



Anna Claudia Lavoratti

# O ESTADO DE EXCEÇÃO EM FACE DA EMERGÊNCIA ECONÔMICO-FINANCEIRA

Um olhar sobre a jurisprudência portuguesa da crise

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, com menção em  
Direito Constitucional, apresentada à Faculdade de Direito  
da Universidade de Coimbra

Coimbra / 2018



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



**FDUC** FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**O ESTADO DE EXCEÇÃO EM FACE DA EMERGÊNCIA ECONÔMICO-  
FINANCEIRA: um olhar sobre a jurisprudência portuguesa da crise**

**THE STATE OF EXCEPTION IN THE FACE OF ECONOMIC AND FINANCIAL  
EMERGENCY:  
A look at portuguese crisis jurisprudence**

**ANNA CLAUDIA LAVORATTI**

Dissertação apresentada no âmbito do 2º  
Ciclo de Estudos em Direito (conducente  
ao grau de mestre) da Faculdade de  
Direito da Universidade de Coimbra.

Área de Especialização: Mestrado  
Científico em Ciências Jurídico-Políticas  
com menção em Direito Constitucional.

Orientador: Professora Doutora Suzana  
Tavares da Silva

**COIMBRA  
2018**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradecer é gratidão. Gratidão é reconhecer.

Não há reconhecimento que se desvincule de Deus.

Não haveria ao que agradecer se não fosse o dom da vida.

Fala-se em vida, fala-se em Mãe, com letra maiúscula como nome próprio.

A ela devo o respirar, o aprender, o ser que sou, a oportunidade que tive e as que virão.

Agradecer também é educação.

É sempre educado agradecer aos presentes de Deus em caminhadas árduas.

Presentes que nem sempre chegam com lindos laços, mas com os mais belos corações.

Presentes que em nomes se personificam do outro lado do oceano e que diante da ausência e distância respondem com apoio e compreensão: Mayara, Theo (*in memoriam*), Kate, Kiko, Audo, Heloyse, Sabrina, Caroline e Isabel.

Também há presentes que foram entregues do lado de cá, que trouxeram sol após a chuva, paz na maré brava e transformaram as pedras do caminho em areia macia: Maria Vitória, Arlete, Ana Paula, Raísa, Beatriz, Paloma, Graziela, Carlos, Ludmilla, Aline, Ana Laura, Gabriela.

Agradecer implica em gratidão.

Não há como agradecer sem ser grato.

Páginas como as que se entregam não são possíveis sem orientações.

O orientar também se personifica em nome: Suzana Tavares da Silva.

Agradecer merece em certas ocasiões um agradecimento generalizado.

A cada incentivo, a cada centavo economizado, a cada experiência, a cada elemento material ou imaterial que tornou possível a realização desse sonho e o início de um novo caminho.

Obrigada.

## RESUMO

É tradicionalmente aceite, com respaldo na quase totalidade de Constituições, a concepção do estado de exceção como mecanismo legítimo para o enfrentamento de eventos de natureza violenta. Em razão dessa acepção restritiva, quando a última grave crise econômico-financeira atingiu diversos países europeus, formalmente, os regimes de emergência previstos não podiam ser invocados para enfrentá-la. Porém, na eminência de efeitos desastrosos caso não fossem adotadas medidas para lhe fazer face, os Estados se viram impelidos a promover alterações legislativas que desviaram dos padrões da normalidade constitucional. Diante do exposto, a presente pesquisa busca inicialmente realizar uma análise da estrutura do estado de exceção, desde os seus primeiros moldes, concepções e características de que é dotado atualmente, de modo a aferir a que espécies de emergências tem aplicabilidade. Na sequência, em face do conceito tradicional de estado de exceção ter sido confrontada pela depressão econômica acima aludida, será analisado a relação entre essas categorias, em particular, se um *direito da crise* encontra respaldo doutrinário e jurisprudencial. Para maior tangibilidade, o contexto de Portugal será introduzido como objeto de estudo, incluídos os documentos internacionais a que o Estado se vinculou para enfrentar a crise e a jurisprudência prolatada no período, no objetivo de abstrair possíveis pistas do mencionado *direito da crise*. Por fim, buscar-se-á delinear algumas das consequências práticas do embate ocorrido entre Constituição e realidade (estado de exceção tradicional e crise econômico-financeira), no fito de atestar a atual capacidade dos Estados para lidar com essa modalidade emergencial e, em especial, se não figuraria o estado de exceção como alternativa adequada e/ou necessária.

**Palavras-chaves:** Estado de exceção; Crise econômico-financeira; Medidas de austeridade; Parâmetros de fiscalização de constitucionalidade; Direito da crise; In(determinabilidade) temporal; Constitucionalização.

## ABSTRACT

It is traditionally accepted, with support in almost all Constitutions, the conception of the state of exception as a legitimate mechanism for facing events of a violent nature. Because of this restrictive view, when the last severe economic and financial crisis affected several European countries, formally, the planned emergency schemes could not be invoked to face it. However, in the face of disastrous effects if measures were not taken to deal with it, States were compelled to promote legislative changes that deviated from the standards of constitutional normality. In view of the above, this research initially seeks to perform an analysis of the structure of the state of exception, from its first molds, conceptions and the characteristics of which it is currently endowed, in order to assess to which emergency species it has applicability. Following, having the traditional concept of the state of exception been confronted by the economic depression mentioned above, the relationship between these categories will be analyzed, particularly if a law of the crisis finds doctrinal and jurisprudential support. For greater tangibility, the portuguese context will be introduced as an object of study, including the international documents to which the State has been linked in order to face the crisis and the jurisprudence proclaimed in the period, in order to abstract possible clues of the aforementioned right of the crisis. Finally, we will seek to outline the practical consequences of the conflict between Constitution and reality (a traditional state of exception and economic and financial crisis), in order to attest to the current capacity of States to deal with this emergency modality and, in particular, if the state of exception would not appear as an appropriate and / or necessary alternative.

**KEY-WORDS:** State of exception; Economic and financial crisis; Austerity measures; Parameters of constitutionality review; Law of the crisis; In (determinability) temporal; Constitutionalisation.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

BCE – Banco Central Europeu

CES – Contribuição Extraordinária de Solidariedade

CEDH - Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Cfr. – Conferir

CRP – Constituição da República Portuguesa

Ed. – Edição

FEFF – Fundo Europeu de Estabilidade Financeira

FMI – Fundo Monetário Internacional

IRS – Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares

LOE – Lei de Orçamento do Estado

LRESEE – Regime do Estado de Sítio e do Estado de Emergência

MEEF – Mecanismo Europeu de Estabilidade Financeira

Nº - Número

Ob. Cit. – Obra citada

P./pp. – Página/ Páginas

PAEF – Programa de Assistência Económica e Financeira

PEC – Programa de Estabilidade e Crescimento

PIB – Produto Interno Bruto

PIDCP – Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

PIDESC – Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais

Ss. – Seguintes

STC – Sentencia del Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TC – Tribunal Constitucional

TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia

Vol. – Volume

## ÍNDICE

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>1. CAPÍTULO – ESTADO DE EXCEÇÃO: ORIGEM, PREVISÃO E NOMENCLATURA .....</b>	<b>11</b>
1.1. GÊNESE E INFLUÊNCIA DO DIREITO ROMANO .....	11
1.2. CONCEPÇÃO E ZONEAMENTO .....	16
1.3. REGULAMENTAÇÃO.....	23
1.3.1. <i>O entendimento dos juristas .....</i>	<i>23</i>
1.3.2. <i>Ontem e hoje.....</i>	<i>27</i>
1.3.3. <i>Previsão no âmbito internacional .....</i>	<i>35</i>
1.4. CARACTERÍSTICAS .....	36
1.5. ESTADO DE EXCEÇÃO ANTE OS NOVOS DESAFIOS .....	50
<b>2. CAPÍTULO – O ESTADO DE EXCEÇÃO E A CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA .....</b>	<b>55</b>
2.1. O DIREITO DA CRISE .....	55
2.1.1. <i>Conceito.....</i>	<i>55</i>
2.1.2. <i>Contexto próximo: O caso especial do PAEF – Programa de Assistência Econômica e Financeira Português .....</i>	<i>74</i>
2.1.3. <i>Institutos jurídicos dogmáticos postos à prova na jurisprudência do Tribunal Constitucional português.....</i>	<i>82</i>
2.1.4. <i>Novos contributos da jurisprudência portuguesa da crise.....</i>	<i>103</i>
2.1.5. <i>Breves apontamentos críticos de um direito da crise econômica sem alicerces constitucionais .....</i>	<i>117</i>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>128</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>134</b>
<b>LISTA DE LEGISLAÇÕES, NORMAS, DOCUMENTOS E JURISPRUDÊNCIA REFERENCIADOS.....</b>	<b>144</b>

## INTRODUÇÃO

Já adverte Gilberto Bercovici que “O direito constitucional, acostumado a lidar com regras, tem dificuldade em lidar com a exceção”<sup>1</sup>.

Com o fim de realizar o presente estudo sobre a temática do estado de exceção *ontem e hoje*, ciente das dificuldades e da complexidade que essa carrega, questiona-se de forma simples e preliminar, o que vem a ser esse estado? Por uma interpretação literal do termo, não há dúvidas que este não corresponde a uma realidade onde as regras da normalidade são aplicáveis. Como aprende-se cedo nas academias de direito, toda regra – ao menos, quase toda – tem sua exceção. E na mesma medida, o estado constitucional da normalidade em que uma Constituição toma as rédeas, pode, corrigimos, é confrontado com situações que colocam em risco a sua manutenção e normal funcionamento, contra as quais as normas regularmente aplicáveis são ineficazes, lhe exigindo, por conseguinte, uma postura normativa *excepcional* para lidar com uma situação *excepcional*.

Independente da terminologia utilizada para fazer referência ao instrumento que se insere nessa sequência de atos: normalidade → situação de excepcionalidade → instauração de medidas emergenciais → restauração da ordem → normalidade, vez que é comum também encontrá-lo referenciado pelos termos: ditadura constitucional – segundo a acepção de Clinton L. Rossiter –, lei marcial, estado de siege, estado de emergência, estado de necessidade, entre tantos outros, importante é estabelecer que a sistemática traduz o mesmo objetivo, isto é, a superação da situação de crise e a restauração da ordem normal constitucional e democrática. Para tanto, o estado de exceção traduz verdadeiramente a ideia de “dar um passo atrás, para depois dar dois à frente”<sup>2</sup>.

Discutir um tema tão controverso como o estado de exceção, pelas próprias consequências que implica, dificilmente obtêm respostas conclusivas. Apesar do seu estudo e problematização não constituir matéria nova para os juristas, esse vem adquirindo especial relevo no contexto atual.

---

<sup>1</sup> Cfr. GILBERTO BERCOVICI. *Soberania e Constituição: Para uma crítica do constitucionalismo*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Quartier, 2013, p. 38.

<sup>2</sup> Cfr. MIGUEL PRATA ROQUE. «Juízos precários de constitucionalidade: o Tribunal Constitucional perante a crise do modelo social e o retrocesso de direitos fundamentais», in OTERO, Paulo; QUADROS, Fausto de; SOUZA, Marcelo Rebelo de. (Coords.). *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. Vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 877.

A partir das formulações de Ulrich Beck, compreende-se que a racionalidade técnica da *modernidade simples*, fundada na ideia de que todos os efeitos da racionalização e industrialização são previsíveis e controláveis, não se adequa a atual *modernidade reflexiva* que, por sua vez, não corresponde a *reflexão*, mas antes ao *auto-confronto* produzido com essa passagem da *sociedade industrial* para a *sociedade de risco*<sup>3</sup>.

Essa última categoria não é aqui introduzida para elucidar que estamos sujeitos a ameaças. Não é novidade que viver em sociedade é arriscado e implica diversos perigos. À vista disso, a semântica do risco não diz respeito a ameaças normais frutos das condições de existência humana, mas a perigos futuros tematizados no presente, resultantes, frequentemente, dos avanços da civilização<sup>4</sup>.

Assim, em face da proliferação de riscos sistêmicos insuscetíveis de circunscrição no tempo e espaço, é implicada a substituição da noção de risco como envolvendo a probabilidade de verificação de certos eventos lesivos por um princípio de incerteza radical<sup>5</sup>.

É diante desse contexto que as ameaças de catástrofes ambientais, ataques terroristas e crises econômicas como produtos da globalização, uns mais que outros, encontram dificuldade quanto a sua predição e prevenção.

Dessa forma, na sociedade de risco mundial onde é impossível ter absoluta certeza acerca das novas emergências que podem ser introduzidas pelo processo globalizador e, principalmente, qual a dimensão que as antevistas podem atingir, os resultados do debate sobre o estado de exceção como mecanismo de combate são sempre provisórios. As crises de ontem podem não ser as mesmas de hoje, e o que se sabe sobre o amanhã?

Salienta-se que a impossibilidade de se prever ou determinar com exatidão a ocorrência de tais crises, não corresponde a uma autorização de conduta omissiva quanto a tentativa de fazê-lo ou quanto ao estabelecimento prévio de mecanismos efetivos de enfrentamento<sup>6</sup>. Seria o estado de exceção uma possível saída?

---

<sup>3</sup> Cfr. ULRICH BECK. *Sociedade risco mundial* – Em busca da segurança perdida. Tradução: Marian Toldy e Teresa Toldy. Edições 70. Lisboa: Almedina, 2015, p. 207-208.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>5</sup> Cfr. ULRICH BECK (*apud* MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO). «O admirável novo constitucionalismo da sociedade de risco», in GOMES, Carla Amado; TERRINHA, Luis Heleno (coords.). *In memoriam ULRICH BECK*. Lisboa: ICJP, 2016, p. 56.

<sup>6</sup> É nesse sentido que no direito ambiental têm-se afirmado a existência de uma *responsabilidade prospectiva* do Estado que, em contraposição a tradicional responsabilidade de natureza *retrospectiva*, isto é, que aprecia fatos pretérios, essa se dá em relação “[...] às decisões tomadas no presente com reflexos nas gerações futuras”. Cfr. CARLOS WAGNER DIAS FERREIRA. «A responsabilidade prospectiva como princípio implícito na ordem constitucional brasileira», in *Revista Direito e Liberdade* – ESMARN. Vol. 13, n. 2, jul/dez, 2011, p.

Sem a pretensão de exaurir o tema ou mesmo obter conclusões definitivas, objetiva-se no presente a elaboração de um estudo sistemático sobre o estado de exceção que comporta tanto uma análise teórica, como prático-examinativa no que concerne às decisões judiciais e a experiência recente com uma modalidade emergencial específica que exige apreço crítico.

O trabalho traduz uma divisão metodológica simples, porém necessária pela conectividade lógica entre o conteúdo dos tópicos. Portanto, o primeiro capítulo será responsável por uma abordagem essencialmente teórica, mas de cotejo investigativo-comparativo, cujos ingredientes são os ordenamentos jurídicos europeus.

Com o fito de compreender a gênese desse *estado/mecanismo*, estudiosos retornam ao período republicano romano onde, em alguns dos instrumentos de natureza emergencial, em particular, a ditadura e o *iustitium*, entendem se encontrar os moldes para o estado de exceção moderno, o que será feito em uma análise preliminar.

Estabelecido temporal e geograficamente os possíveis arquétipos, serão abordadas as principais doutrinas consideradas referências para a compreensão desse instrumento, com enfoque nas obras de Carl Schmitt e Giorgio Agamben que, embora distantes em termos de tempo, introduzem conceitos essenciais para a temática, em especial, no que concerne a discussão acerca da (in)existência de sua relação com o direito.

A conexão entre essas categorias é também objeto de intenso e constante debate no ambiente acadêmico, donde serão extraídos os posicionamentos que emergem quanto a fonte e possibilidade/necessidade de regulamentação jurídica das emergências.

Nas páginas que se seguem, será feita uma abordagem de como se opera a previsão do estado de exceção no quadro jurídico europeu, tendo como ponto de partida os primeiros instrumentos modernos até a formatação de que são dotados atualmente, inclusive no que atine o âmbito internacional.

No empenho de densificar o conteúdo desse *atípico e excepcional instrumento*, buscar-se-á delinear suas principais características, sem, entretanto, vinculá-las obrigatoriamente a um ordenamento jurídico específico e sem fornecer um modelo-regra, mas apenas almeja-se traçar pontos comuns encontrados no plano europeu que podem caracterizar os estados de necessidade constitucionais contemporâneos.

---

47. Ver também: STEPHEN GARDINER. «Accepting Collective Responsibility for the Future», in *Journal of Practical Ethics*. Vol. 5, n. 1, 2007, p. 22-52.

O ponto fulcral do presente estudo reverberará na colocação em questionamento dos sistemas tradicionais de emergência, sob o ponto de vista da sua efetividade, quando confrontados com uma espécie de crise que parece ter sido ignorada no manto constitucional e, que, entretanto, por sua inevitabilidade e potencialidade de efeitos exige uma apreciação na retórica da exceção, qual seja ela, a depressão econômico-financeira.

Será o segundo capítulo o pano de fundo para a tentativa de conceder tangibilidade a inegável conexão entre emergência econômica e estado de exceção, colocando como epicentro para tanto, os países europeus onde a última emergência econômica teve consequências marcantes.

À vista disso, a análise será centrada na existência ou não – considerando a discussão compilada pelos juristas e a produção pelos *factos* – de um *direito da crise econômica*, como alternativo ao programa constitucional da normalidade, que legitime os poderes emergenciais e medidas restritivas e suspensivas de direitos sociais no combate da situação excepcional.

O contexto próximo de Portugal na vigência do PAEF – Programa de Assistência Econômica e Financeira será alocado para uma análise com maior concretude, especialmente no que concerne a vinculatividade desse documento em face do Estado Português, posto que foi do cumprimento do mesmo e dos documentos a ele associados que derivaram várias medidas de austeridade com o fim de enfrentar a crise econômico-financeira.

Questionada a constitucionalidade dessas soluções legislativas, releva volver o fulcro para a postura do Tribunal Constitucional, compaginada a esse panorama em que digladiam a “defesa da Constituição” com a “defesa do Estado”, mormente acerca da interpretação de institutos jurídicos tradicionalmente elevados como parâmetro de censura constitucional e que, nesse ambiente, tiveram sua consistência dogmática questionada e remodelada, no fito de encontrar pistas de um possível direito da crise econômica que, tal qual os estados de emergência, implique um regime jurídico diferente do habitual.

Em rumo de conclusão impende a ilustração de alguns apontamentos críticos tecidos pela doutrina sobre os resultados da experiência com a última crise econômica sem que os Estados europeus, nessa ocasião, dispusessem de mecanismos próprios legitimados pelo estado de exceção para enfrentá-la, no desiderato de questionar: estão as Constituições preparadas para enfrentar essa emergência? Qual seria a melhor solução?

## 1. CAPÍTULO – ESTADO DE EXCEÇÃO: Origem, previsão e nomenclatura

### 1.1. GÊNESE E INFLUÊNCIA DO DIREITO ROMANO

Em toda a história, parece ser patente a crença de que um estado constitucional está autorizado a alterar seu padrão de governo temporariamente com o objetivo de preservá-lo permanentemente.

É a partir dessa perspectiva que o instituto conhecido hodiernamente como estado de exceção ou ainda, pela terminologia empregada por Clinton Rossiter, *ditadura constitucional*, não obstante ocupe relevante cenário de discussão nas academias de todo o mundo face aos desafios contemporâneos, contempla a sua origem na Antiguidade Clássica<sup>7</sup>.

Na busca de identificar o(s) instrumento(s) que podem ter servido de molde para a formatação do estado de exceção moderno, apontam-se variados institutos oriundos do período antigo. De uma forma geral, as discussões flutuam entre dois instrumentos específicos de origem romana, quais sejam, a *ditadura* e o *iustitium*.

Salienta-se que a Roma Antiga contemplou em sua história dois diferentes tipos de ditadura apesar de não haver distinção nominal<sup>8</sup>. Uma das formas faz referência às ditaduras de Sulla e Júlio César visualizadas no período decadencial da República<sup>9</sup>. Ambos eram ditadores no mesmo sentido que se concebem as ditaduras militares, que engloba todos os poderes sem qualquer tipo de restrição quanto ao seu desempenho<sup>10</sup>.

A ditadura objeto da presente análise com aquela não se confunde, visto que essa se perfez quando da implantação da República por volta de 510 a.C.<sup>11</sup>, além de possuir características próprias que a distingue da forma acima citada<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> Cfr. CLINTON L. ROSSITER. *Constitutional Dictatorship – Crisis Government in the Modern Democracies*. Princeton: Princeton University Press, 1948, p. 15.

<sup>8</sup> Nesse sentido, CARL SCHMITT afirma que apesar dessas ditaduras serem politicamente diferentes, em termos de teoria geral do estado eram concebidas como idênticas. *Dictatorship*. Cambridge: Polity Press, Edição Kindle, 2014, p. 2.

<sup>9</sup> Após a ditadura ter se tornado quase obsoleta a partir do século terceiro, ao caminhar para os fins da República, o instituto foi irregularmente utilizado em 82 a. C., com o apontamento de Sulla como ditador. Cfr. GREGORY K. GOLDEN. *Crisis Management during the Roman Republic: The Role of Political Institutions in Emergencies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 40.

<sup>10</sup> Cfr. CLINTON L. ROSSITER. Ob. Cit., p. 26.

<sup>11</sup> Cfr. LUIZ ANTONIO ROLIM. *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 46. A origem lógica da ditadura nesse período decorreu das condições políticas peculiares existentes nos primeiros anos da República, visto que a mesma era continuamente alvo de guerras e, assim, esse esquema de governo era excepcionalmente vulnerável ao impacto dessas emergências temporárias. Cfr. CLINTON L. ROSSITER. Ob. Cit., p. 18.

<sup>12</sup> Sobre a ditadura de Sulla, afirma THEODOR MOMMSEN “[...] esta nueva ditadura con la misión de decretar las leyes y organizar la República, como decía su título, no tenía nada en común con la antigua función,

Nesse contexto republicano, a figura do ditador correspondia a uma espécie de magistratura extraordinária que podia ser definida por duas características: a sua duração limitada e a sua excepcionalidade<sup>13</sup>.

Tal instrumento era convocado em tempos de crise, no qual era atribuído um poder absoluto a um *eminent citizen* que deveria utilizá-lo com o objetivo de defender a República, a Constituição e independência<sup>14</sup>.

O procedimento para a decretação da ditadura era composto por duas fases. Primeiro, verificada pelo Senado uma situação de crise que colocasse a República em perigo e, diante da constatação de não ser a hierarquia ordinária competente para assegurar a segurança, esse sugeria a designação de um ditador<sup>15</sup>. Essa por sua vez, cabia ao cônsul e era confirmada por uma *lex curiata* que formalmente conferia *imperium* ao designado e definia os objetivos da ditadura<sup>16</sup>.

A estrutura republicana assegurava que a ditadura seria invocada por alguém diferente do designado como ditador, ou seja, havia uma separação entre aquele que decidia sobre a existência de uma situação de emergência e o que exerceria as medidas excepcionais. Ademais, aos cônsules não era autorizada a autodesignação como ditador<sup>17</sup>.

Enquanto que a colegialidade era a marca distintiva dos cônsules, a unidade refletia a do ditador<sup>18</sup>, visto que seu *imperium* se materializava em uma concentração de poderes políticos, administrativos e judiciais<sup>19</sup>, sem entretanto, abranger a função legislativa, a qual manteve-se reservada ao Senado<sup>20</sup> e, sobretudo, essa amplitude de poderes confrontava com importante limitações.

---

limitada en cuanto a su duración y sus poderes”. *Historia de Roma – Livro IV. Tradução: A. García Moreno*. Madrid: Turner Publicaciones, 2003, p. 359.

<sup>13</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA. *O Estado de Excepção no Direito Constitucional – Entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1998. p. 117.

<sup>14</sup> Cfr. CLINTON L. ROSSITER. Ob. Cit., p. 16.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>16</sup> Cfr. GIORGIO AGAMBEN. *State of Exception*. Translation by: Kevin Attell. Chicago: The University of Chicago Press, 2005, p. 47. Apesar da indicação do ditador ser realizada pelos cônsules, a prática desenvolvida na república romana era de que esta deveria ser feita conforme as recomendações do Senado acerca da pessoa a ser nomeada. Cfr. OREN GROSS e FIONNUALA NÍ OALÁIN. *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 24.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 23-24.

<sup>18</sup> Cfr. CLINTON L. ROSSITER. Ob. Cit., p. 20.

<sup>19</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA. *O Estado...* Vol. I. Ob. Cit., p. 123-124.

<sup>20</sup> Não obstante o ditador não pudesse iniciar ou promulgar uma lei, ele possuía o *ius edicendi*, e seus decretos, na duração de suas funções, eram publicados como lei. Cfr. CLINTON L. ROSSITER. Ob. Cit., p. 25.

A primeira se refere ao limite temporal de 6 meses, sem possibilidade de renovação<sup>21</sup>. De acordo com o *constitutional costum*, superada a crise que deu origem a ditadura, esperava-se que o ditador encerrasse suas funções ainda que não transcorrido os 6 meses, pois na tentativa de mantê-la, seria forçado pelos tribunos a realizar a renúncia<sup>22</sup>.

Outra restrição de caráter finalístico concernia ao condicionamento do ditador aos propósitos da instituição da ditadura, qual seja, a manutenção da ordem institucional romana. Dessa via, esse não poderia tomar medidas que a alterasse ou subvertesse<sup>23</sup>.

Face a consciência constitucional interna na República Romana, cuja característica era a rejeição da concentração excessiva dos poderes em um único líder, a prática constitucional desenvolvida promoveu um controle parcial do legislativo sobre as medidas de emergências<sup>24</sup>.

Dessa via, o ditador era totalmente dependente do Senado em matéria financeira, visto que foi mantido durante a ditadura o requisito constitucional pelo qual, somente era possível a retirada do tesouro público com o consentimento do Senado<sup>25</sup>. Além disso, o Senado, cônsules e tribunos impediam o ditador de ultrapassar os limites do dever, agindo como fiscais<sup>26</sup>.

Apesar de bem-sucedida no seio romano como escudo da República, face as limitações que implicava na Aristocracia Senatorial uma vez instituída e, ainda, devido a excessiva concentração de poderes que a caracterizava, a ditadura passou a ser objeto de suspeitas quanto a possibilidade de ser utilizada para amparar uma rebelião dos plebeus contra a classe dominante, especialmente após a primeira nomeação de um plebeu como ditador em 356 a.C<sup>27</sup>.

Dessa via, os poderes instituídos por esse instrumento foram gradativamente limitados, sendo possível por volta de 300 a.C., o direito de recurso das sentenças do ditador

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 23. Segundo NICOLAU MAQUIAVEL, a curta duração da ditadura consistiu conjuntamente com outros limites, como fator que tornou impossível que tal instituição transbordasse sua autoridade de modo a prejudicar o Estado. *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1994, p. 114. Destaca-se que caso a situação de crise não fosse solucionada no período de 6 meses, deveria ser repetido o procedimento para a instauração da ditadura. Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA. *O Estado...* Vol. I. Ob. Cit., p. 128.

<sup>22</sup> Cfr. OREN GROSS e FIONNUALA NÍ AOLÁIN. Ob. Cit., p. 22.

<sup>23</sup> Cfr. CLINTON L. ROSSITER. Ob. cit., p. 24.

<sup>24</sup> Cfr. OREN GROSS e FIONNUALA NÍ AOLÁIN. Ob. Cit., p. 24.

<sup>25</sup> Cfr. CLINTON L. ROSSITER. Ob. cit., p. 24.

<sup>26</sup> Cfr. NICOLAU MAQUIAVEL. Ob. Cit., p. 117.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 117. Com a lei Licínia de 367 a.C. e a determinação que um dos dois cônsules seria plebeu, a ditadura passou a estar aberta aos mesmos. Cfr. OREN GROSS e FIONNUALA NÍ AOLÁIN. Ob. Cit., 239-240.

e o veto pelos Tribunos, o que contribuiu para que a ditadura perdesse suas características primitivas como instrumento efetivo de emergência e, conjuntamente com a vitória na Segunda Guerra Púnica e a diminuição dos conflitos, o motivo da sua existência<sup>28</sup>.

Nesse contexto, afirma Nicollò Machiavelli que nos últimos anos da república “[...] os romanos, em vez de instituir um ditador, atribuíam poderes ditatoriais ao próprio cônsul, servindo-se da fórmula: ‘videat consul ne respublica quid detrimenti capiat’ (‘Observe o cônsul que o Estado não sofra qualquer dano’)]”<sup>29</sup>, por via do *senatus consultum ultimum*<sup>30</sup>.

Considera-se como a principal razão para o reconhecimento da ditadura como espelho para a modernidade, a sua natureza constitucional. Nessa linha, a ditadura romana é identificada por Oren Gross e Fionnuala Ní Aoláin como o verdadeiro protótipo para as formas modernas de regimes emergenciais, os denominados *models of accomodation*, posto que esse sistema de emergência institucional romano foi construído e regulamentado na estrutura constitucional<sup>31</sup>.

Esse apontamento tradicional quanto a ser a ditadura romana base para o Estado de Exceção moderno é contrastada pelo italiano Giorgio Agamben, que indica o *iustitium* como o seu verdadeiro arquétipo<sup>32</sup>.

Conforme explanado, a partir do século terceiro a.C., a ditadura paulatinamente deixou de ser empregada e, como forma de defesa, passaram a ser utilizados instrumentos emergenciais que eram ligados a ditadura desde a sua criação, entre os quais se encontra o *iustitium*<sup>33</sup>.

O termo *iustitium* tem como significado literal a “interrupção, suspensão do direito” e como o nome já explica, tal mecanismo implicava não na mera suspensão da administração da justiça, mas do próprio direito com o efeito de produzir um vazio jurídico<sup>34</sup>.

---

<sup>28</sup> Cfr. CLINTON L. ROSSITER. Ob. Cit., p. 26.

<sup>29</sup> Cfr. NICCOLÒ MACHIAVELLI. Ob. Cit., p. 115.

<sup>30</sup> Cfr. RASMUS OGILT. *The Metaphysics of Terror: The Incoherent System of Contemporary Politics*. Nova Iorque: Bloomsbury Publishing, 2012, p. 176.

<sup>31</sup> Cfr. OREN GROSS e FIONNUALA NÍ AOLÁIN. Ob. Cit., p. 17.

<sup>32</sup> Cfr. GIORGIO AGAMBEN. Ob. Cit., p. 41.

<sup>33</sup> Cfr. GREGORY K. GOLDEN. Ob. Cit., p. 41.

<sup>34</sup> Cfr. GIORGIO AGAMBEN. Ob. Cit., p. 41.

Na monografia considerada o melhor estudo sobre o tema, o então professor da Universidade de Estrasburgo, Adolph Nissen (*apud* Fabián Ludueña Romandini)<sup>35</sup>, escreveu:

Quando o direito não estava mais em condições de assumir sua tarefa suprema, a de garantir o bem comum, abandonava-se o direito por medidas adequadas à situação e, assim como, em caso de necessidade, os magistrados eram liberados das obrigações da lei por meio de um *senatus-consulto*, em caso extremo também o direito era posto de lado. Quando se tornava incômodo, em vez de ser transgredido, era afastado, suspenso por meio de um *iustitium* (NISSEN, 1877, p. 99).

Dessa via, a partir da emissão do *senatus consultum ultimum* solicitando aos cônsules, e em certos casos aos pretores, tribunos da plebe e a cada cidadão, que fossem tomadas quaisquer medidas necessárias para salvar o Estado (*rem publicam defendant, operamque dent ne quid respublica detrimenti capiat*), era proclamado um *iustitium* (*iustitium edicere* ou *indicere*)<sup>36</sup>.

De acordo com Mommsen (*apud* Giorgio Agamben), esse *senatus consultum* prévio ao *iustitium* ancorava o seu fundamento no direito de necessidade ou no denominado *direito de legítima defesa do Estado*, ainda que este direito se situasse fora do direito<sup>37</sup>.

Apesar da tentativa em aproximar o mecanismo em questão com ditadura romana, denominando-o como “quasi-dictatorship”<sup>38</sup>, Agamben reforça a distinção, pois enquanto na ditadura o poder era concentrado nas mãos de um único indivíduo nomeado pelos cônsules e cujos limites encontravam-se em uma *lex curiata*<sup>39</sup>, pelo *iustitium* todos os magistrados e em certos casos até cidadãos podiam exercer o *imperium* sem qualquer restrição legal<sup>40</sup>, pois nesse último: “[...] every citizen seems to be invested with a floating and anomalous *imperium* that resists definition within the terms of the normal order”<sup>41</sup>.

---

<sup>35</sup> Cfr. FABIÁN LUDUEÑA ROMANDINI. «Do homo sacer ao iustitium: deslocamentos na interpretação do direito romano na filosofia de Giorgio Agamben», in *Revista Internacional Interdisciplinar INTERthesis*. Vol. 10, n. 2, 2013, Florianópolis, p. 251.

<sup>36</sup> Cfr. GIORGIO AGAMBEN. Ob. Cit., p. 41. Geralmente antes do *iustitium*, havia uma declaração de *tumultus*, ou seja, da existência da situação de emergência. Assim, solicitada ao Senado, o *iustitium*, era normalmente proclamado por meio de um decreto de um cônsul ou, se fosse o caso de estar em plano uma ditadura, pelo próprio ditador. Cfr. GREGORY K. GOLDEN. Ob. Cit., p. 87. Cfr. FABIÁN LUDUEÑA ROMANDINI. Ob. Cit., p. 251.

<sup>37</sup> Cfr. GIORGIO AGAMBEN. Ob. Cit., p. 43.

<sup>38</sup> Cfr. MOMMSEN (*apud* GIORGIO AGAMBEN). Ob. Cit., p. 43.

<sup>39</sup> Cfr. GIORGIO AGAMBEN. Ob. Cit., p. 47.

<sup>40</sup> Cfr. RASMUS OGILT. Ob. Cit., p. 176.

<sup>41</sup> Cfr. GIORGIO AGAMBEN. Ob. Cit., p. 43.

A principal justificativa da ausência de limites legais reside na premissa básica de que declarado o mecanismo em discussão, instalava-se uma situação de anomia e suspensão da ordem jurídica *in toto*<sup>42</sup>. Portanto, nenhum cidadão tinha mais direitos ou deveres<sup>43</sup>.

Dessa via, afirma-se que o instituto questionava a própria consistência do espaço público, pois mesmo os mais altos magistrados eram reduzidos ao estado de simples cidadãos, mas ao mesmo tempo, o espaço privado era neutralizado, pois ao fazer uso do *imperium* autorizado pelo *iustitium*, o indivíduo agia como se cônsul fosse, o que gerava uma paradoxal coincidência entre público e privado, entre jurídico e não jurídico<sup>44</sup>.

O cancelamento do *iustitium*, cuja terminologia era *remittere* ou *exuere*, poderia apenas ser feito pela mesma autoridade que o havia ordenado<sup>45</sup>.

Por fim, na busca de definir a natureza dos atos praticados durante esse instrumento Agamben entende que “once we consider that because they are produced in a juridical void, the acts committed during the *iustitium* are radically removed from any juridical determination”, assim, aquele que age durante esse instituto, *inexecuta o direito*<sup>46</sup>.

A partir dessas concepções é que professor italiano afirma estar no *iustitium* a gênese do estado de exceção moderno, que para o autor, conforme será melhor explicado, corresponde a uma verdadeira zona de anomia em que as determinações jurídicas estão desativadas<sup>47</sup>.

## 1.2. CONCEPÇÃO E ZONEAMENTO

A temática do estado de exceção é objeto de discussão atemporal, pois como abordado, já acupava papel de relevo na República Romana e possui tratamento em diversas obras – ainda que não na exata forma que o concebemos hoje – com o fim de romper o desafio que é conceituá-lo ao tentar descrever o complexo de medidas estatais frente às situações de anormalidade que são capazes de colocar a sua própria estrutura em risco.

A escolha da terminologia *estado de exceção* – oriunda da teoria Alemã [*Ausnahmezustand*] – para nortear o presente estudo seguiu a obra do italiano Giorgio Agamben, que concebeu os termos *martial law/emergency powers* e *state of siege* como

---

<sup>42</sup> Cfr. FABIÁN LUDUEÑA ROMANDINI. Ob. Cit., p. 252.

<sup>43</sup> Cfr. ADOLPHE NISSEN (*apud* GIORGIO AGAMBEN). Ob. Cit., p. 45.

<sup>44</sup> Cfr. GIORGIO AGAMBEN. Ob. Cit., p. 49.

<sup>45</sup> Cfr. GREGORY K. GOLDEN. Ob. Cit., p. 88.

<sup>46</sup> Cfr. GIORGIO AGAMBEN. Ob. Cit., p. 50.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 50.

conexos com o estado de guerra e, portanto, inadequados para definir a estrutura do fenômeno escopo de sua discussão e, da mesma forma, da presente<sup>48</sup>.

Não obstante nas teorias elaboradas durante o século XX o sintagma estado de exceção já fosse conhecido, muito mais comum era o termo ditadura constitucional, reconhecido por Clinton Rossiter como princípio, segundo o qual, se o complexo sistema de governo democrático e constitucional é destinado a funcionar em condições normais e é frequentemente incapaz frente as exigências de uma grande crise nacional, durante esta, esse governo deve ser temporariamente alterado em qualquer que seja o grau necessário para superar o perigo e restaurar as condições normais<sup>49</sup>.

Com o objetivo de introduzir a problemática, sem, entretanto, fornecer um esgotamento teórico, foram selecionadas como base duas obras consideradas referências quanto a teorização da exceção, nas quais em dois momentos temporais distintos tentou-se compreender o funcionamento desse *mecanismo* e, sobretudo, estabelecer a sua relação – se existente – com a ordem jurídica.

Ao trazer em palco a teoria sobre o Estado de Exceção de Carl Schmitt, descrito em sua obra “Die Diktatur” como Ditadura, para melhor compreendê-la, indissociável é a sua relação com a Soberania tecida na obra “Politische Theologie”, visto que a Soberania possui um conceito limítrofe, ou seja, identificado a partir da anormalidade, da exceção, que, por sua vez, tem sua origem na *decisão* do soberano. Quem é o soberano? “Quem decide sobre o estado de exceção?”<sup>50</sup>.

O soberano corresponde, dessa forma, ao detentor de uma competência, a princípio ilimitada, de proferir uma decisão desvinculada de qualquer vínculo normativo e tornada absoluta em sentido real, que não só suspende a ordem jurídica<sup>51</sup>, mas que decide sobre a situação na qual o direito será aplicado, a partir da lógica de que a regra vive da exceção<sup>52</sup>.

Schmitt aponta Bodin como o responsável por realizar a conexão entre o problema da ditadura e a Soberania através da limitação da ditadura comissária<sup>53</sup>. A partir desse aporte,

---

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 4-5.

<sup>49</sup> Cfr. CLINTON L. ROSSITER. Ob. Cit., p. 4.

