

Cristina M. M. Queiroz

RISCO E INCERTEZA, SAÚDE E DANOS COLATERAIS

**O que se espera do Estado
de Emergência Sanitário**

CRISTINA M. M. QUEIROZ

**RISCO E INCERTEZA, SAÚDE
E DANOS COLATERAIS**

*O QUE SE ESPERA DO ESTADO DE
EMERGÊNCIA SANITÁRIO?*

NOVA School of Law
Universidade Nova de Lisboa
Fevereiro de 2021

1ª edição 2021

Autora

Cristina. M. M. Queiroz

Revisão

João Pimenta

Design da capa

Amanda Argollo

Design e paginação

Daniel Brito

Cristina M. M. Queiroz.

Risco e Incerteza, Saúde e Danos Colaterais: o que se espera do estado de emergência sanitário? – Lisboa: CEDIS, 2021. 49 p.

Suporte Digital.

ISBN 978-989-8985-18-7

1. Pandemia – Direito. 2. Pandemia – Ciências Sociais. 3. Coronavírus (COVID-19) – Direito. 4. Coronavírus (COVID-19) – Ciências Sociais. 5. Direito Público.

Todos os direitos desta edição reservados ao

CEDIS - Centro de I & D sobre Direito e Sociedade NOVA School of Law

Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal

Tel. (+351)213847466

cedis@fd.unl.pt <http://cedis.fd.unl.pt/>

Este trabalho é financiado por fundos nacionais através da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do projeto UID/00714/2020.

Índice

1. Os termos do problema	9
2. A natureza “excepcional” ou “extraordinária” da crise	13
3. Lei constitucional ou lei parlamentar?	14
4. A ausência de modelos e instrumentos jurídicos	19
5. As liberdades restringidas ou ameaçadas	24
6. A busca de soluções alternativas menos gravosas	29
7. A dimensão temporal	34
8. A separação de poderes e os órgãos de controle	37
9. A estratégia de saída democrática	42
Conclusões	44
Bibliografia	47

RISCO E INCERTEZA, SAÚDE E DANOS COLATERAIS. O QUE SE ESPERA DO ESTADO DE EMERGÊNCIA SANITÁRIO?

CRISTINA M. M. QUEIROZ

*“No man is an island entire of itself; every man is a
piece of the continent, a part of the main; (...)
And therefore never send to know for whom the bell
tolls; it tolls for thee”.*

John DONNE, *Devotions upon Emergent Occasions*.

1. Os termos do problema

A situação pandémica atual provocada pelo aparecimento do SARS-CoV-2 deve merecer a todos uma reflexão. O Governo tem-se socorrido, até ao momento, de poderes de emergência, inéditos e extensivos, que anteriormente teriam sido inimagináveis no quadro de um Estado de Direito democrático e constitucional.

Tendo em consideração este pano de fundo e a persistência e durabilidade da situação, é saudável e conveniente refletir sobre o tema, e, em especial, na resposta governativa à situação pandémica atual.

Assim, ao rememorar a literatura, jurídica e política, sobre o tema

e o seu entorno, não posso deixar de enfatizar três eixos que me parecem essenciais.

Antes de mais, como o título indica, o primeiro desses eixos não pode deixar de ser o da “situação de excecionalidade”. E, no seu quadro, as questões que decorrem da “normalização” do chamado “estado de exceção” e/ou “direito de necessidade”.

Ainda um segundo eixo, centrado nas questões da “permanência” ou “perdurabilidade no tempo” dessa “situação de excecionalidade”, acompanhada dos respetivos danos colaterais. Haverá aqui que questionar, do ponto de vista jurídico-constitucional, ou, melhor, político-constitucional, os padrões normativos consolidados. E, entre estes, a transformação ocorrida, mesmo antes da crise pandémica atual, da passagem de um conjunto de situações marcadas pela sua “excecionalidade” ou carácter “extraordinário” para as chamadas “leis de proteção civil” — entre nós, estados de alerta, contingência e calamidade¹ — numa tentativa, ou não, de “desconstitucionalização” e/ou “normalização” do contexto da respetiva aplicação. E que muitos designam já por “estado de emergência administrativo”² ou “estado de necessidade profilático”³.

A resposta, até ao momento, não tem sido levada a cabo pelas instituições parlamentares, antes pelos governos, com autorrestricção e autossuspensão dos parlamentos, mesmo em sede de direito de acesso a cuidados médicos e de saúde. No caso dos tribunais e do poder judicial, órgãos de controle e de revisão *ex post* das medidas governamentais, deparamo-nos com um sistema de “justiça virtual”. Sem esquecer o leque considerável de direitos e liberdades, essencialmente civis e políticos, e, entre estes, o direito geral de liberdade de ação, liberdade de circulação, liberdade de

¹ Cfr., a Lei de Bases da Protecção Civil, Lei nº27/2006, de 3 de julho, em particular, capítulo II.

² PEDRO GONÇALVES, *Nova fase de gestão da epidemia: a questão da (in) suficiência da declaração administrativa de calamidade*, Observador, 2 de maio de 2020. Para uma discussão alargada do problema, *Estado de exceção e crise epidémica — State of Exception and Epidemic Crisis*, 7 “E-pública”, 1 (2020).

³ Na qualificação recente de um partido político, PAN (Pessoas- Animais-Natureza).

religião e os direitos de manifestação e reunião, que se vêm restringidos ou mesmo suspensos.

Se a tudo isto acrescentarmos a crise da democracia representativa, o terceiro eixo, com o crescimento dos movimentos e governos populistas, acompanhados da inexorável, mas resistível, ascensão do autoritarismo, então corremos o risco de ter de enfrentar condições propícias a um funcionamento disfuncional da democracia e das suas instituições de referência. Tudo isto no quadro (e entorno) de uma “sociedade de risco”⁴ e num mundo dominado por uma nova “incerteza”⁵. A quem aproveita, afinal, um mundo “incerto” e “confuso”?

A crise pandémica atual mostra com toda a sua dureza não só os seus efeitos devastadores na saúde e na vida de milhares de pessoas, mas também, como Ulrich BECK advertiu, em 1986, de uma “sociedade de risco”, acompanhada dos correspondentes efeitos “secundários” ou “colaterais”, a nível social, económico e político, com manifesta incapacidade por parte das instituições políticas em lidar eficazmente com o “risco” e a “incerteza”⁶, difíceis de prever, e pelos quais devem assumir a respetiva responsabilidade.

Uma das lições a retirar da crise pandémica atual é a de que a era de quatro décadas de desenvolvimento do chamado “neoliberalismo” se mostra responsável não só pela decadência como pelo fosso cada vez maior entre ricos e pobres, pela desigualdade crescente e pela austeridade compulsória, após o quase colapso do sistema bancário ocorrido na crise de 2008-2009.

⁴ Na expressão de ULRICH BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Francoforte sobre o Meno, 1986.

⁵ Na expressão de JÜRGEN HABERMAS, *Die Neue Unübersichtlichkeit*, Francoforte sobre o Meno, 1985. Segundo HABERMAS, decorrente de um mundo crescentemente desideologizado e cada vez mais incerto.

⁶ Para uma distinção conceptual entre “risco” e “incerteza”, v. o estudo clássico de FRANK H. KNIGHT, *Risk, Uncertainty, and Profit*, Riverside Press, 1921. Segundo KNIGHT, o “risco” é mensurável, podendo os acontecimentos passados ser estudados com base em dados empíricos; a “incerteza”, ao invés, não é mensurável, sendo associada a resultados imprevisíveis, isto é, resultados que ou não se pode prever ou que se é incapaz de prever.

A situação pandémica atual é também responsável pelo esgotamento dos sistemas públicos de saúde e pela transferência dos riscos e dívidas de saúde para os cidadãos e respetivas famílias. O resultado é que em muitos Estados e latitudes, incluindo os países mais ricos do mundo, a medicina pública demonstrou estar mal preparada e excessivamente sobrecarregada.

De notar, ainda, a crescente inquietação dos governos eleitos preocupados com a sua vulnerabilidade face ao descontentamento e insatisfação populares. Não é só a questão de o vírus se mostrar “mais democrático”, devido à sua notável capacidade de atacar todos de forma indiscriminada e em qualquer lugar.

Tudo isto parece indiciar que a crise pandémica atual não pode ser resolvida por injeções massivas de recursos públicos, seguidas da imposição de austeridade a todos os cidadãos de forma indiscriminada, como ocorreu na crise de 2008-2009. Desta vez os cidadãos precisam de ser resgatados. E alguns, como na crise anterior, podem ser considerados mais iguais do que outros⁷.

A crise pandémica forçou os governos a atender a cidadãos ansiosos e vulneráveis, que não aceitam de ânimo leve uma outra vaga de austeridade, simplesmente porque nestas novas circunstâncias cortes violentos significariam não apenas pauperismo crescente como, inclusive, a austeridade em si poderia traduzir-se rapidamente numa espécie de omnipresença da morte⁸.

Daí o nervosismo crescente, mas também as novas dificuldades que os governos enfrentam no sentido de justificar as respetivas ações. Medos mediados de doença e uma “mortalidade pestilenta e universalmente dolorosa”⁹ oferecem às autoridades a oportunidade de aproveitar a crise, insistindo que os cidadãos devem agora ser protegidos da morte impondo

⁷ JOHN KEANE, *Democracy and the Great Pestilence*, Albert Hirschman Center on Democracy, 14 de abril de 2020.

⁸ SLAVOJ ZIZEK, *Pandemic! Covid-19 shakes the world* (trad. port. “A pandemia que abalou o mundo”), Lisboa: Relógio de Água 2020.

