aos Estados, principalmente no que diz respeito à notificação imediata de informações relevantes à Organização Mundial de Saúde, sendo de realçar a obrigação dos Estados notificarem a OMS – no prazo de 24 horas – de todos os eventos que, dentro do seu território, possam constituir uma emergência de saúde pública de âmbito internacional, e a(s) medida(s) implementada(s) para responder a tal ocorrência. Esta obrigação não se esgota com esta notificação e exige do Estado uma atualização de informações, que incluem os desenvolvimentos subsequentes que venham a ocorrer dentro do território do Estado, e implicam a prestação de informações oportunas, precisas e suficientemente pormenorizadas⁴¹. O Anexo 2 fornece o instrumento de decisão para avaliação e notificação das ocorrências que se possam enquadrar nesta definição.

Mas o RSI não se esgota neste dever de informação. Os Estados têm também a obrigação de adquirirem, reforçarem e manterem as suas capacidades internas para detetar, avaliar, notificar e declarar situações que configurem risco de propagação internacional de doenças⁴². Os Estados podem decidir como pretendem cumprir esta obrigação, dentro da sua margem de discricionariedade, mas devem ter presente a necessidade de proteger “toda a população mundial da propagação internacional de doenças”⁴³.

⁴¹ Estas informações devem incluir, se possível, a definição dos casos, os resultados de laboratório, a fonte e o tipo de risco, o número de casos e de óbitos, os fatores que influem na propagação da doença e as medidas sanitárias aplicadas. Também as dificuldades surgidas e apoio de que o Estado necessita poderão ser incluídos nestas informações. Cf. n.º 3 do artigo 6.º do RSI.

⁴² Cf. artigo 5.º do RSI.

⁴³ Cf. n.º 1 do artigo 3.º do RSI.

Sublinha-se que o RSI impõe alguns limites à aplicação pelos Estados de medidas sanitárias que respondam a riscos específicos para a saúde pública de âmbito internacional⁴⁴:

- a) Por um lado, a decisão dos Estados de aplicar as medidas sanitárias deve ser baseada em princípios científicos, opiniões ou pareceres específicos disponibilizados pela OMS e elementos científicos disponíveis que indiquem um risco para a saúde humana, ou, se tais elementos se mostrarem insuficientes, em informações disponibilizadas pela OMS e por outras organizações governamentais e organismos internacionais competentes. Esta última disposição acarreta algumas reflexões adicionais. O risco para a saúde pública é entendido como a probabilidade de uma ocorrência que pode prejudicar a saúde das populações humanas, com especial relevo para aquela que pode propagar-se a nível internacional ou representar um perigo grave e direto⁴⁵.
- b) Por outro lado, as medidas sanitárias não devem ser mais restritivas para o tráfego internacional, nem mais intrusivas ou invasivas para as pessoas do que outras medidas “razoavelmente aplicáveis que permitiriam garantir o nível adequado de proteção de saúde”⁴⁶. Se um Estado decidir aplicar medidas sanitárias complementares que causem entraves significativos ao tráfego internacional, deve fornecer à OMS razões de saúde pública e informações científicas justificativas⁴⁷. As informações relativas à sua aplicação devem ser notificadas à OMS num prazo de 48 horas acompanhadas da respetiva justificação, exceto se forem objeto de uma recomendação temporária ou permanente⁴⁸.

Deste modo, o regulamento obriga os Estados-parte a apenas impor medidas com suporte científico, adequadas aos riscos envolvidos, e mantendo o respeito pelos direitos humanos. Em geral, as medidas

⁴⁴ Cf. artigo 43.º RSI.

⁴⁵ Cf. artigo 1.º do RSI.

⁴⁶ Cf. artigo 43.º do RSI.

⁴⁷ Cf. n.º 3 do artigo 43.º do RSI.

⁴⁸ Cf. n.º 5 do artigo 43.º do RSI.

sanitárias devem seguir as recomendações da OMS, embora os Estados sejam autorizados a impor medidas adicionais em algumas circunstâncias. Já a obrigação dos Estados informarem a OMS sobre quaisquer medidas de saúde pública que tomem e que constituam “entraves significativos” ao tráfego internacional – o que significa atrasar a entrada ou saída de viajantes ou bens por mais de 24 horas – deve ser devidamente justificada, indicando-se as informações que fornecem meios de prova com base em métodos científicos estabelecidos e aceites⁴⁹.

Estas obrigações devem ser analisadas conjuntamente com as ferramentas indicadas no artigo 3.º do RSI, como a Carta das Nações Unidas e a Constituição da OMS. O artigo 55.º da Carta das Nações Unidas exige a “promoção do respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos (...)”; a Constituição da OMS reconhece o gozo do “melhor estado de saúde que é possível atingir” como um direito fundamental. Ora, a prevenção de uma doença infecciosa e a prevenção da sua disseminação constituem – naturalmente – uma componente relevante para “gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir.” Deste modo, o controlo de doenças infecciosas deve ser inserido no contexto dos direitos humanos. Esta interpretação é reforçada pela alusão expressa que lhe é efetuada pelo n.º 1 do artigo 3.º do próprio RSI⁵⁰. O respeito universal e efetivo dos direitos humanos pressupõe que os Estados cumpram com as suas obrigações⁵¹.

⁴⁹ Cf. artigo 1.º do RSI

⁵⁰ Ou mesmo pelo artigo 32.º do RSI que impõe aos Estados a obrigação de tratar “os viajantes no respeito pela sua dignidade e pelos direitos humanos fundamentais (...)”, deste modo fazendo aplicar o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais.

⁵¹ Conforme já deixamos expresso, o direito internacional reconhece e protege através de vários instrumentos o direito à saúde. Assim, este é desde logo consagrado pela Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), determinando a Carta Social Europeia (CSE) no seu art.º 11.º, o direito à proteção da saúde. Também o Gabinete do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos e a Organização Mundial de Saúde se pronunciaram sobre o mesmo, considerando que o direito à saúde deve ser encarado como parte fundamental dos direitos humanos e de uma vida condigna. A nível regional, vejam-se os regimes de proteção e responsabilização do Estado infrator decorrentes da Convenção Europeia de Direitos Humanos, da Convenção Intra-Americana de Direitos Humanos e da Convenção Africana de Direitos Humanos. *Vide* FÁTIMA CASTRO MOREIRA, *O Direito à saúde à luz da CEDH*, in PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (Coord.) *Comentário*

Outra das matérias chave no combate à pandemia parece ser a obrigação de cooperação que existe entre os Estados Parte e entre estes e a OMS. Sob a epígrafe “Colaboração e Assistência”, o artigo 44.^o veio reforçar esta necessidade de cooperação. O artigo constitui uma das novidades de 2005, tendo sido introduzido para criar obrigações entre os Estados Parte, que se comprometeram “a colaborar mutuamente, na medida do possível”, bilateralmente, “através de redes regionais e gabinetes regionais da OMS, e ainda através de organizações inter-governamentais e organismos internacionais”, nos domínios técnicos, logísticos, financeiros e jurídicos, e ainda o de fortalecer e manter as capacidade de saúde públicas exigidas nos termos do Regulamento⁵². Estamos perante uma obrigação geral de cooperar não apenas com a OMS mas também com os outros Estados. O desafio é que, apesar da sua inclusão no RSI parecer tornar esta obrigação juridicamente vinculativa, a maioria dos Estados não colaborou na medida necessária, em particular, para alcançar o núcleo mínimo de capacidades de saúde pública em todos os Estados. Infelizmente, o princípio da cooperação não foi acatado conforme se impunha, e muitos culpam a insuficiência do RSI por – apesar de consagrar este dever – não definir os respetivos termos.

