

SEPARATA

RPDC N.º 1 (2021)

# REVISTA PORTUGUESA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

PORTUGUESE REVIEW OF CONSTITUTIONAL LAW



# *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\**

**Pedro Fernández Sánchez**

*Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
pedrofsanchez@fd.ulisboa.pt*

**Resumo:** A Constituição Portuguesa adoptou uma solução muito peculiar para a regulação cautelosa dos poderes normativos do Governo em momentos de excepção. Num impressionante contraste com a opção singular que levou à atribuição de amplos poderes legislativos ordinários ao Executivo, foi significativo o cuidado com que se limitou a competência de aprovação de normas primárias do Governo em situações de excepcionalidade constitucional. É justamente em face desta exemplar cautela constitucional que se considera muitíssimo preocupante a circunstância de a normatividade constitucional ter sido reiteradamente derogada logo no primeiro episódio do nosso constitucionalismo democrático em que se revelou necessário o recurso ao estado de excepção. A gravidade da crise pandémica iniciada em 2020 criou a crença de que seria aceitável pagar o *preço* de renunciar temporariamente à normatividade constitucional para repor a sua vigência com a maior celeridade

---

\* Por opção do Autor, o presente texto segue a ortografia anterior ao Acordo Ortográfico em vigor desde 2009.

possível. Sob pena de supressão da força normativa da Constituição, urge recuperar a sua efectividade, dentro ou fora de situações de excepcionalidade constitucional. Os méritos na consagração de um modelo garantístico como o acolhido na Constituição Portuguesa, em consequência das lições colhidas da tradição anterior, mostram-se seguramente superiores aos de um modelo de ditadura comissarial que – embora apelativo a curto prazo para o combate a situações de calamidade pública – abre brechas irreparáveis na tutela da dignidade da pessoa humana e do Estado de Direito.

**Abstract:** The Portuguese Constitution adopted a very peculiar solution for the cautious regulation of the Government’s normative powers to times of exception. In a striking contrast with the singular option that led to the attribution of broad ordinary legislative powers to the Executive, significant care was taken to limit the Government’s power to approve primary legislation in situations of constitutional exceptionality. In view of this laudable constitutional caution, it must be considered extremely worrying that constitutional rules were repeatedly derogated in the first episode of our democratic constitutionalism in which the recourse to a state of exception proved to be necessary. The seriousness of the pandemic crisis that began in 2020 created the belief that it would be acceptable to pay the price of temporarily renouncing constitutional normativity in order to restore its validity as quickly as possible. In the face of a risk of suppressing the normative force of the Constitution, it is urgent to recover its effectiveness, whether inside or outside of situations of constitutional exceptionality. The merits of a guarantee model such as the one accepted in the Portuguese Constitution, as a consequence of the lessons learned from the previous tradition, are surely greater than those of a model of commissioner dictatorship which – although attractive in the short term to combat situations of public calamity – opens irreparable gaps in the protection of human dignity and the rule of law.

**Palavras-chave:** estado de excepção; ditadura comissarial; separação de poderes; regras e princípios; normas sancionatórias; inconstitucionalidade; *common good constitutionalism*

**Keywords:** state of exception; commissarial dictatorship; separation of powers; rules and principles; sanctionatory rules; unconstitutionality; *common good constitutionalism*

## I – Enquadramento

1. Num escrito recente,<sup>1</sup> teve-se oportunidade de sublinhar a muito peculiar solução adoptada pela Constituição Portuguesa para a regulação cautelosa dos poderes normativos do Governo em momentos de estado de excepção. Se é bem conhecida a “singularidade”<sup>2</sup> da opção que levou à atribuição de poderes legislativos ordinários ao Executivo,<sup>3</sup> a verdade é que impressiona o *contraste* com o cuidado com que o legislador constituinte limitou a competência de aprovação de normas primárias ou inovadoras do Governo em situações de excepcionalidade constitucional. No âmbito de um notável sistema de freios e contrapesos entre Presidente da República, Assembleia da República e Governo, assegurou-se que nenhum deles assumiria competências unilaterais de disciplina das situações jurídicas afectadas pelo estado de excepção; mas assegurou-se, sobretudo, que o mesmo Executivo que obtém a centralidade da condução da vida política em normalidade constitucional se encontra especialmente subordinado, no âmbito de casos de excepção, às opções primárias dos dois órgãos dotados de legitimidade eleitoral directa<sup>4</sup> e, em particular, a uma verdadeira “proeminência presidencial”.<sup>5</sup>

Com efeito, por aprender das lições da História Portuguesa que revelaram uma tradição de amputação de garantias constitucionais em situação de excepção,<sup>6</sup> a Constituição democrática de 1976 – ao proceder à incorporação da “legalidade alternativa” nas suas próprias estruturas

<sup>1</sup> PEDRO F. SÁNCHEZ, “Sobre os Poderes Normativos do Presidente da República e do Governo em Estado de Excepção”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 81, n.ºs III-IV (2021), pp. 1 ss.

<sup>2</sup> JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *Lições de Direito Constitucional – II*, 2.ª ed., Lisboa: AAFDL, 2017, p. 251.

<sup>3</sup> PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: o Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Coimbra: Almedina, 2002, pp. 129-135; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *O Sistema Político*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 719-723.

<sup>4</sup> Pode afirmar-se que o Governo foi expropriado do “papel decisório primário” que poderia ter recebido tanto à luz dos precedentes históricos quanto à luz do Direito Comparado (J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 1107).

<sup>5</sup> JAIME VALLE, *O Poder de Exteriorização do Pensamento Político do Presidente da República*, Lisboa: AAFDL, 2013, pp. 441-442; CATARINA BOTELHO, “Os Estados de Excepção Constitucional: Estado de Sítio e Estado de Emergência”, in Carla Gomes / Ricardo Pedro (coord.), *Direito Administrativo de Necessidade e de Excepção*, Lisboa: AAFDL, 2020, pp. 68-71; RUI LANCEIRO, “Breves Notas sobre a Resposta Normativa Portuguesa à Crise da Covid-19”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa [RFDUL]*, LXI, n.º 1 (2020), pp. 739-741; GONÇALO BARGADO, “O Estado de Excepção Constitucional – Teoria e Prática”, *O Direito*, 152, II (2020), p. 269.

<sup>6</sup> Para as necessárias referências, PEDRO F. SÁNCHEZ, “Sobre os Poderes...”, *op. cit.*, pp. 4-6; com desenvolvimento adicional sobre o tratamento de cada Constituição nacional, JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado de Excepção no Direito Constitucional: Entre a Eficiência e a Normatividade das Estruturas de Defesa Extraordinária da Constituição – Vol. I*, Coimbra: Almedina, 1998, pp. 305 ss.

normativas<sup>7</sup> – optou por sujeitar os procedimentos de aprovação de actos normativos em estado de excepção a apertados travões resultantes de um sistema de freios e contrapesos<sup>8</sup> entre três órgãos de soberania,<sup>9</sup> exigindo a sujeição a uma *competência tripartida* em cujos termos as declarações de estado de sítio ou de emergência só podem ser emitidas pelo Presidente da República (artigo 134.º, alínea d)), após audição (não vinculativa) do Governo e autorização da Assembleia da República (artigo 138.º, n.º 1), sendo ainda submetidas a referenda ministerial (artigo 140.º, n.º 1).<sup>10</sup>

Nem é de surpreender essa solução, compreendendo-se que os momentos em que o Estado de Direito democrático pode ser sujeito às suas maiores crises – aliás, os únicos momentos suficientemente graves para permitir a *suspensão*, e não a comum restrição, dos direitos, liberdades e garantias (n.º 1 do artigo 19.º) – seriam aqueles em que também seria mais poderosa a tentação para a supressão dos bens jurídicos mais preciosos para o sistema jurídico, sendo também então mais convincente um eventual apelo *salvífico* a um Executivo dotado de plenos poderes para a restauração da ordem constitucional.<sup>11</sup>

Ademais, a importância dessa limitação competencial conduziu a Constituição a limitar o alcance potencial da declaração de excepção, vedando a sua utilização para afastar as regras constitucionais relativas à *competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania e de governo regional e aos direitos e imunidades dos respectivos titulares* (artigo 19.º, n.º 7).<sup>12</sup>

<sup>7</sup> PAULO OTERO, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, I/2, Lisboa: Pedro Ferreira, 1999, pp. 362-363; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional... op. cit.*, pp. 1086 e 1099; MELO ALEXANDRINO, *Conceito e Modelo Constitucional do Estado de Excepção – Apontamentos*, Lisboa: ICJP, 2021, no prelo, pp. 1-2.

<sup>8</sup> CARLOS BLANCO DE MORAIS, *O Estado de Excepção*, Lisboa: Cognition, 1984, p. 64.

<sup>9</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 402/2008 (Proc. 572/08). Criticando mesmo os perigos de um excesso de garantias para a efectividade deste regime, CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional – I*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 84.

<sup>10</sup> Artigos 10.º a 16.º e 23.º a 27.º da Lei n.º 44/86, de 30 de Setembro (Lei do Regime do Estado de Sítio e do Estado de Emergência – LRESEE, na versão dada pela Lei Orgânica n.º 1/2012, de 11 de Maio); JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado... op. cit.*, I, pp. 576-577; II, pp. 1025 ss. e 1081; *idem*, *Estado de Excepção no Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 225 ss.; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional – I*, pp. 84-85; *idem*, *Curso de Direito Constitucional – I*, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 119-124; J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., 2 vols., 2007-2010, Coimbra: Coimbra Editora, II, pp. 210-211.

<sup>11</sup> Porque é então que mais facilmente um “*dictator*” procede à manipulação a favor de uma qualquer razão de Estado (J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional... op. cit.*, p. 1086; igualmente quanto a esta necessidade mais premente de intervenção da Constituição em casos de crise, JORGE REIS NOVAIS, “Direitos Fundamentais e Inconstitucionalidade em Situação de Crise – a Propósito da Epidemia COVID-19”, *E-Pública*, 7, n.º 1 (2020), pp. 87 ss.; RAQUEL BRÍZIDA CASTRO, “Direito Constitucional em Tempos de Pandemia: Pode a Constituição Sobreviver a Crises Sanitárias?”, *RFDUL*, LXI, n.º 1 (2020), pp. 651 ss.).

<sup>12</sup> Para desenvolvimento, JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado... op. cit.*, II, pp. 950 ss.; *idem*, *Estado... op. cit.*, II, pp. 950 ss.; *idem*, *Estado... op. cit.*, II, pp. 950 ss.

2. É justamente em face desta exemplar cautela constitucional com a protecção das estruturas básicas do Estado de Direito que se tem de considerar muitíssimo preocupante a circunstância, já devidamente notada por uma importante parte da nossa doutrina,<sup>13</sup> de a normatividade constitucional ter sido reiteradamente derogada logo no primeiro episódio do nosso constitucionalismo democrático em que se revelou necessário o recurso ao estado de excepção.<sup>14</sup> A gravidade dos factos que motivaram a declaração do estado de emergência a partir de Março de 2020 conduziu um significativo leque de intérpretes, embora bem-intencionados, a julgar, de forma precipitada, que seria aceitável pagar o *preço* de renunciar temporariamente à normatividade constitucional para repor a sua vigência com a maior celeridade possível.

Como já se escreveu antes,<sup>15</sup> podem apontar-se, numa síntese rápida e não exaustiva, os exemplos segundo os quais os órgãos de soberania entenderam que:

- (i) A competência atribuída ao Presidente da República para a declaração do estado de excepção e para a especificação dos efeitos das normas de direitos fundamentais por ela afectados (artigos 19.º, n.ºs 1 e 5, e 134.º, alínea d), da Constituição) poderia ser transferida para a esfera do Governo, que havia sido constitucionalmente projectado como órgão executor das normas de excepção mas que passou a ser transformado em órgão normador primário, definindo inovatoriamente os termos da suspensão do exercício de direitos mesmo quando estes, nalguns casos, nem sequer foram previstos nos Decretos presidenciais;
- (ii) Essa transferência seria admitida ainda que o Governo actuasse sob a forma regulamentar e invocasse expressamente a competência administrativa prevista na alínea g) do artigo 199.º da Constituição para regular matérias jusfundamentais que os Decretos presidenciais nunca abordaram e, portanto, nunca deixaram de obter a protecção das correspondentes normas de direito fundamental e de ser abrangidas pela consequente reserva de lei prevista nos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º;

197 ss.; *infra*, § 3.º.