<sup>50</sup> Cfr. CARL SCHMITT. *Teologia Política*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte, Del Rey, 2006, p. 7.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 11-13.

<sup>52</sup> Cfr. GILBERTO BERCOVICI. «A expansão do estado de exceção: da garantia da Constituição à garantia do capitalismo», in CUNHA, Luís Pedro; QUELHAS, José Manuel; ALMEIDA, Teresa. (Orgs.). *Boletim de ciências económicas – Homenagem ao prof. Doutor António Avelãs Nunes*. Volume LVII, Separata: Coimbra, 2014, p. 737.

<sup>53</sup> Cfr. CARL SCHMITT. *Dictatorship...* Ob. Cit., p. 20-21.

constrói sua teoria na possibilidade da ditadura ser comissária e/ou soberana, com uma certa conectividade entre elas na medida em que a primeira poderia acabar por se consolidar na segunda<sup>54</sup>.

Para conceituar a ditadura de acordo com o jurista, deve-se manter o caráter intervencionista [Aktionscharakter] da prática ditatorial. Assim, ambas as *modalidades* citadas implicam a ideia de uma situação que deveria ser criada pela prática do ditador e, ao partir da premissa de que toda norma jurídica pressupõe uma condição normal como um meio homogêneo em que é válida, a ditadura tem o objetivo de criar uma condição em que a lei pode ser realizada<sup>55</sup>.

Defensor de um Estado forte, Schmitt afirmava a autoridade do ditador para, aquém de decidir sobre a existência ou não de uma exceção, fazer tudo que fosse necessário na situação concreta, incluindo a eliminação das restrições legais e barreiras considerada como obstáculo<sup>56</sup>. Ademais, na análise das ações do ditador não seriam feitos juízos valorativos sobre os atos serem certos ou errados, mas uma mera verificação se os meios eram apropriados para atingir o fim objetivado<sup>57</sup>.

Conforme mencionado, Bodin associava o ditador com a figura de um comissário, ou seja, uma autoridade derivada do poder que não se confunde com a ideia de Soberania, visto que só se considera soberano o poder quando permanente, separando, por conseguinte, as duas figuras<sup>58</sup>.

O comissário, a quem atribui-se a prática ditatorial, nomeadamente, o *comissário de ação*, tem seu dever oriundo de um mandato, cujos poderes e autoridade não são definidos antecipadamente pela lei pois a “exceção depende da situação concreta”<sup>59</sup>.

Na ditadura comissária, cuja identidade se encontra na Constituição existente e é autorizada por um órgão constituído<sup>60</sup>, a contradição entre norma legal e norma de aplicação do direito se torna uma contradição entre norma legal e um guia específico para ação, pois

---

<sup>54</sup> *Ibidem*, “[...] When a relationship emerges that makes it possible to give the legislator the power of a dictator, to create a dictatorial legislator and constitutional dictator, then the commissary dictatorship has become a sovereign dictatorship”, p. 110-111.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 117-118.

<sup>56</sup> Cfr. OREN GROSS e FIONNUALA NÍ OALAÍN. *Ob. Cit.*, p. 164-165.

<sup>57</sup> Cfr. CARL SCHMITT. *Dictatorship...* *Ob. Cit.*, p. 117-118.

<sup>58</sup> Como Bodin não reconhecia a ditadura soberana, segundo ele, “If dictatorship is granted the trait perpétuel, then not only would the dictator be entitled to his office, he would also become the sovereign and would no longer be a dictator”. *Ibidem*, p. 31.

<sup>59</sup> Cfr. CARL SCHMITT. *Dictatorship...* *Ob. Cit.*, p. 30-31.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 126.

na prática, a Constituição é suspensa – sem cessar a sua validade – para sua própria proteção, que se dará através de medidas necessárias com o fim de que esta mesma Constituição seja reestabelecida<sup>61</sup>.

Por outro lado, a ditadura soberana não suspende a Constituição existente com fundamento em uma lei constitucional, mas procurar criar as condições para que uma nova Lei Fundamental seja possível<sup>62</sup>.

Embora essa concepção pareça evadir todas as considerações e justificativas legais, tendo em vista que a negação total da Constituição existente normalmente evidencie um *poder absoluto*, pois por definição, *uma constituição que está para vir ainda não existe*, este não é o caso na ditadura soberana, onde<sup>63</sup>:

[...] o poder assumido é aquele que, sem ser constitucionalmente estabelecido, não obstante, é associado a qualquer constituição existente de tal forma que parece ser fundamental para ele - mesmo se ele nunca seja subsumido pela constituição, de modo que ele não possa ser negado nunca (na medida em que a constituição existente o negue).

Trata-se do exercício do *pouvoir constituant* [poder constituinte], que enquanto é reconhecido, um mínimo de Constituição ainda subsiste, mas como as condições ainda não foram criadas para que o poder constituinte seja estabelecido, nas circunstâncias específicas que justificam a ditadura, o conteúdo da vontade constituinte não é na verdade disponível. Por consequência, esse poder ditatorial é soberano, mas apenas como uma “transição”. E em face da sua dependência da tarefa a ser realizada, esse poder é soberano em um sentido completamente diferente daquele em que o monarca absoluto ou uma aristocracia soberana pode ser dita como “soberana”<sup>64</sup>.

Não obstante o estado de exceção<sup>65</sup>, de uma forma geral, seja subtraído de qualquer consideração legal, visto que não é possível que tenha uma *forma jurídica* e que resulte na suspensão de toda a ordem jurídica, Schmitt afirma que ambas as ditaduras, comissária e soberana, implicam uma relação com a ordem jurídica<sup>66</sup>.

---

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 118.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 119.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 119.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 127.

<sup>65</sup> Em Teologia Política, Schmitt substitui o uso do termo *ditadura* por estado de exceção.

<sup>66</sup> Cfr. CARL SCHMITT. *Dictatorship...* Ob. Cit., p. 121.

O fato da ditadura designar a exceção a uma norma não significa qualquer negação arbitrária de uma norma aleatória. A dialética imanente do conceito é essencialmente que a norma negada é aquela cuja autoridade deve ser garantida pela ditadura ao longo de sua existência político-histórica<sup>67</sup>.

Na ditadura comissária, o operador responsável por essa inscrição é a distinção entre normas de direito e normas de realização do direito<sup>68</sup>, pois mesmo suspensa, a Constituição não cessa sua validade, vez que essa suspensão corresponde a uma exceção concreta<sup>69</sup>.

Quanto a ditadura soberana, a qual objetiva criar um Estado de coisas em que seja possível uma nova Constituição, o operador da sua inscrição na ordem jurídica é a própria distinção entre poder constituinte e poder constituído<sup>70</sup>.

Apesar do poder constituinte ser *juridicamente sem forma* e não ser constituído em virtude de uma norma constitucional, conforme já mencionado, ele ainda representa um “mínimo de Constituição” inscrito dentro de toda ação politicamente decisiva, visto que é conectado a toda Constituição como poder fundador e por tal razão, não pode ser negado<sup>71</sup>.

Quando em Teologia Política Schmitt não mais menciona a distinção entre ditadura comissária e soberana para assumir o termo “Estado de Exceção”, o operador que o inscreve na ordem jurídica corresponde a distinção entre *norma e decisão*, pois do mesmo modo que na situação normal o momento da decisão é reduzido ao mínimo, na situação excepcional a norma é anulada e, ainda assim, a situação excepcional continua a ser acessível ao conhecimento jurídicos considerando que os elementos citados permanecem dentro do quadro jurídico<sup>72</sup>.

O soberano, que decide sobre o estado de exceção, está fora da ordem jurídica normalmente válida, mas ao mesmo tempo, pertence a ela, porque é o responsável em decidir se a Constituição será suspensa<sup>73</sup>.

---

<sup>67</sup> *Ibidem*, Preliminary Remarks to the First Edition, posição 556.

<sup>68</sup> Cfr. GIORGIO AGAMBEN. Ob. Cit., p. 33.

<sup>69</sup> Cfr. CARL SCHMITT, “The constitution can be suspended without ceasing to be valid, because the suspension only represents a concrete exception”. *Dictatorship*.... Ob. Cit., p. 118.

<sup>70</sup> Cfr. GIORGIO AGAMBEN. Ob. Cit., p. 33.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 34. Esse mínimo corresponde a nova Constituição que ainda não está constituída, mas se encontra presente na forma “mínima” do poder constituinte. *Ibidem*, p. 36.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>73</sup> Cfr. CARL SCHMITT. *Teologia*... Ob. Cit., p. 8.

A partir dessa definição schmittiana sobre estar o soberano dentro/fora do ordenamento jurídico, Agamben propõe a estrutura tipológica do estado de exceção como *being outside and yet belonging*, a partir da qual o considera nem externo nem interno ao ordenamento, mas situado numa zona de indiferença entre essas esferas, que não se excluem, mas se indeterminam<sup>74</sup>.

Para explicar, traz a relação que é feita entre o estado de exceção e o problema das lacunas na teoria legal. O estado de exceção aparece como a abertura de uma lacuna fictícia no ordenamento que diz respeito a relação da lei existente com a realidade<sup>75</sup>.

Nesse estado, a norma existente não tem possibilidade de aplicação a realidade presente, portanto, o estado de exceção constituiu uma exceção concreta, na qual a aplicação da norma é suspensa para essa situação, mas essa mesma norma continua em vigor.

Consoante essa lógica, as normas que estão em vigor não são aplicadas pois não possuem “força” de lei. De outro lado, atos que não tem “valor de lei”, que não são formalmente leis, adquirem a sua força, vige uma *pura força-de-lei* que realiza uma norma cuja aplicação foi suspensa, isto é, aplica ao deixar de aplicar<sup>76</sup>.

Ao contrário de Schmitt, de acordo com Agamben, o estado de exceção não está circunscrito a um ordenamento jurídico, uma vez que ele representa um verdadeiro vazio jurídico. Todavia, é mantida uma relação entre eles a partir dessa ideia de força-de-lei<sup>77</sup>.

O italiano também foi o responsável por abordar em sua obra “State of Exception” o debate entre Schmitt e Walter Benjamin acerca dessa relação entre direito e exceção.

Em resposta ao ensaio de Benjamin “Crítica da violência: crítica do poder”, no qual buscou-se provar a realidade de uma *violência pura no estado de exceção*<sup>78</sup> que não funda nem conserva o direito, mas que o depõe e inaugura uma nova época histórica, a obra Teologia Política tentou trazer essa violência para o contexto jurídico, na medida em que não seria possível uma violência totalmente anômica.

---

<sup>74</sup> Cfr. GIORGIO AGAMBEN. Ob. Cit., p. 23.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 38-40.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>78</sup> Apesar de não ter nomeado explicitamente o estado de exceção, utilizou o termo *Ernstfall* que, em SCHMITT aparece como sinônimo de *Ausnahmezustand* [estado de exceção]. *Ibidem*, p. 53.

Assim, Schmitt apresenta uma figura que não funda nem conserva, mas suspende o direito, qual seja, a *violência soberana*, novamente: soberano é quem *decide* sobre o estado de exceção<sup>79</sup>.

Benjamin introduziu uma não tão singela modificação na sentença, para o qual, cabe ao soberano barroco a tarefa de *excluí-lo*, deixar o estado de exceção fora do ordenamento jurídico<sup>80</sup>. O significado dessa modificação fica claro em sua teoria da indecisão soberana, segundo a qual, o soberano, que seria quem deveria a todo tempo decidir em situação de exceção, corresponde ao lugar onde a fratura que divide o corpo do direito se torna impossível de emendar, entre o poder e seu exercício é aberta uma lacuna que nenhuma decisão é capaz de preencher, tendo uma visão do paradigma do estado de exceção como uma *catástrofe* – consequência provável de ter presenciado um estado de exceção proclamado em 1933 pelo Reich Nazista que nunca foi revogado<sup>81</sup>.

Cita então o estado de exceção efetivo como o “em que viemos”, no qual regra e exceção são indiscerníveis e há uma zona de anomia em que age uma violência sem nenhuma roupagem jurídica<sup>82</sup>.

O debate entre os juristas forneceu um dossiê de como o uso do estado de exceção durante as duas guerras mundiais transformou os regimes democráticos e contribuiu para esse instrumento de exceção constitucional perder essa característica por passar a constituir um paradigma de governo e não mais uma medida excepcional<sup>83</sup>.

Nesse contexto, a oposição de Schmitt entre ditadura comissária e soberana aparece em Agamben como ditadura constitucional e inconstitucional, sendo o objetivo desta última, ao contrário da restauração da ordem constitucional, levar a sua derrubada<sup>84</sup>.

Essa oposição/relação constituiu uma verdadeira aporia da teoria da exceção, pois frente a falta de um padrão de limitações efetivas a temporária concentração de poderes<sup>85</sup>, emerge o risco de uma ditadura constitucional se transformar em uma ditadura permanente e inconstitucional como ocorreu na Alemanha<sup>86</sup>.

---

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 55-56.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 57-59.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 5-6.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>86</sup> Cfr. CLINTON L. ROSSITER. Ob. Cit., p. 294.

Diante do contexto da época, Clinton L. Rossiter elaborou onze critérios pelos quais seria possível testar o valor e idoneidade de qualquer futuro recurso aos poderes de emergência e, dessa forma, distinguir uma ditadura constitucional de inconstitucional<sup>87</sup>.

Alguns desses com raiz na ditadura romana, como a necessidade de que a pessoa que institui a ditadura, bem como a que determina o seu fim, seja diferente daquela que nomeia o ditador<sup>88</sup>. Também a exigência da absoluta necessidade da ditadura, que somente será empregada em casos extremamente indispensáveis a preservação do estado e da ordem institucional quando os meios normais não forem suficientes<sup>89</sup>.

Apesar de servirem de diretriz procedimental quando na ocorrência de uma situação emergencial, os critérios são ainda considerados como insuficientes para definir uma diferença substancial entre os dois tipos de ditadura ou para efetivamente evitar a passagem de uma para a outra<sup>90</sup>.

Perto de completar 100 anos da teoria da exceção de Carl Schmitt e da denúncia dos riscos da ditadura (in)constitucional, esses problemas permanecem atuais, especialmente por um novo contexto trazer novas crises - como se discutirá o combate ao terror e as crises econômico-financeiras - que denotam a necessidade de um novo olhar sobre o estado de exceção, que para além de circunscrito ou não ao direito, *zoneia-se* no hoje.

### 1.3. REGULAMENTAÇÃO

#### 1.3.1. *O entendimento dos juristas*

Face a cariz aparentemente contraditória de normatizar na ordem jurídica algo que por sua natureza se opõe a essa mesma ordem, ou lembrando Agamben, *aplica ao deixar de aplicar*, se estende para o âmbito acadêmico o debate entre aqueles que são a favor da regulação constitucional ou legal do estado de exceção e outros que, por sua vez, criticam essa pretensão.

À luz da doutrina alemã desenvolvida no século XIX, há quem recuse a regulamentação dos regimes emergenciais, fundamentando-os na *teoria da necessidade*<sup>91</sup>, segundo a qual, *necessitas legem non habet*, que pode ser interpretada, de acordo com

---

<sup>87</sup> Cfr. GIORGIO AGAMBEN. Ob. Cit., p. 9.

<sup>88</sup> Cfr. CLINTON L. ROSSITER. Ob. Cit., p. 299-305.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 298-300.

<sup>90</sup> Cfr. GIORGIO AGAMBEN. Ob. Cit., p. 9.

<sup>91</sup> Cfr. GILBERTO BERCOVICI. *Soberania...* Ob. Cit., p. 224.

Agamben, em dois sentidos: a necessidade não reconhece nenhuma lei ou a necessidade cria sua própria lei<sup>92</sup>.

Esse último sentido é encontrado em Santi Romano, para o qual, o *estado de sítio*, que não pode ser disciplinado por normas estabelecidas anteriormente, é um ato legislativo, tendo em vista que também emana regras jurídicas, cuja fonte é a própria necessidade<sup>93</sup>.

Em linha próxima, entende-se que diante de uma situação de vazio normativo para lidar com uma emergência, a ação do governo para solucioná-la deve ser avaliada a partir de um direito suprapositivo, não escrito e derivado do mandato *salus publica suprema lex*, conforme o qual, somente é necessário comprovar que estiveram presentes as condições do estado de necessidade – *protección de bienes constitucionales esenciales, necesidad, proporcionalidade, vuelta imediata a la normalidad* – para que suas ações não sejam consideradas ilegais<sup>94</sup>.

No mesmo raciocínio, Giuseppe de Vergottini afirma que vem se difundido no seio jurídico uma argumentação de que o estado de exceção se alberga através do *principio da conservación* da ordem constitucional<sup>95</sup>. Tal condiz com a *constitutional reason of state* de Carl Friedrich que é vinculada a defesa constitucional<sup>96</sup>. Por conseguinte, frente a essa exigência, seria atenuada a verificação de uma previsão preventiva expressa das modalidades excepcionais de tutela<sup>97</sup>.

Ao retomar a teoria de Carl Schmitt, embora a sua associação entre estado de exceção e a ordem jurídica, como defensor da decisão soberana e, segundo o qual, *o que é*

---

<sup>92</sup> Cfr. GIORGIO AGAMBEN. Ob. Cit., p. 24.

<sup>93</sup> Cfr. SANTI ROMANO (apud GILBERTO BERCOVICI). *Soberania...* Ob. Cit., p. 228.

<sup>94</sup> Cfr. PEDRO CRUZ VILLALON. *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Madrid: Tecnos, 1984, p. 30. Ressalta-se que para o autor, o recurso a esse tipo de fundamentação torna inútil a opção do poder constituinte quanto a inclusão ou não do direito de exceção, pois “Si siempre va a ser posible invocar el «estado de necesidad», el derecho de excepción escrito sobra”. *Ibidem*, p. 31.

<sup>95</sup> Cfr. GIUSEPPE DE VERGOTTINI. «La difícil convivencia entre libertad y seguridad. Respuesta de Las Democracias al Terrorismo», in *Revista de Derecho Político*, n. 61, 2004, p. 16-17. Esse, entretanto, não traduz o posicionamento do jurista. A ideia é compartilhada pela doutrina italiana, em particular, pelo jurista Trentin, segundo o qual, o direito do Estado à sua própria sobrevivência se sobrepunha às desvantagens do incumprimento injustificado das normas jurídicas existentes. Cfr. TRENTIN (apud JEAN LAMARQUE, citado em MARIA BENEDITA URBANO). «Estado de crise económico-financiero e o papel do Tribunal Constitucional», in GONÇALVES, Pedro; GOMES, Carla Amado; MELO, Helena; CALVÃO, Filipa (coords.). *A crise e o Direito Público*. VI Encontro de Professores portugueses de DIREITO PÚBLICO. Lisboa: ICJP, 2013, p. 18.

<sup>96</sup> Cfr. CARL FRIEDRICH (apud GILBERTO BERCOVICI). *Soberania...* Ob. Cit., p. 39.

<sup>97</sup> Cfr. GIUSEPPE DE VERGOTTINI. Ob. Cit., p. 17. Esse, entretanto, não traduz o posicionamento do jurista.

*normal nada prova, a exceção comprova tudo; ela não somente confirma a regra, mas esta vive da exceção*<sup>98</sup>, refutava a todo custo a regulamentação da exceção.

Esse posicionamento fica claro já no início da obra *Teologia Política*, quando afirma que no máximo o caso excepcional poderia ser descrito como de extrema necessidade, mas não como pressuposto legal. Além disso, o soberano deveria decidir tanto sobre a ocorrência do estado de necessidade extremo, bem como sobre o que se deveria fazer para saná-lo, não devendo sua ação ser submetida a qualquer tipo de controle<sup>99</sup>.

Conforme asseveram Oren Gross e Fionnuala Ní Aoláin, como para a visão schmittiana a decisão sobre a exceção funciona como uma fonte de lei independente e a própria decisão torna a ação constitucional, aproxima-se assim, da teoria da *necessidade constitucional*<sup>100</sup>.

Para François Saint-Bonnet, apoiado por Gilberto Bercovici, toda previsão de legislação de exceção é inútil, posto que busca tratar de algo que na verdade não dá conta. Isso porque, com o objetivo de propiciar um retorno mais breve possível à normalidade, a lei de exceção tenta realizar o enquadramento das situações de crise para legitimar os atos realizados. Entretanto, resume-se apenas numa tentativa, porque além da imprevisibilidade das crises, essa legitimação depende do respaldo político e popular, e não jurídico, ocorrendo o mesmo em relação ao retorno à normalidade<sup>101</sup>.

Gross e Ní Aoláin entendem que a exceção não pode estar contida em nenhuma previsão legal ou constitucional e nem pode modificar o ordenamento jurídico. Eles propõem um modelo de medidas extra-legais no qual as normas não são suspensas nem substituídas durante as situações de crise, mas se o funcionário público responsável verificar a necessidade do desvio de uma regra para lidar com a emergência, ele o fará naquele caso concreto de forma verdadeiramente extralegal. Entretanto, sua ação será objeto de avaliação

---

<sup>98</sup> Cfr. CARL SCHMITT. *Teologia...* Ob. Cit., p. 15.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 8. Dispõe ainda que “Não pode ser indicado com clareza tipificável, quando se apresenta um estado de necessidade, nem pode ser enumerado, substancialmente, o que pode ocorrer quando se trata, realmente, de um estado extremo de necessidade e de sua reparação. Os pressupostos são aqui, como conteúdo da competência, necessariamente, ilimitados [...] No máximo, a Constituição pode indicar quem deve agir em tal caso”. *Ibidem*, p. 8.

<sup>100</sup> Cfr. OREN GROSS e FIONNUALA NÍ AOLÁIN. Ob. Cit., p. 169.

<sup>101</sup> Cfr. FRANÇOIS SAINT-BONNET (apud GILBERTO BERCOVICI). *Soberania...* Ob. Cit., p. 40-41. No mesmo sentido, ALEXANDER HAMILTON (apud OREN GROSS) afirma ser impossível prever ou definir a extensão e a variedade das exigências nacionais, assim como os meios que podem ser necessários para satisfazê-los. «Providing for the unexpected: Constitutional Emergency Provision», in *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 33, 2003, p. 9.

posterior por parte do próprio povo, que poderá responsabilizá-lo legalmente. Dessa forma, soberano é povo, pois é quem decide, ainda que *pos facto*, sobre o estado de exceção<sup>102</sup>.

Em sentido contrário, para Gomes Canotilho, qualquer que seja o enunciado linguístico para fazer referência as medidas de exceção, defende a necessidade de sua constitucionalização, pois as situações de anormalidade não são «estados» fora da Constituição, mas situações carecidas de uma disciplina jurídico-constitucional diferente daquela que está normativo-constitucionalmente consagrada para os «estados de normalidade» constitucional<sup>103</sup>.

Assim, não obstante a exceção demonstre a insuficiência da lei, inclusive constitucional, em prever todos os casos, como forma de controlar *o que se pretende incontrolável*, a exceção deve ser trazida à regra, ou seja, ser incluída na Constituição<sup>104</sup>.

Nessa exegese, salienta Paulo Otero que constitucionalizar o direito de necessidade faz com que, em vez de uma exceção à constitucionalidade, existam antes situações de constitucionalidade excepcional acolhidas expressamente pelo Direito positivo<sup>105</sup>.

Apesar da dificuldade apresentada pela tentativa de configurar juridicamente uma Constituição da necessidade, isso não autoriza lançar essas situações para os «espaços livres» da Constituição e, portanto, somente haverá compatibilidade entre o direito de exceção e o Estado de direito democrático se fixarem os *pressupostos, as competências, os instrumentos, os procedimentos e as consequências jurídicas da «Constituição da exceção»*<sup>106</sup>.

Bacelar Gouveia aduz um raciocínio para justificar a normativização da exceção, segundo o qual, a partir da concepção racional-normativa da Constituição que lhe confere uma dimensão de afirmação e perpetuação, tem-se a ideia de *garantia da Constituição*. Para tanto, como ela *não se defende sozinha*, são necessários mecanismos de defesa da ordem constitucional e, nesse contexto, o estado de exceção aparece como instituto, ainda que de utilização extraordinária, que se destina a protegê-la, e no fito de funcionar como garantia, deve ser constitucionalizado<sup>107</sup>.

---

<sup>102</sup> Cfr. OREN GROSS e FIONNUALA NÍ AOLAÍN. Ob. Cit., p. 170.

<sup>103</sup> CFR. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. 18 reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1099.

<sup>104</sup> Cfr. HELOÍSA FERNANDES CÂMARA e EGON BOCKMANN MOREIRA. «A exceção e a ordem na narrativa constitucional brasileira», in PILATTI, Adriano; et. al. (Orgs.). *O Estado de Exceção e as formas jurídicas*. Ponta Grossa: UEPG Editora, 2017, p. 220-221.

<sup>105</sup> Cfr. PAULO OTERO. *Direito Constitucional Português*. Vol. II, Coimbra: Almedina, 2010, p. 126-127.

<sup>106</sup> J. J. GOMES CANOTILHO. Ob. Cit., p. 1099.

<sup>107</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA. *O Estado...* Vol. I. Ob. Cit., p. 1391-1394.

Ademais, a previsão constitucional dos instrumentos de exceção viabiliza a manutenção da eficácia formal da Lei Fundamental como *Constitución alternativa de emergencia* – evitando a imposição *de la fuerza normativa de lo fáctico* – e facilita o processo de retorno à *Constitución legítima*<sup>108</sup>.

Também permite a imposição de limites e controle dos mesmos<sup>109</sup>, pois evita o recurso aos citados *principios de necesidad extra ou supraconstitucional*, susceptíveis de manipulação a favor de uma qualquer «razão do estado» ou de «segurança e ordem pública», invocada pelo governo ainda que sem qualquer base normativo-constitucional<sup>110</sup>, que configuraria, segundo António Manuel Hespanha, em um verdadeiro Estado de Exceção Doutrinal<sup>111</sup>.

Os regimes jurídicos do estado de exceção e de emergência constituem, por conseguinte, uma necessidade sistêmica, uma vez que garantem a subsistência do sistema normativo quando este não pode ser aplicado por razões de anormalidade do contexto<sup>112</sup>.

### 1.3.2. *Ontem e hoje*

Como assinalado anteriormente, o estado de exceção não é um mecanismo contemporâneo e, apesar disso, a tradição quanto a sua regulamentação nos textos legais constitui fenômeno relativamente recente se considerarmos que mesmo hoje existem Estados que ainda não o preveem de forma explícita.

Após a República Romana, essa temática reassumiu importância na Idade Moderna com os primeiros instrumentos britânicos emergenciais que influenciaram os *primeiros passos que o constitucionalismo continental trilhou na busca de uma regulação constitucional da exceção*<sup>113</sup>. Entre eles, destaca-se a *martial law*, inicialmente aplicada

---

<sup>108</sup> Cfr. PEDRO CRUZ VILLALÓN. Ob. Cit., p.18-19.

<sup>109</sup> Cfr. GILBERTO BERCOVICI. «A expansão...». Ob. Cit., p. 738.

<sup>110</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO. Ob. Cit., p. 1086. Cfr. PAULO OTERO. *Direito...* Ob. Cit., p. 126.

<sup>111</sup> Cfr. ANTÓNIO MANUEL HESPANHA. «A revolução neoliberal e a subversão do “modelo jurídico”»: Crise, direito e argumentação jurídica», in GOUVEIA, Jorge Bacelar; PIÇARRA, Nuno (Coord.). *A Crise e o Direito*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 57.

<sup>112</sup> Cfr. SUZANA TAVARES DA SILVA. «Sustentabilidade e Solidariedade em tempos de crise», in NABAIS, José Calsata; SILVA, Suzana Tavares da. *Sustentabilidade Fiscal em tempos de crise*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 67.

<sup>113</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA. *O Estado...* Vol. I. Ob. Cit., p. 149-150. Como durante a Idade Moderna houve um engrandecimento do poder régio, o estado de exceção perdeu sua importância, na medida em esse poder, por si só, era muitas vezes suficiente para enfrentar crises. Por razão contrária, havia espaço para preocupações com as crises em Inglaterra, onde esse absolutismo régio ausentava-se. *Ibidem*, p. 142.

apenas em tempos de guerra e até meados do século XIX igualada a lei militar<sup>114</sup>, esta lei representava um “estado fáctico” ou “ajurídico”, sem exigência de declaração formal e de caráter subsidiário, pelo qual permitia-se que todos os súditos e se necessário, os cidadãos, repelisses pelo uso da força a situação de crise<sup>115</sup>.

A *martial law* inspirou a adoção de esquemas de lei marcial em França e Estados Unidos. Entretanto, houve uma autonomização do instrumento, visto que nos dois países citados, foi utilizado para fazer frente a crises internas e não apenas a atos de guerra, além de implicar em uma proclamação jurídica e não em um mero estado de fato<sup>116</sup>.

Na experiência francesa, foi introduzida em 1789 para fazer face aos tumultos tão logo se iniciou a Revolução e apesar da inspiração inglesa, gradativamente migrou para um modelo mais rígido que deu origem ao então *état de siège*<sup>117</sup>.

Acrescenta-se ainda que, embora o recurso a suspensão de garantias constitucionais como mecanismo de exceção não era frequentemente aplicado, a França funcionou como o seu laboratório moderno através da sua previsão na Constituição de 1799 (ano VIII), cujo artigo 92º afirmava “Em caso de revolta armada ou de perturbações que ameacem a segurança do Estado, a lei poderá suspender, nos lugares e pelo tempo por ela determinado, o império da Constituição”<sup>118</sup>.

Assinala-se, nesse contexto, que no início do constitucionalismo liberal, perante o modelo de Constituição que emergiu a partir da oposição ao Absolutismo, o estado de exceção encontrou certa dificuldade de enquadramento em virtude da incongruência, conforme assevera Bacelar Gouveia, de se permitir que pela “janela” do estado de exceção

---

<sup>114</sup> Cfr. MARK NEOCLEOUS. «From Martial Law to the War on Terror», in *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*. University of California Press. Vol. 10, n. 4, 2007, p. 491.

<sup>115</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA. *O Estado...* Vol. I. Ob. Cit., p. 150-152. Ressalta-se que a partir da metade do século XIX, a *martial law* passou a ganhar um novo significado ao implicar em uma espécie de suspensão da lei e ser aplicada não apenas aos militares, mas ao uso dos militares para manter a ordem. Cfr. MARK NEOCLEOUS. Ob. Cit., p. 492.

<sup>116</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA. *O Estado...* Vol. I. Ob. Cit., p. 168.

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 187-188. Não obstante a origem militar, o instituto adquiriu paulatinamente uma cariz política - *état de siège fictif* - que permitia que uma área civil ameaçada por rebelião interna ou invasão poderia ser considerada como sitiada e, assim, o governo teria os mesmos poderes que um general se em um estado de *siege real* ou *militar*. Cfr. CLINTON L. ROSSITER. Ob. Cit., p. 80. Esses poderes, entretanto, não incluíam a conferência ao executivo do poder de legislar, nem a modificação da relação entre os poderes, vez que mesmo declarado o estado de *siege*, o legislativo conservava seu poder ordinário de controle e supervisão do executivo. Cfr. OREN GROSS e FIONNUALA NÍ AOLÁIN. Ob. Cit., p. 28.

<sup>118</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA. *O Estado...* Vol. I. Ob. Cit., p. 225-226.

pudesse sair aquilo que tão laboriosamente se tinha conseguido fazer entrar pela “porta” da Constituição<sup>119</sup>.

Afirma Geneviève Camus que como o poder absoluto permanecia ainda relativamente próximo no tempo e na mente das pessoas, a ideia de concentrar poderes parece ter sido recusada pela opinião pública<sup>120</sup> e por tal razão, entre os finais do século XVIII e dos princípios do século XIX, houve uma tendência *exclusão do estado de exceção da Constituição* e apenas a sua previsão no plano infraconstitucional<sup>121</sup>, quando não a inclusão nas Constituições nacionais de preceitos que vedavam de modo absoluto qualquer referência a concentração de poderes<sup>122</sup>.

Não obstante a inicial legalização dos instrumentos de exceção *extra-constitutionem*, a partir da metade do século XIX, o Estado passa a enfrentar as situações novas advindas da industrialização, como os problemas sociais e a expansão colonialista<sup>123</sup>, passando a ser vertido nos textos constitucionais mecanismos de exceção, ainda que de caráter meramente formal.

Do ponto de vista *teórico-constitucional*, a iniciativa de previsão decorreu da concepção garantística da Constituição quanto a normatização do poder público pelo Estado Constitucional, não podendo o estado de exceção estar excluído<sup>124</sup>.

Nessa linha, afirma Gomes Canotilho que a «essência» do Estado constitucional é a vinculação dos poderes públicos à Constituição, por consequência, quanto mais um estado se torna constitucional, tanto mais se impõe a regulamentação constitucional do direito de necessidade<sup>125</sup>.

Outro fator decisivo para a constitucionalização derivou da influência do pensamento liberal, que ao encontrar na Constituição uma forma de garantir a segurança e proteção jurídica sem as quais seria impossível o desenvolvimento do capitalismo e a edificação da economia de mercado, vê no estado de exceção a *solução* como *garantidor* não do Estado, mas da própria Constituição<sup>126</sup>.

---

<sup>119</sup> *Ibidem*, p. 167.

<sup>120</sup> Cfr. GENEVIÈVE CAMUS. *L'ÉTAT DE NÉCESSITÉ EN DÉMOCRATIE*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence (Évreux, impr. Hérissey), 1965, p. 30.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>122</sup> Como é o caso da Constituição Belga de 1831. Cfr. ANTÓNIO DAMASCENO CORREIA. *Estado de Sítio e de Emergência em Democracia*. Lisboa: Vega, 1989, p. 34.

<sup>123</sup> Cfr. GILBERTO BERCOVICI. *Soberania...* Ob. Cit., p. 216.

<sup>124</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA. *O Estado...* Vol. I. Ob. Cit., p. 223-224.

<sup>125</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO. Ob. Cit., p. 1086.

<sup>126</sup> Cfr. GILBERTO BERCOVICI. *Soberania...* Ob. Cit., p. 44-45.

Essa nova fase teve como influência a compreensão do estado de *siege* francês como desencadeador da suspensão temporária das garantias constitucionais no fito de ampliar os poderes do estado para restaurar a ordem<sup>127</sup>.

Nesse horizonte, entende-se que a constitucionalização pode se desenvolver segundo dois modelos básicos. O primeiro, apelidado de *estado excepcional*, é caracterizado pela *tipificación de la emergencia*, abrangendo aspectos essenciais como as causas, órgãos competentes para declarar o regime de exceção, bem como uma série de garantias em caso de utilização abusiva de competências extraordinárias. Já *la ditadura constitucional*, por meio de uma cláusula geral atribui-se todos os poderes emergenciais necessários para lidar com a crise sem que haja delimitações dos seus efeitos, mas apenas a subordinação finalística de superar a crise<sup>128</sup>.

Tal cláusula de plenos poderes assenta ou na “auto-habilitação” do Chefe do Estado referente ao exercício de competências acrescidas para resolver situações de crise, ou na concentração de poderes no órgão executivo<sup>129</sup>.

O último caráter da cláusula por sua vez, caracterizou outro momento da constitucionalização da exceção apontado por Bacelar Gouveia, que consistiu na adoção da *ditadura presidencial constitucional*, pela qual, admitia-se dentro de um texto constitucional de tradição liberal a possibilidade de concentração dos poderes no órgão executivo, marginalizando, em especial, o órgão parlamentar, em nome da defesa da ordem constitucional<sup>130</sup>.

Essa nova tendência, explorada pelas obras de Carl Schmitt e Clinton Rossiter, perfizeram no século XX papel de relevo em reação as guerras<sup>131</sup>, tendo a sua adoção na Constituição de Weimar, onde o artigo 48º atribuía considerável gama de poderes de atuação

---

<sup>127</sup> Cfr. GABRIEL PRADO LEAL. «Exceção Econômica e Governo de Crise nas Democracias», in NABAIS, José Calsata; SILVA, Suzana Tavares da (Coords.). *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 108. Assim, na Constituição portuguesa de 1826 já constava a previsão da suspensão das garantias individuais nos “casos de rebelião ou invasão de inimigos”, o que, entretanto, não significava uma suspensão dos direitos individuais, mas a dispensa de algumas formalidades que asseguravam a liberdade individual. Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO. Ob. Cit., p. 1090. A adoção da suspensão para além do cenário europeu, atingiu também solos latino-americanos, com a sua primeira aparição na Constituição Chilena de 1833 e mais tarde na Constituição brasileira de 1937, com o nome “estado de emergência. Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA. *O Estado...* Vol. I. Ob. Cit., p. 227.

<sup>128</sup> Cfr. PEDRO CRUZ VILLALÓN. Ob. Cit., p. 31-33.

<sup>129</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO. Ob. Cit., p. 1093.

<sup>130</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA. *O Estado...* Vol. I. Ob. Cit., p. 238-239.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 240-243.

excepcional ao Presidente do Reich incluindo a suspensão total ou parcial de certos direitos fundamentais<sup>132</sup>.

Esse artigo serviu de inspiração para posteriores Constituições, como foi o artigo 73º da Constituição brasileira de 1937 e o artigo 16º da Constituição francesa de 1958, cujo ponto principal de discussão radica na decretação dos poderes presidenciais excepcionais sem qualquer controle político parlamentar<sup>133</sup>.

Também em França, apesar do *état de siège* prever que as competências quanto a decisão do seu término ou reintrodução pertenciam ao parlamento, com o advento da Primeira Guerra Mundial, o mesmo sofreu uma modificação substancial, na medida em que um decreto presidencial de Poincaré impôs toda a França sob o seu regime – ocasião em que o parlamento estava em recesso – sendo em seguida promulgada uma lei declarando que o mesmo duraria “for the duration of the war” e que o seu término ou reintrodução deveria ser feito via decreto presidencial<sup>134</sup>.

Entretanto, como o “[...] término da emergência militar não coincidiu com o fim da emergência econômica”<sup>135</sup>, finda a guerra, o argumento da falta de disposição do parlamento em tomar medidas antipopulares frente as rápidas mudanças na realidade política e econômica também contribuiu para a atribuição ao executivo de poderes emergenciais para legislar<sup>136</sup>.

A Alemanha, fragilizada pelos termos do Tratado de Versalhes, passou a empregar a partir de 1922 os poderes de emergência para tratar de um problema econômico. O então Presidente Ebert e o chanceler Joseph Wirth determinaram que “[...] a segurança pública e a ordem”, tal como entendidas no artigo 48º, poderiam ser “[...] seriamente perturbadas e ameaçadas” tanto por transtornos econômicos, como políticos e, portanto, os decretos econômicos de emergência deveriam ser considerados “medidas necessárias”<sup>137</sup>.