Questão diversa é a do RSI incluir no seu conteúdo mecanismos que permitam agilizar o cumprimento das obrigações que deste decorrem. À data da sua conclusão, os Estados não estavam preparados para abdicar da sua soberania, existindo uma total ausência de disposições no RSI que permitam à OMS fiscalizar ou obrigar os Estados a cumprir o estatuído no mesmo⁵³. Exemplos práticos desta ausência incluem o facto da OMS não ter autoridade para iniciar uma investigação independente de um

da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais, I, Universidade Católica Editora, 2020, 30 e UNHCHR (2008), disponível em <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31.pdf>, mais concretamente pp. 12-22.

⁵² Não só a colaboração não era especificamente exigida nas versões anteriores do RSI, como o Artigo 44 também estava ausente na primeira versão do RSI revisto distribuído pelo Grupo de Trabalho Intergovernamental que negociou o texto. Foi introduzido na segunda versão do RSI revista como uma resposta direta às preocupações de muitos países sobre a viabilidade de implementar os principais requisitos de capacidade de saúde pública previstos RSI sem a colaboração de outros países. Para mais desenvolvimentos, *vide* MARGHERITA M. CINÁ et al., *ob.cit.*

⁵³ Neste sentido PEDRO ALEXANDRE VILLARREAL LIZÁRRAGA, *ob.cit.*, pp. 98-108.

surto no território de um Estado-parte, e precisar do convite do Estado para o fazer, nem ter autoridade para aplicar uma coima ao Estado que não cumpra as suas obrigações.

O que tem levado vários Estados a defender que a OMS não tem autoridade jurídica, não tem autoridade política, não tem a capacidade técnica necessárias para enfrentar futuros surtos de doenças como a COVID-19 e que as capacidades científicas, médicas e de saúde pública, assim como o papel normativo atribuído pela sua constituição não têm sido suficientes para que a OMS possa ajudar eficazmente os Estados a prevenir, detetar e responder a surtos de doenças e enfrentar as consequências económicas, sociais e sanitárias de pandemias à escala global⁵⁴. O combate a uma grande pandemia requer uma coordenação multisetorial em grande escala que permita melhorar o fabrico e partilha global equitativa dos equipamentos, cuidados médicos e vacinas necessários, instituir medidas fiscais e empréstimos direcionados à proteção do mercado global e das economias nacionais, empresas e trabalhadores, proteger os direitos humanos e as necessidades humanitárias das populações mais vulneráveis, enfrentar as perturbações no comércio internacional e viagens, e respetivos diferendos⁵⁵. Tal implica uma colaboração com outras Organizações Internacionais. Há por isso quem defenda uma falência da OMS e a necessidade de repensar o quadro jurídico e uma estrutura de governação das doenças infecciosas para proteger a saúde pública global em futuras pandemias⁵⁶. Assim sendo, a ideia passaria ou

⁵⁴ GIULIO BARTOLINI, Are you ready for a Pandemic? The International Health Regulations put to the test of their “Core Capacity Requirements”. *EJIL: Talk, Blog of the European Journal of International Law*, 1 de junho de 2020. Disponível em <https://www.ejiltalk.org/are-you-ready-for-a-pandemic-the-international-health-regulations-put-to-the-test-of-their-core-capacity-requirements/>

⁵⁵ Veja-se a posição do Conselho da União Europeia em <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/03/03/council-gives-green-light-to-start-negotiations-on-international-pandemic-treaty/> e em <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/coronavirus/pandemic-treaty/>

⁵⁶ Como sibilinamente resumem Bogdandy e Villarreal, a OMS é uma instituição que tem atraído críticas de todos os lados. Historicamente não conseguiu escapar às divisões da Guerra Fria nas décadas de 1970 e 1980, sendo A Declaração de Alma-Ata, de 1978, documento que consagrava a estratégia dos cuidados de saúde primários, foi considerada pelos EUA como uma visão socialista da medicina. A viragem da OMS, nos anos 1990, para

pela constituição de uma nova entidade no sistema das Nações Unidas, ou como tem vindo a ganhar força, incluindo na própria OMS, na criação de um novo tratado direcionado para situações pandémicas, que venha substituir ou reforçar o RSI⁵⁷. De todo o modo, todos parecem concordar numa conclusão: Os poderes atribuídos pelos Estados à OMS e o RSI

uma abordagem mais favorável ao setor privado também provocou controvérsias. Acresce a este histórico a incapacidade de responder de forma capaz às grandes crises das últimas décadas, com alegações de má gestão. Deste modo, a morosidade em reagir atempadamente demonstrada no passado por dificuldades de gestão interna levaram à perceção de que a OMS seria uma agência que sabe tudo mas não faz nada. O desgaste provocado por estas críticas ao longo de anos retira à OMS a capacidade de agir como o líder que se impunha na crise atual. ARMIN VON BOGDANDY/PEDRO VILLARREAL, *ob.cit.*, p. 5. Veja-se também GIULIO BARTOLINI, *ob.cit.*