⁹ GIOVANNI BOCCACCIO, *Decameron*, Giornata Prima [1348-1353].

regras de emergência. A sua lógica parece simples e linear: a de que a sobrevivência constitui forçosamente uma obrigação e um dever coletivo¹⁰.

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 nacional¹¹.

Historicamente, o estado de emergência corresponde, conjuntamente com o estado de sítio, à guerra ou à agitação civil. Nalguns casos pode compreender ainda as crises provocadas por grandes depressões económicas, situações de catástrofe natural e muito raramente crises sanitárias ou de saúde pública. Não obstante, as pandemias não são novas como justificação para a suspensão dos direitos e liberdades fundamentais.

Sabe-se, igualmente, que as situações que justificam a declaração do estado de emergência se encontram intimamente relacionadas com a experiência histórica nacional. A maioria das constituições estipula a guerra, a agressão externa ou a rebelião armada como condição para a sua decretação. Apenas algumas constituições se referem a desastres naturais e raramente à ocorrência de uma epidemia ou emergência sanitária. Algumas constituições compreendem até condições mais abertas e facilmente adaptáveis.

No começo, o impacto da crise, talvez à exceção da Itália, não foi claro para os governos europeus. Alguns países evitaram mesmo o uso do termo. A França, por exemplo, tendo recorrido durante dois anos ao “esta-

¹⁰ JOHN KEANE, *Democracy and the Great Pestilence*, Albert Hirschman Center on Democracy, 14 de abril de 2020.

¹¹ CLINTON ROSSITER, *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, Princeton: Princeton University Press, 1948, pp. 5 ss., porventura, a melhor análise e síntese históricas das situações de exceção, e o correspondente “direito de necessidade”, escrito em 1948, ao findar a II Guerra Mundial.

do de urgência” (e/ou emergência), preferiu declarar um novo “estado de urgência sanitário”¹². Um estado que imita as disposições constitucionais preexistentes de um verdadeiro e próprio “estado de emergência”, mas que determina, todavia, um papel muito mais limitado do parlamento, no caso, a Assembleia Nacional, não se prevendo a invocação de derrogações no que concerne à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)¹³ ou ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP)¹⁴, que preveem igualmente situações de emergência.

3. Lei constitucional ou lei parlamentar?

E aqui abre-se uma segunda interrogação. A lei a que nos reportamos deve ser uma lei constitucional ou uma lei do parlamento? Dito de outro modo, perante uma situação pandémica como a atual, qual o caminho a percorrer do ponto de vista jurídico-constitucional e político-constitucional? Recorrer ao “direito de necessidade”, de natureza constitucional, ou, ao invés, recorrer a uma lei parlamentar específica sobre vigilância e doenças epidemiológicas, distinta das leis de proteção civil? Do mesmo modo pergunta-se: qual o grau de compromisso das autoridades públicas, em particular o Governo, face à ordem jurídico-constitucional?

Aqui reside o cerne do problema. Quer dizer, ou se recorre ao direito de necessidade, de base constitucional, ou a um direito de necessidade sucedâneo de base legal, insito nas leis de proteção civil ou mesmo numa lei de controle e vigilância epidemiológica e sanitária, de natureza particular, criada ou recriada para o efeito.

Diga-se, em abono da verdade, que na maior parte dos países europeus não se recorreu ao direito de necessidade de base constitucional, ainda

¹² Nos termos do disposto no artigo 4º da Lei nº 2020-290, de 23 de março de 2020.

¹³ Nos termos do disposto no artigo 15º (“Derrogação em caso de estado de necessidade”).

¹⁴ Nos termos do disposto no artigo 4º.

que em alguns casos essa possibilidade tenha estado presente, mas antes às leis de proteção e vigilância epidemiológica e sanitária. É este, antes de mais, o caso da Alemanha, da Áustria ou da Suíça, que recorreram a leis de proteção e vigilância epidemiológicas¹⁵. Mas não já o caso da França que recorreu ao “Código de Saúde Pública”, alterado pela Lei n.º 2020-290, de 23 de março. E, de uma forma mais atenuada, seguindo o exemplo francês, o caso da Espanha, e, de certo modo, a Itália, pelo menos no começo.

Entre nós, o Governo começou por recorrer à lei de proteção civil¹⁶ — estados de alerta, contingência e calamidade — para optar, finalmente, pelo estado de emergência de base constitucional¹⁷.

Aqui, mais uma vez, se enfatiza que tudo depende da adequação à situação pandémica atual, mas também — e sobretudo — do ponto de vista do controle e fiscalização democráticos, do respeito constitucional e institucional face aos direitos fundamentais e ao princípio do Estado de Direito.

O que significa, entre outras coisas, medir o grau de compromisso e adequação das medidas tomadas pelas autoridades governamentais face à ordem jurídico-constitucional, aí incluídos a garantia da separação de poderes e do funcionamento independente do poder judicial, absolutamente imprescindíveis, no que concerne ao cumprimento e salvaguarda das nor-

¹⁵ Para a Alemanha, v. Lei de Protecção de Infecções (*Infektionsschutzgesetz – IfSG*), de 1 de janeiro de 2001, alterada pela Lei de Prevenção de Infecções (*Präventionsgesetz – PräVG*), de 17 de julho de 2015, com alterações posteriores. Para a Áustria, v. Lei sobre Doenças Epidemiológicas (*Epidemiegesetz – EpiG*), de 1950, com alterações posteriores. Para a Suíça, v. Lei de Controle de Doenças Transmissíveis (*Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheitendes Menschen, Epidemiengesetz, EpG*), de 28 de setembro de 2012.

¹⁶ Cfr., Lei de Bases da Protecção Civil, Lei n.º 27/2006, de 3 de julho 1986, em particular, capítulo II.

¹⁷ Cfr., Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março, renovado pelo Decreto do Presidente da República n.º 17-A/2020, de 2 de abril, e novamente renovado pelo Decreto do Presidente da República n.º 20-A/2020, de 17 de abril, que vigorou até 2 de maio de 2020. A 6 de novembro de 2020 é decretado novo “estado de emergência”, sucessivamente renovado pelo Decreto do Presidente da República n.º 51-U/2020, de 6 de novembro, Decreto do Presidente da República n.º 59-A/2020, de 20 de novembro, Decreto do Presidente da República n.º 61-A/2020, de 4 de dezembro, Decreto do Presidente da República n.º 66-A/2020, de 17 de dezembro, Decreto do Presidente da República n.º 66-C/2020, de 21 de dezembro, Decreto do Presidente da República n.º 6-B/2021, de 13 de fevereiro, e, por último, Decreto do Presidente da República n.º 9-A/2021, de 28 de janeiro.

mas constitucionais, que devem ser respeitadas, mesmo no quadro do “estado de emergência”.

Em suma, conviria interrogarmo-nos se o recurso ao “estado de emergência” se mostra preferível ao uso da legislação comum na gestão da crise pandémica. Mas também apreciar o modo e a forma como os Estados têm lutado para manter algum grau de normalidade legislativa e judicial, sem esquecer os perigos decorrentes de uma ação executiva em face de um diminuto ou mesmo reduzido controle e fiscalização por parte das instituições parlamentares.

A verdade é que se assiste, de momento, por parte das instituições parlamentares, a uma “habilitação” crescente, acompanhada da correspondente “delegação de poderes” no executivo governamental, sem precedentes na história constitucional mais recente, e que deve ser limitada no tempo, para além da necessária previsão e densificação, substantiva e conceptual, em face do escopo legítimo que preside à respetiva utilização.

O uso do poder deve ser legalmente prescrito e proporcional ao objetivo legítimo da gestão da crise e do pronto restabelecimento da normalidade constitucional, com controle significativo e efetivo quer por parte da Assembleia da República, quer por parte do poder judicial, coadjuvados, se preciso for, por órgãos independentes que venham a ser criados, constituídos por painéis de peritos, e, designadamente, por epidemiologistas e virologistas. E sempre acompanhado da possibilidade de revisão das medidas decretadas, as quais, lembre-se, só poderão ser consideradas legítimas desde que conformes à lei e à Constituição da República.

Seja esta a adequação ou uma outra, devemos ter presente os desenvolvimentos mais recentes, orientados para um “estado de prevenção”, como vinha sendo amplamente observado e diagnosticado, desde o final dos anos 80, por autores consagrados, e, entre estes, Erhard DENNINGER¹⁸

¹⁸ ERHARD DENNINGER, *Der Präventions-Staat*, 20 “Kritische Justiz” (1988), pp. 1 ss.

ou Dieter GRIMM¹⁹, de antecipação de crises, de forma a obviar medidas forçosamente reativas, e não preventivas, de reação tão só face a um perigo concreto e não já hipotético.

De certo modo, as leis de proteção civil que têm vindo a ser promulgadas desde os finais dos anos 80, em França, mas também em Espanha, e, igualmente, entre nós, visam dar resposta a este desafio. Mas não deixam de colocar a questão da sua conformidade constitucional — entre nós, sobretudo, os estados de contingência e calamidade — podendo nalguns casos falar-se, como o faz Cass R. SUNSTEIN²⁰, nas famosas “leis do medo”, muitas delas sem a separação de poderes e o controle e fiscalização democráticos desejáveis.

Tudo isto no sentido de evitar o confronto face ao delineamento de um “estado administrativo” (*executive unbound*)²¹, com recurso exclusivo a processos de direito administrativo, geral e especial, de constitucionalidade e legalidade questionável e duvidosa.

Em França, o Presidente optou por decretar, formalmente, o “estado de urgência sanitário”²², numa formulação, de resto, assaz marcial, mas que de um ponto de vista puramente jurídico pouco se diferenciava da situação anterior de “normalidade” constitucional.

