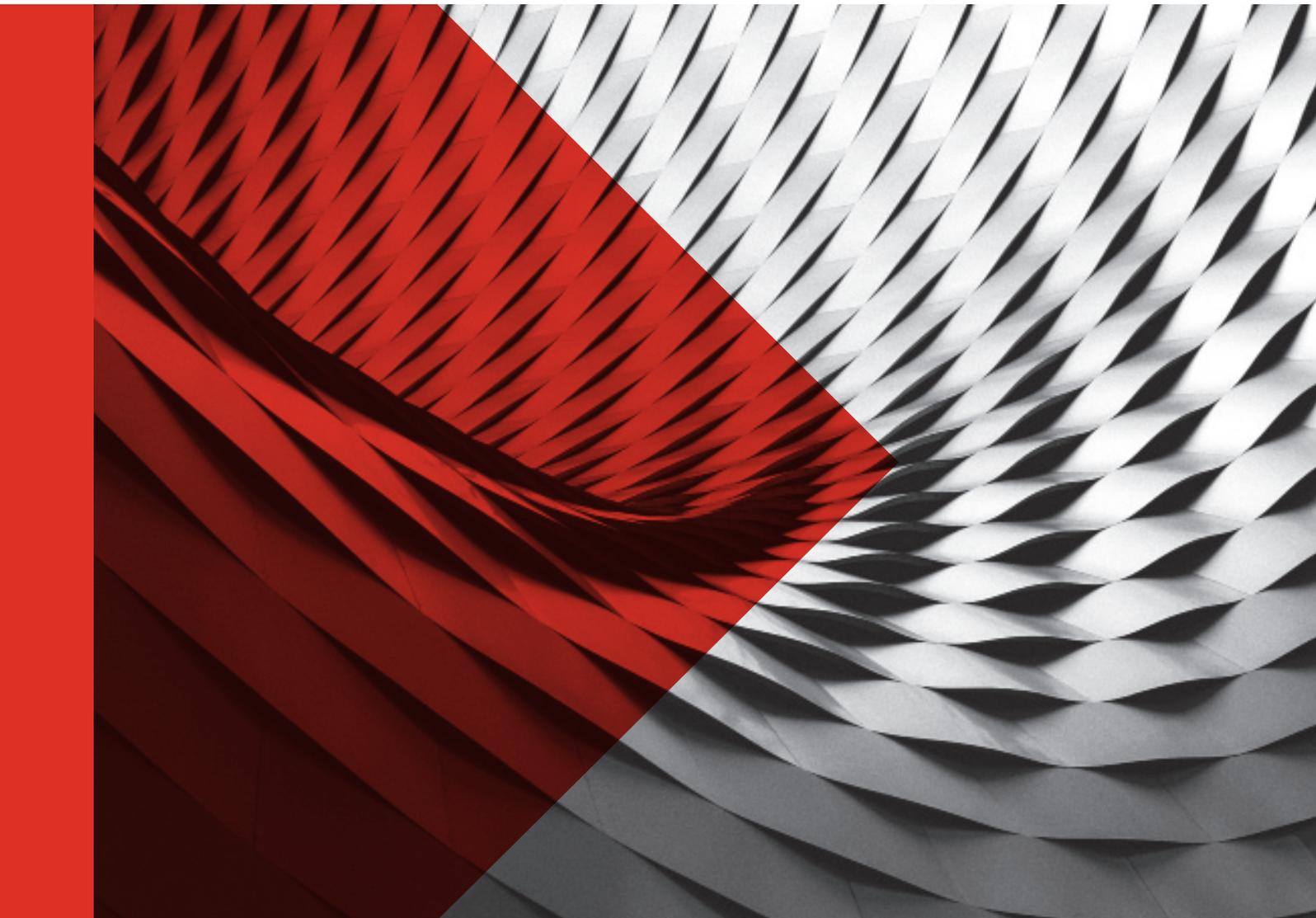


A EFICÁCIA RETROATIVA DO ESTADO DE EMERGÊNCIA

(RESPOSTA A JORGE REIS NOVAIS)

Rúben Ramião



A Eficácia Retroativa do Estado de Emergência (Resposta a Jorge Reis Novais)

Rúben Ramião

Começo por dizer o seguinte: os grandes autores, mais do que nos aproximarem da verdade (independentemente do que se entenda por verdade), são os que nos desafiam a pensar. São agentes de saúde intelectual!