⁵⁷ Em 30 de março de 2021, 25 chefes ou representantes de Estado, incluindo o Primeiro Ministro português António Costa, o Presidente do Conselho Europeu e o Diretor-Geral da OMS subscreveram um documento intitulado “towards a new international treaty for pandemic preparedness and response”. Cf. <https://www.who.int/news/item/30-03-2021-global-leaders-unite-in-urgent-call-for-international-pandemic-treaty>, dois meses depois na Assembleia Mundial da Saúde, foi apresentada uma proposta pela União Europeia e 32 Estados membros da OMS a solicitar uma sessão especial para análise da elaboração de uma convenção, acordo ou outro instrumento internacional no âmbito da OMS. Esta sessão foi acolhida e o resultado é conhecido. Em finais de 2021, foi aprovada a constituição de um grupo intergovernamental para preparação e apresentação de uma proposta. Os defensores de um tratado invocam que este iria proporcionar o acesso equitativo e universal a vacinas, medicamentos e diagnósticos seguros, eficazes e a preço razoável para esta e para futuras pandemias, além de reforçar a cooperação internacional no desenvolvimento de sistemas de alerta e de partilha de dados mais eficazes. O principal entrave parece no entanto provir dos Estados onde têm sede os principais laboratórios farmacêuticos. Em outubro de 2020, a Índia e a África do Sul solicitaram, no âmbito do Acordo da Organização Mundial de Comércio sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (TRIPS), a suspensão ou renúncia temporária de patentes de vacinas e medicamentos relacionados com a COVID-19. Esta suspensão permitiria aos fabricantes de vacinas e medicamentos aumentarem o seu fornecimento sem o risco de conflitos comerciais daí resultantes. Esta medida não foi aceite por alguns dos Estados-membros da OMC, como o Brasil. Ainda assim, é de sublinhar o acordo inicial que Índia e África do Sul obtiveram neste ano com os Estados Unidos e a União Europeia sobre a isenção de patentes da vacina contra a COVID-19. Cf. RONALD LABONTÉ *et al.*, A pandemic treaty, revised international health regulations, or both?, in *Globalization and Health* (2021) 17:128, <https://doi.org/10.1186/s12992-021-00779-0>, e <https://news.un.org/pt/story/2022/03/1783122> e links indicados supra na nota 55.

não permitem responder eficazmente a uma pandemia da dimensão da COVID-19.

É nestas circunstâncias que no final do ano transato, a Assembleia Mundial de Saúde (órgão da OMS) aprovou – por consenso – uma resolução tendo em vista a elaboração de uma “convenção, acordo ou instrumento internacional, que seja mais eficaz no combate a uma pandemia” do que o atual RSI. Mas um mecanismo mais eficaz pressupõe um conjunto de normas que agilizem o cumprimento das obrigações decorrentes do RSI ou de outro instrumento. Em 2005, os Estados não estavam preparados para abdicar da sua soberania. Por este motivo existe uma total ausência de disposições no RSI que permitam à OMS fiscalizar ou obrigar os Estados a cumprir o estatuído no mesmo. Mas estarão hoje? Pegando nas palavras de Azeredo Lopes⁵⁸, com uma “comunidade internacional” cada vez mais fragmentada, será possível adotar mecanismos que garantam o cumprimento dos deveres de cooperação e informação por todos os Estados, ou assistiremos ao desenvolvimento de regras que se apliquem a algumas comunidades de Estados e excluam outras? E as organizações internacionais como as Nações Unidas ou a OMS? Qual o papel que lhes está reservado neste processo?

Os desenvolvimentos das relações internacionais terão certamente impacto significativo no atual direito internacional, e no desenvolvimento que se perspectivava há quatro meses, mas sem prejuízo da necessidade de se acolherem mecanismos que permitam alcançar uma melhor governança da saúde a nível mundial, aceitar que os Estados podem violar as obrigações decorrentes do RSI sem qualquer responsabilização não nos parece a melhor interpretação. O direito internacional tem um conjunto de normas consuetudinárias que permite responsabilizar o Estado infrator, nos termos compilados pelo Projeto de Artigos sobre Responsabilidade dos Estados por Factos Internacionalmente Ilícitos que se aplicam.

⁵⁸ Leia-se a referência introdutória.

4. A Responsabilidade Internacional dos Estados por violação do RSI

O RSI contém um conjunto de normas primárias que devem ser observadas pelos Estados-parte, sendo de salientar os deveres de informação e colaboração, nos termos supra referidos.

No que ao dever de informação concerne, o Estado-parte tem o dever de informar a OMS sobre a ocorrência de uma emergência de saúde pública. O objetivo pretendido é o de conter este evento, evitar o alastramento desta emergência de saúde pública para além dos limites do território do Estado. O Estado tem assim de cumprir as obrigações decorrentes do RSI, as quais são consideradas como as medidas que correspondem às diligências devidas para evitar este alastramento. Obviamente, que estamos perante uma obrigação de meios, uma obrigação de diligência devida e não uma obrigação de resultados. Ou seja, não se exige ao Estado que impeça este alastramento. Exige-se ao Estado que tome todas as medidas que lhe são exigíveis de acordo com as circunstâncias. Tal significa que mesmo que o evento que se pretende evitar ocorra, se o Estado tiver tomado as medidas devidas não existirá ilicitude. Se o Estado não as tomar ocorrerá uma violação do RSI por omissão.

A questão que se coloca é então a de saber quando é que o Estado está obrigado a prestar esta informação, sendo a resposta mais óbvia “quando existir uma emergência de saúde pública”. Ocorrerá uma emergência de saúde pública de importância internacional quando existir um evento extraordinário que – nos termos do RSI⁵⁹ – possa constituir um risco para a saúde pública dos outros Estados, devido à propagação internacional da doença e potencialmente exigindo uma resposta internacional coordenada. Esta obrigação implica que o Estado atue com a diligência devida na prestação desta informação. A análise da *due diligence* pressupõe a existência um *standard* comportamental que permita analisar se o Estado agiu da melhor forma possível na abordagem que fez de determinados riscos, ameaças ou danos⁶⁰. Tal não implica que os Estados devam seguir

⁵⁹ Cf. artigo 6.º do RSI e Anexo II do mesmo.

⁶⁰ Vide ANTONIO COCO/TALITA DE SOUZA DIAS, Prevent, Respond, Cooperate, State's Due Diligence Duties vis-à-vis the Covid-19 Pandemic, in *Journal of International*

exatamente o mesmo comportamento. A diligência devida poderá variar em função da capacidade de um Estado adotar as medidas necessárias e apropriadas face aos meios técnicos e humanos e aos recursos humanos de que dispõe, não exige aos Estados o impossível. Antes representa uma medida que lhe atribui uma margem de discricionariedade para decidir quais as medidas que devem ser adotadas e implementadas de entre aquelas que são adequadas face às circunstâncias⁶¹. Para que o Estado tome a sua decisão é preciso aferir sobre o conhecimento que o Estado tem sobre os riscos relevantes no momento em que estes surgem, tendo por base os elementos de base científica disponíveis. Num contexto de emergência de saúde pública, as preocupações de saúde pública devem ser analisadas conjuntamente com outros fatores – muitas vezes divergentes – como a estabilidade económica, o bem-estar dos cidadãos e certos direitos e liberdades fundamentais. O direito internacional fornece ferramentas adicionais como o princípio da precaução – na medida em que a prevenção é sempre melhor do que a cura – e a proteção dos direitos à vida e à saúde. Tal implica assim que – face aos elementos científicos recolhidos na altura da sua decisão – se o Estado suspeitar que o evento ocorrido no seu território, poderá de alguma forma consistir ou evoluir para uma situação de emergência de saúde pública de âmbito internacional estará obrigado a este dever geral de informação.