Perante este quadro, a questão deverá ser formulada do seguinte modo: valerá a pena pensar nas “categorias de exceção”, no sentido de uma melhoria do acervo constitucional das situações de necessidade, reforçando a “retórica da excecionalidade”, podendo ao mesmo tempo incorrer na

¹⁹ DIETER GRIMM, *Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention*, in: 1 “Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft”, 1/2 (1986), pp. 38 ss. Por último, DIETER GRIMM, *DIE KRISE UND DIE VERSPRECHEN DER DEMOKRATIE IN DER LONGE DURÉE DES 20. JAHRHUNDERTS*, *VERFBLOG*, 27 de fevereiro de 2020.

²⁰ CASS R. SUNSTEIN, *The Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, que afasta o “princípio da precaução”, aceite genericamente na Europa, mas não nos Estados Unidos.

²¹ Na expressão de ERIC A. POSNER e ADRIAN VERMEULE, *The Executive Unbound. After the Madisonian Republic*, Oxford: Oxford University Press, 2010.

²² Nos termos do disposto no artigo 4º da Lei nº 2020-290, de 23 de março de 2020.

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*?

No limite, poder-se-ia afirmar que não importa quais os direitos e liberdades fundamentais que resultam especificamente afetados, nem o grau de intensidade e interferência nos mesmos, nem o nível de especificidade, densificação e concretização das restrições decretadas, ou o grau de afectação da vida individual e social, que são tomados como base da decisão, mas a importância dos interesses em jogo e a magnitude do perigo, os quais, em última análise, acabarão por fundamentar e justificar a dureza e o impacto das medidas decretadas. *Salus rei publica suprema lex esto!*

Nestas condições, haverá que sublinhar que o debate sobre a constitucionalidade das medidas decretadas, até ao momento, não desempenhou especificamente um papel relevante, a nível parlamentar, dos meios de comunicação social e da opinião pública em geral, que parece conformar-se face à situação de perigo atual.

Sem esquecer a questão pertinente da “dimensão temporal”. Por quanto tempo, pergunta-se, essa justificação poderá funcionar e por quanto tempo poderá a mesma ser mantida se todas as medidas decretadas não entrarem em vigor, ou, pelo menos, não entrarem em vigor no quadro de um horizonte temporal limitado? Um ano ou possivelmente dois anos?

E se tivermos em consideração que no momento atual a decretação das medidas ocorreu no quadro de uma paralisação extensiva da sociedade, facilmente nos aperceberemos que as mesmas só poderão ser mantidas num período de tempo limitado.

Haverá assim um ponto ou um tempo a partir do qual a resistência se torna impactante, não sendo mais possível persistir na manutenção e cumprimento das medidas decretadas. Essas medidas afetam os cidadãos, mas também a sociedade como um todo, em termos políticos, culturais e até mesmo econômicos.

4. 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 atual 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 de direitos e liberdades fundamentais.

Na fase inicial da crise a maioria dos Estados respondeu com decretos governamentais ou decisões administrativas, às vezes de base jurídica questionável e discutível.

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 ação em ordem a melhor gerir a crise e as suas consequências.

De igual modo, sublinhe-se, a decretação do “estado de emergência” não implica de per si um potencial abuso de poder, tal como o uso

exclusivo da legislação comum não significa de per si que possa ocorrer abuso de poder.

É certo que muitos Estados recorreram à legislação comum, leis de proteção civil ou de vigilância infecciosa ou epidemiológica, não apenas por esta se encontrar disponível, mas também com o intuito de evitar o escrutínio e a condicionalidade que normalmente se atribui ao uso de poderes de emergência.

Outros Estados preocuparam-se com as conotações históricas negativas, à luz da utilização anterior de poderes de emergência, preferindo recorrer a disposições de direito comum, que podem resultar, na prática, ainda mais desadequadas.

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.²³

A esta luz, o antigo Presidente do Tribunal Constitucional Federal alemão, Hans Jürgen PAPIER²⁴, observou, de forma um pouco cautelosa, mas não menos crítica, que a decretação de “medidas de emergência” não justificava a suspensão dos direitos e liberdades em favor de um “estado de vigilância”, qualificando a decretação das restrições de saída e distanciamento, na Alemanha, de “graves violações dos direitos fundamentais”. E acrescenta, no que concerne à utilização dos meios digitais de rastreio, que “quando se trata de criar e avaliar perfis relativos à circulação de pessoas, o limite do admissível foi excedido”. O exercício dos direitos de liberdade, de natureza pessoal, afirma, “não deve ser totalmente registado, já que, caso isso ocorra, torna impossível o exercício imparcial desses direitos de liberdade”.

Na Alemanha e na Áustria, as respetivas leis estatutárias sobre pre-

²³ É esse, basicamente, o problema levantado pela Lei nº 81/2009, de 21 de agosto, que instituiu o “Sistema de Vigilância em Saúde Pública”.

²⁴ HANS JÜRGEN PAPIER, *Das Recht auf Freiheiten*, in: 3 “Theorie und Praxis der Sozialen Arbeit” (2020), pp. 169 ss.

venção de doenças infecciosas e epidemiológicas, prontamente revistas, carecem de determinação e densificação precisas no que concerne às salvaguardas necessárias, resultando os poderes atribuídos ao Governo e às autoridades administrativas, na prática, numa “habilitação” ou “delegação de poderes”. As portarias ministeriais, emitidas com base nessa “delegação” não respeitaram sequer o respetivo quadro estatutário. As ordens e circulares internas do Ministério da Saúde parecem ter efeitos jurídicos externos. Na Áustria, o Governo tem vindo a declarar novas regras e medidas em conferências de imprensa, que nunca foram formalmente publicadas, não podendo, como tal, ser sindicadas junto dos tribunais e do poder judicial.

Para além deste conjunto de interrogações, atinentes aos princípios da Democracia e do Estado de Direito, numerosas medidas podem conduzir a restrições substantivas aos direitos e liberdades fundamentais. Por exemplo, a lei suíça de controle de doenças transmissíveis, Lei de 28 de setembro de 2012²⁵, distingue, corretamente, 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 excepcional²⁶.

Nestas circunstâncias, a Suíça optou por recorrer às disposições da Lei sobre controle de doenças transmissíveis, em particular o disposto no artigo 7º. A sua redação é a seguinte: “Caso uma situação extraordinária o exija, o Conselho Federal pode ordenar as medidas necessárias para todo ou parte do território do país”. A interpretação do Conselho Federal é a de que essa disposição tem natureza meramente declarativa, nada acrescentando ao que se encontra disposto na Constituição Federal.

Assim, no que diz respeito à opção da Suíça, tanto o Conselho Fed-

²⁵ Cfr., Lei de Controle de Doenças Transmissíveis (*Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheitendes Menschen, Epidemiengesetz, EpG*), de 28 de setembro de 2012.

²⁶ A 16 de março de 2020, nos termos do disposto na Lei de Controle de Doenças transmissíveis, e em conformidade com o disposto no artigo 185º/3 da Constituição federal. Para maior desenvolvimento, FELIX UHLMANN, *Concentration of Powers in the Federal Executive: The Application of Emergency Powers in Switzerland*, VerfBlog, 30 de abril de 2020.

eral como o Parlamento Federal deixaram escapar uma boa oportunidade de esclarecer uma das questões-chave da gestão da crise pandémica atual, isto é, saber qual a relação entre o disposto no artigo 7º da Lei de 28 de setembro de 2012 e o disposto no artigo 185º/3 da Constituição Federal, de um lado, e as leis existentes e a Constituição, do outro²⁷.

O Conselho Federal, de acordo com a Constituição, optou por invocar os poderes de emergência. Mas o Conselho Federal encontra-se igualmente vinculado às leis federais. Quer dizer, o Conselho Federal pode invocar poderes de emergência na ausência de uma base legal, mas não se encontra ele próprio autorizado a criar essa base legal em desconformidade com o disposto na lei federal vigente. O mesmo é dizer que o Conselho Federal pode agir *praeter legem*, mas não *contra legem*²⁸.

Ainda assim, um olhar mais atento revela que na gestão da atual crise o Conselho Federal alterou frequentemente a lei federal, tendo-o feito, de resto, de forma bastante aberta, declarando, por exemplo, quais as disposições da lei federal que não se aplicavam ou as que se aplicavam de forma diferenciada. O Conselho Federal acabou, deste modo, por assumir poderes tipicamente reservados ao Parlamento Federal²⁹.

Embora as situações de emergência requeiram uma ação urgente e imediata, não deverá ser excluída a possibilidade de revisão e reforma subsequentes das medidas decretadas.

Sob este ponto de vista, a Itália é exemplar. O país teve uma das taxas de mortalidade mais altas da Europa. Foi um dos primeiros a introduzir medidas restritivas, e o segundo, a nível mundial, depois da China, a decretar um confinamento geral. As medidas iniciais divergiram a nível local, regional e nacional. E foram introduzidas de forma tão rápida e aleatória ao

²⁷ FELIX UHLMANN, *Concentration of Powers in the Federal Executive: The Application of Emergency Powers in Switzerland*, VerfBlog, 30 de abril de 2020.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ibidem.

ponto de terem gerado um “caos regulamentar e legal”³⁰.

Não obstante, a situação foi alterada, respondendo às críticas formuladas provenientes de diversos quadrantes. Em consequência, o Governo italiano reformou as medidas jurídicas no sentido de incluir salvaguardas constitucionais claras e de maior proteção no quadro do Estado de Direito³¹.