---

<sup>132</sup> Cfr. CLINTON ROSSITER. Ob. Cit., p. 31. Esse artigo foi objeto de uso indiscriminado entre os anos de 1919 e 1933, o que levou a considerar que a República de Weimar, com ênfase nos últimos anos, se deu sob um regime de estado de exceção. Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA. *O Estado...* Vol. I. Ob. Cit., p. 244. Apesar das medidas tomadas ao abrigo do artigo serem suscetíveis de revogação por demanda do parlamento, o presidente poderia, como Brüning fez em 1930, dissolver o Reichstag ao mesmo tempo em declarava a situação de emergência. Cfr. CLINTON ROSSITER. Ob. Cit., p. 32. Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA. *O Estado...* Vol. I. Ob. Cit., p. 245.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 250.

<sup>134</sup> Cfr. OREN GROSS e FIONNUALA NÍ AOLÁIN. Ob. Cit., p. 28-29.

<sup>135</sup> Cfr. GABRIEL PRADO LEAL. Ob. Cit., p. 111.

<sup>136</sup> Cfr. OREN GROSS e FIONNUALA NÍ AOLÁIN. Ob. Cit., p. 29.

<sup>137</sup> Cfr. CLINTON L. ROSSITER. Ob. Cit., p. 41.

Também a Inglaterra, que já havia transferido poderes legislativos ao gabinete por via do *Defense of the Realm Act* no eclodir da Primeira Guerra Mundial, o fez para resolver tumultos internos e a crise econômica, destacando-se o *Emergency Powers Act*, aprovado em 29 de Outubro de 1920<sup>138</sup>.

É diante desse contexto que, segundo Gilberto Bercovici, os poderes excepcionais se consolidaram entre os anos 1920 e 1930 como resposta à crise econômica, transplantando as noções de segurança e ordem pública para a esfera econômica<sup>139</sup>.

Outrossim, a dependência contínua de poderes excepcionais no âmbito econômico foi legitimada nos anos do pós-guerra como uma maneira de evitar uma repetição da desastrosa depressão de 1929, tornando algumas formas de regulamentação econômica de emergência decorrentes da crise e da Segunda Guerra Mundial, virtualmente permanentes após 1945, visto que concebidas como preventivas para futuras emergências econômicas<sup>140</sup>.

A primeira metade do século anterior funcionou assim, como um verdadeiro laboratório de desenvolvimento do conceito do estado de exceção, pois passou pelo processo gradual de emancipação da situação de guerra para lidar outras modalidades de crise, inclusive de caráter interno e econômico.

Essa ampliação de poderes do executivo tornou-se, entretanto, uma prática regular nas democracias europeias que passaram a possibilitá-los sob vários pretextos, tornando-se não mais uma medida excepcional, mas um verdadeiro *paradigma de governo*<sup>141</sup>.

Ademais, essa prática legalizadora de poderes emergenciais do executivo somada ao paradigma do Estado de Direito de cariz positivista abriu portas para regimes totalitários como foi o Nazismo e os abusos cometidos pré e durante a Segunda Guerra.

Dessa forma, essa conjuntura fática denominada por Clinton Rossiter como *Era Atômica*<sup>142</sup>, despertou a atenção para vários problemas de cariz jurídica, pois além de denunciar a falha do *The Rule of Law* inerente a uma concepção positivista equiparativa de lei e Direito – vez que os abusos e terríveis violações a direitos humanos perpetradas pelos

---

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 120-121. Embora tal documento fosse aparentemente restrito a situações de emergência conexas com a garantia de suplementos essenciais, na prática, abrangeu uma gama mais ampla de questões econômicas, disputas industriais e conflitos de classe. Cfr. JOHN REYNOLDS. «The Political Economy of States of Emergency», in *Oregon Review of International Law*, vol. 14, 2012, p. 100.

<sup>139</sup> Cfr. GILBERTO BERCOVICI. *Soberania...* Ob. Cit., p. 308-314.

<sup>140</sup> Cfr. WILLIAM S. SCHEUERMAN. «The Economic State of Emergency», in *Cardozo Law Review*, v. 21, 2000, p. 1879.

<sup>141</sup> Cfr. GIORGIO AGAMBEN. Ob. Cit., p. 6.

<sup>142</sup> Cfr. CLINTON L. ROSSITER. Ob. Cit., p. 313-314.

regimes totalitários encontraram guarida na estrita legalidade e isso fez despertar uma urgência quanto ao funcionamento desses direitos como limite a atuação estatal e quanto a necessidade de sua tutela no âmbito internacional –, também evidenciou as deficiências do regime de exceção e necessidade de uma reanálise da sua operacionalização.

Como *resultado* desse conjunto é possível verificar a concomitância de duas marcantes tendências que divergem, mas se complementam. Em um primeiro momento, a recorrência de crises reforçou a indispensabilidade da existência de mecanismos excepcionais restritivos de direitos, para lidar com elas de forma efetiva. A história, entretanto, demonstrou que a inexistência de freios a essas medidas, abriu caminhos para desvios e arbitrariedades e, portanto, urgiu pela necessidade de limitações.

Foi diante desse interim que o constitucionalismo deu um importante passo em sua história, a partir do reconhecimento da Constituição com *status* de norma jurídica apta a salvaguardar direitos mínimos invioláveis dos indivíduos, os quais, historicamente conquistados, passaram a funcionar como imposições negativas ao poder político, esculpindo assim, os moldes do Estado Constitucional de Direito<sup>143</sup>.

Nesse contexto, o estado de exceção adquiriu uma maior preocupação no plano normativo constitucional no sentido de ser por ele regulamentado e limitado<sup>144</sup>. Entretanto, essa tendência não se perfez de forma generalizada, pois mesmo nas ordens hodiernas existem ordens jurídicas que não preveem esse problema explicitamente<sup>145</sup>.

Também existem textos constitucionais que se restringem em citar apenas a existência de um estado de guerra, como é o caso da Constituição Italiana em seu artigo 78º<sup>146</sup>, da Constituição da Bélgica no artigo 167º e no artigo 43º da República Checa<sup>147</sup>.

---

<sup>143</sup> Cfr. LUÍS ROBERTO BARROSO. «Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)», in SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Peira de Souza (Orgs.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 209.

<sup>144</sup> Salientam, nesse âmbito, ERGUN ÖZBUDUN e MEHMET TURHAN que: “[...] since constitutional regulation usually involves guarantees for fundamental rights and liberties, it is recommended that such emergency regimes be explicitly regulated in the constitutions”. «Emergency Powers», in *Science and technique of democracy. European Commission for democracy through law (Venice Commission)*. Strasbourg, 1995, p. 7-8.

<sup>145</sup> Cfr. ERGUN ÖZBUDUN e MEHMET TURHAN. Ob. Cit., p. 3.

<sup>146</sup> A Constituição Italiana prevê no artigo 77º, a possibilidade de o Governo emanar decretos-lei em casos extraordinários, de necessidade e urgência. Todavia, conforme assevera GIULIANA SCOTTO, essa possibilidade não implica na suspensão de direitos e confronta com diversos limites. Assim, não se poderia dizer que por meio desse artigo, o estado de exceção é fundamentado no direito. *Riflessioni su stato di eccezione, diritto internazionale e sovranità*. Roma: Aracne, 2008, p. 113.

<sup>147</sup> Cfr. ANNA KHAKEE. *Securing Democracy? A comparative Analysis of Emergency Powers in Europe*. Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces. Policy Paper, n. 30, 2009, anexo I.

Giorgio Agamben classificou em dois grupos as tradições dos países ocidentais nesse sentido<sup>148</sup>. No primeiro – os que regulamentam o estado de exceção – encontram-se: a França, pela previsão do estado de sítio (Artigo 36º da Constituição), os poderes excepcionais (Artigo 16º da Constituição) e o estado de emergência (Lei 55-385, de 3 de Abril de 1955); a Alemanha que prevê três formas de poderes emergenciais: o estado interno de emergência (Artigo 91º da Lei Fundamental), o estado de tensão (Artigo 80º) e o estado de defesa (Art. 115a-115l)<sup>149</sup> e Portugal com previsão na Constituição da República Portuguesa (CRP) de dois estados, de emergência e de sítio<sup>150</sup>. Entre aqueles que, de acordo com o jurista, preferiram não regulamentar a exceção de forma expressa, pode-se citar a Inglaterra<sup>151</sup>, Suíça e Estados Unidos<sup>152</sup>.

A opção por parte dos elaboradores das Constituições por pelo menos dois níveis legais de classificação de emergências tem como principal objetivo adaptar e, ao mesmo tempo, limitar os poderes disponibilizados ao governo em conexão com um tipo particular de emergência, uma vez que as crises, a depender da sua natureza e da sua intensidade, exigem medidas distintas<sup>153</sup>. Assim, torna-se menos sujeito a uma reação política exagerada, um sistema que permite uma abordagem diferenciado conforme o tipo de emergência<sup>154</sup>.

Verifica-se que no panorama europeu, a concepção paradoxal de Carl Schmitt elaborada na década de 20 – a salvaguarda da Constituição implica na sua própria suspensão e na concentração absoluta do poder nas mãos do Soberano – encontra-se de forma prevacente superada em prol a uma concepção mitigada que preza pela incorporação na

---

<sup>148</sup> Cfr. GIORGIO AGAMBEN. Ob. Cit., p. 10.

<sup>149</sup> Cfr. OREN GROSS. «Providing...». Ob. Cit., p. 13.

<sup>150</sup> *Ibidem*, p. 10. Entende-se que o estado de emergência corresponde a um estado de exceção menos intenso, no qual a suspensão de direitos, liberdades e garantias somente é possível parcialmente, enquanto que o estado de sítio comporta uma suspensão total, à exceção dos *direitos inatingíveis*. Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4 ed. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 402.

<sup>151</sup> Apesar do Reino Unido não seguir a tradição da *civil law*, desde 1920, com aprovação do “*Emergency Powers Act*” conta com um regime de emergência. Essa lei foi revogada pelo então *Civil Contingencies Act 2004*, que, segundo consta no *Non statutory guidance accompanying the Civil Contingencies Act 2004*, objetiva adaptar o instituto de 1920 aos problemas resultantes do século XXI. Cfr. HM GOVERNMENT (Reino Unido). *Non statutory guidance accompanying the Civil Contingencies Act 2004*: Emergency Response and Recovery revised version October 2013. Londres: Crown copyright, 2013, p. 206.

<sup>152</sup> Cfr. GIORGIO AGAMBEN. Ob. Cit., p. 10. Nos Estados Unidos, a referência direta ao estado de exceção se encontra nas constituições estaduais. Cfr. OREN GROSS e FIONNUALA NÍ AOLÁIN. Ob. Cit., p. 37.

<sup>153</sup> Cfr. OREN GROSS. «Providing...». Ob. Cit., p. 16. Cfr. PEDRO CRUZ VILLALON. Ob. Cit., p. 32.

<sup>154</sup> Cfr. ANNA KHAKEE. Ob. Cit., p. 10. Nessa linha, cita-se a Constituição da Espanha, que prevê no artigo 116º limites temporais diversos conforme o regime de exceção: Estado de Alarma – 15 dias; Estado de emergência – 30 dias.

Constituição de “certas” normas, formas ou matérias, que sejam irrevogáveis mesmo diante da situação de suprema necessidade pública<sup>155</sup>.

### 1.3.3. *Previsão no âmbito internacional*

Esse novo aparato trazido pelo fenômeno constitucionalista e pela maior regulamentação do estado de exceção que, até certo ponto, é conflituoso, vez que dentro de um ordenamento jurídico digladiam entre si a *garantia* e a *suspensão* de direitos fundamentais, excedeu as barreiras territoriais de cada Estado. Tais instrumentos emergenciais, conjuntamente com o desenvolvimento das organizações internacionais de integração e a proteção dos direitos humanos, se tornaram objeto de debate e previsão também no âmbito do direito internacional.

As normas internacionais sobre o estado de exceção, sem a pretensão de internacionalizar um *fenômeno que é puramente estadual-constitucional*, ganham sentido se contextualizadas com os direitos do homem, pois na medida em que ficam fora desses documentos aspectos de natureza orgânico-formal relativos ao exercício do poder de exceção, o que se objetiva, é o estabelecimento de constringências ao exercício de um poder que pode ser excessivamente amplo em matéria de limitação genérica dos direitos fundamentais<sup>156</sup>.

No plano dos *sistemas internacionais* de proteção de direitos do homem, destaca-se o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), aprovado em 1966 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, que trouxe no artigo 4º, a possibilidade de medidas derogatórias das obrigações oriundas da Convenção, quando exigidas por situações de ameaça a vida da nação, excepcionando desse âmbito certos direitos, tais quais o direito à vida e o direito de não ser submetido a tortura ou tratamento degradante<sup>157</sup>.

Segundo Bacelar Gouveia, esse sistema de proteção, não obstante internacional, somente concede relevância ao Estado de exceção no que concerne aos direitos civis e políticos, de modo a não abranger os direitos econômicos, sociais e culturais constantes no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC<sup>158</sup>.

---

<sup>155</sup> Cfr. ANTÓNIO MANUEL HESPANHA. Ob. Cit., p. 57-58.

<sup>156</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA. *O Estado...* Vol. I. Ob. Cit., p. 261-262.

<sup>157</sup> Cfr. Artigo 4º, PIDCP - Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Ver também artigo 4 do PIDESC (Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais).

<sup>158</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA. *O Estado...* Vol. I. Ob. Cit., p. 265-266.

A regulamentação dos mecanismos de emergência ganhou maior relevância nos *sistemas regionais* de proteção dos direitos do homem, vez que há uma preocupação refletida em algumas cláusulas quanto as consequências da decretação do estado de exceção sobre a efetividade dos direitos do homem<sup>159</sup>.

Com base no rascunho do PIDESC – anteriormente denominado Pacto de Direitos Humanos – a cláusula derogatória do artigo 15º da Convenção Europeia de Direitos do Homem (CEDH) foi compilada. Segundo esse artigo, permite-se que em caso de certas situações emergenciais, os Estados contratantes derroguem, de forma limitada e supervisionada, as obrigações de garantir certos direitos e liberdades nos termos da Convenção<sup>160</sup>.

No entanto, os Estados não gozam de poder ilimitado nesta área, de modo que as derrogações impostas devem ser estritamente exigidas pela situação de perigo público que ameaça a vida da nação, além de certos direitos que não podem ser abrangidos pela derrogação<sup>161</sup>.

#### 1.4. CARACTERÍSTICAS

No empenho de estabelecer as características do estado de exceção, é impossível fazê-lo sem uma análise, ainda que geral e não exaustiva, de como se opera a sua regulação normativa no plano nacional dos Estados. Desse modo, serão visitados alguns ordenamentos jurídicos europeus para verificar como esse instrumento é nestes regulamentado, bem como no âmbito internacional, com foco na CEDH e no PIDESC, a fim de – tentar – obter um panorama geral de quais os pontos que podem ser considerados como comuns para caracterizar um regime emergencial nos Estados Constitucionais.

Não obstante possa parecer óbvio, o que caracteriza os regimes de emergência é o fato deles serem medidas conservativas<sup>162</sup>, pois ainda que impliquem na alteração do funcionamento da ordem constitucional normal, objetivam restaurar o *status quo ante*. Se não é esta a finalidade e o estado de exceção se torna permanente, estaríamos diante da

---

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 263.

<sup>160</sup> Cfr. *Guide on Article 15 of the European Convention on Human Rights – Derogation in time of emergency*. Strasbourg: Council of Europe, 2016, updated on 30 April 2017, p. 5.

<sup>161</sup> Cfr. JEAN PIERRE MARGUÉNAUD. *La cour européenne des droits de l'homme*. 6ª ed. Paris: Dalloz, 2012, p. 58.

<sup>162</sup> Cfr. JOHN FERREJOHN e PASQUALE PASQUINO. «The law of the exception: A typology of emergency power», in *International Journal of Constitutional Law*, v. 2, Oxford Academic, 2004, p. 210.

tentativa da instauração de um regime totalitário, ou ainda, ao que Agamben nomeia como *ditadura inconstitucional*, que subverte a ordem constitucional que deveria proteger<sup>163</sup>.

A impressão comum inicial destacada por Bacelar Gouveia é a da *uniformidade da relevância constitucional desses mecanismos de exceção*. Isto porque na grande maioria dos países os regimes de emergência encontram guarida constitucional<sup>164</sup>.

Um primeiro foco de análise, cuja importância exige considerável atenção, consiste na necessidade da presença de um pressuposto fático, o denominado *élément objectif*<sup>165</sup>, para que haja o reconhecimento da situação como emergencial e declaração de um dado regime excepcional.

É sob essa perspectiva que a compreensão de soberano, para Cruz Villalon, é daquele que, antes de *decidir sobre o estado de exceção*, decide sobre *el derecho de excepción* e determina quais são as emergências de tal magnitude<sup>166</sup>.

Mas o que vem a ser emergência? Em razão de seu *conceito elástico*, há uma certa dificuldade em defini-la antecipadamente no plano jurídico. Os obstáculos derivam do fato de que as circunstâncias que colocam em perigo a segurança das nações são infinitas, sendo para alguns autores impossível prever ou definir a extensão e a variedade das exigências nacionais<sup>167</sup>.

Dessa forma, quando se está diante de uma tipologia jurídica, por definição, *plural*, se coloca a dúvida relativa ao caráter aberto ou fechado dos seus pressupostos fáticos<sup>168</sup>. Como tentativa de resposta dos ordenamentos jurídicos, várias Constituições buscaram prever em seu corpo diversos tipos de emergência no fito de tornar mais eventos como constitucionalmente permitidos<sup>169</sup>, além de dispor de uma *pluralidade de tipos de estado de exceção* aplicáveis conforme a gravidade da emergência<sup>170</sup>.

---

<sup>163</sup> Cfr. GILBERTO BERCOVICI. *Soberania...* Ob. Cit., p. 42.

<sup>164</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA. *O Estado...* Vol. I. Ob. Cit., p. 543.

<sup>165</sup> Cfr. GENEVIÈVE CAMUS. Ob. Cit., p. 15.

<sup>166</sup> Cfr. PEDRO CRUZ VILLALON. Ob. Cit., p. 23-25.

<sup>167</sup> Cfr. ALEXANDER HAMILTON (*apud* OREN GROSS). «Providing...». Ob. Cit., p. 9. FRANÇOIS SAINT-BONNET (*apud* GILBERTO BERCOVICI) comunga do mesmo entendimento. *Soberania...* Ob. cit., p. 40.

<sup>168</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA. *O Estado de Exceção no Direito Constitucional – Entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 1998, p. 810.

<sup>169</sup> Cfr. OREN GROSS. «Providing...». Ob. Cit., p. 9. CLINTON ROSSITER, já na metade do século XX, elencou três tipos de emergências que justificam a ditadura constitucional, quais sejam elas, a guerra, a rebelião e a depressão econômica. Ob. Cit., p. 6.

<sup>170</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA. *O Estado...* Vol. I. Ob. Cit., p. 545.

Portugal, por exemplo, prevê dois regimes de exceção, o estado de siege e o estado de emergência, conforme a maior ou menor seriedade da situação, respectivamente, dispondo como pressuposto fático no artigo 19º, n. 2 da CRP, e no artigo primeiro da Lei n. 44/86 de 30 de Setembro que dispõe sobre o Regime do Estado de Sítio e do Estado de Emergência (LRESEE), a “agressão efectiva ou iminente por forças estrangeiras, de grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática ou de calamidade pública”.

Diante da afirmação do texto constitucional que o “estado de sítio ou o estado de emergência só podem ser declarados [...]”, fica claro que os pressupostos para declaração do estado de exceção constituem *numerus clausus* e que nenhuma outras causas se admitiriam para a decretação<sup>171</sup>.

Em França, embora o artigo 36º da Constituição que alude ao estado de sítio não estabeleça expressamente sobre as situações que o ensejam, a lei relativa ao estado de urgência supracitada, já no artigo primeiro, dispõe sobre a sua declaração no caso perigo iminente resultante de violações graves da ordem pública, isto é, no caso de eventos que apresentem, por sua natureza e gravidade, o carácter de calamidade pública<sup>172</sup>.

Também o artigo 16º da Constituição prevê a tomada pelo Presidente de medidas excepcionais quando haja ameaça séria e imediata às instituições da República, à independência da Nação, à integridade do território ou ao cumprimento dos compromissos internacionais e o funcionamento regular dos poderes públicos constitucionais é interrompido<sup>173</sup>.

À vista do exposto, entende-se que os pressupostos fáticos em França se unificam na ideia de *perturbação da ordem pública*, que inclui tanto as causas internas (ressurreição) como externas (ameaça estrangeira), tanto eventos de origem política como militar<sup>174</sup>.

A CEDH, consoante visto, traz em seu artigo 15º como eventos que permitem a derrogação de algumas obrigações nela previstas a “guerra ou outro perigo público que ameace a vida da nação”.

---

<sup>171</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA. *O Estado...* Vol. II. Ob. Cit., p. 810.

<sup>172</sup> Como o estado de siege possui como essencial o componente administrativo-militar, entende-se que o estado de emergência tem a intenção de representar um *regime intermédio* entre o Direito Comum e o estado de sítio. Cfr. MICHEL DRAN (*apud* JORGE BACELAR GOUVEIA). *O Estado...* Vol. I. Ob. Cit., p. 498.

<sup>173</sup> Segundo JEAN LAMARQUE (*apud* ANTÓNIO DAMASCENO CORREIA), em harmonia com o artigo 36º da Constituição, a única interpretação possível, é que o artigo 16º não se refere a interrupção total do funcionamento dos poderes constitucionais, mas somente do seu funcionamento regular. Ob. Cit., p. 72.

<sup>174</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA. *O Estado...* Vol. I. Ob. Cit., p. 472.

Apesar do papel do TEDH quanto a interpretação da CEDH<sup>175</sup>, deve se ter em conta que o sistema europeu de proteção de direitos humanos é derivado e subsidiário ao sistema nacional<sup>176</sup>. Assim, caso não seja possível constatar um consenso entre os Estados-membros acerca de como os as obrigações previstas na Convenção devem ser cumpridas, presume-se por uma margem de apreciação em favor dos mesmos para fazê-lo. No mesmo sentido, em relação aos termos adjetivos indeterminados encontrados no texto, o Tribunal está disposto a conceder às autoridades nacionais um espaço de manobra para interpretá-los<sup>177</sup>.

No que tange a *cláusula derogatória* acima, entende-se que é concedida uma *margin of discretion* aos Estados para avaliar a presença ou não de uma situação emergencial que a justifique<sup>178</sup>, na medida em que *os perigos públicos que ameacem a vida da nação* podem ser vários e, entre os Estados, não há uma uniformidade quanto a previsão dos pressupostos fáticos.

A despeito desse artigo, o Guia do Conselho da Europa dispõe que os órgãos da Convenção geralmente tem deferido para as autoridades nacionais a avaliação quanto a existência da situação excepcional<sup>179</sup>, pois “[...] It falls in the first place to each Contracting State, with its responsibility for ‘the life of [its] nation’, to determine whether that life is threatened by a ‘public emergency’<sup>180</sup>, especialmente porque como estão em contato direto com a realidade, se encontram em melhor lugar para julgar, o que Steven Greer denominada como *better position rationale*<sup>181</sup>.

Por conseguinte, a escolha de termos mais amplos, como perigo público, feita pela CEDH e pelo PIDCP<sup>182</sup>, possibilita abranger diversas situações em vez de enumerar particularmente cada tipo de circunstância excepcional. Entretanto, a qualificação de que esse perigo deve “ameaçar a vida da nação” elimina a derrogação de direitos em crises de menor importância<sup>183</sup>.

---

<sup>175</sup> De acordo com o princípio da interpretação autônoma, alguns dos termos-chave da Convenção devem ser definidos pelo Tribunal, independentemente da forma como podem ser entendidos pelos Estados-Membros. Cfr. STEVEN GREER. *The Margin of Appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*, n. 17. Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2000, p. 19.

<sup>176</sup> Cfr. EVA BREMS. «The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights», in *Zeitschrift fuer Auslaendisches Oeffentliches Recht und Voelkerrecht*, n. 56, 1996, p. 294.

<sup>177</sup> Cfr. STEVEN GREER. Ob. Cit., p. 30.

<sup>178</sup> Cfr. ERGUN OZBUDUN e MEHMET TURHAN. Ob. Cit., p. 26.

<sup>179</sup> Cfr. Guide on Article 15 of the European Convention on Human Rights. Ob. Cit., p. 6.

<sup>180</sup> Cfr. TEDH. *Queixa n.º 5310/71*, n. 207, *Ireland vs. United Kingdom*, julgamento: 18/01/1976.

<sup>181</sup> Cfr. STEVEN GREER. Ob. Cit., p. 8.

<sup>182</sup> Cfr. Art. 4 do PIDCP (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos).

<sup>183</sup> Cfr. JAIME ORÁA. *Human Rights in States of Emergency in International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 13.

Essa noção foi definida pelo Tribunal Europeu de Direitos do Homem (TEDH), no na Queixa *Lawless v. Ireland*, julgado em primeiro de Julho de 1961, no qual, discutia-se se a Irlanda, que alegou o aumento das atividades do IRA (Irish Republican Army), se encontrava ao abrigo do artigo 15º para justificar a declaração de estado de emergência feita em 08/07/1957, que autorizou a realização de detenções sem um julgamento<sup>184</sup>.

Nesse caso não houve interpretação unânime pelos membros da Convenção acerca da compreensão de perigo público. Apesar de cinco membros defenderem um conceito radical e extremo, como por exemplo, a necessidade de se tratar de uma situação próxima da guerra, a maioria optou por um padrão mais flexível a partir de um significado da expressão conexo com “[...] a situation of exceptional and imminent danger or crisis affecting the general public, as distinct from particular groups, and constituting a threat to the organised life of the community which composed the state in question”<sup>185</sup>.

Não obstante seja concedida uma *margem de apreciação* para os Estados realizarem a avaliação, tal questão ainda pode ser levada a Estraburgo, não como *apelação*, mas com o objetivo revisão pelo Tribunal. À Corte cabe determinar se as autoridades nacionais agiram dentro das “exigências da situação”, dando o peso adequado a fatores relevantes como: a natureza dos direitos afetados, as circunstâncias de fundo e a duração da emergência para determinar se a margem acima não fora excedida<sup>186</sup>.

Cada Estado, portanto, fica responsável por estabelecer e avaliar na ordem interna a presença dos pressupostos fáticos, avaliação que é feita de acordo com as circunstâncias presentes no caso concreto ou, pelo menos, antecipando-se à situação excepcional que a sociedade provavelmente enfrentará<sup>187</sup>.

Entretanto, a opção pela classificação e categorização das emergências no plano jurídico interno não está longe de encontrar problemas, pois segundo Oren Gross, estas revelam um grau substancial de imprecisão, ambiguidade e sobreposição entre as diferentes categorias, sendo alguns dos termos-chave utilizados neste contexto, como “perigo” e

---

<sup>184</sup> Cfr. TEDH. *Queixa n.º 332/57, Lawless vs. Ireland*, julgamento: 01/07/1961.

<sup>185</sup> Cfr. JAIME ORÁA. Ob. Cit., p. 17-19.

<sup>186</sup> Cfr. STEVEN GREER. Ob. Cit., p. 19. Salienta-se nesse contexto, que derivada do direito administrativo, a doutrina da margem da apreciação nacional, assim como as decisões tomadas no âmbito de um poder discricionário, permite apenas uma revisão limitada, ou seja, uma análise se o poder dos Estados no contexto foi excedido. Do mesmo modo, no que tange a limitação de direitos, avalia-se a existência e extensão da necessidade de interferência em um direito protegido. Cfr. EVA BREMS. Ob. Cit., p. 240.

<sup>187</sup> Cfr. GENEVIÈVE CAMUS. Ob. Cit., p. 16.

“ameaça iminente”, suficientemente amplos para tornar a escolha entre as possíveis categorias principalmente uma questão política<sup>188</sup>.

O que se verifica é que, não obstante seja feita uma tentativa no sentido de tipificar as situações de emergência, a dificuldade em se prever o imprevisível e o estabelecimento de sistemas fechados pode dificultar a sistemática do instituto, na medida em que o aparecimento de uma situação emergencial não prevista, em tese, impediria a decretação do estado de exceção e a legítima tomada de medidas para superar a emergência.

Por essa razão, as Constituições europeias seguem a tendência, ainda que não seja a regra, de não prever descrições detalhadas dos tipos de ameaças abrangidas pelo estado (ou estados) de exceção. Geralmente, fórmulas como “ameaça à ordem constitucional” e “ameaça à independência e integridade territorial” são preferíveis<sup>189</sup>.

Dando sequência, presente o pressuposto fático, qual seria então o próximo passo? Entende-se do ponto de vista constitucional, que para se configure um estado de exceção é necessário que haja o *reconhecimento* da presença de uma situação emergencial e a decretação do estado de exceção.

Nesse sentido, o artigo 4º do PIDESC exige que a ameaça à vida da nação seja oficialmente proclamada, para que então seja possível a tomada de medidas derogatórias pelas Partes Contraentes.

Apesar de tal exigência estar ausente na CEDH, em sua jurisprudência, o Tribunal já deixou claro que o artigo 15º requer um ato formal e público de derrogação, como a declaração de uma lei marcial ou estado de emergência, pois onde não houver proclamação, o artigo em voga não pode ser aplicado<sup>190</sup>. Ademais, entende-se que a declaração deve ser realizada antes que qualquer das medidas justificáveis apenas em um estado de exceção sejam implementadas<sup>191</sup>.

Na mesma exegese, Jorge Miranda afirma sobre a necessidade da declaração formal do estado de sítio ou de emergência em Portugal a fim de que seja legítima a tomada de

---

<sup>188</sup> Cfr. OREN GROSS. «Providing...» Ob. Cit., p. 16.

<sup>189</sup> Cfr. ANNA KHAKEE. Ob. Cit., p. 11.

<sup>190</sup> Cfr. JAIME ORÁA. Ob. Cit., p. 37. Vide: Queixas n.ºs 6780/74 e n. 6950/75 *Cyprus vs. Turkey*. Referenciado pelo autor.

<sup>191</sup> Cfr. MARK NEOCLEOUS. Ob. Cit., p. 507.

medidas suspensivas de direitos, liberdades e garantias, como respeito ao princípio da proteção da confiança<sup>192</sup>.

Contrasta o argumentário de Paulo Otero, para o qual, caso não seja possível a declaração formal a tempo, tendo em consideração os valores em causa em torno da defesa da ordem constitucional ameaçada por situações factuais que são, em abstrato, configuráveis como pressupostos dos regimes de emergência, as autoridades administrativas podem comportarem-se como se essa existisse, desde que respeitados os limites materiais previstos no art. 19, n. 6 da CRP, pois estaria habilitada segundo o princípio da necessidade aplicado à defesa da Constituição<sup>193</sup> como fonte implícita do ordenamento constitucional<sup>194</sup>.

De todo modo, questiona-se: qual seria a autoridade competente para decretar o estado de exceção? Há quem entenda que na mesma sistemática da ditadura romana, aquele que decide sobre a sua instauração não pode ser o mesmo que ira exercer os poderes extraordinários<sup>195</sup>.

Isso não é necessariamente uma imposição, porquanto algumas Constituições concentram tais atributos em um único poder. Esse é o caso da França, onde o artigo 36º da Constituição preceitua que a decretação é feita pelo Governo, enquanto titular do poder executivo, na sua estrutura colegial em Conselho de ministros e apenas a pretensão de prorrogar o estado de siege por mais de 12 dias é que deve ser aprovada pelo órgão parlamentar<sup>196</sup>. Além disso, o Presidente também pode impor sozinho os poderes excepcionais já citados.

A depender da opção feita pelo constituinte a competência para decretação pode pertencer ora ao executivo, ora ao legislativo e, de acordo com a maioria das regulamentações europeias acerca do assunto, como reação a experiências totalitárias no passado<sup>197</sup>, entende-se que deve haver o envolvimento de outro poder na decisão<sup>198</sup>.

À vista disso, é comum que a Constituição exija que a decretação do estado de exceção pelo parlamento seja precedida do requerimento ou proposta do governo ou, quando

---

<sup>192</sup> Cfr. JORGE MIRANDA. *Manual de Direito Constitucional*. Vol. 2, Tomo IV, 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 314. Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO. Ob. Cit., p. 1101

<sup>193</sup> Cfr. PAULO OTERO. *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 995.

<sup>194</sup> Cfr. GIUSEPPE DE VERGOTTINI (*apud* PAULO OTERO). *Legalidade...* Ob. Cit., p. 996.

<sup>195</sup> Cfr. CLINTON ROSSITER. Ob. Cit., p. 305.

<sup>196</sup> Cfr. ANNA KHAKEE. Ob. Cit., p. 23.

<sup>197</sup> Cfr. BRUCE ACKERMAN. «Emergency Constitution», in *Yale Law Journal*, v. 113, n. 5, 2004, p. 1054.

<sup>198</sup> Cfr. ANNA KHAKEE. Ob. Cit., p. 12.

o executivo detém tal competência, geralmente requer-se a autorização prévia ou ratificação subsequente pelo legislativo<sup>199</sup>.

Gizado por esse raciocínio, em Portugal há um mecanismo complexo de interdependência para a decretação do estado de sítio ou de emergência, vez é feita via decreto presidencial, como ato próprio do Presidente da República, mas condicionado à autorização prévia da Assembleia da República e à audição do Governo, necessitando também de referenda governamental<sup>200</sup>.

Vale ressaltar que no sistema português, conforme preconiza Bacelar Gouveia, aplica-se o *princípio da discricionariedade* em relação a declaração do estado de exceção. Desta via, presente o pressuposto fático, não há vinculatividade pelos órgãos decisores em declarar algum dos regimes de emergência previstos<sup>201</sup>.

Quando se afirma o caráter temporário do estado de exceção, esse não traduz apenas da necessidade de que haja um prazo máximo de sua vigência, mas também reflete sobre a decisão que determina a sua duração no caso concreto. Isso porque o regime emergencial não pode se estender para além da crise<sup>202</sup>. Logo, a fixação do prazo deve observar a proporcionalidade, sendo limitado pelo estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional<sup>203</sup>.

Assim, exige-se em Portugal, conforme disposto no artigo 5º da LRESEE, que a declaração do estado de sítio ou de emergência seja acompanhada com a fixação da duração, mencionando o dia e hora de seu início e cessação.

Considerando ser possível que o período fixado na formal declaração seja insuficiente para restaurar o *status quo ante*, em alguns ordenamentos jurídicos também é prevista a prorrogação do regime emergencial. Todavia, essa geralmente conta com uma supervisão *plus*, como é o caso do ordenamento jurídico francês citado alhures.

Ressalta-se que a fixação de limite temporal, embora indispensável à segurança jurídica, também não constitui uma regra. A Lei Fundamental da Alemanha, ao tratar do

---

<sup>199</sup> Cfr. OREN GROSS e FIONNUALA NÍ AOLAÍN. Ob. Cit., p. 55-56. Cita-se a exemplo da competência do parlamento, precedida de proposta do governo, o artigo 48º da Constituição Grega.

<sup>200</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO. Ob. Cit., p. 1104.

<sup>201</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA. *O Estado...* Vol. II. Ob. cit., p. 816. Não é o entendimento de JORGE MIRANDA, para quem, diante da situação de necessidade é obrigatória a declaração. *Manual de...* Tomo IV. Ob. Cit., p. 438.

<sup>202</sup> Cfr. ERGUN OZBUDUN e MEHMET TURHAN. Ob. Cit., p. 31.

<sup>203</sup> Cfr. JORGE MIRANDA. *Manual de...* Tomo IV. Ob. Cit., p. 303.

estado de tensão – que constitui o menos grave dos regimes de exceção previstos – determina que esse termina quando o *Bundestag* assim decidir<sup>204</sup>.

A partir do *conceito* de emergência pública dado pela Comissão Europeia para a Democracia Através do Direito, segundo a qual, “[...] public emergency situations involve both derogations from normal human rights standards and alterations in the distribution of functions and powers among the different organs of the State”<sup>205</sup>, é possível extrair duas outras características do estado de exceção.

Uma delas consiste na alteração da distribuição de poderes entre os órgãos do Estado, em oposição ao sistema tradicional de *check and balances* conquistado historicamente como reação ao absolutismo no contexto do constitucionalismo moderno.

Segundo Cruz Villalon, a Constituição é um projeto de organização de um poder político que se quer limitado, distribuído e legitimado. Mas é precisamente no caráter limitado que se encontra a incapacidade dessa mesma Constituição em lidar com as crises. Dessa via, ela pode ser inclinada a incorporar uma resposta as situações de crise, que não pode ser outra se não a incorporação no ordenamento de um outro modo de organização do poder: um modo de organização alternativo do poder<sup>206</sup>.

Por conseguinte, as Constituições tendem a dispor sobre um regime diferenciado para vigorar durante as emergências, com o efeito de alterar o equilíbrio do sistema de freios e contrapesos, na medida em que geralmente um dos ramos tem suas competências ampliadas para solucionar a crise.

Nessa lógica, Geneviève Camus figura como *élément subjectif* do estado de exceção a presença de um sujeito da lei dotado de um poder de livre determinação para enfrentar a situação de necessidade<sup>207</sup>.

Provavelmente como *herança* da primeira metade do século XX, na qual fora concedido ao executivo certas competências para legislar, ainda que de forma emergencial, é comum que nos regimes atuais de exceção seja adotada uma espécie de transferência

---

<sup>204</sup> Cfr. ANNA KHAKKEE. Ob. cit., p. 13-14. Também o artigo 1151º relativo ao fim do Estado de Defesa, estabelece que se dará quando o Bundestag decidir, a partir da aprovação do Bundesrat. *Ibidem*, p. 14.

<sup>205</sup> Cfr. ERGUN ÖZBUDUN e MEHMET TURHAN. Ob. Cit, p. 3.

<sup>206</sup> Cfr. PEDRO CRUZ VILLALON. Ob. Cit., p. 18-19.

<sup>207</sup> Cfr. GENEVIÈVE CAMUS. Ob. Cit., p. 18.

adicional de poderes ao executivo<sup>208</sup>, nomeadamente o estabelecimento de *plenos poderes* ao executivo para promulgar decretos com força de lei<sup>209</sup>.

Não há, entretanto, um consenso europeu nesse sentido, e o fato dos instrumentos internacionais citados anteriormente nada preverem, ainda que de caráter sugestivo, sobre uma regulamentação dos ramos do governo durante o estado de exceção, tem contribuído para diferenças significantes nos modelos constitucionais de emergência quanto a essa forma alternativa de poder<sup>210</sup>, estando presente também os casos em que certas mudanças são expressamente proibidas.

Essa última hipótese é visível na CRP ao dispor no artigo 19º, n. 7, que os regimes emergenciais previstos não podem “[...] afectar a aplicação das regras constitucionais relativas à competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania e de governo próprio das regiões autónomas ou os direitos e imunidades dos respectivos titulares”.

Também em França, o artigo 16º da Constituição que autoriza os poderes excepcionais do presidente, garante de forma expressa que “Le Parlement se réunit de plein droit”.

Outrossim, é possível que a balança de poderes desvie para outro órgão. Na Hungria, a declaração de *State of National Crisis* pelo Parlamento é acompanhada, na forma do artigo 49º da Constituição, com o exercício pelo *Council of National Defence* dos poderes do governo, do Presidente da República e outros que sejam delegados a ele pela Assembleia Nacional<sup>211</sup>.