Mais difícil parece ser o alcance do dever de cooperação. Apesar de identificar esta obrigação, o Regulamento não define em que consiste esta colaboração na prática. Ainda assim, não nos parece que alguns dos comportamentos realizados por alguns Estados no início da pandemia, como o encerramento unilateral de fronteiras, o açambarcamento de medicamentos, vacinas e material de proteção pessoal possam ir ao encontro deste dever. Na própria UE, em que uma das liberdades consagradas é a livre circulação de pessoas, vários Estados-membros

Humanitarian Legal Studies 11 (2020) 218-236. Brill Nijhoff.; e ANTONIO COCO/TALITA DE SOUZA DIAS. Part I: “Due Diligence and COVID-19: States’ Duties to Prevent and Halt the Coronavirus Outbreak”, 24 Mar. 2020. *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*.

⁶¹ Vide ANTONIO COCO/TALITA DE SOUZA DIAS. Part III: “Due Diligence and COVID-19: States’ Duties to Prevent and Halt the Coronavirus Outbreak”, 25 Mar. 2020. *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*.

encerraram unilateralmente as suas fronteiras, fazendo tábua rasa das obrigações assumidas e fragilizando o RSI e a força jurídica das obrigações aí consagradas que devem ser cumpridas de boa-fé⁶².

A violação pelo Estado das suas obrigações jurídico-internacionais origina a sua responsabilidade internacional. Para que a mesma ocorra é essencial a violação de uma norma primária que imponha obrigações, reconheça direitos, ou estabeleça regras de conduta. Incluindo o RSI um conjunto de normas primárias que se impõem aos Estados-partes, o não cumprimento de uma obrigação decorrente do mesmo implica a comissão de um facto internacionalmente ilícito que, originará, como consequência daquele ilícito, obrigações na esfera jurídica do Estado responsável *em relação* ao(s) Estado(s) lesado(s)⁶³. É o chamado direito internacional das obrigações que designa e consagra o regime da responsabilidade internacional dos Estados. A responsabilidade internacional dos Estados constitui a “sanção de direito comum” pelo não cumprimento das obrigações internacionais, sendo não apenas o “corolário obrigatório da sua igualdade” mas também o “corolário necessário do direito”⁶⁴. O Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional dos Estados (PARI) por factos internacionalmente ilícitos contém, no essencial, as normas que na sua maioria, são pacificamente aceites pelos Estados como refletindo direito consuetudinário⁶⁵. Recorrendo a este instrumento,

⁶² O princípio da boa-fé é um princípio substantivo que clarifica a interpretação da obrigação que deve ser cumprida. Cf., neste sentido, JEAN SALMON, “*Pacta sunt servanda*”, in OLIVER DORR, KIRSTEN SCHMALENBACH (EDS.), *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary*, Springer, Heidelberg, 2012, 660-685, a 677 ss.

⁶³ MARIA ISABEL TAVARES, Responsabilidade Internacional dos Estados por Factos Internacionalmente Ilícitos, in JOSÉ ALBERTO AZEREDO LOPES (ED.), *Regimes Jurídicos de Direito Internacional*, I, Porto, Universidade Católica Editora, 2020, a 632 ss.

⁶⁴ ALLAIN PELLET, *Le Droit International à La Lumière de la Pratique: L'introuvable Théorie de la Réalité*. Cours général de droit international public, 414, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Brill Online, disponível em http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_ppldr_c_A9789004465473_01

⁶⁵ Este regime não esgota a matéria de responsabilidade internacional no direito internacional, sendo de mencionar o Projeto de Artigos sobre *Responsabilidade Internacional das Organizações Internacionais relativamente à qual a Comissão de Direito Internacional* (Resolução 66/100, da AGNU, adotada a 9 de dezembro de 2011) e outros regimes jurídicos como o Direito Internacional dos Direitos Humanos, no sistema criado no quadro do Conselho da Europa com Convenção Europeia dos Direitos Humanos (e os seus mecanismos de garantia,

conclui-se que só existe responsabilidade internacional se o Estado cometer um facto internacionalmente ilícito. Ora, para que ocorra este facto são necessários 2 elementos: um elemento subjetivo e um elemento objetivo. Deverá existir um comportamento, que pode consistir numa ação ou omissão, que viole uma norma primária de direito internacional, e esta violação tem de ser imputável ao Estado. As normas constantes do Projeto de Artigos são entendidas como normas secundárias porque dependem da violação de uma norma primária. Já a ilicitude, enquanto elemento objetivo do facto internacionalmente ilícito caracteriza-se por uma desconformidade objetiva com a norma primária⁶⁶. Assim, é indiferente para a ilicitude, uma qualquer intencionalidade, culpa, ou mesmo, a necessidade absoluta de dano⁶⁷. Pelo que, para que a responsabilidade do Estado surja ao abrigo do direito internacional, é necessário e suficiente, por um lado, que tenha sido cometido um facto ilícito internacional e, por outro, que esse facto possa ser atribuído ao Estado⁶⁸. O direito deve ser respeitado por si mesmo: mesmo que uma violação não tenha causado qualquer dano, o seu autor assume a sua responsabilidade internacional.

nomeadamente o mecanismo de queixa individual), e também no sistema do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos ou o sistema da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Para uma análise mais aprofundada veja-se MARIA ISABEL TAVARES, I, *ob. cit.*, a 632 ss, GILLES COTTEREAU, *Resort to International Courts in Matters of Responsibility*, in JAMES CRAWFORD *et al.* (Eds.), *The Law of International Responsibility*, London, Oxford University Press., 2010, pp. 1117-1126; e ALLAIN PELLET, *ob. cit.*, pp. 252 e ss.

⁶⁶ Por outras palavras, haverá que verificar qual o comportamento que se exigia ao Estado de acordo com a norma primária aplicável; depois, confrontar aquele que foi, de facto, o comportamento do Estado, com o comportamento que lhe era exigido pela norma primária; e se o comportamento for desconforme com o que era exigido ao Estado, então existirá ilicitude. *Vide* Maria Isabel Tavares, I, *ob. cit.*, p. 640.

⁶⁷ No entanto, o direito internacional não elimina completamente a análise das intenções do Estado (...) na determinação de uma violação de direito internacional em todos os domínios. Com efeito, ataques massivos e sistemáticos à população civil apenas constituem genocídio se acompanhados da intenção de destruir em todo ou em parte um grupo nacional, étnico, racial ou religioso enquanto tal. Do mesmo modo, algumas sanções económicas unilaterais, lícitas em si mesmas, podem transformar-se em ilícitas se a intenção do Estado que as adota é substituir-se à vontade soberana de outro Estado e intervir nos seus assuntos internos. Também a culpa, sob a forma de dolo ou negligência, de um Estado vítima de um facto ilícito pode ser tida em consideração na determinação do *quantum* da reparação devida pelo Estado responsável". *Vide* Maria Isabel Tavares, I, *ob. cit.*, p. 660.