O meu propósito neste pequeno artigo de opinião é precisamente responder a uma das notas críticas que o Prof. Jorge Reis Novais avançou no seu artigo “Estado de Emergência – Quatro Notas Jurídico-Constitucionais sobre o Decreto Presidencial” publicado no *Observatório Almedina* (disponível em <https://observatorio.almedina.net/>) no dia 19 de Março de 2020.

Debruço-me sobre a 4ª nota deste artigo, na qual Jorge Reis Novais considerou inconstitucional a eficácia retroativa do Decreto Presidencial que instaurou o estado de emergência em que nos encontramos (já prolongado). Especificamente, diz o artigo 7º do Decreto: “São ratificadas todas as medidas legislativas e administrativas adotadas no contexto da presente crise, as quais dependem da declaração do estado de emergência”.

Sobre este artigo, escreveu o distinto constitucionalista português: *«Não sendo fácil apurar um sentido normativo de uma composição tão linguisticamente estranha, aquele que parece mais plausível será o de que se pretende com esta norma sanar as eventuais inconstitucionalidades ou ilegalidades de medidas legislativas e administrativas que só pudessem ter sido emitidas com base e no quadro da declaração do estado de emergência e que realmente tivessem sido ou venham a ser emitidas na inexistência ou fora desse quadro.*

Porém, se é de facto isso – e não se vê que mais possa ser –, o mínimo que se pode dizer é que esta norma é inconstitucional. Precisamente, a declaração do estado de emergência visa conferir cobertura constitucional às medidas legislativas e administrativas que venham a ser emitidas durante a sua vigência e de acordo com os seus limites e só a essas. Sanação retroativa ou prospetiva de inconstitucionalidades e de ilegalidades não existe e muito menos seria da competência do Presidente da República, sob pena da violação ostensiva do princípio constitucional da separação de poderes.»

Ora, como sabemos, o estado de emergência foi decretado em Portugal, como em vários Países na Europa e no Mundo, em face de uma pandemia de um coronavírus (SARS-COV-2) que origina uma doença (COVID-19), com um grau de contágio tal, que se tornou numa ameaça aos sistemas nacionais de saúde (por os fazer entrar em colapso), originando um grande número de doentes internados e de mortes provocados pela referida infeção.

Assim, para prevenir a transmissão do vírus, mesmo antes do decretamento do estado de emergência, foi declarado em Portugal o estado de alerta (ao abrigo da Lei de Bases da Proteção Civil), e adotadas medidas de contenção (imediatamente promulgadas pelo

Presidente da República, como consta, aliás, do seu próprio Decreto que declarou o estado de emergência).

Todavia, para garantir preventivamente a adoção das medidas necessárias ao combate à transmissão deste vírus, com o parecer favorável do Governo e com a autorização da Assembleia da República, o Presidente da República entendeu que se justificava a declaração do estado de emergência, suspendendo as liberdades (em especial a de circulação) que poderiam favorecer a disseminação do vírus e dessa forma comprometer a proteção da saúde e vida dos portugueses.

Não irei abordar o concreto enquadramento jurídico de tal suspensão de direitos expressa no Decreto (de resto, amplamente criticada por Jorge Reis Novais no seu artigo), mas somente a possibilidade e viabilidade constitucional do Decreto poder abranger medidas tomadas anteriormente. O mesmo é dizer: pode o estado de emergência produzir efeitos para o passado? Naturalmente, a questão não se coloca quanto à eficácia para além do *terminus* do estado de emergência, pois se se justifica a sua continuação, pode este ser prolongado, não estabelecendo a nossa Constituição um limite temporal definitivo.

Quanto à fórmula linguística, acompanho o pensamento de Jorge Reis Novais, o “ser ratificado” aqui traduz um sentido normativo, ou seja, o que se quer dizer é que o resguardo do estado de emergência abrange não somente as medidas legais e administrativas tomadas após o seu decretamento e durante a sua vigência (incluindo as possíveis e necessárias prorrogações), mas também as medidas legais e administrativas tomadas ainda antes da sua vigência. A norma que consta do enunciado linguístico do artigo 7º do Decreto Presidencial tem claramente um efeito retroativo.