<sup>13</sup> Sem exaustividade, e sob distintas perspectivas, JORGE REIS NOVAIS, “Direitos...” *op. cit.*, pp. 87 ss.; LUÍS FÁBRICA, “Os Decretos de Declaração e de Execução do Estado de Emergência – Aspectos Constitucionais e Administrativos”, *Revista do Ministério Público*, 41, número especial Covid-19 (2020), p. 31; PEDRO GONÇALVES, “Abdicação Parlamentar na Emergência e Continuação da Abdicação na Calamidade”, *Observatório Almedina*, disponível em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/05/21/abdicacao-parlamentar-na-emergencia-e-continuacao-da-abdicacao-na-calamidade/>; RAQUEL BRÍZIDA CASTRO, “Direito...” *op. cit.*, pp. 651 ss.; TIAGO F. FREITAS, “A Execução do Estado de Emergência e da Situação de Calamidade nas Regiões Autónomas – o Caso da Pandemia COVID-19”, *E-Pública*, 7, n.º 1 (2020), pp. 44 ss.; RUI LANCEIRO, “Breves Notas...” *op. cit.*, pp. 734-735, 737 e ss.; LUÍS TERRINHA, “Estado de Excepção Biopolítico e Suspensão de Direitos Fundamentais”, disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract\\_id=3592726](https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=3592726), pp. 30-31.

(iii) A cominação da invalidade de qualquer acto jurídico-público desconforme com a Constituição (artigos 3.º, n.º 3, e 277.º da Constituição), não obstante prejudicar a sua capacidade de produção de efeitos jurídicos sem prejuízo dos casos constitucionalmente autorizados de ressalva de efeitos de normas inconstitucionais, não impediria o Decreto de Excepção de proceder à ratificação retroactiva de normas inconstitucionais constantes de decreto-lei, afirmando a sua convalidação e tornando alegadamente conforme com o Direito os actos que nasceram inválidos;

(iv) A definição de um limite temporal de 15 dias para a vigência da declaração de excepção (n.º 5 do artigo 19.º da Constituição) tão-pouco prejudicaria a aprovação de declarações com vigência superior, visto que, precisando de iniciar a sua produção de efeitos em momento anterior de modo a produzir o efeito ratificativo retroactivo, inevitavelmente teriam de vigorar por lapsos temporais maiores.

Esta prática para-constitucional só poderia ser explicada no contexto de uma concepção norteada por um *common good constitutionalism*,<sup>16</sup> que aceita deixar “em quarentena” a própria Constituição<sup>17</sup> em virtude da sua insuficiência para lidar com crises nacionais,<sup>18</sup> supondo-se que a sociedade de intérpretes deveria manter uma margem de avaliação, ainda que reservada para momentos excepcionais, para identificar interesses juridicamente relevantes que, à luz de uma concepção adequada de bem comum, prevaleceriam sobre as normas positivadas pela autoridade constituinte. Essas normas deveriam ser derrotadas nos casos em que se pudesse presumir a *imprevisão* do constituinte – que não poderia ser “mitificado”<sup>19</sup> – para regular desafios desconhecidos na época em que legislou.<sup>20</sup>

Nesse quadro, supôs-se que qualquer norma (constitucional ou infra-constitucional), dotada de qualquer estrutura (regra ou princípio) e regulando qualquer matéria (direitos fundamentais, procedimentos ou competências), poderia ser derrotada, não apenas por critérios de hierarquia, cronologia,

<sup>16</sup> ADRIAN VERMEULE, “Beyond Originalism”, *The Atlantic*, disponível em <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/>; para crítica, RAQUEL BRÍZIDA CASTRO, “Direito...” *op. cit.*, pp. 647-648.

<sup>17</sup> CHIARA TRIPODINA, “La Costituzione al tempo del Coronavirus”, *Costituzionalismo.it*, n.º 1 (2020), p. 83.

<sup>18</sup> OREN GROSS, “Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?”, *Yale Law Journal*, 112 (2003), pp. 1028 ss.

<sup>19</sup> PEDRO MONIZ LOPES, “Significado e Alcance da «Suspensão» do Exercício de Direitos Fundamentais na Declaração de Estado de Emergência”, *E-Pública*, Vol. 7, n.º 1 (2020), p. 149.

<sup>20</sup> RÚBEN RAMIÃO, “Lendo a Constituição em Estado de Emergência (3.ª Resposta a Jorge Reis Novais)”, in [https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/lendo\\_a\\_constituicao\\_em\\_estado\\_de\\_emergencia\\_3a\\_resposta\\_a\\_jorge\\_reis\\_novais.pdf](https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/lendo_a_constituicao_em_estado_de_emergencia_3a_resposta_a_jorge_reis_novais.pdf), pp. 2-3.

especialidade ou contradição lógica de resolução de antinomias, mas também por uma ponderação a realizar por um intérprete que estaria autorizado a proceder a juízos de revisão ou substituição de soluções normativas aprovadas por um legislador aparentemente equivocado ou imprevidente.

Esta prática de “excepcionalismo massivo”<sup>21</sup> adoptada pelos órgãos constituídos esqueceu que é exactamente em face de ameaças mais graves à segurança colectiva que as normas reguladoras do estado de excepção são convocadas para evitar aqueles apelos salvíficos, desconsiderando-se que o modelo português não concebe a suspensão da Constituição<sup>22</sup> – nem sequer a suspensão de direitos fundamentais –, mas apenas a suspensão de garantias inerentes ao exercício dos direitos.<sup>23</sup> Desconsiderou-se também que a declaração do estado de excepção afecta certos efeitos das normas de direitos fundamentais sem permitir a suspensão das próprias normas, as quais mantêm a sua aptidão como parâmetro de ordenação de comportamentos.<sup>24</sup>

Não parece possível aceitar uma tal derrogação de um modelo garantístico português<sup>25</sup> que, visando a conservação e não a reformulação da ordem jurídica,<sup>26</sup> havia sido justamente pensado para o seu pronto restabelecimento em respeito pelo crivo da proporcionalidade e do controlo mútuo entre órgãos constituídos.<sup>27</sup>

<sup>21</sup> VITALINO CANAS, “O Império da Excepção: a Inevitabilidade do Autoritarismo em Democracia?”, *RFDUL*, LXI, 1 (2020), pp. 825-826.

<sup>22</sup> J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição... op. cit.*, I, p. 403; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 5.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 431.

<sup>23</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, p. 315; CATARINA BOTELHO, “Os Estados...” *op. cit.*, pp. 58-59.

<sup>24</sup> JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, 2 vols., Coimbra: Almedina, 2006, II, pp. 436-437, n. 1840; *idem*, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*, 2.ª ed., Cascais: Principia, 2011, p. 144; *idem*, *Conceito... op. cit.*, p. 4; GONÇALO BARGADO, “O Estado...” *op. cit.*, p. 284.

<sup>25</sup> MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, “Commentary on Professor Anna-Bettina Kaiser’s talk *The State of Exception Under German Law and the Current Pandemic: Comparative Models and Constitutional Rights*”, *E-Pública*, Vol. 7, n.º 3 (2020), pp. 32-33; ANA RAQUEL MONIZ, “State of Exception and Covid-19 – Commentary on the Key-Note Speech *The State of Exception under German Law and the Current Pandemic: Comparative Models and Constitutional Rights*, by Professor Anna-Bettina Kaiser”, *idem*, pp. 20-24. Para sistematização dos modelos disponíveis, JOHN FERREJOHN / PASQUALE PASQUINO, “The Law of the Exception: a Typology of Emergency Powers”, *I-CON*, Vol. 2, n.º 2 (2004), pp. 216 ss.; BRUCE ACKERMAN, *Before the Next Attack*, New Haven / London: Yale University Press, 2006, pp. 77 ss.; ANNA-BETTINA KAISER, *Ausnahmeverfassungsrecht*, Tübingen: Mohr-Siebeck, 2020, pp. 184 ss.; entre nós, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Estado... op. cit.*, pp. 111 ss.; MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, “Modelos de Emergência no Direito Constitucional”, in *E-Pública*, Vol. 7, n.º 1 (2020), pp. 7 ss.; JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *O Estado... op. cit.*, pp. 4-6.

<sup>26</sup> Sobre este tipo de modelos, JOHN FERREJOHN / PASQUALE PASQUINO, “The Law...” *op. cit.*, p. 223; MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, “Modelos...” *op. cit.*, pp. 7 ss.

<sup>27</sup> JORGE MIRANDA, *Manual... op. cit.*, IV, pp. 429 ss.; *idem*, “Artigo 19.º”, in Jorge Miranda / Rui Medeiros

## II – Modificação das regras de competência dos órgãos de soberania em matéria sancionatória: em especial, o Acórdão n.º 352/2021 do Tribunal Constitucional

3. Contudo, esses preocupantes fenómenos viriam a ser acrescidos por uma nova manifestação da falta de normatividade da Constituição durante o estado de excepção. Esteve agora em causa a utilização da declaração do estado de emergência para a *modificação das regras de competência dos órgãos de soberania*, designadamente em matéria sancionatória. Este novo exemplo dessa crise da normatividade constitucional merece maior ênfase pela circunstância de já ter sido acolhido na jurisprudência constitucional através de pronúncia explícita, e não apenas de adesão implícita.

No âmbito do Acórdão n.º 352/2021, proferido pela 3.ª Secção no âmbito do Processo 397/2020 – embora não sem polémica e incluindo significativos votos de vencido –, o Tribunal Constitucional precisou de responder à questão de saber se a reserva de competência parlamentar consagrada na alínea c) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição (e, implicitamente, a reserva de lei) teria ou não sido violada pela norma constante do n.º 6 do artigo 43.º do Decreto n.º 2-B/2020, de 2 de Abril, em cujos termos “*a desobediência e a resistência às ordens legítimas das entidades competentes, quando praticadas em violação do disposto no presente decreto, são sancionadas nos termos da lei penal e as respectivas penas são sempre agravadas em um terço, nos seus limites mínimo e máximo, nos termos do n.º 4 do artigo 6.º da Lei n.º 27/2006, de 3 de Julho*”.

Portanto, na prática, impunha-se apurar se o recurso a um *decreto simples* – que o próprio Governo assumiu como integrado no exercício da *função administrativa*, invocando como habilitação a alínea g) do artigo 199.º da Constituição a par do artigo 17.º da LRESEE – poderia conter uma norma de carácter inovador que pretendia produzir o efeito de agravar a moldura penal de um tipo de crime.

4. Numa decisão aprovada pela margem mínima de três votos favoráveis e dois votos contrários, o Tribunal Constitucional inclinou-se pela não inconstitucionalidade da norma, apoiando-se nos seguintes fundamentos:

(org.), *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 409-414; JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado... op. cit.*, II, pp. 781 ss. e 825 ss.; JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação... op. cit.*, II, pp. 436-437, n. 1840; *idem*, *Direitos Fundamentais... op. cit.*, pp. 142-146; J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição... op. cit.*, I, pp. 399-405; CRISTINA QUEIROZ, *Direito Constitucional: as Instituições do Estado Democrático e Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 346.

(i) A conclusão de inconstitucionalidade só seria “*inexorável*” e “*irrepreensível*” em situações de normalidade constitucional (pontos 7 e 8); ao invés, no Direito de Excepção, o n.º 8 do artigo 19.º da Constituição, que “*confere às autoridades competência para tomarem as providências necessárias e adequadas ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional*”, funda uma competência normativa excepcional do Governo em qualquer matéria relevante para o estado de sítio ou de emergência, independentemente da presença de uma reserva de competência parlamentar (pontos 11 e 12);

(ii) Tal solução não violaria (em geral) o princípio da separação de poderes, que permitiria tal solução à luz das suas vertentes de “*garantia de moderação política*” e de “*imperativo de adequação funcional*”, respeitando a adequação do Governo como órgão de condução da política geral do país e órgão superior da Administração Pública para exercer de modo mais adequado a actividade de execução num contexto de excepção (ponto 11);

(iii) Mas tão-pouco violaria (em especial) a proibição de modificação das regras de competência e funcionamento dos órgãos de soberania prevista no n.º 7 do artigo 19.º da Constituição, porque “*o seu exercício baseia-se num título extraordinário (a declaração do estado de excepção), reveste carácter temporário (a vigência do decreto presidencial) e é orientado a uma finalidade específica (a restauração da normalidade constitucional)*”, sendo presidido pelo princípio da proporcionalidade que afasta o seu uso arbitrário (ponto 12);

(iv) Nem seria problemática a circunstância de o artigo 7.º da LRESEE omitir qualquer referência ao agravamento dos limites da moldura penal do crime de desobediência, limitando-se a cominar esse crime sem precluir a competência do Governo para fixar as consequências jurídicas dessa desobediência (ponto 12);

(v) Do ponto de vista valorativo, o entendimento oposto incorreria numa “*ostensiva contradição axiológica*”, já que se verifica que “*a sanção penal da desobediência a ordens legítimas emitidas pelas autoridades competentes no âmbito de um estado de excepção administrativa é mais severa do que a definida para a desobediência a ordens legítimas emitidas no âmbito de um estado de excepção constitucional, por natureza de gravidade superior*”, não se compreendendo “*a punição mais severa da desobediência a ordens administrativas orientadas a garantir a legalidade normal do que aquelas que se destinam a garantir uma legalidade excepcional que, por circunstâncias e finalidades constitucionalmente reconhecidas, justifica sacrifícios extraordinários*” (ponto 8).

