

# GOVERNABILIDADE NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS NO CENÁRIO ATUAL DE PANDEMIA

SERGIO ABRANCHES  
MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO  
VITALINO CANAS  
MARGARETE COELHO  
CATARINA SANTOS BOTELHO  
PEDRO LOMBA  
JOSÉ ROBERTO AFONSO  
JOSÉ PASTORE  
JOAQUIM JOSÉ MIRANDA SARMENTO  
MARCELO NERI  
JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR  
ADERRUAN TAVARES  
ANDREA ABRAHAO COSTA  
CELSO DE BARROS CORREIA NETO  
DANIEL AUGUSTO MESQUITA  
JULIA NORAT CAVALCANTI  
GRYECOS LOUREIRO  
HENRIQUE SMIDT SIMON  
CRISTIANE DAMASCENO LEITE  
IANI PANAIT  
LUCIANO MEDEIROS DE ANDRADE BICALHO  
LUIS FERNANDO DE FRANÇA ROMÃO  
RAFAEL SILVEIRA E SILVA  
CELINA PEREIRA  
RENAN ALBERNAZ DE SOUZA  
VÍCTOR MINERVINO QUINTIERE  
DENILSON BANDEIRA COÊLHO

## ORGANIZADORES

GILMAR FERREIRA MENDES

CARLOS BLANCO DE MORAIS

**idp**

**I**CJP  **U** **CIDP**  
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS  
UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
CENTRO DE INVESTIGAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

**FGV** | EUROPE  
CONHECIMENTO  
CENTRO DE INOVAÇÃO,  
ADMINISTRAÇÃO E PESSOAS  
DO ASSOCHEMIO



# GOVERNABILIDADE NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS NO CENÁRIO ATUAL DE PANDEMIA

SERGIO ABRANCHES  
MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO  
VITALINO CANAS  
MARGARETE COELHO  
CATARINA SANTOS BOTELHO  
PEDRO LOMBA  
JOSÉ ROBERTO AFONSO  
JOSÉ PASTORE  
JOAQUIM JOSÉ MIRANDA SARMENTO  
MARCELO NERI  
JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR  
ADERRUAN TAVARES  
ANDREA ABRAHAO COSTA  
CELSO DE BARROS CORREIA NETO  
DANIEL AUGUSTO MESQUITA  
JULIA NORAT CAVALCANTI  
GRYECOS LOUREIRO  
HENRIQUE SMIDT SIMON  
CRISTIANE DAMASCENO LEITE  
IANI PANAIT  
LUCIANO MEDEIROS DE ANDRADE BICALHO  
LUIZ FERNANDO DE FRANÇA ROMÃO  
RAFAEL SILVEIRA E SILVA  
CELINA PEREIRA  
RENAN ALBERNAZ DE SOUZA  
VÍCTOR MINERVINO QUINTIERE  
DENILSON BANDEIRA COÊLHO

## ORGANIZADORES

GILMAR FERREIRA MENDES  
CARLOS BLANCO DE MORAIS





# VIII FÓRUM JURÍDICO DE LISBOA

## COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

Prof. Doutor Gilmar Ferreira Mendes  
Prof. Doutor Carlos Blanco de Moraes



### Fundadores

Gilmar Ferreira Mendes | Paulo Gustavo Gonet Branco

### Direção

Francisco Schertel Mendes

### Coordenação Científica

Gilmar Ferreira Mendes | Paulo Gustavo Gonet Branco | Francisco Schertel Mendes

### Coordenação Académica

Jairo Gilberto Schafer | Sérgio António Ferreira Victor | Atalá Correia

### Coordenação Executiva

Gabriela Jardim



Presidente do Departamento de Ciências Jurídico-Políticas e  
Coordenador Científico do Centro de Investigação de Direito Público  
**Carlos Blanco de Moraes**

Presidente do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas

**Maria Luísa Duarte**

Vice-Presidentes do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas

**Carla Amado Gomes**

**João Tiago Silveira**

## FGV CONHECIMENTO

Diretor de Avaliação e Conhecimento  
**Sidnei Gonzalez**

Diretora Adjunta  
**Patricia Werner**

Coordenação Executiva do Evento  
**Marcelo Abrantes**  
**Marco António Azeredo**

Coordenação de Design  
**Marcela Lima**

Projeto gráfico e diagramação  
**Isabella Lima**

Edição e revisão  
**Débora Giunti**

O conteúdo desta publicação é de responsabilidade dos autores e não reflete, necessariamente, a opinião da FGV.

