e-pública
Revista Eletrónica de Direito Público

Significado e alcance da «suspensão» do exercício de direitos fundamentais na declaração de estado de emergência

The meaning and scope of «freezing» the exercise of fundamental rights in the declaration of state of emergency

PEDRO MONIZ LOPES

VOL. 7 Nº 1 ABRIL 2020

WWW.E-PUBLICA.PT

ICJP INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS
CIDP CENTRO DE INVESTIGAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

COM O APOIO DE:

FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia

ISSN 2183-184x

e-Pública **Vol. 7** No. 1, Abril 2020 (118-152)

SIGNIFICADO E ALCANCE DA «SUSPENSÃO» DO EXERCÍCIO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA DECLARAÇÃO DE ESTADO DE EMERGÊNCIA

THE MEANING AND SCOPE OF «FREEZING» THE EXERCISE OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE DECLARATION OF STATE OF EMERGENCY

PEDRO MONIZ LOPES[1]
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade - Cidade Universitária
1649-014 Lisboa - Portugal
plopes@fd.ulisboa.pt

Resumo: Sustenta-se neste artigo que o conceito de «suspensão» do exercício de direitos fundamentais não pode ser adequadamente entendido (como muitas outras temáticas de direitos fundamentais) sem uma investigação a respeito dos desenvolvimentos lógicos das «posições jurídicas». O artigo inicia pela caracterização das «posições jurídicas», na divisão básica entre «liberdades protegidas» e «deveres estaduais de prestação» e respectivos correlativos. Defende-se que as «liberdades protegidas» equivalem a um «direito-pretensão» às condições fácticas do exercício da «liberdade», gerando logicamente o dever de omissão de interferência nessas condições. Posteriormente, escrutina-se o «efeito suspensivo», operado por decreto presidencial de declaração de estado de emergência, como remoção de «protecção» dessas liberdades. Descreve-se de seguida, sob o conceito de «permissões fracas e fortes», a necessidade de disposição normativa, pelo decreto presidencial, sobre as referidas condições de interferência nas liberdades «não protegidas». O enquadramento teórico serve de pano de fundo para a análise concreta do decreto presidencial n.º 14-A/2020, de 18 de Março, em particular a «delegação normativa» operada por reenvio presidencial para regulação governamental. Essa «delegação normativa» é dissecada à luz de padrões de eficiência normativa, do princípio da separação de poderes e da necessidade de protecção dinâmica de direitos fundamentais. Por fim, discute-se sobre se o direito à liberdade, previsto no artigo 27.º da Constituição, deveria, ou não, ter sido objecto de suspensão pelo decreto presidencial. A resposta que se apresenta é negativa.

Palavras-chave: posições jurídicas; liberdades protegidas; suspensão de direitos fundamentais; decreto presidencial; delegação normativa.

Abstract: It is sustained that the concept of «freezing» of the exercise of fundamental rights cannot be adequately understood (the same happens with several subjects connected with fundamental rights) absent a prior research

1. Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador Principal do CIDP – Centro de Investigação de Direito Público. Membro do LxLTG (*Lisbon Legal Theory Group*). www.lxltg.com

regarding the logical unfolding of «legal positions». The paper starts out with a depiction of «legal positions» in its basic division between «protected liberties» and «state duties to something», as well as the logically entailed correlatives. It is argued that «protected liberties» are equivalent to «claim-rights» to the factual conditions that enable exercising a «liberty», thus generating the duty to refrain from interfering in such conditions. Subsequently, the «freezing effect» enacted by the presidential decree that declared the state of emergency, *qua* removal of the constitutional «protection» of such liberties, is scrutinized. The following pages aim at describing the requirements to create norms, through the presidential decree, over the conditions to interfere in the «unprotected» liberties against the background of the concepts of «strong permissions» and «weak permissions». This theoretical framework allows for the specific analysis of the presidential decree no.14-A/2020, of 18 March, particularly the «normative delegation» carried out by means of remission from the presidential decree to governmental rulemaking. This «normative delegation» is dissected through the lens of patterns of normative efficiency, the principle of separation of powers and the requirements for a dynamic protection of fundamental rights. Lastly, it is discussed whether the legal effects of the «right to liberty», enshrined under article 27 of the Portuguese Constitution, should have been frozen by the presidential decree. It is submitted that the answer is no.

Keywords: legal positions; protected liberties; freezing of fundamental rights' norms; presidential decree; normative delegation.

Sumário: 1. «Juristas lógicos» e «juristas "holmesianos"»; 2. «deveres dirigidos» e «deveres não dirigidos»; 3. posições jurídicas fundamentais: «liberdades protegidas» e «deveres estaduais de prestação»; 4. a «suspensão» do exercício de direitos fundamentais; 5. a negação da proibição de interferência não equivale à permissão de interferência; 6. a permissão de interferência resulta do exercício de competência presidencial dispositiva; 7. a hierarquia da norma de competência para «suspensão» de direitos fundamentais; 8. a «delegação normativa» do decreto presidencial e a indelegalibilidade de competências constitucionais; 9. é «grave» a omissão de suspensão do «direito à liberdade» pelo decreto presidencial?

Summary: 1. «Logical legal scholars» e «"Holmesians" legal scholars»; 2. «directed duties and «non directed duties»; 3. fundamental legal positions: «protected liberties» and «State duties to act »; 4. the «freezing» of the exercise of fundamental rights; 5. negation of the prohibition to interfere does not equate a permission to interfere; 6. the permission to interfere arises out of the exercise of the normative presidential competence; 7. the hierarchy of the norm of competence to «freeze» fundamental rights; 8. the «normative delegation» of the presidential decree and the non delegability of constitutional competences; 9. is it «faulty» that the presidential decree omitted the freezing of the «right to liberty»?

1. «Juristas lógicos» e «juristas "holmesianos"»

Muito estranhamente, o desenvolvimento lógico da temática das «posições jurídicas» não é parte habitual dos manuais e monografias portuguesas de Direitos Fundamentais[2]. Há várias explicações possíveis para o fenómeno: podem ir desde um desconhecimento das mais valias da lógica à sua depreciação ideológica não justificada. Esta última geralmente culmina no desígnio de "morrer pela espada" em fidelidade à afirmação de Oliver Wendell Holmes Jr., na página inicial de «The Common Law»:

"The life of the law has not been logic; it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, and even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics"[3].

A história que se conta é: o «jurista lógico» é frio, insensível, formalista e definitivo; o «jurista "holmesiano"» (que, hoje em dia, usa muitos outros nomes) é sensível, ponderado, razoável e justo. O «jurista "holmesiano"» domina as jurisprudências dominantes, nacionais e estrangeiras; o «jurista lógico» ignora-as, consciente ou inconscientemente, encaixando tudo no que Holmes diz ser um conjunto de "*axiomas e corolários de um livro de matemática"*. O «jurista "holmesiano"» preocupa-se em influenciar o pensamento dos tribunais e a realidade das coisas: interessam-lhe as pessoas; o «jurista lógico» fala para as elites científicas: renuncia ao poder de persuasão porque apenas lhe interessam a coerência e a consistência. E por aí em diante[4].

É subjacente a esta posição um conjunto de falácias: além do *non sequitur,* contam-se a negação do antecedente, o *ad hominem,* o apelo à emoção, o *argumentum ad consequentiam*, o *argumentum ad antiquitatem* e uma boa dose de *argumentum ad superbiam*[5]. Por fim, são puros e simples erros de generalização: não é de descartar a possibilidade de, em alguns casos, o «jurista lógico» poder vir até a ser mais «razoável» do que o «jurista "holmesiano"», mesmo dentro dos próprios critérios de «razoabilidade» que este último adopta.

---

2. Deve ser feita referência a D. Duarte, "Structuring Addressees in Fundamental Rights' Norms: An Application" in K. Eimar Himma / B. Spaic (Eds.), *Fundamental Rights – Justification and Interpretation,* The Hague, 2016, pp. 83 ss. Não é, todavia, um manual ou uma monografia (nem escrito em português).

3. Cfr. O. Wendell Holmes Jr., *The Common Law,* 1882, The Lawbook Exchange, Ltd., 2004, p. 1.

4. A falácia é naturalmente reversível. Não é correcto, por exemplo, afirmar-se que o jurista "holmesiano" não é rigoroso. As premissas de que parte é que merecem crítica. Veja-se, por exemplo, E. Bulygin, "What Can One Expect from Logic in the Law? (Not Everything, but More than Something: A Reply to Susan Haack)", *Ratio Juris*, 2008, vol. 21, n.º 1, pp. 150 e ss.

5. Sobre estas, por exemplo, cfr. T. Bustamante / C. Dahlman (Eds.), *Argument Types and Fallacies in Legal Argumentation,* Dordrecht, 2015, *passim*.

Naturalmente que a recondução do direito à lógica é insustentável. Nunca, aliás, foi sustentada por qualquer «jurista lógico», razão pela qual o tiro sempre errou rotundamente o alvo[6]. Todavia, a lógica demonstra-se particularmente útil no esclarecimento de determinadas problemáticas. Uma delas é a das «posições jurídicas» atomísticas fundamentais, que agora se abordam a respeito do conceito de «suspensão» de direitos fundamentais, assunto tornado célebre em razão do Estado de Emergência declarado em razão da pandemia que ainda se vive.

2. «Deveres dirigidos» e «deveres não dirigidos»

Comece-se pela clássica tabela de opostos e correlativos de um intrépido «jurista lógico», W. N. Hohfeld[6]:

Jural Opposites	**right**	**privilege**	**power**	**immunity**
	no-right	**duty**	**disability**	**liability**
Jural Correlatives	**right**	**privilege**	**power**	**immunity**
	duty	**no-right**	**liability**	**disability**

A tabela de W. N. Hohfeld (1917), que já data de há mais de 100 anos, sofreu muitos desenvolvimentos – que não se abordarão em particular – culminando, entre outras, na caracterização de Vivienne Brown[7]. Brown parte da distinção entre «permissão forte» e «permissão fraca» – já muito antes desenvolvida por von Wright e celebrizada por Alchourrón e Bulygin[8] – para identificar dois tipos básicos de «liberdades»: as «liberdades protegidas» e as «liberdades não protegidas».

As permissões normativas podem ser «fortes» ou «fracas», consoante, respectivamente, traduzam a proposição segundo a qual a norma *"é permitido x"* «pertence» ao sistema jurídico aplicável (*permissão forte*) ou a proposição segundo a qual a norma *"é proibido x"* «não pertence» ao sistema jurídico aplicável (*permissão fraca*)[9]. Simplificando:

6. Cfr. W. N. Hohfeld, "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *Yale Law Journal*., 1917, n.º 26, p. 710.

7. V. Brown, "Rights, Liberties and Duties: Reformulating Hohfeld's Scheme of Legal Relations?" *Current Legal Problems*, 58, 2005, pp. 343–367; Sobre o assunto, também, L. Duarte D'Almeida, "Fundamental Legal Concepts: The Hohfeldian Framework", *Philosophy Compass*,11/10, 2016, pp. 554-569.

8. G. H. Von Wright, *Norm and Action*, London, 1963, p. 86); C. Alchourrón / E. Bulygin, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, 5.ª reimp., Buenos Aires, 2006, pp. 169 ss..

9. Sobre o conceito de «permissões fortes» e «permissões fracas», cfr. E. Bulygin, "Sobre la Equivalencia Pragmática entre Permiso y no Prohibición" *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 33, 2010, pp. 284 ss.; A. Soeteman, "On Legal Gaps", in E. Garzón Valdés/W. Krawietz/G. H. Von Wright/R. Zimmerling (Eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory, Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Berlin, 1997, p. 328; P. Moniz Lopes, "Implicações da Genericidade na (in)consistencia e na (in)completude dos Sistemas Jurídicos", in P. Moniz Lopes, *Estudos de Teoría do Direito,* I, Lisboa, 2018, pp. 151 ss.

(i) haverá uma «permissão forte» a respeito da conduta ϕ («ϕ» é uma variável para qualquer acção) se for verdade que o sistema jurídico aplicável integra uma norma permissiva dessa conduta (*i.e.*, a permissão forte é a existência de «norma *P* ϕ» no sistema jurídico aplicável);

(ii) haverá uma «permissão fraca» a respeito da conduta ϕ se for verdade que o sistema jurídico aplicável não integra uma norma proibitiva dessa conduta (*i.e.*, a permissão fraca corresponde à não existência de «norma *F* ϕ» no sistema jurídico aplicável: *nenhuma das normas* do sistema jurídico aplicável «proíbe» ϕ).

A posição jurídica decorrente de uma «permissão fraca» (não proibição) equivale, na terminologia de Brown, a uma «simples liberdade». A «simples liberdade» diz respeito a acções que não são reguladas juridicamente. São acções juridicamente irrelevantes e, portanto, são "*not unlawful*" – *e.g.*, «a liberdade de tomar o pequeno almoço»[10].

Distintamente, a posição jurídica decorrente de uma «permissão forte» (*i.e.*, a existência de norma permissiva no sistema jurídico aplicável) equivale, na terminologia de Brown, a um «direito-liberdade». Este diz respeito a acções reguladas juridicamente e, portanto, "*made lawful*" – *e.g.*, «o privilégio de não incriminação» ou «a autorização para entrada em propriedade alheia»[11].