Uma tendência que teve repercussão em toda a União Europeia com a notável exceção da Hungria e da Polónia. As deficiências jurídicas iniciais foram posteriormente colmatadas e corrigidas, em muitos casos, inclusive, mediante aprovação ou ratificação parlamentares.

O caso espanhol é um pouco diferente. Em Espanha, a Constituição de 1978 inclui uma disposição específica, o artigo 116º, que prevê a existência de três estados de necessidade: estado de alarme, estado de exceção e estado de sítio, que são regulados pela Lei Orgânica nº 4/1981, de 1 de junho.

O Governo declara o estado de alarme por decreto, decidido em Conselho de Ministros, e especifica a área territorial a que se aplica. Pode durar até 15 dias no máximo e só pode ser prorrogado, sem limite, mediante autorização do Congresso dos Deputados. O estado de exceção deverá ser autorizado pelo Congresso dos Deputados e depois declarado pelo Governo através de decreto aprovado em Conselho de Ministros. Deve indicar especificamente os seus efeitos, a área territorial a que se aplica e a respetiva duração, que não pode exceder 30 dias, sujeita a prorrogação por um período adicional de 30 dias com os mesmos requisitos. O estado de sítio só pode ser declarado por maioria absoluta do Congresso dos Deputados, por proposta exclusiva do Governo. O Congresso determina o respetivo âmbito territorial, duração e condições de aplicação. Além disso, o artigo 55º/1 da Constituição determina que apenas nos estados de exceção e de sítio podem ser suspensos alguns direitos fundamentais, mas não no estado de alarme,

³⁰ ARIANNA VEDASCHI e CHIARA GRAZIANI, *Coronavirus Emergency and Public Issues: An Update on the Italian Situation*, VERFBLOG, 12 de março de 2020.

³¹ MARTA SIMONCINI, *The Need for Clear Competences in Times of Crisis: Clashes in the Coordination of Emergency Powers in Italy*, Verfblog, 9 de abril de 2020.

onde apenas podem ser limitados³².

5. As liberdades restringidas ou ameaçadas

Na decorrência da gestão da atual crise pandémica tem-se vindo a referenciar, com frequência, a ocorrência de violações aos direitos e liberdades fundamentais. Na verdade, a retórica da justificação utilizada não faz justiça ao tratamento normativo exigido no quadro das restrições a direitos e liberdades fundamentais.

Esses direitos e liberdades só podem ser restringidos mediante “autorização constitucional”, isto é, desde que se observe o disposto na Constituição, ou basicamente, entre nós, os normativos ínsitos no artigo 18º/2 e 3, e sempre por lei parlamentar ou credencial parlamentar ao Governo³³, para além de ter de se observar o “princípio da proporcionalidade”, com os seus três subprincípios, “idoneidade”, “estrita necessidade” e “proporcionalidade em sentido estrito”. A intervenção dos poderes públicos a ocorrer encontra-se sujeita a um teste de racionalidade, assente em padrões factuais e a um controlo de responsabilidade, o qual, por sua vez, obedece a padrões normativos estritos³⁴.

O programa de justificação constitucional de eventuais restrições a direitos e liberdades opera no quadro de um conjunto de categorias básicas. Quais são, designadamente, os bens constitucionais a ser protegidos? Qual o grau de intensidade da intervenção e/ou ablação dos direitos e liberdades afetados? Quais os meios alternativos, colocados em confronto recíproco, que se mostram, no caso, objetivamente menos gravosos em face da situ-

³² Para maior desenvolvimento, MIGUEL PRESNO LINERA, *Beyond the State of Alarm: COVID.19 in Spain*, VerfBlog, 13 de abril de 2020. Criticamente, MANUEL ARANGÓN, *Hay que tomarse la Constitución en serio*, El País, 10 de abril de 2020.

³³ Cfr., artigo 165º/1/b da CRP.

³⁴ Para maior desenvolvimento, CRISTINA QUEIROZ, *Direitos Fundamentais. Teoria Geral*, 2ª ed., Coimbra, 2010, pp. 332 ss., e *Direitos Fundamentais Sociais. Funções, âmbito, conteúdo. Questões Interpretativas e problemas de justiciabilidade*, 2ª ed., Lisboa, 2020, pp. 174 ss., e bibliografia citada.

ação que se pretende debelar, e que compreendem questões normativas e factuais de particular relevância?

Perante este quadro, não poderá afirmar-se, sem mais, a inexistência de meios alternativos menos gravosos. Os meios escolhidos devem mostrar-se “idóneos” à promoção do fim constitucional — a gestão e curso da situação pandémica atual. Os meios escolhidos devem ser colocados “em confronto recíproco” face a outros meios alternativos menos gravosos ou invasivos³⁵.

Para avaliar e decidir estas questões, necessário se torna individualizar a ameaça a que se pretende dar resposta. É que nem todos os meios se mostram constitucionalmente admissíveis. Admissíveis são aqueles, e só aqueles que, passado o teste de proporcionalidade, demonstrem ser os menos gravosos face aos direitos e liberdades afetados, sem compressões ou reduções de outros interesses ou bens constitucionalmente protegidos. Esta é uma questão normativa e não factual.

Se a opção do Governo, em termos jurídico-normativos, foi inicialmente a do recurso à “situação e/ou estado de alerta” previsto na Lei de Bases da Proteção Civil³⁶, uma lei ordinária ou comum, a escolha acabou depois por recair no recurso à decretação do “estado de emergência”, de base constitucional³⁷.

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

A proteção da vida e da saúde dos cidadãos, em ambos os casos, não

³⁵ Cfr., BVerfGE 50, 290 ss. (: “co-gestão”), disponível no “sítio” da Internet: www.bverfg.de/entscheidungen.es.

³⁶ Declarado a 13 de março de 2020, por Despacho conjunto do Ministro da Administração Interna e da Ministra da Saúde, com base no disposto na Lei nº 27/2006, de 3 de julho.

³⁷ Através do Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março.

foi o objetivo principal da intervenção, apenas um objetivo e/ou efeito indireto. O mesmo é dizer, de um ponto de vista normativo, que as restrições a direitos e liberdades não podem obedecer a um risco de saúde generalizado e não especificado, antes têm de se referir a um aspeto relevante da saúde pública, e, em particular, responder a exigências e a pressões excessivas sobre o serviço nacional de saúde, de natureza pública, financiado pela fiscalidade geral.

Ora, no caso, não é a questão de vida ou de morte a que se pretende em primeira linha dar resposta, antes a previsível rutura dos serviços de saúde, que deverão ser acautelados e protegidos em face do crónico subfinanciamento do sector, serviços que não se encontravam preparados para responder, de forma rápida e eficiente, a uma situação viral com as características atuais. A saúde e o controle individual das infeções, a questão de vida ou de morte, aparecem como um efeito indireto ou secundário³⁸.

Consequentemente, o fator decisivo, em termos de prognose avaliativa, será o de determinar o número de doentes em cuidados intensivos (e internamento) que os serviços podem objetivamente comportar e por quanto tempo. Trata-se, *brevitatis causa*, de controlar de forma adequada o curso da pandemia com base na capacidade médica dos serviços.

E, todavia, a discussão atual continua a centrar-se na proteção da vida em lugar de individualizar o objetivo principal em termos concretos: o objetivo do controlo do sistema de saúde pública à luz da respetiva capacidade em lidar com a situação pandémica atual.

A esta luz, resulta evidente que a realização desse objetivo desloca significativamente o ónus da justificação, tanto no que diz respeito aos factos em que se basearam as intervenções ablativas de direitos e liberdades, como no que diz respeito à avaliação normativa de outras preocupações relevantes, igualmente em sede de proteção e defesa desses mesmos direitos e liberdades face ao objetivo principal a atingir.

³⁸ Nestes termos, OLIVER LEPSIUS, *Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie*, *VerfBlog*, 6 de abril de 2020.

O objetivo da gestão da crise, incluindo a sustentabilidade do serviço nacional de saúde, traduz-se, manifestamente, numa interferência e restrição — por vezes intensa — de certos direitos e liberdades jusfundamentais. Um objetivo necessariamente dinâmico e não estático, posto que atende à salvaguarda permanente e a longo prazo da capacidade de resposta do serviço nacional de saúde.

Consequentemente, as medidas tomadas em prol desse objetivo devem mostrar-se “idóneas” e “necessárias” em ordem a mitigar a taxa de transmissão e infeção da população de uma forma adequada à respetiva capacidade, e não como proteção da infeção individualmente considerada no que se reporta aos cidadãos. Em termos breves, trata-se de um objetivo de solidariedade coletiva e não individual.

O efeito perturbador que emerge desta situação diz respeito à revisão e controle do parâmetro da proporcionalidade. O que tradicionalmente era tido por um teste baseado em factos verificáveis — “idoneidade” e “estrita necessidade” dos meios utilizados face ao “fim”, de natureza constitucional, que se pretende atingir — transforma-se numa aposta face a um objetivo cuja realização não pode ser prevista com apoio factual adequado e suficiente. Quem conhece a capacidade, disponibilidade e o número previsível de doentes em cuidados intensivos num determinado dia ou nos próximos meses?

Em caso de incerteza quanto à prognose avaliativa, a lei geral normalmente só permite intervenções de investigação do perigo. As prognoses são quase sempre questionáveis no caso da restrição dos direitos e liberdades fundamentais, o que torna ainda mais difícil o controlo factual.

Nestas circunstâncias aposta-se na proclamação de um conjunto de restrições e limitações aos direitos e liberdades fundamentais face a uma situação na qual não podemos prever, com determinabilidade e precisão, o momento da respetiva cessação. Daí que seja de crucial importância circunscrever estritamente a possibilidade de restrição e limitação dos direitos e liberdades, na esperança de que, com o decurso do tempo, tenhamos a

experiência e os dados disponíveis que nos permitam previsões mais razoáveis e verificáveis.