Outro ponto abstraído dos regimes emergenciais se traduz na possibilidade da *suspensão da Constituição*. Uma vez que a ideia de *ruptura constitucional* não pertence ao que se compreende por estado de exceção<sup>212</sup>, essa suspensão não deve ser entendida no sentido dado por Carl Schmitt, em que vigora um poder ilimitado do soberano, mas

---

<sup>208</sup> Cfr. ERGUN OZBUDUN e MEHMET TURHAN. Ob. Cit., p. 17. Ver artigo 115kº da Lei Fundamental da Alemanha. Afirma GILBERTO BERCOVICI, ser natural a preponderância do poder executivo em tempos de crise, abandonando de forma temporária a separação de poderes. *Soberania...* Ob. Cit., p. 41. Cita-se também o estado português, onde, consoante PAULO OTERO, a declaração formal do estado de exceção pode comportar uma verdadeira *licença* para as diferentes estruturas administrativas adotarem em conjunto de providências que em situações normais seriam ilegais, permitindo aos órgãos administrativos o exercício de competências administrativas que não possuíam. *Legalidade...* Ob. Cit., p. 993.

<sup>209</sup> Cfr. GIORGIO AGAMBEN. Ob. Cit., p. 5-7.

<sup>210</sup> Cfr. ANNA KHAKEE. Ob. Cit., p. 10.

<sup>211</sup> Cfr. ERGUN OZBUDUN e MEHMET TURHAN. Ob. Cit., p. 17.

<sup>212</sup> Cfr. GILBERTO BERCOVICI. *Soberania...* Ob. Cit., p. 42.

consubstancia-se na possibilidade de que certos direitos fundamentais sejam suspensos temporariamente, no fito de viabilizar maior eficácia e rapidez a superação da crise.

A previsão na Constituição quanto a suspensão de alguns de seus dispositivos, consiste segundo Cruz Villalon em uma *opción consciente por parte del poder constituyente*, vez que o artigo 187º da Constituição Belga de 1831, por exemplo, a proíbe expressamente<sup>213</sup>.

Assim, no plano europeu, as regras de emergência geralmente abarcam a suspensão de certas liberdades e direitos fundamentais. Todavia, há uma grande variação nas legislações nacionais acerca de como essa sistemática opera no plano prático<sup>214</sup>.

Enquanto algumas Constituições preveem diversas limitações a poderes emergenciais – seja ao estabelecer quais direitos podem ser objeto de suspensão<sup>215</sup> ou quais são inderrogáveis – outras parecem *to leave the door open* para que a Constituição seja suspensa de forma ampla em tempos de emergência<sup>216</sup>.

É importante assinalar que os Estados não são totalmente livres para elaborar a legislação de emergência, vez que devem observar os tratados de direitos humanos, como o PIDCP e a CEDH, que enumeram os chamados *non-derogable human rights*, os quais não podem ser suspensos sob nenhuma circunstância, incluindo o estado de emergência ou tempos de guerra<sup>217</sup>, vez que a proteção desses direitos constitui o núcleo normativo do Estado de Direito.

Embora seja acordado em todos os tratados sobre a presença do princípio da não-derrogabilidade, a dificuldade em estabelecer quais seriam esses direitos *imunes* ao estado

---

<sup>213</sup> Cfr. PEDRO CRUZ VILLALON. Ob. Cit., p. 28. Isso não significa que não haja em Bélgica algum mecanismo de exceção, pois esse é possível, segundo afirma ANTÓNIO DAMASCENO CORREIA, pelo fato de que o poder legislativo se exerce coletivamente pelo Rei, Câmara dos Representantes e Senado e, dessa medida, implicitamente, a Constituição por intermédio do artigo 26º, outorga plenos poderes ao monarca. Ob. Cit., p. 35.

<sup>214</sup> Cfr. ERGUN OZBUDUN e MEHMET TURHAN. Ob. Cit., p. 20.

<sup>215</sup> As Constituições da Áustria, Grécia, Malta, Holanda, Espanha, por exemplo, estabelecem quais direitos podem ser objeto de reduzidos durante emergências, sendo os mais comuns: a liberdade de circulação, liberdade de assembleia e livre associação e o direito à privacidade. Cfr. ANNA KHAKEE. Ob. Cit., p. 16. A França também dispõe no artigo 5º da lei sobre o Estado de Urgência (Loi n° 55-385 du 3 avril 1955), sobre alguns direitos que podem ser suspensos, dentre os quase, a liberdade de circulação.

<sup>216</sup> Cfr. OREN GROSS. «Providing...». Ob. Cit., p. 24-26. O autor cita como exemplo do último caso, que sob a doutrina do *régime des pleins pouvoirs*, se for considerado necessário salvaguardar a segurança do estado, sua independência e neutralidade, bem como de seu interesse econômico, o governo federal suíço pode agir de maneira que, em outras circunstâncias, seria considerada inconstitucional. *Ibidem*, p. 26.

<sup>217</sup> Cfr. ANNA KHAKEE. Ob. Cit., p. 9.

de exceção resultou na no estabelecimento de uma lista diferente de direitos conforme o documento que se consulte<sup>218</sup>.

O PIDESC enumera em seu rol disposto no Artigo 4º, n. 2: o direito à vida; a proteção contra a tortura e qualquer tratamento/punição desumano ou desgradante; proibição da escravidão e servidão; proibição da prisão por dívida contratual; princípio da não retroatividade da lei penal incriminadora; o direito de ser reconhecido em todo lugar como sujeito de direitos e, por fim, o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião.

Já a CEDH possui uma enumeração mais restrita ao incluir apenas o direito à vida, a proibição da tortura, escravidão e servidão, bem como o respeito ao princípio da legalidade relativo a não retroatividade da lei penal incriminatória. Vale destacar que em relação ao direito à vida, há ainda uma *exceção da exceção*, pois esse direito não será abrangido pelo princípio quando a sua violação seja resultado de atos lícitos de guerra<sup>219</sup>.

Conforme mencionado, algumas Constituições nacionais estabelecem o seu próprio rol de direitos inderrogáveis mesmo em situações de emergência. Cita-se a Constituição Portuguesa, que no artigo 19º, n. 6, inclui também os direitos à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião.

Em relação aos que não se encontram no *núcleo irredutível* dos direitos humanos<sup>220</sup>, mesmo em regimes de exceção, esses não podem ser livremente violados. Por decorrência do próprio texto da Convenção Europeia, a extensão das medidas deve ser estritamente requerida pelas exigências da situação, ou seja, deve ser observado o princípio da proporcionalidade<sup>221</sup>.

---

<sup>218</sup> JAIME ORÁA faz uma análise comparativa entre o rol de direitos não-derrogáveis previstos na CEDH, no PIDSC e na CADH (Convenção Americana de Direitos Humanos) desde a preparação dos tratados. Ver pp. 87-88.

<sup>219</sup> Cfr. Artigo 15º, n. 2, da CEDH. Nesse contexto, as mortes ocorridas em tempos de guerra, *de acordo* com as normas internacionais de direito humanitário não violam a Convenção. Cfr. DOUWE KORFF. *The right to life: A guide of implementation of Article 2 of the European Convention on Human Rights - Human rights handbooks*, n. 8. Bélgica: Conselho da Europa, 2006, p. 55.

<sup>220</sup> Esse núcleo traduz o rol da CEDH, como direitos *comuns* inderrogáveis previstos no PIDESC e CADH. Cfr. JAIME ORÁA. Ob. Cit., p. 96.

<sup>221</sup> No mesmo sentido, no plano interno português, considerando o respeito à proporcionalidade e a propósito da suspensão de *direitos, liberdades e garantias* durante emergência prevista no artigo 19º, n. 1, da CRP, como bem salienta JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, tendo em vista que a declaração e execução dos estados de necessidade devem limitar-se ao estritamente necessário para o restabelecimento da normalidade, não parece que os direitos ficam propriamente suspensos, mas antes «enfraquecidos» pelas medidas concretas que os restrinjam ou comprimam, na medida do necessário e em termos proporcionais. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 315.

Atinente ao seu papel como *revisor*, o TEDH afirma ser este *particularly apparent where Article 15 is concerned*. Isso porque os Estados, face o seu contato direto e contínuo com as emergências, se encontram em melhor posição para decidir não apenas sobre a presença da emergência, mas também sobre a natureza e alcance das derrogações necessárias<sup>222</sup>.

Por conseguinte, também é concedida uma margem de apreciação para as autoridades nacionais escolherem as medidas restritivas de direitos e a avaliação da sua extensão, conforme a necessidade do caso concreto.

Todavia, os órgãos da Convenção, como responsáveis por assegurar o cumprimento das obrigações dos Estados, sem que se substituam na função de avaliação das medidas, têm a função de rever a legalidade das mesmas e decidir se o requisito de proporcionalidade foi cumprido. Assim, o exercício da margem de apreciação é acompanhado por uma supervisão<sup>223</sup>.

No mesmo sentido que o TEDH pode fazer essa análise da proporcionalidade, questiona-se se ainda, se o controle dessas medidas e, até mesmo da decretação do estado de exceção, deveria existir no âmbito interno.

Enquanto há quem entenda que por se tratar de uma decisão de natureza política, não deveria haver controle algum<sup>224</sup>, para outros, ainda que provoquem um desequilíbrio entre os poderes, os regimes de exceção mantêm seu fundamento no Estado de Direito e, dessa forma, tem seu desempenho sujeito a revisão por cortes independentes<sup>225</sup>. Há ainda quem, embora reconheça o ato que declara a emergência como político, não veja impedimento para o controle jurídico já que se trata de um ato administrativo no exercício da função política<sup>226</sup>.

Em Portugal, segundo Bacelar Gouveia, o decreto presidencial do estado de exceção é compreendido pela maior parte da doutrina como de caráter normativo e, por tal razão, sujeito a fiscalização sucessiva de constitucionalidade<sup>227</sup>.

---

<sup>222</sup> Cfr. *Guide on Article 15...* Ob. Cit., p. 7. Cfr. Queixa n.º 5310/71 (*Ireland vs. United Kingdom*), supracitada.

<sup>223</sup> Cfr. JAIME ORÁA. Ob. Cit., p. 144-145.

<sup>224</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>225</sup> Cfr. ERGUN OZBUDUN e MEHMET TURHAN. Ob. Cit., p. 25.

<sup>226</sup> Cfr. ANTÓNIO DAMASCENO CORREIA. Ob. Cit., p. 169.

<sup>227</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA. *O Estado...* Vol. II. Ob. Cit., p. 1209. De acordo com J. J. GOMES CANOTILHO, não apenas o Tribunal Constitucional, mas também os tribunais são competentes para exercer o controle de constitucionalidade. Ob. Cit., p. 870. Em opinião diversa, Carlos Blanco de Moraes (*apud* ANTÓNIO DAMASCENO CORREIA) entende que a declaração de emergência não está sujeita a controle de constitucionalidade por se traduzir em ato político. Ob. Cit., p. 170.

Em França, é possível que o Conselho Constitucional no exercício de sua função consultiva se pronuncie sobre a questão de saber se as condições para a implementação de um regime emergencial estão preenchidas<sup>228</sup>.

Não obstante o Conselho de Estado Francês já tenha reconhecido que o decreto que declara o estado de emergência não é um *acte de gouvernement* insusceptível de controle jurisdicional, mas tem natureza administrativa e, portanto, esse seria permitido<sup>229</sup>, conforme decisão do próprio Conselho, na sua função de Tribunal Superior da ordem administrativa, ao julgar duas moções propostas em 2005 para a suspensão da execução de decretos do Presidente responsáveis por implementar a Lei nº 55-385 do Estado de Emergência, o mesmo entendeu que a lei em questão confere ao Presidente da República um amplo poder de apreciação para decretar o estado de urgência<sup>230</sup>, o que suscita a dúvida sobre a existência real de um controle, considerado como mínimo e simples<sup>231</sup>.

Em um caso relativamente recente, a Suprema Corte espanhola teve a oportunidade de clarificar o tema quando suscitado seu controle em face da prorrogação de um estado de emergência. Sendo este considerado um ato político, a Corte afirmou que deve ser controlado exclusivamente pelo Congresso e não pelo poder judicial<sup>232</sup>.

A maioria das Constituições europeias, todavia, são silentes sobre a questão, havendo poucos exemplos em que a *judicial review* da decisão que instaura o estado de exceção é possível<sup>233</sup> e mais excepcional ainda, a previsão expressa desse controle, como é o caso da Eslováquia, que dispõe sobre o controle jurídico da constitucionalidade da proclamação do estado de emergência ou de exceção e das medidas tomadas na sequência<sup>234</sup>.

---

<sup>228</sup> Cfr. FRANÇOIS SAINT-BONNET. «L'état d'exception et la qualification juridique», in *CRDF: Pouvoirs exceptionnels et droits fondamentaux*, n. 6, 2008, p. 34.

<sup>229</sup> Cfr. GILLES LEBRETON. «Les atteintes aux droits fondamentaux par l'état de siège et l'état d'urgence», in *CRDF: Pouvoirs exceptionnels et droits fondamentaux*, n. 6, 2008, p. 87.

<sup>230</sup> Cfr. FRANÇA, CONSEIL D'ÉTAT - Notícia publicada em 14/11/2005.

<sup>231</sup> Cfr. GILLES LEBRETON. Ob. cit., p. 88.

<sup>232</sup> Cfr. AGUSTÍN RUIZ ROBLEDO. «The Spanish Constitution in the Turmoil of the Global Financial Crisis», in *Constitutions in the global financial crisis: a comparative analysis*. Surrey: Ashgate Publishing Limited, 2013, p. 154. O autor remete a Decisão n. 857/2011 proferida pela Suprema Corte em Espanha.

<sup>233</sup> Cfr. ERGUN OZBUDUN e MEHMET TURHAN. Ob. Cit., p. 28-29. Como exemplo cita-se o controle pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha acerca da legislação aprovando regras de emergência.

<sup>234</sup> Cfr. ANNA KHAKEE. Ob. Cit., p. 16. Ressalta-se que o controle pela Corte Constitucional na Eslováquia somente ocorrerá, se a lei que habilita a declaração de exceção e as medidas a vigorarem estão em conflito com compromissos internacionais. Cfr. ERGUN OZBUDUN e MEHMET TURHAN. Ob. Cit., p. 27.

Também existem Leis Fundamentais que proíbem expressamente a revisão da decisão do executivo ou resolução do legislativo que aprovou o regime emergencial, esse é o caso da Hungria e Suíça<sup>235</sup>.

Não se pode afirmar que haja um *standard* europeu quanto a regulamentação do estado de exceção. O que se constata, é de um modo geral, a presença de certas características em quase todos os regimes de exceção, quais sejam: a disposição acerca de pressupostos fáticos, ainda que de caráter *aberto*; a existência de um procedimento para a decretação de emergência relativa a competência; o limite temporal; a presença de um desequilíbrio na separação de poderes e por fim, a possibilidade de que certos direitos sejam suspensos durante as emergências.

Como esses pontos se operacionalizam no plano fático? Isso varia substancialmente de acordo com o ordenamento jurídico, encontrando como ponto realmente comum, o respeito aos direitos inderrogáveis da Convenção exigíveis dos signatários.

Ademais, estudos demonstram que geralmente países com experiências recentes de governo autoritário, como Alemanha, Hungria, Portugal e Espanha, regulam constitucionalmente os principais aspectos das emergências, enquanto que pelo contrário, Constituições como a da Áustria, Bélgica, Dinamarca e Suíça, são quase silentes sobre essas questões<sup>236</sup>.

#### 1.5. ESTADO DE EXCEÇÃO ANTE OS NOVOS DESAFIOS

Como analisado, o cenário entre guerras do século anterior contribuiu para o desenvolvimento dos regimes exceção e influenciou massivamente na sua constitucionalização, paradoxalmente a ampla garantia de direitos fundamentais no bojo da Constituição Normativa.

Para além da guerra, a partir da década de 20, com a inutilidade dos meios tradicionais de exceção diante da emergência econômica<sup>237</sup> e o recurso aos amplos poderes como solução, a distinção entre estado de exceção e normalidade deixou de ser absoluta e, como consequência, introduziu um *novo* sentido aos instrumentos de exceção para adaptá-los ao combate das crises de cunho econômico.

---

<sup>235</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>236</sup> Essa conclusão foi resultado da análise comparativa bastante aprofundada acerca das Constituições europeias. Cfr. ANNA KHAKKEE. Ob. Cit., p. 29.

<sup>237</sup> Cfr. GILBERTO BERCOVICI. *Soberania...* Ob. Cit., p. 327.

Diante disso, não se pode refutar por completo a concepção schmittiana de que “a exceção tudo comprova”, *tudo* seria exagero, mas sem sombra de dúvida a partir da exceção é possível denotar mudanças que urgem quanto a regulamentação das crises, bem como os seus problemas inerentes.

Finda a segunda guerra mundial, o capitalismo anglo-saxão como ideologia vitoriosa, ao negar a posição do estado como instituidor e garantidor da ordem, contribuiu para a sua compreensão de espaço econômico dinâmico<sup>238</sup> e, sobretudo, viu na Constituição a garantia da estabilidade necessária para o desenvolvimento do capitalismo<sup>239</sup>.

Como reação a esse contexto, em especial, ao temor de reviver uma depressão econômica tal como a da década de 30, foram favorecidas as transformações na economia de mercado como, por exemplo, o acordo de Bretton Woods, determinante para a integração econômica dos mercados financeiros, ainda que de forma parcial<sup>240</sup>. Somado a isso, o aumento do consumo em massa da sociedade industrializada e as inovações tecnológicas permitiram uma verdadeira globalização dos mercados<sup>241</sup>.

Ocorre que junto com as *benesses* que a sociedade pós-industrial é apresentada pela globalização, seja atinente ao papel do sector financeiro como *driver* das economias de mercado<sup>242</sup>, a promoção da comunicação instantânea, os avanços tecnológicos ou o discurso de redução de distância entre pontos afastados geograficamente, também se sujeita ao lado negativo do desenvolvimento, ou seja, os *riscos* dele provenientes.

Desta perspectiva, Ulrich Beck cunhou em 1986 o termo *sociedade de risco* para fazer referência ao desenvolvimento dos novos riscos – provocados por decisões humanas que colocam em perigo a sua própria sobrevivência<sup>243</sup> – que começaram na segunda metade do século XX, em particular, as experiências das crises ecológicas e a eliminação das certezas do Estado Social face os colapsos econômicos evidenciarem a falha da sociedade

---

<sup>238</sup> Cfr. CARL SCHMITT (*apud* GILBERTO BERCOVICI). *Soberania...* Ob. Cit., p. 333.

<sup>239</sup> Cfr. GILBERTO BERCOVICI. *Soberania...* Ob. Cit., p. 44-45.

<sup>240</sup> Cfr. CARLA GUAPO COSTA. *Crises Financeiras na Economia Mundial – Algumas reflexões sobre a história recente*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 21.

<sup>241</sup> Cfr. RUTE SARAIVA. *Direito dos Mercados Financeiros – Apontamentos*. 2ª ed. Lisboa: AAFDL, 2015, p.19.

<sup>242</sup> Cfr. CARLA GUAPO COSTA. Ob. Cit., p. 29.

<sup>243</sup> Cfr. PAULO SILVA FERNANDES. *Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 19.

moderna em controlar os perigos por ela criados<sup>244</sup>, ao que soma-se, com particular destaque a partir de 2001, os ataques terroristas<sup>245</sup>.

Nessa sociedade, onde se incluem os riscos de um “mundo cruzado de mercados financeiro e de poderosas forças especulativas”<sup>246</sup> juntamente com a globalização desses mercados, as crises econômicas, *como resultado normal da economia*<sup>247</sup> e que tinham a característica de serem *localizadas* e somente assolarem países ou regiões individualizadas<sup>248</sup>, também adquirem cariz global.

Como consequência do sistema financeiro se assentar em promessas mútuas entre agentes econômicos de todo o globo, como todas as promessas, essas podem não ser cumpridas<sup>249</sup>. Nessa exegese, a economia se torna dependente da *confiança* desses agentes, tanto em relação ao cumprimento das promessas, quanto ao sucesso econômico dos mercados que estão investindo<sup>250</sup>, fazendo com que as incertezas e o *risco* fixem raízes determinantes no processo, de modo que diante de uma *crise econômica*, ainda que inicialmente local, essa seja rapidamente expandida não apenas pelos mercados financeiros integrados como *canais de transmissão*, mas pelo denominado *efeito contágio*<sup>251</sup>.

Outrossim, o papel que esses mercados e seus agentes econômicos exercem na economia nacional e mundial têm sido determinantes para que os poderes intensificados do executivo no Estado Providência tenham seu eixo transmitido as empresas e agentes do mercado<sup>252</sup>, vez que a razão de mercado passa a ser nova razão do Estado<sup>253</sup> e, no objetivo

---

<sup>244</sup> Cfr. ULRICH BECK. Ob. Cit., p. 28-29.

<sup>245</sup> Nesse sentido, salienta JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE que na denominada sociedade de risco, têm-se apontado uma *falência do Estado* perante os fenômenos da «mundialização» ou de «globalização» e “[...] conseqüente incapacidade de disciplinar e de controlar actividades planetárias e efeitos, que ultrapassam as fronteiras políticas e tradicionais e se manifestam na sua forma mais dramática no terrorismo mundial”. «Algumas reflexões sobre os direitos fundamentais, três décadas depois», in *Anuário português de direito constitucional*, vol. 5, 2006, pp. 130-131.

<sup>246</sup> Cfr. ANTÓNIO MARTINS. *A Jurisprudência constitucional sobre as leis do Orçamento do Estado e (in)constitucionalidade do OE2014*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 58.

<sup>247</sup> Cfr. MINSKY (apud JOSÉ MANUEL GONÇALVES QUELHAS). *Sobre as Crises Financeiras, o Risco Sistemático e a Incerteza Sistemática*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 8.

<sup>248</sup> Cfr. WOLF (apud CARLA GUAPO COSTA). Ob. Cit., p. 15.

<sup>249</sup> Cfr. CARLA GUAPO COSTA. Ob. Cit., p. 29.

<sup>250</sup> *Ibidem*, p. 52-56.

<sup>251</sup> De acordo com FORBES e RIGOBON (apud FERNANDA F. C. PEROBELLI, TATIANA L. VIDAL e JOSÉ R. SECURATO), o efeito contágio geralmente pressupõe certa integração pré-existente entre as economias dos países, e se configura quando um choque ocorrido em uma dessas economias contagia a do (s) outro (s) independentemente da situação dos fundamentos macroeconômicos do mesmo. «Avaliando o Efeito Contágio entre Economias durante Crises Financeiras», in *Estudos Econômicos*. Vol. 43, n. 3, São Paulo, 2013, p. 560.

<sup>252</sup> Cfr. PAULO SILVA FERNANDES. Ob. Cit., p. 17.

<sup>253</sup> Cfr. PAULO ARANTES (apud GILBERTO BERCOVICI). «O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo», in *Boletim de Ciências Econômicas*, XLVIII. Coimbra, 2005, p. 4.

de manter a economia estável, as normas jurídicas parecem ser ditadas pela razão tecnocrática dos neoliberais<sup>254</sup>.

Dessa forma, uma especial atenção a essa *nova razão* é exigida, na medida em que ela coloca em dúvida quais os direitos sacrificáveis em uma eventual situação de crise econômica, bem como, a natureza dos mecanismos para fazê-lo.

Seriam os instrumentos jurídicos ordinários adequados para tanto? Ou a potencialidade das crises econômicas exigem medidas tais quais a instauração de um regime de exceção? Perguntas como estas já parecem estar respondidas - vez que países que vivenciaram a concessão de poderes excepcionais ao executivo para lidar com a crise econômica, como já explanado, surpreendentemente, não preveem tal caso como pressuposto do estado de exceção - entretanto, apenas parecem.

Embora outras crises econômicas eclodiram no delongar do século XX, com destaque para as décadas de 70 e 80 que ficaram marcadas pelo fim de Bretton Woods e por uma nova política orientada pelo *consenso de Washington*, a crise econômica originada nos Estados Unidos em 2007 e *compartilhada* com os *colegas europeus*, em razão das proporções quase mundiais<sup>255</sup>, mas principalmente do caráter de austeridade das medidas adotadas pelos Estados para combatê-la, despertou a reflexão acerca da possível conexão com a temática do estado de exceção, seria essa possível?

Ante essa conjuntura fática, afirma Ulrich Beck já em sua obra mais recente, que o *novo perigo* é democrático, pois afeta ricos e poderosos, os tornando membros de uma *sociedade de perigo mundial*, cujas ações são determinadas pela forma com que esses riscos são percebidos e, que, sobretudo, não podem ser combatidos isoladamente<sup>256</sup>.

Seria então possível que diante do *império das circunstâncias* proporcionado pelos riscos globais, os Estados aplicassem seus regimes de exceção a situações emergenciais que não se encontram discriminadas expressamente? Não o sendo, fato é que as emergências se apresentam e a tomada de medidas para combatê-las é indubitável. Desse modo, a *necessidade faz a lei*? Serão as medidas excepcionais travestidas de mecanismos ordinários para evitar a oposição? Sendo a probabilidade de ocorrência de uma crise econômica em

---

<sup>254</sup> Cfr. ANTÓNIO MANUEL HESPANHA. Ob. Cit., p. 48-49.

<sup>255</sup> Cfr. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ. «SOCIALIDADE, SOLIDARIEDADE E SUSTENTABILIDADE: Esboços de um Retrato Jurisprudencial», in LOUREIRO, João Carlos; SILVA, Suzana Tavares da. *A economia social e civil: estudos*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, p. 61.

<sup>256</sup> Cfr. ULRICH BECK. Ob. Cit., p. 29.

deveras vezes indeterminável, não obstante a sua alta potencialidade de dano, seria possível falar em novo Estado de Exceção de cariz preventivo? De qualquer modo, quais os limites de tentar se combater o imprevisível? Questões como essas exigem um novo olhar para o estado de exceção e como a sua operacionalização se dá na dinâmica dessas novas emergências *nem sempre* extraordinárias.

## 2. CAPÍTULO – O ESTADO DE EXCEÇÃO E A CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA

### 2.1. O DIREITO DA CRISE

#### 2.1.1. Conceito

É evidente que a tradição quanto ao tratamento do estado de exceção geralmente conduz a situações que presumem a *crise violenta*<sup>257</sup>. Não é por acaso que a maioria das Constituições europeias dispõem nos pressupostos fáticos para a sua declaração os *conflitos armados, a ameaça estrangeira* e, além disso, o *terrorismo* vem sendo interpretado como legitimador de um regime de emergência face o conflito entre *segurança e liberdade* por ele proporcionado<sup>258</sup>.

Tal se justifica, pois, diante da dificuldade em discernir sobre existência de uma crise, visto que essa supõe a presença de um perigo para o Estado ou para o regime, e a noção de perigo, por sua vez, é insuscetível de ser definida objetivamente, a sua apreciação se torna mais fácil nos casos de luta armada, seja ela interna ou internacional<sup>259</sup>.

É em face dessa perspectiva que a depressão econômica, como ameaça não – diretamente – violenta, encontra certa resistência de ser reconhecida como hábil a desencadear a declaração do estado de exceção que implique em um regime jurídico que não corresponde aos paradigmas da normalidade.

Essa exclusão do complexo de situações fáticas é também considerada decorrência do substrato ideológico do Direito constitucional liberal que nunca contemplou a regulação da crise econômica, uma vez que era vista como impossível. Desta forma, como inicialmente

---

<sup>257</sup> Cfr. JOHN REYNOLDS. «The Political...» Ob. Cit., p. 86. Cfr. BERNADETTE A. MEYLER. «Economic Emergency and the Rule of Law», in *DePaul Review*, 2007, Cornell Legal Studies Research Paper, n. 06, p. 540.

<sup>258</sup> Ver a propósito do combate da emergência terrorista: VICTOR V. RAMRAJ. «No doctrine more pernicious? Emergencies and the limits of legality», in *Emergencies and the Limits of Legality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 1 e ss. OREN GROSS e FIONNUALA NÍ AOLAÍN. Ob. Cit., p. 365 e ss. Para a discussão sobre a possibilidade de invocação de um *princípio de prevenção especial* ou do *princípio da precaução* que dispensa a exigência de um perigo concreto para legitimar restrições de direitos e liberdades pessoais, bastando o risco, consultar: JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE. «Algumas reflexões...». Ob. Cit., p. 133 e ss.

<sup>259</sup> Cfr. PAUL LEROY (apud MARIA BENEDITA URBANO). *Curso de Justiça Constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 46-47. Decorre também da noção de que um conflito armado pode exigir ação imediata, sem tempo para consulta com outras instituições. Por outro lado, uma crise econômica geralmente permite períodos de resposta mais longos, possibilitando a ação entre grupos e, assim, não se conecta de forma imediata com a noção de perigo iminente. Cfr. OREN GROSS. «Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?», in *Minnesota Public Law Research Paper*, 2011, p. 1025.

foi considerado desnecessário o estabelecimento de um conjunto de garantias dos elementos estruturais do sistema da mesma forma que aconteceu com os direitos e liberdades, os textos constitucionais carecem de regulamentação a esse respeito<sup>260</sup>.

Nessa senda, enquanto entende-se que a ideia de suspensão de direitos tem mais sentido nos *direitos fundamentais de defesa*, porque nestes o reforço do poder estatal se realiza numa vertente de segurança, a discussão sobre a diminuição ou temporária paralisação de direitos de caráter social parece não ser digna de relevo na retórica da exceção<sup>261</sup>.

Apesar das emergências de cunho econômico não terem as mesmas consequências e não resultarem em uma ameaça/suspensão direta a certos direitos ou liberdades fundamentais, por exemplo, a liberdade de locomoção ou o direito à intimidade e vida privada, tal qual é comum em eventos de cariz violenta, não é equivalente dizer que a sua ocorrência não possa ameaçar ou resultar na suspensão e até restrição de direitos tão caros quanto, como são os sociais, sobretudo, quando se relacionam com a garantia do mínimo de existência<sup>262</sup> que, por sua vez, acabam sendo o principal alvo durante as crises econômicas<sup>263</sup>.

Soma-se ao exposto que em cenários de escassez de recurso nos quais o *fenômeno de interdependência* e de *reciprocidade* entre Direito e Economia é intensificado<sup>264</sup> e os direitos sociais são condicionados pelo “princípio da dependência da realidade constitucional ou das condições econômicas, sociais e culturais para a sua efetivação”<sup>265</sup>, o

---

<sup>260</sup> Cfr. ENRIQUE ÁLVAREZ CONDE. «El Derecho Constitucional y la Crisis», in *Revista de Derecho Político*, nº 88, 2013, p. 100.

<sup>261</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA. *O Estado...* Vol. I. Ob. Cit., p. 727. Cita-se a CRP, cujo artigo 19º possibilita a suspensão de *direitos, liberdades e garantias* na vigência de um estado de emergência ou de sítio, nada mencionando, entretanto, acerca dos *direitos sociais, econômicos e culturais*.

<sup>262</sup> Cfr. JORGE REIS NOVAIS. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 151. Acresce ainda que, diante de uma grave instabilidade econômica e do aumento do desemprego geralmente consequente, outros direitos fundamentais também são colocados em risco, como se verificou em Grécia, onde se propagou a exploração de mão-de-obra, incluindo trabalho infantil, tráfico humano e maus-tratos de trabalhadores migrantes. Cfr. NICHOLAS LUSIANI e IGNACIO SAIZ. *Safeguarding human rights in times of economic crisis*. Conselho da Europa, 2013, p. 18.

<sup>263</sup> Nesse sentido, afirma BENEDITA MAC CRORIE “[...] considerando que a protecção destes direitos depende em grande medida dos recursos disponíveis, é mais ou menos evidente que os direitos sociais [...] sofrem inevitavelmente os efeitos da crise económica”. «Os direitos sociais em crise», in GONÇALVES, Pedro; GOMES, Carla Amado; MELO, Helena; CALVÃO, Filipa (coords.). *A crise e o Direito Público*. VI Encontro de Professores portugueses de DIREITO PÚBLICO. Lisboa: ICJP, 2013, p. 33.

<sup>264</sup> Cfr. CATARINA SANTOS BOTELHO. *Os direitos sociais em tempos de crise: ou visitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 430.

<sup>265</sup> Cfr. JORGE MIRANDA (*apud* CATARINA SANTOS BOTELHO). Ob. Cit., p. 428.

risco da ocorrência de uma depressão econômica coloca em questionamento a própria manutenção do mínimo de prestações que asseguram direitos sociais nesse cenário.

Na mesma linha da discussão iniciada alhures, adiciona-se como fator potencializador de preocupação que, em um mundo globalizado de mercados financeiros internacionais cada vez mais integrados, quando da ocorrência de uma crise econômico-financeira, essas também podem globalizar.

Não obstante o desenvolvimento desses mercados se dê no ambiente de instituições e conglomerados *too big to fail*, a confiança dos agentes econômicos acaba por exercer um papel essencial<sup>266</sup>, especialmente quando as *promessas* feitas entre eles transpõem fronteiras ou envolvem agentes de diferentes nacionalidades<sup>267</sup>, posto que os efeitos da sua ausência, como a fuga de capitais, por exemplo, podem ser responsáveis pela transformação muitas vezes da vulnerabilidades de um Estado em emergências graves<sup>268</sup>.

Ademais, no funcionamento desse aparato no qual são fortalecidas as interligações entre operadores e a interdependência entre mercados, e onde aumentam-se as transações financeiras entre países, a exposição ao *risco sistêmico* é agravada<sup>269</sup>, pois mesmo no caso de uma recessão aparentemente *localizada*, seja pelo cruzamento de operações ou pela perda de confiança nas instituições, impera o perigo da propagação contagiosa das dificuldades financeiras entre os participantes do sistema<sup>270</sup>.

Outrossim, conforme conclui Quelhas, as crises financeiras são sistemáticas, isto é, inerentes ao próprio sistema e, apesar da *não predição intrínseca* das mesmas, essa característica não contraria a adoção de procedimentos preventivos<sup>271</sup>.

À vista disso, na mesma exegese que no plano econômico as recessões merecem um tratamento sob o prisma da prevenção, também na seara jurídica os direitos possíveis e potencialmente afetados por tal espécie de emergência requerem apreciação preventiva quanto a forma de enfrentamento, no fito de evitar a submissão do Direito – pura e simplesmente – ao império das circunstâncias.

---

<sup>266</sup> Cfr. RUTE SARAIVA. Ob. Cit., p.

<sup>267</sup> Cfr. CARLA GUAPO COSTA. Ob. Cit., p. 29.

<sup>268</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>269</sup> Cfr. JOSÉ MANUEL G. S. QUELHAS. Ob. Cit., p. 364. O termo *sistêmico* alude à afetação da totalidade do sistema bancário e financeiro e não apenas uma ou algumas de suas instituições. Cfr. BARTHLOMEW e WHALEN (*apud* JOSÉ MANUEL G. S. QUELHAS). Ob. Cit., p. 362.

<sup>270</sup> Cfr. JOSÉ MANUEL G. S. QUELHAS. Ob. Cit., p. 367.

<sup>271</sup> *Ibidem*, p. 599-605.

Nessa via, a tendência de não se atribuir a devida importância às consequências nos direitos sociais quando no dealbar de uma crise econômico-financeira falha gravemente, porque como bem salientado pelo Tribunal Constitucional Português quando na análise em concreto de medidas de austeridade implementadas em face da última grave emergência econômica, à situação que estava sendo enfrentava imputava-se “[...] generalizados riscos de sérios abalos dos alicerces (senão, mesmo, colapso) do sistema económico-financeiro nacional, o que teria também, a concretizar-se, consequências ainda mais gravosas, para o nível de vida dos cidadãos”<sup>272</sup>.

Vários são os casos paradigmáticos de recessões econômicas que poderiam ser aqui apontados<sup>273</sup>. Porém, as reflexões acima chamam para palco a crise iniciada entre 2007 e 2008 em território norte-americano, e cuja repercussão na Europa teve como reação na ordem interna dos Estados afetados a contração de empréstimos com instituições internacionais e a adoção de soluções legislativas que fugiram dos padrões da normalidade constitucional, especialmente no tocante aos direitos sociais, no fito de enfrentar a crise e atender aos termos dos empréstimos a que se vincularam.

Em virtude das respostas dos governos europeus, como em Grécia e Portugal, terem se concretizado através de uma *rethoric of economic emergency*, essas deram relevo para a problemática a que fizemos alusão anteriormente de que as atuais disposições constitucionais nos países europeus não abordaram o estado de exceção de cariz econômica<sup>274</sup> ou ainda, um *direito da crise* previamente delineado para lidar com essas situações, e quanto à essa

---

<sup>272</sup> Cfr. Acórdão n.º 396/2011.

<sup>273</sup> BERNADETE A. MEYLER cita para além da grande depressão, a crise fiscal argentina de 2001 e a crise cambial do Leste Asiático no final da década de 1990, como experiências de emergência econômica responsáveis pela convergência entre a discussão sobre Estado de Direito e Estado de Execução. Ob. Cit., p. 539. O foco posto na crise de 2008 deriva do fato de que a mesma não seguiu a lógica da concepção de que o sistema capitalismo comporta – inerente às suas próprias contradições internas – a ocorrência de crises cíclicas, mas esta possui características próprias e, principalmente, é também uma crise de legitimidade do próprio sistema, pois apresenta elementos axiológicos e institucionais de um sistema de produção concreto que até agora parecia não ter alternativa possível. Cfr. ENRIQUE ÁLVAREZ CONDE. Ob. Cit., p. 98.

<sup>274</sup> Cfr. ANDREAS DIMOPOULOS. «PIGS and Peals: State of Economic Emergency, Right to Resistance and Constitutional Review in the Context of the Eurozone Crisis», in *Vienna Journal on International Constitutional Law*, vol. 7, 2013, p. 501-502. O autor ressalta como os principais países afetados pela crise – Grécia, Portugal, Itália e Espanha – não reconhecem na Constituição um Estado de emergência para o combate de uma crise econômica. *Ibidem*, p. 501-502. Ademais, embora o significativo papel do TC português em interpretar e aplicar a Constituição durante a emergência econômica, não é possível extrair um mecanismo de controle jurídico necessário em um direito constitucional preventivo, de modo a proteger a Constituição e seus ideais e princípios centrais em tempos de crise. Cfr. JÓNATAS E. M. MACHADO. «The Sovereign Debt Crisis and the Constitution’s Negative Outlook: A Portuguese Preliminary Assessment», in *Constitutions in the global financial crisis: a comparative analysis*. Surrey: Ashgate Publishing Limited, 2013, p. 220.

*omissão*, com a devida ênfase às palavras de Bacelar Gouveia: “Simplesmente, a crise existe e a Constituição não pode deixar de resolver esse problema”<sup>275</sup>.