A divulgação desta edição é gratuita, estando disponível para download no site: <https://forumjuridicodelisboa.com/>



# SUMÁRIO

<b>Prefácio</b> .....	11
<b>Capítulo 1. Governabilidade: Disfunções nos Sistemas de Governo na Atualidade</b> .....	13
Sérgio Abranches .....	14
Manoel Gonçalves Ferreira Filho .....	26
<b>Capítulo 2. Forças e Fraquezas na Articulação entre Governo e Parlamento</b> .....	35
Vitalino Canas .....	36
Margarete Coelho .....	46
<b>Capítulo 3. Crises e Pandemia</b> .....	69
Catarina Santos Botelho .....	70
<b>Capítulo 4. O Impacto da Pandemia na Economia</b> .....	85
José Roberto Afonso .....	86
José Pastore .....	102
Joaquim José Miranda Sarmiento .....	116
<b>Capítulo 5. A Pandemia e sua Repercussão no Trabalho e no Emprego</b> .....	131
Marcelo Neri .....	132

<b>Capítulo 6. O Direito e o Regime de Exceção</b> .....	151
José Levi Mello do Amaral Júnior .....	152
<b>Anexos. Artigos selecionados em virtude do edital de submissão</b> .....	165
Aderruan Tavares .....	166
Andrea Abrahao Costa .....	200
Celso de Barros Correia Neto .....	218
Daniel Augusto Mesquita e Julia Norat Cavalcanti .....	248
Gryecos Loureiro .....	284
Henrique Smidt Simon e Cristiane Damasceno Leite .....	306
Iani Panait .....	336
Luciano Medeiros .....	356
Luis Fernando de França Romão .....	384
Rafael Silveira e Silva, Celina Pereira e Denilson Bandeira Coêlho .....	402
Renan Albernaz .....	438
Victor Minervino .....	452
<b>Considerações Finais</b> .....	477

## CAPÍTULO 3

# CRISES E PANDEMIA

CATARINA SANTOS BOTELHO



## **CATARINA SANTOS BOTELHO**

É Doutora em Direito Público pela Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, da qual, atualmente, é Professora, além de coordenar o curso de Pós-graduação interdisciplinar em Direitos Humanos. Foi Investigadora Visitante no Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law e é Investigadora do Católica Research Center for the Future of the Law.

CATARINA BOTELHO

## QUAL O LUGAR DA EMERGÊNCIA NO CONSTITUCIONALISMO HODIERNO?

Nos nossos dias, 90% das Constituições possuem disposições relativas ao estado de exceção<sup>1</sup> – ou seja, normalidade, por um lado, e exceção/emergência, por outro lado, são conceitos perspetivados em dicotomia, ocupando espaços temporais mutuamente exclusivos.<sup>2</sup> O raciocínio lógico-temporal assenta nas seguintes premissas: estado de normalidade – estado de exceção – retorno à normalidade.<sup>3</sup> Todavia, uma tal separação estanque dos momentos temporais foi ultrapassada pela realidade das coisas, em especial após a década de 1980, tendo-se agudizado na sequência do 11 de setembro de 2001, com a concretização da ameaça terrorista.

Fará sentido, em situações que se prolongam muito no tempo, falar em exceção? Essa situação mimetiza os dilemas experienciados entre 2011-2014, em Portugal, aquando do resgate financeiro pela “Troika”,<sup>4</sup> que enfatizou o problema da efetivação dos direitos sociais em tempos de crise. A retórica argumentativa das medidas de aus-

1 Christian Bjørnskov e Stefan Voigt, “The architecture of emergency constitutions”, *ICON*, 16, 2018, pp. 101-127, p. 101.

2 David Dyzenhaus, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*. Cambridge University Press, 2006, p. 2.

3 Catarina Santos Botelho, “Os estados de exceção constitucional... cit., p. 51.

4 Expressão que se celebrou para designar a tríade: Fundo Monetário Internacional, Comissão Europeia e Banco Central Europeu.

teridade que foram sendo tomadas, rotuladas como “excepcionais e transitórias”, foi perdendo a sua força com o passar do tempo.<sup>5</sup> Concomitantemente, a ideia de favor legislatoris, isto é, de conceder o benefício da dúvida ao legislador pelas medidas tomadas, foi também diminuindo.<sup>6</sup> Com efeito, eventuais medidas suspensivas e/ou regressivas apenas se poderiam justificar perante “crises conjunturais ou episódicas”, e não face a “crises sistémicas ou permanentes”.<sup>7</sup>