Uma situação que pode ser contornada se limitarmos estritamente, primeiro, os meios restritivos de que nos socorremos para fazer face à situação de crise, já que o controlo factual da relação entre meios e fins não é ainda possível de determinar com o rigor e certeza exigíveis, sobretudo tratando-se de restrições a direitos e liberdades fundamentais. E que terão de ser acompanhadas, num segundo momento, da obrigação de avaliação e eventual revisão dos critérios em que se basearam, partindo de um conhecimento factual que se espera que melhore significativamente no decurso do tempo.

Os direitos e liberdades que têm vindo a ser restringidos, para não dizer suspensos, são, entre outros, o direito à liberdade geral de ação, o direito à liberdade de circulação (confinamento, recolher obrigatório), mas também o direito geral à liberdade de reunião, liberdade de associação, liberdade de exercício de religião e liberdade de profissão, entre outros. E na decretação do primeiro “estado de emergência”, a 18 de março de 2020, inclusive, o “direito de resistência”, o que não deixa de constituir uma perplexidade, na medida em que este se configura como o exato oposto do “estado de exceção”³⁹, direitos e liberdades sem os quais a vida em sociedade não seria mais possível e imaginável, pelo menos no quadro do Estado de Direito democrático e constitucional.

Nestas condições, tem razão Christoph MÖLLERS⁴⁰ quando observa que vivemos num “estado atípico”, um estado “quase livre de direitos fundamentais”. Uma situação que deveria ser a “exceção” e não a “regra”. E conclui: existe aqui, manifestamente, uma falha generalizada de “argumentos constitucionais”.

Seja como for, o que se mostra crucial nesta conjectura e em sede de

³⁹ Cfr., artigo 4º/g do Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março.

⁴⁰ CHRISTOPH MÖLLERS, *Wir Leben in einem quasi grundrechtsfreien Zustand*, Tagesspiegel, 12 de abril de 2020, e *Ohne Regelbruch gib es keine Freiheit*, Welt am Sonntag, 30 de outubro de 2020.

restrições a direitos e liberdades fundamentais, sobretudo, é o seu efeito cumulativo. Bem vistas as coisas, o exercício de quase todos os direitos e liberdades dependem do direito à livre circulação, de se poder sair de casa.

6. A busca de soluções alternativas menos gravosas

Resulta igualmente incompreensível que a busca de soluções alternativas menos gravosas esteja a ser negligenciada. O recurso a meios alternativos menos gravosos ou invasivos significa que se entende promover *soluções diferenciadas*, isto é, soluções que não operam de forma rígida e uniforme, antes de *forma flexível e contraditada*.

No caso dos Estados Federais, uma forma de divisão e limitação vertical de poder — Alemanha, Áustria ou Suíça, só para referir países europeus — a existência de jurisdições múltiplas acabou por melhor assegurar a proteção dos direitos e liberdades afetados. Um dos procedimentos é, justamente, apostar em alternativas espacialmente mais adequadas, permitindo, deste modo, a escolha de meios alternativos mais leves, e, consequentemente, menos invasivos.

A busca de soluções alternativas menos gravosas terá ainda de corresponder a uma melhor perceção pública da proteção dos direitos e liberdades implicados, evitando que a restrição a esses direitos e liberdades surja como uma “manta de retalhos”, o que resulta altamente contraproducente.

Seja como for, a opinião dos professores de Direito Público na Alemanha é a de que o apelo a decisões federais diferenciadas acaba por favorecer a proteção dos direitos e liberdades, posto que impõem soluções diferenciadas, vindo a favorecer a utilização de meios alternativos menos intensos ou invasivos.

Esta perspetiva resulta ainda mais relevante na dimensão da prognose. É que a relação de adequação da limitação dos direitos em face do fim que se pretende atingir acaba por ser obtida não de uma forma uni-

forme, mas em função dos dados, científicos e estatísticos, em presença. A adequação da interferência nos direitos e liberdades implicados não pode ser determinada de modo uniforme, estatística e cientificamente correto em cenários de curso dinâmicos. Uma afirmação que acaba por vir demonstrada se nos socorrermos das declarações diárias dos virologistas. É agora uma questão de avaliação e não uma pura questão de facto. Uma questão de controlo *ex-post*⁴¹.

E, todavia, como questão de avaliação, o recurso a meios alternativos menos gravosos, porque menos intensos na sua dimensão ablativa, deve obter resposta por parte das instituições responsáveis pela avaliação, incluindo os responsáveis políticos. E, neste último caso, destacam-se, em primeiro lugar, os parlamentos, mas também a opinião pública. Ambos se encontram organizados de forma pluralista. Não são os cientistas que decidem, ainda que a sua opinião avalizada deva ser tomada como base da decisão. O seu domínio é o dos factos, que devem ser verificáveis, não o da decisão política. Isto nada tem a ver com o excecionalismo da situação, antes se apresenta como consequência epistemológica e organizacional de uma incerteza relativa e temporal⁴².

Por tudo isto 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*.

Ao mesmo tempo, isto obriga a uma exigência ritualizada dos meios alternativos menos gravosos. Qualquer outra circunstância hipotizável levaria categoricamente a violações desproporcionadas, e, consequentemente, inconstitucionais, dos direitos e liberdades implicados.

Isto pressupõe uma cultura jurídica e política, um grau de compromisso com a ordem constitucional, na qual haverá que ponderar uma dif-

⁴¹ Neste sentido, OLIVER LEPSIUS, *Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie*, *VerfBlog*, 6 de abril de 2020.

⁴² *Ibidem*.

erenciação significativa. Não se trata, de modo algum, de uma competição de ofertas excessivas, mediante a edição de regulamentos e portarias mais ou menos genéricos, os quais, no limite, poderiam conduzir a uma ditadura higienista. A este respeito, sublinha Oliver LEPSIUS⁴³, se formos guiados pelo objetivo da proteção dos direitos fundamentais, poder-se-á lidar de modo mais eficaz com a *hora do executivo*.

Por outro lado, em muitos países, v.g., a Alemanha e a Áustria, não são sequer os governos que decidem sobre os regulamentos e portarias aplicáveis, mas sim o ministro da saúde e/ou ministros competentes em razão da matéria. Se as decisões devem ser tomadas por despacho ou portaria, então resultaria imperativo, tendo em consideração a relevância dos direitos e liberdades afetados, que fossem os governos em gabinete ou conselho de ministros a decidir. O governo, no seu conjunto, em gabinete ou conselho de ministros, inclui membros cujos deveres incluem a proteção e cuidado de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos que podem resultar afetados no processo de tomada das decisões políticas.

De igual modo, em termos de normas de competência e organizacionais, não deveria permitir-se, como ocorreu na Alemanha ou na Áustria, que as respetivas “leis de habilitação”⁴⁴ autorizem os seus ministros da saúde a decidir, através de despacho ou portaria, decretando medidas restritivas, incluindo as de confinamento, dotando-o, por assim dizer, de uma competência regulatória geral.

Por tudo isto, quando se aponta na decisão de soluções mais leves

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Para a Alemanha, v. Lei de Proteção de Infecções (*Infektionsschutzgesetz – IfSG*), de 1 de janeiro de 2001, alterada pela Lei de Prevenção de Infecções (*Präventionsgesetz – PräVG*), de 17 de julho de 2015, com alterações posteriores. No que concerne à Áustria, algumas das medidas decretadas resultaram da aplicação da Lei sobre Doenças Epidemiológicas (*Epidemiegesetz – EPiG*), promulgada em 1950, mas que remonta, principalmente, ao seu predecessor monárquico, a Lei sobre Doenças Epidemiológicas de 1913. Devido às suas raízes históricas, a lei reflete tempos mais recuados no qual a proteção dos direitos e liberdades era mais fraca e o Estado de Direito limitado. A lei confere sobretudo poderes às autoridades locais para a aplicação de medidas rápidas e eficazes a fim de evitar a propagação de doenças. Contudo, não fornece uma base sólida e adequada para uma ação federal no curso de uma pandemia global. Para maior desenvolvimento, KONRAD LACHMAYER, *Austria: Rule of Law Lacking in Times of Crisis*, VerfBlog, 28 de abril de 2020.

e menos invasivas, haverá que atender, de modo preferente, a questões de avaliação temporal e de equilíbrio dos interesses em presença. Para isso necessita-se do conhecimento experiencial de todos os órgãos constitucionais, incluindo o Parlamento e o Conselho de Ministros, mas também da sociedade civil como um todo.

Tal como os poderes federais levam à diferenciação na escolha de meios, e, naturalmente, a raciocinar em termos de escolha de meios alternativos menos gravosos, os outros órgãos constitucionais não devem, de igual modo, permitir que os seus poderes sejam capturados pelo executivo governamental.

Isto aplica-se, especialmente, às instituições parlamentares, quer estaduais quer federais. A modificação da ordem constitucional e legal de competências foi considerada de forma demasiado displicente, a que acresce o papel das instituições constitucionalmente concebidas como “contrapoderes”⁴⁵ na formação democrática da vontade política — órgãos de comunicação social, opinião pública, a arte e a ciência, e até as próprias igrejas.

A proteção constitucional desses contrapoderes indica que estes funcionam como espelho da sociedade e do processo político democrático e devem ser chamados a cumprir essa tarefa, alimentando a discussão pública quanto à escolha e utilização dos meios alternativos menos gravosos. Uma abertura, âmbito e extensão do debate público que deve preceder a tomada da decisão política, contribuindo para o desmantelamento das medidas máximas decretadas, consideradas mais gravosas, e, como tal, inconstitucionais.