Para Brown, as «simples liberdades» não são posições jurídicas relacionais (*i.e.*, não acarretam «correlativos»). Correspondem à mera ausência de um «dever *erga omnes*». Afirma Brown: "*se a realização de ϕ por Y não é proibida, então não há relação jurídica entre Y e qualquer outro sujeito a respeito de Y fazer ϕ*"[12]. Distintamente, «direitos-liberdade» resultantes de «permissões fortes» podem, para Brown, ser relacionais ou não relacionais. No exemplo acima, a autorização de X para entrada em propriedade alheia de Y corresponde a um «direito-liberdade» correlativo de X contra Y a respeito de entrar na propriedade de Y. Distintamente, se X tem um privilégio de não auto-incriminação, então o «direito-liberdade» parece (para Brown) não ser correlativo, dado que apenas significa que «Y tem a permissão (forte) de não se auto-incriminar». Trata-se, neste caso e para Brown, de um «direito-liberdade geral»[13]. Atente-se no quadro explicativo *infra*:

	X tem um direito-pretensão («claim-right») a que Y faça φ	***X tem um direito-liberdade correlativo contra Y a fazer φ***	***X tem um direito-liberdade a φ***	***X tem uma simples liberdade de φ***
Oposto (contraditório)	-	-	*X não tem permissão para φ*	*X tem um dever geral de não fazer φ* (é proibido a X fazer φ)
Correlativo	*Y tem uma obrigação face a X de fazer φ*	*Y tem um não-direito(-liberdade) que X não faça φ*	-	-

10. Cfr. Brown, *Current Legal Problems*, p. 351.

11. "[T]*he action «lies within the remit of the law in being expressly permitted»*". Cfr. Brown, *Current Legal Problems*, pp. 352, 354.

12. Cfr. Brown, *Current Legal Problems*, p. 355.

13. Cfr. Brown, *Current Legal Problems* , p. 356.

Independentemente de a construção de Brown ser merecedora de algumas críticas – críticas que se retomam abaixo, nomeadamente quanto à ambiguidade do termo «direito-liberdade» –, a verdade é que salienta, com muita pertinência, a necessidade de distinguir entre «deveres dirigidos» e «deveres *erga omnes***»** (ou «deveres não dirigidos»)[14]. Se António emprestou a Bento a quantia de X, então Bento tem o *dever dirigido a António* de pagar a quantia de X. Se não emprestou, não tem. Distintamente, se todos têm o dever de não profanar templos sagrados, então todos têm o *dever não dirigido* de não profanar templos sagrados (dever *erga omnes*). Se não têm, não têm.

A consequência lógica de um «dever dirigido» é, como é consensual, a de um «direito-pretensão» (*claim-right*): o direito de exigir algo a alguém (e, eventualmente, dentro de determinado prazo ou num determinado local)[15]. A consequência lógica de um «dever não dirigido» *não é*, porém, a de um «direito-pretensão» **(***claim-right*). Não diferenciar entre «ter um dever de ϕ» e «ter um dever dirigido de ϕ» implica, consequentemente, não diferenciar entre «*não* ter um dever de ϕ» e «*não* ter um dever dirigido de ϕ».

3. Posições jurídicas fundamentais: «liberdades protegidas» e «deveres estaduais de prestação»

Como se passam as coisas no plano constitucional? Como é curial, e sem pretensões de sobrecarregar o texto com complexidades desnecessárias, as «posições jurídicas fundamentais» básicas podem dividir-se nos conhecidos «liberdades» (*civil liberties,* «direitos, liberdades e garantias» ou «direitos de liberdade») e «direitos sociais**»** (*claim rights,* «direitos a algo» ou «deveres de prestar»)[16].

A terminologia, todavia, não clarifica exactamente do que se está a falar. Na realidade, sem prejuízo de aprofundamentos que neste contexto não fariam sentido, a dicotomia básica no plano dos direitos fundamentais é a seguinte: «liberdades protegidas» (ou com protecção constitucional) e «deveres estaduais de prestação». Há vários pontos ainda por especificar, a saber: (i) as «liberdades protegidas» são liberdades relacionais? (ii) as «liberdades protegidas» são protegidas apenas perante o Estado ou também perante outros cidadãos? (iii) os «deveres estaduais de prestação» são deveres *erga omnes* ou são «deveres dirigidos»? (iv) em caso de **«**deveres dirigidos», os deveres estaduais têm como referência a generalidade dos cidadãos *(a)* em qualquer circunstância, *(b)* em caso de possibilidade fáctica de prestar (*ought implies can*) ou *(c)*, dentro dessa

14. Cfr., por exemplo, H. Steiner, "Directed Duties and Inalienable Rights", *Ethics*, Vol. 123, No. 2, Symposium on Rights and the Direction of Duties (Jan. 2013), pp. 230-244

15. Entre outros, cfr. Duarte d'Almeida, *Philosophy Compass*, pp. 554-569.

16. Entre tantos, e sem prejuízo das questões a respeito da designada «dogmática unitária», cfr. J. Reis Novais, *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003, pp. 133 ss.; J. Melo Alexandrino, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa, volume II – A Construção Dogmática*, Coimbra, 2006, pp. 198 ss.

possibilidade fáctica de prestar, em caso de «escolha» e auto-vinculação estadual ao dever de prestação?

Independentemente da complexidade de várias destas questões, parece seguro avançar-se nas seguintes proposições simples (*i.e,* proposições que *não carecem* de quaisquer «teorias» sobre os direitos fundamentais):

(i) *as «liberdades protegidas» são necessariamente relacionais, dado que o correlativo vai implicado no qualificativo «protegido»; assume-se, para já, que o correlativo tem como destinatário o Estado, podendo falar-se em «liberdades protegidas face ao Estado» e «liberdades protegidas pelo Estado»*[17];

As «liberdades protegidas» são decorrentes de permissões protegidas, ou seja, de «permissões fortes»[18]. A protecção de uma permissão, dirigida a uma categoria de destinatários, decorre da *proibição, que impende sobre os demais sujeitos, de interferir com as condições necessárias à realização da conduta permitida*[19]. É possível traçar o seguinte quadro:

Posição jurídica	Correlativo
liberdades protegidas dos cidadãos a φ	dever estadual de omissão de interferência com as condições fácticas de realização da liberdade dos cidadãos a φ

Naturalmente que o dever de omissão caracterizado é um dever *prima facie*. A protecção da permissão torna-se especialmente relevante em contextos normativos de conflito. Não está apenas em causa o modo como a norma «P ϕ» (*e.g.,* liberdade de expressão) protege, na sua consideração isolada, o destinatário a respeito de condutas que interferem com as condições fácticas de realização dessa permissão (*e.g.,* amordaçar o destinatário). Neste caso, é irrelevante a força da permissão: *basta a sua existência*. A protecção da permissão «P ϕ» surge, então, com renovada relevância quando *(i)* terceiros, sustentados em normas conflituantes (*i.e.,* O ϕ' ou P ϕ', que implique F ϕ), pretendem interferir com a conduta (*e.g.,* invocando o direito-pretensão à "protecção do bom nome") e *(ii)* o sistema jurídico aplicável não compreende norma que resolva o conflito entre a permissão e a proibição. A relevância da «liberdade protegida» é, portanto, uma relevância de *peso relativo*, em

17. Não é relevante, para o que agora se discute, a discussão sobre a «eficácia horizontal» das liberdades. Sobre este aspecto, cfr. J. Reis Novais, *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares,* Coimbra, 2019, pp. 55 ss.

18. No sentido em que é, cfr. J. C. Bayón, "Sobre el Principio de Prohibición y las Condiciones de Verdad de las Proposiciones Normativas", in *Problemas Lógicos en la Teoria* y Práctica del Derecho. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 27-73. Crítico quanto a esta visão, Bulygin, *Doxa*, p. 295. A permissão pragmaticamente equivalente à não proibição (a «simples liberdade» no entendimento de Brown) não é, portanto, uma «permissão não protegida»: nem se compreende como seria esse conceito concebível. É, tão simplesmente, uma *permissão com o menor grau de protecção concebível*. É-o porque, simultaneamente, é uma *permissão com o maior grau de genericidade concebível*, pura e simplesmente porque a norma *não representa nenhuma das particularidades do caso*. Neste sentido, Moniz Lopes, *Estudos,* I, pp. 155-157.

19. Sobre o assunto, mas não com conclusões inteiramente coincidentes, Bulygin, *Doxa*, p. 295; Bayón, *Problemas Lógicos*, p. 69.

particular nos conflitos normativos do tipo parcial-parcial, *prima facie* irresolúveis pelo sistema jurídico aplicável[20].

(ii) *os «deveres estaduais de prestação» são «deveres estaduais de prestação dirigidos» que têm como referência os destinatários secundários das normas constitucionais de imposição de prestar: os cidadãos*[21];

Não faria qualquer sentido que os deveres de prestar fossem deveres *erga omnes*. Ao contrário do que ocorre com os «deveres de abstenção», um «dever de prestar» implica necessariamente que *a prestação seja feita a alguém*. Não é concebível um dever de prestar *erga omnes*. Os «deveres estaduais de prestação» são, portanto, deveres de prestação, que impendem sobre o Estado, dirigidos a «todos os cidadãos» (ou à categoria constitucional de cidadãos em causa, «todos os trabalhadores», « todos os idosos», «todas as minorias étnicas», etc.). É possível traçar o seguinte quadro:

Posição jurídica	Correlativo
direitos-pretensão (*claim-right*) dos cidadãos a exigir do Estado determinada prestação φ	deveres estaduais de prestação de φ dirigidos aos cidadãos

Os «deveres estaduais de prestação dirigidos aos cidadãos» são obrigações estaduais. Logo, como qualquer obrigação implica a possibilidade fáctica (*ought implies can*), os «deveres estaduais de prestação dirigidos aos cidadãos» pressupõem condições de possibilidade fáctica (financeira e outras) para o efeito[22]. A questão é sabida e seria descabido aprofundá-la aqui.

4. A «Suspensão» do exercício de direitos fundamentais

Fruto da pandemia SARS-CoV-2, foi decretado o Estado de Emergência («EE») pelo Presidente da República, através do decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de Março. O decreto presidencial procedeu à suspensão de vários direitos fundamentais do tipo «liberdades protegidas», a saber: direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional, propriedade e iniciativa económica privada, direitos dos trabalhadores, circulação internacional, direito de reunião e manifestação, liberdade de culto e direito de resistência.

Para compreender o enquadramento jurídico do decretamento do EE é necessário aludir às normas constitucionais e legais em causa, que se elencam de seguida (todas referentes à Constituição excepto quando indicado o contrário):

20. Quanto aos conflitos do tipo parcial-parcial, cfr. A. Ross, *On Law and Justice*. Reimp. 1958, New Jersey, 2004, pp. 158 ss. Cfr., também, Moniz Lopes, *Estudos*, pp. 156-157.

21. Sobre o conceito de "destinatários secundários", cfr. Duarte, *Fundamental Rights*, pp. 83 ss.

22. Cfr. von Wright, *Norm and Action*, p. 73.

Norma de competência para a declaração do EE	- competência do Presidente da República: art. 134 (d) repetida no art. 10 (1) da Lei do Regime do Estado de Emergência ("REE")[24]
Normas sobre a condição circunstancial da declaração do EE	- art. 19 (2) («calamidade pública») completado pelo enunciado no art. 19 (3) («menor gravidade» do que o Estado de Sítio)
Normas sobre formalidades da declaração do EE	- art. 138: audição do Governo e autorização da Assembleia da República (ou Comissão Permanente) - art. 19 (5): fundamentação adequada feita por referência aos casos determinantes previstos no art. 19 (2), bem como às suas consequências já verificadas ou previsíveis no plano da alteração da normalidade
Norma sobre forma de declaração do EE	- art. 10 (1) do REE: decreto do Presidente da República com referenda do Governo
Normas sobre conteúdo da declaração do EE	- art. 19 (5): deve conter especificação dos «direitos, liberdades e garantias» cujo exercício fica suspenso, não podendo ser os elencados no art. 19 (6)[25] - art. 14 REE: deve definir clara e expressamente (i) caracterização e fundamentação do estado declarado; (ii) âmbito territorial da declaração; (iii) duração; (iv) especificação dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso ou restringido; - deve determinar o grau de reforço dos poderes das autoridades administrativas civis e do apoio às mesmas pelas Forças Armadas, sendo caso disso; - art. 19 (8): deve conferir às autoridades competência para tomarem as providências necessárias e adequadas ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional; - competência fixada legalmente: com salvaguarda do disposto nos art. 8 e 9 e respetiva declaração, compete às autoridades, durante o estado de sítio ou do EE, a tomada das providências e medidas necessárias e adequadas ao pronto restabelecimento da normalidade; - art. 19 (7): proibição de afectação da aplicação das regras constitucionais relativas à competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania; - art. 19 (5): duração não superior a 15 dias, sem prejuízo de renovação eventual.
Norma sobre fim da declaração do EE	- medidas necessárias ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional: art. 19 (4)

A Constituição é clara a referir que a declaração do EE é apta a «suspender» o exercício de *direitos, liberdades e garantias* («liberdades protegidas»). Aliás, do n.º 1 do artigo 19.º da Constituição retira-se, por argumento *a contrario*, a seguinte norma, formulada em termos de bicondicional: *só em caso de estado de sítio ou de estado de emergência, declarados na forma prevista na Constituição, podem os órgãos de soberania «suspender» o exercício dos direitos, liberdades e garantias* (sublinhado nosso). Daqui é logicamente derivável o seguinte enunciado: *é proibido «suspender» o exercício dos direitos, liberdades e garantias fora dos casos de estado de sítio ou de estado de emergência, declarados na forma prevista na Constituição*.