Tem de reconhecer-se que estas linhas argumentativas revelam problemas equivalentes aos que já foram identificados nas sensibilidades doutrinárias acima criticadas, sendo necessário proceder agora a uma avaliação detalhada dos seus pressupostos.

### III – Primeiro problema: a congruência entre os n.ºs 7 e 8 do artigo 19.º da Constituição

5. A primeira questão a considerar incide sobre uma dificuldade interpretativa que não se pode negar existir à luz da redacção escolhida pelo constituinte: a de saber como atribuir um conteúdo útil, mas exequível, ao n.º 7 do artigo 19.º da Constituição. Se é verdade que a Constituição pretende que as regras relativas à competência e funcionamento dos órgãos de soberania e de governo das Regiões se mantenham intactas,<sup>28</sup> o intérprete tem de determinar o alcance dessa disposição em termos tais que não fique prejudicada “inclusivamente a própria execução do estado de emergência”.<sup>29</sup> É evidente que, na execução do Decreto de Excepção (artigo 17.º da LRESEE) e na adopção de providências para o restabelecimento da normalidade constitucional (n.º 8 do artigo 19.º da Constituição), os órgãos da função administrativa têm de aprovar normas que estariam *prima facie* cobertas por reservas parlamentares (a começar pela alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º), sob pena de todo o mecanismo de suspensão referido no artigo 19.º, que incide precisamente sobre direitos de liberdade, ser inutilizado.<sup>30</sup>

Todavia, isso apenas implica que as providências a aprovar no exercício da função administrativa, sem credencial parlamentar, são aquelas que correspondem às fronteiras delimitadas pela “especificação” formada ao abrigo do n.º 5 do artigo 19.º da Constituição. No fundo, pode afirmar-se, sem que tal corresponda a uma criação do intérprete que ofenda a normatividade constitucional, que a intervenção suspensiva do Presidente sobre uma norma de direito fundamental faz com que certas condutas, que se encontravam previamente protegidas, fiquem agora *fora da cobertura* do aparato material, orgânico e procedimental que lhes seria dada pelo sistema de direitos fundamentais. A limitação competencial prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º é um dos aspectos do regime de protecção jusfundamental. Com a suspensão, a matéria correspondente à norma de direito fundamental deixa,

<sup>28</sup> RAQUEL BRÍZIDA CASTRO, “Direito...” *op. cit.*, pp. 667-668.

<sup>29</sup> TIAGO FIDALGO DE FREITAS, “A Execução...” *op. cit.*, p. 62.

<sup>30</sup> GONÇALO ALMEIDA RIBEIRO, “Compreender o Estado de Excepção Constitucional”, *Julgar*, n.º 44 (2021), p. 143; GONÇALO BARGADO, “O Estado...” *op. cit.*, pp. 289-290; LUÍS TERRINHA, “Estado...” *op. cit.*, pp. 18-19.

no plano orgânico, de estar coberta por uma reserva parlamentar, do mesmo modo que, no plano material, a interferência sobre as condutas protegidas deixa temporariamente de estar abrangida pelo programa normativo jusfundamental.<sup>31</sup>

6. Mas é claro que essa conclusão não se mantém para os âmbitos *exteriores* à fronteira da suspensão decretada pelo Presidente. Se a norma de direito fundamental não é atingida pelo único mecanismo constitucional (única “forma prevista na Constituição”) que permite a suspensão (n.º 1 do artigo 19.º), então ela continua a produzir os seus efeitos típicos, mantendo-se também aplicável o restante regime material, orgânico e procedimental que foi concebido para a normalidade constitucional.

Por isso, a mesma conclusão é aplicável à fronteira das competências legislativas parlamentar e governamental: “fora das áreas normativas do estado de excepção, mantêm-se, na sua plenitude, os critérios jurídico-constitucionais determinantes da competência legislativa governamental”.<sup>32</sup> É óbvio que, “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”.<sup>33</sup>

Nem se compreende como conceber o significado do n.º 7 do artigo 19.º em termos diferentes destes, eliminando-lhe qualquer efeito útil. Como antes se disse, é adquirido que o modelo suspensivo perfilhado na nossa Constituição, evitando o perigo de uma normatividade paralela que proceda à suspensão global da Constituição, é estritamente dirigido à afectação de certos efeitos de certas normas de direitos fundamentais (aquelas abrangidas pela especificação presidencial).<sup>34</sup> O restante sistema de normalidade constitucional – não tendo sido afectado pela “forma prevista na Constituição” (n.º 1 do artigo 19.º) – mantém-se intacto como parâmetro vigente de regulação da

<sup>31</sup> Em termos idênticos, JORGE REIS NOVAIS, “Direitos...”, p. 111 (“não há inconstitucionalidade quando o Governo se limite a executar a declaração do estado de emergência ou quando legisle mantendo-se estritamente no âmbito normativo delimitado pela suspensão de um direito fundamental”); RAQUEL BRÍZIDA CASTRO, “Direito...” *op. cit.*, p. 668 (nestes domínios, o Parlamento já vê a sua competência reservada salvaguardada porque “assume as suas competências em sede da Resolução parlamentar de autorização da declaração do estado de excepção”).

<sup>32</sup> RAQUEL BRÍZIDA CASTRO, “Direito...” *op. cit.*, pp. 668-669.

<sup>33</sup> JORGE REIS NOVAIS, “Direitos...” *op. cit.*, p. 111.

<sup>34</sup> JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação...* *op. cit.*, II, pp. 436-437, n. 1840; *idem*, *Direitos Fundamentais...* *op. cit.*, p. 144; ou, noutros termos, são apenas sujeitos a um “enfraquecimento” – JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos...* *op. cit.*, p. 315, n. 7.

actividade dos poderes constituídos.<sup>35</sup> Noutros termos, se é evidente que a “constitucionalização do estado de necessidade” nunca implica “a suspensão da Constituição”, mas sim “um processo submetido nos seus trâmites à Constituição”, então “não é apenas a garantia dos direitos que deve ser preservada, mas também a garantia do funcionamento dos órgãos de soberania com as suas competências próprias”.<sup>36</sup>

Assim, o n.º 8 do artigo 19.º da Constituição não faz mais do que atribuir às autoridades (a começar pelo Governo) a competência para adoptarem “providências” – normativas e também materiais<sup>37</sup> – que, no âmbito da suspensão já delimitada nos termos dos n.ºs 1 e 5, se revelem “necessárias e adequadas ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional”.

Nada mais decorre do n.º 8 do artigo 19.º da Constituição; e nenhuma outra alteração competencial é autorizada ou sequer imaginada pela Constituição, já que a isso mesmo se opõe a norma-regra prevista no n.º 7 do mesmo artigo.

7. Como é de ver, este quadro normativo é muito distinto daquele que foi sugerido pelo Acórdão n.º 352/2021, que pressupõe que, “uma vez declarado um estado de emergência ou um estado de sítio, o executivo passa a atuar no quadro de uma organização excepcional do poder público”, dispondo de uma “competência normativa alargada, cujo âmbito material é definido em função do necessário e adequado ao «pronto restabelecimento da normalidade constitucional»” – numa palavra, “o executivo opera, neste quadro constitucional especialíssimo, como um legislador extraordinário *ex ratione necessitatis*” (ponto 12).

Na prática, a norma-regra presente no n.º 7 do artigo 19.º da Constituição seria substituída por uma *nova figura para-legislativa* que, no estado de excepção, se somaria às tipologias de actos legislativos previstos no n.º 1 do artigo 112.º, mas também à própria declaração presidencial tipificada no n.º 5 do artigo 19.º: tratar-se-iam das “providências” normativas directamente fundadas no n.º 8 do artigo 19.º da Constituição, que habilitariam o Governo a “decretar normas em matéria normalmente sujeita a reserva de lei parlamentar”.

<sup>35</sup> Em sentido paralelo, FERNÁNDEZ SEGADO, “Naturaleza y Régimen Legal de la Suspensión General de los Derechos Fundamentales”, *Revista de Derecho Político*, 18-19 (1983), p. 32.

<sup>36</sup> CRISTINA QUEIROZ, *Direito Constitucional... op. cit.*, p. 357.

<sup>37</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional... op. cit.*, p. 1105.

8. Tem de reconhecer-se que esta figura normativa – com esse âmbito alargado reconhecido a um “*legislador extraordinário*” – é desconhecida do ordenamento constitucional português. Aliás, a descrição que dela é feita – que não encontra suporte em qualquer norma constitucional, e seguramente não no n.º 8 do artigo 19.º, que tem em vista a actuação de autoridades administrativas<sup>38</sup> e cujo âmbito se encontra previamente delimitado pelos n.ºs 1, 5 e 7 do mesmo artigo, nos termos acima referidos –, apresenta uma coloração aproximada (embora naturalmente não o reproduza na sua totalidade) do modelo da *ditadura comissarial romana*<sup>39</sup> e não parece, de todo, ser assimilável ao modelo garantístico português.

É que, esclareça-se, se é verdade que aquele modelo ditatorial – ainda *conservando* a ordem estabelecida, sendo um mecanismo de defesa dessa ordem para a sua restauração – se mostra mais benigno do que o modelo de *ditadura soberana* que destrói a ordem estabelecida para a sua substituição por uma nova,<sup>40</sup> a nossa democracia constitucional não aceita a suspensão genérica da normatividade comum – reitere-se que não aceita sequer a suspensão integral de normas de direitos fundamentais, mas apenas de alguns dos seus efeitos normativos<sup>41</sup> – nem confia a um órgão comissarial uma competência transversal para a intervenção geral em qualquer âmbito do ordenamento, nem mesmo sob o pretexto de auxiliar a sua recuperação. Nesse plano, o modelo português é mais ambicioso na sua vertente garantística do que qualquer modelo clássico, circunscrevendo a actuação de cada um dos

<sup>38</sup> JORGE BACELAR GOUVEIA, *Estado...*, pp. 191-194; ANA RAQUEL MONIZ, “A Crise Sanitária e os Problemas de Excepcionalidade Normativa: Reflexões Juspublicísticas”, *Revista do Ministério Público*, 42, n.º 165 (2021), p. 42.

<sup>39</sup> CARL SCHMITT, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedanken bis zum proletarischen Klassenkampf*, 7.ª ed., Berlin: Duncker & Humblot, 2006, pp. 1 ss.; CLINTON ROSSITER, *Constitutional Dictatorship*, Princeton: Princeton University Press, 1979. Sublinhe-se que se refere aqui o modelo abstracto concebido por CARL SCHMITT, não cabendo sequer discutir neste texto o impacto político específico da sua teorização sobre o regime de 1933-1945. A perspectiva que aqui se assume – e que se considera a única compatível com uma perspectiva cientificamente adequada –, que incide sobre o contributo juscientífico de um Autor e que não pode ser condicionada por factores não jurídicos, é a que já foi sustentada por CARLOS BLANCO DE MORAIS, *As Leis Reforçadas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 1013-1014, n. 3610; e, novamente, por CARLOS BLANCO DE MORAIS / LUÍS PEREIRA COUTINHO, *Carl Schmitt Revisitado*, Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2014, p. 4, disponível em [https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/icjp\\_ebook\\_carlschmittrevisitado.pdf](https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/icjp_ebook_carlschmittrevisitado.pdf).

<sup>40</sup> CARL SCHMITT, *Die Diktatur...*, pp. 142-143; OREN GROSS, “The Normless and Exceptionless Exception: Carl Schmitt’s Theory of Emergency Powers and the «Norm-Exception» Dichotomy”, *Cardozo Law Review*, 21, 2000, pp. 1840-1841; JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...* *op. cit.*, I, pp. 116 ss.; GONÇALO BARGADO, “O Estado...” *op. cit.*, p. 263; MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, “Pensar no Estado de Excepção na sua Exigência”, disponível in <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/04/02/pensar-no-estado-da-excecao-na-sua-exigencia/>.