⁶⁸ ALLAIN PELLET, *ob. cit.*, pp. 251 s.

Da anterior conceção puramente intersubjetiva, passou-se para uma visão parcialmente objetiva e “comunitária” da responsabilidade e, para além disso, do próprio direito internacional⁶⁹.

Em termos objetivos, o que será então necessário para responsabilizar um Estado por uma violação do RSI? À cabeça será necessário identificar um comportamento que viole uma norma do RSI; posteriormente verificar se este comportamento é atribuível ao Estado e; não existem causas de exclusão de ilicitude; finalmente, deverá ocorrer a invocação da responsabilidade do Estado infrator, com notificação, invocação do ilícito e formas de reparação adequadas⁷⁰.

A respeito deste último requisito impõe-se a referência a três tipos de Estados lesados: os individualmente afetados pelo facto internacionalmente ilícito⁷¹, os especialmente afetados pela violação de uma norma devida a um grupo de Estados ou à comunidade internacional como um todo⁷², aqueles que virem a sua posição quanto ao cumprimento ulterior dessa obrigação modificada de forma radical se a obrigação violada for devida a um grupo de Estados ou à comunidade internacional como um todo⁷³. Existindo vários Estados lesados, cada um deverá – individualmente – invocar a responsabilidade do Estado infrator⁷⁴. Havendo uma pluralidade de Estados lesantes, a responsabilidade deverá ser individualmente invocada em relação a cada um⁷⁵.

O artigo 48.º, do PARI, admite que Estados terceiros que não o Estado lesado possam invocar a responsabilidade do Estado infrator quando estivermos perante uma norma *erga omnes* ou *erga omnes partes*. Na primeira situação poderemos configurar a norma violada como uma obrigação para com a comunidade internacional no seu todo. Na segunda situação

⁶⁹ *Idem*, p. 255.

⁷⁰ Artigos 42.º e 43.º do PARI.

⁷¹ Artigo 42.º, alínea a) do PARI. *Vide* todo o artigo na tradução de Maria Isabel Tavares, MARIA ISABEL TAVARES, Responsabilidade Internacional dos Estados por Factos Internacionalmente Ilícitos, in JOSÉ ALBERTO AZEREDO LOPES (ED.), *Regimes Jurídicos de Direito Internacional, Questões, casos e materiais*, II, Porto, Universidade Católica Editora, 2020, 605-747, p. 615.

⁷² Cf. parágrafo i) da alínea b) do artigo 42.º do PARI.

⁷³ Cf. parágrafo ii) da alínea b) do artigo 42.º do PARI.

⁷⁴ Cf. artigo 46.º do PARI.

⁷⁵ Cf. artigo 47.º do PARI.

podermos configurar a obrigação como tendo sido estabelecida para o interesse coletivo de um grupo. É portanto a natureza da norma violada que permite que terceiros que não os Estados lesados possam invocar esta responsabilidade, o que quebra a lógica da relação bilateral que preside ao regime da responsabilidade⁷⁶.

Aprofundando um pouco mais a natureza jurídica das normas decorrentes do RSI, e identificando-se o RSI como um acordo ou ato multilateral realizado sob os auspícios da OMS, ao qual se aplicam as regras da CVDT, será possível recorrer a este instrumento para clarificar o conceito de *erga omnes partes* ou *erga omnes contrattantes*. Este é utilizado para descrever o cumprimento de boa-fé das obrigações decorrentes de um tratado, no qual todos os Estados Partes têm um interesse jurídico. Schmalenbach, observa, a propósito, que as obrigações *erga omnes partes* são devidas à comunidade dos Estados Partes, podendo ser obrigações *inter omnes* ou obrigações não recíprocas⁷⁷. No caso *Blaskic*, o Tribunal Penal Internacional para a Ex-Jugoslávia (TPIJ) considerou o artigo 29.^º do Estatuto TPEJ como uma obrigação *erga omnes partes* com a seguinte fundamentação:

(I)t is self-evident that the International Tribunal, in order to bring to trial persons living under the jurisdiction of sovereign States, not being endowed with enforcement agents of its own, must rely upon the cooperation of States (...) This obligation is laid down in Article 29 (...) Article 29 is an obligation which is incumbent on every Member State of the United Nations vis-a-vis all other Member States (...) The nature and content of this obligation, as well as the source from which it originates, make it clear that Article 29 imposes an obligation on Member States towards all other Members or, in other words, every Member State of the United Nations has a legal interest in the fulfilment of the obligation laid down in Article 29.⁷⁸

⁷⁶ GIORGIO GAJA, States having an interest in compliance with the obligation breached, in JAMES CRAWFORD *et al.* (Eds.), *The Law of International Responsibility*, London, Oxford University Press., 2010, pp. 957-964.

⁷⁷ KIRSTEN SCHMALENBACH, *Pacta sunt servanda*, in OLIVER DORR/KIRSTEN SCHMALENBACH (Eds.) *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary*, Heidelberg, Springer, 2012, 427-451, a 444 s.

⁷⁸ Cf. Acórdão do Tribunal Penal para a Ex-Jugoslávia, ICTY *Prosecutor v Blaskic* (Appeals Chamber) (Judgment on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997) IT-95-14/14T §26, pesquisável em <https://www.icty.org>.

Estaremos assim perante uma obrigação *erga omnes partes* quando o cumprimento de uma obrigação internacional for imposto aos Estados-parte em relação aos outros Estados membros, pelo que qualquer Estado-parte poderá invocar – individualmente, mas como Estado terceiro em benefício do lesado e dos beneficiários da norma⁷⁹ – a responsabilidade do Estado infrator. Note-se que, não obstante a responsabilidade possa ser invocada por todos os Estados-parte, a obrigação de reparação só pode beneficiar o(s) Estado(s) lesado(s)⁸⁰.

5. A aprovação de outro instrumento no âmbito da OMS e o RSI

No dia 1 de Dezembro de 2021, os 194 membros da Organização Mundial de Saúde (OMS) chegaram a consenso para dar início ao processo de elaboração e negociação de uma convenção, acordo ou outro instrumento internacional ao abrigo da Constituição da Organização Mundial de Saúde para reforçar a prevenção, preparação e resposta a pandemias. Foi constituído um grupo intergovernamental de negociação, que já realizou a primeira reunião (para acordar formas de trabalho e prazos) devendo a segunda reunião ocorrer até 1 de Agosto de 2022 (para discutir o progresso de um projeto de trabalho). Os trâmites aprovados envolvem, a apresentação de um relatório de progresso à 76^a Assembleia Mundial da Saúde, que decorrerá em 2023, e a adoção do instrumento mais adequado até 2024.