Mas o que significa, então, «suspender» o exercício de direitos, liberdades e garantias? É curioso notar que vários manuais evitam uma definição[23]. Não se pretende esgotá-las aqui. Deve dizer-se, todavia, que não se compreende como, metodologicamente, seja possível passar por qualquer tema – nomeadamente um tema desta relevância – sem aludir ao *definiens* e ao *definiendum,* bem como ao

23. Cfr., por exemplo, J. Miranda, *Manual de Direito Constitucional - Tomo IV – Direitos Fundamentais*, 4.ª ed., Coimbra, 2008, pp. 394 ss.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* 7.ª ed., Coimbra, 2007, pp. 1103 ss.

explanans e ao *explanandum*[24]. Vejamos, sem pretensões de exaustividade, três definições.

J. Melo Alexandrino é claro na sua definição, sublinhando o aspecto normativo da «suspensão» e a sua projeção *"em abstracto"*: trata-se de "[um]*a afectação dos direitos, liberdades e garantias que, pressupondo uma declaração de estado de sítio ou estado de emergência, feita na forma prevista na Constituição, atinge em abstracto certos efeitos de protecção da norma de direito fundamental"*[25].

Menos «normativa» e mais consequencialista, apesar de também fazer referência à afectação desvantajosa «geral» e eventualmente «abstracta», é a definição de J. Reis Novais: corresponde a uma *"inibição temporária e transitória, se bem que geral e eventualmente abstracta, do exercício de alguns direitos fundamentais ou de algumas faculdades neles contidas"*, implicando "*uma impossibilidade geral e transitória do exercício do direito ou de algumas das faculdades que ele facultava*"[26].

Recentemente, L. Heleno Terrinha sustentou que a suspensão se reporta a um "*acto que determina a não-produção temporária dos normais efeitos jurídicos"* das normas de direitos fundamentais, deixando *"o cidadão (…) de beneficiar dos concretos poderes, faculdades ou vantagens que as normas de direitos fundamentais lhe atribuem"*, dado que *"os comportamentos tipicamente subsumíveis no âmbito material da norma de direitos fundamentais deixam agora, por força da suspensão de exercício, de lograr qualquer protecção jusfundamental)*[27].

A primeira definição, que se subscreve em geral, carece de algum completamento. As duas últimas definições padecem de alguma ambiguidade[28].

Como já afirmou Duarte d'Almeida, a falha em compreender que só os «direitos-pretensão» (*claim-rights*), e não as «liberdades», implicam deveres que impendem sobre terceiros – *dado que a liberdade de fazer ϕ é simplesmente a ausência de um dever de não fazer ϕ* – pode inquinar raciocínios e levar a conclusões jurídicas logicamente inválidas[29]. Trata-se, como se sabe, do «princípio da explosão» (*ex falso quod libet*): a mera introdução de uma premissa falsa (ou uma contradição) numa cadeia de raciocínio pode levar a que se demonstre que qualquer coisa é verdadeira[30]. É apenas mais uma razão para se compreender a

24. Cfr. B. Brozek, "Explanation and Understanding" in B. Brozek / M. Heller / M. Hohol, *The Concept of Explanation,* Krakow, 2016, pp. 11 ss.

25. Cfr. J. Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais – Introdução Geral,* Lisboa, 2007 pp. 132-133.

26. Cfr. Reis Novais, *As Restrições*, p. 193, nota 328.

27. Cfr. L. Heleno Terrinha, "Estado de Excepção Biopolítico e Suspensão de Direitos Fundamentais", disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=3592726 (pesquisa feita em 5/06/2020), p. 10.

28. Justamente, referindo que o "*conceito de suspensão do exercício não est[á] ainda suficientemente amadurecido*", cfr. Melo Alexandrino, *A Estruturação*, p. 435, nota 1840.

29. Cfr. L. Duarte D'Almeida, *Philosophy Compass*, p. 564.

30. Cfr., por exemplo, A. Bobenrieth, "The Origins of the Use of the Argument of Trivialization in the Twentieth Century", *History and Philosophy of Logic*, 31:2, pp. 111-121.

relevância da solidez lógica das premissas usadas nos direitos fundamentais: o «serviço» que se lhes presta, porventura mais do que a sua inflamação retórica, é o de garantir a solidez das conclusões derivadas daqueles e obstar, dentro do possível, que qualquer um demonstre, a respeito de uma matéria tão importante, que qualquer coisa é verdadeira.

Recorde-se, então, o quadro delimitado acima:

Posição jurídica	Correlativo
liberdades protegidas dos cidadãos a φ	dever estadual de omissão de interferência com as condições fácticas de realização da liberdade dos cidadãos a φ

Se as «liberdades» (as «simples liberdades» de Brown) não implicam, por si só, deveres que impendem sobre terceiros, somos colocados perante o seguinte dilema:

(i) ou bem que as «liberdades protegidas a ϕ» não implicam deveres que impendem sobre terceiros, mas nesse caso o qualificativo «protegidas» perde a razão de ser, dado que a protecção tem de implicar um qualquer «dever de abstenção» de terceiros (nomeadamente o Estado);

(ii) ou bem que por «liberdade protegida a ϕ» se pretende, na realidade, referenciar o «direito-pretensão» (*claim-right*) às condições fácticas de realização da «liberdade a ϕ».

Parece evidente que a opção correcta é a segunda. Só assim, aliás, cobrará pleno sentido que o correlativo das «liberdades protegidas» seja o «dever estadual de omissão de interferência com as condições fácticas de realização da liberdade dos cidadãos a ϕ», algo que estava mal explicado por Brown. O «dever estadual de omissão de interferência com as condições fácticas de realização da liberdade dos cidadãos a ϕ», por sua vez, equivale, considerando a interdefinibilidade dos modos deônticos, a uma «proibição estadual de interferência com as condições fácticas de realização da liberdade dos cidadãos a ϕ». São precisamente os "*efeitos de protecção da norma de direito fundamental*" de que fala J. Melo Alexandrino[31]. É, então, possível traçar o seguinte quadro:

Posição jurídica	Correlativo
direitos-pretensão (*claim-right*) dos cidadãos a exigir do Estado as condições fácticas de realização da liberdade a φ	dever estadual de omissão («proibição») de interferência com as condições fácticas de realização da liberdade dos cidadãos a φ

A «suspensão» de efeitos jurídicos da norma que regula uma «liberdade protegida a ϕ» equivale, portanto, à «suspensão» de efeitos jurídicos da norma que regula os «direitos-pretensão (claim-right) dos cidadãos a exigir do Estado as condições fácticas de realização da liberdade a ϕ». A suspensão de efeitos jurídicos dessa norma abrange, por sua vez, o correlativo da posição jurídica:

31. Cfr. Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais*, pp. 132-133.

a suspensão de efeitos jurídicos da «proibição estadual de interferência com as condições fácticas de realização da liberdade dos cidadãos a ϕ».

O efeito jurídico paralisador, que decorre da «suspensão», retira a dimensão «protegida» da «liberdade» porque transforma o dever estadual de omissão de interferência com as condições fácticas de realização da liberdade dos cidadãos a ϕ em «inexistência de dever de omissão»[32]. Por outras palavras, transforma a «proibição normativa» de interferência em «liberdades» em «inexistência de proibição normativa» de interferência em «liberdades». O Estado deixa, em consequência da declaração de EE (e quanto aos direitos fundamentais de exercício «suspenso»), de estar «proibido» de interferir com as condições fácticas de realização da liberdade dos cidadãos a ϕ. Em termos mais claros, a resposta à questão "após a declaração do Estado de Emergência, pode o Estado interferir com as condições fácticas de realização da liberdade dos cidadãos a ϕ?" é a seguinte: "*o Estado* não está proibido *de o fazer*".

Note-se a diferença das «liberdades protegidas» para os «deveres estaduais de prestação». Neste último caso, o efeito jurídico paralisador, que decorre da «suspensão», remove a dimensão «obrigacional» positiva. Onde antes vigorava um «direito-pretensão (*claim-right*) dos cidadãos a exigir do Estado determinada prestação ϕ», que tem como correlativo «deveres estaduais de prestação de ϕ dirigidos aos cidadãos» passa, por efeito da suspensão, a vigorar um «não-direito dos cidadãos a exigir do Estado determinada prestação ϕ», que tem por correlativo a «inexistência de deveres estaduais de prestação de ϕ dirigidos aos cidadãos».

5. A negação da proibição de interferência não equivale à permissão de interferência

Regresse-se à questão da suspensão das «liberdades protegidas», afinal de contas as mais afectadas pela declaração do EE. A questão dos efeitos da «suspensão» das «liberdades protegidas» não se encontra totalmente dilucidada. Falta responder ao seguinte ponto: qual é a consequência normativa da negação da «proibição estadual de interferência com as condições fácticas de realização da liberdade dos cidadãos a ϕ»?

Trata-se agora de uma das questões mais polémicas da teoria do direito: qual a consequência lógica da «negação da proibição»? Durante muito tempo, Kelsen sustentou o «princípio da proibição», segundo o qual «tudo o que não está proibido está permitido»[33]. Mas a formação lógica de Kelsen era reduzida

32. Agradeço ao J. Silva Sampaio a indicação de que tal implicaria deixar de haver uma «imunidade» dos cidadãos. Não pretendo complexificar o texto em matéria de «posições jurídicas», mas é relevante a ideia de que a norma que estabelece o «dever estadual de omissão de interferência» poderá configurar uma «imunidade» hohfeldiana da perspectiva do cidadão: um «direito de segunda ordem» que implica o correlativo «não-poder» estadual.

33. Cfr. P. Moniz Lopes, "Dois equívocos em Kelsen a respeito da completude e consistência normativas", in *O pensamento de Hans Kelsen - influências, contexto e atualidade*, P. Moniz

– embora Kelsen não enjeitasse a lógica, como a sua obra bem demonstra –, o que o levou a incorrer em manifesto *non sequitur*. Na realidade, o «princípio da proibição», que Kelsen proclama na primeira edição da *Reine Rechtslehre*, é contingente, trivial ou falso, consoante as várias interpretações a que se presta. Isto mesmo resulta do «trilema de Bulygin»[34], que agora se descreve:

(i) se o princípio *para todo e qualquer sistema jurídico* é necessariamente verdadeiro o enunciado que estipula que *«tudo o que não está proibido, está permitido»* é uma norma jurídica, então a sua existência é contingente; corresponde à própria norma enunciada e não a uma descrição da mesma e, consequentemente, pressupõe a *existência e validade da norma jurídica num dado sistema jurídico*;

(ii) se o princípio corresponde a uma proposição normativa relativa a uma *permissão no sentido fraco* (*não proibido*), então deste resulta uma verdade analítica mas trivial (*i.e., o que não está proibido não está proibido*); se a conduta ϕ não é proibida no sistema jurídico, então – simplesmente por aplicação do princípio lógico da identidade – a conduta ϕ não é proibida no sistema jurídico[35];

(iii) por último, se o princípio corresponde a uma proposição normativa relativa a uma *permissão no sentido forte* (*positivamente permitido*), então é falso, dado que da ausência de uma norma proibitiva não se infere logicamente a existência de uma norma permissiva, da mesma maneira que não se pode inferir que todas as coisas «não-azuis» têm necessariamente cor (*e.g.,* um pensamento é uma coisa não-azul e não tem cor): é algo «indefinido».

O «trilema de Bulygin» não é um mero jogo de palavras. É, curiosamente, muito útil em matéria de «suspensão» de direitos fundamentais. Conduz-nos às seguintes conclusões:

(i) em primeiro lugar, é falso que o sistema jurídico português compreenda uma norma jurídica positivada, do tipo «permissão forte», cujo enunciado é «tudo o que não está proibido, está permitido»; é verdade que essa norma existe no sub-sistema de direito penal português, enunciada por *nulla poena sine lege*; é também verdade que essa norma existe no sistema de direitos fundamentais, dado que resulta da norma da «liberdade geral de acção» decorrente da norma de recolha (*Auffangtatbestand*) da liberdade de desenvolvimento da personalidade, enunciada no artigo 26.º da Constituição[36]; não é, todavia, verdade que exista uma norma global do ordenamento – também aplicável às normas de competência estaduais

Lopes (Coord.), Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 87-113.

34. Cfr. Bulygin, *Doxa*, pp. 284 ss.

35. C.S. Nino, *Introducción al Análisis del Derecho,* 2.ª edição ampl. e rev., 12.ª reimpressão, Buenos Aires, 2003, p. 283.

36. Cfr. P. Mota Pinto, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, in *Portugal-Brasil Ano 2000 – Tema Direito*, Studia Iuridica, 40, BFDUC, 1999, p. 199.

necessárias para interferir com as condições fácticas de realização de «liberdades» – segundo a qual é necessariamente verdadeiro o enunciado que estipula que «tudo o que não está proibido, está permitido»;

(ii) na medida do referido em *(i)*, a proposição normativa segundo a qual "o Estado deixa, em consequência da declaração de estado de emergência, de estar proibido de interferir com as condições fácticas de realização da liberdade dos cidadãos a ϕ" conduz a uma conclusão trivial: "a conduta da interferência não é proibida" pelo que, por identidade, "a conduta da interferência não é proibida";

(iii) da inferência trivial acima descrita não se retira, todavia, a «permissão forte» segundo a qual "é permitido (em sentido forte) ao Estado, em consequência da declaração de estado de emergência, interferir com as condições fácticas de realização da liberdade dos cidadãos a ϕ": é algo «contingente».