<sup>41</sup> JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais... op. cit.*, p. 144.



poderes constituídos e preservando a efectividade do ordenamento normal em tudo o que não tenha sido abrangido pela declaração de excepção.<sup>42</sup>

É justamente aí que o n.º 7 do artigo 19.º exerce um papel fulcral: ele assegura que o sistema de competências da Constituição é mantido intacto em todos os âmbitos não afectados pela suspensão, impedindo que qualquer dos órgãos constituídos que participam na declaração ou na execução do estado de excepção assumam aquele perfil comissarial.

Este elogiável quadro garantístico mostra-se totalmente alheio à descrição de um “legislador extraordinário” apresentado na mais recente jurisprudência, tendo o n.º 7 do artigo 19.º o mérito de impedir uma leitura do n.º 8 do mesmo artigo no sentido de instauração da ditadura comissarial (aliás, seja qual for o órgão constituído que por ela pretendesse ser beneficiado).

No fundo, invocando a necessidade de compatibilizar o alcance dos n.ºs 7 e 8 do artigo 19.º, atribui-se um significado à segunda disposição que simplesmente apaga a primeira: não obstante o n.º 7 asseverar que a declaração de excepção não pode “afectar a aplicação das regras constitucionais relativas à competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania”, utilizar-se-ia o n.º 8 para legislar – agora mesmo sob a forma de regulamento – sobre as mesmíssimas matérias que a Constituição reservou à competência de outro órgão de soberania. Tudo se passaria como se as próprias regras que o n.º 7 declarou não poderem ser afectadas também tivessem sido *suspensas*, já que nem sequer se objectaria que uma matéria sujeita a competência legislativa parlamentar fosse regulada inovadoramente por regulamento do Governo.<sup>43</sup>

A realidade é bem diversa: tal como certamente identificado na declaração de voto da Conselheira Maria José Rangel de Mesquita, “aquele n.º 8 do artigo 19.º não pode ser dissociado dos *limites*, consagrados no precedente número 7 do preceito, à alteração, pela declaração do estado de emergência, da «normalidade constitucional nos termos previstos na Constituição e na lei», *in casu*, os limites atinentes às regras constitucionais relativas à competência da Assembleia da República, enquanto órgão de soberania (artigos 110.º, n.º 1 e 165.º, n.º 1, alínea c), da Constituição) – que por força desse preceito se aplicam, exactamente, também *fora* do quadro das «condições de normalidade constitucional»”.

<sup>42</sup> No dizer de J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA (*Constituição... op. cit.*, I, p. 403), não existe suspensão da Constituição justamente porque, ressalvados os direitos fundamentais afectados pela suspensão, “nada mais pode ser suspenso”, particularmente a “suspensão dos órgãos de soberania ou das suas atribuições e competências constitucionais”.

<sup>43</sup> Precisamente com esta crítica, MARCO CALDEIRA, “A Pandemia e a Jurisprudência: Primeiros Desenvolvimentos”, *Revista Jurídica*, Lisboa, n.º 32-33, 2021.

9. Nem seria possível replicar que as normas sancionatórias se encontram numa relação de “simbiose funcional” em face das normas primárias que visam proteger, permitindo estender a competência do órgão que aprova as normas primárias para abranger também as normas incriminadoras (ponto 12).

Não se tem conhecimento de que em momento algum tenha sido possível sustentar no nosso ordenamento constitucional que a *competência para aprovar uma dada norma de conduta* – que pode ter uma natureza regulamentar – tenha automaticamente associada a *competência para sancionar o infractor dessa norma*. A diferenciação de competências é evidente porque os próprios bens jurídicos afectados são distintos: não é o mesmo prescrever uma conduta que limita o comportamento de um sujeito ou determinar que a violação dessa primeira norma de conduta tem como consequência a privação da sua liberdade ou a imposição de consequências sancionatórias patrimoniais. Nem se imagina qual o sentido a atribuir então, mesmo em situações de normalidade constitucional, à reserva atribuída ao Parlamento pela alínea c) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição.

Na verdade, as preocupações inerentes à legalidade *criminal* impõem precisamente o entendimento oposto: se existe alguma especificidade que distingue aquela alínea c) em face das demais cláusulas de reserva parlamentar, ela consistirá na circunstância de blindar as competências do órgão parlamentar que é responsável pelo cumprimento da garantia *nullum crimen sine lege praevia*.<sup>44</sup> Por isso, a separação de poderes adquire no domínio penal uma “posição privilegiada” que o torna, não mais poroso, mas sim mais reforçado,<sup>45</sup> sendo também ela que justifica a proibição de intervenção normativa de regulamentos em matéria penal, nem mesmo mediante autorização legislativa que não pode contornar a proibição de regulamentos penais delegados.<sup>46</sup>

Também essa dimensão jurídico-criminal é surpreendentemente esquecida na referida jurisprudência.

<sup>44</sup> AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, “Artigo 29.º”, in Jorge Miranda / Rui Medeiros (org.), *Constituição... op. cit.*, I, p. 670; RAQUEL CASTRO, “Direito...”, p. 545.

<sup>45</sup> JORGE MIRANDA / CATARINA BOTELHO, “Artigo 165.º”, in Jorge Miranda / Rui Medeiros (org.), *Constituição... op. cit.*, II, p. 545.

<sup>46</sup> J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição... op. cit.*, I, p. 494.

#### IV – Segundo problema: a inaceitabilidade de um “legislador extraordinário” próprio de um modelo comissarial à luz da solução portuguesa

10. Na posição maioritária que fez vencimento no referido aresto, procura-se evitar que esta leitura comissarial dos poderes normativos do Governo seja censurada como incompatível com o modelo constitucional português através do recurso a dois distintos planos.

a) Por um lado, no plano material, recorda-se que toda a disciplina do artigo 19.º da Constituição se encontra sujeita aos limites de necessidade e proporcionalidade já acima considerados, sendo o papel de “legislador extraordinário” reconhecido ao Governo estritamente recortado à “finalidade específica (a restauração da normalidade constitucional)” que justifica o estado de excepção, sem esquecer a limitação “temporária” inerente ao prazo de vigência de cada declaração de excepção.

Esse primeiro argumento de recurso parece, porém, passar ao lado da discussão em curso. É claro que ao modelo de ditadura comissarial tão-pouco repugnaria reconhecer estas balizas impeditivas do arbítrio, já que os plenos poderes conferidos ao ditador também teriam as mesmas limitações finalística (restauração da ordem em crise) e temporal (concessão de poderes pelo estrito tempo necessário à restauração). Mas a Constituição Portuguesa fixou *normas-regra adicionais* nos planos material e competencial justamente porque considerou que a enumeração de princípios gerais como a proporcionalidade *não seria suficiente* para evitar o perigo de arbítrio. Apesar de ser claro que a sujeição de cada medida de excepção ao crivo da proporcionalidade tende precisamente a evitar a adopção de soluções arbitrarias, esse risco não estaria totalmente afastado sem que, por exemplo, se impusesse a delimitação adicional de direitos intocáveis (n.º 6 do artigo 19.º) ou de competências inalteráveis pela declaração de excepção (n.º 7 do artigo 19.º).

Na prática, o Acórdão n.º 352/2021 procura *tranquilizar* os destinatários das interferências governamentais sobre os seus direitos fundamentais por asseverar que, não obstante o disposto no n.º 7 do artigo 19.º, o poder deste “legislador extraordinário” ainda pode ser admitido sem inconstitucionalidade porque ele “está bem longe de ser arbitrário ou absoluto”, visto que, “no plano material, encontra-se vinculado ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo”, “sendo as normas e os actos do poder executivo decretados e praticados neste âmbito sindicáveis pelos tribunais nos termos gerais”.

Porém, como se compreende, esta linha argumentativa seria plenamente utilizável para a derrogação de qualquer das outras normas-regra presentes no

artigo 19.º. Também seria possível alegar que, não obstante o n.º 6 do artigo 19.º, uma interpretação actualista do Direito de Excepção tem de admitir a afectação dos direitos à vida, à integridade física ou à não retroactividade da lei criminal, já que essas são exigências decorrentes de ameaças contemporâneas aos Estados que o estado de excepção tem de poder combater; e que, perante os perigos daí emergentes, os cidadãos poderiam ser *tranquilizados* porquanto nenhuma medida ablativa sobre esses direitos seria admitida sem passar o crivo da proporcionalidade, assim se afastando o arbítrio.

Sucede que o constituinte julgou que esses crivos gerais, embora significativos, seriam insuficientes para a importância de certos bens jurídicos que teriam de ficar excluídos de qualquer avaliação de proporcionalidade; por isso os protegeu com normas-regra que representam ponderações definitivas que o intérprete já não pode rever ou reiniciar. O cidadão só fica tranquilizado com a circunstância de os direitos elencados no n.º 6 do artigo 19.º não estarem em risco de suspensão porque sabe que nenhum Tribunal pode sequer iniciar um *juízo ponderativo* para verificar se uma medida ablativa desses direitos poderia ou não ser justificada à luz da proporcionalidade.

E assim sucede também com a relação entre o disposto nos n.ºs 7 e 8 do artigo 19.º: o constituinte simplesmente *não confia* na suficiência de crivos gerais como a proporcionalidade para a delimitação da competência de órgãos constituídos que poderiam ser atraídos à tentação de alargar a sua área de intervenção sob pretexto de restauração da normalidade constitucional. Por isso determina que a declaração de excepção tem de especificar o exacto alcance da intervenção suspensiva do Presidente; e qualquer outro âmbito constitucional mantém a delimitação de competências dos órgãos de soberania rigorosamente idêntica à que se verifica em normalidade constitucional, sob pena de violação da norma-regra prevista no n.º 7 do artigo 19.º.

b) Como segundo argumento de recurso, o Acórdão n.º 352/2021 também assegura que aquela figura do “legislador extraordinário” não pode descambar no arbítrio porque, agora no plano competencial, o “sistema de freios e contrapesos” decorrente da já estudada conjugação entre o papel dos distintos órgãos de soberania envolvidos na declaração e execução do estado de excepção impede o reconhecimento de um poder “absoluto” a um órgão único, também aqui “recusando os extremos da ditadura comissarial”.

É verdade que, neste segundo plano, o modelo de ditadura comissarial se distingue do modelo constitucional português por pressupor a atribuição de plenos poderes a um comissário único que não fica sujeito a freios e

contrapesos decorrentes da intervenção interdependente entre diferentes centros de poder.<sup>47</sup> Pelo contrário, o sistema português, mediante a solução consociativa de congregação entre Presidente, Parlamento e Governo (além do papel reconhecido à fiscalização jurisdicional),<sup>48</sup> tem o exacto efeito de proibição daquele órgão comissário.

O problema da utilização desse argumento para a justificação da nova figura das “providências” normativas directamente fundadas na Constituição, agora proposta neste aresto, reside na sua evidente *circularidade*. Se o sistema português está protegido do nascimento de um comissário que se arroga o exercício de plenos poderes para a restauração da ordem constitucional, tal deve-se à exacta circunstância de cercear o espaço competencial de cada órgão de soberania que fica submetido a uma corrente de interferências mútuas. Sem o respeito pelo sistema competencial do Direito de Excepção – de que o n.º 7 do artigo 19.º é uma pedra angular, embora não única –, é claro que o modelo de freios e contrapesos desaparece e nenhum órgão constituído fica impedido de reclamar o papel de comissário para a salvação nacional.

Porém, é justamente esse modelo de freios e contrapesos que se extingue quando se argumenta que o n.º 7 do artigo 19.º não pode ser aplicável para impedir um “poder normativo absolutamente excepcional”; quando se sustenta que ele é apenas invocável para limitar a modificação de competências para editar *normas de âmbito geral* (usando-se o exemplo de o Governo estar proibido de “agravar a moldura penal do crime de desobediência *em geral*”); mas que não prejudica o nascimento de uma competência de aprovação de quaisquer *normas de âmbito excepcional* – já que, no dizer do referido aresto, está em causa um “poder de emergência *constitucional* que nasce exclusivamente com a declaração de um estado de excepção e que implica uma concentração extraordinária de poder executivo”.

Se o executivo beneficia desta “concentração” de poder e não fica sequer limitado pelo âmbito do Decreto presidencial de excepção – visto que o Tribunal Constitucional sustentou aqui uma norma governamental que o Decreto presidencial não contemplou –, podendo decretar normas em qualquer matéria, incluindo “matéria normalmente sujeita a reserva de lei parlamentar”, então o sistema de freios e contrapesos fica realmente substituído por um sistema comissarial.