No mesmo sentido em que após os eventos de 11 de Setembro repetiu-se o mantra de que *the Constitution is not a suicide pact* para justificar as medidas restritivas de certas garantias fundamentais, porque estas não anulam a necessidade de preservar a ordem social em si, entende-se que o mesmo se aplica para a arena econômica<sup>276</sup>.

Entretanto, vez que não houve a declaração de um estado de emergência nos moldes previstos pela Constituição nos países europeus – ou melhor, como não havia possibilidade para tanto –, as soluções legislativas adotadas que, *em tese*, deveriam seguir as regras da normalidade, se situaram no que denominada-se *grey zone of legality*, pois ao mesmo tempo em que desviaram dos padrões, podem ter sido necessárias para evitar uma catástrofe econômica<sup>277</sup>.

Menciona-se que em face da lacuna no designe constitucional quanto à regulação do estado de exceção econômico, houve quem alegasse que as medidas de austeridade implementadas poderiam ser justificadas simplesmente pelo recurso à máxima *salus populi suprema lex esto*<sup>278</sup>.

Diante dessa realidade dúbia, posto que não se pode determinar em termos formais que a crise econômica citada ensejou um regime de emergência e, por outro lado, segundo Andreas Dimopoulos<sup>279</sup>, entende-se que o cenário em que as medidas legislativas foram introduzidas em Portugal e Grécia era de um estado de exceção não declarado, também se coloca sob questionamento se a fiscalização das mesmas pelos tribunais deve ser o equivalente a tempos de normalidade ou se comporta um controle segundo a consideração da excepcionalidade que o circunscreve.

De acordo com Bernadete A. Meyler, tal qual na análise da potencialidade de risco de terrorismo para justificar ações de combate, os tribunais não são necessariamente mais capazes que o governo para avaliar a extensão da ameaça representada e se as medidas

---

<sup>275</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA. «Da “Constituição da crise” à “crise da Constituição”» in GOUVEIA, Jorge Bacelar; PIÇARRA, Nuno (Coord.). *A Crise e o Direito*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 191.

<sup>276</sup> Cfr. BERNADETTE A. MEYLER. Ob. Cit., p. 541.

<sup>277</sup> Cfr. ANDREAS DIMOPOULOS. Ob. Cit., p. 508.

<sup>278</sup> *Ibidem*, p. 504. Saliencia JORGE MIRANDA que mesmo a propósito do brocardo *salus populi suprema lex*, sua operação se dá sempre de acordo com o princípio da legitimidade, utilizando determinadas formas jurídicas e com o objetivo de restabelecimento da normalidade. «Estado Social, Crise Económica e Jurisdição Constitucional», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Vol. LIII. Coimbra Editora, 2012, p. 266.

<sup>279</sup> Cfr. ANDREAS DIMOPOULOS. Ob. Cit., p. 503.

restritivas de direito para preservar a política de enfrentamento são necessárias, o mesmo se aplica a propósito de uma recessão econômica<sup>280</sup>.

Verifica-se assim, como pertinentemente afirmado por John Reynolds, que não obstante ausente a previsão pelas Constituições e, mesmo sem declarações formais de estados de exceção, a retórica da *emergência*, *exceção* e *necessidade* permanecem como eco constante<sup>281</sup>.

A história, conforme já mencionado, é prova de como a faticidade de uma grave instabilidade econômica pode evidenciar a insuficiência das regras de normalidade constitucional para lidar com crises que não necessariamente impliquem em situações de violência, mas que por sua dimensão podem desestabilizar economicamente um país e, como assevera Ferreira Filho, pode ser fator propiciador de *comoções internas* que ensejam o estado de emergência<sup>282</sup>.

Dessa forma, o panorama europeu e as severas medidas adotadas funcionaram como *mais um* despertar para a necessária atenção à temática, em especial, aos obstáculos que um *unregulated state of economic emergency* pode apresentar quanto a justificativa de suspensão ou violação grave de direitos socioeconômicos<sup>283</sup>, abrindo o debate acerca de um *direito da crise econômica*, cuja reflexão, apesar de não ser novidade na seara jurídica<sup>284</sup>, exige alento, sobretudo, quanto aos seus limites.

À vista do exposto, em um possível *direito da crise econômica* é concebível como aceitável que a emergência seja apta a viabilizar uma mudança do paradigma de fiscalização

---

<sup>280</sup> Cfr. BERNADETE A. MEYER. Ob. Cit., p. 541. Na mesma senda, afirma RICARDO BRANCO que em caso de dúvida deve prevalecer a opinião do legislador, pois a avaliação judicial do peso do interesse público não pode ignorar a ampla margem de conformação do legislador democrático. «Ou sofrem todos, ou há moralidade: Breves notas sobre a fundamentação no Acórdão do Tribunal Constitucional n. 353/2012, de 5 de Julho», in MIRANDA, Jorge; et. al. (Orgs.). *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2012, p. 344.

<sup>281</sup> Cfr. JOHN REYNOLDS. «The Political...». Ob. Cit., p. 88.

<sup>282</sup> Cfr. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO. «A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras», in *Revista de Informação Legislativa*, n. 108, Brasília, 1990, p. 46.

<sup>283</sup> Cfr. ANDREAS DIMOPOLOUS. Ob. Cit., p. 506.

<sup>284</sup> Na primeira metade do século passado, CLINTON L. ROSSITER elencou a *depressão econômica* como uma das causas da ditadura constitucional. Além disso, Carl Schmitt denominou como *economic-financial state of emergency* a tendência do discurso liberal pós primeira guerra mundial em equiparar as crises econômicas às ameaças de ataques militares ou rebeliões armadas. Ob. Cit., p. 6. Cfr. JOHN REYNOLDS. «The Political...». Ob. Cit., p. 97. Foi nesse momento que, salienta WILLIAN S. SCHEUERMAN, a noção de situação de emergência foi separada na necessária relação com o conflito militar ou rebelião armada. Ob. Cit., p. 1878. Acresce a proposta de MANOEL FERREIRA FILHO – que à época da mesma, década de 90, presenciava um período de grande instabilidade na economia brasileira sem que houvesse normas emergenciais na Constituição Federal de 1988 para lidar com tal modalidade de crise – relativo à previsão constitucional de um *estado de sítio econômico*, no qual o combate à anormalidade se sujeitaria às normas preordenadas que, apesar de excepcionais, são condicionadas a exigências formais e limitadas no seu alcance. Ob. Cit., p. 46.

da constitucionalidade das soluções legislativas implementadas, ainda que temporariamente<sup>285</sup>.

Isso porque os princípios tradicionais elencadas como parâmetros tal qual a igualdade, a segurança jurídica e a proporcionalidade, são revisitadas sob uma nova luz ao serem confrontadas com a realidade fática que as circunscreve, de modo que *the state of emergency acquires a new meaning*<sup>286</sup>.

Ademais, considerando que *The role of the judge as guarantor of the rule of law and of fundamental rights is tested by the financial crisis*, salientam Xenophon Contiades e Fotiadou que os tribunais são suscetíveis a mudanças no que concerne a interpretação dos princípios e direitos constitucionais sob a sombra da emergência, podendo manter ou reinventar seu perfil. Entretanto, conforme o país, a oscilação que pende para o ativismo ou para o *self-restraint* geralmente reflete *the true identity of a court viewed under the magnifying lenses of the crisis*<sup>287</sup>.

Por conseguinte, a crise que assomou vários Estados europeus converteu-se em um campo experimental privilegiado, onde doutrinas sobre estrutura, operatividade e interpretação dos princípios constitucionais foram concretizadas, provadas e debatidas<sup>288</sup>.

Em um contexto da emergência econômica que não corresponde a um status declarado e com consequências jurídicas delineadas, consoante Contiades e Fotiadou, de uma forma geral, o princípio da proporcionalidade figura como protagonista. Isto porque o seu uso permite a limitação de direitos durante uma crise sem perda de seu conteúdo normativo, tendo em vista que na elaboração da legislação, a proporcionalidade pode

---

<sup>285</sup> Cfr. MARIA BENEDITA URBANO. «Estado...». Ob. Cit., p. 13.

<sup>286</sup> Cfr. XENOPHON CONTIADES e ALKMENE FOTIADOU. «How Constitutions Reacted to the Financial Crisis», in *Constitutions in the global financial crisis: a comparative analysis*. Surrey: Ashgate Publishing Limited, 2013, p. 31. Também o princípio da legalidade sofre limitações durante um estado de emergência financeira, ainda que não declarado formalmente, vez que, conforme JÓNATAS E. M. MACHADO e PAULO NOGUEIRA DA COSTA, a falta de recursos financeiros pode implicar na redução dos meios ao dispor do Estado indispensáveis para que este possa garantir o cumprimento da lei, além de que pode levar o Estado-legislador a violar a Constituição, como acontece com agravamentos fiscais retroativos. «O Tribunal de Contas como guardião da Constituição? A relevância constitucional do controle financeiro externo em tempos de crise», in OTERO, Paulo; QUADROS, Fausto de; SOUZA, Marcelo Rebelo de. (Coords.). *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 150-151.

<sup>287</sup> Cfr. XENOPHON CONTIADES e ALKMENE FOTIADOU. Ob. Cit., p. 10-11.

<sup>288</sup> Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS. *Curso de Direito Constitucional*. Teoria da Constituição em Tempos de Crise do Estado Social. Tomo II, vol. 2. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 709.

fornecer um mecanismo eficiente para o respeito dos direitos por meio de orientações claras formuladas em etapas prontas a serem seguidas<sup>289</sup>.

Entretanto, uma *undeclared yet accepted emergency situation* tem impacto nas avaliações factuais necessárias na aplicação da proporcionalidade, bem como em outros institutos jurídicos como igualdade e segurança jurídica, pois se aplicados como de costume pelos juízes, podem levar a uma fácil invalidação de medidas legislativas de grande importância para lidar com a recessão e para cumprir as possíveis obrigações assumidas com os credores internacionais<sup>290</sup>.

Além disso, do panorama da crise emergiu uma jurisprudência descrita por Contiades e Fotiadou como *unavoidable bricolage*, tendo em vista que, diante dos acordos de resgate ditarem a mesma linha de políticas fiscais e criarem, portanto, problemas semelhantes, os juízes empregaram uma jurisprudência constitucional comparativa para resolver os impasses. Vale mencionar que esse tipo único de *empréstimo* constrói uma espécie de diálogo implícito entre os tribunais – cuja característica distinta consiste em não citar autoridade estrangeira ou fazer referências explícitas à jurisprudência estrangeira – que aborda: as mesmas questões constitucionais em casos difíceis sob a pressão da emergência, as implicações políticas de suas decisões e a publicidade e atenção que essas decisões produzem no ambiente internacional e nas expectativas dos cidadãos. A partir disso, afirmam os autores que *these foreign ingredients are absorbed into the national cuisine, not losing their original flavour but producing distinct local dishes*<sup>291</sup>.

Adiciona-se que em vários países a pressão política externa experienciada também funcionou como fator determinante para a postura dos tribunais e, em certos casos, em uma *forced change*. Cita-se o caso do Tribunal Constitucional Húngaro que já havia sinalizado em sua jurisprudência anterior que proclamaria a inconstitucionalidade de medidas governamentais e que, por meio de uma emenda constitucional de 2011, teve seus poderes significativamente reduzidos de modo a excluir do escopo da revisão judicial as questões de

---

<sup>289</sup> Cfr. XENOPHON CONTIADES e ALKMENE FOTIADOU. Ob. Cit., p. 34-35. Tal protagonismo também pode se dever ao fato de que atualmente a proporcionalidade constitui um *padrão universal de valoração de poderes e medidas* presente em todos os ordenamentos jurídicos, sendo este considerado como essencial enquanto *metódica de balanceamento* quando na *avaliação de medidas restritivas de direitos fundamentais e das que afectem expectativas legítimas*. Cfr. SUZANA TAVARES DA SILVA. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. 2ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014, p. 50.

<sup>290</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>291</sup> Cfr. XENOPHON CONTIADES e ALKMENE FOTIADOU. Ob. Cit., p. 13-14.

finanças públicas enquanto a dívida do Estado não era reduzida em menos da metade do PIB – Produto Interno Bruto<sup>292</sup>.

Em uma análise mais concreta para compreender qual seria o direito empregável durante a recessão econômica e suas limitações, questiona-se a possibilidade de se recorrer aos regimes de exceção constitucionalmente previstos, ainda que tal modalidade de crise não seja tipificada como evento fático desencadeador.

Quanto ao caso de Portugal, diante das soluções legislativas adotadas para o combate ao déficit orçamental, apesar do Tribunal Constitucional ter realizado em sua jurisprudência inúmeras referências a *situação de excepcionalidade financeira* ou ao *atual contexto de grave emergência*, fato é que não houve uma declaração formal de um estado de exceção na forma disposta pelo artigo 19º da CRP.

Congruente ao sobredito no primeiro capítulo, no que concerne a previsão dos pressupostos fáticos, a Constituição portuguesa estabeleceu um rol taxativo dentro do qual não se insere a depressão econômico-financeira. A doutrina nacional abstrai que as situações de anormalidade compreendidas no artigo reportam às crises políticas decorrentes, por exemplo, de guerra ou insurreição interna e, ainda, as provocadas por fatores naturais<sup>293</sup>.

Ademais, entende-se que a aplicação analógica das figuras tipificadas no artigo 19º à emergência econômica é juridicamente inviável, face a impossibilidade desta quanto as normas excepcionais<sup>294</sup>.

Na ocasião, também não seria possível fazer inserir no conceito de *agressão efectiva ou iminente por forças estrangeiras* a especulação financeira sobre a dívida pública por parte das forças econômicas internacionais, ou conceber que as medidas de retrocesso social no fito da estabilização econômico-financeira consistem em uma *ameaça ou perturbação a ordem constitucional democrática*<sup>295</sup>.

Além de não haver a previsão expressa de um regime de exceção dessa natureza, destoante de outras Constituições europeias – cita-se a já mencionada previsão constitucional francesa no artigo 16º –, a portuguesa não dispõe de qualquer artigo que atribua a quaisquer dos órgãos do Estado poderes emergenciais amplos para lidar com essas emergências<sup>296</sup>.

---

<sup>292</sup> Cfr. XENOPHON CONTIADES e ALKMENE FOTIADOU. Ob. Cit., p. 11 e 24-25.

<sup>293</sup> Cfr. MARIA BENEDITA URBANO. «Estado...». Ob. Cit., p. 10.

<sup>294</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>295</sup> Cfr. SUZANA TAVARES DA SILVA. «Sustentabilidade...». Ob. Cit., p. 66-67.

<sup>296</sup> Cfr. MARIA BENEDITA URBANO. «Estado...». Ob. Cit., p. 11.

No campo doutrinário, como já adiantado anteriormente, há quem advogue pelo reconhecimento dos regimes de exceção na prática, mesmo que não o tenha sido feito pelo legislador constituinte, posto que vige um *direito de necessidade*, e ainda, seria possível reconduzi-lo a *um princípio geral de direito prévio à formulação legislativa*<sup>297</sup>.

Em semelhante senda, Benedita Urbana defende que um estado de emergência de cotejo econômico fixa base na ordem jurídico-constitucional portuguesa nas ideias-chave que subjazem o combate à crise, tais quais, a *preservação e sobrevivência do Estado, força maior e preservação da ordem pública*, de igual modo em preceitos constitucionais, como os artigos 9º e 81º, que se referem, entre outras tarefas do Estado, à garantia de condições econômicas que assegurem a independência nacional, a coesão econômica e social de todo o território nacional e o funcionamento eficiente dos mercados<sup>298</sup>.

Assentado nessa ideia de *auto-sobrevivência do próprio Estado*, Prata Roque defende um *estado de necessidade constitucional* que “[...] visa precisamente reagir face à impossibilidade do legislador constituinte prever, antecipadamente, todos os perigos que poderiam justificar uma intervenção regressiva de direitos fundamentais”, visto que “[...] a fidelidade da Constituição ao progresso do bem-estar humano não pode conduzir a uma impossibilidade de enfrentar crises cíclicas – sejam estas de natureza social, económica ou climatérica”<sup>299</sup>.

Importa salientar que o reconhecimento de um estado de exceção de cunho econômico-financeiro, ainda que sem previsão constitucional, apesar de não ser o mais adequado, não significa lançar tal hipótese de necessidade aos *espaços livres da Constituição*, como bem adverte Gomes Canotilho, mas, na sua própria afirmação, reconhecer que não é possível *constitucionalizar de forma global e pormenorizada, estados imprevistos e imprevisíveis, cuja disciplina depende das situações histórico-concretas*<sup>300</sup>.

Assim, argumenta Melo Alexandrino que a capacidade da Constituição em conformar a vida coletiva é afetada por fatores jurídicos e extrajurídicos (como o colapso financeiro do Estado ou da sustentabilidade da moeda única europeia). A verificação dessa

---

<sup>297</sup> Cfr. JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA (*apud* SUZANA TAVARES DA SILVA). «Sustentabilidade...». Ob. Cit., p. 70. Nessa linha, BLANCO DE MORAIS sustenta que congruente ao *estado de exceção não-financeiro*, a exceção financeira encontra repouso num justificativo de “estado de necessidade” que tem condução *essencialmente política e requer a intervenção das autoridades com mandato popular*. *Curso de...* Ob. Cit., p. 784.

<sup>298</sup> Cfr. MARIA BENEDITA URBANO. «Estado...». Ob. Cit., p. 20.

<sup>299</sup> Cfr. MIGUEL PRATA ROQUE. Ob. Cit., p. 876-877.

<sup>300</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO. Ob. Cit., p. 1099.

aptidão limitada da Lei Fundamental não questiona sua validade ou vigência, mas obriga “[...] uma releitura das respectivas normas, dada a referida relação da interdependência entre norma e realidade regulada pela norma”<sup>301</sup> e evita que diante de uma crise não prevista, a facticidade imponha um estado de não direito<sup>302</sup>.

Para a então juíza do Tribunal Constitucional Maria Lúcia Amaral, o panorama da crise invoca três princípios que devem ser respeitados pelo legislador, designadamente: a) a tarefa fundamental do Estado prevista no artigo 9º da CRP de garantir uma ordem estadual na qual aos seus membros seja dada condições que permitam a realização de seus projetos de vida; b) o princípio da justiça intergeracional, pois não obstante ausente a previsão constitucional quanto aos limites quantitativos de endividamento do Estado, do princípio em questão decorrem os *limites qualitativos* que coincidem com o ônus que as gerações presentes podem impor às gerações futuras sem condicionar gravemente sua autonomia e, por fim, c) *o mandado constitucional para com a integração europeia*, pelo qual “na mesma medida em que é responsabilidade para com a integração europeia que valida o financiamento dos Estados-membros em dificuldade financeiras por parte dos outros Estados-membros que assumem esse risco, também é a mesma responsabilidade que justifica a adoção da medida, no quadro de um esforço conjunto europeu, de cooperação entre vários Estados da união”<sup>303</sup>.

Apesar desses limitativos, o poder público, na figura do legislativo, possui em observância ao princípio democrático a titularidade do poder de definir o estado de exceção, bem como de decidir os meios proporcionados para a sua solução<sup>304</sup>.

A obediência a esse princípio comporta o tratamento jurídico diferenciado em um cenário de excepcionalidade, o qual corresponde a limitação dos poderes da jurisdição constitucional<sup>305</sup>. Face a árdua dificuldade quanto a linha de fronteira que evita o TC de proferir uma decisão política, tendo em apreço que a Constituição é silente sobre esses *novos parâmetros*, defende Benedita Urbano que deve ser extraído um novo princípio, qual seja, *in dubio pro medidas anti-crise*<sup>306</sup>.

---

<sup>301</sup> Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO. «Jurisprudência da Crise. Das questões prévias às perplexidades», in COUTINHO, Luis Pereira; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. *O Tribunal Constitucional e a Crise*. Ensaios Críticos. Coimbra: Almedina, 2014, p. 60.

<sup>302</sup> Cfr. MARIA BENEDITA URBANO. «Estado...». Ob. Cit., p. 30.

<sup>303</sup> Cfr. MARIA LÚCIA AMARAL (*apud* RICARDO BRANCO). Ob. Cit., p. 337-338.

<sup>304</sup> Cfr. ANTONIO MANUEL HESPANHA. Ob. Cit., p. 111-112.

<sup>305</sup> Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO. «Jurisprudência...». Ob. Cit., p. 60.

<sup>306</sup> Cfr. MARIA BENEDITA URBANO. «Estado...». ob. Cit., p. 22-25.

Dessa forma, estando a Constituição e o poder político afetados por uma situação de crise intersistêmica, perante a série de opções e escolhas trágicas a fazer, impõe-se não só uma leitura adequada das normas constitucionais, mas necessariamente também um equivalente reforço da autocontenção do juiz constitucional<sup>307</sup>.

Por conseguinte, no tocante a aplicação da proporcionalidade às medidas restritivas e suspensivas adotadas ao abrigo da necessidade, cuja inconstitucionalidade seja suscitada, o Tribunal deve proceder a análise, em concordância com Blanco de Moraes, exclusivamente com base no caráter manifesto de eventuais quadros arbitrários de onerosidade sacrificial, sob pena de se converter no verdadeiro soberano aludido por Schmitt<sup>308</sup>.

Ademais, há quem defenda que a emergência econômica figure como fundamento legítimo para a formulação pelo Tribunal de *juízos precários de constitucionalidade*, pelos quais prolata-se uma decisão de não acolhimento da alegada inconstitucionalidade, ainda que reconheça implicitamente a sua contradição objetiva com a Lei Fundamental, todavia, a norma inconstitucional tem vigência temporal limitada, enquanto subsistirem os motivos que a justificaram e tem o intuito de funcionar como *mandados de conformação constitucional* dirigidos ao legislador. Por esse meio, seria justificado o desrespeito temporário de determinadas normas e princípios constitucionais ao abrigo de uma ideia de “estado de necessidade”<sup>309</sup>, ainda que não nos moldes do art. 19 da CRP.

Acerca dos limites irrevogáveis mesmo diante da excepcionalidade, as discussões não alcançam consenso, oscilando entre: a ideia de que a *constituição de crise* incorpore o respeito aos direitos adquiridos; a interpretação desse *núcleo constitucional* com os princípios constitucionais estabelecidos no diálogo entre ordens constitucionais cosmopolitas; e em uma vertente mais ampla que consiste na *garantia do progresso humano e civilizacional, vedando a adoção de normas que façam recuar aquisições progressistas*, ou seja, a vedação do retrocesso social<sup>310</sup>.

Para Manuel Hespanha, o *estado de exceção em face da crise* deve se submeter as mesmas regras aplicáveis às situações descritas no artigo 19º da CRP, isto é, ser declarado na forma prescrita, ser temporário e não prejudicar certos direitos, garantida sempre a proporcionalidade das medidas introduzidas<sup>311</sup>.

---

<sup>307</sup> Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO. «Jurisprudência...». Ob. Cit., p. 68.

<sup>308</sup> Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS. *Curso...* Ob. Cit., p. 784.

<sup>309</sup> Cfr. MIGUEL PRATA ROQUE. Ob. Cit., p. 859-860.

<sup>310</sup> Cfr. ANTÓNIO MANUEL HESPANHA. Ob. Cit., p. 58.

<sup>311</sup> *Ibidem*, p. 61.

Cumpra mencionar que assim como característico no estado de exceção *tradicional*, nesse *direito da crise econômico-financeira*, também subsiste uma facticidade legitimadora de sua aplicação e de seu termo final como própria garantia de não subversão da ordem. Trata-se do *risco de iminente default*. Não sendo esse termo expresso, o critério que permite identificá-lo consubstancia-se no seu afastamento que é caracterizado pelo estado deixar de estar em risco de incumprimento de suas obrigações, conquanto ainda esteja presente um desequilíbrio e continuem sendo necessárias medidas de ajustamento econômico estrutural<sup>312</sup>.

No caso concreto da crise portuguesa, a situação que estava presente era anormal, dado que em virtude de circunstâncias excepcionais e fatores externos à vontade do Estado que reclamavam uma atuação rápida para evitar um resultado lesivo e permitir a recuperação da normalidade, configurada estava a existência de *perigo iminente e actual* para o interesse da comunidade, o mesmo seria dizer, de acordo Tavares da Silva, *que estão verificados todos os pressupostos de uma situação de estado de necessidade econômico financeiro*<sup>313</sup>.

Para Alves Correia, não obstante os Acórdãos proferidos durante o período crítico da crise – entre 2010 e 2014 – fizessem referência ao panorama fático de emergência econômica, houve uma omissão do TC quanto ao reconhecimento de um *direito constitucional da crise econômico-financeira* ou de um *estado de emergência constitucional* dessa cariz, do qual poderia resultar uma jurisprudência com *adequada interpretação e ponderação* dos princípios constitucionais manejados na concretização de direitos sociais, em vista da gravidade da situação fática enfrentada pelo país<sup>314</sup>.

A recusa de que vigorou em Portugal um estado de necessidade econômico-financeiro como figura homóloga ou semelhante ao estado de sítio ou de emergência previstos, é também a posição de Jorge Miranda, segundo o qual, apesar das alterações e até suspensões de normas definidoras de direitos derivados de prestação terem ocorrido, nunca houve suspensão das próprias normas constitucionais de direitos sociais fundamentais<sup>315</sup>.

---

<sup>312</sup> Cfr. SUZANA TAVARES DA SILVA. «Sustentabilidade...». Ob. Cit., p. 86.

<sup>313</sup> *Ibidem*, p. 69-70.

<sup>314</sup> Cfr. FERNANDO ALVES CORREIA. *Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 66.

<sup>315</sup> Cfr. JORGE MIRANDA. *Direitos Fundamentais*. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 545. Tendo como pressuposto a compreensão de Reis Novais acerca dos *direitos a prestação derivados* de criação legal como de natureza jusfundamental, não havendo sentido em recusá-la com base no apelo formalista à pretensa natureza infraconstitucional ou não constitucional dos mesmos, e considerando que neles *vivem* os direitos sociais, como será possível visualizar na jurisprudência portuguesa da crise a ser analisada, a suspensão de direitos sociais se concretizou. Cfr. JORGE REIS NOVAIS. *Direitos Sociais*. Teoria Jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 174-178.

Discordamos da opinião dos autores, uma vez que conforme será explanado em linhas mais avançadas (2.1.3 e 2.1.4), através do exame da jurisprudência da crise, não se pode apor uma recusa absoluta de que a Corte Constitucional não tenha introduzido parâmetros diferenciados de controle em vista da emergência econômica, além desta ter funcionado como elemento determinante para a decisão de (in)constitucionalidade, que refletem a aceitação que de algum modo que a recessão econômica funcionou como fundamento jurídico para esse *direito de crise*, não exaltado, mas que carece de um tratamento jurídico diferente do habitual<sup>316</sup>.

Em Grécia, afirma Dimopoulos que o modo mais preciso de caracterizar a recessão econômica experienciada é um estado de excepcionalidade não declarado que se baseou numa aplicação análoga do artigo 48º da Constituição e que deu origem às mudanças radicais que infringiram os direitos socioeconômicos protegidos constitucionalmente, como os cortes nos salários e pensões no setor público, e o aumento de impostos<sup>317</sup>.

As medidas de austeridade foram questionadas perante o Conselho de Estado Grego, que quando na revisão de soluções legislativas adotadas no passado também em tempos de crise financeira reconheceu, com base no artigo 106º, n. 1, da Constituição, que a ampla autoridade do Estado na regulação da economia quando alegado o interesse geral era limitada pelo princípio da proporcionalidade<sup>318</sup>. Todavia, a tendência que era predominantemente seguida pela jurisprudência acerca da análise do poder estatal de tomar medidas em prol da economia, se orientava pela aplicação em essência do que seria chamado nos EUA de *mero teste de racionalidade*, rejeitando apenas medidas que são obviamente irracionais e arbitrárias<sup>319</sup>.

---

<sup>316</sup> Cfr. MARIA BENEDITA URBANO. «A jurisprudência da Crise no Divã. Diagnóstico: Bipolaridade?», in COUTINHO, Luis Pereira; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. *O Tribunal Constitucional e a Crise*. Ensaios Críticos. Coimbra: Almedina, 2014, p. 13-14. Destaca-se que, não obstante nos primeiros Acórdãos o TC pareça ter de forma prudente se aproximado da tese de Benedita Urbana de que a Constituição estaria condicionada à um direito de crise, a partir de 2012 parece ter se enveredado para uma tese menos defensável em vista a crise que ainda se fazia presente: a de a Constituição estava em pleno vigor. Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO. «Jurisprudência...». Ob. Cit., p. 61.

<sup>317</sup> Cfr. ANDREAS DIMOPOULOS. Ob. Cit., p. 509.

<sup>318</sup> Cfr. XENOPHON CONTIADES e IOANNIS A. TASSOPOULOS. «The Impact of the Financial Crisis on the Greek Constitution», in *Constitutions in the global financial crisis: a comparative analysis*. Surrey: Ashgate Publishing Limited, 2013, p. 204-205. Vide: Council of State (in plenum) 2125/1977, 1149/1988, citados pelos autores.

<sup>319</sup> *Ibidem*, p. 205. Vide: Council of State 3665/2005, 4175/1998 plenum, 2522/2000, 24/2011 (limitation to the exercise of legal profession); 441/2011 (price fixing without consideration of minimum cost); 1731/2011 (liberalization of the profession of road transports), citados pelos autores.

Consoante Xenophon Contiades e Tassopoulos, essa posição do Conselho, ao ser confrontada com o pacote de austeridade em face da última crise, foi revertida em prol ao *interesse nacional*, considerando que a inadimplência dos compromissos assumidos internacionalmente estava associada a graves conseqüências econômicas, sociais e até nacionais<sup>320</sup>.

Nessa senda, afirma Apostolos Vlachogiannis ser possível aferir como uma das mais importantes características da jurisprudência da crise, o uso prolongado do conceito de “interesse geral”, o que deu origem a *novel constructions under the prism of the financial crisis*. Concretamente, esta noção serviu como um princípio subjacente que permitiu uma interpretação restritiva das disposições constitucionais que conferem direitos ou, vice-versa, de disposições que impõem limites aos poderes do legislador, como o art. 78 n. 2 (limitando o poder de tributar retroativamente), bem como a base para a anulação de precedentes de longa data. Dessa forma, diante do déficit público e das dívidas que subiam acentuadamente a patamares sem precedentes, o risco de *default* passou a ser considerado uma questão de interesse nacional, dado que a emergência financeira internacional se transformou em uma crise nacional e, assim, surgiu uma nova noção: a de “interesse orçamental” concebida como uma forma especial de interesse público geral<sup>321</sup>.

Em face do agravamento contínuo das medidas emergenciais foi inaugurada na jurisprudência uma forma de revisão judicial mais intensa, através de uma utilização abrangente do princípio da proporcionalidade consagrado no artigo 25º, parágrafo 1 da Constituição, que não se contenta com um simples teste de razoabilidade, mas exige a examinação dos fundamentos em que uma medida foi tomada, o seu impacto e eficiência, em decorrência do papel do Conselho de legislador de fato negativo<sup>322</sup>. Contudo, afirmam Contiades e Tassopoulos que “The Court thus deactivated the ad hoc character of the examination of necessity”, vez que o *teste da necessidade* passou a estar satisfeito pela mera existência de outras medidas, ou seja, pela justificativa de que a solução legislativa impugnada fazia parte de um pacote global de medidas destinadas a reformar a economia grega<sup>323</sup>.

---

<sup>320</sup> Cfr. XENOPHON CONTIADES e IOANNIS A. TASSOPOULOS. Ob. Cit., p. 205.

<sup>321</sup> Cfr. APOSTOLOS VLACHOGIANNIS. «From submission to reaction: The Greek Courts’ stance on the financial crisis», in *New Challenges to Constitutional Adjudication in Europe: A Comparative Perspective*. Editado por Zoltán Szente, Fruzsina Gárdos-Orosz. Nova Iorque: Routledge, 2018, p. 77-78.

<sup>322</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>323</sup> Cfr. XENOPHON CONTIADES e IOANNIS A. TASSOPOULOS. Ob. Cit., p. 207.

Além disso, foi adotada uma inversão do ônus da prova, através da qual caberia aos reivindicantes apresentar provas de que o legislador levou em consideração os elementos e fatos errados na elaboração das medidas, de modo que “[...] it frees the legislator from the obligation to justify measures infringing fundamental rights, which is the very minimum expectation imposed by proportionality during a severe crisis”<sup>324</sup>.

Apesar do notável grau de *self-restraint* e de reconhecer que a crise criou um tipo de emergência que justifica as limitações de direitos, o Conselho estabeleceu como limitativos que um *decent living standard* deveria ser observado por qualquer medida legislativa que reduzisse salários ou pensões<sup>325</sup>. Além disso, no cerne da decisão sobre a constitucionalidade das medidas, além do interesse nacional, estava o caráter temporário das medidas de austeridade<sup>326</sup>.

A gestão da política de exceção no solo espanhol partiu, segundo o professor da Universidade de Barcelona, Giménez Merino, da mesma ideia difundida na Segunda Guerra Mundial de que se encontravam diante de *una sola salida*, o que fica claro pelas reformas constitucionais para garantir o pagamento das dívidas e mais além no plano europeu, pelas imposições externas a países como Itália e Grécia, legitimando a *idea-fuerza* de transferência dos poderes no plano econômico do legislativo ao governo<sup>327</sup>.

Consoante alega Lacasta Zabalza, foi instalado em Espanha um *estado de excepción schmittiano* por razões econômico-financeiras solicitado pelo presidente do Banco Central Europeu (BCE), Jean-Claude Trichet, ao presidente Espanhol por meio de uma carta em 05 de Agosto de 2011. É nesse panorama que o governo colocou em prática uma impopular *rebaja de los derechos sociales adquiridos*<sup>328</sup>.

Muito embora também não haja em Espanha a previsão expressa quanto a um estado de exceção econômico-financeiro, Embid Irujo reconhece a legitimidade de um direito de crise albergado pelo artigo 31º, n. 2 da Constituição, o qual, como *guía constitucional* nessas situações, prescreve: “El gasto público realizará una asignación

---

<sup>324</sup> *Ibidem*, p. 207.

<sup>325</sup> Cfr. APOSTOLOS VLACHOGIANNIS. Ob. Cit., p. 75.

<sup>326</sup> Cfr. XENOPHON CONTIADES e IOANNIS A. TASSOPOULOS. Ob. Cit., p. 206-207.

<sup>327</sup> Cfr. ANTONIO GIMÉNEZ MERINO. «Legitimar a través de la eficacia, normalizar la desigualdade», in PILATTI, Adriano; et. al. (Orgs.). *O Estado de Exceção e as formas jurídicas*. Ponta Grossa: UEPG Editora, 2017, p. 137.

<sup>328</sup> Cfr. JOSÉ IGNACIO LACASTA ZABALZA. «Portugal y España: El ‘Estado de Excepción’ por motivos financeiros», in *Boletim de Ciências Econômicas – Homenagem ao prof. Doutor António José Avelãs Nunes*. Vol. LVII, Coimbra: Separata, 2014, p. 1747.

equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía”<sup>329</sup>.

O preceito sublinha *el grado de dependencia entre las decisiones de política económica (o social) y los condicionamientos económicos*, não se podendo recusar a sua utilização como parâmetro de constitucionalidade de decisões dos poderes públicos<sup>330</sup>.

No plano concreto, o principal recurso utilizado para combater a crise remete ao artigo 86º, n. 1 do texto constitucional, pelo qual é permitido ao Governo emitir disposições legislativas provisórias que tomarão a forma de Decretos-lei “En caso de extraordinaria y urgente necesidad”, sendo compreendido no conceito, consoante o Tribunal Constitucional, as “situaciones económicas problemáticas” (STC – Sentencia del Tribunal Constitucional n. 23/1993)<sup>331</sup> e não podendo, entre outras limitações, afetar os direitos, deveres e liberdades dos cidadãos regulados pelo Título I da Constituição.

Dentro da intensiva promulgação de decretos-leis prevendo medidas emergenciais para reduzir o déficit público – só em 2011 foram aprovados 20 – incluíram-se as reduções dos salários de funcionários públicos (Decreto-Lei n. 8/2010). O problema apontado desprende-se do fato que vários dos decretos do Governo em relação a aspectos centrais da vida social, como relações trabalhistas e regulamentação bancária, tiveram intenção de ser permanentes<sup>332</sup>.

É nesse sentido que o *novo* direito da crise econômica, segundo Irujo, tem como característica a combinação entre *normativa excepcional* – que desaparecerá no momento em que não houverem mais dados demonstrativos da situação de recessão – e a *permanencia em sus efectos*, pois mesmo que algumas medidas tenham caráter conjuntural quanto ao fomento econômico, outras tem evidente *vocación de permanencia*<sup>333</sup>.

Apesar de inicialmente se entender que as alterações legais implementadas pelo governo espanhol exprimiram o desejo em não afetar negativamente as condições e vantagens econômicas pelos trabalhadores<sup>334</sup>, dado o contínuo processo de destruição de

---

<sup>329</sup> Cfr. EMBID IRUJO. *El derecho de las crisis económicas*. 1ª ed. Zaragoza: Prensas univesitarias de Zaragoza, 2009, p. 92.

<sup>330</sup> *Ibidem*, p. 93.

<sup>331</sup> Cfr. AGUSTÍN RUIZ ROBLEDO. Ob. Cit., p. 145.

<sup>332</sup> Vide o Decreto-Lei 10/2010 sobre medidas urgentes para reformar o mercado de trabalho, o Decreto-Lei 7/2011 sobre medidas urgentes para a reforma da negociação coletiva e o Decreto-Lei 3/2012 para ação urgente de reforma do mercado de trabalho. *Ibidem*, p. 145-146.

<sup>333</sup> Cfr. EMBID IRUJO. Ob. Cit., p. 23.

<sup>334</sup> *Ibidem*, p. 90. O diálogo social com moderação salarial incluído, a extensão da cobertura social às situações de desemprego e os incentivos para a contratação estável constituem o centro de ação dos poderes públicos

emprego e aumento da desconfiança dos mercados financeiros sobre a solvência do Estado, a partir de maio de 2010 as medidas econômicas podem ser caracterizadas como uma bateria muito variada de medidas de austeridade que convergem na redução do déficit público como a única saída para a depressão econômica<sup>335</sup>.

Esta tendência é acentuada e tem seu pico em Setembro de 2011, quando, por pressão do BCE quanto a continuar com a política de reformas até então empreendidas, o governo obteve a alteração do artigo 135º da Constituição no sentido de impor um princípio de estabilidade orçamental que exige a adequação dos gastos públicos pelas Administrações Públicas em consonância com o limite da dívida pública estabelecido no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Tal funcionou como condicionante das autoridades estatais a adotar suas ações no sentido de satisfazer os interesses e o capital da dívida pública, sendo o seu pagamento *prioridad absoluta*<sup>336</sup>.

Na antiga redação, o Estado estava autorizado a emitir dívida pública e obter crédito, desde que respeitados os requisitos estabelecidos na legislação de aplicação sujeita ao império da lei. Com o novo enunciado, esta possibilidade é limitada porque passa a ser proibida a incorrência em déficit maior do que a percentagem fixada pela União Europeia, conforme o PIB do Estado<sup>337</sup>.