É com estas premissas dadas por assentes que se pode afirmar que posições como as de L. Heleno Terrinha entram em contradição. Para além da confusão conceptual do autor entre *posse*/*können* e *licere*/*dürfen*, quando afirma a «*possibilidade* de proceder à suspensão do exercício de direitos liberdades e garantias» – quando o que está em causa é uma «permissão condicionada»[37] –, a tese em causa caracteriza a suspensão de normas de direitos fundamentais por "*não se afecta*[r] *a validade da norma ou do acto, mas sim a sua* eficácia *por um determinado período de tempo*"[38]. Ora, ao mesmo tempo, afirma-se peremptoriamente que *"a suspensão associada à decretação do estado de emergência também não cria – nem deve criar – um vazio jurídico"*[39] e *"não resulta daí nenhuma intolerável indefinição jurídica. A suspensão é a definição jurídica da nova situação gerada (…) que assenta imediatamente na i) ora na não-produção dos efeitos jurídicos típicos da norma de direito fundamental, ii) ora na subtracção de protecção jusfundamental aos comportamentos humanos subsumíveis no âmbito material da norma de direito fundamental"*[40].

Parece claro que a paralisação da eficácia das normas que albergam «liberdades protegidas» não pode levar, *ipso facto*, a qualquer «definição jurídica». Como se referiu acima, da negação da proibição (de interferência), em que se materializa a dimensão «protegida» da «liberdade», não segue logicamente uma «permissão forte» de interferência. Da negação da proibição resulta, por identidade, a «não proibição» – a «simples liberdade» de interferir, na terminologia de Brown – e isso é precisamente a "*indefinição jurídica"* (intolerável) que L. Heleno Terrinha critica. Aliás, o equívoco de partida, se não tem efeitos de maior ao nível das conclusões, inquina a tese, dado que é dessa putativa "*definição jurídica"*

37. Cfr. Heleno Terrinha, "Estado de Excepção", p. 5. Sobre a diferença entre *posse* e *licere*, cfr. Cfr. A. Von Brinz, *Lehrbuch der Pandekten,* 2.ª ed., Erlangen, 1873, p. 221, *apud* L. Lindahl, *Position and Change. A Study in Law and Logic,* 1977, p. 289.

38. Cfr. Heleno Terrinha, "Estado de Excepção", p. 10.

39. Cfr. "Estado de Excepção", p. 12.

40. Cfr. "Estado de Excepção", p. 11.

prévia – que não decorre logicamente da «suspensão» – que o autor retira o principal efeito da «suspensão»: *"cria[r] espaço para a emanação de uma nova regulação jurídica dos comportamentos em causa"* e "*permitir a introdução na ordem jurídica, a título temporário (pelo período de vigência do estado de emergência), de uma disciplina legislativa ou administrativa não constrangida pelas vinculações das normas de direitos fundamentais cujo exercício haja sido suspenso"*[41].

A posição em causa tem, todavia, a vantagem de apontar para um aspecto particularmente relevante. É que, como afirma L. Heleno Terrinha, da suspensão de «liberdades protegidas» *"não resulta directamente uma proibição de comportamentos"*[42]. Ainda que se trate de uma asserção óbvia, à luz do que se referiu acima, é bom notar que algumas definições dogmáticas se prestam a que essa conclusão delas possa ser retirada. A afirmação de L. Heleno Terrinha poderia, por exemplo, ser dirigida a J. Reis Novais, dado que este último autor afirma que a suspensão de direitos, liberdades e garantias (*in casu* «liberdades protegidas») gera "*uma* impossibilidade *geral e transitória do exercício do direito ou de algumas das faculdades que ele facultava*"[43].

Mesmo descontando nova confusão de planos entre modalidades deônticas («permitido», «proibido» e «imposto») e aléticas («possível», «impossível» e «necessário») parece resultar a ideia – que J. Reis Novais certamente não sustentará – de a suspensão gerar imediatamente a proibição de comportamentos anteriormente a coberto de «liberdades protegidas». Se não há qualquer relação *proprio sensu* entre o «proibido» e o «impossível» – dado que habitam mundos logicamente distintos – há naturalmente um paralelo entre os dois. O «proibido (deôntico)» está para o «impossível (alético)» assim como o «permitido (deôntico)» está para o «possível (alético)». E face à ambiguidade da expressão usada por J. Reis Novais – "impossibilidade *geral e transitória do exercício do direito"* – poderá mesmo estar a falar-se de uma proibição, dado que o autor refere também que a suspensão de direitos fundamentais gera uma *"*inibição *temporária e transitória de exercício de alguns direitos fundamentais ou de algumas faculdades neles contidas"* [44].

Uma visão deste género levaria, porém, à conclusão logicamente equivocada segundo a qual a paralisação de efeitos de uma «liberdade protegida a ϕ» implicaria cair numa «proibição de base a respeito da conduta ϕ»: uma proibição *by default*. Não só uma tal visão seria logicamente insustentável – dado que qualificaria o modo deôntico proibitivo como modo deôntico primário –, como implicaria caracterizar as «liberdades» (e, note-se, nem só as «liberdades protegidas») como «excepções» cavadas a partir da regra geral de «proibição de condutas». Dir-se-á que isto é inconcebível à luz dos padrões do Estado de Direito e, também, contrário a toda a construção dogmática que nos levou até aqui.

41. Cfr. "Estado de Excepção", p. 11.
42. Cfr. "Estado de Excepção", p. 11.
43. Cfr. Reis Novais, *As Restrições*, p. 193, nota 328.
44. Cfr. "Estado de Excepção", p. 193, nota 328.

6. A permissão de interferência resulta do exercício de competência presidencial dispositiva

Volte-se agora à construção anterior de L. Heleno Terrinha: se não é possível retirar da «suspensão» de «liberdades protegidas» uma definição jurídica que albergue uma "*disciplina legislativa ou administrativa não constrangida pelas vinculações das normas de direitos fundamentais cujo exercício haja sido suspenso*"[45], a verdade é que essa definição jurídica terá de surgir de algum lado: não pode bastar-se com uma «simples liberdade» decorrente da não proibição. A «não proibição» não é a «legalidade alternativa» a que se reconduz, pacificamente, o EE. Dito de outro modo, é inconcebível, à luz dos padrões constitucionais de validade de actos jurídicos, que uma disciplina legislativa ou administrativa não tenha uma premissa constitucional maior. Isso é precisamente o que ocorreria se essa premissa constitucional maior fosse uma simples «indefinição jurídica» equivalente ao «não é proibido». É «indefinido» o que *vale* em termos de admissibilidade jurídica de constrangimento a «liberdades» dos cidadãos que agora, circunstanciadamente e na decorrência da declaração do EE, já não se encontram protegidas. Não basta, portanto, «abrir caminho» pela negação da proibição.

A resposta que se propõe é porventura a mais simples: a definição jurídica positiva do regime de afectação de direitos fundamentais em EE resulta, não do efeito de «suspensão» de efeitos dessas normas de direitos fundamentais, mas de outras dimensões decorrentes do exercício da competência de declaração de EE atribuída ao Presidente da República pelo enunciado do artigo 134.º, alínea d) da Constituição. É no exercício dessa competência constitucional que resulta positivada a «permissão forte» de interferência com as condições fácticas do exercício de «liberdades», em momento logicamente posterior ao da remoção da dimensão «protegida» das liberdades, materializada na proibição estadual de interferência.

Na realidade, o conceito normativo de «declaração de EE» utilizado no referido enunciado constitucional não se reporta exclusivamente à «suspensão» de direitos fundamentais. Também inclui a positivação de normas habilitantes e permissivas de interferência do Governo com as condições fácticas do exercício de «liberdades» e, ainda, a restrição do exercício de determinadas liberdades cuja dimensão «protegida» não tenha sido suspensa[46]. A declaração de EE comporta, então, necessariamente uma *dimensão reguladora normativa*. A competência exercida não é meramente decisória e não é meramente suspensiva. Embora temporalmente limitado, o conteúdo da declaração de EE é «geral» – reporta-se a uma classe aberta de destinatários – e «abstracto» – reporta-se a uma classe aberta de situações aplicativas[47]. Isto mesmo resulta da imposição de definição clara e expressa de (i) caracterização e fundamentação do estado declarado; (ii) âmbito territorial da declaração; (iii) duração e (iv) especificação dos direitos,

45. Cfr. Heleno Terrinha, "Estado de Excepção", p. 11.
46. «Restrições» a que, aliás, expressamente alude o disposto no art. 14 do REE.
47. Cfr. A. Ross, *Directives and Norms*. New York, 1968, p. 109.

liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso ou restringido.

A dimensão normativa aludida resulta, aliás, perfeitamente clara do conteúdo do Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de Março, quando se prescreve, por exemplo, que:

(i) *"podem* (= é permitido, em «sentido forte») *ser impostas pelas autoridades públicas competentes as restrições necessárias para reduzir o risco de contágio"*;

(ii) *"pode* (= é permitido, em «sentido forte») *ser requisitada pelas autoridades públicas competentes a prestação de quaisquer serviços"*;

(iii) *"pode* (= é permitido, em «sentido forte») *ser determinado pelas autoridades públicas que quaisquer colaboradores de entidades públicas ou privadas (…) se apresentem ao serviço"*, etc.

Não há como negar que a declaração do EE comporta o exercício de uma competência normativa pelo Presidente da República. O exercício da competência tanto traduz uma dimensão «suspensiva» como uma dimensão «dispositiva» e, bem assim, uma eventual dimensão «restritiva». É possível, então, traçar o seguinte quadro:

	Efeitos	Consequências
Exercício da competência presidencial de declaração de EE	«Suspensão» de efeitos de direitos liberdades e garantias através da remoção da dimensão «protegida» das «liberdades protegidas»	Transforma o dever estadual de omissão («proibição») de interferência com as condições fácticas de realização da liberdade dos cidadãos a φ em inexistência de dever estadual de omissão («simples liberdade») de interferência com as condições fácticas de realização da liberdade dos cidadãos a φ.
	«Disposição» de normas sobre a interferência do Estado com as condições fácticas de realização das «liberdades (não protegidas)» dos cidadãos	Permite («permissão forte») a interferência do Estado em condições fácticas de realização das «liberdades (não protegidas)» dos cidadãos.
	«Restrição» normativa das condições constitucionais para a realização das «liberdades protegidas» dos cidadãos (*i.e.* não «suspensas»)	Condiciona o exercício das «liberdades protegidas» dos cidadãos, compatibilizando-as com outras «liberdades protegidas», «direitos-pretensão» ou «interesses constitucionais».

7. A hierarquia da norma de competência para «suspensão» de direitos fundamentais

A aceitação de que o exercício da competência presidencial de declaração do EE «altera» a própria estrutura das normas de direitos fundamentais levanta questões particularmente relevantes, a totalidade das quais não cabe neste estudo[48]. Note-

48. Para quem entenda que altera a estrutura, evidentemente. Contra, Reis Novais, *As Restrições*, p. 193, nota 328.

se que o efeito de «suspensão», decorrente da declaração presidencial do EE, é totalmente distinto do efeito de «restrição»[49]. Neste último, tudo se passa, no plano normativo, de modo idêntico ao da restrição legislativa de normas de direitos fundamentais. Aqui, a declaração do EE *recorta* a previsão das normas de direitos fundamentais e *restringe-a* a uma dimensão menor do que a que resultava da norma constitucional de direitos fundamentais. O exercício da posição jurídica fica, por esse efeito, limitado a (i) uma *categoria menor de sujeitos*, (ii) uma *categoria menor de condutas* ou a (iii) uma *categoria menor de ocasiões normativas* (de espaço ou tempo). O instrumento normativo de restrição – seja um acto legislativo, seja, como é *in casu*, a declaração de EE – visa sempre «compatibilizar», a um nível hierárquico inferior, o conflito entre normas de direitos fundamentais que ocorre ao nível superior (constitucional)[50].

As coisas não se passam assim no efeito de «suspensão». Por mero efeito da suspensão de efeitos das «liberdades protegidas», é a própria norma de direitos fundamentais que é *(temporariamente) alterada*. A suspensão de efeitos de normas de direitos fundamentais afecta *a própria estrutura* (e os componentes) da norma de direitos fundamentais. Para usar a terminologia constitucional corrente:

(i) em «normas de direitos sociais» suspensas, onde antes vigorava um «dever estadual de prestar», passa temporariamente a «não vigorar» um dever de prestar;

(ii) em «normas de direitos de liberdade», onde antes existia uma «liberdade protegida», caracterizada pela «proibição» de interferência com as condições fácticas de realização da liberdade dos cidadãos a ϕ, passa a temporariamente a existir uma «liberdade não protegida» caracterizada pela «não proibição» de interferência com as condições fácticas de realização da liberdade dos cidadãos a ϕ.