Ora, no que respeita a um enquadramento político-filosófico do estado de exceção no direito público, é importante lembrar a lição de Thomas Jefferson, inspirada em John Locke, quando sustentou a ideia de que o Estado não pode capitular em nome de uma escrupulosa fidelidade ao direito positivado, absurdamente sacrificando os fins aos meios.<sup>8</sup> No caso *Kennedy versus Mendonza Martinez*, o Supremo Tribunal norte-americano utilizou uma expressão muito curiosa ao afirmar que a ideia de idolatria jurídica, de positivismo, não pode transformar a constituição “num pacto suicida”.<sup>9</sup>

Por outras palavras, o direito não pode revelar-se ou tornar-se um instrumento contra si próprio. Numa emergência ou calamidade, não podemos pugnar pela aplicação irredutível de todas as normas constitucionais, tornando, assim, impossível a salvação da sociedade e, no limite, a salvação do Estado.<sup>10</sup> Como escrevi, “perante uma crise acutilante, o nível de alerta dos Estados aumenta e o desafio é o de saber se (e até que ponto) podemos admitir afetações aos direitos fundamentais e aos valores democráticos para salvar a existência do estado de direito democrático”.<sup>11</sup>

---

5 Jeff King, “Social Rights and Welfare Reform in Times of Economic Crisis”. In: *Protecting Economic and Social Rights in Times of Economic Crisis: What Role for the Judges?* European Commission for Democracy Through Law, Conselho da Europa, 2014, pp. 2-10, p. 4.

6 Catarina Santos Botelho, *Direitos sociais em tempos de crise - Ou revisitar as normas programáticas*. Almedina, 2015, p. 488.

7 Catarina Santos Botelho, *Direitos sociais em tempos de crise... cit.*, pp. 405-406, e Miguel Prata Roque, “Juízos Precários de Constitucionalidade - O Tribunal Constitucional perante a crise do modelo social europeu e o retrocesso de direitos fundamentais”. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. II. Coimbra Editora, 2012, pp. 849-896, pp. 887-888.

8 Carta de Thomas Jefferson a John B. Colvin, escrita em 20 de setembro de 1810. In: Martin E. Segal (ed.) *Thomas Jefferson: Writings*. Library of America, 1984, p. 1231.

9 *Kennedy v. Mendoza-Martinez*, 372 U.S. 144, 1963, par. 160.

10 Francisco Fernández Segado, “Naturaleza y régimen legal de la suspensión general de los derechos fundamentales”. *Revista de Derecho Político*, 18-19. 1983, pp. 31-58, pp. 31-34.

11 Catarina Santos Botelho, “Os estados de exceção constitucional... cit.”, p. 49.

Quanto a mim, tendo a optar pelas teorias de gravitação constitucional, que são teorias que advogam que o estado de exceção não deve sair da órbita da normação constitucional. Dizendo de outro modo, o estado de exceção não é uma situação jurídica para além da Constituição, mas sim uma situação jurídica a ser integrada pela própria Constituição.<sup>12</sup>

## **2. O CONTEXTO CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS**

### **2.1. EXCEÇÃO CONSTITUCIONAL: ESTADO DE SÍTIO OU ESTADO DE EMERGÊNCIA**

Em Portugal, o estado de exceção divide-se em duas categorias: o estado de sítio e o estado de emergência, consagradas no artigo 19º da Constituição. Ambas as categorias partilham os pressupostos materiais. Poderão fundamentar-se numa situação exógena, tal como a agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras, ou em duas situações endógenas, têm que ver com o contexto interno do Estado, e que são as seguintes: grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática, e a situação de calamidade pública.

Quando uma dessas três situações revelar um contexto de menor gravidade e intensidade, opta-se pelo estado de emergência. Assumindo um contexto de maior gravidade, então a escolha deverá recair no estado de sítio.

A distinção entre estado de sítio e de emergência diz respeito à periculosidade para a existência do Estado, a segurança e a organização da coletividade.<sup>13</sup> Atesta-se um crescendo na possibilidade de afetação dos direitos e liberdades fundamentais. Em estado de normalidade – e à semelhança do que se passa no Brasil –, os direitos fundamentais podem ser restringidos mediante leis restritivas, que têm apertados requisitos constitucionais. Na vigência de um estado de exceção, caso se trate de um estado de emergência, existe uma dupla

<sup>12</sup> Friedrich Koja, *Allgemeine Staatslehre*. Manz, 1993, p. 399.