O estado de emergência, uma das modalidades de suspensão do exercício dos direitos, não constitui (como explicam os cultores da ciência jurídico-constitucional portuguesa) uma rutura constitucional ou uma agressão ao Estado de Direito Democrático-Constitucional. Antes do mais, deve ser entendido como uma garantia constitucional. Trata-se de uma garantia porque um regime como o nosso, baseado na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, fraternidade, igualdade, e centrado na salvaguarda dos direitos e liberdades individuais, não admite que em casos de absoluta necessidade, alguns direitos não possam ser suspensos para garantir a própria sobrevivência do Estado (como no caso de ameaça estrangeira, ou a defesa de outros direitos e liberdades fundamentais, como no caso da proteção da vida e saúde nos casos de calamidade pública). Não é somente um poder, mas sim um poder/dever. A Constituição portuguesa não confere simplesmente ao Estado (órgãos constitucionais de soberania) um poder de suspender certos direitos e liberdades fundamentais, mas sim, um dever de o fazer se for absolutamente imprescindível para garantir o próprio Estado e os direitos e liberdades dos cidadãos. Caso não o faça, pode mesmo haver uma inconstitucionalidade por omissão, dado que essa mesma omissão pode resultar, como afirma Jorge Miranda, de um aproveitamento para fins anticonstitucionais pelos detentores do poder ou acabar por redundar numa espécie de golpe de Estado (Jorge Miranda, Anotação ao artigo 19º, *in Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª Ed., Coimbra Editora, pág. 410).

Todo o regime jurídico da suspensão de direitos está sujeito ao princípio do caráter excecional e limitado da suspensão. As limitações constitucionais ao exercício da

suspensão prendem-se, por um lado, com as circunstâncias factuais que a podem determinar, ou seja, os seus requisitos materiais, e, por outro lado, com as formalidades exigidas (audição do Governo e autorização da Assembleia da República). O seu exercício está balizado pelo princípio da proporcionalidade (as medidas adotadas devem ser necessárias, adequadas e equilibradas para proteger o Estado constitucional ou o povo), e limitado temporalmente (a suspensão é válida por 15 dias, podendo ser renovada).

Ora, a Constituição estabelece, pois, um prazo de vigência para a suspensão dos direitos, neste caso, o estado de emergência será válido por 15 dias, já tendo sido renovado. Mas a Constituição não proíbe expressamente que os efeitos jurídicos da suspensão de direitos, neste caso, o estado de emergência, não possam ter eficácia no passado. A fixação do prazo de 15 dias (renovável) justifica-se pela excepcional gravidade constitucional que comporta uma suspensão dos direitos e liberdades, procurando, assim, evitar uma subversão constitucional ou um aproveitamento das circunstâncias extraordinárias que podem ocorrer para que os titulares do poder possam agredir a constitucionalidade do Estado ou tentar modificar a sua natureza democrática e protetora dos direitos fundamentais reconhecidos.

Assim sendo, o estado de emergência deve ser interpretado e aplicado tendo em conta a sua natureza de garantia constitucional, devendo ser delimitado, na sua eficácia e execução, pelo sentido protetor que visa conferir.

No nosso caso, a pandemia obrigou à adoção de medidas restritivas mesmo antes da declaração do estado de emergência. O Decreto Presidencial teve como objetivo garantir preventivamente que o Governo tinha plenos poderes para combater a transmissão do vírus e que nenhuma dúvida restasse acerca da sua legitimidade para restringir determinados direitos e liberdades. Para além disso, o simples ato de declarar o estado de emergência teve também o alcance de criar na opinião pública, nos cidadãos, a clara e inequívoca perceção de que a situação que atravessamos é gravíssima. Ou seja, não é que ao abrigo das normas legais de proteção civil, o Governo não pudesse aplicar as medidas que adotou no âmbito do estado de emergência, mas a sua execução prática resulta facilitada porque, como o demonstrou a experiência de outros Países, o essencial é que os cidadãos percebam a real perigosidade deste contágio e acatem rapidamente as medidas tomadas. Não basta aprovar medidas restritivas para impedir a circulação do vírus, é essencial que os cidadãos as executem, uma vez que, não é possível pôr um polícia à porta de casa de cada pessoa para fiscalizar o seu cumprimento da quarentena exigida. O Presidente da República Portuguesa pode ter muitos defeitos, mas a incapacidade de antever cenários possíveis, seguramente, não é um deles. Na minha opinião, ele rapidamente percebeu que, apesar de os portugueses, na sua maioria, já estarem em confinamento mesmo antes do estado de emergência vigorar, a sua declaração exigia-se preventivamente para condicionar ainda mais a mente dos cidadãos, isto é, para que eles não facilitassem (como sói dizer-se).