O facto de o exercício da competência presidencial de declaração de EE se projectar *nas próprias normas de direitos fundamentais*, ao invés de «refinar» as suas condições de aplicação por via de actos jurídicos reguladores de hierarquia inferior (como sucede nas restrições), tem uma consequência lógica muito relevante. Na «suspensão», *a competência do Presidente da República é exercida ao próprio nível constitucional*, dado que o seu exercício altera estruturalmente, na «legalidade excepcional» criada (sempre circunstancialmente accionada e

49. Já assim, cfr. Heleno Terrinha, "Estado de Excepção", p. 8.

50. Cfr. M. Borowski, *La Restricción a los Derechos Fundamentales,* in REDC, 2000, n.º 20, pp. 41-42. Sustentando que *"uma restrição normativa se caracteriza por qualquer intervenção por uma norma (i.e., por uma acção deôntica geral e abstracta, aqui se diferenciando das intervenções restritivas decisórias) hierarquicamente inferior, com o efeito de, excluindo determinadas alternativas* prima facie *contempladas na norma superior, recortar o âmbito da previsão daquela e função de uma resolução conflituante entre essa norma e outra(s) de idêntica ou superior hierarquia"*, cfr. P. Moniz Lopes, *Derrotabilidade normativa e normas administrativas – o enquadramento das normas regulamentares na teoria dos conflitos normativos*: Parte II – *Separação de Poderes, Legalidade e Transitividade Normativa*; Parte III – *Normas regulamentares e conflitos normativos,* 2.º vol., Lisboa, AAFDL, 2019, p. 509.

temporalmente limitada), as próprias normas de direitos fundamentais. Dito de outro modo, o produto da competência presidencial resultante do enunciado do artigo 134.º, alínea d) da Constituição é um «produto normativo de hierarquia constitucional». Ora, se assim é, parece evidente que, pelo menos segundo os postulados da hierarquia formal e lógica de H. KELSEN e R. GUASTINI, a norma atributiva de competência de declaração de EE é necessariamente uma *norma de competência de nível supra-constitucional*. Senão vejamos.

No contexto da hierarquia formal, afirma-se que as normas sobre a produção de outras normas, aqui entendidas *lato sensu*, são «hierarquicamente superiores» às normas produzidas[51]. Neste sentido, as normas de competência – enquanto normas constitutivas que imputam a um órgão o poder-aptidão para criar normas sobre uma determinada matéria – são normas superiores às normas criadas *qua tale,* derivando essa superioridade da própria natureza e estrutura da linguagem jurídica utilizada (e não, neste caso, de qualquer norma terceira que defina essa hierarquia). Sob a caracterização da hierarquia lógica, afirma-se que uma norma é «logicamente superior» a outra quando a primeira versa, de alguma forma, sobre a segunda. Este conceito de hierarquia pressupõe, também, diversos níveis de linguagem. A relação entre as normas (primárias) e as meta-normas (secundárias) é o paralelo normativo da relação que se dá, no plano linguístico, entre uma metalinguagem (a linguagem *que se fala*) e a sua linguagem objecto (a linguagem *de que se fala*)[52].

A hierarquia lógica confunde-se, na maior parte dos casos, com a hierarquia formal ou estrutural, visto que as normas sobre produção de normas – e também as normas constitutivas de competência – são *normas cuja estrutura linguística demonstra que versam sobre a produção de outras normas*. A anterioridade lógica é o reflexo da respectiva hierarquia formal. A norma atributiva de competência de declaração de EE é, na medida pressuposta pela «hierarquia constitucional» do produto do exercício dessa competência, uma «norma de competência supra-constitucional». A fonte da competência de declaração de EE não pode, nesta tese, ser o artigo 134.º, alínea d) da Constituição – o que, embora aí enunciada, levaria a conclusões ilógicas de o produto da competência ser hierarquicamente *parificado* com a norma atributiva[53]. É, sim, uma norma de competência superior, logicamente pressuposta[54].

---

51. Neste entendimento *lato sensu* das normas sobre produção de normas é costume integrar-se as normas de competência (cfr., por exemplo, R. GUASTINI, "Jerarquias Normativas y Normas Supremas", in Distinguiendo. Estudios de Teoría e Metateoría del Derecho, Barcelona, 1999, pp. 376-377) que, na qualidade de normas puramente constitutivas de um poder-aptidão de alteração do ordenamento jurídico, não são em rigor *normas sobre produção de normas* mas *normas-pressuposto* da produção de normas.

52. Assim, cfr. R. GUASTINI, *La Sintassi del Diritto,* Torino, 2011, p. 56; R. GUASTINI, *Il Diritto come Linguaggio*, Torino, 2006, p. 19.

53. Mais bizarro é o facto de a competência presidencial ser enunciada ao nível legal no artigo 10.º n.º 1, do REE, o que leva a que a norma de competência (ainda que se entenda que é uma mera repetição da competência constitucional) seja de *hierarquia inferior ao produto* resultante do exercício dessa competência.

54. Dirão alguns que tal consubstanciará um «resquício do poder constituinte», constitucionalmente limitado nas suas condições de accionamento e temporalidade, nas mãos do

8. A «delegação normativa» do decreto presidencial e a indelegalibilidade de competências constitucionais

Sabe-se que a competência dispositiva para a definição das condições jurídicas de interferência do Estado na realização das «liberdades» dos cidadãos não foi «verticalmente» exercida na totalidade, pelo Presidente da República, no decreto presidencial de declaração de EE. O Presidente comunicou publicamente ter optado pela criação de um "quadro legal de intervenção", em contexto jurídico de flexibilidade, que permitiria ao Governo definir as medidas a adoptar com suficiente latitude. As palavras utilizadas pelo Presidente foram: "*o que foi aprovado não impõe ao Governo decisões concretas, dá-lhe uma mais vasta base de Direito para as tomar*" e "*permite que possam ser tomadas, com rapidez e em patamares ajustados, medidas que venham a ser necessárias no futuro*"; "*é preciso prever um «quadro legal de intervenção» e garantir que, no futuro, não venha a ser «questionado o fundamento jurídico» das decisões*". De resto, essa mesma «articulação» entre Presidente e Governo resultou patente do próprio decreto presidencial.

Dito de outro modo, se o decreto presidencial cobriu «horizontalmente» a matéria da suspensão de direitos fundamentais e definição normativa das condições de interferência nas «liberdades», não o fez no plano «vertical». Reenviou para decreto governamental de execução do decreto de EE essa função. Entre outros exemplos, note-se que resulta do decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de Março o seguinte: *"fica parcialmente suspenso o direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional: podem ser impostas pelas autoridades públicas competentes as restrições necessárias para reduzir o risco de contágio e executar as medidas de prevenção e combate à epidemia, incluindo (…) a interdição das deslocações e da permanência na via pública que não sejam justificadas (…) cabendo ao Governo, nesta eventualidade, especificar as situações e finalidades em que a liberdade de circulação individual, preferencialmente desacompanhada, se mantém"* (sublinhado nosso).

Já se expressou, em anterior escrito, que «execução» é um termo ambíguo[55]. Quando se fala da «execução» da declaração do EE – a «execução» que compete ao Governo nos termos do artigo 17.º do REE – o termo traduz, não apenas uma relação *dever-ser–›ser*, pela qual o Governo implementa, no plano fáctico, o que foi decidido a nível presidencial, mas também uma relação de concretização *dever-ser–›dever-ser,* pela qual que o Governo decide e cria normas, «refinando» e «concretizando» o que o próprio Presidente decidiu e regulou previamente[56].

Presidente da República. A afirmação, embora polémica (admite-se), não deixará de suscitar uma análise do ponto de vista do sistema de governo, aqui impertinente. Agradeço ao J. Melo Alexandrino a advertência de que esta minha visão poderá ser entendida como a sustentação de uma forte «presidencialização» do sistema, por subtrair, numa parte relevante, o Estado de Emergência dos poderes constituídos e carecer da consideração dos vários modelos de «Estado de Excepção». A economia do artigo não me permite avançar no problema, a que tentarei voltar.

55. Cfr. Moniz Lopes, *Derrotabilidade normativa e normas administrativas,* 2.º vol., pp. 45 ss.

56. Representa-se aqui uma acção sobre o mundo do *dever ser* em relação de subordinação e conexão com as normas superiores desse mesmo mundo do *dever ser.* A execução relaciona-

Sucede, porém, que a competência de declaração de EE é normativamente atribuída, em exclusivo, ao Presidente da República pelo enunciado do artigo 134.º, alínea d) da Constituição. O artigo 19.º, n.º 5, da Constituição prescreve que essa declaração deverá conter a "*especificação dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso*" (dever replicado, com maior amplitude, no 14.º do REE). Duas questões se podem, então, colocar a este respeito: (i) o trecho pelo qual o decreto presidencial suspende parcialmente o «direito de deslocação» e, simultaneamente, atribui ao Governo a competência para, em «execução», "*especificar as situações e finalidades em que a liberdade de circulação individual (…) se mantém*" é, ou não, uma «delegação normativa»? (ii) em caso positivo, é essa delegação normativa admissível face ao enunciado no artigo 111.º (2) da Constituição, nos termos do qual "[n]*enhum órgão de soberania (…) pode delegar os seus poderes noutros órgãos, a não ser nos casos e nos termos expressamente previstos na Constituição e na lei"*?

A resposta à primeira questão é claramente positiva[57]. A norma resultante do decreto presidencial é uma norma jurídica altamente «incompleta»: a previsão não inclui as condições de cuja verificação a estatuição da «proibição de circulação» depende[58]. A «liberdade protegida» de deslocação é suspensa ("*parcialmente"*, nos termos do decreto presidencial), por remoção da sua dimensão «protegida». Todavia, as condições da «permissão forte» de circulação e permanência na via pública (e, consequentemente, da respectiva proibição) são definidas, não pelo Presidente, mas pelo Governo, em decreto governamental de execução. É nesse acto que se especificará em que casos se justifica (e em que casos não se justifica) "*a interdição das deslocações e da permanência na via pública"* e em que *"situações e finalidades em que a liberdade de circulação individual (…) se mantém"*. Por outras palavras, como tradicionalmente ocorre a respeito de reenvios para completamento normativo – desta feita, um reenvio inédito de decreto presidencial de declaração de EE para decreto governamental de execução –, os destinatários (*e.g.,* idosos ou outros membros de grupos de risco), as circunstâncias geográficas e as circunstâncias temporais da «proibição de deslocação» serão definidos pelo Governo.

Passando à segunda questão, deve notar-se, a título introdutório, que o enunciado

---

-se, neste sentido, com a realização, juridicamente condicionada, mas necessariamente inovatória, em maior ou menor grau, de condutas deônticas, normativas ou decisórias, subordinadas a normas jurídicas hierarquicamente superiores. Cfr. Idem, *op. cit.,* p. 47.

57. Quanto à abertura vertical das normas como «delegação normativa», cfr., entre outros, J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*., p. 1181; G. Lawson, "Discretion as Delegation: The "Proper" Understanding of the Nondelegation Doctrine", *The George Washington Law Review*, 2005, pp. 255 e ss.

58. O termo «norma jurídica incompleta» é usado impropriamente em texto, dado que a norma do decreto presidencial habilita o Governo a «decidir», não regula propriamente as condições para a «proibição da circulação». Sobre as normas jurídicas completas, enunciando que "*para qualquer norma N, N é completa se, e só se, o seu antecedente (previsão) inclui todas as condições de cuja verificação o consequente (estatuição) depende*", cfr. L. Duarte d'Almeida, "Normas Jurídicas Completas"*,* in *Liber Amicorum* de José de Sousa e Brito, Coimbra, 2009, p. 409. Sobre as normas jurídicas completas como normas que correlacionam casos com uma solução maximal, no sentido de não parcial, Alchourrón / Bulygin*, Introducción*, p. 79.

do artigo 19.º, n.º 5, da Constituição apenas obriga a que o Presidente "*especifique os direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso"*. Não lhe impõe que especifique, em decreto presidencial, todas as condições subjectivas (destinatários), objectivas (condutas) e de ocasião (espaciais e temporais) em que é permitida interferência governamental nessas «liberdades». Sem prejuízo do exposto, este particular «reenvio» para decreto governamental de execução pode colocar algumas questões ao nível do disposto no artigo 111.º, n.º 2, da Constituição[59].

Por um lado, inexiste norma constitucional habilitante de delegação de competências presidenciais no Governo para definir *ex novo* as condições de "*interdição das deslocações e da permanência na via pública"* e as "*situações e finalidades em que a liberdade de circulação individual (…) se mantém"*. Por outro lado, parece evidente que a amplitude da competência a exercer pelo Governo, na definição dessa situação jurídica, dificilmente encaixa, sem descaracterização conceptual, no conceito de «execução» ou «pormenorização» da declaração presidencial de EE. Na realidade, a habilitação governamental decorrente do decreto presidencial opera como uma conjugação de (i) norma constitutiva de competência do Governo e (ii) norma regulativa permissiva para que este defina, em pleno, as condições de interferência na referida «liberdade de circulação». Não chocaria, portanto, que algumas vozes mais críticas – já para não falar das vozes politicamente comprometidas – questionassem a constitucionalidade do «modelo partilhado» adoptado entre Presidente e Governo.

Fá-lo-iam, todavia, sem razão.