Sem perspetivas de futurologia, impõe-se apreciar as implicações de um possível tratado, acordo ou outro instrumento que se pretende ver aprovado em 2024, e as implicações que este instrumento poderá ter para o RSI.

Em primeiro lugar, cumpre destacar a unanimidade no reconhecimento de que o atual regime não é suficiente para garantir uma resposta global eficaz a pandemias como a COVID-19. Em segundo lugar, é de realçar que esta unanimidade não se mantém nas soluções apresentadas, registando-se aqueles que pretendem a aprovação de um novo tratado,

⁷⁹ Cf. o n.º 3 do artigo 48.º do PARI.

⁸⁰ BRIGITTE STERN, *The Obligation to make Reparation*, JAMES CRAWFORD *et al.* (Eds.), *The Law of International Responsibility*, London, Oxford University Press, 2010, 563-570, p. 567.

ou os que propõem a adoção de um sistema que reforce o já existente, deste modo colmatando as suas falhas. A doutrina tem apontado a necessidade de alicerçar o novo instrumento nos direitos humanos, mais concretamente nos princípios do direito à saúde, equidade, solidariedade, transparência, confiança, e responsabilidade, identificando um conjunto de necessidades partilhados pela maioria dos Estados que passa pelo reforço dos poderes atribuídos à OMS, definição das obrigações dos Estados e uma maior ligação entre o regime proposto e o direito internacional dos direitos humanos⁸¹. No âmbito do processo consultivo em curso, a OMS elaborou um documento em que identifica como princípios a equidade, a inclusividade e a coerência; e como elementos-chave a governança (liderança, regulação e responsabilização), o financiamento (preparação nacional, prevenção, fundos de contingência para resposta global e fundos públicos regionais) e os sistemas (vigilância, comunidades, tratamento, coordenação e resposta)⁸².

Os Estados gozam de igualdade soberana mas o sistema de veto consagrado pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU) aos seus cinco membros permanentes não tem permitido respostas mais eficazes quando estas se impõem. Seja o infrator um destes cinco

⁸¹ O novo instrumento, seja ele qual for, deveria assim reforçar o vínculo com o direito internacional dos direitos humanos, e utilizar uma abordagem uniforme para a prevenção e deteção precoce de pandemias, implementando mecanismos de informação e comunicação que proporcionem sistemas de saúde mais fortes (incluindo uma melhor utilização da tecnologia digital para a recolha e partilha de dados, reformar os mecanismos de alarme da OMS, o processo de declaração de emergência de saúde pública de âmbito internacional e a sua repercussão nas viagens, a obrigação de partilhar dados patogénicos e genómicos, a resiliência na resposta a pandemias (incluindo o acesso universal a medicamentos, vacinas, diagnósticos, equipamento médico e tratamentos, bem como cadeias de fornecimento resilientes e de transferência de tecnologia), o reforço dos poderes atribuídos à OMS para coordenação global destas matérias e o reforço das obrigações e das normas de segurança sanitária global e de normalização dos sistemas de cuidados de saúde, e uma melhor coordenação da investigação e desenvolvimento. Cf. MAIKE VOSS *et al.*, *A new pandemic treaty: what the World Health Organization needs to do next*. LSE COVID-19 blog. Consultável em <https://blogs.lse.ac.uk/covid19/2022/03/30/a-new-pandemic-treaty-what-the-world-health-organization-needs-to-do-next/>

⁸² O documento é consultável em https://cdn.who.int/media/docs/default-source/emergency-preparedness/20220324_wha-hepr-concept-note_final-for-publishing.pdf?sfvrsn=cffd8e98_11&download=true, pp. 6-12.

membros permanentes ou ocorra uma divergência entre pelo menos dois dos seus membros. Compare-se – a título de exemplo – as resoluções que o CSNU vem a dar ao ébola e à COVID-19. No primeiro caso a considerar que “o surto sem precedente do ébola em África constituía uma ameaça à paz e segurança internacionais”⁸³, no segundo caso, na demora e na timidez com que adota as suas resoluções⁸⁴ face ao desacordo entre dois membros permanentes, Estados Unidos da América (EUA) e China sobre a denominação e origem do vírus numa primeira fase e a não concordância sobre a inserção de uma referência à OMS numa segunda fase⁸⁵. Não estando ao nível de um conflito militar, o antagonismo entre estes dois relevantes sujeitos de direito internacional⁸⁶ provocou também uma “crise comunicacional”⁸⁷. Têm sido pois a AGNU⁸⁸, e o

⁸³ Resolução 2177, de 18 de setembro de 2014, disponível em https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/S_RES_2177.pdf

⁸⁴ Resolução 2532, de 01 de julho de 2020, disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N20/169/84/PDF/N2016984.pdf?OpenElement>; Resolução 2558, de 21 de dezembro de 2020, disponível em <http://unscr.com/en/resolutions/doc/2558> e Resolução 2565, de 26 de fevereiro de 2021, disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/053/90/PDF/N2105390.pdf?OpenElement>

⁸⁵ Deste modo, só em julho de 2020 foi aprovada a primeira resolução – Resolução 2532, a qual veio exigir a cessação geral e imediata das hostilidades em todas as situações da agenda do CSNU e uma pausa humanitária de 90 dias nos conflitos armados – sendo de dezembro do mesmo ano a segunda resolução – resolução 2558, que veio reconhecer possíveis prejuízos aos objetivos e metas da Agenda para o Desenvolvimento Sustentável 2030, bem como uma reversão do processo de construção da paz e desenvolvimento por força da pandemia. Finalmente, e já no início de 2021, a resolução 2565 destacou o papel da cooperação e solidariedade internacionais no combate à COVID-19, o acesso equitativo dos Estados às fontes de imunização e exigiu um compromisso de todas as partes dos conflitos para que ocorresse uma pausa humanitária que facilitasse a entrega equitativa e segura das vacinas da COVID-19 nas zonas de conflito armado. Mais concretamente as resoluções S/RES/25 32, S/RES/255 8 e S/RES/2565.

⁸⁶ MICHAEL CROWLEY *et al.*, *Coronavirus Drives the U.S. and China Deeper Into Global Power Struggle*, *The New York Times* (22 março de 2020) disponível em <https://nyti.ms/2wq8par>

⁸⁷ Como declarou a subsecretária-geral para a Comunicação Global, Melissa Fleming, em 21 de maio de 2020, a “COVID-19 is not just this century’s largest public health emergency, but also a communication crisis”. Consultável em <https://www.un.org/es/node/73670>

⁸⁸ Cf. Resolução da AGNU *Global solidarity to fight the coronavirus disease 2019 (COVID-19)*, de 2 de abril de 2020, disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/>

SGNU⁸⁹, perante a timidez deste órgão fundamental para o sistema de segurança coletivo consagrado pela Carta das Nações Unidas, aqueles que mais ativamente têm contribuído através das suas resoluções e declarações para o desenvolvimento da resposta à COVID-19, e da consagração do princípio da cooperação enquanto ferramenta fundamental de combate à pandemia.