O estado de emergência em Portugal tem dois objetivos claros: (i) consciencializar os cidadãos (criando uma pressão psicológico-emocional) para a gravidade do problema e com isso evitar uma descompressão social derivada do cansaço que as medidas de confinamento produzem, uma vez que é contrário à natureza do Homem pedir que se

isole e abdique da sua liberdade, caracterizando-se o ser humano, precisamente, por ser um ser social e motivado pela consciência da sua liberdade. Não esteve em causa uma legitimação jurídica das medidas restritivas adotadas ou a adotar, porque essa já decorre da lei. Mas aqui entramos no segundo objetivo desta declaração: mesmo que a legalidade das medidas restritivas não estivesse em causa, se dúvidas houvesse, a declaração desfê-las. Por estas duas razões, a declaração é preventiva e não reativa.

É relativamente a este segundo ponto que se justifica plenamente a retroatividade da declaração. É que, sendo uma suspensão de direitos, como o é, o estado de emergência, antes do mais, uma garantia de proteção dos próprios direitos e liberdades, neste caso, contra uma calamidade pública, é necessário que essa garantia respeite o princípio da igualdade. A expressa retroatividade da eficácia, ou seja, do alcance do estado de emergência, permite clarificar, se dúvidas houvesse, que não teríamos sacrificados a litigar contra o próprio Estado pelas lesões criadas pelas medidas restritivas e outros na mesma situação que não o poderiam fazer por terem sido “chamados” a contribuir para o bem comum já no decurso do estado de emergência. Por exemplo, imagine-se que antes da declaração do estado de emergência, uma empresa é requisitada para parar a sua confeção de vestuário normal e começar a produzir equipamento de proteção contra o vírus. Outra empresa é também requisitada, mas já no âmbito da vigência do estado de emergência. Sem uma eficácia ou sanção retroativa da requisição (através da suspensão da propriedade e iniciativa económica privada), poderíamos ter na população uma sensação de incerteza jurídica que propiciasse demandas judiciais que poderiam, quem sabe (mesmo com apoio das leis de proteção civil), originar indemnizações a certos cidadãos e não a outros, quando o seu esforço fora igualmente determinado pela excecionalidade da situação. Não quer isto dizer que a retroatividade dos efeitos do estado de emergência não possa ser sindicada junto dos Tribunais, claro está, mas esta eficácia retroativa visa consolidar uma segurança e certezas jurídicas, bem como a garantia de igualdade dos cidadãos (relativamente aos seus sacrifícios) face a essa mesma segurança e certeza, pensando sobretudo nos efeitos contínuos da pandemia, não somente na saúde dos portugueses, como também na própria economia do País.

Eu concordaria com o Prof. Jorge Reis Novais, quando ele considera que o artigo 7º do Decreto Presidencial viola o princípio da separação de poderes, se o Presidente tivesse extravasado o poder que lhe fora atribuído pelo parecer favorável do Governo e pela autorização da Assembleia da República. Se a retroatividade dos efeitos do estado de emergência não constasse do projeto enviado ao Governo e à Assembleia da República, então a norma do artigo 7º do Decreto Presidencial seria inevitavelmente inconstitucional, geradora de nulidade atípica, a meu ver, sanável numa eventual e futura autorização relativamente ao prolongamento do estado de emergência. Mas não foi isso que aconteceu. A retroatividade dos efeitos da declaração foi aprovada pela própria Assembleia da República. Quando muito, haveria uma violação do princípio da separação de poderes em conjunto pelo Presidente da República e Assembleia da República, e nunca somente pelo primeiro.