<sup>13</sup> J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, cit., pp. 399-400.

limitação, pois só podem ser suspensos alguns direitos, liberdades e garantias, e excluem-se sempre os direitos, liberdades e garantias elencados no nº 6 do artigo 19º. Numa situação de estado de sítio, teremos já a possibilidade de suspensão total de direitos, liberdades e garantias, ainda que com o idêntico limite do nº 6 do artigo 19º.<sup>14</sup>

Desde a vigência da atual Constituição de 1976, nunca foi decretado o estado de sítio. Já o estado de emergência foi decretado, por várias vezes, desde o início de 2020, no contexto da pandemia da COVID-19. Não é fácil qualificar o pressuposto material da pandemia da COVID-19, pois trata-se de uma situação simultaneamente endógena e exógena, pelo que profundamente atípica.<sup>15</sup>

## **2.2. SUSPENSÃO DE DIREITOS *VERSUS* RESTRIÇÃO DE DIREITOS**

Olhando agora, mais concretamente, para a afetação do direito fundamental, importa distinguir a restrição de direitos fundamentais, que pode ser feita no contexto de normalidade constitucional, e a suspensão de direitos fundamentais, que ocorre apenas em estado de exceção constitucional (quer seja de sítio, quer de emergência). A distinção entre restrição e suspensão é melindrosa e de elevada complexidade.<sup>16</sup>

Podemos, ainda assim, identificar quatro aspetos distintivos. Desde logo, o contexto: enquanto a suspensão ocorre em estado de exceção constitucional, a restrição ocorre num cenário de normalidade constitucional. Outra distinção prende-se com a gravidade da afetação de direitos. A restrição atinge o conteúdo normal do direito, mas não o seu conteúdo essencial, o coração do direito; já a suspensão implica a afetação do conteúdo essencial do direito.

---

14 Catarina Santos Botelho, "Os estados de exceção constitucional... cit.", p. 56.

15 *Idem*, p. 55.

16 *Idem*, pp. 57-59

Quanto ao procedimento, a restrição tem de cumprir os seis requisitos cumulativos do artigo 18º da Constituição. Já a imensa gravidade da lesão operada por uma suspensão de direitos implicou a imposição constitucional de inúmeros limites procedimentais, materiais, temporais e circunstanciais.

Quanto à duração, a lei restritiva não tem limites temporais. Com efeito, pode subsistir indefinidamente na ordem jurídica, até ser substituída por outra ou revogada. Nos antípodas, a suspensão tem um limite temporal balizado: 15 dias, que poderão ser sujeitos a prorrogação.

É interessante verificar que o desenho constitucional da suspensão de direitos em Portugal é muito bizarro, porquanto “a suspensão do exercício de direitos não é, no rigor dos termos, uma genuína suspensão, verdadeiramente aniquiladora do conteúdo essencial do direito fundamental, mas uma espécie de restrição jusfundamental atípica e mais gravosa”.<sup>17</sup> Como José Carlos Vieira de Andrade perspicazmente observou, se a declaração e a execução do estado de exceção são limitadas ao estritamente necessário para o restabelecimento da normalidade, então “os direitos não ficam propriamente suspensos, mas antes precários ou «enfraquecidos»” perante a possibilidade de serem restringidos ou comprimidos.<sup>18</sup>

### 2.3. LIMITES SUBSTANCIAIS DO ESTADO DE EXCEÇÃO

Para evitar que o estado de exceção seja instrumentalizado num parágrafo de ditadura, a suspensão não reveste a forma de um cheque em branco.<sup>19</sup> Ao contrário das Constituições brasileira e espanhola, que especificam quais os direitos fundamentais

<sup>17</sup> *Idem*, p. 58.

<sup>18</sup> José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª ed. Almedina, 2012, p. 315, nt. 7.

<sup>19</sup> Catarina Santos Botelho, “Declaração de emergência ou da emergência da declaração?”, *Público*, 18/03/2020, disponível em: <https://www.publico.pt/2020/03/18/politica/noticia/declaracao-emergencia-emergencia-declaracao-1908266>

que podem ser suspensos, a Constituição portuguesa optou por responder a essa questão ao contrário, pela negativa, estipulando quais os direitos que não podem ser suspensos.