<sup>47</sup> CARL SCHMITT, *Die Diktatur... op. cit.*, pp. 1 ss.; SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano, I*, 4.ª ed., Coimbra, 1984, p. 65, n. 93; JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado... op. cit.*, I, pp. 123-124; GONÇALO BARGADO, “O Estado...” *op. cit.*, p. 255.

<sup>48</sup> V. *supra*, § 1.º.

Daí a circularidade do raciocínio: alega-se, em suma, que este alargamento de competências de um “legislador extraordinário” não fere o sistema constitucional porque tal sistema impede um modelo comissarial através dos seus freios e contrapesos; porém, a interpretação a que se procede propõe a derrogação desses freios e contrapesos, com a qual justamente se autoriza o surgimento do órgão comissarial.

Em resultado, o sistema de freios e contrapesos ficaria virtualmente limitado à circunstância de “a aplicação da declaração de estado de sítio ou de estado de emergência” ser “objecto específico de fiscalização parlamentar (alínea b) do artigo 162.º)” (cfr. ponto 12) – não podendo deixar de observar-se que seria realmente surpreendente que o modelo português de *checks and balances* ficasse reduzido a semelhante garantia que a prática mais recente revelou ser virtualmente nula.<sup>49</sup>

**11.** De resto, os problemas resultantes desta interpretação podem ser igualmente percebidos pelo contraste com a conhecida jurisprudência através da qual o Tribunal Constitucional – de forma irrepreensível – se pronunciou contra as iniciativas regionais que formaram um verdadeiro ordenamento autónomo, alheio ao Direito de Excepção nacional criado ao abrigo do artigo 19.º da Constituição Portuguesa, comportando-se como se os órgãos de governo das Regiões detivessem competências para conformar um quadro normativo inovador de suspensão do exercício de direitos fundamentais.

É evidente que, mesmo abstraindo dos problemas de proporcionalidade *lato sensu* envolvidos no tipo de medidas aprovadas nas Regiões, a combinação de normas materiais emergentes do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 27.º e de normas competenciais emergentes do n.º 7 do artigo 19.º e da alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição jamais permitiria a afectação negativa do direito de liberdade que foi bem identificada nos Acórdãos n.ºs 424/2020 (Proc. 403/20); 687/2020 (Proc. 726/20), 729/2020 (Proc. 727/2020), 769/2020 (Proc. 857/20) e 173/2021 (Proc. 728/20).

A inconstitucionalidade é flagrante, tendo em conta que (i) semelhante interferência num direito de liberdade fica reservada ao legislador parlamentar nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º, (ii) tendo o n.º 7 do artigo

<sup>49</sup> Sobre a intervenção parlamentar neste período, RUI LANCEIRO, “Breves Notas...” *op. cit.*, p. 741; TERESA VIOLANTE / RUI LANCEIRO, “The Response to the COVID-19 Pandemic in Portugal: A Success Story Gone Wrong”, in *Verfassungsblog*, disponível em <https://verfassungsblog.de/the-response-to-the-covid-19-pandemic-in-portugal-a-success-story-gone-wrong/>, p. 4.

19.º o efeito de blindar essa regra competencial contra a tentação da sua modificação em situações de excepcionalidade constitucional.<sup>50</sup>

Mas este raciocínio expõe o verdadeiro alcance do percurso argumentativo entretanto formulado no Acórdão n.º 352/2021, que provaria demais e inutilizaria os argumentos usados na jurisprudência que versou sobre aquelas normas regionais. Se o n.º 7 do artigo 19.º deve ser derrotado perante outros interesses jurídicos que assumam peso superior no caso concreto, alegando-se para tanto a existência de *providências normativas directamente fundadas no n.º 8 do artigo 19.º da Constituição* – o que equivale a dizer que podem dispensar a intermediação do artigo 17.º da LRESEE –, essas providências podem ser usadas por qualquer autoridade administrativa, e não apenas pelo Governo, visto que tal distinção não é estabelecida pela Constituição, mas sim por uma lei ordinária que o Tribunal afirmou poder *dispensar*.<sup>51</sup>

É evidente que não se adere aqui a tal tese, justamente porque se considera que o dever de obediência do intérprete perante normas-regra positivadas pela autoridade constituinte impõe uma leitura distinta do disposto no n.º 7 do artigo 19.º. Mas essa barreira normativa é demolida por quem subscrever a possibilidade de reponderação das competências constitucionais pelo intérprete com fundamento no n.º 8 do artigo 19.º, que pode ser acenado por qualquer autoridade da Administração Pública.

Naturalmente, se o Tribunal Constitucional procedeu a uma visível inversão da jurisprudência que havia versado sobre as normas de âmbito

<sup>50</sup> TIAGO FREITAS, “A Execução...” *op. cit.*, pp. 73-75; MARCO CALDEIRA, “A Pandemia...” *op. cit.*, no prelo.

<sup>51</sup> O próprio Governo confirmou que nunca concebeu a hipótese de o n.º 8 do artigo 19.º dever ser interpretado como restringindo o envolvimento das autoridades públicas infra-estatais. Daí que, por um lado, tivesse confiado aos Municípios a decisão constitutiva sobre impedir ou não impedir a circulação de pessoas em certos espaços públicos (cfr. artigo 35.º-A do Decreto n.º 3-A/2021, aditado pelo Decreto n.º 3-B/2021) e, sobretudo, que preferisse manter um quase total silêncio sobre o regime aplicável nas Regiões, forçando, pela sua omissão, os órgãos regionais a assumir o protagonismo decisório na emissão de normas primárias que determinavam o verdadeiro âmbito da intervenção sobre direitos fundamentais, acabando a ignorar a própria solução prevista no n.º 2 do artigo 20.º da LRESEE. Nem é possível alegar que o critério distintivo entre o Governo da República e os Governos Regionais residiria na qualificação do primeiro como órgão de soberania, sendo ele o único que aprovaria normas de excepção, em virtude de se admitir que a declaração do estado de excepção corresponde ao exercício de uma função de soberania (quanto a esta qualificação soberana, cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 402/2008 [Proc. 572/08]), assim afastando o perigo de intervenção inovadora das Regiões. É que, recorde-se, discute-se aqui o alcance de uma norma atinente à execução da declaração de excepção, e não à *autorização* ou *aprovação* dessa declaração onde reside a função soberana (única, aliás, que a Constituição entendeu regular expressamente), sendo o n.º 8 do artigo 19.º especificamente vocacionado para a convocação da intervenção da Administração (JORGE BACELAR GOUVEIA, *Estado... op. cit.*, pp. 191-194; ANA RAQUEL MONIZ, “A Crise...” *op. cit.*, p. 42). Por isso, para quem insiste no alargamento da competência meramente executiva de um órgão nacional, tão-pouco se encontrarão barreiras adicionais ao alargamento (territorialmente limitado) da competência dos órgãos infra-estatais.

regional, fê-lo porque a concepção de um Executivo como órgão comissarial dotado de plenos poderes para a assunção de funções como legislador extraordinário obriga a pressupor que esta construção só poderia ser usada em benefício do próprio Governo. Mas, como se vê, isso depende de criar uma distinção entre a “autoridade” do Governo e todas as demais “autoridades” que se inscrevem no âmbito normativo do n.º 8 do artigo 19.º e que este não distinguiu nem autorizou o intérprete a distinguir. Portanto, a porta aberta pelo Acórdão n.º 352/2021, uma vez utilizada, já não pode ser fechada por qualquer intérprete futuro.

E contra os perigos que decorrem dessa abertura a uma Administração-Legisladora, aquele intérprete responderia com a exacta linha argumentativa já exposta neste aresto em benefício do Governo: dir-se-ia que este é um poder (i) sujeito ao princípio da proporcionalidade, (ii) temporariamente limitado pela vigência da declaração do estado de excepção e (iii) finalisticamente orientado à reposição da normalidade constitucional, razão pela qual os destinatários das normas regionais poderiam ficar tranquilizados contra o perigo do *arbitrio* (ponto 12).

Eis a consequência da derrota de uma norma-regra constitucional que o constituinte, com boas razões, havia determinado que não fosse derrotada no âmbito de juízos ponderativos.

## V – *Idem*: aplicação no caso exemplar da norma sancionatória discutida no Acórdão n.º 352/2021

12. A insuficiência dos dois argumentos (material e competencial) apresentados como fundamento para a permissão da legislação comissarial do Governo é patenteada através da *prova dos nove* que é obtida através do exacto objecto fiscalizado no Acórdão n.º 352/2021.

a) Em primeiro lugar, não existe no Decreto do Presidente da República n.º 17-A/2020 qualquer *fundamento suspensivo habilitante* que inclua a definição da moldura penal do crime de desobediência dentro do *âmbito* da declaração de excepção e que autorize outras autoridades – nomeadamente o Governo ao abrigo do poder de execução previsto no artigo 17.º da LRESEE – a adoptar providências, nos termos do n.º 8 do artigo 19.º da Constituição, que possam ser reputadas como concretizando a declaração de emergência. O artigo 5.º do Decreto apenas adverte que os autores de actos de resistência contra as autoridades que executam o estado de emergência incorrem no crime de desobediência, “*nos termos da lei*”, isto é, nos termos das normas vigentes aprovadas pelo órgão constitucionalmente

competente para o efeito. Não se encontra aí qualquer intenção habilitante para que um “legislador de emergência” se encontre dispensado da regra de competência prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 165.º (mas também na alínea b) do mesmo n.º 1), modificando, mesmo transitoriamente e ao abrigo da declaração de emergência, algum dos pressupostos do tipo legal de crime ou a sua moldura penal.

Portanto, visto que essa matéria não obtém a cobertura do Decreto de Excepção, quanto a ela ficam preservadas todas as regras materiais, competenciais e procedimentais aprovadas ao abrigo da normalidade constitucional. Se a Constituição não é suspensa,<sup>52</sup> antes sendo suspensos somente certos efeitos que decorrem das específicas normas abrangidas pelo Decreto de Excepção,<sup>53</sup> o órgão competente para legislar em matéria criminal continua a ser a Assembleia da República.

Porém, na medida em que o Governo entendeu actuar como legislador comissarial e produzir inovadoramente efeitos de direito numa matéria sobre a qual não pode legislar sem credencial parlamentar, o n.º 6 do artigo 43.º do Decreto n.º 2-B/2020 encontrou-se *ferido de inconstitucionalidade por violação da alínea c) (e também b)) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição*.

Dito de forma simples: se não existe suspensão ou se ela não cobre efectivamente os âmbitos normativos objecto de intervenção, então a interferência sobre o direito “redundará sempre noutras modalidades de afectação”, tais como a “restrição” ou a própria “violação” de direitos, liberdades e garantias, as quais, justamente por falta de cobertura constitucional, serão aqui “necessariamente inconstitucionais”.<sup>54</sup>

**b)** Em segundo lugar, ainda que assim não fosse entendido e se confiasse ao Governo semelhante papel de “legislador extraordinário”, o Tribunal Constitucional não resolveu sequer o vício adicional que resultaria da aplicação desta construção ao presente caso: o Governo insistiu inclusivamente em não assumir o papel de “legislador”, na medida em que recorreu à forma de *decreto simples*, assumindo-o como integrado no exercício da *função administrativa* ao invocar como habilitação a alínea g) do artigo 199.º da Constituição a par do artigo 17.º da LRESEE.<sup>55</sup> Assim, o Governo encarregou-se de inutilizar a mesmíssima argumentação empreendida

<sup>52</sup> J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição... op. cit.*, I, p. 403.

<sup>53</sup> JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais... op. cit.*, p. 144; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos... op. cit.*, p. 315, n. 7.

<sup>54</sup> JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais... op. cit.*, p. 146.

<sup>55</sup> Advertindo este problema, LUÍS TERRINHA, “Estado...” *op. cit.*, pp. 30-31.

pelo Tribunal Constitucional para desenhar a inovadora figura normativa da legislação extraordinária que se diria fundada no n.º 8 do artigo 19.º da Constituição: entendeu aprovar uma norma de carácter inovador que pretendia produzir o efeito de agravar a moldura penal de um tipo de crime sob a forma de decreto da função administrativa.