Entender e aplicar o instituto do estado de emergência com a rigidez formal no sentido de que só ao seu abrigo presente possam estar justificadas medidas restritivas de direitos e liberdades, não tem em conta possíveis situações extremas que possam ocorrer e que admitam plenamente essas medidas como necessárias. Por exemplo, imagine-se que o

vírus, por hipótese absurda, tinha infetado todos os deputados à Assembleia da República e o próprio Presidente da República, ficando todos em estado crítico e ligados a um ventilador, sem que, por força disso mesmo, pudesse ser decretado o estado de emergência. Ao Governo exigir-se-ia, por uma questão de necessidade, que fossem tomadas certas medidas de combate à propagação do vírus, medidas essas que somente teriam apoio num eventual estado de emergência. Ou o Governo não as tomava, ou se o fizesse incorreria em grave inconstitucionalidade, mesmo que, depois da recuperação do Presidente da República e dos deputados à Assembleia da República, fosse decretado o estado de emergência com eficácia retroativa (abrangendo o hiato temporal em que essa declaração não fora possível). Outro exemplo relativo a uma calamidade pública: pense-se na ocorrência de um sismo de grande magnitude com efeitos catastróficos em todo o território nacional, deixando o Presidente da República, Presidente da Assembleia da República e restantes deputados soterrados (com a exceção do Primeiro-Ministro e alguns membros do Governo); são necessárias medidas extraordinárias que implicam a suspensão de alguns direitos, até aos respetivos titulares dos órgãos de soberania serem resgatados não pode ser declarado estado de emergência, a serem tomadas essas medidas, seriam inconstitucionais? Mesmo que, depois de resgatados, os deputados autorizassem e o Presidente declarasse o estado de emergência, com reporte ao período em que se iniciou a emergência (acarretando desde logo a adoção de medidas suspensivas) que impediu essa mesma declaração, seriam medidas inconstitucionais para esta visão rígida do instituto.

Não creio ser esse o melhor entendimento da nossa Constituição. Não é sensato. É admitir a possibilidade de estender a cobertura do estado de emergência a atos praticados anteriormente à sua vigência, desde que esses efeitos se repercutam num período temporal em que os requisitos substantivos (neste caso, a situação de emergência) estejam preenchidos. Ou seja, os efeitos da declaração de emergência só podem incidir no passado até ao momento em que se iniciou situação de emergência que admitisse essa mesma declaração *ab initio*. Este entendimento permite resolver ou dar cobertura constitucional aos dois exemplos referidos. Destarte, harmonizam-se os critérios e limites formais do estado de emergência com a sua *raison d'être*, ou seja, um instrumento constitucional de garantia da própria proteção dos direitos e liberdades fundamentais, em especial nos casos de calamidade pública.

Pode haver a tentação de refutar este entendimento com recurso à disciplina do artigo 18º/nº3 da nossa Constituição que proíbe o efeito retroativo das leis restritivas de direitos liberdades e garantias. Porém, esta norma constitucional é um instrumento de natureza diferente da suspensão dos direitos prevista no artigo 19º. No caso de leis restritivas, enfrentamos normas que terão de ser gerais e abstratas e dispor somente para o futuro, por uma questão de confiança, de igualdade, de previsibilidade e de proteção contra o arbítrio do legislador, e de garantia do próprio núcleo essencial dos direitos fundamentais. As normas restritivas têm uma pretensão de validade temporal indefinida, e são, normalmente, criadas com recurso a uma discussão política alargada. Quer dizer, as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias obedecem a uma disciplina de justificação racional dos direitos sob o manto da cláusula geral de ponderação. Ora, uma suspensão do exercício de direitos resulta de uma situação de urgência, em que, nalguns casos, têm de ser aplicadas certas restrições mesmo antes de formalmente poder ser

decretada essa mesma suspensão. Daí a necessidade de poderem/deverem estar cobertas pela vigência da própria suspensão. O artigo 18º exige que as restrições constituam normas jurídicas. A suspensão dos direitos exige medidas concretas, abstratas e gerais, ou individuais e concretas (normas jurídicas ou atos administrativos), adaptadas constantemente à evolução da situação específica que as justifiquem. As restrições decorrentes de uma suspensão (sem entrar na discussão doutrinal sobre o real significado e circunscrição jurídico-constitucional de termos como restrição, suspensão, limitação ou privação de um direito) são meramente temporárias, destinam-se somente ao período de urgência (delimitadas pelo princípio da proporcionalidade), e não podem ficar reféns de um formalismo excessivo que tolhe a sua própria exigência constitucional, e retire sentido prático à cobertura constitucional da situação de urgência, enfraquecendo a garantia do próprio estado de emergência.

Lisboa, 6 de Abril de 2020.