Indicam-se, na economia deste artigo, três ordens de razão para a conformidade do decreto presidencial com a Constituição: (i) uma análise correcta do peso relativo do «valor da precisão» contra o «valor da imprecisão» do texto do decreto presidencial; (ii) uma leitura constitucionalmente adequada da vertente positiva, organizatória e racionalizadora da separação de poderes; (iii) a relação de aptidão entre a criação de um contexto normativo flexível e a necessária «protecção dinâmica» de direitos fundamentais (termo cunhado por J. Reis Novais).

Em primeiro lugar, há que pesar, no *Presidential challenge* de criação do texto do decreto presidencial de declaração de EE – *maxime,* na sua dimensão dispositiva normativa –, o «valor da precisão» com o «valor da imprecisão»

59. Sem prejuízo da autonomia reguladora da norma constitucional enunciada no artigo 111.º, n.º 2, da Constituição, é interessante constatar, a respeito da arqueologia do brocardo *delegata potestas non potest delegari* na obra *De Legibus* de H. de Bracton, que a popularidade do mesmo poderá ter resultado de um erro de escrita realizado por um escriba ou copista. Assim, tratando-se de um lapso medieval de contaminação devastadora, ter-se-á inadvertidamente substituído, no latim originário, o *"nec"* original por *"non"* e alterado a pontuação ":" por ";". Os efeitos práticos traduzem-se na modificação do significado aparentemente pretendido, *"o poder do Monarca não é diminuído pela delegação a terceiros"* pelo significado apócrifa, que ficou para a história: "*o poder do Monarca não pode ser delegado"*. Sobre este assunto, cfr. P. W. Duff / H. E. Whiteside, "Delegata Potestas non Potest Delegare: a Maxim of American Constitutional Law", *Cornell L. Rev*., 1929, p. 168.

textuais[60]. Adaptando ao caso o que já se escreveu anteriormente, pode dizer-se que o valor da precisão traduz o grau de informação sobre todas as condições, subjectivas e objectivas, de aplicação de normas que permitem a interferência nas condições fácticas das «liberdades», aportando-lhes também a legitimação democrática directa do Presidente que as cria (valor informativo ou *process value*). Simetricamente, o valor da imprecisão corresponde ao grau de «delegação de criação normativa» para o Governo definir, ainda que num escopo mais ou menos limitado, *condições adicionais mais refinadas* para a obtenção do efeito das normas e à sua adequação às circunstâncias do caso concreto (valor de delegação normativa ou *power allocation value*).

Aos valores referidos adiciona-se, ainda, a perspectiva do propósito subjacente à própria norma, onde o valor da precisão normativa corresponde à grandeza atribuída às vantagens de constrangimento da actuação de órgãos de aplicação oficial do direito (valor de constrangimento normativo ou *constraint value*) e o valor da imprecisão normativa se relaciona, pelo contrário, com a permissão de eleição e, ou, autoconfiguração, por parte desses órgãos, de possíveis actuações compatíveis com esse propósito (valor de fidelidade ao propósito ou *fidelity value*).[61] Nesse cenário, normas mais precisas desenvolvem, numa perspectiva *ex ante,* com maior intensidade e eficiência, a função de regulação das condutas juridicamente relevantes para o propósito de proteger os direitos fundamentais que perigam em estado de excepção. As normas atributivas de maior discricionariedade são, porém, de uma perspectiva *ex post,* mais adaptáveis à variabilidade das circunstâncias subjacentes aos casos que suscitam a respectiva aplicação.

Se o ambiente regulado é sujeito a variações exógenas – como paradigmaticamente ocorre a respeito da consensualmente «imprevisível» pandemia do *Covid-19* –, tal implica que as normas mais precisas sejam necessariamente sujeitas a revisões mais frequentes, sob pena de obsolescência normativa, acarretando custos de criação fixos mais elevados.[62] A variabilidade do ambiente regulado potencia, nessa medida, a sobre-inclusão normativa, levando a que as «variações fácticas ambientais» também accionem previsões de normas de sinal contrário, gerando conflitos normativos indesejáveis à luz de padrões de consistência normativa.

60. Segue-se, em geral, o exposto em Moniz Lopes, *Derrotabilidade normativa e normas administrativas,* 2.º vol., pp. 270 ss.

61. Assim, T. Endicott, "The Value of Vagueness", in A. Marmor / S. Soames (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford, 2011, p. 28; H. Asgeirsson, «Vagueness, Comparative Value and the "Lawmaker's Challenge"», *ARSP*, 2012, p. 302.

62. Cfr. I. Erlich / R. Posner, "An Economic Analysis of Legal Rulemaking", *Journal of Legal Studies*, 1974, pp. 267 e ss.. Mais concretamente, a criação de normas com maior grau de precisão aumenta o custo de criação (*promulgation cost*), mas requer um custo de implementação inferior (*implementation cost*) pelos órgãos da função secundária, concretamente da administração. Simetricamente, a criação de normas com maior grau de discricionariedade diminui o custo de criação; todavia, aumenta o custo de implementação na medida em que suscita uma maior necessidade de adaptação a casos concretos, ou classes de casos, dos efeitos jurídicos estatuídos. Paradigmaticamente, cfr. F. Parisi / V. Fon, "Optimal Specificity of Laws: Rules versus Standards", in F. Parisi/V. Fon (Eds.), *The Economics of Lawmaking*, Oxford, 2009, pp. 11-13.

Um maior grau de determinação das condições normativas dará causa a uma menor margem de escolha no momento de implementação, o que pode concorrer – nomeadamente devido a uma circunstância de facto imprevista pelo Presidente – para um menor grau de aptidão para o cumprimento dos objectivos subjacentes ao decreto presidencial de suspensão de direitos fundamentais[63]: retomar a normalidade constitucional o quanto antes.

O *power allocation value*, por sua vez, joga com uma leitura constitucionalmente adequada da vertente positiva da separação de poderes, enquanto imposição de alocação orgânico-funcional no exercício de competências, na variante organizatória e racionalizadora das funções estaduais (expressão celebrizada entre nós por J. Reis Novais[64]). Esta impõe uma alocação exclusiva de categorias de competências a órgãos típicos da função. Todavia, a exclusividade é meramente presuntiva (*i.e.,* traduz um *presumptive vestment* de funções estaduais)[65]. Por defeito, o exercício de quaisquer competências não especificamente alocadas deve ser disperso entre órgãos típicos de funções distintas e integrado numa das categorias formais induzidas a partir da Constituição. Em ambos os casos, são, todavia, «acomodáveis» as excepções no caso de se encontrar explícita ou implícita autorização constitucional para o desvio à alocação presuntiva[66/67]. As condições normativas em que o desvio é constitucionalmente legítimo correspondem às *condições negativas de derrota* do efeito jurídico da separação de poderes, encontrando-se, naturalmente, por efeito do princípio da proporcionalidade, restritas ao estritamente necessário para dar cumprimento ao

63. Cfr. E. Rubin, "Law and Legislation in the Administrative State", *Columbia Law Review*, 1989, p. 418.

64. Sobre a alocação de competências na separação de poderes, qualificada como a grande questão do direito administrativo moderno, cfr. E. Magill / A. Vermeule, "Allocating Power within Agencies", *Yale Law Journal*, 2011, p. 1034. Salientando a dimensão positiva, organizatória e racionalizadora da norma de separação de poderes, cfr. J. Reis Novais, *Separação de Poderes e Limites da Competência Legislativa da Assembleia da República,* Lisboa, 1997, pp. 25 e ss., e pp. 38 e ss.. Nessa sequência, aludindo à pluralidade de funções constitucionais da norma de separação de poderes, na dimensão da alocação funcional, designadamente a *função de medida, função de racionalização, função de controlo e função de protecção,* cfr. Ac. TC n.º 214/2011, disponível em: www.dgsi.pt.

65. Sobre o conceito de '*presumptive vestment',* no contexto da alocação *prima facie* de competências à função mais apta para os desempenhar, num cenário de competências de delimitação fluida, cfr. E. Carolan, *The New Separation of Powers: A Theory for the Modern State*, Oxford, 2009, p. 139. Noutro contexto, abordando uma presunção constitucional em favor da reserva do executivo, mas relativamente a normas constitucionais de competência governamental, cfr. Reis Novais, *Separação*, p. 63.

66. A questão é, neste sentido, particularmente bem vista por G. Lawson, "Territorial Governments and the Limits of Formalism", *California Law Review*, 1990, pp. 857-858. Em sentido semelhante, apesar da análise multi-institucional de partida, fazendo apelo ao conceito de *counter-normative exceptions* (que se pode ver em R. Unger, "The Critical Legal Studies Movement", *Harvard Law Review*, 96, 1983, pp. 561 ss.) e afirmando que a eficiência prática da *governance* pública constitui um argumento para a "*correcção normativa*" da separação de poderes, cfr. Carolan, *The New Separation of Powers,* p. 138.

67. Prevalecerá o princípio em conflito que tiver maior defesa junto do ordenamento constitucional (concretamente, de razões que apelem a normas constitucionais). Sobre a defesa constitucional dos princípios na ponderação, cfr. R. Alexy, *Theorie der Gründrechte*, Baden-Baden, 1987 (tradução inglesa "A Theory of Constitutional Rights", de J. Rivers, Oxford, 2004), pp. 66-69.

interesse constitucional tutelado pela norma conflituante.

A vertente positiva, organizatória e racionalizadora da «alocação de funções» está ligada à teoria da «better position»[68]. Esta ordena no sentido da alocação *prima facie* da definição de condições de "*interdição das deslocações e da permanência na via pública"* e as "situações *e finalidades em que a liberdade de circulação individual (…) se mantém"* a órgãos da função administrativa, permitindo ao Presidente aproveitar as capacidades – proximidade, menores custos de informação e eficiência reactiva – dos órgãos administrativos, numa lógica de repartição de competências e contribuição multifuncional na criação de direito[69].

Há, todavia, limites para a delegação presidencial alocadora. Estes resultam, então, da semântica do «fundamental para a colectividade» retratado – numa transposição *mutatis mutandis* da «reserva de acto legislativo» para a «reserva de decreto presidencial de declaração de EE» – pelas teorias da essencialidade (*Wesentlichkeitstheorie*) e da não delegação (*Nondelegation doctrine*). A primeira estabelece, em síntese, que a reserva de acto legislativo deve operar no âmbito das *decisões essenciais para a comunidade* ou *decisões essenciais para a realização de normas de direitos fundamentais*[70]. A segunda, à imagem da anterior, postula que as decisões fundamentais da colectividade devem constituir um exclusivo normativo da função primordial, apesar de se encontrar mais focada na análise variável do *quantum* de discricionariedade cuja delegação, para funções secundárias, é constitucionalmente admissível[71].

O efeito da *Wesentlichkeitstheorie* tanto se pode manifestar num factor expansionista como retractivo da «reserva de decreto presidencial». Na realidade, sob esse critério, é tão possível um juízo sobre a «reserva de decreto presidencial» ter ficado *aquém,* como ter ido *além,* do essencial. A teoria da essencialidade nada mais constitui, neste sentido, do que uma representação da projecção do princípio da proporcionalidade, na variante da necessidade, à função presidencial e aos seus objectivos na declaração de EE. A definição de previsões e estatuições das normas sobre a interferência em condições fácticas de «liberdades» devem ser tanto, ou tão pouco, precisas quanto se demonstre constitucionalmente necessário para a prossecução dos *fins dessas normas*: a

68. Sobre a doutrina da '*better position'*, aludida na variante da "*discretion as expertise"*, cfr. Carolan, *The New Separation of Powers: A Theory for the Modern State*, p. 108.

69. Cfr. C. Möllers, *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford, 2013, pp. 106-108.

70. Sobre a teoria, cfr. J. Staupe, *Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis: zur „Wesentlichkeitstheorie" und zur Reichweite legislativer Regelungskompetenz, insbesondere im Schulrecht,* Berlin, 1986, pp. 104 ss. Entre nós, veja-se, por exemplo, R. Soares, "Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva"*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1981, p. 179.

71. Neste sentido, quanto à *Nondelegation doctrine* como o estabelecimento de uma ligação entre a protecção de direitos fundamentais e o *design* institucional dos órgãos – bem como o *pedigree* democrático – mais aptos para a realizar, cfr. C. Sunstein, "Nondelegation Canons", *The University of Chicago Law Review*, 2000, p. 319. Cfr., também, J. Manning, "Lessons from Non Delegation Canons", *Notre Dame Law Review*, 2008, pp. 1544 e ss. e Lawson, *Geo. Wash. L. Rev.*, p. 266.

protecção de direitos fundamentais e o regresso à normalidade constitucional com a celeridade possível.[72]

Verificadas as condições acima indicadas, basta, portanto, a existência de um *intelligible principle* presidencial do qual se retire o mínimo de materialidade normativa que sirva de programa ou moldura, nomeadamente para a criação de «normas governamentais reenviadas»[73]. No fundo, prende-se com a definição de um critério em grau substancialmente necessário para que o princípio democrático cumpra a sua função de legitimação das condutas secundárias que visam esse fim[74].