Os argumentos para a reforma constitucional expressaram uma preocupação não apenas repressiva, relativa a crise econômica que estavam a enfrentar naquele momento, mas também de cariz preventiva relativa às futuras, de modo a observância dos limites do déficit funcione como parâmetro para a (in)estabilidade econômica, como é possível visualizar na sequência:

[...] en el contexto de una profunda y prolongada crisis económica se hacen cada vez más evidentes las repercusiones de la globalización económica y financiera. La estabilidad presupuestaria adquiere un valor estructural y condicionante de la capacidad de actuación del Estado. Por otra parte el Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la zona euro tiene como finalidad prevenir la aparición de déficits presupuestarios excesivos dando así confianza en la estabilidad económica de dicha zona. La reforma del artículo 135 de la Constitución persigue garantizar el

---

entre 2009 e maio de 2010. Cfr. ANTONIO BAYLOS GRAU e FRANCISCO TRILLO PÁRRAGA. *El impacto de las medidas anti-crisis y la situación social y laboral: ESPAÑA*. Comité Económico y Social Europeo, 2013, p. 1.

<sup>335</sup> *Ibidem*, p. 1.

<sup>336</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>337</sup> Cfr. JOSE LUIZ REY PÉRES. «ARTÍCULO 135: UNA ALTERACIÓN DEL TÍTULO PRELIMINAR (ESTADO SOCIAL) POR LA PUERTA DE ATRÁS», in *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 24, 2011, p. 241.

principio de estabilidad presupuestaria vinculando a todas las Administraciones Publicas, reforzar el compromiso de España con la Unión Europea y garantizar la sostenibilidad económica y social<sup>338</sup>.

Na estrutura do artigo encontra-se uma exceção em que os limites do défice estrutural e o volume da dívida pública podem ser excedidos. Tratam-se dos casos de *catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado*<sup>339</sup>.

Quanto a essa exceção, o artigo parece dar prerrogativa, ainda que não expressamente, a um estado de emergência de natureza econômica, desde que apreciado por maioria absoluta dos membros do Congresso de Deputados, conforme preleciona o dispositivo constitucional.

Uma das críticas esgrimidas à reforma assenta-se no argumento de o fim da estabilidade orçamentária não ser acompanhado de nenhuma outra previsão quanto a obrigação de assegurar um gasto mínimo para atender os direitos sociais, de modo a alterar, como constatado por Rey Pères, o caráter social do Estado de Direito em prol a teses neoliberais<sup>340</sup>.

A forma como a crise foi enfrentada em Espanha também foi questionada por Giménez Merino, pois para o autor, sem embargo ser compreensível que direitos sejam limitados excepcionalmente em situações anormais, no caso concreto as medidas foram caracterizadas por uma indeterminação quanto a suspensão de parte da Constituição e, dessa via, o cenário colocou em dúvida se os Estados de direito estavam passando por uma situação de exceção que poderia ser rastreada até os parâmetros clássicos do constitucionalismo, ou se, pelo contrário, se tratava de uma *nueva normalidad* liberada das restrições do Estado constitucional de direito<sup>341</sup>.

Vale salientar que, tal qual na ordem jurídica espanhola consagrou-se uma regra de um orçamento equilibrado no intuito de garantir a estabilidade, com a Lei Constitucional 1/2012 foi revisado o artigo 81º da Constituição Italiana impondo ao governo a obrigação de

---

<sup>338</sup> Cfr. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Segunda Reforma Constitucional*, 2011.

<sup>339</sup> Cfr. Artigo 135º, n. 4 da Constituição Espanhola de 1978.

<sup>340</sup> Cfr. JOSE LUIZ REY PÉRES. Ob. Cit., p. 241.

<sup>341</sup> Cfr. ANTONIO GIMÉNEZ MERINO. Ob. Cit., p. 129-135.

equilibrar o orçamento. Também foi consagrada na nova Constituição húngara uma regra orçamental equilibrada e disposições sobre o teto da dívida<sup>342</sup>.

Tais previsões acerca de um limite ao endividamento público, como afirma Casalta Nabais, podem ter um papel importante enquanto parâmetro supralegal que legitima a adoção de medidas de natureza excepcional nas situações que se pode designar por *estado de necessidade económico-financeiro*<sup>343</sup>.

Acrescenta-se ainda, consoante John Reynolds, que o estado de exceção por razões económico-financeiras foi reconhecido pela União Europeia, tendo em voga que diante da *no bailout clause* prevista no artigo 125º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), o estabelecimento do Fundo Europeu de Estabilização Financeira em 2010 para prestar assistência financeira a Estados-membros em dificuldade – em particular, Grécia, Irlanda e Portugal – encontrou resguardo no artigo 122º, que permite a concessão condicional de assistência financeira quando um Estado membro está seriamente ameaçado por graves dificuldades causadas por desastres naturais ou ocorrências excepcionais fora de seu controle. Assim, invoca um paradigma de exceção que também acabou sendo adotado por outros países, como Itália e Espanha, cada vez mais dependentes da “intervenção de emergência” do BCE e sujeitos à supervisão orçamentária<sup>344</sup>.

### 2.1.2. Contexto próximo: O caso especial do PAEF – Programa de Assistência Económica e Financeira Português

Posta em discussão a possibilidade de um *direito da crise económica*, não há como retirar dessa teia argumentativa o foco sobre a última depressão económica que se alastrou pelo território europeu, principalmente, nos países do Sul, bem como sobre as medidas adotadas para enfrentá-la, visto que são essenciais para a compreensão desse, talvez, *novo direito*, considerado fruto da crise económica que questiona os padrões constitucionais até então conformáveis à realidade fática, pena que não mais.

Destarte, as medidas económicas restritivas há muito tempo impostas às nações em desenvolvimento pelas instituições internacionais como condicionantes de empréstimos chegaram à União Europeia em 2010, com ênfase em Grécia, Irlanda e Portugal, os quais

---

<sup>342</sup> Cfr. XENOPHON CONTIADES e FOTIADOU. Ob. Cit., p. 28.

<sup>343</sup> Cfr. JOSÉ CASALTA NABAIS. «Da Sustentabilidade do Estado Fiscal», in NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da. *Sustentabilidade Fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 33.

<sup>344</sup> Cfr. JOHN REYNOLDS. «The Political...». Ob. Cit., p. 124-125.

foram forçados pela excepcionalidade econômica a recorrer aos empréstimos emergenciais de resgate estabelecidos pela Comissão Europeia, o BCE e o FMI (*troika*)<sup>345</sup>, considerada pelo Primeiro-Ministro português como “solução de último recurso”<sup>346</sup>.

Volvendo o foco da análise para o caso português, após o Programa de Estabilidade e Crescimento (PEC) para 2011-2014 ter sido rejeitado e a demissão do Primeiro-Ministro em 23 de Março de 2011, em face do *agravamento súbito e grave da situação financeira do país*, o governo apresentou em 6 de Abril um pedido de assistência financeira a partir do qual foi negociado um “programa de ajustamento econômico e financeiro” cujos pilares eram: o ajustamento fiscal ambicioso; as reformas que promovam o aumento do crescimento e da produtividade; e medidas que garantam a liquidez e a solvência do setor financeiro<sup>347</sup>.

Obtido um acordo, passou a vigorar em Portugal o PAEF, com duração de 3 anos<sup>348</sup>, que implicou na satisfação de determinadas condições prévias por parte das autoridades portuguesas e constituiu-se em um conjunto de instrumentos jurídicos aprovados, por um lado, pelo Governo Português e, por outro, pelo Conselho Executivo do Fundo Monetário Internacional, pelo Governo Português, pela Comissão Europeia (em nome da União Europeia) e pelo BCE.

Entre o Governo Português e o Fundo, por intermédio da aprovação do financiamento acordado em 20 de Maio de 2011, foi concretizado um *memorando técnico de entendimento*, assim como um *memorando de políticas económicas e financeiras*, os quais estabelecem as condições da ajuda a Portugal por parte do FMI<sup>349</sup>. Já o *memorando de entendimento relativo às condicionalidades específicas de política económica* foi

---

<sup>345</sup> *Ibidem*, p. 122-123.

<sup>346</sup> Cfr. FRANCISCO PEREIRA COUTINHO. «A Natureza Jurídica dos Memorandos da “Troika”», in *Themis*. Ano XIII, n. 24/25, 2013, p. 148. Vale mencionar que com a zona euro, um dos principais instrumentos do ajustamento do défice externo (e orçamental) não estava mais disponível tanto para o caso português, como para o grego e irlandês, qual seja, a desvalorização cambial, o que culminou em uma combinação de *desvalorização interna* com *ajustamento orçamental*, com consequência direta nos cortes salariais da administração pública e nas pensões, entre outras reformas. Cfr. ANA COSTA e JOSÉ CASTRO CALDAS. «A União Europeia e Portugal entre os resgates bancários e a austeridade: um mapa das políticas e das medidas», in *A ANATOMIA DA CRISE: Identificar os problemas para construir as alternativas*. 1 Relatório, preliminar, do Observatório sobre Crises e Alternativas, 2013, p. 93.

<sup>347</sup> Cfr. FRANCISCO PEREIRA COUTINHO. Ob. Cit., p. 164.

<sup>348</sup> Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO. «Jurisprudência...». Ob. Cit., p. 53-54. A essa altura tanto Grécia quanto a Irlanda já haviam realizado pedido de ajuda externa as instituições citadas. Cfr. FRANCISCO PEREIRA COUTINHO. Ob. Cit., p. 148.

<sup>349</sup> Cfr. EDUARDO CORREIA BAPTISTA. «Natureza Jurídica dos Memorandos com o FMI e com a União Europeia», in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 71, II, Abril/Junho, 2011, p. 478.

formalizado na sua assinatura pelo Ministro das Finanças, pelo Governador do Banco de Portugal e pela citada *troika*<sup>350</sup>.

Ambos os acordos tiveram como pano de fundo o problema atual das dívidas soberanas e o fim de, através dos objetivos estabelecidos, libertar fluxos financeiros do Estado para o pagamento do serviço da dívida agora contraída junto a chamada *troika* e assegurar que, a longo prazo, as debilidades estruturais da economia portuguesa fossem superadas, prevenindo crises econômicas no futuro<sup>351</sup>.

A assistência financeira compreendeu 78 milhões de euros provenientes, em partes iguais, do FMI, da União Europeia através do Mecanismo Europeu de Estabilidade Financeira (MEEF), e dos Estados-membros da área do euro por via do Fundo Europeu de Estabilidade Financeira (FEEF)<sup>352</sup>.

Salienta-se que da necessidade de ultrapassar a anteriormente mencionada proibição de “resgate” de Estados-membros da zona euro, como consta no artigo 125 do TFUE, o Conselho ancorou-se no artigo 122º, n. 2 do mesmo documento, o qual permite que sob a proposta da Comissão, seja concedida ajuda financeira a Estado que se encontrem “em dificuldades ou sob grave ameaça de dificuldades devidas a calamidades naturais ou ocorrências que não possam controlar”<sup>353</sup>.

Foi sob esse fundamento jurídico e à sombra da argumentação de como uma “crise mundial sem precedentes e a recessão económica que atingiram o mundo nos últimos dois anos afectaram gravemente o crescimento económico e a estabilidade financeira e originaram uma acentuada deterioração das situações de défice e de dívida dos Estados-membros”, que foi justificada a criação do MEEF, através da aprovação pelo Conselho do Regulamento n. 407/2010, como instrumento que colocou em prática a *assistência financeira*<sup>354</sup>.

---

<sup>350</sup> Cfr. NUNO CUNHA RODRIGUES. «O Memorando da Troika em análise: Apreciação geral», in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, n. 2, ano IV, 2011, p. 16.

<sup>351</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>352</sup> Cfr. FRANCISCO PEREIRA COUTINHO. Ob. Cit., p. 156. Destaca-se que em Abril de 2011, os Ministros do Eurogrupo e do ECOFIN emitiram uma declaração esclarecendo que o apoio financeiro da UE (european financial stabilisation mechanism – EFSM) e da zona euro (european financial stability facility – EFSF) seria providenciado na base de um programa político apoiado num condicionalismo rigoroso e negociado com as Autoridades portuguesas, envolvendo devidamente os principais partidos políticos, pela Comissão Europeia em conjunto com o BCE e com o FMI. Informação disponível em: <[https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexosmou\\_pt.pdf](https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexosmou_pt.pdf)>. Acesso: 08 mai. 2018.

<sup>353</sup> Cfr. FRANCISCO PEREIRA COUTINHO. Ob. Cit., p. 162.

<sup>354</sup> Cfr. Regulamento (EU) n. 407/2010 do Conselho, de 11 de Maio de 2010 que cria um mecanismo europeu de estabilização financeira. Afirma FRANCISCO PEREIRA COUTINHO que o objetivo era, conjuntamente com a assistência de emergência baseada em mútuos bilaterais entre a Grécia e os Estados-membros da zona

A série de condicionantes fixadas para que os empréstimos se mantivessem ao Estado Português foram determinantes para que no plano interno fossem promovidas alterações legislativas com caráter de austeridade no objetivo de atender aos termos fixados.

Desse compromisso internacional, Almeida Ribeiro abstrai duas consequências inevitáveis, quais sejam, a obrigação do governo em adotar um conjunto de medidas para atingir as metas anuais do défice, traduzidas no aumento de impostos e redução da despesa pública, bem como de ampliar anualmente a intensidade e incidência das mesmas. Além disso, como o aumento da carga fiscal e cortes de despesas repercutiram negativamente na economia já fragilizada, introduzindo um novo aumento de despesa no que tange ao subsídio de desemprego, o Estado se viu obrigado a intensificar o peso das medidas e cingir o enfoque a duas categorias que correspondiam conjuntamente a cerca de 80% do Orçamento do Estado: salários do pessoal da Administração Pública e as prestações sociais, designadamente, as pensões<sup>355</sup>.

Tendo em vista que as medidas implementadas foram objeto de oposição por sua natureza de retrocesso social e que tiveram sua constitucionalidade questionada perante o Tribunal Constitucional, considerando que em tempos de normalidade – que não era o caso –, a princípio, seriam inconstitucionais, a discussão migra o foco para a natureza jurídica desses instrumentos, designadamente, os associados ao PAEF, sobretudo se há vinculatividade do Estado Português quanto ao seu cumprimento.

Neste panorama, com enfoque na natureza do financiamento pelo FMI, de acordo com Correia Baptista, constituiu parcialmente uma ficção a corrente segundo a qual os mesmos baseiam-se em *meros atos unilaterais* do Estado com o Fundo. Isso porque a consequência prática seria que a Carta de Intenções e o Memorando anexo do Estado Português – como ato unilateral com mera natureza política – não vincularia formalmente o Estado autor e, por tal razão, por exemplo, o FMI poderia alterar livremente as condições de assistência pactuadas ou se recusar a conceder novo *tranche* mesmo que cumpridas as condições do empréstimo; ou mesmo seria possível a recusa do Estado português em pagar os juros<sup>356</sup>.

---

do euro, evitar que o risco sistémico da bancarrota grega pudesse gerar uma cadeia de acontecimentos que colocasse em causa a moeda única. ob. Cit., p. 153-155.

<sup>355</sup> Cfr. GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO. «O constitucionalismo dos Princípios», in COUTINHO, Luis Pereira; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. *O Tribunal Constitucional e a Crise*. Ensaio Crítico. Coimbra: Almedina, 2014, p. 75.

<sup>356</sup> Cfr. EDUARDO CORREIA BAPTISTA. Ob. Cit., p. 480-482.

Para o autor, existe um claro acordo entre as partes, objeto de intensas negociações. Por conseguinte, além de serem jurídicos os compromissos em pagar pelo Estado e em emprestar pelo FMI, também os condicionalismos impostos ao Estado tem eficácia jurídica, posto que o seu respeito impõe ao FMI o dever efetivo de disponibilizar o novo *tranche*<sup>357</sup>, tendo em vista o acesso a estes recursos financeiros decorrerem de forma faseada e serem, em regra, dependentes do cumprimento de medidas previstas<sup>358</sup>.

Ainda, sendo tais documentos elaborados pelo Estado que requer assistência em coordenação com o FMI e com o propósito de servir de “garantia adequada” de natureza política do reembolso dos empréstimos concedidos pelo Fundo (art. V, Secção 3, do Acordo Constitutivo do FMI), tal obrigação jurídica sujeita a termo e condição é que configura, segundo Francisco Pereira Coutinho, os atos como vinculativos<sup>359</sup>.

Acerca da natureza dos memorandos, considerando que da sua celebração também resultaram *obrigações jurídicas*, Correia Baptista compreende que esses refletem um Tratado entre um Estado e uma organização internacional que corporiza um mútuo. Trata-se, entretanto, de um Acordo *sui generis*, com aspectos jurídicos e políticos que, pelos seus termos, indica que deveria seguir o regime interno de conclusão das convenções internacionais aplicável<sup>360</sup>.

Recorda-se que no Direito constitucional português, por força do artigo 8º, n. 2, CRP, não é aceita a figura dos acordos em forma ultra-simplificada, razão pela qual o Estado somente fica vinculado internamente após a ratificação – no caso de tratados –, ou da aprovação – no caso de acordos em forma simplificada<sup>361</sup>.

---

<sup>357</sup> *Ibidem*, p. 482.

<sup>358</sup> Cfr. FRANCISCO PEREIRA COUTINHO. Ob. Cit., p. 156.

<sup>359</sup> *Ibidem*, p. 160-161. Salienta-se nessa discussão, que quanto à noção de *ato administrativo*, apesar de não haver consenso, a doutrina é unânime em relação a sua *unilateralidade*, ficando de fora os atos bilaterais da Administração e nomeadamente, os contratos por ela celebrados e, portanto, os memorandos face a sua natureza multilateral. Cfr. FILIPA LEMOS CALDAS e TOMÁS ARANTES e OLIVEIRA. «A vinculatividade do Memorando de Entendimento da Troika – Em especial, a disciplina orçamental», in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, n. 4, 2012, p. 172.

<sup>360</sup> Cfr. EDUARDO CORREIA BAPTISTA. Ob. Cit., p. 484. Como o memorando é um acordo de vontades que constitui efeitos entre as partes e é celebrado entre sujeitos de Direito Internacional, preenche o conceito de convenção internacional descrito por Jorge Miranda. Cfr. FILIPA LEMOS CALDAS e TOMÁS ARANTES e OLIVEIRA. Ob. Cit., p. 173. Sublinha-se a esse respeito que, na compreensão de CARLOS BLANCO DE MORAIS, como a CE e o BCE não são sujeitos de Direito Internacional, mas órgãos de um sujeito de Direito Internacional: a UE que não é formalmente parte do acordo, esse não vale juridicamente como uma convenção internacional. *Curso...* Ob. Cit., p. 724.

<sup>361</sup> Cfr. FILIPA LEMOS CALDAS e TOMÁS ARANTES e OLIVEIRA. Ob. Cit., p. 173. Dessa maneira, caso não sejam cumpridas as formalidades, “as respectivas normas não vigoram na ordem interna, mesmo que vigorem na ordem externa e vinculem o Estado (cfr. AcTC n. 32/88)”. Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA. Ob. Cit., p. 255.

É então sobre esse aspecto formal que cingem as críticas acerca da inconstitucionalidade da aprovação dos memorandos, pois no caso concreto, através da Resolução n. 8/2011 aprovada em 5 de Maio de 2011 pelo Conselho de Ministros, foi delegada pelo Governo ao Ministro de Estado e das Finanças a competência para, em representação ao Presidente da República, outorgar os instrumentos necessários a concretização do PAEF, estes que somente foram assinados em 17 de Maio.

Ocorre que nos termos da Constituição (art. 8, n. 2 e art. 200, n. 1, al. c), a aprovação em Conselho de Ministros deve ser *posterior a assinatura* pelo Governo (competência delegada ao Ministro das Finanças), ato que não se realizou<sup>362</sup>.

Outra questão formal levantada por Melo Alexandrino, segundo o qual, “foi nesse contexto de verdadeira exceção não declarada que Portugal se vinculou (inconstitucionalmente) aos Memorandos de Entendimento”, deriva do fato de que o memorando foi aprovado por simples ato da função administrativa de um governo de gestão: deliberação do Conselho de Ministros e assinatura do Ministro das Finanças, sem que fosse observada a necessidade de autorização da Assembleia da República, por força do artigo 161º, h, CRP, que sempre condicionaria a decisão sobre instrumentos de financiamento implicados no programa de assistência<sup>363</sup>.

É importante registrar nesse cenário que, por força da Convenção de Viena (art. 12, 27 e 46), Portugal ficou vinculado ao acordo no plano internacional pela sua mera assinatura, pois não ressaltou expressamente que só o faria depois da sua aprovação pelo órgão nacional competente, não podendo dessa via, recusar-se ao cumprimento do tratado sob alegação de não ter observado uma formalidade interna<sup>364</sup>.

Sem a pretensão de desconsiderar os argumentos expostos, deve-se relevar que com a adesão de Portugal à UE, uma nova escala de avaliação foi introduzida na sistemática da *proporcionalidade*: a escala europeia. Assim, o juízo de proporcionalidade obriga também a consideração em nível europeu, para além dos níveis regional e nacional<sup>365</sup>.

---

<sup>362</sup> *Ibidem*, p. 174-175.

<sup>363</sup> Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO. «Jurisprudência...». Ob. Cit. P. 54-56.

<sup>364</sup> Cfr. FILIPA LEMOS CALDAS e TOMÁS ARANTES e OLIVEIRA. Ob. Cit., p. 175-176. Acrescenta-se ainda a posição dos autores que, inobstante reconheçam que o memorando é uma convenção internacional, entendem que traduzem medidas que não são juridicamente vinculativas, mas consubstanciam um fenómeno de *soft law* e traduzem num ônus ao estado português, o qual se não as cumprir, suspende a produção dos efeitos do contrato de financiamento. *Ibidem*, p. 188.

<sup>365</sup> Cfr. ANTONIO MANUEL HESPANHA. Ob. Cit., p. 107.

Nesse diapasão, certos interesses do Estado convertem-se em interesses supra-estatais em virtude das obrigações internacionais advindas dos Tratados Constitutivos da União Europeia. Dessa forma, com a assinatura dos mesmos, o estado português assumiu novos compromissos internacionais no que respeita aos défices orçamentais e ao peso da dívida pública no PIB<sup>366</sup>.

É nessa exegese que o TFUE prevê no art. 122, n. 2, como supra-mencionado, a possibilidade de concessão de ajuda financeira pela União ao Estado-membro que se encontre *em dificuldades ou sob grave ameaça de dificuldades devidas [...] ocorrências excepcionais que não possa controlar*. Essa ajuda, todavia, é dependente de condições propostas pela Comissão e decididas pelo Conselho<sup>367</sup>.

Diante dessa realidade, quando o Tribunal Constitucional reconheceu a vinculatividade dos memorandos, essa se baseou no artigo acima, na medida em que o memorando é *condição necessária*<sup>368</sup> para a aplicação da decisão que executa o regulamento adotado com base neste artigo e figura como ato que, não só condiciona os efeitos da Decisão de Execução do Conselho n.º 2011/344/UE, de 17/5/2011 – que concedeu a assistência financeira a Portugal – à sua entrada em vigor, mas também impõe que as medidas nele consignadas sejam satisfeitas como condição do cumprimento faseado dos contratos de financiamento<sup>369</sup>, ou seja, o PAEF e os instrumentos associados consistem na transmutação de um caso concreto das regras vinculativas do próprio Tratado da União Europeia.

Outrossim, perante o procedimento por défice excessivo iniciado contra Portugal constante na Recomendação do Conselho (COM) n. 566/2012, adotada em conformidade com o artigo 126º, n. 6, do TFUE, o Estado português fica vinculado a satisfação das condições estabelecidas pelo Pacto de Estabilidade e Crescimento Europeu<sup>370</sup>, - cujos

---

<sup>366</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>367</sup> Cfr. Art. 122, n. 2, do TFUE.

<sup>368</sup> Nesse sentido, afirma FILIPA LEMOS CALDAS e TOMÁS ARANTES e OLIVEIRA que os memorandos com a troika constituíram verdadeiro requisito para a programa de ajuda financeira externa. Ob. Cit., p. 169.

<sup>369</sup> Cfr. FRANCISCO PEREIRA COUTINHO. Ob. Cit., p. 165-166. Na mesma senda, ao analisar as medidas de austeridade, o TC afirmou que a apreciação “[...] justifica-se ainda no quadro do mandato constitucional para com a integração europeia (artigo 7º, n.º 5 e 6) da CRP). Da mesma maneira que é a responsabilidade para com a integração europeia que valida o financiamento de certos Estados-membros em dificuldades financeiras por parte de outros Estados-membros, o que implica a assunção por estes últimos de riscos, também é essa mesma responsabilidade, constitucionalmente estabelecida, que justifica a adoção de uma medida que se insere no quadro de um esforço conjunto, *europeu*, de cooperação entre os vários Estados da União, *maxime* entre os vários Estados da Zona Euro, em ordem à estabilização financeira e económica dessa mesma Zona Euro”. Cfr. Acórdão n.º 353/2012.

<sup>370</sup> Cfr. EDUARDO CORREIA BAPTISTA. Ob. Cit., p. 487-488. Como o Tratado de Lisboa não regula a matéria da União Económica e Monetária, com o objetivo de conceder a disciplina orçamental para o bom

objetivos de natureza orçamental, acrescenta-se, são tais quais os impostos no memorando – sob pena de imposição de medidas sancionatórias previstas no artigo 126º, n. 11, do mesmo documento<sup>371</sup>.

Desta forma, ainda que não tenham os memorandos sido aprovados pelo Governo ou autorizados pela AR, a vinculatividade de seus objetivos é reconhecida ante o Estado Português com arrimo jurídico-constitucional no artigo 8º, n. 2, que dispõe: “As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português”, tal qual é o TFUE. Portanto, o incumprimento de tais documentos – que em matéria orçamental também resultaria da não observância da Recomendação e do Pacto citado – seria decisivo para a possibilidade de recusa da concessão de novos *tranches* e a aplicação das sanções mencionadas e, conseqüentemente, para que a grave crise econômico-financeira enfrentada pelo estado português pudesse converter-se em uma verdadeira *perturbação da ordem constitucional* nos moldes do artigo 19º, contra a qual seriam necessários mecanismos mais extremos que vigoram no estado de exceção *tradicional*, ou ainda, em situação incontornável, teria valido a pena pagar o preço?

A vinculatividade deriva, assim, principalmente do fato de que esse documento figurou como *saída* da emergência econômica. Ou seja, ante a situação de excepcionalidade, por intermédio do PAEF e dos instrumentos a ele associados obteve-se a assistência financeira necessária para que fosse possível o retorno à normalidade, da mesma forma que se objetiva a declaração formal de um estado de exceção, só que neste caso concreto essa não era possível (pelas razões já exaustivamente expostas), o que não retira a necessidade da adoção de mecanismos emergenciais de enfrentamento, pois de que vale uma fidelidade absoluta a Constituição escrita se em função dessa a recessão se agrava e torna-se impossível a garantia dos direitos fundamentais?

É nessa exegese que o PAEF valeu, nas palavras de Blanco de Moraes, como “[...] atestação inequívoca de uma realidade financeira, jurídica e extrajurídica, ditada pela

---

funcionamento da economia europeia, o *Pacto de Estabilidade e Crescimento* foi adotado em 1997, com dois regulamentos decorrentes do artigo 104º, C, que à época tratava dos *défices orçamentais excessivos*. Cfr. EDUARDO PAZ FERREIRA. «Endividamento e Soberania Nacional», in GOUVEIA, Jorge Bacelar; PIÇARRA, Nuno (Coords.). *A Crise e o Direito*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 129. Cfr. ANTÓNIO JOSÉ CABRAL. «Artigo 126 do TFUE», in PORTO, Manuel Lopes; ANASTÁCIO, Gonçalo (Coords.). *Tratado de Lisboa*: Anotado e Comentado. Coimbra: Almedina, 2012, p. 580-581.

<sup>371</sup> Cfr. FRANCISCO PEREIRA COUTINHO. *Ob. Cit.*, p. 166.

exceção ou necessidade, que condicionou o sentido das leis restritivas ditadas no seu contexto, *maxime* na sua relação de tensão com os princípios constitucionais”. Por consequência, a questão de inconstitucionalidade do instrumento de pouco contribuiria posto que o critério de constitucionalidade utilizado para justificação da intensidade de certas restrições era o da *necessidade financeira*<sup>372</sup>.

Já discutida a possibilidade de um *estado de exceção* em face da emergência de cunho econômico-financeiro e compreendida a necessidade de cumprimento pelo Estado dos acordos pactuados no terreno do PAEF, figura-se como salutar adentrar nos meandros das decisões do Tribunal Constitucional acerca das arguições de inconstitucionalidade, no fito de *pescar* quais seriam as pistas conducentes ao *direito da crise* em Portugal.

Não se objetiva com a discussão – necessariamente – determinar um conjunto de normas ou institutos que podem surgir a propósito da grave recessão econômica, tal qual ocorre no estado de exceção tradicional para o qual o legislador constituinte dispôs previamente as regras e suas especificidades, mas analisar como e, se, tal *direito da crise* comporta uma reinterpretação de institutos jurídicos tradicionais que são postos à prova quando confrontados com a realidade fática que circundam as medidas de austeridade, em especial, quanto a sua adequabilidade à conjuntura de excepcionalidade, bem como os possíveis limites estabelecíveis nesse *novo direito*.

### 2.1.3. *Institutos jurídicos dogmáticos postos à prova na jurisprudência do Tribunal Constitucional português*

Como já assinalado, durante a vigência do PAEF as estruturas do poder político do Estado se sujeitaram a um condicionamento extraordinário da sua margem de atuação em atendimento aos termos do acordo. Foram então introduzidas medidas de austeridade, por intermédio, principalmente, das Leis de Orçamento do Estado, com ênfase nos anos de 2011, 2012 e 2013.

Essas, nomeadas por Blanco de Moraes como *legislação da crise* pela natureza amplamente restritiva e pretensa de excepcionalidade<sup>373</sup>, tiveram sua incidência especialmente no que toca os direitos sociais e a afetação das condições de sua efetivação e das respectivas normas concretizadoras, caracterizando um verdadeiro *retrocesso social*<sup>374</sup>.

---

<sup>372</sup> Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS. *Curso...* Ob. Cit., p. 725.

<sup>373</sup> *Ibidem*, p. 709.

<sup>374</sup> Cfr. JORGE MIRANDA. *Direitos Fundamentais...* Ob. Cit., p. 542.

Tais direitos, conjuntamente com os direitos econômicos e culturais, conforme Gomes Canotilho, têm a respectiva proteção associada a um conjunto de condições designadas pela doutrina como *pressupostos de direitos fundamentais*, os quais condicionam, de forma positiva e negativa, a sua existência e proteção<sup>375</sup>.

O principal desses condicionantes é o econômico-financeiro, posto que avulta a progressiva efetivação dos direitos aos recursos disponíveis: ao “máximo de recursos disponíveis”, conforme disposto no art. 2, n. 1, do PIDESC<sup>376</sup>. Em razão desse condicionamento material, os direitos sociais são direitos *sob reserva do possível*<sup>377</sup>.

O fato de os direitos sociais – de uma forma geral e segundo a doutrina majoritária quanto à dualidade dos regimes de constitucionais de direitos fundamentais<sup>378</sup> – não terem a mesma operatividade prática dos direitos, liberdades e garantias, mormente quanto a justiciabilidade e exequibilidade imediatas – tendo em vista que não tem seu conteúdo constitucionalmente determinado ou determinável<sup>379</sup> –, não afasta, consoante Gomes Canotilho, o seu caráter de *direito subjetivo* e não os dissolve em meras normas

---

<sup>375</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO. Ob. Cit., p. 473.

<sup>376</sup> Cfr. JORGE MIRANDA. «Estado...». ob. Cit., p. 264.

<sup>377</sup> Cfr. JORGE REIS NOVAIS. *As restrições...* Ob. Cit., p. 138. O corolário da *reserva econômica do possível* corresponde a dependência dos direitos sociais da realidade constitucional, cuja eficácia é *dinâmica*, sendo maior ou menor consoante os circunstancialismos econômico-sociais que se afigurem relevantes. Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA. *O Estado...* Vol. I. Ob. Cit., p. 728.

<sup>378</sup> Cfr. FERNANDO ALVES CORREIA. Ob. Cit., p. 55. Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE. *Os Direitos...* Ob. Cit., p. 187. Cfr. JORGE REIS NOVAIS. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 292 e ss. Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO. *A estruturação do Sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*. Vol. II – A construção dogmática. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 2006, p. 218 e ss. Em linha destoante, RUI MEDEIROS afirma a unidade do sistema de direitos fundamentais consagrado constitucionalmente como decorrência da afirmação da liberdade não apenas perante o Estado, mas também através do Estado. «Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade», in MIRANDA, Jorge. (Coord.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*. Vol. I. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 661.

<sup>379</sup> Cfr. JORGE REIS NOVAIS. *Os princípios...* Ob. Cit., p. 293. Por essa razão, segundo VIEIRA DE ANDRADE, não se pode compreender os direitos sociais como *direitos subjetivos plenos*, com conteúdo determinado ou determinável que permita aos titulares a exigência direta do respectivo cumprimento por via judicial. Ob. Cit., p. 383. Em semelhante linha, MELO ALEXANDRINO distingue os *direitos de liberdade* como direitos subjetivos “de posições jurídicas vinculativas às quais os poderes públicos devem respeito e cuja garantia não podia deixar de ser amplamente cometida aos tribunais”, dos *direitos fundamentais sociais*, cujo caráter subjetivo, segundo o autor, é apenas *residual*, sendo a respectiva promoção competência do legislador que, por sua vez, não está vinculado a determinados conteúdos, nem está, a princípio, sujeito a uma competência de exame por parte do Tribunal Constitucional quando não forem ultrapassados os limites constitucionais. *A estruturação...* Ob. Cit., p. 223-224. Em sentido contrário, REIS NOVAIS afirma que a indeterminação do conteúdo do direito social é superável no tempo através da correspondente atuação do legislador ordinário que, a partir do momento em que fixa, com elevado grau de precisão e certeza, o conteúdo do direito exigível do Estado, o direito social adquire na ordem jurídica um grau pleno de definitividade e densidade. *Direitos Sociais*. Teoria Jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 152.

programáticas *totalmente* dependentes da *reserva do possível*, mas existe uma verdadeira *imposição constitucional* legitimadora de transformações econômicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efetivação destes direitos<sup>380</sup>.

Cabe, entretanto, aos órgãos políticos e legislativos a apreciação de fatores econômicos para a tomada de decisão quanto à possibilidade e meios de efetivação desses direitos, sendo limitada a competência dos tribunais nesse âmbito<sup>381</sup>.

À medida que o Estado vai concretizando os direitos sociais, resultam os direitos derivados à prestação<sup>382</sup> que, entre outras funções, desempenham o papel de garantidores do grau de concretização já obtido, de modo que, consoante Gomes Canotilho, os poderes públicos não podem eliminar arbitrariamente o *núcleo essencial* já realizado desses direitos<sup>383</sup>.

Essa ideia não corresponde a afirmação de um princípio de “proibição do retrocesso social”<sup>384</sup>, cujo caráter e consistência dogmática são controversos no ordenamento jurídico português<sup>385</sup>, sendo aceita na posição intermédia uma *proibição relativa do retrocesso social*

---

<sup>380</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO. Ob. Cit., p. 476-477. Apesar de no domínio da segurança social a doutrina referir que “o programa constitucional em matéria de segurança social não pode deixar de assumir caráter aberto” (Jorge Miranda, Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 2005, p. 641), de acordo com o TC, é possível discernir diferentes graus de “abertura” constitucional. Enquanto algumas normas sobre direitos sociais possuem natureza programática, dotadas de vinculatividade mais atenuada, outras impõem ao Estado a realização de tarefas concretas e definidas quanto a realização dos direitos sociais, bem como refletem na liberdade de que o legislador dispõe, para, após ter dado concretização aos direitos sociais, poder alterar a sua configuração infraconstitucional. Cfr. *Acórdão n.º 862/2013*.

<sup>381</sup> Cfr. JORGE MIRANDA. «Estado...». Ob. Cit., p. 264. Dessa forma, não compete ao juiz apurar se há ou não recursos disponíveis, nem lhe cabe definir prioridades de distribuição de recursos, pode apenas “[...] apreciar se a dificuldade financeira alegada pelo poder político é suficientemente relevante, do ponto de vista do interesse público, para afastar ou fazer ceder a pretensão individual, e se o procedimento seguido pelo poder político para chegar à decisão de prioridades, bem como a respectiva fundamentação, não merecem censura jurídico-constitucional”. Cfr. JORGE REIS NOVAIS. *Direitos Sociais...* Ob. Cit., p. 117.

<sup>382</sup> Afirma REIS NOVAIS que os direitos sociais *vivem nos direitos a prestação* concretizados na lei e, esses últimos são, portanto, o *corpo* dos direitos fundamentais sociais. *Ibidem*, p. 178.

<sup>383</sup> Assim como os direitos, liberdades e garantias, para GOMES CANOTILHO os direitos sociais dispõem de um *conteúdo nuclear* ao qual deve se reconhecer uma especial força jurídica. Ob. Cit., p. 479. Na mesma lógica, salienta JORGE MIRANDA que concretizado um direito social, o legislador fica adstrito a não suprimir as normas, abrindo ou reabrindo uma omissão. «Estado...». Ob. Cit., p. 264. Sublinha-se que em sentido contrário, RUI MEDEIROS rejeita a existência de um *conteúdo mínimo* dos direitos sociais (*apud* CATARINA SANTOS BOTELHO). Ob. Cit., p. 325.

<sup>384</sup> Cfr. JORGE REIS NOVAIS. *Direitos Sociais...* Ob. Cit., p. 243-244.

<sup>385</sup> O retrocesso como princípio é afirmado por J. J. GOMES CANOTILHO como limitador da revisibilidade dos direitos adquiridos e garantidor do núcleo essencial dos direitos sociais já realizado ou efetivado através de medidas legislativas, especialmente quando reconduza à garantia do mínimo de existência condigna. Ob. Cit., p. 339-340. Em sentido contrário, REIS NOVAIS não reconhece nem autonomia nem validade ao princípio do retrocesso quanto a pretensa salvaguarda do núcleo essencial dos direitos sociais. *As restrições...* Ob. Cit., p. 138. A recusa do *retrocesso social* como princípio geral é defendida também por VIEIRA DE ANDRADE. *Os Direitos...* Ob. Cit., p. 379, e se dá no âmbito da jurisprudência do Tribunal Constitucional. Cfr. FERNANDO ALVES CORREIA. Ob. Cit., p. 56.

ou de *grau intermédio*, que possui aplicabilidade somente nos casos-limite e em observância ao *princípio da alternância democrática*<sup>386</sup>.