Ora, como se sabe, o Governo pode incorrer em inconstitucionalidade orgânica ou formal, também durante o estado de excepção, se ultrapassar qualquer destes dois limites: (i) “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”; (ii) mas também quando – mesmo no domínio afectado pela suspensão – “dispuser constitutiva ou primariamente nesse domínio através de acto regulamentar e não de acto legislativo”.<sup>56</sup>

Ao conseguir desrespeitar simultaneamente qualquer desses dois limites, o n.º 6 do artigo 43.º do Decreto n.º 2-B/2020 – tal como as disposições dos Decretos subsequentes entretanto aprovadas com o mesmo teor – *violou tanto as alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 165.º quanto os n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º da Constituição*.

## VI – O problema mais amplo do alcance da norma-princípio da separação de poderes

13. Mas a linha argumentativa subscrita no Acórdão n.º 352/2021 traz à tona uma segunda dificuldade – justamente onde mais se aproxima da metódica subscrita por alguma doutrina nacional e que acima se criticou. A construção apresentada assenta numa leitura especialmente flexível do sistema constitucional de separação de poderes em vista da natureza principiológica das normas que estabelecem a separação e interdependência de poderes em geral e entre órgãos de soberania (artigos 2.º e 111.º, n.º 1, da Constituição), dando espaço a que o intérprete perscrute qual a melhor forma de realização da separação de poderes à luz do seu “imperativo de adequação funcional” (ponto 11).

Para esta tese, essa natureza principiológica, afinal, é que permite a introdução de um “desvio constitucionalmente legítimo” a esse princípio, quando se detectam bens jurídicos superiores que fazem verificar as “condições

<sup>56</sup> JORGE REIS NOVAIS, “Direitos...” *op. cit.*, p. 111; também criticamente, JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *O Estado... op. cit.*, p. 7.

negativas de derrota do efeito jurídico da separação de poderes”, sem prejuízo de estarem, “naturalmente, por efeito do princípio da proporcionalidade, restritas ao estritamente necessário para dar cumprimento ao interesse constitucional tutelado pela norma conflituante”.<sup>57</sup>

Aqui se identifica uma nova manifestação dos problemas que esta metódica promove sobre a preservação da normatividade constitucional, quando as características próprias das normas-princípio são utilizadas de modo desconforme com as soluções efectivamente positivadas. Evidentemente, o problema neste ponto não reside numa identificação equivocada de uma norma-princípio onde realmente existiria uma norma-regra; ninguém poderia negar o grau de indeterminação de uma norma de separação de poderes cuja previsão, estruturalmente incompatível com uma norma-regra, abrange “todas as situações hipotizáveis relativas ao exercício de competências, ou seja, *em qualquer caso de exercício de competências estaduais ou infra-estaduais*”.<sup>58</sup>

Na verdade, o autor destas linhas seria o último a recusar essa natureza de norma-princípio depois de, numa monografia dedicada ao tema, ter identificado a natureza *não linear* da fronteira que a Constituição Portuguesa estabeleceu para separação entre distintos poderes do Estado, apontando um amplo leque de casos em que a própria Constituição entendeu afastar a sua solução preferencial de separação de poderes em benefício de outros interesses que, em específicos sectores do ordenamento, considerou assumirem maior peso relativo.<sup>59</sup> Julga-se que o estudo desses fenómenos terá deixado demonstrada a natureza principiológica da norma da separação de poderes.

No entanto, nem mesmo essa circunstância autoriza extrair a conclusão agora proposta em matéria de estado de excepção. Deve ter-se em mente, com efeito, que o constituinte português mostrou ter noção de que a separação de poderes partilha um traço comum com outros conceitos fundamentais dos ordenamentos que nos estão civilizacionalmente próximos, como os próprios conceitos de democracia ou de Estado de Direito: em todos eles, a sua *plasticidade* permite o seu aproveitamento em benefício de propostas totalmente opostas, não viabilizando, só por si, a identificação de qualquer conteúdo operativo para um dado sistema normativo. Por isso, o

<sup>57</sup> PEDRO MONIZ LOPES, “Significado...” *op. cit.*, pp. 142-143.

<sup>58</sup> Assim, certamente, PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas – o Enquadramento das Normas Regulamentares na Teoria dos Conflitos Normativos*, 2 vols., Lisboa: AAFDL, 2019, II, p. 104.

<sup>59</sup> PEDRO F. SÁNCHEZ, *Lei e Sentença: Separação dos Poderes Legislativo e Judicial na Constituição Portuguesa*, 2 vols., Lisboa: AAFDL, 2017, II, pp. 655 ss.

constituinte tomou a decisão avisada de, no n.º 1 do artigo 111.º, advertir o intérprete de que, quanto aos “órgãos de soberania”, “a separação e a interdependência” a observar são aquelas que se encontram “*estabelecidas na Constituição*”. Com isso, procedeu a 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)<sup>60</sup> – 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,<sup>61</sup> tendo, sobretudo, deixado muitas delas perfeitamente delimitadas de acordo com uma estrutura *deontológica* e não *principiológica*. O princípio acolhido na nossa Constituição não corresponde a um modelo teórico idealizado, mas ao resultado de um *universo agregado de regras de competência* escolhidas por uma autoridade constituinte.

Portanto, pode afirmar-se que a norma da separação de poderes, embora norma-princípio, representa, na sua parte essencial, o *produto de distintas normas-regra* aprovadas pelo constituinte. É claro que esse princípio ainda terá de ser convocado, em não raras ocasiões, para a determinação da solução aplicável em casos que se não encontram respondidos por regras positivadas. Mas essas regras regularão já, de forma definitiva, múltiplos casos que cabem nas respectivas previsões normativas, tendo autonomia própria e dispensando o apelo a um princípio genérico de separação de poderes.

Se, ilustrativamente, o Presidente da República entendesse (em normalidade ou em estado de excepção) atribuir poderes legislativos ao Supremo Tribunal de Justiça, seria convocado um amplo complexo normativo decorrente de regras constantes dos artigos 110.º, n.º 2, 112.º, n.º 1, e 202.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição, que impediria essa iniciativa em termos lógica e dogmaticamente anteriores à invocação de qualquer norma-princípio como as que decorrem dos artigos 2.º e 111.º, n.º 1 (separação de poderes), ou até, mais amplamente, dos artigos 1.º, 2.º, 3.º, 108.º e 109.º (o próprio princípio democrático).

A norma-princípio da separação de poderes – aliás enunciada em conjunto com a norma-princípio da interdependência de poderes (e entre órgãos de soberania), suscitando imediatamente um primeiro

<sup>60</sup> *Ibidem*, I, pp. 21 ss.

<sup>61</sup> Com essa decisiva distinção, NUNO PIÇARRA, *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional. Um Contributo para o Estudo das suas Origens e Evolução*, Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 16.

conflito normativo na sua própria génese<sup>62</sup> –, quando convocada para a determinação do órgão competente para agir, pode ser sujeita a ponderação com outras normas constitucionais que podem conferir razões de peso para a sua derrogação. Porém, a identificação do órgão competente pode resultar imediatamente de uma norma-regra de competência que foi fixada em termos definitivos pelo constituinte – como exemplarmente as que resultam de disposições constantes dos artigos 133.º a 136.º –, não cabendo então qualquer outra ponderação de um princípio da separação de poderes que só mediamente seria aplicável como uma das razões de peso (nem sequer a única, de resto) que subjaz à regra.

É claro que, uma vez mais, também aqui se podem identificar outras regras positivadas na Constituição que obrigam a recortar o alcance real das primeiras, vindo o intérprete a descobrir antinomias que impõem o apelo a critérios juscientíficos de convivência entre regras. Em anterior investigação já se explicou como regras específicas positivadas no n.º 1 do artigo 18.º ou no n.º 4 do artigo 282.º da Constituição obrigam a derogar as regras gerais de delimitação do exercício das funções legislativa e jurisdicional.<sup>63</sup> Trata-se ainda, contudo, do respeito por critérios normativos decretados pela autoridade constituinte. Não está em causa a substituição da escolha constituinte por uma reponderação criada artificialmente pelo intérprete para rever uma decisão normativa com a qual não concorda.<sup>64</sup>

**14.** Sob outra perspectiva, tem de aceitar-se que, no contexto terminológico específico da dualidade que foi estabelecida por alguma doutrina europeia de referência entre *princípios materiais ou substantivos* e

<sup>62</sup> PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade... op. cit.*, II, pp. 119-120; igualmente, CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso... op. cit.*, I, p. 57.

<sup>63</sup> PEDRO F. SÁNCHEZ, *Lei e Sentença... op. cit.*, II, pp. 676 ss. e 740 ss.

<sup>64</sup> Ainda sob uma abordagem paralela: o intérprete pode reconhecer que, não obstante o n.º 2 do artigo 110.º e o n.º 2 do artigo 111.º da Constituição incorporarem normas de fixação da imodificabilidade das competências e de proibição de delegação, é a mesmíssima Constituição que autoriza a lei a moldar as competências da generalidade dos órgãos de soberania, com excepção do Presidente, o que relativiza aquelas normas a que se atribui natureza principiológica (JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *Lições...*, II, p. 132); contudo, mesmo perante tal reconhecimento, adverte-se que a intervenção legal é travada ali onde a própria Constituição entenda prever normas-regras que fixam definitivamente uma dada competência, pela simples razão de que “nenhuma competência atribuída por uma norma constitucional pode ser modificada por lei” (*ibidem*). E no mesmo sentido: se o princípio geral da imodificabilidade da competência “tem um valor tendencial”, já a norma-regra resultante do n.º 7 do artigo 19.º da Constituição revela que “a sua competência constitucional, revelando sempre um princípio de equilíbrio institucional de poderes, nunca pode sofrer qualquer tipo de alteração ou modificação por via diversa de lei de revisão constitucional”; essa competência “nunca pode ser modificável pela simples vontade do órgão a quem se encontra confiada” e “também não é modificável pela intervenção de um terceiro órgão sobre tais poderes” (PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português, II*, Coimbra: Almedina, 2008, pp. 50-52).

*princípios formais*, a norma da separação de poderes tem de ser arrumada entre estes últimos, uma vez que se mantém neutral quanto à regulação material das condutas por si abrangidas.<sup>65</sup> Um amplo elenco de princípios substantivos contidos no ordenamento pode ser chamado a comprimir aquele princípio formal.

Mas essa circunstância não prejudica que a autoridade normativa que escolhe incorporar esses princípios no acto por si aprovado (nomeadamente numa Lei Fundamental) proceda precisamente à sua ponderação prévia, informando o seu aplicador sobre os efeitos de direito que pretende que sejam produzidos em cada ocasião em que os pressupostos de uma dada norma-regra se encontrem verificados.

Portanto, a derrogação da norma que já expressa a ponderação definitiva escolhida pelo constituinte só pode ser proposta por quem entenda que também essas regras se encontram reduzidas a um novo juízo de pesagem pelo qual o intérprete revê a decisão constituinte. Essa metódica constitucionalmente desadequada é a responsável pelo equívoco cometido neste ponto.<sup>66</sup>

**15.** No caso em apreciação, sem dúvida que o princípio da separação de poderes não está afastado da definição dos critérios normativos de fixação de competências dos órgãos constituídos em estado de excepção. No entanto, novamente em razão dos mencionados perigos para bens jurídicos fundamentais que poderiam ser criados pela tentativa de expansão de competências para reagir a situações de crise constitucional, o constituinte português preferiu fixar o essencial das competências aqui discutidas em normas-regra. Através das ponderações que ele próprio realizou de forma definitiva, delimitou essas competências através de um complexo de regras consagradas – na parte que aqui se discute – nos artigos 19.º, n.º 7, e 165.º, n.º 1, alíneas b) e c). Sempre que essas regras não sejam derogadas transitóriamente por estarem abrangidas pelo âmbito da “especificação” a que se refere o n.º 5 do artigo 19.º, elas serão aplicáveis também em estado de excepção. A norma-princípio da separação de poderes não tem de ser convocada para ponderação com qualquer outra norma constitucional à qual

<sup>65</sup> ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 3.ª ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, pp. 87-90; entre nós, a propósito do princípio da legalidade, PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade... op. cit.*, II, p. 404.

<sup>66</sup> Obviamente, os problemas envolvidos na delimitação do verdadeiro significado da derrotabilidade de normas-regra suscitam uma discussão incompatível com este texto. Para uma aproximação que, como se compreenderá, ainda assim tem de ser também muito mais sintética do que o tema exigiria, cfr. PEDRO F. SÁNCHEZ, “Sobre os Poderes...” *op. cit.*, pp. 31 ss.

seja alegadamente atribuído um peso concreto superior, servindo de pretexto para a sua compressão, já que esse princípio só é aplicável mediatamente, sendo aqui sujeito a intermediação através de normas-regra cuja previsão já englobou estes casos.