O grau substancialmente necessário da «essencialidade» do decreto presidencial, por fim, articula-se com a necessidade de «protecção dinâmica» de direitos fundamentais, especialmente em contexto de variações exógenas do ambiente regulado, onde a «calamidade pública» em causa é um vírus de proporções e evolução indefinidas e não totalmente antecipáveis. A um tempo, a «essencialidade normativa» do decreto presidencial tutela interesses subjacentes à protecção de direitos fundamentais, nomeadamente o *pedigree* democrático da autorização, pelo órgão presidencial. Porém, a outro tempo, a norma impede, pela exclusividade competencial e reserva de forma de acto jurídico que postula, uma *protecção dinâmica e agilizada de direitos fundamentais* pelos diversos órgãos administrativos.

Como J. Reis Novais já sustentou, a *protecção dinâmica dos direitos fundamentais* só é alcançável mediante uma liberdade de actuação suficientemente adaptativa à morfologia do caso concreto, sob pena de impedir uma concretização constitucionalmente adequada de normas de direitos fundamentais[75]. Está em causa o que J.C. Vieira de Andrade também define como a necessidade de "*respiração administrativa"* para a protecção de direitos fundamentais[76]. Ora, é consensual que a estrutura orgânica da administração é caracterizada pela especialização e qualificação técnica, capacidade de processamento de informação empírica, profundo conhecimento de capacidades operacionais disponíveis e eficiência de acção decorrente da direcção e coordenação. Estas decorrem, nomeadamente, de determinados poderes sobre as estruturas dependentes, em especial as competências inerentes à hierarquia administrativa, produzindo uma redução de custos de informação e flexibilidade reactiva a variações exógenas do ambiente regulado.[77]

---

72. Falando a este respeito em '*important subjects'* (do domínio da função legislativa) e '*ancillary matters'* (do domínio da função administrativa), Lawson, *Geo. Wash. L. Rev.*, p. 236.

73. Sobre o «intelligible principle» na delegação normativa, cfr. B. Iancu, *Legislative Delegation: the Erosion of Normative Limits in Modern Constitutionalism,* New York, 2012, p. 265.

74. A teoria da essencialidade demonstra-se, portanto, particularmente mais apta para conferir respostas à regulação do grau de precisão das normas legais.

75. Cfr. Reis Novais, *As Restrições*, p. 844.

76. Cfr. J.C. Vieira de Andrade, *Legitimidade da Justiça Constitucional e Princípio da Maioria,* 1995, p. 82.

77. Rubin, *Col. L. Rev.*, p. 411-412. Sobre a eficiência subjacente à estruturação hierárquica da administração, cfr. P. Otero, *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa,* Coimbra, 1992, pp. 109 e ss.; pp. 153 e ss.

A *better position* do Governo resulta do *design* institucional e procedimental dos órgãos para a captação desses factos relevantes e, bem assim, pelo grau de *expertise* e «autoridade epistémica» das autoridades normativas que criam as normas sobre a matéria[78]. Tudo propriedades que, institucionalmente, faltam ao Presidente.

9. É «grave» a omissão de suspensão do «direito à liberdade» pelo decreto presidencial?

O último ponto deste artigo, respeitante ao conteúdo do decreto presidencial de declaração de EE, prende-se com a análise do alegado «erro grave de enquadramento» de omissão de suspensão do «direito à liberdade» enunciado no artigo 27.º da Constituição. Em artigo publicado imediatamente após a publicação do decreto presidencial de declaração de EE, J. Reis Novais criticou a omissão de suspensão do «direito à liberdade pessoal», por equivocada substituição pelo «direito de deslocação» previsto no artigo 44.º[79]. A posição foi sujeita a posterior contra-argumentação da parte de J. Melo Alexandrino e M. Nogueira de Brito[80].

Sinteticamente, sem prejuízo das omissões justificadas pela economia deste artigo, J. Reis Novais sustenta que, "*da conjunção do nº 2 e do nº 3 do art. 27º resulta que no nosso quadro constitucional, para além da privação da liberdade individual em consequência de sentença judicial condenatória, só são admissíveis as privações totais ou parciais da liberdade pessoal expressamente enunciadas no nº 3 deste artigo, onde se inclui apenas, no domínio sanitário ou de saúde, a possibilidade condicionada de internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico*". Por interpretação *a contrario,* defende que *"na vigência plena das normas constitucionais que consagram o direito à liberdade pessoal, não é constitucionalmente admissível o internamento compulsivo de portador de doença contagiosa ou o confinamento de não doentes em qualquer espaço, residencial ou de outra natureza",* apenas sendo *"excepcionalmente admissível o confinamento de doentes em risco iminente e actual de contaminação de outras pessoas, dado, aí, o imprescritível e colidente dever estatal de protecção da saúde das outras pessoas (art. 64.º"*. Consequentemente, refere J. Reis Novais, a "*rigidez e taxatividade dos enunciados constitucionais que consagram este direito justificavam a necessidade de declaração de um estado de emergência*" [81].

Entre outros prejuízos – para além da apontada *"incorrecção"* em si – J. Reis

78. Cfr. C. Diver, "The Optimal Precision of Administrative Rules", *Yale Law Journal*, n.º 93, 1983, pp. 65 e ss.; Asgeirsson, *ARSP*, pp. 302 e ss.

79. Cfr. J. Reis Novais, "Estado de Emergência – Quatro notas jurídico-constitucionais sobre o Decreto Presidencial", disponível em https://observatorio.almedina.net/.

80. As referências são J. Melo Alexandrino, "Devia o direito à liberdade ser suspenso? – Resposta a Jorge Reis Novais", disponível em https://observatorio.almedina.net/ e M. Nogueira de Brito, "Pensar no estado da exceção na sua exigência", disponível em https://observatorio.almedina.net/.

81. Cfr. Reis Novais, "Estado de Emergência", pp. 2-3.

Novais entende que a «não-suspensão» do direito à liberdade pessoal constrangeu a actuação governamental na mitigação da pandemia, dado que o regime de autorização parlamentar previsto no artigo 165.º n.° 1, alínea b), da Constituição se continuava a aplicar, algo que não ocorreria em caso de «suspensão».

Os contra-argumentos dirigidos à posição foram vários. Apenas se dá conta dos principais. J. Melo Alexandrino assenta a contra-argumentação na incerteza subjacente ao significado da «liberdade pessoal» do artigo 27.º, ainda alvo de debate, e na natureza de «norma-princípio» do «direito à liberdade pessoal», cuja restringibilidade está sujeita ao regime geral do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição[82]. Alega, portanto, que a «não-suspensão» do direito à liberdade pessoal em nada prejudica a sua restringibilidade geral. M. Nogueira de Brito, por sua vez, sustenta que o âmbito de protecção da liberdade protegida pelo artigo 27.º parece ser apenas a liberdade de movimento em face de ameaças físicas que visem impedi-la, pelo que *"o artigo 27.º se limita à protecção da pessoa perante qualquer supressão ou redução de liberdade de movimento de âmbito penal, caindo os restantes casos de movimento da pessoa sob a protecção do artigo 44.º"*[83].

A complexidade da questão mereceria uma análise mais profunda, impossível de realizar em poucas dezenas de linhas. Suscita, entre outras temáticas:

(i) a determinação do significado e a análise do relacionamento normativo entre o conteúdo de três enunciados constitucionais: artigos 26.º (1) – *liberdade de desenvolvimento da personalidade* – 27.º – *direito à liberdade* – e 44.º (1) – *direito de deslocação*;

(ii) a relação de «implicação» ou «não implicação» lógicas entre as condutas reguladas pelas normas em causa, *maxime* as enunciadas nos artigos 27.º e 44.º da Constituição;

(iii) a definição estipulativa das posições jurídicas sustentadas nas normas enunciadas nos artigos 27.º e 44.º da Constituição;

(iv) a definição estipulativa da estrutura de «regra» ou «princípio» da norma enunciada no artigo 27.º e, bem assim, as consequências projectadas na sua derrotabilidade, ao nível probabilístico de «derrota» da norma;

(v) a admissibilidade (e verosimilhança) da tese segundo a qual a positivação constitucional de excepções explícitas a posições jurídicas de normas de direitos fundamentais é *excludente* de ponderações resultantes de conflitos entre aquelas e outras normas constitucionais; e, por fim;

(vi) o grau de certeza epistémica determinante da «admissibilidade excepcional», de que fala J. Reis Novais, de *"confinamento de doentes em risco iminente e actual de contaminação de outras pessoas"*.

82. Cfr. Melo Alexandrino, "Devia o direito à liberdade ser suspenso?", pp. 3, 6 e 7.
83. Cfr. Nogueira de Brito, "Pensar no estado da exceção", *maxime* p. 8.

A tese sustentada por J. Reis Novais começa por corresponder, em parte, a uma afirmação do consequente, com um entimema lógico. Alega-se que "*se o Estado confina compulsivamente não doentes no espaço das suas residências ou de outros estabelecimentos, pode afectar indirectamente o seu direito de deslocação, mas restringe/viola directamente o direito fundamental garantido no art. 27º, já que priva parcialmente da sua liberdade pessoal tais cidadãos.*"[84] Para além da afirmação da ordenação *directo/indirecto* ser precisamente a ordenação que secunda a tese sustentada, o motivo da «violação directa» ser respeitante ao artigo 27.º e a «violação indirecta» atingir o direito fundamental enunciado no artigo 44.º fica por enunciar.

O que se refere tem, aliás, que ver com a relação de «implicação lógica» entre as condutas reguladas. Se se aceita que o «direito à liberdade física» corresponde ao "*direito a não ser detido, aprisionado, ou de qualquer modo fisicamente confinado a um determinado espaço, ou impedido de se movimentar*" e o «direito de deslocação» envolve "*a liberdade de movimentação dentro de todo o território nacional, a liberdade de passagem e de livre permanência em qualquer lugar público, a liberdade de circulação pelas vias públicas*"[85], não pode deixar de se admitir a relação de «implicação lógica» (como J. Reis Novais, aliás, parece admitir). Mas se assim é, não se vê como a afectação possa ser «directa» ou «indirecta» ou sequer como é que isso é constitucionalmente relevante.

Exemplificando, a proibição da conduta «mover-se» compreende a proibição da conduta «correr». O facto de o enunciado proibitivo se reportar a «mover-se» não implica que a conduta «correr» seja apenas indirectamente afectada, dado que «mover-se» está *logicamente implicado* em «correr». Semelhante relação de implicação, com sobreposição parcial, ocorre entre consagrar o direito (condicional) ao não "*confinamento físico a um determinado espaço*"[86] e consagrar a *"liberdade de movimentação dentro de todo o território nacional"*. Daqui segue, introduzindo-se a «negação da protecção» a que corresponde a «suspensão» de efeitos da norma, que semelhante relação existe entre não ser proibido determinar o "*confinamento físico a um determinado espaço"* (e até ser alvo de uma «permissão forte» decorrente do decreto presidencial, *como poderia ter sido*) e não ser proibido limitar a *"liberdade de movimentação dentro de todo o território nacional"* (e até ser alvo de uma «permissão forte» decorrente do decreto presidencial, *como efectivamente foi*).

Deve ter-se em especial conta que «*todo* o território nacional» é um conceito normativo e que não existe razão válida e atendível para limitar a sua interpretação à mera liberdade de deslocação transmunicipal, transdistrital ou qualquer outra.

---

84. Cfr. Reis Novais, "Estado de Emergência", p. 2. A afirmação do consequente toma a forma de «Se A então B; B; portanto, A».

85. Respectivamente, J. J. Gomes Canotilho e V. Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007, p. 184 e J. Miranda e R. Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, 2.ª ed. revista, Universidade Católica Editora, pp. 681.

86. Que implica ser "*impedido de se movimentar*". Cfr. Gomes Canotilho e Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, p. 184.

A *"liberdade de movimentação dentro de todo o território nacional"* envolve, literalmente, a liberdade de movimentação em *qualquer parte do território nacional*. Limitar este entendimento é puro *Juristenrecht*: é «criar» direito ao invés de o descrever[87].

Em segundo lugar, a tese de J. Reis Novais parece partir do princípio, como expressa J. Melo Alexandrino, de que "*o artigo 27.º da Constituição consagra uma norma-regra e não uma norma-princípio, devendo retirar-se desse artigo 27.º que o legislador constituinte quis fazer aí todas as ponderações sobre a privação total ou parcial da liberdade, dispondo por isso os correspondentes enunciados de uma validade jurídica inequívoca, absoluta e definitiva"*[88]. São estas as consequências da "*rigidez e taxatividade dos enunciados constitucionais que consagram este direito* (à liberdade física)" de que fala J. Reis Novais.

Sem se pretender alongar o texto sobre o que se entende ser a evidência lógica da «derrotabilidade» de todas as normas, independentemente da sua estrutura e conteúdo (sublinha-se, «derrotabilidade» enquanto «susceptibilidade» de derrota e não «necessidade» de derrota), dir-se-á apenas o seguinte[89]: a generalização na criação de normas é um corolário do inescapável défice epistémico (*incomplete knowledge of states of affairs*) em que a autoridade normativa, constituinte ou não, se encontra aquando da positivação normativa. Uma norma, constitucional ou não, é *aplicável* – seja ela uma regra ou princípio – porque os seus pressupostos se preenchem na totalidade, mas ela apenas será *definitivamente aplicada* se se formular correctamente uma proposição epistémica segundo a qual «o caso jurídico em jogo não suscita os pressupostos de qualquer outra norma que,

87. Neste sentido, falando da troca da «ciência jurídica» pela «política dos juristas», cfr. R. Guastini, "Juristenrecht. Inventando derechos, obligaciones, y poderes", F. Beltrán, J. J. Moreso, D. M. Papayannis *(eds.), Neutralidad y teoría del derecho,* Madrid, 2012, pp. 207 ss., em especial, pp. 220-221.