De facto, quanto aos limites substanciais ou materiais ao estado de exceção, é de destacar, à cabeça, a cláusula de intangibilidade do nº 6 do artigo 19º, segundo a qual não poderão ser suspensos os seguintes direitos: à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, à não retroatividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos, e a liberdade de consciência e de religião. Devido à sua proximidade aos valores pessoais fundamentais, alguma doutrina chega mesmo a apelidar esse reduto último de direitos como "direitos fundamentalíssimos"<sup>20</sup> ou de "direitos fundamentais absolutos".<sup>21</sup>

Importa, ainda, mencionar a rigorosa sujeição aos princípios da constitucionalidade e da legalidade (artigos 3º/3 e 19º/7 da Constituição), assim como o respeito pelo princípio da proporcionalidade. Cumpre não esquecer que o princípio da proporcionalidade é um princípio medular do estado de direito democrático.<sup>22</sup> Esse juízo de proporcionalidade acompanha quer o procedimento de declaração do estado de emergência, quer o regime da execução da exceção.<sup>23</sup> Por exemplo, é preciso efetuar um juízo de proporcionalidade para aferir se é ou não necessário desencadear um procedimento conducente à declaração de exceção. Depois, entre a opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, dever-se-á escolher a solução menos gravosa, que é o estado de emergência. De igual modo, poder-se-á decidir por um estado de emergência nacional – que abranje todo o território português – ou por um estado de emergência

---

20 José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...* cit., p. 314, José Casalta Nabais, "Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa", *Boletim do Ministério da Justiça*, 400, 1990, pp. 15-39, p. 28, e José M. M Cardoso da Costa, "A hierarquia das normas constitucionais e a sua função na protecção dos direitos fundamentais", *Boletim do Ministério da Justiça*, 396, 1990, pp. 5-27, p. 21.

21 Jorge Bacelar Gouveia, *O estado de excepção no direito constitucional*, Almedina, 1999, pp. 1463 e ss.

22 Ingo Kraft, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Rechtsverständnis", *Bayerische Verwaltungsblätter*, 138, 2007, pp. 577-581, e Jürgen Schwarze, "Dimensionen des Rechtsgrundsatzes des Verhältnismäßigkeit", in Jörn Ipsen (ed.) *Europa im Wandel - Festschrift für Hans-Werner Rengeling zum 70. Geburtstag*, Heymann, 2008, pp. 633-644.

23 Catarina Santos Botelho, "Os estados de exceção constitucional... cit.", p. 67.

restringido a uma específica parcela do território nacional. Outra manifestação da proporcionalidade é o dever de retorno à normalidade assim que possível. Idealmente e assim que surjam condições para cessar o estado de exceção, este não deverá ser prorrogado. Já quanto à seleção dos direitos fundamentais a suspender, deverá apenas recair sobre aqueles que muito possivelmente comprometam a execução do estado de exceção.<sup>24</sup>

Seja como for, alguma doutrina mostra-se bastante cética quanto às potencialidades do juízo de proporcionalidade em situações de exceção constitucional, pois entende que o pêndulo decisório tende a girar, assumida ou não assumidamente, a favor dos governos nacionais.<sup>25</sup>

## 2.4. O DECRETAMENTO DO ESTADO DE EXCEÇÃO

Em Portugal, quando se explica o processo de decretamento do estado de exceção, é difícil escapar ao lugar-comum que habitualmente serve para descrever, numa formulação que reconheço ser algo simplista, a tríade de atuações conducentes ao decreto de exceção: o Presidente da República declara, a Assembleia da República aprova, e o Governo referenda.<sup>26</sup>

O desenho constitucional português enfatiza os checks and balances, aquilo que, no Brasil, se designa por “freios e contrapesos”, que são proporcionados pelo acordo entre três órgãos de soberania democraticamente legitimados. O Chefe de Estado e o Parlamento são órgãos de soberania que possuem legitimidade democrática direta (artigos 121º e 148º da Constituição). Já o Governo possui legitimidade democrática indireta, pois é nomeado tendo em conta os resultados das eleições legislativas (nº 1 do artigo 187º) e necessita do apoio parlamentar, quer para entrar em plenitude de funções (artigo

---

24 *Idem, ibidem.*

25 Oren Gross, “Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?”, *Yale Law Journal*, 112, 2003, pp. 1011-1134, p. 1038.