A declaração do estado de excepção não altera essa conclusão: a nossa Constituição não acolhe a tese de que os pressupostos materiais do estado de excepção se convolvam em normas de competência que atribuem inovadoramente a autoridades de emergência os poderes que lhes seriam vedados em normalidade constitucional.<sup>67</sup>

Assim, a invocação do princípio da separação de poderes como motivo de recurso a uma (re)ponderação serve de capa argumentativa para a derrogação da solução constitucionalmente devida. Essa ponderação não esconde a *violação directa do disposto nos artigos 19.º, n.º 7, e 165.º, n.º 1, alíneas b) e c), da Constituição*.

## VII – *Idem*: o alcance da dimensão positiva (adequação funcional) da separação de poderes

16. Esta invocação da norma-princípio da separação de poderes traz associado um outro vício no seu tratamento dogmático. Desde há muito se consolidou a percepção de que aquele princípio inclui uma vertente positiva que se traduz num “imperativo de adequação funcional”, promovendo uma repartição de competências em razão das características próprias de cada órgão candidato ao seu exercício.<sup>68</sup> Na terminologia adoptada pelo Tribunal Constitucional (apoiando-se na doutrina de Gomes Canotilho e Vital Moreira), trata-se de uma “ideia de ordenação dos órgãos de soberania pautada pela adequação orgânica, de modo a que as medidas e decisões do poder público para cumprimento das tarefas do Estado sejam preferencialmente adoptadas pelos órgãos que, «segundo a sua organização, função, atribuição e procedimento de actuação, estão em melhor posição para analisar os pressupostos, os juízos e os resultados indispensáveis a medidas ou decisões constitucionalmente ajustadas»”.<sup>69</sup>

<sup>67</sup> E.-W. BÖCKENFÖRDE, “The Repressed State of Emergency. The Exercise of State Authority in Extraordinary Circumstances”, in *Constitutional and Political Theory. Selected Writings, I*, Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 113-114.

<sup>68</sup> NUNO PIÇARRA, *A Separação...* op. cit., pp. 262-263; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 552; J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...* op. cit., I, p. 209; JORGE REIS NOVAIS, *Separação de Poderes e Limites da Competência Legislativa da Assembleia da República*, Lisboa: Lex, 1997, pp. 45-46; RICARDO BRANCO, *O Efeito Aditivo da Declaração de Inconstitucionalidade com Força Obrigatória Geral*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 273-274; PEDRO MONIZ LOPES, “Significado...” op. cit., pp. 142-143.

<sup>69</sup> Acórdão n.º 214/2011 (Proc. 283/11).

Se o desenho dessa dimensão positiva é aceitável, o problema residirá quando se lhe solicita mais do que ela pode oferecer. Tem-se reconhecido, de modo equilibrado, que esta não é uma “teoria auto-suficiente que seja alternativa do modelo de distribuição de competências constitucionalmente determinado”; ela não pode ir além de apontar “para as soluções constitucionalmente mais adequadas para a alocação de competências *não expressamente alocadas pela Constituição*”.<sup>70</sup>

Com efeito, a dimensão positiva da adequação funcional informa o intérprete sobre os “critérios racionais objectivos” que terão conduzido o constituinte a seleccionar uma solução competencial em lugar de outra, demonstrando que tal solução não é arbitrária.<sup>71</sup> Mas essa dimensão positiva só apresenta valia autónoma quando a Constituição não determina o órgão responsável pelo exercício de certa competência, justificando-se então o perscrutamento dos traços próprios de cada órgão potencialmente candidato para que a competência seja alocada àquele que apresenta melhores condições funcionais para o seu exercício. Pelo contrário, tal dimensão tem uma valia reduzida quando a Constituição já predeterminou o órgão competente para o exercício de certa actividade; a adequação funcional pode explicar *por que motivo* a Constituição o escolheu, mas não pode *rever* essa decisão ou propor a sua substituição. Não se duvida, por exemplo, de que o Parlamento não é o órgão mais adequado para o exercício da função administrativa com eficácia externa, o que torna racional a opção constitucional que lhe vedou essa função;<sup>72</sup> contudo, o fundamento imediato para essa vedação está na proibição constitucional, e não no critério de adequação funcional que serve de motivo para a proibição. Por isso, se a Constituição entendesse atribuir uma competência específica a um órgão que o intérprete julga ser manifestamente impreparado para o seu exercício, a sua discordância não impediria a obrigação de obediência à escolha constituinte. É este, pois, o limite à utilidade da ideia de adequação funcional da norma-princípio da separação de poderes.

17. No caso em estudo, o Tribunal Constitucional, com apoio num sector da doutrina, assenta a solução da atribuição de uma competência comissarial ao Governo à luz do “imperativo de adequação funcional”, apoiando-se nas características específicas da sua organização e funcionamento que se julga que o deixam mais preparado para essa função. Enquanto “órgão

<sup>70</sup> TIAGO FIDALGO DE FREITAS, “A Execução...” op. cit., p. 58 (destaque acrescentado).

<sup>71</sup> JORGE REIS NOVAIS, *Separação...* op. cit., p. 45.

<sup>72</sup> CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso...* op. cit., I, p. 58.



de condução da política geral do país e órgão superior da Administração Pública (artigo 182.º)”, supõe-se que fará sentido a permissão para “decretar todas as medidas que se revelem apropriadas nas circunstâncias concretas”, sem conhecer os limites que resultariam das fronteiras de competência em normalidade constitucional (ponto 11).<sup>73</sup>

Mas esse juízo do intérprete só é permitido quando pretenda responder à necessidade de alocação de competências que a Constituição nunca alocou. Se fossem mantidas dúvidas sobre qual o órgão responsável pelo exercício de uma actividade que a Constituição a ninguém confiou, a identificação dos traços distintivos de cada órgão seria adequada como critério de racionalidade e de exclusão do arbítrio na distribuição do poder. Contudo, o intérprete não é convocado para essa tarefa quando a Constituição já exerceu essa escolha. Ainda que tal escolha mereça a discordância do intérprete, ela impõe-se, de novo, como imperativo da vontade constituinte. Pode ser intelectualmente estimulante discutir se o constituinte acertou ou errou na sua distribuição; mas essa questão é *irrelevante* para a determinação do órgão autorizado a exercer uma dada competência.

No caso vertente, os artigos 19.º, n.º 7, e 165.º, n.º 1, alíneas b) e c), da Constituição, blindaram a competência para afectação negativa de direitos fundamentais e para definição da moldura penal de crimes na esfera da Assembleia da República. E essa competência própria da normalidade constitucional é mantida também em estado de excepção enquanto o Presidente da República não exercer o poder confiado pelos artigos 19.º, n.º 5, e 134.º, alínea d), para integrar essa matéria no Decreto de Excepção. Quando tal não suceda – como não sucedeu aqui –, aquelas regras competenciais mantêm-se intactas, independentemente da opinião do intérprete quanto à adequação funcional da escolha constituinte.

Nesse quadro, 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.

## VIII – A desconsideração adicional da solução imposta pela LRESEE

**18.** Como problema adicional nesta solução, tão-pouco se tem em conta que o recorte expansivo das competências governamentais em matéria

<sup>73</sup> Paralelamente, PEDRO MONIZ LOPES, “Significado...” *op. cit.*, pp. 142-143.

de definição da moldura penal do crime de desobediência, além de colidir com a Constituição, esbarra com o próprio regime densificador da LRESEE.

Desde logo, como bem sublinhou a Conselheira Maria José Rangel de Mesquita, a adequada conjugação dos n.ºs 7 e 8 do artigo 19.º da Constituição já evitaria excessivas dificuldades na interpretação do artigo 7.º da LRESEE. Na medida em que a declaração de excepção não transmuta as fronteiras competenciais previstas na Constituição em qualquer âmbito que não tenha sido especificado pelo Decreto presidencial, não há que discutir sequer a existência de uma putativa distribuição competencial entre Parlamento e Governo em matéria criminal.

No entanto, mesmo para quem perfilhasse a interpretação que aproxima o Governo de um órgão beneficiário de uma ditadura comissarial, o artigo 7.º da LRESEE colocaria então um obstáculo adicional identificado pela Conselheira Joana Fernandes Costa: quando, pela alteração aprovada pela Lei Orgânica n.º 1/2012, fez integrar as condutas desrespeitadoras da declaração de excepção (ou da própria LRESEE) no *tipo legal do crime de desobediência* (previsto e punido pelo artigo 348.º do Código Penal), a LRESEE – pressuposta no n.º 7 do artigo 19.º da Constituição para densificar o Direito Português de Excepção – escolheu atribuir ao legislador parlamentar os termos da punição dos agentes, o que implicou a sua subtracção à competência executiva do Governo.

Nada de anormal existe nessa opção: a LRESEE apresenta-se como verdadeira lei de valor reforçado na medida em que parametriza especificamente tanto “as declarações de estado de sítio ou de estado de emergência” quanto “a autorização e a confirmação parlamentar (actos materialmente legislativos ou, pelo menos actos com força afim da força da lei)”, que “lhe estão vinculadas”<sup>74</sup>. Esse é o resultado da opção constituinte que entendeu a importância de densificar adicionalmente o regime que disciplina uma matéria crucial para a sobrevivência do Estado de Direito e que se manteria excessivamente lacunoso se dependesse apenas do quadro constitucional.

Daí que os órgãos protagonistas da declaração, da execução e da fiscalização do estado de excepção fiquem duplamente vinculados à Constituição e à lei: a sua conduta será inválida tanto se violar as regras constitucionais aplicáveis quanto se violar a LRESEE. Por exemplo, ninguém discutirá que a Assembleia da República incorrerá em ilegalidade por

<sup>74</sup> JORGE MIRANDA, *Manual... op. cit.*, IV, p. 435; *idem*, “Artigo 19.º”, pp. 409-410; *idem*, “Constituição e Pandemia – Breve Nota”, *RFDUL*, LXI, n.º 1 (2020), p. 49.

violação de lei de valor reforçado se decidir chamar a si a execução do Decreto presidencial: tal sucederá porque o artigo 17.º concretizou a competência de execução no Governo, mesmo perante o silêncio constitucional – aqui sim, procedendo a uma aplicação correcta da vertente positiva da separação de poderes pela simples razão de que precisou de apelar a essa vertente quando se confrontou com uma incompleta alocação de competências na Constituição.

Mas o mesmo sucede neste ponto: o artigo 7.º da LRESEE entende predeterminar as consequências penais da violação da declaração de excepção, escolhendo integrá-las no tipo legal do crime de desobediência. Com isso, ocupa um espaço que já não pode ser reformulado e revisto pela declaração de excepção ou pelos respectivos actos de execução, que lhe devem obediência como lei de valor reforçado.

19. A tese propugnada pela posição maioritária no Acórdão n.º 352/2021, recusando uma tal “preclusão de competência” do Governo, socorre-se de uma decomposição entre a previsão da norma incriminadora – que inevitavelmente se aceita constar do artigo 348.º do Código Penal – e a sua consequência – que se sugere poder ser determinada pelo Governo em substituição daquela definida no Código Penal.

Mas, como adverte a Conselheira Joana Fernandes Costa, fica por explicar onde se encontraria o fundamento para uma tal *cisão entre previsão e estatuição da norma incriminadora*, a qual é promovida, sem apoio em qualquer norma constitucional ou legal, para alargar até ao seu âmbito extremo a competência do “legislador extraordinário” que o mesmo aresto criou. Na prática, como também refere esta Conselheira, através desta revisão das soluções constituintes pôde a maioria que obteve vencimento atribuir ao Governo “a competência para emitir *todas* as normas em *todas* as matérias de competência legislativa reservada da Assembleia da República, desde que funcionalmente subordinadas à restauração da normalidade constitucional” – agora também “independentemente do que dispõe a LRESEE”, além de independentemente do que dispõe a Constituição.

Eis uma nova manifestação do modelo comissarial romano que foi rejeitado pelo ordenamento constitucional português.

## IX – O recurso a juízos de oportunidade para a reformulação do sistema constitucional de competências

20. Por fim, o exemplo adicional do alcance que pode resultar desta metódica criativa é trazido pelo argumento complementar que o Acórdão n.º

352/2021 apresenta para apoiar este exercício de uma competência legislativa excepcional do Governo, situando-se agora num plano *axiológico*.