A forma mais fácil de o fazer é iniciar uma discussão quanto às medidas concretas decretadas pelos diferentes executivos governamentais, questionando os pressupostos da respetiva causalidade. Os padrões doutrinários e legais da causalidade não devem ser ignorados. Recolher obrigatório, encerramento de fronteiras, proibição de abertura de estabelecimentos

⁴⁵ Na expressão de PIERRE ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris: Seuil, 2006.

comerciais, de hotelaria e restauração, arte e cultura, e o encerramento dos locais de culto apenas se podem basear na equivalência de causalidade. Nunca em contextos jurídico-normativos, já que tal presunção não poderia por si só ser tida por suficiente e decisiva⁴⁶.

A questão pode ser formulada do seguinte modo: pode o encerramento de livrarias, igrejas, bibliotecas, teatros ou floristas traduzir-se numa contribuição significativa para a gestão da crise? Qual a probabilidade de as livrarias, igrejas, bibliotecas, teatros ou floristas, pontos conhecidos de contacto físico, se tornarem eles próprios em centros de patogenia? Quais os espaços cuja utilização pode ser organizada de tal modo que haja um diminuto risco de contágio?

Só desta forma estaremos em condições de recuperar as nossas liberdades, exigindo meios alternativos menos gravosos e invasivos. Uma situação que ameaça todos os direitos de liberdade, quando nós, enquanto titulares desses direitos e liberdades, nada fizermos, contentando-nos com esse objetivo de regulamentação difusa, a “luta contra o vírus”, sem proceder à diferenciação dos bens jurídicos de acordo com a sua “relevância sistémica”⁴⁷.

Apenas nesta condição resulta compreensível que todos os outros direitos e liberdades tenham de recuar, por enquanto, até à sua quase derrogação. A liberdade de reunião é praticamente banida e eliminada. O que resta da liberdade de religião ou de associação? Tudo isto quando, salvo indicação em contrário na Constituição, todos os direitos fundamentais se encontram normativamente no mesmo plano, não existindo hierarquia ou priorização entre os mesmos.

Em caso algum pode um direito fundamental ser atingido na sua “essência” ou “conteúdo essencial”⁴⁸. O mesmo ocorre com a “dignidade

⁴⁶ Neste sentido, OLIVER LEPSIUS, *Vom Niedergang grundrechtlicher Denk-kategorien in der Corona-Pandemie*, *VerfBlog*, 6 de abril de 2020.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Cfr., artigo 18^a/3 da CRP.

da pessoa humana”⁴⁹, o primeiro dos direitos constitucionais, quer dos direitos liberdades e garantias, quer dos direitos económicos, sociais e culturais. E que não pode ser “contrapesada” ou “ponderada” face a outros direitos ou interesses constitucionais, e, em particular, os chamados “bens coletivos”⁵⁰. O homem é um fim em si mesmo, não um meio para se atingir um fim, mesmo que constitucional⁵¹. Num caso de vida ou de morte, na luta contra o vírus, não pode a dignidade da pessoa humana ser o primeiro dos direitos a ser sacrificado no altar da concretização de um fim da solidariedade coletiva. *Salus rei publicae suprema lex esto!*

Para um constitucionalista, é profundamente deprimente testemunhar como o essencial do pensamento sobre os direitos fundamentais é posto em causa em tão curto espaço de tempo. Como observa Oliver Lepsius⁵²: “[e]stamos em presença de medidas de higiene de um tipo muito diferente. O Estado de Direito está muito sujo. A higiene do Estado de Direito deve ser urgentemente restabelecida, caso contrário, o maior risco de infeção espreita já aqui”.

7. A dimensão temporal

Mais uma vez, é a *dimensão do tempo* e a *incerteza* que não conseguimos controlar. E, neste quadro, tendo em consideração o contexto e as circunstâncias acima descritos, é que se poderá afirmar que o contrapeso ou ponderação dos bens no caso concreto não se mostrou de todo adequado. O que nos suscita a seguinte interrogação: como é possível trocar a erosão

⁴⁹ Cfr., artigos 1º e 13º/1 da CRP.

⁵⁰ CRISTINA QUEIROZ, *Direitos Fundamentais*, cit., pp. 346 ss., e *Direitos Fundamentais Sociais*, cit., pp. 120, 159 ss., e bibliografia citada.

⁵¹ Na lição de IMMANUEL KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* [1785], Akademie-Augabe, Bd. IV, p. 428.

⁵² OLIVER LEPSIUS, *Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie*, *VerfBlog*, 6 de abril de 2020: “Wir stehen vor Hygienemaßnahmen ganz anderer Art: Der Rechtsstaat ist schwer beschmutzt. Die rechtsstaatliche Hygiene muss dringend wieder hergestellt werden, sonst droht hier das größte Infektionsrisiko”.

e invasão dos nossos direitos e liberdades no presente por uma proteção incerta da saúde no futuro?

Mais: não existe um critério jurídico-normativo único, e muito menos unilateral, que possa dar resposta a esta interrogação. Uma medida não pode ser considerada constitucional num determinado momento e lugar e ser considerada inconstitucional num outro momento e lugar. Uma contradição nos termos?

Sem esquecer o “efeito cumulativo” que causa saturação, fadiga e impaciência na sociedade. A justificação das medidas adotadas torna-se cada vez mais difícil com o distender do tempo. Isso significa que a estratégia de máxima invasividade poderá não ser a mais adequada tanto mais que esta dificilmente se poderá concretizar num espaço curto de tempo e num único lugar. O mesmo é dizer que a dimensão temporal, marcada por um prazo de cessação ou caducidade, mostra-se também ela incerta.

Daí que apostar numa única solução pareça não ser a estratégia mais adequada. Diversificar, ponderar e flexibilizar, incluindo a escolha de meios alternativos menos gravosos ou invasivos, colocados em confronto recíproco, parece ser a estratégia mais desejável.

No que diz respeito ao objetivo a alcançar, a expansão e manutenção da capacidade, traduzida num volume adequado de recursos humanos, vagas de internamento e vagas nos cuidados intensivos, bem como a realização expandida de testes de rastreio e deteção, permitem-nos prever melhor o curso das infeções. No que diz respeito aos meios de avaliação, haverá igualmente que aportar numa diferenciação, quer entre grupos de pessoas, quer entre formas de comportamento, quer na deteção e determinação dos locais de maior incidência e perigosidade em termos de regiões particularmente afetadas.

Isto significa que as medidas que afetam a todos, mesmo que não haja provas de que possam aliviar a carga do sistema de saúde, se mostram inadequadas. Caso contrário, mais cedo ou mais tarde, corremos o risco de ser considerados elementos perturbadores. Essas medidas mostram-se

inadmissíveis do ponto de vista constitucional, isto é, do ponto de vista de uma proteção e garantia efetivas dos direitos e liberdades implicados.

Tudo isto se traduz numa lógica perniciosa, já que supostamente resulta politicamente mais racional ordenar ações 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 atuação do “princípio da proporcionalidade”, que compreende não apenas a “proibição do excesso” (*Übermaßverbot*), mas ainda a “proibição da omissão e/ou da insuficiência” (*Untermaßverbot*)⁵³.

Um curso de acontecimentos com o qual estamos já familiarizados. Confronte-se, a propósito, as chamadas “leis de combate ao terrorismo”, v. g., a Lei de Segurança da Aviação, na Alemanha, a que o Tribunal Constitucional Federal teve de dar resposta⁵⁴. Aí a justificação era igualmente a do sacrifício de uns em prol da segurança e proteção de todos, numa lógica securitária, mas, de igual modo, perniciosa. No Reino Unido, na Câmara dos Lordes, à época, ainda o Tribunal Supremo, face ao acervo da legislação antiterrorista avançada pelo governo de Tony Blair, ficou célebre a interjeição de um dos seus Lordes jurídicos: “E não perguntes porque é que os sinos dobram. Os sinos dobram por ti”.

A este respeito, no debate sobre os direitos e liberdades fundamentais, resultaria mais racional definir com maior precisão o objetivo declarado, não enveredando por uma individualização vaga e imprecisa do perigo, focando-nos, exclusivamente, no objetivo da “luta contra o vírus”.

Mais valeria, então, em face dos pressupostos constitucionais de proteção dos direitos e liberdades implicados, focarmo-nos num “controlo baseado na capacidade no curso da pandemia”. Esta especificação, que não é meramente terminológica, antes substantiva, abre espaço, simultaneamente

⁵³ Sobre o “princípio da proporcionalidade”, na sua dupla dimensão de “proibição do excesso” e “proibição da omissão e/ou da insuficiência”, CRISTINA QUEIROZ, *Direitos Fundamentais*, cit., pp. 379 ss., e *Direitos Fundamentais Sociais*, cit., pp. 179 ss., e bibliografia citada.

⁵⁴ Cfr., BVerfGE 115, 118-166, de 15 de março de 2006, disponível no “sítio” da Internet: www.bverfg.de/entscheidungen.es.

eamente, para a tomada das decisões políticas como para a respetiva diferenciação⁵⁵.

8. A separação de poderes e os órgãos de controle

O “direito de necessidade”, onde se integra o “estado de emergência”, é um instrumento de “defesa da constituição” e da “ordem pública constitucional”. Não constitui, nestes precisos termos, um “direito alternativo” nem um “aliud” jurídico-constitucional⁵⁶. Pelo contrário, a sua decretação obedece a um *procedimento constitucional*, justamente para que através da sua invocação não se proceda à “destruição” ou “aniquilação” da ordem constitucional⁵⁷.