26 Catarina Santos Botelho, “Os estados de exceção constitucional... cit., p. 68.

192º), quer para permanecer em funções. De facto, a Assembleia da República pode aprovar moções de censura ou aprovar moções de confiança, que poderão ter, como consequência, a demissão automática do Governo (nº 1 do artigo 19.º).

## **2.5. ESTADO DE EMERGÊNCIA DE JURE E DE FACTO? O DESASSOSSEGO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA**

Até agora, foram os dez decretos presidenciais de emergência. Irei analisá-los muito perfunctoriamente. O Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março, declarou o estado de emergência, com fundamento na verificação de uma situação de calamidade pública.<sup>27</sup> Vimos já que, desde que se iniciou a transição para a democracia, com a aprovação da Constituição de 1976, nunca havia sido decretada a exceção constitucional. O que motivou, assim, uma medida tão radical? Como escrevi, “este foi, a meu ver, o único decretamento do estado de emergência que se não configurava como uma obrigação constitucional. Em termos políticos, porém, tratou-se de uma declaração preventiva e, na minha opinião, politicamente adequada ao momento disruptivo de enorme incerteza e de pânico generalizado que se vivia”.<sup>28</sup>

O Decreto n.º 17-A/2020, de 2 de abril, renovou, pela primeira vez, a declaração de estado de emergência.<sup>29</sup> De seguida, o Decreto n.º 20-A/2020, de 17 de abril, procedeu à segunda renovação da declaração de estado de emergência.<sup>30</sup> Estas renovações, que ocorreram num contexto pandémico mais agravado, assentaram numa lógica reativa e implicaram novas restrições às liberdades fundamentais.

---

27 Diário da República n.º 55/2020, 3.º Suplemento, Série I de 2020-03-18.

28 Catarina Santos Botelho, “Emergência preventiva, reativa, cirúrgica... Reforçada?”, Público, 19 de janeiro de 2021. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2021/01/19/politica/opiniao/emergencia-preventiva-reativa-cirurgica-reforcada-1946968>>. Publicado igualmente no Observatório Almedina, em 25 de janeiro de 2021: <<https://observatorio.almedina.net/index.php/2021/01/25/emergencia-preventiva-reativa-cirurgica-reforcada/>>.

29 Diário da República n.º 66/2020, 1.º Suplemento, Série I de 2020-04-02.

30 Diário da República n.º 76/2020, 1.º Suplemento, Série I de 2020-04-17.

Entre 3 de maio e 5 novembro, transitou-se para a normalidade constitucional, permitindo-se um certo relaxamento das restrições previamente impostas e uma reabertura da economia. Não obstante, o Conselho de Ministros implementou, ao longo de vários meses, diferentes estados gradativos de exceção administrativa regulados pela Lei de Bases da Proteção Civil: o estado de alerta, o estado de contingência e o estado de calamidade, tendo em conta diferentes patamares de infeção no território nacional.<sup>31</sup>

Durante esse tempo, vários constitucionalistas alertaram para a inconstitucionalidade de algumas medidas adotadas. De facto, “como podemos observar em tantas situações (tais como os confinamentos inconstitucionais impostos nos Açores),<sup>32</sup> o estado de emergência administrativa mascarou, até um certo ponto, um estado de emergência constitucional de facto. Clarificando as coisas, sofremos as desvantagens de uma quasi-emergência (as afetações gravosas dos direitos fundamentais), sem termos obtido os benefícios da mesma (todas as garantias de controlos mútuos de poder que a Constituição oferece)”.<sup>33</sup>

Com o agravar da situação pandémica, a 6 de novembro de 2020, o Presidente da República, decretou o estado de emergência constitucional, numa configuração gradativa ou cirúrgica, pois a gravidade das medidas a adotar estava dependente do número de infetados por concelho.<sup>34</sup> Essa declaração de emergência foi renovada três

---

31 Lei n.º 27/2006, de 3 de julho. O estado de alerta consta dos artigos 13.º a 15.º, o estado de contingência dos artigos 16.º a 18.º e o estado de calamidade dos artigos 189.º a 30.º.