Nessa linha, afirma Vieira de Andrade que, pese embora a concretização pelo legislador dos preceitos constitucionais relativos aos direitos sociais, econômicos e culturais implique certa garantia de estabilidade das situações ou posições jurídicas criadas, essa corresponde a proibição de *pura e simplesmente destruir tais situações ou posições*, na medida em que se ponha em causa o nível de realização do direito exigido pela dignidade da pessoa humana<sup>387</sup>.

Assim, concretizar um direito social não significa elevá-lo a *garantia constitucional*<sup>388</sup>, não havendo, portanto, uma imunidade dos níveis atingidos de realização das prestações sociais à eventualidade de regressão<sup>389</sup>. Entretanto, com a concretização, deixa de ser um *terreno constitucionalmente neutro*<sup>390</sup>.

Por conseguinte, em face de uma posterior *reformatio in pejus* de direitos sociais, a tutela desse *terreno* não decorre de uma proibição isolada de retroceder em relação ao conteúdo mínimo já realizado, ou seja, de um princípio autónomo do retrocesso social, mas se assenta na observância de princípios, como a dignidade da pessoa humana, proteção da confiança, igualdade e proporcionalidade<sup>391</sup>.

Não há dúvidas, segundo Bacelar Gouveia, que uma crise económico-financeira faz atenuar – quando não mesmo desaparecer por momentos – a força dos direitos sociais quando que não é possível satisfazê-los de outro modo<sup>392</sup>. É diante desse cenário que sustenta

---

<sup>386</sup> Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE. *Os Direitos...* Ob. Cit., p. 378. Vide Acórdão TC n.º 509/2002 citado pelo autor.

<sup>387</sup> *Ibidem*, p. 378. É nesse sentido a orientação da jurisprudência mais recente do TC, que tem efetuado um controle direto da violação do conteúdo mínimo de direitos sociais, no que respeita à proteção, por via de ação ou de omissão, do direito ao mínimo de existência condigna. *Ibidem*, p. 386.

<sup>388</sup> Cfr. JORGE MIRANDA. «Estado...». Ob. Cit., p. 265.

<sup>389</sup> Cfr. JORGE REIS NOVAIS. *Os princípios...* Ob. Cit., p. 294.

<sup>390</sup> Cfr. RUI MEDEIROS. «Direitos...». Ob. Cit., p. 681.

<sup>391</sup> Cfr. CATARINA SANTOS BOTELHO. Ob. Cit., p. 434. Cfr. BENEDITA MAC CRORIE. Ob. Cit., p. 37. Nesse sentido, salienta JOÃO CARLOS LOUREIRO que o que se pretende assegurar através de um princípio da proibição do retrocesso “pode ser tutelado quer como expressão da dignidade humana, quer pelo jogo do princípio da proteção da confiança”. «Cortes, Pensões e Jurisprudência em tempos de crise: entre o transitório e o permanente», in COUTINHO, Luis Pereira; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. *O Tribunal Constitucional e a Crise*. Ensaios Críticos. Coimbra: Almedina, 2014, p. 191. Especialmente em relação às pensões e prestações do sistema de segurança social, considerando a omissão da Constituição sobre os critérios de concessão e valor pecuniário, circunscrevem-se na esfera da livre disposição do legislador, observados, todavia, os princípios constitucionais da igualdade, proporcionalidade, etc. Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA. Ob. Cit., p. 819.

<sup>392</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA. *O Estado...* Vol. I. Ob. Cit., p. 728.

Melo Alexandrino que a lógica dos *direitos adquiridos*, das *expectativas especialmente fortes* e dos *redutos defensivos* em sua aplicação ordinária, colapsa diante da realidade<sup>393</sup>.

Logo, no contexto emergencial no qual as medidas de *retrocesso social* se circunscreveram, tais noções e outros institutos jurídicos dogmáticos, como escudos em tempos de normalidade, foram objeto de questionamento. Não se trata, entretanto, de contestar a sua aplicabilidade durante uma exceção econômica. Mas dúvidas emergem acerca de serem os parâmetros de controle pelo Tribunal Constitucional os mesmos durante uma situação de grave emergência econômica.

Da mesma forma que o estado português se condicionou ao cumprimento do PAEF e, considerando que “[...] a divisão de poderes não é uma coisa outra senão uma estrutura em equilíbrio tensional”, não haveria sentido que esse condicionamento excepcional à soberania e à independência nacional não refletisse no condicionamento do poder da jurisdição condicional, de modo que se permitisse um *superpoder isento de limites perante a emergência*<sup>394</sup>.

Entretanto, conforme sublinhado pela própria Corte Constitucional, ainda que não possa ficar alheia à realidade econômica e financeira de Portugal, a Constituição “[...] possui uma específica autonomia normativa que impede que os objetivos econômicos ou financeiros prevaleçam, sem quaisquer limites, sobre parâmetros como o da igualdade, que a Constituição defende e deve fazer cumprir”<sup>395</sup>.

Nesse toar, apesar de uma maior deferência em favor da margem de conformação legislativa como resultante do reconhecimento da grave crise econômica *sem precedentes*, subsistiram no panorama português limitativos jurídicos que interferem nas opções políticas do legislador.

Dessa via, o presente estudo se orienta por uma análise da aplicação dos institutos jurídicos que enformam o *triângulo de Bermudas*<sup>396</sup>, designadamente, a confiança, a proporcionalidade e a igualdade, que ao serem manejados durante a *jurisprudência da crise econômico-financeira* tiveram sua aplicabilidade desafiada e, portanto, merecem uma apreciação crítica, em particular, quanto às especificidade da sua utilização em tempos que,

---

<sup>393</sup> Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO. «Jurisprudência...». Ob. Cit., p. 68.

<sup>394</sup> *Ibidem*, p. 56-57.

<sup>395</sup> Cfr. Acórdão n.º 353/2012.

<sup>396</sup> Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS. *Curso...* Ob. Cit., p. 554.

conforme afirmou o Tribunal Constitucional, não são de normalidade, pois se fossem, essas medidas estariam expressamente proibidas e seriam inconstitucionais<sup>397</sup>.

Inicialmente, tendo em apreço que a situação de crise econômica converte a estabilidade da situação normal em anormal, circunscreve, ou melhor, ameaça, portanto, a esfera da previsibilidade<sup>398</sup> e, nessa via, merece enfoque inicial o princípio da proteção da confiança.

Não obstante a associação entre esse princípio e o da segurança jurídica como elementos constitutivos do Estado de Direito dedutíveis do artigo 2º da CRP, enquanto o segundo está conexionado com elementos objetivos de ordem jurídica<sup>399</sup>, a proteção da confiança relaciona-se com as componentes subjetivas da segurança, designadamente *a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos do poder público*<sup>400</sup>, no fito de abranger em seu âmbito os direitos, expectativas e interesses legítimos e dignos de tutela<sup>401</sup>.

Infere-se assim, que deve ser assegurado aos particulares, além de saber com o que podem legitimamente contar por parte do Estado, também o direito de não ver as expectativas que legitimamente formaram em face a permanência de um dado quadro ou curso legislativo frustradas, desde que haja indícios consistentes que essas tenham sido de algum modo estimuladas ou toleradas pelo próprio comportamento do Estado e que os particulares não podem ou devem, razoavelmente, esperar alterações radicais no curso de desenvolvimento legislativo normal<sup>402</sup>. Nesses termos, está ligada à tutela da boa-fé, numa dimensão ajustada ao direito público<sup>403</sup>.

Importa salientar que conquanto a manifesta generalidade e relatividade da proteção da confiança resulte na sua concretização bom base em outros princípios, subprincípios e regras<sup>404</sup>, ela pode ser convocada como *parâmetro autónomo de constitucionalidade de um ato legislativo*<sup>405</sup>.

---

<sup>397</sup> Cfr. SUZANA TAVARES DA SILVA. «Sustentabilidade...». Ob. Cit., p. 74.

<sup>398</sup> Cfr. ANTÓNIO MANUEL HESPANHA. Ob. Cit., p. 90.

<sup>399</sup> Tais quais a transparência e publicidade dos atos dos poderes públicos, clareza e densidade normativa das regras jurídicas. Cfr. JORGE REIS NOVAIS. *Os princípios...* Ob. Cit., p. 261.

<sup>400</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO. Ob. Cit., p. 257.

<sup>401</sup> Cfr. JORGE REIS NOVAIS. *Os princípios...* Ob. Cit., p. 261.

<sup>402</sup> *Ibidem*, p. 263.

<sup>403</sup> Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS. *Curso...* Ob. Cit., p. 484.

<sup>404</sup> Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO. «Jurisprudência...». Ob. Cit., p. 65.

<sup>405</sup> Cfr. CATARINA SANTOS BOTELHO. Ob. Cit., p. 451.

Entretanto, para não transformar o intuito do princípio da proteção da confiança em desconfiança<sup>406</sup>, é um parâmetro limitado por força de três outras realidades: a margem de conformação do legislador, a relação entre o tempo e rigidez regulativa, o postulado da flexibilidade (possibilidade de revisão das opções políticas da comunidade)<sup>407</sup>.

Nessa exegese, apesar da sua dimensão *garantística jurídico-subjetiva* legitimar a confiança dos cidadãos na permanência das respectivas situações jurídicas, bem como uma certa medida de confiança na atuação dos entes públicos dentro das leis vigentes<sup>408</sup>, como já adentramos na temática, não é possível deduzir do princípio a noção de imutabilidade dessa ordem.

O que se extrai é que em um Estado de Direito deve ser conferida segurança aos cidadãos quanto a *previsibilidade do seu futuro*, essa que exige a razoabilidade – como não arbitrariedade – e estabilidade – como garantia de um mínimo de permanência das normas, bem como dos atos e efeitos jurídicos produzidos<sup>409</sup>, de modo que no caso de uma mudança legal necessária para o desenvolvimento das atividades dos poderes públicos, o princípio assegure certa *proteção* dos cidadãos<sup>410</sup>.

Disso decorre que no exercício de sua liberdade de conformação, ao promover a alteração do sistema, o legislador deve preservar os elementos de direito estruturantes da sociedade e evitar as reformas bruscas, sob pena de pôr em risco as bases dessa sociedade por criar incertezas nos destinatários incompatíveis com o Estado de Direito<sup>411</sup>.

É por tal razão que, inobstante a obrigatoriedade de observância do princípio pelo Estado e quaisquer entidades públicas<sup>412</sup>, em relação ao legislativo a carga conflitiva do princípio se intensifica, vez que sobre ele recaem exigências que confrontam com princípios em sentido contrário derivados da natural revisibilidade das leis e da ampla margem de conformação reconhecida a esse órgão em um Estado de Direito democrático<sup>413</sup>.

Nesse contexto, assume especial relevância a distinção de três hipóteses originadas no exercício da atividade legislativa que podem trazer à tona esse conflito, quais sejam: *as*

---

<sup>406</sup> *Ibidem*, p. 451.

<sup>407</sup> Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO. «Jurisprudência...». Ob. Cit., p. 65-66

<sup>408</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO. Ob. Cit., p. 259-260.

<sup>409</sup> Cfr. JORGE MIRANDA. *Direitos Fundamentais...* Ob. Cit., p. 341-342.

<sup>410</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO. Ob. Cit., p. 259-260.

<sup>411</sup> Cfr. JORGE MIRANDA. *Direitos Fundamentais...* Ob. Cit., p. 345-346.

<sup>412</sup> *Ibidem*, p. 344-345.

<sup>413</sup> Cfr. JORGE REIS NOVAIS. *Os princípios...* Ob. Cit., p. 262.

*leis retroactivas, as leis retrospectivas e as leis aplicáveis só as situações jurídicas que se venham a constituir no futuro*<sup>414</sup>.

O último caso somente seria objeto de tutela do princípio em casos extremos de relevância determinantes das expectativas dos particulares, pois nesse, em que a lei é destinada a valer *ex nunc*, a liberdade de conformação do legislador é quase total<sup>415</sup>.

A proteção da confiança ganha espaço e potencializa-se no horizonte da retroatividade, sobretudo quando operada por uma lei restritiva, na medida em que rompe com a lógica do sistema no qual *o Estado deve atuar para com os cidadãos de modo que seja confiável*<sup>416</sup>, havendo quem considere a *não-retroatividade* como exigência da moralidade interna do direito<sup>417</sup>.

Não significa dizer, entretanto, que há uma *absoluta proibição da retroatividade das normas jurídicas*, pois tal impediria as instâncias legiferantes de realizar novas exigências de justiça e de concretizar as ideias de ordenação social positivamente plasmadas no corpo constitucional<sup>418</sup>.

Destaca-se que dos vários graus identificáveis de retroatividade que vão desde uma potencial afetação que inclui os efeitos já produzidos, até uma retroatividade aparente que tende a respeitá-los<sup>419</sup>, a doutrina costuma deduzir duas espécies distintas. Enquanto a *retroatividade autêntica* relaciona-se com a norma que tem a validade e vigência com marco temporal anterior à data da entrada em vigor<sup>420</sup> de modo a afetar situações já esgotadas ou estabilizadas no passado<sup>421</sup>, a retroatividade *imprópria* ou ainda, a *retrospectividade* revela uma zona cinzenta na qual não é possível afirmar nem que a norma tende a valer para *atos passados e já inteiramente consumados*, nem que a norma rege exclusivamente o futuro, sem afetar as situações já existentes antes da sua entrada em vigor<sup>422</sup>.

Isso porque sem embargo se objetivar com a alteração a produção de efeitos para o futuro, essa toca também as situações jurídicas que começaram no passado e que continuam

---

<sup>414</sup> *Ibidem*, p. 264.

<sup>415</sup> *Ibidem*, p. 264.

<sup>416</sup> Cfr. MARIA LÚCIA AMARAL. *A forma da República*. Uma introdução do estudo ao direito constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 181.

<sup>417</sup> Cfr. LON FULLER (*apud* JOÃO CARLOS LOUREIRO). *Adeus ao Estado Social: a segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos "direitos adquiridos"*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 126.

<sup>418</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO. *Ob. Cit.*, p. 260.

<sup>419</sup> Cfr. JORGE REIS NOVAIS. *As restrições...* *Ob. Cit.*, p. 818.

<sup>420</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO. *Ob. Cit.*, p. 262.

<sup>421</sup> Cfr. JORGE REIS NOVAIS. *As restrições...* *Ob. Cit.*, p. 818.

<sup>422</sup> Cfr. MARIA LÚCIA AMARAL. *A forma...* *Ob. Cit.*, p. 183.

a existir<sup>423</sup>. Assim, a depender da extensão da afetação causada pela medida legislativa, também merece alento da proteção da confiança<sup>424</sup>. Entretanto, aponta-se uma *menor intensidade normativa do princípio da proteção da confiança [...] do que nos casos de verdadeira retroatividade*<sup>425</sup>, pois no domínio da retrospectividade é líquida a possibilidade de alterações, sendo apenas discutida a sua extensão<sup>426</sup>, de modo que será reconhecida a inconstitucionalidade nos casos de limitação excessiva ou arbitrária de um direito fundamental<sup>427</sup>.

Essa situação de retrospectividade é de fácil visualização nos *direitos em formação*, porque apesar de não serem direitos *perfeitos* por não estarem preenchidos todos os requisitos que a lei faz depender o seu reconhecimento, verifica-se uma situação em formação de expectativas merecedoras de proteção. Cita-se como exemplo as *pensões* em sede de segurança social, cujo período contributivo se iniciou, mas ainda não se completou, pois “[...] existe sempre a confiança de que o montante da pensão perspectivado [...] não sofrerá alterações posteriores, que não sejam as decorrentes da sua atualização legal”<sup>428</sup>.

Impende também mencionar a problemática da afetação dos direitos adquiridos a propósito de uma lei retroativa<sup>429</sup>. Tal categoria dogmática que encontra suas raízes na proteção da pessoa contra o arbítrio do Estado, não encontra guarida constitucional em Portugal como ocorre em outros ordenamentos jurídicos – cita-se o art. 5, XXXVI, da Constituição brasileira de 1988 –, todavia, tem previsão de tutela no art. 66 da Lei de Bases da Segurança Social e, segundo essa normativa, corresponde “[...] aos que já se encontram reconhecidos ou possam sê-lo por se encontrarem reunidos todos os requisitos legais necessários ao seu reconhecimento”.

Apesar dos direitos adquiridos serem facilmente vinculados a termos como a *intangibilidade das prestações* – considerando que o Tribunal Constitucional em diversos arestos já se manifestou que a alteração retroativa do montante de pensões traduziria uma

---

<sup>423</sup> Cfr. JOÃO CARLOS LOUREIRO. *Adeus...* Ob. Cit., p. 126.

<sup>424</sup> Cfr. MARIA LÚCIA AMARAL. *A forma...* Ob. Cit., p. 184.

<sup>425</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO. Ob. Cit., p. 262. Apesar de em desfavor da lei restritiva com retroatividade autêntica vigor uma *presunção de inconstitucionalidade* por violação da proteção da confiança, essa não vigora num sentido absoluto e definitivo. Cfr. JORGE REIS NOVAIS. *As restrições...* Ob. Cit., p. 818.

<sup>426</sup> Cfr. JOÃO CARLOS LOUREIRO. *Adeus...* Ob. Cit., p. 275.

<sup>427</sup> Cfr. JORGE REIS NOVAIS. *As restrições...* Ob. Cit., p. 819.

<sup>428</sup> Cfr. *Acórdão TC n.º 862/2013*.

<sup>429</sup> Segundo GOMES CANOTILHO, os direitos adquiridos derivam da vertente de proteção conferida pelo não retrocesso social e, cuja inobservância violaria o princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos na esfera econômica, social e cultural. Ob. Cit., p. 339.

violação ao princípio da proteção da confiança, vez que com o *despacho concedendo [...] se conferiu [...] não uma simples expectativa, mas sim já um direito definitivo ao recebimento desse mesmo quantitativo, e a certeza da sua inalterabilidade*<sup>430</sup> – e apontarem para uma tutela mais intensa por intermédio da proteção da confiança, isso não corresponde a uma *imunização dos referidos direitos e uma subtração a ponderação com outros bens jurídico-constitucionais que se relevem necessários*, sob pena de violarem vários princípios, tais como igualdade, a justiça intergeracional e a sustentabilidade<sup>431</sup>.

Adquire foco nesse horizonte as prestações da seguridade social, pois como no caso das pensões “[...] com o reconhecimento, ou desde que se encontrem reunidos todos os requisitos necessários ao seu reconhecimento, o direito à pensão entra na esfera jurídica do aposentado com a natureza de verdadeiro *direito subjetivo*, um «*direito adquirido*» que pode ser exigido nos termos exatos em que for reconhecido”<sup>432</sup> e, sendo tal prestação uma estrutura temporal de média e longa duração, depois de adquirido, a questão da sua atualização (problemas de indexação) levantam importantes problemas constitucionais<sup>433</sup>, vez que uma nova regulação, ainda que não pretenda “[...] substituir *ex tunc* a disciplina normativa existente, acaba por atingir situações, posições jurídicas e garantias geradas no passado e relativamente às quais os cidadãos têm legítimas expectativas de não serem perturbados pelos novos preceitos jurídicos”<sup>434</sup>.

Segundo Reis Novais, embora não se reconheça uma imunidade total, há uma presunção de inconstitucionalidade das normas retroativas (autênticas) restritivas de direito e somente a existência de um interesse público de realização premente e compulsiva é que poderia, segundo o autor “[...] excepcionalmente justificar que situações ou posições dos particulares já juridicamente estabilizadas e consumadas viessem a ser afectadas retroactivamente”<sup>435</sup>.

---

<sup>430</sup> Cfr. JOÃO CARLOS LOUREIRO. *Adeus...* Ob. Cit., p. 127. Vide Acórdão n.º 20/83 citado pelo autor.

<sup>431</sup> Cfr. JOÃO CARLOS LOUREIRO. *Adeus...* Ob. Cit., p. 118 e 273.

<sup>432</sup> Cfr. Acórdão n.º 862/2013. Nesse contexto, afirmam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA que a possibilidade de alterações das condições e requisitos de fruição e de cálculo das prestações (designadamente pensões) devem ter motivos justificados e devem valer só para o futuro (proibição da retroactividade das restrições de direitos fundamentais). Ob. Cit., p. 819.

<sup>433</sup> Cfr. JOÃO CARLOS LOUREIRO. *Adeus...* Ob. Cit., p. 116.

<sup>434</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO. Ob. Cit., p. 262.

<sup>435</sup> Cfr. JORGE REIS NOVAIS. *Os princípios...* Ob. Cit., p. 265. Salienta-se o posicionamento de JORGE MIRANDA, para quem a retroactividade somente é possível nos casos em que o conteúdo da lei for mais favorável. *Direitos Fundamentais...* Ob. Cit., p. 346.

De acordo com o entendimento do Tribunal Constitucional, a retroatividade somente é proibida, além das situações expressamente dispostos na Constituição (art. 18, n. 3, art. 29, n. 1 etc), se for provado que no caso concreto ela implica em uma violação do princípio da confiança legítima que as pessoas devem depositar na ordem jurídica<sup>436</sup>. Por conseguinte, a ponderação de interesses que se abstrai do princípio deve ser realizada em ambos os casos de retroatividade, distinguindo-se apenas o peso que se dá às expectativas das pessoas, que serão evidentemente mais merecedoras de tutela quando diante de uma retroatividade própria ou autêntica<sup>437</sup>.

Mas o que vem a configurar uma violação da confiança legítima? Sendo um princípio de difícil delimitação dogmática, a sua densificação encontra amparo na atividade jurisprudencial.

No Acórdão n.º 287/1990, considerado *leading case* quanto a definição do conteúdo da proteção da confiança, o Tribunal esclareceu preliminarmente que “[...] não há, com efeito, um direito à não-frustração de expectativas jurídicas ou a manutenção do regime legal em relações jurídicas duradouras ou relativamente a factos complexos já parcialmente realizados”, assim, caso uma lei afete «expectativas legitimamente fundadas» dos cidadãos, o que resta averiguar é se tal afetação é *inadmissível, arbitrária ou demasiadamente onerosa*<sup>438</sup>.

A inadmissibilidade pode então ser aferida pelos seguintes critérios: a) será a afetação inadmissível *quando constitua uma mutação da ordem jurídica com que, razoavelmente, os destinatários das normas dela constantes não possam contar* – caso em que a afetação será extraordinariamente onerosa – e, *quando não for ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevaletentes (deve recorrer-se, aqui, ao princípio da proporcionalidade, explicitamente consagrado, a propósito dos direitos, liberdades e garantias, no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, desde a 1.ª revisão)* – aqui a onerosidade aferida pelo primeiro critério torna-se excessiva, inadmissível ou intolerável, porque injustificada ou arbitrária.

---

<sup>436</sup> Cfr. MARIA LÚCIA AMARAL. *A forma...* Ob. Cit., p. 182.

<sup>437</sup> Cfr. MARIA LÚCIA AMARAL. «A proteção da confiança», in GOMES, Carla Amado (Org.). *V ENCONTRO DOS PROFESSORES PORTUGUESES DE DIREITO PÚBLICO* (ebook). ICJP, 2012, p. 28-29. Adiciona-se que a limitação conferida pela tutela da confiança quanto as restrições retroativas ou com efeitos retrospectivos no caso de direitos sociais não possuem a mesma força garantística equivalente à que resulta de uma estrita regra de proibição do efeito retroativo das leis que restrinjam direitos, liberdades e garantias. Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS. *Curso...* Ob. Cit., p. 580.

<sup>438</sup> Cfr. Acórdão TC n.º 287/1990.

Foi no Acórdão n.º 128/2009 que o TC de fato clarificou o método para ponderação dos interesses ao fixar quatro pressupostos ou também denominados *testes* que, se preenchidos, resultam no reconhecimento da violação do princípio.

Exige-se assim, cumulativamente: que o Estado, em especial, o legislador, “[...] tenha encetado comportamentos capazes de gerar nos privados «expectativas» de continuidade”; que essas expectativas sejam *legítimas, justificadas e fundadas em boas razões*; devem também os privados ter feito planos de vida com base na perspectiva de continuidade do comportamento estadual e; por fim, “[...] é ainda necessário que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa”<sup>439</sup>.

O último critério é averiguado a partir dos parâmetros do princípio da proporcionalidade<sup>440</sup>, que encontra concretização na ordem constitucional<sup>441</sup> portuguesa, entre outros, nos artigos 18º, n. 2 e 266º, n. 2 e consiste em uma relação de *adequação medida-fim*<sup>442</sup>.

Tal princípio tem sua aplicabilidade geralmente associada à limitação geral da atuação dos poderes públicos, considerando que no campo de restrições de direitos fundamentais opera pela avaliação da correlação entre o bem que se quer proteger ou prosseguir com a medida e o bem jusfundamentalmente protegido que resulta desvantajosamente afetado<sup>443</sup>.

Embora a legitimidade do fim consignado na norma seja pressuposta, essa deve ser analisada sob o crivo dos três critérios instrumentais (ou sub-princípios) nos quais se decompõe a proporcionalidade<sup>444</sup>, quais sejam: a *adequação* ou *idoneidade* – que

---

<sup>439</sup> Cfr. Acórdão TC n.º 128/2009. De acordo com REIS NOVAIS, o Tribunal deve considerar nessa análise as potenciais alternativas que o legislador dispunha para prosseguir o interesse público a fim de verificar se afetação não foi gratuita, desnecessária ou arbitrária da confiança que os particulares depositam na ordem jurídica, havendo uma óbvia associação ao princípio da proibição do excesso. *Os princípios...* Ob. Cit., p. 268.

<sup>440</sup> *Ibidem*, p. 268.

<sup>441</sup> Salienta CARLOS BLANCO DE MORAIS que há quem pretenda retirar o princípio da proporcionalidade como cláusula geral do art. 2 quando enuncia o princípio do Estado de Direito. *Curso...* Ob. Cit., p. 474.

<sup>442</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO. Ob. Cit., p. 270-271.

<sup>443</sup> Cfr. JORGE REIS NOVAIS. *Os princípios...* Ob. Cit., p. 178.

<sup>444</sup> Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS. *Curso...* Ob. Cit., p. 475. Apesar da trilogia *adequação, necessidade e proporcionalidade stricto sensu* representarem a construção clássica do princípio da proporcionalidade oriunda da dogmática e jurisprudência alemã, essa tem sofrido mutação para os diversos arranjos de *tetralogia* que vem sendo desenvolvidos. Cfr. SUZANA TAVARES DA SILVA. *Direitos...* Ob. Cit., p. 50-51. Para a discussão sobre a atualização dos critérios de realização da proporcionalidade a incluir em seu âmbito a razoabilidade ver: SUZANA TAVARES DA SILVA. «O tetralema do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 88, 2012. Destaca-se que,

corresponde a propositura de um meio adequado à sua prossecução –, a *necessidade* ou *exigibilidade*<sup>445</sup> – significa que, entre os meios possíveis, o escolhido *in abstracto* é aquele que melhor satisfaz *in concreto* a realização do fim (*mandato do meio mais benigno*<sup>446</sup>) – e, ainda a *proporcionalidade stricto sensu* da mesma<sup>447</sup>, sendo nesse último quesito identificado por Reis Novais como subprincípio da *proibição do excesso*<sup>448</sup>, pois deve ser questionado se a intervenção é proporcional a carga coactiva da mesma, equivale dizer: se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim<sup>449</sup>, sendo necessário que os meios legais restritivos e os fins obtidos situem-se numa justa medida<sup>450</sup>.

Logo, a proporcionalidade também é convocada na aplicação da tutela da confiança por – como medida constitucional de valor que determina a proibição do excesso – ser adequada para escrutinar se as normas de conteúdo oneroso que ferem retrospectivamente

---

consoante REIS NOVAIS, a razoabilidade surge frequentemente identificada com o *terceiro elemento* (proporcionalidade em sentido estrito) do princípio da proporcionalidade, de modo que uma restrição a um direito fundamental será considerada desproporcional “sempre que a relação apurada entre a gravidade do sacrifício imposto pela restrição e a relevância das razões que a justificam (portanto, a relação entre fim e meio)” é desrazoável. *As restrições...* Ob. Cit., p. 765. Abstrai-se da doutrina de VIEIRA DE ANDRADE que, na fiscalização dos limites substancias das restrições legislativas, os juízes devem utilizar, quanto à proporcionalidade estrita, um critério geral de *defensabilidade*, pelo qual se consideram inconstitucionais apenas as normas *desarrazoáveis*, que constituam uma violação clara do princípio. *Os Direitos...* Ob. Cit., p. 288. Entretanto, há um outro sentido de exigência da *razoabilidade* que não se esgota na relação entre fim e meio, mas orienta-se pela “[...] avaliação da razoabilidade da imposição, dever ou obrigação restritiva da liberdade na exclusiva perspectiva de suas consequências na esfera pessoas daquele que é desvantajosamente afectado pela restrição”. Cfr. JORGE REIS NOVAIS. *As restrições...* Ob. Cit., p. 765. Adianta-se da análise da jurisprudência da crise que a razoabilidade foi elencada, ainda que autonomamente dos demais subprincípios, como fundamento da inconstitucionalidade no Acórdão n.º 413/2014. Por fim, há também quem considere os *legitimate ends* como critério autônomo dos tradicionais: *suitability, necessity, and proportionality in its narrow sense*, ver: MATTHIAS KLATT e MORITZ MEISTER. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 8 e ss.

<sup>445</sup> Afirma TAVARES DA SILVA que, segundo a posição adotada pela jurisprudência, o critério de necessidade tem se tornado inoperativo, vez que é limitado pelo *espaço de livre conformação do legislador* a examinar, como destaca GOMES CANOTILHO (*apud*), “[...] se a regulação legislativa é manifestamente inadequada ou se existe um erro manifesto de apreciação por parte do legislador”. «O tetralemma...». Ob. Cit., p. 7. Entretanto, segundo a autora, não é razoável que o Tribunal deixe de realizar o controle da *necessidade da medida*, apenas porque considera-se como espaço que deve ser deixado à livre conformação do legislador conforme o princípio da legalidade democrática. *Direitos...* Ob. Cit., p. 57. Como se verá mais a frente, durante a jurisprudência da crise, em direção contrária, o TC concede operatividade ao critério da necessidade, ainda que criticada, funcionando inclusive como meio para a censura pela Corte das escolhas políticas.

<sup>446</sup> Cfr. ROBERT ALEXY (*apud* SUZANA TAVARES DA SILVA). *Direitos...* Ob. Cit., p. 53.

<sup>447</sup> Cfr. JORGE MIRANDA. *Direitos Fundamentais...* Ob. Cit., p. 329.

<sup>448</sup> Cfr. JORGE REIS NOVAIS. *Os princípios...* Ob. Cit., p. 178. Nessa razão a proibição do excesso é hoje assumida como princípio de controlo exercido pelos tribunais sobre a adequação dos meios administrativos à prossecução do escopo e ao balanceamento concreto dos direitos ou interesses em conflito. Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO. Ob. Cit., p. 268.

<sup>449</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO. Ob. Cit., p. 270.

<sup>450</sup> Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS. *Curso...* Ob. Cit., p. 478.

legítimas expectativas de continuidade do disfrute de um direito já consituído e definido são adequadas, necessárias e justificadas à luz de um interesse público prevalente<sup>451</sup>.

A sua aplicação no campo legislativo se perfaz com menor intensidade do que a que vincula a Administração ou o poder jurisdicional, pois consoante já afirmou o TC, a determinação da relação entre medida e fim pode envolver *avaliações complexas*, não se podendo deixar de reconhecer ao legislador *uma prerrogativa de avaliação*<sup>452</sup>. Entretanto, é sempre indispensável que o órgão legislativo, diante de várias opções normativas, decida pela que seja menos onerosa ou sacrificial<sup>453</sup>.

Cabendo ao Tribunal no uso do princípio da proteção da confiança realizar, sob fulcro dos critérios acima, um exercício de ponderação, a densificação concreta do princípio se perfaz no caso em análise e conforme os circunstancialismos que envolvem o conflito.

Nesse diapasão, diante das duas formulações que o princípio comporta encontra alcance prático a aceção *fraca*<sup>454</sup>, pela qual a sua aplicação é sensível à realidade concreta, de modo que as expectativas tenham por base a manutenção do contexto. Por conseguinte, quando na ocorrência de uma alteração extraordinária das circunstâncias, a alteração da solução jurídica não ofenderá as expectativas que derivam de uma outra realidade<sup>455</sup>. Portanto, a sua delimitação dependente de uma avaliação *ad hoc* que proceda o justo balanceamento entre os interesses conflitantes e permita concluir qual merece prevalência<sup>456</sup>.

Apesar do princípio em discussão e o princípio da proporcionalidade partilharem a característica de terem operatividade no terreno de contradições entre bens constitucionalmente equivalentes e entre si conflitantes<sup>457</sup> e de serem ambos elevados a parâmetro de censura constitucional das medidas anti-crise, vez que na aplicação da proteção da confiança é pela proporcionalidade que se atesta a onerosidade da medida, enquanto esta se aplica a conflitos entre interesse individual e comunitário *sincrônicos* – que coexistem no tempo –, a proteção da confiança resulta de uma tensão entre a situação jurídica de uma

---

<sup>451</sup> *Ibidem*, p. 486.

<sup>452</sup> Cfr. CATARINA SANTOS BOTELHO. Ob. Cit., p. 463-464. Vide Acórdão n.º 187/2001 citado pela autora.

<sup>453</sup> Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS. *Curso...* Ob. Cit., p. 477.

<sup>454</sup> Pela denominada *formulação forte*, cuja aceitação refuta-se, uma categoria formal que define os fatos é fixa, ou seja, insensível às alterações do contexto. Assim, diante da crise, por exemplo, o princípio favorecerá a manutenção do direito e das soluções jurídicas anteriores à crise. Cfr. ANTONIO MANUEL HESPANHA. Ob. Cit., p. 93-94.

<sup>455</sup> *Ibidem*, p. 93-94.

<sup>456</sup> Cfr. JORGE REIS NOVAIS. *Os princípios...* ob. Cit., p. 264. Vide Acórdão TC n.º 156/1995 referenciado pelo autor.

<sup>457</sup> Cfr. CATARINA SANTOS BOTELHO. Ob. Cit., p. 457.

pessoa definida pelo Direito antigo e a necessidade de a alterar, negativamente, para um Direito novo. Dessa forma, o conflito decorre da contraposição entre *estabilidade* e *previsibilidade* que pautam o Estado de Direito e a *revisibilidade das opções político-legislativas* intrínseca ao princípio democrático<sup>458</sup>.

Tecidas as considerações dogmáticas iniciais acerca dos princípios e institutos jurídicos implicados na problemática, impende agora compaginá-los ao âmbito das soluções legislativas implementadas no cumprimento do PAEF que resultaram na alegação de inconstitucionalidade perante o Tribunal Constitucional, experimentaríamos estas uma nova roupagem?

Verifica-se que no percurso da nomeada *jurisprudência da crise*, os juízes constitucionais não apenas consideraram como relevante fator a *conjuntura fática de grave instabilidade econômica* nas quais as medidas foram implementadas, como essa foi justificativa para que as *expectativas de estabilidade da ordem jurídica* fossem atenuadas<sup>459</sup>. É no mesmo sentido a constatação de Machado e Costa de que, no decurso da emergência econômica, as garantias de *previsibilidade* e *calculabilidade* parecem ter sido desconsideradas e as expectativas legítimas postergadas<sup>460</sup>.

Pela mesma exegese, a despeito da aplicação do princípio da proporcionalidade e tendo em consideração as condicionantes econômico-financeiras e a necessidade de atendê-las no intento de reverter a grave situação de instabilidade, ao interesse público passa a ser atribuído maior peso do que ao interesse geral dos indivíduos quando na ponderação dos mesmos.

Nessa linha, afirma Blanco de Moraes que a jurisprudência nesse período é prolatada à luz de um princípio não explicitado na Constituição, o da *conjuntura econômico-financeira excepcional*<sup>461</sup>.

De início, antes mesmo do PAEF, no Acórdão n.º 399/2010 o Tribunal deparou-se com uma hipótese de *retroatividade inautêntica*<sup>462</sup> em face do agravamento da tributação do rendimento das pessoas singulares (IRS), cuja aplicação recairia aos rendimentos auferidos

---

<sup>458</sup> Cfr. MARIA LÚCIA AMARAL. «A proteção...». Ob. Cit., p. 26-27.

<sup>459</sup> Cfr. MARIA BENEDITA URBANO. «A Jurisprudência...». Ob. Cit., p. 19.

<sup>460</sup> Cfr. JÓNATAS E. M. MACHADO e PAULO NOGUEIRA DA COSTA. Ob. Cit., p. 151.

<sup>461</sup> Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS. *Curso...* Ob. Cit., p. 711.

<sup>462</sup> Tratava o caso de um *imposto de formação sucessiva*, tendo em vista que o facto tributário que a lei nova pretendia regular na sua totalidade não ocorreu completamente ao abrigo da lei antiga, antes se continua formando na vigência da lei nova. Cfr. Acórdão TC n.º 399/2010. Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS. *Curso...* Ob. Cit., p. 712.

durante todo o ano de 2010, ou seja, também em momento anterior ao da entrada em vigor da lei, vez que essa se deu em 16 de Junho de 2010.

Refutada a alegação de violação a proibitiva constitucional quanto a retroatividade fiscal, no artigo 103º, n.º 3, CRP, tendo em voga que consoante o TC essa só alcança a retroatividade autêntica<sup>463</sup>, a averiguação se deu sob a paramétrica conferida pelo princípio da proteção da confiança.

Logo na ponderação do primeiro teste é possível verificar como a situação económico-financeira do país funcionou como fundamento para que o Tribunal entende-se que as expectativas nessas circunstâncias não seriam as mesmas que em tempos de normalidade, vez que não seria possível afirmar que “[...] esta medida fosse algo com que os contribuintes por ela afectados não pudessem razoável e objectivamente esperar, tendo em conta que um dos modos de fazer face à situação económico-financeira do País e, nomeadamente, ao desequilíbrio orçamental, é pela via do aumento da receita fiscal”. Sustentou ainda que as leis foram justificadas por razões de interesse público constitucionalmente tutelado de carácter urgente e premente em um quadro de anúncio das medidas conjuntas de combate ao défice e à dívida pública acumulada, não sendo, portanto, susceptíveis de afetar o princípio da confiança insito no Estado de Direito.

A mesma justificativa foi repristinada no Acórdão n.º 396/2011<sup>464</sup>, no qual, embora admitido que as reduções remuneratórias das pessoas pagas por dinheiros públicos frustram expectativas fundadas, deveria essa ser perspectivada sob o cenário de absoluta excepcionalidade do ponto de vista da gestão financeira dos recursos públicos que Portugal atravessava. E, portanto, esse panorama colocara em dúvida se nele persistiriam “[...] as boas razões que, numa situação de normalidade, levam a atribuir justificadamente consistência e legitimidade às expectativas de intangibilidade de vencimentos”, concluindo que “[...] a frustração das expectativas de manter o nível salarial já adquirido, tinha a justifica-la a necessidade e salvaguarda de interesse público, que deveria ser tido como prevalecente sobre tais expectativas”.