Aqui releva, em particular, o princípio jurídico-constitucional da separação e interdependência dos poderes no Estado⁵⁸. Tradicionalmente, o princípio da separação de poderes significou uma proteção face ao poder executivo no qual os parlamentos haviam concitado todos os seus temores⁵⁹.

A verdade é que desde o começo da crise pandémica atual, os parlamentos, genericamente, acabaram por reduzir a sua atividade, chegando ao ponto de deliberar, fora do contexto constitucional e estatutário exigidos, com redução do número de deputados nas sessões plenárias e mes-

⁵⁵ OLIVER LEPSIUS, Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie, Verfblog, 6 de abril de 2020.

⁵⁶ CRISTINA QUEIROZ, *Direito Constitucional. As instituições do Estado democrático e constitucional*, Coimbra, 2009, p. 346.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Cfr., artigo 111º da CRP.

⁵⁹ CARL SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* [1923], 10ª ed., Berlin: Duncker & Humblot, 2017, pp. 30 ss. Por último, CARL SCHMITT, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf* [1921], 8ª ed., corrigida, Berlin: Duncker & Humblot, 2015, onde se propõe a distinção entre a “ditadura comissária”, que tem por objetivo defender ou restaurar a constituição e a ordem constitucional, e a “ditadura soberana”, que tem por objectivo, recorrendo ao conceito de “exceção”, destruir a constituição e a ordem constitucional, numa espécie de apelo a um “poder constituinte” *ex nihilo*.

mo a nível das comissões parlamentares. Os parlamentos, um pouco por toda a parte, autossuspenderam ou autorrestringiram o exercício das suas funções⁶⁰.

O que não deixa de constituir uma perplexidade, já que o Parlamento se apresenta como um órgão de tomada das decisões políticas, e o primeiro dos órgãos constitucionais, enquanto representação da sociedade no Estado, o “reino da representação do povo”, e que se vê agora autorreduzido e secundarizado face ao executivo governamental.

Com efeito, com a decretação do estado de emergência, o papel e o controle por parte da Assembleia da República deveria ter aumentado de forma exponencial e não diminuído drasticamente. E não apenas no que diz respeito à apreciação do “relatório” a que faz referência o artigo 28º da Lei nº 44/86, Lei Orgânica do Estado de Sítio e do Estado de Emergência, uma decisão que não gerou críticas generalizadas.

Nestes termos, é duvidoso que através de um acordo conjunto entre líderes parlamentares, obtido em conferência de líderes, com anuência da presidência da Assembleia da República, se possa proceder à alteração do “quórum” parlamentar para efeitos de presença e votação no Parlamento nacional. Atendendo à natureza jurídico administrativa interna da conferência de líderes, não nos parece que esse acordo conjunto se possa sobrepor e prevalecer sobre a Constituição e o Regimento da Assembleia da República. Todos os membros da Assembleia da República gozam de idêntico estatuto, que se traduz em direitos e deveres particulares e iguais. Nenhum deputado detém, em consequência, autoridade superior à dos outros⁶¹.

Além de que é à Assembleia da República que compete apreciar o desenrolar da aplicação do estado de emergência, e não apenas aquando da renovação do mesmo, que só poderá ser decretado por um período de quinze dias, sem prejuízo de eventuais renovações com os mesmos lim-

⁶⁰ Para maior desenvolvimento, CHRISTOPH MÖLLERS, *Parlamentarische Selbstentmächtigung im Zeichen des Virus*, VerfBlog, 26 de março de 2020, e *ÜBER DEN SCHUTZ DER PARLAMENTE VOR SICH SELBST IN DER KRISE*, VERFBLOG, 20 de março de 2020.

⁶¹ Cfr., artigos 116º, 152º/2, 153º/1, 155º/1 e 159º da CRP.

ites⁶². Essa apreciação estende-se a todo o período da vigência do estado de emergência⁶³.

Ora, é essa a razão que explica, em termos constitucionais, a proibição da dissolução da Assembleia da República durante a vigência do estado de emergência, sob pena de inexistência jurídica do próprio decreto de dissolução⁶⁴, bem como a impossibilidade de se proceder a um ato de revisão constitucional, igualmente sob pena de inexistência jurídica do ato e procedimento de revisão constitucional⁶⁵.

Nesta ordem de considerações, não é apenas a garantia dos direitos e liberdades que deve ser preservada, mas ainda a garantia do funcionamento dos órgãos de soberania, incluindo os tribunais e o poder judicial, com as suas competências próprias. A decretação do “estado de emergência” implica não a suspensão da Constituição, mas um processo submetido nos seus trâmites à Constituição e aos princípios nela consignados.

Se assim é, pergunta-se: qual o papel do Parlamento em relação aos decretos, regulamentos e portarias que regulam a vida quotidiana numa situação de urgência e necessidade? O facto de os parlamentos se encontrarem agora a apoiar medidas governamentais não significa que os mesmos tenham abdicado do exercício das suas funções. Nem tão pouco que os mesmos estejam a resvalar para o autoritarismo.

O que se espera antes do Parlamento e dos grupos parlamentares, tanto os que apoiam o Governo como os que se integram na oposição política, é que estejam preparados e atentos a uma avaliação criteriosa da urgência da situação e os seus desenvolvimentos.

O controle parlamentar do Governo deve ser intensificado *ex ante* e *ex post*. Afinal, quem aprova as despesas imediatas, as medidas urgentes de natureza laboral, social e económica, e a própria autorização para as suces-

⁶² Cfr., artigos 19º/5 e 162º/b da CRP.

⁶³ Cfr., artigo 162º/b da CRP.

⁶⁴ Cfr., artigo 172º da CRP.

⁶⁵ Cfr., artigo 289º da CRP.

sivas renovações do “estado de emergência”?

Mas não é só o controle parlamentar que deve ser enfatizado. Os tribunais e o poder judicial apresentam-se igualmente como órgãos de controle e de revisão das medidas governamentais. Em termos breves, apresentam-se, também eles, como um contrapoder institucionalizado.

Os tribunais e o poder judicial fazem parte do sistema político. São “órgãos de soberania” que administram a justiça em nome do povo⁶⁶. Mas não são instituições neutras que possam “dizer o Direito” (*juris dicere*) num espaço livre da política.

Tudo isto se torna mais claro no momento atual, já que um dos requisitos para a “autorização” e “decretação” do “estado de emergência” radica na subsistência do acesso à “via judiciária”, o que significa proibição da suspensão dos direitos de defesa dos cidadãos, desde logo do direito de acesso à justiça e ao poder judicial⁶⁷. Os meios de defesa tipificados do Estado de Direito devem prevalecer, incluindo, na sua plenitude, o “direito de acesso à justiça e aos tribunais” para defesa dos direitos e liberdades lesados ou ameaçados de lesão por quaisquer providências inconstitucionais ou ilegais⁶⁸.

Diferentemente, entre nós, em março-abril de 2020⁶⁹, primeiro confinamento geral, e agora em janeiro de 2021⁷⁰, segundo confinamento geral, o Governo decretou o encerramento (físico) dos tribunais, em particular de primeira instância, com exceção dos prazos processuais e diligências em processos urgentes, passando os tribunais e o poder judicial ao estádio de uma “justiça virtual”.

E tudo isto quanto face à detenção em caso de desobediência o cidadão deverá ser presente no prazo legal ao juiz competente, já que os

⁶⁶ Cfr., artigos 110º/1 e 202º/1 da CRP.

⁶⁷ Cfr., artigos 19º/6 e 20º/1 da CRP e artigo 6º da Lei nº 44/86, de 30 de setembro.

⁶⁸ Cfr., artigo 6º da Lei nº 44/86, de 30 de setembro.

⁶⁹ Cfr., artigo 7º da Lei nº 1-A/2020, de 19 de março.

⁷⁰ Cfr., artigo 6-B da Lei nº 4-B/2021, de 1 de fevereiro.

tribunais se mantêm em funcionamento, além de que, constitucionalmente, resulta proibida a suspensão da garantia do “habeas corpus”⁷¹.

Uma intervenção dos tribunais e do poder judicial que tem vindo a ocorrer, sobretudo no caso dos tribunais administrativos e comuns, com recurso incidental concreto de constitucionalidade para o Tribunal Constitucional⁷².

Na Áustria foi já apresentado um número considerável de queixas diretamente ao Tribunal Constitucional Federal em sede de recurso de amparo ou recurso direto de constitucionalidade (*Verfassungsbeschwerde*), recurso que não existe entre nós. Na Áustria, o representante dos juízes junto dos tribunais administrativos defendeu a atribuição ao Tribunal Constitucional de competências em matéria de mecanismos de proteção jurídica provisória. Esses mecanismos podem proporcionar uma proteção jurídica acrescida e mais efetiva⁷³. O Estado de Direito, por alguma razão, é considerado um estado de “vias judiciais”.

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal decretou “medidas provisórias” em face da limitação do direito de manifestação e da liberdade de culto⁷⁴. Os tribunais administrativos de diferentes jurisdições tiveram igualmente de intervir em face de um número elevado de queixas apresentadas⁷⁵.

⁷¹ Cfr., artigos 19º/6 e 31º da CRP e artigos 6º e 7º da Lei nº 44/86, de 30 de setembro.

⁷² Cfr., Ac TC nº 424/2020, disponível no “sítio” do Tribunal Constitucional: www.tribunalconstitucional.pt.

⁷³ KONRAD LACHMAYER, *Austria: Rule of Law Lacking in Times of Crisis*, VerfBlog, 28 de abril de 2020.