Sem prejuízo da influência que a AGNU e o SGNU podem ter junto da OMS, na qualidade de agência especializada das Nações Unidas, caberá aos Estados aprovar em assembleia estas alterações. É certo que o primeiro passo já foi dado com a adoção consensual da decisão SSA2(5)⁹⁰, mas relembando que os Estados não estavam preparados para a inclusão de mecanismos que limitassem a sua soberania em 2005 será viável, atenta a atual configuração da “comunidade internacional” acreditar que uma República Popular da China ou uma Federação Russa (para referir apenas 2 dos membros permanentes do CSNU) aceitariam receber – no seu território e sem qualquer convite – uma missão independente de especialistas da OMS para averiguar se estes Estados tinham cumprido com as obrigações decorrentes de um novo tratado? Não nos parece provável, pelo que mesmo tendo presente que a aprovação pela Assembleia Mundial da Saúde de uma convenção ou acordo é obtida com uma maioria de dois terços dos votos da Assembleia⁹¹, não sendo necessária a unanimidade, na maioria das vezes, tem-se procurado

GEN/N20/087/28/PDF/N2008728.pdf?OpenElement ; Resolução *Omnibus Resolution: Comprehensive and coordinated response to the coronavirus disease (COVID-19) pandemic*, de 11 de setembro de 2020, disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/236/00/PDF/N2023600.pdf?OpenElement> .

⁸⁹ Cf. as declarações do SGNU António Guterres, de 19 de março de 2020, em <https://www.un.org/sg/en/content/sg/speeches/2020-03-19/remarks-virtual-press-encounter-covid-19-crisis>; 23 de março de 2020 em <https://www.un.org/sg/en/content/sg/speeches/2020-03-23/secretary-general-appeal-for-global-ceasefire>; e 09 de abril de 2020, em <https://www.un.org/sg/en/content/sg/speeches/2020-04-09/remarks-security-council-covid-19-pandemic>.

⁹⁰ Esta decisão foi adotada no dia 01 de dezembro de 2021, nos termos descritos nas gravações da segunda sessão especial da Assembleia de Saúde Mundial, que decorreu entre 29 de novembro e 1 de dezembro de 2021. Cf https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHASS2-REC1/WHASS2_REC1-en.pdf#page=1 , p.76 ss.

⁹¹ Artigo 19.º da Constituição da OMS.

encontrar textos mais ou menos consensuais⁹². Ora, parece demasiado ambicioso negociar e aprovar um tratado nestas matérias até 2024⁹³, principalmente um que venha substituir o RSI. Mais viável será acreditar que até esta data se venha a alterar, completar ou reforçar o que já existe – o Regulamento Sanitário Internacional – através de um acordo de implementação, que permita reunir o consenso necessário à efetiva implementação e esclarecimentos identificados por ocasião da pandemia da COVID-19, até porque – conforme julgamos ter conseguido demonstrar – o que falta não são mecanismos que garantam o cumprimento das obrigações decorrentes do RSI, mas antes as dúvidas subjacentes à interpretação e limites do seu conteúdo, justificando-se plenamente que mais do que a substituição do que já existe se venha colmatar as lacunas identificadas⁹⁴.

No mais uma nota relativamente aos vários tipos de gripe que têm vindo a ameaçar a vida humana. Adaptando as palavras que Villarreal escreveu em 2019, cada pandemia de gripe, apresenta características próprias que podem, ou não, ser compartilhadas com as que ocorreram no passado, e por isso talvez a melhor forma de resumir a lição adquirida

⁹² Veja-se, a título de exemplo o processo negocial que culminou com a aprovação da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, em 1982, particularmente os vários apelos do seu *chairman*, Tommy Koh, disponíveis em https://legal.un.org/diplomaticconferences/1973_loa/

⁹³ Regista-se, a propósito o ceticismo da doutrina americana em considerar como pouco provável a aceitação pelos EUA de um tratado que exigiria a assinatura do Presidente e a aceitação de dois terços do Senado, sem prejuízo dos EUA poderem contribuir para que se alcance um acordo juridicamente vinculativo em relação à prevenção e resposta a pandemias, ou o Presidente procurar – dentro dos poderes que lhe são atribuídos – mecanismos que permitam assumir uma posição sobre a propriedade intelectual e o acesso às vacinas. SAM F. HALABI, Executive Authority under the U.S. Constitution to enter a Pandemic Treaty or other Agreement. *Harvard International Law Journal Online*. Vol. 63/2022, p. 23.

⁹⁴ Apesar de noutro contexto – direito do mar e não direito à saúde – não pode deixar de se chamar a devida vénia para o impulso que a adoção do Protocolo de 1994 trouxe à implementação e sedimentação da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar, que apesar de ter sido aprovada em 1982, no que é considerado o mais longo processo negocial convencional, só vem a reunir o número de Estados necessários para a sua entrada em vigor em 1994, data em que se adota o Protocolo relativo ao regime dos fundos marinhos internacionais.

com a COVID-19 seja a ideia que a gripe é vivida para a frente e compreendida para trás⁹⁵.

6. Conclusões e Considerações Finais

A doença infecciosa causada pelo coronavírus da síndrome respiratória aguda grave 2 (SARS-CoV-2), não constitui a primeira pandemia à escala global, mas a resposta imediata global que esta ameaça exigiu, e ainda exige, para impedir e conter a disseminação do vírus – e as suas variantes – constituiu uma novidade. A “comunidade internacional tradicional”, alicerçada nos princípios da soberania e igualdade estadual, viu-se compelida a responder de forma coordenada, alicerçada nos princípios da cooperação e da informação⁹⁶.

O RSI constitui um instrumento multilateral ao qual se aplicam as regras decorrentes do direito dos tratados, por força da constituição da OMS, sendo considerado vinculativo para os respetivos Estados parte.

Qualquer comportamento que possa ser imputado a um Estado parte do RSI, consista este numa ação ou omissão, que viole uma norma decorrente desse RSI constitui a violação de uma norma primária que dá lugar à responsabilidade do Estado infrator por factos internacionalmente ilícitos. Esta responsabilidade pode ser invocada por qualquer um dos Estados parte do RSI, incluindo aqueles que não se possam considerar como Estados lesados.

Finalmente, e identificadas que estão as falhas do RSI, parece mais exequível na atualidade, que se aprove um documento que mais do que o substituir o venha colmatar, permitindo que o combate à próxima pandemia ou epidemia seja mais eficaz.