88. Cfr. Melo Alexandrino, "Devia o direito à liberdade ser suspenso?", p. 3.

89. Entre a infindável bibliografia sobre a derrotabilidade normativa, pode ver-se F. Schauer, "Is Defeasibility an Essential Property of Law?", in J. F. Beltrán/G. B. Ratti (eds.) *The Logic of Legal Requirements – Essays on Defeasibility*, Oxford, 2012, pp. 77 e ss.; J. C. Bayón, "Why is Legal Reasoning Defeasible?" in A. Soeteman (ed.), *Pluralism and Law*, Dordrecht, 2001, pp. 327–346; J.L. Rodriguez, "Against Defeasibility of Legal Rules", in J. F. Beltrán/G. B. Ratti (eds.) *The Logic of Legal Requirements – Essays on Defeasibility*, Oxford, 2012, pp. 89 e ss.; C. Bäcker, "Rules, Principles and Defeasibility, Rules, Principles and Defeasibility", in M. Borowski (ed.), *On the Nature of Legal Principles,* Proceedings of the Special Workshop "The Principle Theory", 23rd World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Kraków, 2007, Stuttgart, 2010, pp. 79-93; B. Brozek, *Defeasibility of Legal Reasoning*, Krakow, 2004, em especial, pp. 157 e ss.; R. Guastini, "Defeasibility, Axiological Gaps and Interpretation", in J. F. Beltrán/G. B. Ratti (eds.) *The Logic of Legal Requirements – Essays on Defeasibility*, Oxford, 2012, pp. 182 e ss.; J.L. Rodriguez / G. Sucar, "Las Trampas de la Derrotabilidad: Niveles de Analisis de la Indeterminación del Derecho", in *AeD*, 1999, pp. 277-305; P. Chiassoni, "Defeasibility and Legal Indeterminacy" in J. F. Beltrán/G. B. Ratti (eds.) *The Logic of Legal Requirements – Essays on Defeasibility*, Oxford, 2012, pp. 151-182; J. Ferrer Beltrán / G. Battista Ratti, "Defeasibility and Legality: a Survey", in J. F. Beltrán/G. B. Ratti (eds.) *The Logic of Legal Requirements – Essays on Defeasibility*, Oxford, 2012 pp. 11 e ss; P. Moniz Lopes, *Implicazioni derivanti dalla Genericità nella (In)coerenza e nella (In)completezza dei Sistemi Giuridici in Diritto & Questione Pubbliche* | XVII, 2017 / 1 (giugno) | pp. 275-327.

conflituando com a primeira, possa prevalecer à luz de normas de prevalência (*meta-normas*) ou critérios de ponderação (em caso de irresolubilidade conflitual)»[90].

Note-se, aliás, que o facto de a norma enunciada no artigo 27.º da Constituição ser um «princípio» em nada a desgradua axiologicamente. É uma questão de estrutura normativa, não da importância do «valor» protegido. Basta a constatação de que a norma gera um dever estadual de abstenção de uma panóplia de condutas estaduais distintas («deter», «aprisionar», «confinar») para se concluir, pelo menos à luz da teoria que se adopta, pela estrutura principial. A norma cobre uma «conduta genérica» que se divide numa alternatividade inclusiva de condutas específicas, logo é um princípio[91].

Independentemente da estrutura da norma, o mero facto de a Constituição prever excepções explícitas, no n.º 3, à posição jurídica decorrente do n.º 1 do artigo 27.º, em nada autoriza a sustentar que os constituintes «quiseram» prever todas as excepções. O raciocínio é tão válido como entender-se que, face ao enunciado «proibida a entrada de cães no restaurante» e à excepção explícita «permitida a entrada de cães após as 22h00» será necessariamente proibida a entrada de cães-guia de auxílio para invisuais. Não é assim. E não se entenda que o exemplo é propositadamente bizarro. O que com ele se pretende demostrar é tão-somente que o ónus de argumentação de que as coisas não se passam deste modo nas normas constitucionais (ao invés das demais normas) recai precisamente sobre quem o invoca.

O entendimento segundo o qual os constituintes «quiseram» fazer, no artigo 27.º, todas as ponderações sobre a privação total ou parcial da liberdade é pura especulação metafísica. A questão relevante, aliás, não é sequer se o «quiseram» fazer. É, ao invés, se tinham sequer «possibilidades naturalísticas» para tal. Importa saber se os constituintes, assim mitificados, eram seres omniscientes que, à data de 1976 (e das revisões constitucionais subsequentes) tudo previram (incluindo o *Covid-19*) e tudo regularam através de hierarquizações abstractas de normas constitucionais conflituantes. A assunção razoável, porém, é a de que eram pessoas normais e que não previram mais do que o que conseguiam prever.

A positivação constitucional de excepções a posições jurídicas de normas de direitos fundamentais não é, portanto, excludente de ponderações resultantes de conflitos entre aquelas e outras normas constitucionais. Aliás, diga-se que a posição – sempre mais política do que jurídica – segundo a qual a admissão de «excepções» adicionais ao «direito à liberdade pessoal» enfraqueceria o direito em causa sempre seria presa da falácia do *slippery slope* (um tipo de *non sequitur*). Assim é dado que não demonstra o «caminho de necessidade» entre a admissão dessa particular excepção e o resultado do «enfraquecimento» da

90. Cfr. R. Holton, *Particularism and Moral Theory: Principles and Particularisms* in *Aristotelian Society Supplementary Volume*, 76, 2002, pp. 191 ss.; Moniz Lopes, *Estudos*, p. 114.

91. Remete-se para os critérios apresentados em P. Moniz Lopes, "The syntax of principles: genericity as a logical distinction between rules and principles" *Ratio Juris,* vol. 30, issue 4, 2017, pp. 471-490.

liberdade que, por certo, o autor destas páginas não deseja[92].

A posição em análise enfrenta ainda uma dificuldade adicional. Sem uma teoria sustentada sobre a «fiabilidade empírica» das premissas subjacentes à ponderação (a variável «R» da «fórmula do peso» de ALEXY cuja "*matematização*" J. REIS NOVAIS critica[93]), a tese desresponsabiliza-se de diferenciar, com base em critérios de certeza epistémica, (i) o cenário de *"confinamento de doentes em risco iminente e actual de contaminação de outras pessoas"*, cuja «admissibilidade excepcional» J. REIS NOVAIS aceita, do (ii) cenário de *"confinamento de não doentes em qualquer espaço, residencial ou de outra natureza"*, que J. REIS NOVAIS recusa. Considerando a mutabilidade exógena do ambiente regulado e a imprevisibilidade da pandemia, a tese limita-se a entregar à «ciência médica» o critério do risco da transmissibilidade, sem lhe dar enquadramento jurídico. A César o que é de César, *ma non troppo*.

Em terceiro lugar, a tese abstrai das distintas posições jurídicas em causa. À luz do acima exposto, parece claro que o «direito à liberdade física» se aproxima a um direito-pretensão (*claim-right*) e o «direito de deslocação» é um dos vários casos em que o termo «direito» é ambiguamente utilizado para referenciar uma «liberdade protegida». Esta última, como se viu, pode ser descrita através de um direito-pretensão (*claim-right*) a exigir as condições fácticas de realização da «liberdade protegida». Os correlativos são, nessa medida, os seguintes:

Posição jurídica decorrente do «direito à liberdade física»	Correlativo
direito-pretensão (*claim-right*) dos cidadãos a exigir do Estado a omissão da acção «aprisionar» e «confinar fisicamente a um determinado espaço»	dever estadual de omissão da acção «aprisionar» e «confinar fisicamente a um determinado espaço»
Posição jurídica decorrente da «liberdade de deslocação»	**Correlativo**
liberdades protegidas dos cidadãos a «movimentar-se livremente dentro de todo o território nacional»	dever estadual de omissão de interferência com as condições fácticas de realização da liberdade dos cidadãos a «movimentar-se livremente dentro de todo o território nacional»
Posição jurídica decorrente da «liberdade de deslocação» descrita como «claim-right»	**Correlativo**
direitos-pretensão (*claim-right*) dos cidadãos a exigir do Estado as condições fácticas de realização da liberdade a «movimentar-se livremente dentro de todo o território nacional»	dever estadual de omissão («proibição») de interferência com as condições fácticas de realização da liberdade dos cidadãos a «movimentar-se livremente dentro de todo o território nacional»

92. Cfr. J. J. MORESO, "The uses of slippery slope argument" in T. BUSTAMANTE / C. DAHLMAN (Eds.), *Argument Types and Fallacies in Legal Argumentation*, Dordrecht, 2015, pp. 53 ss.

93. Sobre o enquadramento da variável «R» na fórmula do peso, veja-se R. ALEXY, "Die Gewichtsformel", in J. JICKELI ET AL. (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlin, 2003, pp. 771 e ss. A crítica de J. REIS NOVAIS à «matematização» e à «fórmula do peso» alexyana pode ver-se em J. REIS NOVAIS, *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, 2019, pp. 122 e nas várias obras de J. REIS NOVAIS aí indicadas.

Sabendo que, neste caso, a «permissão forte» de interferência pressupõe a prévia «não proibição» decorrente da suspensão de efeitos da norma de direitos fundamentais, facilmente se compreende, então, que a habilitação competencial (e «permissão forte») do Governo para "*especificar as situações e finalidades em que a liberdade de circulação individual, preferencialmente desacompanhada, se mantém"*, operada pelo decreto presidencial, pressuporia a prévia remoção da dimensão «protegida» da liberdade de deslocação. Foi precisamente o que ocorreu com o efeito suspensivo, ao cabo do qual passou a ser «não-proibido» interferir com as condições fácticas de realização da liberdade dos cidadãos a «movimentar-se livremente dentro de todo o território nacional». Só subsequentemente, por efeito do «reenvio normativo» operado pelo decreto presidencial, foi essa interferência «permitida», tendo remotamente sustentado a regulação governamental dos vários controlos, por agentes de autoridade, e ordens de permanência no domicílio.

Como se passariam as coisas se a suspensão incidisse, ao invés, sobre o «direito à liberdade física»? Considerando a estrutura de direito-pretensão (*claim-right*) dos cidadãos a exigir do Estado a omissão da acção «aprisionar», «deter» e «confinar fisicamente a um determinado espaço», o efeito suspensivo tornaria «não obrigatória» a omissão estadual da acção «confinar fisicamente a um determinado espaço». Dessa indefinição jurídica surgiria, por efeito da habilitação presidencial em decreto de declaração do EE e posterior regulação governamental, a «permissão forte» de «confinar fisicamente a um determinado espaço».

Questiona-se: normativamente existe alguma diferença entre suspender os efeitos da norma enunciada no artigo 27.º ou da norma enunciada no artigo 44.º da Constituição para efeitos da «permissão forte» de «confinar fisicamente a um determinado espaço»? À partida, a resposta é negativa. O efeito suspensivo destina-se apenas a remover a «protecção», no caso da «liberdade protegida», e o «dever» de abstenção, no caso do «direito-pretensão», de modo a criar uma indefinição jurídica (*i.e.*, «liberdade não protegida» e «não-dever de abstenção») que acomode a criação dispositiva de «permissões fortes» de *interferência na liberdade de movimentos*. Dada a sobreposição e relação de «implicação lógica» entre a «liberdade de deslocação» e o «não confinamento», o efeito suspensivo simplesmente *abre caminho,* sem qualquer efeito directo ou indirecto, à permissão forte de regulação, agora livre da «protecção» da liberdade ou do «dever de abstenção» do direito-pretensão.

Note-se que se disse acima que *"à partida"* não haveria diferença entre suspender os efeitos da norma enunciada no artigo 27.º ou da norma enunciada no artigo 44.º da Constituição, para efeitos da «permissão forte» de «confinar fisicamente a um determinado espaço». Mas, na realidade, há uma diferença. É bom lembrar que, à falta de especificação na «permissão forte» no decreto presidencial, a indefinição jurídica resultante da adequada suspensão do «direito à liberdade física» também abrangeria a «não obrigação» da omissão estadual da acção de «aprisionar» e «deter» pessoas, condutas representadas no âmbito do «dever de abstenção». Trata-se, na realidade, de condutas distintas da conduta «confinar

fisicamente a um determinado espaço». É assim, dada a sua dimensão penal e de «objecto de decretamento judicial», aliás espelhada em todas as excepções previstas no n.º 3 do artigo 27.º da Constituição[94]. Mas também é assim porque às condutas de «aprisionar» e «deter» subjaz da intenção de confinar[95].

Parece, então, embora muito contra-intuitivamente, não estar fora de hipótese o seguinte: sob o propósito de blindar o «direito à liberdade física» , protegendo-o de ponderações *ad hoc*, os defensores da necessidade de suspender o «direito à liberdade física» poderiam estar, afinal de contas, a sustentar uma posição menos protectora do valor da liberdade.

***

94. Cfr. Nogueira de Brito, "Pensar no estado da exceção", p. 8.

95. A «intenção», embora empiricamente difícil de apreender, é o critério maioritariamente aceite, no âmbito da filosofia da acção para diferenciar condutas. Cfr. R. Holton, *Willing, Wanting, Waiting*. Oxford, 2009, pp. 12 ss.