⁷⁴ Cfr., BVerfGE, 1 BvR 31/20, Acórdão da Segunda Câmara do Primeiro Senado, de 10 de abril de 2020, e BVerfGE, 1 BvR 828/20, Acórdão da Primeira Câmara do Primeiro Senado, de 1 de abril de 2020, disponíveis no “sítio” da Internet: www.bverfg.de/entscheidungen.es. No primeiro caso, o Tribunal Constitucional Federal considerou que a liberdade de culto não resultava ameaçada pela proibição dos serviços religiosos no período da Páscoa. As medidas decretadas, considerou, não afetavam de forma onerosa o “núcleo” da liberdade de culto. No segundo caso, o Tribunal Constitucional Federal ponderou as diferentes proibições estaduais decretadas às liberdades de circulação e de reunião, considerando que o perigo face ao direito à vida, decorrente da suspensão das medidas de emergência, superava as restrições temporárias à liberdade pessoal.

⁷⁵ A lista é numerosa, podendo ser atualizada no “sítio”: www.etl-rechtsanwaelte.de.

Em Espanha, a questão colocada foi a de saber qual a jurisdição responsável pela revisão judicial do decreto de estado de alarme e suas extensões: o Tribunal Constitucional, que assume o monopólio de toda a revisão judicial das leis, ou o Supremo Tribunal, que detém a jurisdição ordinária ou comum. Mas aí, de igual modo, os tribunais administrativos e comuns foram instados a intervir não se afastando a situação em Espanha das restantes jurisdições europeias.

Sem um poder judicial independente ou controle parlamentar das medidas do executivo, forçando-o a cumprir as normas e princípios constitucionais, uma Constituição é pouco mais do que uma “folha de papel” (“nur ein Stück Papier”)⁷⁶. O que é constitucionalmente injustificado resulta constitucionalmente impossível.

9. A estratégia de saída democrática

É certamente demasiado cedo para se tirar conclusões significativas da situação atual. Ainda assim, a dimensão da crise mostra que as medidas de emergência não devem ser tarefa exclusiva do Governo.

É verdade 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.

O Governo e os órgãos constitucionais devem desde já começar a raciocinar em termos de uma estratégia de saída democrática. Ao que sabemos, até ao momento, teremos de viver muito mais tempo com a crise e a distância física.

⁷⁶ Na conhecida expressão de FERDINAND LASSALE, *Über Verfassungswesen* [1862], de confronto entre a “constituição” e a “realidade constitucional”, um tema caro, ontem como hoje, aos juspublicistas alemães.

Mas quanto tempo poderemos viver com as manifestações de proibição? Estamos também aí confiantes no funcionamento da Democracia? A médio prazo, talvez. A longo prazo, ninguém sabe quanta destruição social irá ocorrer e se a nossa ordem liberal irá resistir ao embate.

A crise pandémica atual atingiu-nos num momento difícil. 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.

Como o quadro constitucional não pode ser suspenso, mesmo no âmbito do “estado de emergência”, o Governo encontra-se vinculado à Constituição e à ordem jurídico-constitucional. A legitimidade e legalidade dos seus atos depende da sua conformidade com a Constituição e os princípios nela consignados⁷⁷.

Com base nos princípios da Democracia e do Estado de Direito, as restrições aos direitos e liberdades fundamentais só podem ocorrer com intervenção parlamentar e em conformidade com o que dispõe a Constituição⁷⁸. Essas restrições devem ser ou substancialmente proporcionais ao fim a que se propuseram, a gestão do curso da pandemia, ou garantir a proporcionalidade formal através do estabelecimento de garantias suficientes em matéria de Estado de Direito.

No limite, a Democracia terá de saber distinguir entre as “medidas temporárias” e a “legislação permanente”.

A “ditadura constitucional”, para utilizar uma expressão roubada a Clinton ROSSITER⁷⁹, é um assunto perigoso. E corre o risco de poder eternizar-se. Tal corresponde à admissão da incapacidade das instituições

⁷⁷ Cfr., artigo 3º/2 e 3 da CRP.

⁷⁸ Cfr., artigos 18º/2 e 3 e 165º/1/b da CRP.

⁷⁹ CLINTON ROSSITER, *Constitutional Dictatorship*, cit., em particular, pp. 294 ss.

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 necessidade”, terá necessariamente de refazer os seus passos no caminho do regresso ao Estado de Direito.

Conclusões

Uma sociedade confinada é uma sociedade fechada, assombrada pelo medo. A saída democrática da presente crise 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.

É óbvio que o regime do “direito de necessidade” pode e deve ser melhorado. A crise económica, nos anos 30 do século passado, foi assimilada ao estado de emergência. Uma crise de saúde pública sem precedentes e global pode, de igual modo, ser assimilada a um estado de emergência.

O problema da crise pandémica atual tem a ver, sobretudo, com a “dimensão do tempo” e os “efeitos cumulados” das exceções e restrições aos direitos e liberdades implicados.

Por quanto tempo os cidadãos irão tolerar restrições aos seus direitos e liberdades? Por quanto tempo os cidadãos irão tolerar um sistema abrangente de proibições? Por quanto tempo os cidadãos irão tolerar uma “democracia de fachada”? Por quanto tempo os cidadãos irão tolerar uma expansão sem precedentes do poder executivo ao ponto de este ter sido já considerado um *executive unbound*?

A resposta a estas interrogações implica “resistência” e “coragem civil”. E o empenhamento da sociedade, dos cidadãos e das instituições políticas democráticas.

Se os casos difíceis produzem mau direito, as situações de emergência produzem ainda mais. Os cidadãos não necessitam de ser defendidos contra si próprios.

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 pode e não deve ser considerado o paradigma do governo constitucional.

Bibliografia

- AAVV, *Estado de exceção e crise epidémica — State of Exception and Epidemic Crisis*, 7 “E-pública”, 1 (2020).
- AGAMBEN, Giorgio, *Lo stato d’eccezione provocato da un’emergenza immotivata*, Il Manifesto, 26 de fevereiro de 2020.
- *Stato di eccezione. Homo sacer*, Turim, 2003.
- APPELBAUM, Anne, *The Twilight of Democracy*, Londres: Penguin, 2020.
- BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Portugal e a Covid-19: balanço e perspectivas de uma ordem jurídica de crise*, in: “*Revista do Ministério Público*”, número especial (2020), pp. 93 ss.
- DERRIDA, Jacques, *Force de loi. Le “fondement mystique de l’auto-rité”*, Paris: Galilée, 1994, reed., 2005.
- FRIEDRICH, Carl J., *Constitutional Government and Democracy. Theory and Practice in Europe and America*, Boston, 1952.
- GROGAN, Joelle, *States of Emergency*, VerfBlog, 26 de maio de 2020.
- HAASS, Richard, *The Pandemic Will Accelerate History Rather Than Reshape It. Not Every Crisis Is a Turning Point*, in: “*Foreign Affairs*”, 7 de abril de 2020.
- KRASTEV, Ivan, *O futuro por contar. Como a pandemia vai mudar o mundo*, trad. port., Penguin: Random House, 2020.
- e LEONARD, Mark, *Europe’s Pandemic Politics: How the Virus Has Changed The Public’s Worldview*, European Council on Foreign Relations, Policy Brief, 23 de junho de 2020.
- e HOLMES, Stephen, *The Light That Failed. A Reckoning* (trad. cast.

“La Luz que se apaga. Cómo Occidente ganó la Guerra Fría”), Penguin: Random House, 2019.

LACHMAYER, Konrad, *Austria: Rule of Law Lacking in Times of Crisis*, VerfBlog, 28 de abril de 2020.

LEPSIUS, Olivier, *Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie*, VerfBlog, 6 de abril de 2020.

LIND, Michael, *The New Class War. Saving Democracy from Managerial Elite*, Penguin: Random House, 2020.

LINERA, Miguel Presno, *Beyond the State of Alarm: COVID.19 in Spain*, VerfBlog, 13 de abril de 2020.

MÖLLERS, Christoph, *Parlamentarische Selbstentmächtigung im Zeichen des Virus*, VerfBlog, 26 de março de 2020.

— Über den Schutz der Parlamente vor sich selbst in der Krise, VerfBlog, 20 de março de 2020.

PAMUK, Orhan, *What the Great Pandemic Novels Teach Us*, The New York Times, 23 de abril de 2020.

PAPIER, Hans Jürgen, *Das Recht auf Freiheiten*, in: 3 “Theorie und Praxis der Sozialen Arbeit” (2020), pp. 169 ss.

REICH, Robert, *Covid-19 Pandemic Shines on a New Kind of Class Divide and Its Inequalities*, The Guardian, 26 de abril de 2020.

ROSSITER, Clinton, *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, Princeton: Princeton University Press, 1948.

SCHMITT, Carl, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf* [1921], 8ª ed., corrigida, Berlim: Duncker & Humblot, 2015.

— *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* [1923], 10ª ed., Berlim: Duncker & Humblot, 2017.

SNYDER, Timothy, *Our Malady. Lessons from a Hospital Diary* (trad. port. “A nossa doença. Lições sobre liberdade a partir de um diário hospitalar”), Lisboa: Edições 70, 2020.

SPINNEY, Laura, *Pale Rider. The Spanish Flu of 1918 and How It Changed the World*, Londres: Random House, 2017.

UHLMANN, Felix, *Concentration of Powers in the Federal Executive: The Application of Emergency Powers in Switzerland*, VerfBlog, 30 de abril de 2020.

ZIZEK, Slavoj, *Pandemic! Covid-19 shakes the world* (trad. port. “A pandemia que abalou o mundo”), Lisboa: Relógio de Água, 2020.