32 Para mais desenvolvimentos, ver Catarina Santos Botelho, “COVID-19 and stress on fundamental rights in Portugal: An intermezzo between the state of exception and constitutional normality”, *Revista Catalana de Dret Públic - Especial sobre el dret en temps d'emergència sanitària*, 2020, pp. 183-194, p. 191. A jurisprudência Covid-19 é ainda relativamente escassa. Fazemos referência, porém, ao relevante Acórdão do Tribunal Constitucional português, n.º 424/2020, de 31 de julho, que, num processo de fiscalização sucessiva concreta (artigos 204.º e 280.º da Constituição) julgou “inconstitucionais as normas contidas nos pontos 1 a 4 e 7 da Resolução do Conselho do Governo n.º 77/2020 e nos pontos 3, alínea e), e 11 da Resolução do Conselho do Governo n.º 123/2020, nos termos das quais se impõe o confinamento obrigatório, por 14 dias, dos passageiros que aterrem na Região Autónoma dos Açores, por violação do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º, por referência ao artigo 27.º, da Constituição da República Portuguesa”.

33 Catarina Santos Botelho, “Emergência preventiva, reativa, cirúrgica... Reforçada?”, *Público*, cit.

34 Decreto n.º 51-U/2020, *Diário da República* n.º 217/2020, 1.º Suplemento, Série I de 2020-11-06.

vezes: a 20 de novembro,<sup>35</sup> a 4 de dezembro<sup>36</sup> e a 17 de dezembro de 2020,<sup>37</sup> e a 6 de janeiro de 2021.<sup>38</sup> Nessa última renovação, por não ter sido “possível realizar antes de meados de janeiro uma nova reunião com os especialistas com dados significativos da evolução daquela”, o Presidente optou por renovar o estado de emergência por apenas uma semana.

Não tardou, porém, para que os efeitos de um certo relaxamento das medidas sanitárias no período do Natal e Ano Novo se repercutissem nos casos novos de infeção. No decreto de emergência do dia 13 de janeiro,<sup>39</sup> assim como no decreto de 28 de janeiro,<sup>40</sup> possibilitou-se um novo confinamento geral. A renovação da emergência alicerçou-se na necessidade iminente de criar, nas palavras do Presidente da República, “um travão de reforçada emergência”.<sup>41</sup>

Pela primeira vez, dentre as sucessivas declarações de emergência, assistimos às duas renovações de emergência reforçadas e que procuram responder ao mais gravoso período de emergência até então experienciado.<sup>42</sup> Na verdade, Portugal encontra-se, à data em que escrevemos este texto,<sup>43</sup> entre os países do mundo com maior número de novos falecimentos e de novas infeções por 100 mil habitantes

35 Decreto n.º 59-A/2020, Diário da República n.º 227/2020, 1.º Suplemento, Série I de 2020-11-20

36 Decreto n.º 61-A/2020, Diário da República n.º 236/2020, 2.º Suplemento, Série I de 2020-12-04.

37 Decreto n.º 66-A/2020, Diário da República n.º 244/2020, 1.º Suplemento, Série I de 2020-12-17.

38 Decreto n.º 6-A/2021, Diário da República n.º 3/2021, 1.º Suplemento, Série I de 2021-01-06.

39 Decreto n.º 6-B/2021, Diário da República n.º 8/2021, 2.º Suplemento, Série I de 2021-01-13.

40 Decreto n.º 9-A/2021, Diário da República n.º 19/2021, 1.º Suplemento, Série I de 2021-01-28. Como resulta do preâmbulo do Decreto, “a situação de calamidade pública provocada pela pandemia COVID-19 continua a agravar-se, fruto, segundo os peritos, da falta de rigor no cumprimento das medidas restritivas, bem como de novas variantes do vírus SARS-COV-2, que tornam ainda mais difícil a contenção da disseminação da doença. A capacidade hospitalar do País está posta à prova, mesmo com a mobilização de todos os meios do SNS, das Forças Armadas, dos setores social e privado, pelo que não há alternativa à redução de casos a montante, que só é possível com a diminuição drástica de contágios, que exige o cumprimento rigoroso das regras sanitárias em vigor e a aplicação de restrições de deslocação e contactos. Os peritos insistem que a intensidade e eficácia das medidas restritivas, em particular um confinamento mais rigoroso, é diretamente proporcional à eficácia e rapidez da desaceleração de novos casos, em seguida de internamentos e finalmente de óbitos. Nestes termos, impõe-se renovar mais uma vez o estado de emergência, para permitir ao Governo tomar as medidas mais adequadas para continuar a combater esta fase da pandemia”.