A abordagem holística e global de todas as questões de saúde resultante da *Omnibus Resolution* da AGNU, parece ter reflexo na referência a uma arquitetura global de emergências de saúde pública *based on a*

⁹⁵ Neste sentido, PEDRO ALEXANDRE VILLARREAL LIZÁRRAGA, *ob.cit.*, p. 267.

⁹⁶ RAYMUNDO TREVES, *The health of international cooperation and UNGA Resolution 74/274. QIL, Zoom-out 70 (2020)*, pp. 21-36.

*whole-of-government and whole-of-society approach*⁹⁷. No fundo, a solução ideal passaria por um documento de governança mundial multinível que definisse de forma precisa os direitos e obrigações dos Estados, sendo incorporado no seu direito interno. Algo que sob a forma de uma convenção ou acordo internacional proporcionasse nos diversos Estados membros da OMS o mesmo resultado que um regulamento ou até uma diretiva produzem no âmbito da União Europeia. Sendo certo que, como muito bem sublinharam Bogdandy e Villarreal, uma abordagem holística e eficaz no combate a pandemias de SARS-CoV-2 inclui o direito internacional da saúde, os direitos humanos, o direito internacional do comércio, a paz e segurança internacionais e a capacitação financeira⁹⁸. Mas, nas atuais circunstâncias, será realista conceber um tratado com estas abrangência e implicações?

⁹⁷ Veja-se o documento da OMS em https://cdn.who.int/media/docs/default-source/emergency-preparedness/20220324_wha-hepr-concept-note_final-for-publishing.pdf?sfvrsn=cffd8e98_11&download=true, cit. p. 7.

⁹⁸ ARMIN VON BOGDANDY/PEDRO A. VILLARREAL, *ob.cit.*

Índice geral

NOTA DE APRESENTAÇÃO 5

SUMÁRIO 7

A SUSPENSÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ESTADO DE EXCEÇÃO BIOPOLÍTICO: REVISITAÇÃO APÓS DOIS ANOS DE PANDEMIA

<i>Luís Heleno Terrinha</i>	9
1. Pandemia e constituição: o estado de exceção constitucional biopolítico 1	0
2. Emergência e direitos fundamentais: o antagonismo	13
3. A suspensão do exercício de direitos fundamentais	16
3.1. Conceito e efeitos da suspensão	16
3.2. Consequências da suspensão	20
3.3. Disciplina jurídica da suspensão	23
3.4. Diálogo com outros contributos doutrinários acerca da suspensão de direitos fundamentais	25
4. O modelo de interação normativa entre os órgãos de soberania na decretação e execução do estado de emergência	30
4.1. Regime constitucional e legal	30
4.2. Ilações	33
4.3. O anteprojeto de lei de emergência sanitária	34
5. A declaração presidencial do estado de emergência e a execução pelo Governo – avaliação crítica	37
5.1. O desenho normativo dos decretos presidenciais de declaração do estado de emergência	37

5.1.1. Incoerência lógica	37
5.1.2. Problemas jurídicos	38
5.1.3. Incerteza e insegurança jurídicas	43
5.1.4. Reflexos na execução pelo Governo	45
5.2. Problemas jurídico-constitucionais subsequentes	47
6. Conclusão	52

A ADEQUAÇÃO DO ESTADO DE EMERGÊNCIA À SITUAÇÃO PANDÉMICA

<i>Pedro Coutinho</i>	53
1. Introdução	53
2. Para que serve um estado de exceção?	55
3. A apatia da Assembleia da República no combate à pandemia	57
4. Conclusão	60

RISCO E INCERTEZA, SAÚDE E DANOS COLATERAIS. O QUE SE ESPERA DO ESTADO DE EMERGÊNCIA SANITÁRIO?

<i>Cristina Queiroz</i>	63
1. Os termos do problema	63
2. A natureza “excepcional” ou “extraordinária” da crise	64
3. A ausência de modelos e instrumentos jurídicos	65
4. O “efeito cumulativo”	67
5. A criação de um sistema jurídico paralelo	68
6. Lei constitucional ou lei parlamentar?	69
7. A estratégia de saída democrática	75

O PRINCÍPIO DA GARANTIA DO EQUILÍBRIO INSTITUCIONAL DE PODERES COMO LIMITE NEGATIVO INTANGÍVEL DA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE EMERGÊNCIA

<i>Raquel Brízida Castro</i>	77
1. Introdução	78
2. A relevância jurídico-normativa da declaração do estado de exceção	79
2.1. A natureza jurídico-normativa do Decreto presidencial	79
2.2. A eficácia jurídico-normativa “ <i>sui generis</i> ” da Resolução parlamentar	83

3. O modelo constitucional português de poderes de emergência	91
3.1. Um modelo de separação de poderes “sui generis”	93
3.2. A tese dos poderes normativos extraordinários do Governo	95
4. O Princípio do equilíbrio institucional de poderes da Constituição portuguesa de emergência: síntese e reconstrução	110
5. Considerações finais	113

MECANISMO EUROPEU DE RECUPERAÇÃO E RESILIÊNCIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

<i>Ana Rita Gil</i>	115
1. Introdução	116
2. Os desafios aos direitos fundamentais durante a crise do COVID-19	117
3. As recomendações da FRA	120
4. O Mecanismo Europeu de Resiliência – Resposta da UE à pandemia	122
4.1. Enquadramento do Mecanismo no Next Generation EU	122
4.2. Os planos nacionais de recuperação e resiliência	124
5. O Mecanismo Europeu de Resiliência e os direitos fundamentais – análise crítica	126
5.1. A transição digital e a transição verde	127
5.2. Proteção especial das pessoas vulneráveis e atenuação do impacto social – o Pilar Europeu dos Direitos Sociais	128
5.3. Perspetiva de género	130
5.4. Promoção de políticas dirigidas a crianças e jovens	131
5.5. Análise crítica: os direitos deixados para trás	132
6. As respostas aos direitos “deixados para trás”: o mecanismo de condicionalidade	134
7. Possíveis respostas positivas aos desafios aos direitos, liberdades e garantias que “ficaram para trás”	136
8. Conclusão	137

RESPONSABILIDADE EM TEMPOS DE PANDEMIA.
A NATUREZA DAS OBRIGAÇÕES DECORRENTES
DO REGULAMENTO SANITÁRIO INTERNACIONAL
DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE

<i>Fátima Castro Moreira</i>	141
1. Introdução	141
2. A OMS e os poderes normativos atribuídos pelos Estados	144
3. O Regulamento Sanitário Internacional e as obrigações decorrentes do mesmo	150
4. A Responsabilidade Internacional dos Estados por violação do RSI	159
5. A aprovação de outro instrumento no âmbito da OMS e o RSI	165
6. Conclusões e Considerações Finais	170