Observa-se que, sem a intervenção do Governo, a sanção prevista para “a desobediência a ordens legítimas no âmbito de um estado de excepção constitucional”, que é “por natureza de gravidade superior”, é excessivamente branda se for comparada com a correspondente sanção aplicável num “estado de excepção administrativa”, que se mostra “mais severa”. E essa distinta consequência sancionatória causa uma “*ostensiva contradição axiológica*”, visto que faria sentido atribuir maior severidade à sanção que responde ao comportamento de um cidadão que desrespeita “uma legalidade excepcional que, por circunstâncias e finalidades constitucionalmente reconhecidas, justifica sacrifícios extraordinários” (ponto 8).

Aqui se identifica, pois, uma razão axiológica para autorizar a intervenção governamental para corrigir aquela que aparenta ser uma flagrante omissão do Parlamento, porquanto – como observa o Tribunal – o texto da LRESEE “foi revisto duas vezes, a segunda das quais pela Lei Orgânica n.º 1/2012, de 11 de maio, vários anos após a aprovação da versão originária da Lei de Bases da Protecção Civil, da qual já constava o agravamento especial da moldura penal do crime de desobediência”, pelo que se tem de censurar “o legislador parlamentar [que] teve, assim, ampla oportunidade para fazer concordar as valorações penais subjacentes aos dois regimes”.

21. Supõe-se ser consensualmente reconhecido que semelhantes considerações de política legislativa não podem fundamentar um acto da função jurisdicional do Estado. Mesmo no contexto de uma actividade dotada de um superior grau de politicidade em razão do perfil singular da jurisdição constitucional,<sup>75</sup> a tarefa confiada ao “*tribunal* ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional” (artigo 221.º da Constituição) ainda é a da colocação perante um conflito entre fontes, assumindo uma posição funcionalmente subordinada e própria da *iurisdictio* para a resolução de uma controvérsia jurídica (artigo 202.º da Constituição), por referência a um fundamento de validade normativa e não a um fundamento

<sup>75</sup> MAURO CAPPELLETTI, “Necessité et Légitimité de la Justice Constitutionnelle”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 33, n.º 2 (1981), pp. 627 ss.; LOUIS FAVOREU, “La Légitimité de la Justice Constitutionnelle et la Composition des Juridictions Constitutionnelles”, in AAVV., *Légitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 231 ss.; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional... op. cit.*, II, 2.ª ed., 2011, p. 998.

de oportunidade que se determina “pontualmente pela eficácia possível” e pela consideração da “repercussão dos seus efeitos no contexto em que actua”.<sup>76</sup>

Inclusivamente nos casos em que os ordenamentos que nos servem de referência consolidam o recurso a *decisões apelativas* ou a outros mecanismos de pressão sobre órgãos político-legislativos,<sup>77</sup> a iniciativa da justiça constitucional redundando em métodos que visam impulsionar uma mudança nas soluções positivadas e que se julgam desconformes com a Constituição. Nem mesmo tal fenómeno é equiparável à identificação de uma discordância com a solução positivada pelo legislador competente como *fundamento para atribuir a um órgão terceiro* a autorização para invadir a esfera de competências do primeiro e exercê-las em sua substituição.

Este juízo opinativo não pode, seja sob que perspectiva for, neutralizar o juízo de inconstitucionalidade já fundado na violação dos artigos 19.º, n.º 7, e 165.º, n.º 1, alíneas b) e c), da Constituição.<sup>78</sup>

22. Tem de admitir-se, de modo realista, que esse fenómeno apenas representa um exemplo adicional do alcance da advertência observada antes: normas-princípio que foram consagradas no ordenamento são apresentadas como fundamento para uma (re)ponderação das decisões definitivas aprovadas pela autoridade legítima, nos casos em que o intérprete discorda pessoalmente do constituinte e necessita de substituir a solução positivada pela sua solução preferencial.

Desde Março de 2020, essa metodologia própria da actividade político-legislativa – mas seguramente não da actividade interpretativa juscientífica – foi utilizada, reiteradamente, por distintos sectores doutrinários e jurisprudenciais para derrogar as soluções que, sendo determinadas pela Constituição, foram imputadas a um legislador constituinte censurado como imprevidente ou utópico, preferindo-se a sua substituição por uma visão

<sup>76</sup> ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *O Instituto dos «Assentos» e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1983, pp. 438-442 e 463-464.

<sup>77</sup> RUI MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, pp. 674 ss.; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional... op. cit.*, II, pp. 271 ss.

<sup>78</sup> Como evidentemente notou a Conselheira JOANA FERNANDES COSTA, se o intérprete que analisa um complexo e de actos legislativos que o leva a encontrar uma “consequência, como se afirma no Acórdão, «perturbadora», isso apenas pode significar que o ordenamento jurídico encerra, neste caso como em outros, uma contradição que só ao legislador cumpre solucionar”. O que seria ininteligível seria em que termos daí “se retira qualquer argumento válido que possa ajudar a construir uma resposta afirmativa à questão de saber se [...] o Governo exerceu uma competência que a Constituição lhe atribuiu quando confere «às autoridades competência para tomarem as providências necessárias e adequadas ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional»”.

do *common good constitutionalism* que julga necessária a adopção do modelo comissarial de fonte romana,<sup>79</sup> nomeadamente à luz da capacidade salvífica dos Executivos para a preservação do Estado.<sup>80</sup>

Além do evidente potencial lesivo que tal fenómeno produz para a tutela de bens jurídicos fundamentais, o seu efeito é igualmente grave no plano da normatividade constitucional. Basta recordar, a título meramente ilustrativo, que, quando se divulgou aquela que porventura constituiu a proposta metodológica mais impactante das últimas décadas para a racionalização das operações de aplicação das normas de direitos fundamentais,<sup>81</sup> uma das mais conhecidas críticas que lhe foram dirigidas residiu no seu potencial de degradação da força normativa de direitos que se converteriam em pontos de vista suportados por juízos carentes de racionalidade.<sup>82</sup> Ora, abstraindo aqui de todos os méritos e insuficiências da réplica provida a essa crítica<sup>83</sup> – que seria despropositado considerar neste texto<sup>84</sup> –, julga-se que os esforços de racionalização dos métodos de ponderação criaram um património importante para a doutrina constitucional contemporânea, neutralizando – quando correctamente aplicados – os principais temores que lhe haviam sido apontados.<sup>85</sup>

Porém, os distintos exercícios criativos sustentados desde o início de 2020 podem fazer ressuscitar a inteira pertinência dessa crítica. A (inevitável em qualquer sistema constitucional) teia de princípios jurídicos construída pelo constituinte português foi, desde então, transmutada em fundamento argumentativo para confiar às normas-princípio da Constituição a função que elas nunca poderiam exercer: o seu recrutamento como argumentos opinativos para justificar a substituição das soluções aprovadas pela autoridade normativa constituinte pelas preferências de um intérprete que discorda do Direito

<sup>79</sup> Criticamente, DAVID DYZENHAUS, “Schmitt v. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order?”, *Cardozo Law Review*, 27 (2006), pp. 2005 ss.

<sup>80</sup> ERIC POSNER / ADRIAN VERMEULE, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 113 ss.; OREN GROSS, “Chaos...” *op. cit.*, pp. 1029-1030.

<sup>81</sup> ROBERT ALEXY, *Theorie... op. cit.*, pp. 71 ss. e 249 ss.

<sup>82</sup> Trata-se, obviamente, da crítica de JÜRGEN HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, 4.ª ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, pp. 312 ss.

<sup>83</sup> ROBERT ALEXY, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, *Ratio Juris*, 16, n.º 2 (2003), pp. 131 ss.

<sup>84</sup> Em todo o caso, é incontornável, entre nós, a referência de DAVID DUARTE, “From Constitutional Discretion to the Positivist Weight Formula”, in Jan-R. Sieckmann (ed.), *Proportionality, Balancing, and Rights*, Cham: Springer, 2021, pp. 11 ss.; mais amplamente, a obra colectiva DAVID DUARTE / JORGE S. SAMPAIO (coord.), *Proportionality in Law: an Analytical Perspective*, Cham: Springer, 2018.

<sup>85</sup> Para aquela que é hoje a principal referência entre nós, VITALINO CANAS, *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Actos Legislativos*, Coimbra: Almedina, 2019.

posto, alegando que as decisões constituintes carecem de revisão porque não respondem à concepção de *bem comum* própria do intérprete.

Em resultado dessa redescisão constituinte, foi possível sustentar, sucessivamente:

- (i) A transferência da competência presidencial de especificação dos efeitos das normas de direitos fundamentais afectados pela declaração do estado de excepção (artigos 19.º, n.ºs 1 e 5, e 134.º, alínea d), da Constituição) para a esfera de um Governo transformado em órgão normador primário, ainda quando actue sob a forma regulamentar e invoque expressamente a competência administrativa prevista na alínea g) do artigo 199.º da Constituição;
- (ii) A própria susceptibilidade de os Decretos de Excepção procederem à ratificação retroactiva de normas inconstitucionais constantes de decreto-lei, afirmando a sua convalidação e tornando alegadamente conforme com o Direito os actos que nasceram inválidos (artigo 7.º do Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, reiterado nos dois Decretos presidenciais seguintes), derogando as regras de cominação da invalidade de qualquer acto jurídico-público inconstitucional decorrentes dos artigos 3.º, n.º 3, e 277.º da Constituição;
- (iii) Não obstante a proibição de modificação das regras de competência dos órgãos de soberania pela declaração de excepção (n.º 7 do artigo 19.º) – já submetida a uma interpretação flexível que visa assegurar a sua exequibilidade, limitando-a aos âmbitos normativos não abrangidos pelo Decreto presidencial –, o reconhecimento ao Governo do papel de “legislador extraordinário” competente para aprovar, durante o período de excepção, mesmo sob forma regulamentar, quaisquer normas em quaisquer matérias que sejam orientadas à finalidade específica de restauração da normalidade constitucional, podendo reconhecer-se no n.º 8 do artigo 19.º uma nova figura normativa consistente nas “providências” normativas directamente fundadas na Constituição;
- (iv) A integração, nessa competência governamental alargada, da aprovação de normas inovadoras em matéria penal, reservadas pela alínea c) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição à Assembleia da República, não obstante tais normas não terem qualquer cobertura na declaração presidencial do estado de excepção e terem consequentemente intacta a sua vigência.

**23.** Julga-se que a apresentação destas soluções como resultado do labor jurídico-constitucional provoca a erosão da confiança que a comunidade jurídica deposita na sua Constituição, criando a convicção de que as suas normas não devem continuar a ser aplicadas como parâmetros de validade em

momentos de crise constitucional, ficando transfiguradas em meros critérios indicativos que os órgãos constituídos podem ou não acolher.

Não é possível menosprezar aquelas lições da História que ensinam que a formação de uma situação de emergência origina uma tendência irresistível dos poderes subordinados à Constituição para “actualizar e redefinir o que é a normalidade”; e muito menos se deve menosprezar a circunstância de essa tendência ser “essencialmente obra do poder executivo”, pois que “através dela este último cumpre o seu destino no Estado moderno, que consiste na sua tendência para se expandir e sobrepor aos demais poderes”.<sup>86</sup> Tão-pouco se pode branquear o poder da convicção, geralmente disseminada em momentos de crise constitucional, de que a capacidade do Executivo para agir “rápida, secreta e decisivamente contra uma ameaça à vida da nação se torna superior aos princípios comuns da limitação dos poderes do governo e aos direitos individuais”.<sup>87</sup> Nem pode esquecer-se que esse constitui o primeiro passo que abre a porta para o modelo anti-constitucional que destrói a ordem estabelecida para propor a sua *substituição* por uma nova.<sup>88</sup>

Sob pena de supressão da força normativa da Constituição, urge recuperar a sua efectividade, dentro ou fora de situações de excepcionalidade constitucional. Independentemente das dificuldades conjunturais que possam ser criadas aos órgãos constituídos, os méritos na consagração de um modelo garantístico como o acolhido na Constituição Portuguesa, em consequência das importantes lições colhidas da tradição anterior, mostram-se seguramente superiores aos de um modelo comissarial que, embora apelativo a curto prazo para o combate a situações de calamidade pública, cria precedentes que abrem brechas irreparáveis na tutela da dignidade da pessoa humana e do Estado de Direito.

<sup>86</sup> MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, “Modelos...” *op. cit.*, p. 8.

<sup>87</sup> OREN GROSS, “Chaos...” *op. cit.*, p. 1029; ERIC POSNER / ADRIAN VERMEULE, *The Executive Unbound... op. cit.*, pp. 113 ss.

<sup>88</sup> CARL SCHMITT, *Die Diktatur... op. cit.*, pp. 142-143.