41 Catarina Santos Botelho, “Emergência preventiva, reativa, cirúrgica... Reforçada?”, Público, cit.

42 Idem, *ibidem*.

43 Última semana de janeiro de 2021.

nos últimos sete dias.<sup>44</sup> Sem dúvida, uma triste realidade para um país que, no início da pandemia, era apontado como um exemplo a seguir ou até como um “milagre” entre os seus congêneres europeus.<sup>45</sup>

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A terminar, a pergunta naturalmente será esta: é esse cenário político-legislativo que queremos para o nosso futuro? “O que dizer deste estado de coisas? Em primeiro lugar, assistimos, em particular entre abril e novembro, a uma fuga governamental ao crivo presidencial e parlamentar, através de resoluções do Conselho de Ministros. Os riscos que daqui advieram são evidentes: esses atos normativos não foram sujeitos à apreciação parlamentar (artigo 169º da Constituição), nem à promulgação, veto político ou veto jurídico (na sequência de um pedido de fiscalização preventiva) do Presidente da República, nos termos do artigo 136º da Constituição”.<sup>46</sup> Num estudo empírico do período entre 1974 e 2016, o Anna Lührmann e Bryan Rooney concluíram que a erosão democrática era 75% mais provável de suceder na vigência de estados de exceção.<sup>47</sup> Portanto, em estados de emergência que se prolongam no tempo, há um risco acrescido de erosão democrática e de autocratização por decreto.

“Em segundo lugar e conseqüentemente, não podemos deixar de salientar a total desadequação da nossa legislação ordinária para lidar com a pandemia. A Lei de Bases da Proteção da Civil e a demais legislação de emergência não foram pensadas para situações deste tipo, nem lhe conseguem dar resposta. Assim, e na esteira do que tem sido defendido por vários constitucionalistas, também advogo a aprovação de uma lei de emergência sanitária”.<sup>48</sup> Essa lei já deveria es-

44 <https://edition.cnn.com/videos/world/2021/01/29/portugal-coronavirus-covid-19-crisis-soares-pkg-intl-hnk-vpx.cnn>

45 <https://www.politico.eu/article/how-portugal-became-europes-coronavirus-exception/>

46 Catarina Santos Botelho, “Emergência preventiva, reativa, cirúrgica... Reforçada?”, Público, cit.

47 Anna Lührmann e Bryan Rooney, “Autocratization by Decree: States of Emergency and Democratic Decline”. *Comparative Politics*, 2020, forthcoming.

48 Catarina Santos Botelho, “Emergência preventiva, reativa, cirúrgica... Reforçada?”, Público, cit.

tar em vigor há muito tempo, quer através de proposta de lei do Governo (alínea d do nº 1 do artigo 197.º da Constituição), quer mediante projeto de lei da Assembleia da República (alínea b do artigo 156º).

Seja como for, importa ressaltar que “aprovar a legislação sanitária não significa a desnecessidade de, no futuro, o Presidente da República declarar a emergência constitucional. Como bem se aceitará, há determinadas afetações dos direitos fundamentais que, por serem tão gravosas, se configuram como verdadeiras suspensões de direitos, e não como meras restrições. Quanto a mim, a vantagem da adoção da legislação sanitária seria a de evitar a fuga para a legislação por resolução do Conselho de Ministros, mitigando o confuso saltitar entre estado de emergência constitucional e o estado de emergência administrativa”.<sup>49</sup>

A terminar, os tempos difíceis que vivemos ensinam-nos – a todos, aos cientistas, aos juristas, aos economistas, aos profissionais de saúde, etc. – a humildade intelectual. “As teses perfeitamente estruturadas sob a égide do magnífico edifício constitucional capitulam perante a realidade das coisas: o dever-ser pelo que efetivamente é; a law in books pela law in action”.<sup>50</sup> Quando os pais fundadores desenharam o edifício constitucional, certamente não antecipavam uma vivência tão brutalmente disruptiva como a que presentemente vivemos. Por isso, neste incerto e difícil ano que se inicia, o importante é seguir em frente com determinação. Estranhamente perturbadoras e certeiras são as belíssimas palavras de Antonio Machado: “Caminante, son tus huellas el camino y nada más; Caminante, no hay camino, se hace camino al andar. Al andar se hace el camino, y al volver la vista atrás, se ve la senda que nunca se ha de volver a pisar. Caminante no hay camino sino estelas en la mar”.<sup>51</sup>

---

49 *Idem, ibidem.*

50 Catarina Santos Botelho, “Eleições em emergência”, Blog da Fundação Francisco Manuel dos Santos, 14 de janeiro de 2021. Disponível em: <<https://www.ffms.pt/blog/artigo/501/eleicoes-em-emergencia>>.

51 *Idem, ibidem.*