Em momento posterior, o TC afirmou também que o cumprimento dos limites impostos nos memorandos por via das medidas de suspensão do pagamento de remunerações e de pensões revelavam-se como *objetivo de excepcional interesse público*, posto que “é

---

<sup>463</sup> Vide Acórdão TC n.º 128/2009.

<sup>464</sup> Cfr. Acórdão TC n.º 396/2011.

essencial para o Estado Português, no atual contexto de grave emergência, continuar a ter acesso a este financiamento externo” e, não obstante reconhecida a inconstitucionalidade da suspensão dos subsídios de férias e natal, esse interesse público de excepcional relevo foi fundamento para que o Tribunal Constitucional restringisse os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 282º, n.º 4, da Constituição, não os aplicando à essa suspensão relativa ao ano de 2012. (Acórdão n.º 353/2012)<sup>465</sup>.

Também no Acórdão n.º 187/2013, a propósito da continuidade das reduções remuneratórias dos funcionários públicos, frisou: “Como não pode deixar de reconhecer-se a relativização das expectativas que podem legitimamente criar-se em torno da irredutibilidade das remunerações a pagar por verbas públicas, é agora, por força da manutenção da situação de excecionalidade financeira, mais acentuada e evidente”<sup>466</sup>.

No mesmo caso, quando na rejeição do pedido de censura constitucional das alterações legislativas que agravaram a incidência da Contribuição Extraordinária de Solidariedade (CES), apesar de sua natureza reconhecidamente atípica<sup>467</sup>, o TC teve como pressuposto o “[...] condicionalismo que rodeou a implementação da contribuição extraordinária de solidariedade” para considerar que “[...] as expectativas de estabilidade da ordem jurídica surgem mais atenuadas”.

O argumento da crise inscrito no *juízo* do TC como fator atenuante da legitimidade de expectativas também serviu para relativizar essas em relação aos salários e a generalidade das prestações sociais que nunca diminuem ou encolham, ou de que impostos nunca se agravem<sup>468</sup>.

Nessa linha, adverte Manuel Hespanha que tem prevalecido desde 2011 um entendimento mais restrito do conceito de direitos adquiridos em face de uma diferente avaliação da situação de fato, segundo o qual, a crise como fato extraordinário suspende o direito ordinário e abre um período de exceção, não sendo exagero para o autor afirmar que neste resta cancelada *a salvaguarda dos direitos adquiridos*<sup>469</sup>.

---

<sup>465</sup> Cfr. Acórdão TC n.º 353/2012. A exceção financeira também serviu de fundamento para a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Acórdão TC n.º 413/2014 em relação às reduções remuneratórias.

<sup>466</sup> Cfr. Acórdão TC n.º 187/2013.

<sup>467</sup> Cfr. JOÃO CARLOS LOUREIRO. «Cortes...». Ob. Cit., p. 192. Cfr. MARIA BENEDITA URBANO. «A Jurisprudência...». Ob. Cit., p. 19.

<sup>468</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>469</sup> Cfr. ANTÓNIO MANUEL HESPANHA. Ob. Cit., p. 80.

Verifica-se nesse diapasão que a tese tradicional e anteriormente à jurisprudência da crise seguida, pela qual “[...] as intervenções ablativas em termos de montante das pensões só se poderiam fazer para as que viessem a ser atribuídas, não para aquelas que já estavam em pagamento”, foi substituída durante o quadro da emergência econômica pela possibilidade das alterações do montante compreenderem as pensões que já estavam em pagamento<sup>470</sup>.

No Acórdão n.º 862/2013, embora reconhecida a tutela mais reforçada dos titulares dos *direitos adquiridos*, pois como no caso sob *in judice*, “[...] o direito à pensão em pagamento foi sempre salvaguardado, criando o Estado expectativas de que [...] não seriam afetados”, essas não corresponderiam, todavia, a uma absolutização da intangibilidade das pensões, na medida em que não há “[...] regras constitucionais impeditivas de leis retrospectivas que imponham a redução do «quantum» de pensões já reconhecidas [...] tendo em consideração a evolução das circunstâncias económicas ou sociais”.

Do mesmo modo, a recusa de um alegado direito a determinado *quantum* remuneratório, ou ainda, *direito fundamental à não redução do salário*, se retira do Acórdão n.º 396/2011, no qual restou afirmado: “Não pode, assim, entender-se que a intocabilidade salarial é uma dimensão garantística contida no âmbito de protecção do direito à retribuição do trabalho ou que uma redução do *quantum* remuneratório traduza uma afectação ou restrição desse direito”.

Sobre medida similar de redução remuneratória, mas em momento posterior, o TC reforçou não haver razões para afastar o entendimento “[...] quanto à não atribuição de estatuto jusfundamental ao direito à irredutibilidade de prestação” e, sobretudo, “[...] como não pode deixar de reconhecer-se a relativização das expectativas que podem legitimamente criar-se em torno da irredutibilidade das remunerações a pagar por verbas públicas, é agora, por força da manutenção da situação de excecionalidade financeira, mais acentuada e evidente” (Acórdão n.º 187/2013).

Não obstante os direitos adquiridos tenham perdido sua força durante a crise econômica e a permanência de condicionantes externas, subsistiu a necessidade da preservação do conteúdo mínimo de direitos e o mínimo material de subsistência imposto pela dignidade da pessoa humana<sup>471</sup>. Dessa forma, a preservação de um *mínimo social*

---

<sup>470</sup> Cfr. JOÃO CARLOS LOUREIRO. «Cortes...». Ob. Cit., p. 196-197.

<sup>471</sup> Cfr. JORGE MIRANDA. «Estado...». Ob. Cit., p. 267-268.

constituiu um dos eixos que orientou as decisões do Tribunal Constitucional no período da crise<sup>472</sup>. Foi frisado, nessa linha, no Acórdão n.º 396/2011 que, *uma vez garantido um mínimo* não se pode dizer que a irredutibilidade do salário seja uma exigência da dignidade da pessoa humana ou que se imponha como um bem primário ou essencial, além disso, também afastou a alegação pois não estava em causa “[...] a afectação do direito a um mínimo salarial”.

Tal concepção consta igualmente no Acórdão n.º 187/2013, donde descortina-se que “[...] o núcleo essencial da garantia de existência condigna [...] tem sido perspectivado [...] por referência ao valor do salário mínimo nacional”. E por tal valor ter sido concebido como o *mínimo dos mínimos* “[...] não pode ser, de todo em todo, reduzido, qualquer que seja o motivo”.

Destacou ainda que “[...] o legislador não está proibido de alterar a forma como materializa o direito à pensão, [...] estando embora proibido de eliminar o instituto pensão de reforma, aposentação, invalidez e sobrevivência ou, ainda, o seu conteúdo essencial” (Acórdão n.º 862/2013).

Conquanto o contexto da crise possa servir para justificar diversas mudanças nos paradigmas tradicionais, como é o caso do princípio da proteção da confiança que deixa de tutelar na mesma intensidade as expectativas, deve, de acordo com Manuel Hespánha, “[...] ser salvaguardado o mínimo exigido pelos direitos fundamentais, não tanto porque a crise também não os ponha em causa, mas apenas porque o direito positivo não os pode sacrificar”<sup>473</sup>, funcionando como um verdadeiro limite inderrogável.

Outrossim, subsiste a aplicabilidade do princípio às situações de irremediabilidade em que ficam os destinatários das soluções legislativas adotadas com o desiderato de redução da despesa pública.

No mesmo sentido em que o estado de exceção tradicional exige a transitoriedade das soluções adotadas contra uma emergência, também no direito da crise econômica impera-se como necessária a observância desse preceito, sempre no objetivo de raiz temerosa de evitar que a confusão entre regra e exceção se concretizem<sup>474</sup>.

---

<sup>472</sup> Cfr. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ. Ob. Cit., p. 86.

<sup>473</sup> Cfr. ANTÓNIO MANUEL HESPANHA. Ob. Cit., p. 97.

<sup>474</sup> Nesse sentido, salienta ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ que “[...] a índole excepcional das medidas justificou uma análise diferenciada, porquanto aquelas visam apenas responder, com brevidade, uma situação conjuntural, e constituirão objeto de correção, com urgência, para padrões de normalidade”. Ob. Cit., p. 97.

Desse modo, o TC elencou como questão primeira de carácter relevante para aferição da constitucionalidade a análise se as mesmas operariam a título definitivo ou apenas transitório<sup>475</sup>, ou seja, se cessariam quando os indicadores económicos apontassem para uma saída da grave crise económico-financeira<sup>476</sup>.

Ainda a despeito do Acórdão n.º 396/2011, consoante o TC, distintamente de julgamentos anteriormente proferidos – ao que menciona os Acórdãos n.s.º 303/90 e 141/2002 que também trataram da temática de intangibilidade salarial e nos quais foi reconhecida a violação da proteção da confiança por não ser constatado “[...] qualquer indicação sobre a existência de motivos ligados à prossecução ou salvaguarda de interesses (designadamente económicos ou financeiros)” prevaletentes às expectativas dos cidadãos quanto a continuidade de um “«direito» subjectivado a um quantitativo” –, no caso em tela, o *interesse público a salvaguardar*, não só se encontrava perfeitamente indicado na LOE de 2011 que previa a medida, como revestia-se de *importância fulcral e carácter de premência*, devendo lhe ser atribuída prevalência e, ainda que não se ignorasse a intensidade do sacrifício causado às esferas particulares atingidas pela redução de vencimentos, as medidas continham-se *dentro de limites do sacrifício*, pois salvaguardados pela *transitoriedade*.

Foi no mesmo sentido que, confrontado no Acórdão n.º 862/2013 com uma alteração legislativa em prol a *convergência das pensões* (com efeito prático de reduzir o valor de pensões em pagamento), ao compreender que a medida não se revestia de importante peso para “[...] efeitos da prossecução dos interesses públicos da sustentabilidade, do equilíbrio intergeracional e da convergência dos regimes de proteção social, já que esses reclamam reformas sustentáveis e duradouras no tempo e não medidas abruptas”<sup>477</sup>, mas que pelo contrário, traduzia *uma medida conjuntural para resolução de problemas imediatos de equilíbrio e consolidação orçamental*, quando na ponderação entre os direitos e expectativas

---

<sup>475</sup> Conclui o TC (Acórdão TC n.º 396/2011): “Estando estas medidas instrumentalmente vinculadas à consecução de fins de redução de despesa pública e de correcção de um excessivo desequilíbrio orçamental, de acordo com um programa temporalmente delimitado, é de atribuir-lhes idêntica natureza temporária, nada autorizando, no presente, a considerar que elas se destinam a vigorar para sempre”. Salienta JOÃO CARLOS LOUREIRO que, embora a jurisprudência da crise pareça ter adotado uma posição pela qual, o corte de pensões que já estavam em andamento só poderia se dar a título transitório e excepcional, com o Acórdão TC n.º 862/2013 reconheceu a sua possibilidade a título permanente, dependendo a sua admissibilidade de uma reforma *estrutural, global, gradual e visando garantir a sustentabilidade do sistema público de pensões, a igualdade proporcional e a solidariedade entre gerações*. «Cortes...». Ob. Cit., p. 197-200.

<sup>476</sup> Cfr. CATARINA SANTOS BOTELHO. Ob. Cit., p. 465.

<sup>477</sup> De acordo com PAULO MOTA PINTO, o TC inseriu nesse Acórdão a necessidade de que as alterações legislativas estruturais devem conter uma implementação graduada, ou seja, deve ser criado um instituto transitório com as condições serem seguidas. «A proteção da confiança na “Jurisprudência da Crise”», in *O Tribunal Constitucional e Crise*. Ensaios Críticos. Almedina: Coimbra, 2014, p. 133 ess.

de pensionistas e as necessidades de imposição de sacrifícios financeiros, o TC entendeu que diferente do que ocorrerá em outras situações nas quais, entre outros fundamentos, em “face à excecionalidade do interesse público em causa e o *caráter transitório* (grifo nosso) da medida, pode ainda entender-se, [...] não constitui uma ofensa desproporcionada à tutela da confiança” (vide: Acórdão n.º 187/2013), a medida ora em análise *não era temporária, mas antes de duração indefinida*.

A força com que a exigência de cotejo provisório das medidas de austeridade exerceu é visualizada também nas últimas decisões que constituem a denominada jurisprudência da crise. Cita-se o Acórdão n.º 574/2014, onde, frisado que a justificação do sacrifício adicional dos trabalhadores pagos pelas verbas públicas é condicionada ao “[...] caráter transitório da imposição do sacrifício”, foi feita a distinção entre as reduções remuneratórias que atingem os trabalhadores pagos por verbas públicas operadas em 2014 e 2015<sup>478</sup> e as aplicáveis ao triénio 2016/2018 que, de acordo com a Corte, não representavam uma intervenção legislativa de índole conjuntural e de resposta à situação de emergência, mas tratavam da possibilidade de subsistência, por mais três anos, de uma redução remuneratória que pode ser igual a 80% daquela que vem vigorando desde 2011, e, que, portanto, “[...] ultrapassa os limites do sacrifício adicional exigível aos trabalhadores pagos por verbas públicas”<sup>479</sup>.

A não-definitivamente, conjuntamente com o argumento da emergência financeira e de que a medida não era desproporcional, também integrou o entendimento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) a despeito das Queixas n. 62235/12 (*Augusto da Conceição Mateus v. Portugal*) e n. 57725/12 (*Lino Jesus Santos Januário v. Portugal*), onde decidiu que o corte dos subsídios de férias e natal – embora declarados inconstitucionais no Acórdão n.º 353/2012 ocorreram durante o exercício fiscal de 2012 em virtude da modulação dos efeitos da decisão – não violavam o *direito à propriedade* (Art. 1 do Protocolo n. 1, da CEDH)<sup>480</sup>.

O Tribunal de Estrasburgo sublinhou ainda, que *a wide margin of appreciation is usually allowed to the State under the Convention when it comes to general measures of*

---

<sup>478</sup> Pois segundo o TC, ainda que encerrado o PAEF no ano de 2014, diante da “pendência de um procedimento por défice excessivo que se segue a um período de assistência económica e financeira, ainda configura quadro especialmente exigente, de excecionalidade, capaz de subtrair a imposição de reduções remuneratórias nesse ano à censura do princípio da igualdade”. Cfr. Acórdão TC n.º 574/2014.

<sup>479</sup> Cfr. Acórdão TC n.º 574/2014.

<sup>480</sup> Cfr. Queixas n.ºs. 62235/12 e 57725/12.

*economic or social policy*, posto a melhor posição das autoridades nacionais quanto a avaliação do que é interesse público por razões sociais ou econômicas e, portanto, o TEDH respeita a política escolhida pelo legislador a menos que seja *manifestly without reasonable foundation*, sendo essa margem ainda mais ampla quanto à afetação de recursos estatais limitados.

Diante desses aspectos da jurisprudência da crise analisados como possíveis parâmetros e limites jurídicos da crise econômica que é pertinente a constatação de Manuel Hespanha, segundo o qual, os requisitos substanciais do estado de exceção estavam presentes no *espírito dos juízes*, vez que estes frisaram elementos, tais quais: o caráter temporário da suspensão de direitos, a ressalva a certos direitos *fundamentalíssimos*, a proporcionalidade das medidas, além de se referirem a ocorrência *de algo tão perturbador da vida da comunidade* se assemelhando às circunstâncias do n. 2 do artigo 19º da Constituição, o que traduziu a presença *muda* de um estado de exceção doutrinal<sup>481</sup>.

#### 2.1.4. *Novos contributos da jurisprudência portuguesa da crise*

Embora integre o núcleo dos princípios estruturantes do Estado de Direito base para a aferição da constitucionalidade de normas e, sobretudo, tenha figurado como parâmetro central durante a jurisprudência da crise na maioria dos casos em que fora declarada a inconstitucionalidade dos preceitos, a perspetivação da igualdade foi nesse panorama deixada para o presente tópico, pois no que toca a este princípio em particular parece derivar da sua interpretação verdadeiros contributos jurídicos para um *direito de crise econômico-financeira* de caráter limitativo à atuação estatal em face da emergência.

O princípio da igualdade, cuja previsão expressa remete ao artigo 13º da CRP, não só impõe o tratamento igual perante a lei como decorrência de sua aceção formal, mas também proíbe a discriminação materialmente infundada ao mesmo tempo que determina o tratamento desigual aos desiguais como garantia de sua vertente material<sup>482</sup>. Da interpretação jurisprudencial que tem sido feita do dispositivo, o princípio abrange três dimensões, designadamente: a proibição do arbítrio, a proibição da discriminação e a obrigação de diferenciação<sup>483</sup>.

---

<sup>481</sup> Cfr. ANTÓNIO MANUEL HESPANHA. Ob. Cit., p. 61.

<sup>482</sup> Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS. *Curso...* Ob. Cit., p. 490-491.

<sup>483</sup> Cfr. FERNANDO ALVES CORREIA. Ob. Cit., p. 58.

Outra manifestação reconhecida é a denominada igualdade perante os encargos públicos, consubstanciada na ideia de que “os encargos públicos (impostos, restrições ao direito de propriedade) devem ser repartidos de forma igual pelos cidadãos”<sup>484</sup> com igual capacidade contributiva, não sendo admitido que “certos grupos de cidadãos sejam especialmente beneficiados ou sacrificados no contributo para a satisfação das necessidades financeiras do Estado ou no esforço patrimonial indispensável à prossecução de certo interesse público”<sup>485</sup>.

Decorrente do carácter de cláusula aberta do artigo 13º, n. da CRP<sup>486</sup> e em razão de ser a igualdade um princípio *aberto, controverso* e de *compreensão não tão linear*<sup>487</sup>, é necessária a sua flexibilidade em relação às novas e discutíveis utilizações, uma vez também que “[...] comporta manifestações diversas consoante os sectores e os interesses em presença e sofre as refrações decorrentes do ambiente de cada país e de cada época”<sup>488</sup>.

Vale salientar que como reacção a posturas excessivas de identificação entre *medida de igualdade e intensidade do seu controlo na ideia de proibição do arbítrio*, foram desenvolvidas propostas no sentido de evidenciar que o conteúdo das normas constitucionais não equivale ao alcance do controle constitucional, de modo que a responsabilidade pela Constituição também recaia ao legislador<sup>489</sup>.

Assim, o princípio funciona como um limite objetivo à discricionariedade legislativa que, apesar de não importar numa vedação à lei de realizar distinções, proíbe-lhe as distinções *discriminatórias* sem qualquer fundamento razoável<sup>490</sup>.

No que concerne a sua aplicação pela jurisprudência constitucional, essa deve ser sempre criticamente avaliada e testada, porque *uma coisa é reconhecer que todas as entidades públicas estão directamente vinculadas à observância dos comandos constitucionais de igualdade e outra é determinar até onde pode o juiz, designadamente o juiz constitucional, ir no controlo dessa observância*<sup>491</sup>.

---

<sup>484</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO. Ob. Cit., p. 431.

<sup>485</sup> Cfr. JÓNATAS M. MACHADO e PAULO NOGUEIRA DA COSTA. Ob. Cit., p. 154.

<sup>486</sup> Cfr. JORGE MIRANDA. *Direitos Fundamentais...* Ob. Cit., p. 302.

<sup>487</sup> Cfr. JORGE REIS NOVAIS. *Os princípios...* Ob. Cit., p. 102.

<sup>488</sup> Cfr. JORGE MIRANDA. *Direitos Fundamentais...* Ob. Cit., p. 293.

<sup>489</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. «Medida e intensidade do controle da igualdade na jurisprudência», in COUTINHO, Luis Pereira; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. *O Tribunal Constitucional e a Crise*. Ensaios Críticos. Coimbra: Almedina, 2014, p. 118.

<sup>490</sup> Cfr. CATARINA SANTOS BOTELHO. Ob. Cit., p. 471.

<sup>491</sup> Cfr. JORGE REIS NOVAIS. *Os princípios...* Ob. Cit., p. 102.

Tal alerta decorre do fato da igualdade comportar níveis de concretização de profundidade diversa conforme os interesses em jogo, a existência de categorias suspeitas, a gravidade do tratamento desigual ou o grau e intensidade da afetação dos direitos fundamentais<sup>492</sup>, bem como, pelas mesmas variantes, tal princípio pode ensejar níveis de intensidade diferenciada de controle<sup>493</sup>.

Essa intensidade de controle para *maior* ou *menor* também é dependente das peculiaridades dos processos de fiscalização de constitucionalidade de cada país e da relação entre legislador e juiz constitucional que determina: a margem de conformação legislativa, os limites de escrutínio do juiz constitucional, as normas de distribuição de competências num quadro de separação de poderes e de diferentes responsabilidades e capacidades institucionais, bem como o grau de *self-restraint* que o tribunal deve observar na sua atividade de controle<sup>494</sup>.

Compreende-se, nesse campo, que um controle de *menor intensidade* é geralmente exigido quando for aplicada a versão fraca do princípio pelo legislador, pelo qual a igualdade reduz-se a proibição do arbítrio e, assim, opera um *controle de evidência* que pretende unicamente garantir que haja uma razão para a diferenciação e que essa razão não seja arbitrária, isto é, constitua motivação objetiva<sup>495</sup>. Já uma fiscalização de *maior intensidade* é característica na aplicação da versão forte da igualdade<sup>496</sup> – quando, por exemplo, a medida diz respeito às *categorias suspeitas*, como as identificadas no art. 13, n. 2 da CRP<sup>497</sup> – que

---

<sup>492</sup> *Ibidem*, p. 115.

<sup>493</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO e LUÍS PEREIRA COUTINHO. «A «Igualdade Proporcional», novo modelo de controlo do Princípio da Igualdade? Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n. 187/2013», in *Revista de Direito e Política*, n. 4, 2013, p. 185.

<sup>494</sup> Cfr. VITALINO CANAS. «Constituição *prima facie*: igualdade, proporcionalidade, confiança (aplicados ao “corte” de pensões)», in *E-PÚBLICA - REVISTA ELECTRÓNICA DE DIREITO PÚBLICO*, vol. 1, 2014, p. 25.

<sup>495</sup> *Ibidem*, p. 13-14. Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO e LUÍS PEREIRA COUTINHO. Ob. Cit., p. 185. É importante frisar que a fórmula da proibição do arbítrio não é concebida “[...] como um critério definidor do conteúdo do princípio da igualdade, mas antes como um critério de densidade de controlo judicial a que o Tribunal se autovincula face à legitimidade de que goza o legislador democrático”. Cfr. RAVI AFONSO PEREIRA. «Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público», in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 98, 2013, p. 320.

<sup>496</sup> Salienta VITALINO CANAS que não há identificação entre as versões do princípio e a correspondente intensidade do controlo, pois podem haver situações, por exemplo, em que o legislador aplicou a versão forte da igualdade e essa seja sujeita a um controle de média ou baixa intensidade pelo juiz constitucional e vice-versa. Ob. Cit., p. 24.

<sup>497</sup> Cumpre mencionar que, de acordo com MARIA LÚCIA AMARAL, o elenco das características pessoais fixadas nesse dispositivo, assim como no art. 14 da Constituição espanhola e artigo 3º da Constituição italiana, “[...] tem uma utilidade heurística de *indiciar* a existência, na lei que diferencie em função destas mesmas características, de uma *não-razão*, ou de uma diferença à partida inadmissível porque só fundada num pré-juízo do legislador”, dessa forma, cabe ao juiz constitucional, perante o *indício*, escrutinar se terá a lei outro fundamento. Já quando o indício não ocorra, o escrutínio do juiz quanto à existência de razões que justifiquem

envolve uma *nova fórmula* impositiva da proibição de tratamento desigual sem um fundamento objetivo ponderoso que será avaliado segundo o princípio da proporcionalidade<sup>498</sup>.

Por essa *versão forte*<sup>499</sup>, da qual abstrai-se a ideia de *proibição de desequilíbrio*, não basta que a diferenciação seja racional, razoável ou não arbitrária, mas deve ser efetuada uma operação de *ponderação multipolar cruzada*, em que contrapesa-se “(i) a espécie, profundidade, extensão e significado do tratamento desigual sofrido por um dos grupos componentes do par comparativo em relação ao outro, (ii) as razões justificativas da diferenciação, (iii) as razões que implicariam uma não diferenciação, ou uma diferenciação diferente, e (iv) a intensidade da relação de tudo isso com o contexto normativo e factual que dá sentido à decisão do legislador e com o fim da norma”. Caso conclua-se dessa ponderação que “o peso das razões da diferenciação (peso essencialmente dependente da sua relação com o contexto e o fim da norma) não é superior ao valor atribuído à profundidade, extensão e significado do tratamento diferente sofrido, a norma legislativa diferenciadora claudicará”<sup>500</sup>.

Dessa relação pode-se afirmar que exigência de equilíbrio no tratamento desigual, de modo que se articule o princípio da igualdade e proporcionalidade, apenas se justificaria nos casos de tratamento desigual de intensidade mais forte, isto é, para aqueles casos em que não é suficiente a compreensão do princípio da igualdade como simples proibição do arbítrio<sup>501</sup>.

---

as diferenciar pode e deve ser um escrutínio menos severo. «O princípio da igualdade na Constituição Portuguesa», in MIRANDA, Jorge. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando M. Guedes*. Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 42.

<sup>498</sup> Cfr. Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO e LUÍS PEREIRA COUTINHO. Ob. Cit., p. 185. A invocação da necessidade de intensificar o controle nos termos da *nova fórmula*, eventualmente associando ao controle do princípio da igualdade às exigências de proporcionalidade, corresponde “[...] à atitude que seria de esperar num contexto em que essas exigências se impõem não apenas às leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, mas também a quaisquer outros actos do poder público”. *Ibidem*, p. 122. Vide: Acórdãos TC n.ºs 187/2001 e 491/2002 – que remetem a diferenciação da intensidade do controle no âmbito do princípio da proporcionalidade – citados pelos autores.

<sup>499</sup> A adoção da versão forte, através da «neue Formel», se deu pela primeira vez em 1980 no Tribunal Constitucional Alemão, que além da proibição geral do arbítrio, considerou que “há uma violação do princípio geral da igualdade quando um grupo de destinatários da norma é tratado diferentemente em comparação com outro grupo de destinatários, apesar de não haver entre os dois diferenças cuja espécie e peso possa justificar o tratamento desigual”. Cfr. VITALINO CANAS. Ob. Cit., p. 18.

<sup>500</sup> *Ibidem*, p. 18-22.

<sup>501</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO e LUÍS PEREIRA COUTINHO. Ob. Cit., p. 185. O reconhecimento de que possa haver violação do princípio da igualdade para além das situações de arbítrio legislativo foi reconhecida pelo TC na década de 90 no Acórdão n.º 330/93. Cfr. RAVI AFONSO PEREIRA. Ob. Cit., p. 322.

Em linha similar, Reis Novais afirma que a cláusula de igualdade exige que a diferenciação passe pelo *teste de proibição do excesso*, pelo qual o julgador acaba fundamentando suas decisões em ponderações de interesses em confronto no caso concreto<sup>502</sup>.

É diante dessa vertente ponderativa da igualdade que esta, apesar de não se reconduzir a proporcionalidade, com esta se co-relaciona, pois consoante Jorge Miranda, a partir das noções de *sem arbítrio*, devida adequação, além do respeito às situações relativamente iguais ou desiguais, a aplicação do princípio requer um *tratamento em moldes de proporcionalidade*<sup>503</sup>.

Essa semelhança não significa que os princípios da proporcionalidade e igualdade suscitem *ponderações sobre a mesma coisa ou com a mesma estrutura*, pois enquanto pelo primeiro a ponderação opera frente a colisão entre bens, interesses e valores, no escrutínio da igualdade contrapesa-se a *espécie, intensidade e extensão da diferenciação* com as *razões da diferenciação*<sup>504</sup>.

Não é recente a articulação entre os princípios citados no âmbito dos Acórdãos do Tribunal Constitucional<sup>505</sup>. Nestes, todavia, é possível verificar que, da interpretação jurisprudencial desse *diálogo* é extraída uma exigência de adequação de *medida-fim* derivada do princípio da proporcionalidade. Senão vejamos: “Se igualdade não corresponde a uniformidade, [...] ela constitui um limite impostergável da própria medida de discriminação consentida, exigindo que haja uma razoável relação de adequação e proporcionalidade entre os fins prosseguidos pela norma e a concreta discriminação por ela introduzida” (Acórdão n.º 806/93). Também no Acórdão n.º 184/2008: “[...] o juiz só deve proferir juízos de inconstitucionalidade em caso de inexistência de qualquer relação entre o fim prosseguido pela lei e as diferenças de regimes que, por causa desse fim, a própria lei estatui, isto é, em caso de ausência de qualquer elo de adequação objectiva e racionalmente comprovável entre a *ratio* das escolhas legislativas e as diferenças estabelecidas pelo legislador”.

---

<sup>502</sup> Cfr. JORGE REIS NOVAIS. *Os princípios...* Ob. Cit., p. 114-115.

<sup>503</sup> Cfr. JORGE MIRANDA. *Direitos Fundamentais...* Ob. Cit., p. 303 e 306. O autor ainda cita o posicionamento de FERNANDO ALVES CORREIA, para quem a proporcionalidade constitui um dos elementos do conceito da igualdade, bem como limite. *Ibidem*, p. 309.

<sup>504</sup> Cfr. VITALINO CANAS. Ob. Cit., p. 23.

<sup>505</sup> Cfr. Acórdão TC n.º 806/93. Também no Acórdão TC n.º 367/99: “[...] aferir da igualdade/desigualdade entre duas situações não passa apenas pela sua consideração isolada, antes é, sobretudo, um trabalho de ponderação dos valores que estão subjacentes à disciplina legal de cada uma delas e da sua harmonização. A igualdade desejada pela Constituição é, assim, uma igualdade proporcional e não uma igualdade matemática”. Cfr. Acórdão TC n.º 184/2008.

Importa mencionar que essa relação *medida-fim* retirada do conteúdo dogmático da igualdade varia conforme o *fim* pretendido pela solução legislativa diferenciadora, que pode ser *interno* – quando a medida visa a *justiça* ou o estabelecimento da *igualdade jurídica ou material* – ou *externo*, nos casos em que o fim tem natureza política, econômica, financeira etc, e, portanto, a razão justificadora da diferenciação não corresponde à finalidade da norma<sup>506</sup>.

A partir dessa distinção é possível aferir que somente quando a medida tenha um *objetivo interno*, ou seja, vinculado à própria estrutura do princípio da igualdade, é que o apuramento do cumprimento do princípio exige que para além do arbitrário, seja apreciado se a diferenciação é *adequada* – como segmento da proporcionalidade – para prosseguir o fim desejado<sup>507</sup>. Por equivalente, quando o fim é externo, a relação *medida-fim* opera-se na aceção *inautêntica*, pela qual “não se impõe que a solução legislativa em apreciação seja o meio capaz de causar os efeitos visados, exige-se apenas que tenha qualquer relação com eles”, não havendo espaço para a *adequação* como componente estrutural da igualdade<sup>508</sup>.

Salienta-se que mesmo quando o TC fez uso do termo *igualdade proporcional* em sua jurisprudência anterior, consoante Nogueira de Brito, esse não procurou definir um campo de aplicação de controle mais intenso ensejado pela aplicação do princípio da igualdade abarcando na sua estrutura as exigências da proporcionalidade<sup>509</sup>.

Foi, entretanto, nos Acórdãos da crise que a articulação entre os princípios se densificou, ou melhor, foi intensificada, com um certo protagonismo da cláusula de igualdade na dimensão *igualdade-proporcional*, cuja mecânica aplicativa remodelada funcionou como novo parâmetro limitativo ao legislador.

Figura-se como preliminar à apreciação acima ressaltar que o Tribunal Constitucional admitiu, consoante Blanco de Moraes, a existência de uma *desigualdade legítima* entre trabalhadores do setor público e do setor privado na repartição de sacrifícios tendentes ao equilíbrio orçamental<sup>510</sup> imposta pela situação excepcional de crise financeira.

---

<sup>506</sup> Cfr. VITALINO CANAS. Ob. Cit., p. 11.

<sup>507</sup> Trata-se de uma relação *meio-fim autêntica*, pela qual, a solução legislativa em apreciação constitui o meio capaz de causar os efeitos que constituem fim do ato. *Ibidem*, p. 16.

<sup>508</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>509</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. «Medida...». Ob. Cit., p. 124. Vide: Acórdão n.º 39/88 citado pelo autor. De forma congruente, afirma RAVI AFONSO PREIRA que não se pode afirmar que quando o TC fez uso articulado dos princípios da igualdade e proporcionalidade, ele rigorosamente estivesse a transpor para o juízo relativo ao princípio da igualdade as exigências decorrentes do princípio da proporcionalidade em sede de dogmática geral dos direitos fundamentais, mas sim uma *exigência de equilíbrio*. Ob. Cit., p. 324.

<sup>510</sup> Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS. *Curso...* Ob. Cit., p. 714.

Em face da medida de redução remuneratória somente ter abarcado os trabalhadores da Administração Pública, o Tribunal (Acórdão n.º 396/2011), apesar de reconhecer que “[...] com as medidas [...] a repartição dos sacrifícios impostos pela situação excepcional de crise financeira não se faz de igual forma entre todos os cidadãos com igual capacidade contributiva” e que “há um esforço adicional em benefício de todos, em prol da comunidade, que é pedido exclusivamente aos servidores públicos”, afirmou “O princípio constitucional da igualdade perante os encargos públicos não pode, pois, ser automaticamente transposto, sem mais, para este campo problemático”, vez que, “[...] quando se trata de apreciar a constitucionalidade de medidas estaduais que visam a contenção do défice orçamental dentro de determinados limites”, não opera como *princípio impositivo do sistema fiscal* apto a interferir na margem livre de opções do legislador acerca das soluções disponíveis a propósito da consolidação orçamental e determinar que “[...] a correcção dos desequilíbrios orçamentais tem necessariamente que ser levada a cabo por via tributária, pelo aumento da carga fiscal, em detrimento de medidas de redução remuneratória”.

Ademais, em vista ao fim do *contexto vigente de reduzir o peso da despesa do Estado, com a finalidade de reequilíbrio orçamental*, entendeu que “[...] quem recebe por verbas públicas não está em posição de igualdade com os restantes cidadãos, pelo que o sacrifício adicional que é exigido a essa categoria de pessoas – vinculada que ela está, é oportuno lembrá-lo, à prossecução do interesse público – não consubstancia um tratamento injustificadamente desigual”.

Fica claro que a atribuição do conteúdo-jurídico do princípio na dimensão *igualdade perante os encargos públicos* operou-se de forma congruente ao princípio democrático, na medida em que o Tribunal claramente reconheceu que não lhe caberia intrometer no debate político. Além disso, teve em consideração a conjuntura excepcional enfrentada para limitar seu papel a “[...] ajuizar se as soluções impugnadas são arbitrárias, por sobrecarregarem gratuita e injustificadamente uma certa categoria de cidadãos” e para justificar uma *desigualdade perante os encargos públicos*<sup>511</sup>.

Pelas fundamentos do Acórdão, de início, resta aparente que o TC aplicou a versão fraca do princípio da igualdade, uma vez atestada que a diferenciação a que estavam sujeitos

---

<sup>511</sup> Acerca dessa interpretação insta mencionar a crítica tecida por JÓNATAS M. MACHADO e PAULO NOGUEIRA DA COSTA “[...] outros critérios de tratamento diferenciado dos cidadãos em matéria fiscal, como por exemplo, o que atenda ao facto de os mesmos exercerem funções do sector público ou no sector privado, ou de pertencerem a uma a outra classe profissional, são critérios ilegítimos e inadmissíveis à luz do princípio constitucional da igualdade”. Ob. Cit., p. 154.

os remunerados por verbas públicas não era arbitrária, mas racionalmente justificada pelo fim prosseguido de diminuição imediata e instantânea da despesa pública, sem que, entretanto, fosse realizada uma análise acerca da diferenciação entre vários grupos de trabalhadores ser *adequada* para aproximar ou promover o objetivo de diminuição da despesa pública.

Entretanto, salienta Ravi Afonso Pereira, que quando a Corte, na rejeição de inconstitucionalidade, considerou “Não havendo razões de evidência em sentido contrário, e dentro de “limites do sacrificio”, que a transitoriedade e os montantes das reduções ainda salvaguardam”, ainda que sem mencionar expressamente, demonstrou ter realizado a articulação igualdade-proporcionalidade, pois, ao final, “[...] o acórdão acrescentou que a desigualdade de tratamento não pode ser *excessiva*”<sup>512</sup>.

Apesar da menção na decisão proferida em 2011, a densificação da fórmula da *igualdade proporcional* que consagra o *contributo* a que foi feita alusão de início, é extraída do Acórdão n.º 353/2012. Neste, a decisão do Tribunal teve relevo não pelos efeitos diretos – que não foram nenhuns –, mas porque sinalizou “[...] os critérios que adotaria futuramente no escrutínio de medidas idênticas em próximos exercícios orçamentais” e porque foi conferido à fórmula citada, já utilizado em ocasiões anteriores, uma *autonomia como parâmetro*<sup>513</sup> que acresce as exigências da proporcionalidade no controle do princípio da igualdade, remodelando, portanto, sua compreensão<sup>514</sup>.

A partir da fundamentação da decisão, o Tribunal parece ter enveredado para a aplicação da versão forte do princípio da igualdade, sendo verificado, com maior ou menor clareza, de acordo com Vitalino Canas, os *ingredientes fundamentais* dessa versão, dentre os quais cita-se: a avaliação comparativa da diferença do grau de sacrificio para aqueles que são atingidos pela norma e para os que não o são<sup>515</sup>; a distinção conceitual entre *razões da diferenciação* e o *fim* da norma; e a avaliação do contexto que dá sentido à finalidade prosseguida pelo legislador (emergência financeira)<sup>516</sup>.

---

<sup>512</sup> Cfr. RAVI AFONSO PEREIRA. Ob. Cit., p. 334.

<sup>513</sup> Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS. *Curso...* Ob. Cit., p. 716 e 727.

<sup>514</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO e LUÍS PEREIRA COUTINHO. Ob. Cit., p. 184.

<sup>515</sup> Nessa linha, segundo Manuel Hespanha, a proporcionalidade pode constituir também um passo posterior ao princípio da igualdade e, assim como estabelecido pelo princípio da igualdade que situações diferentes devem ter soluções diferentes, acrescenta-se que essas devem observar a proporção entre as diferentes situações. Cfr. ANTÓNIO MANUEL HESPANHA. Ob. Cit., p. 96-97.

<sup>516</sup> Cfr. VITALINO CANAS. Ob. Cit., p. 31.

Nessa linha, afirma Blanco de Moraes que a construção pelo Tribunal de uma *medida de valor compósito* que combina igualdade e proporcionalidade permite censurar discriminações desmensuradas à *luz de critérios mais seguros, como os que envolvem os “testes de proporcionalidade”*, ao invés de uma opção que depositasse o julgamento do “excesso”, exclusivamente no “ambiente normativo”, na razoabilidade e na pura discricionariedade do juiz<sup>517</sup>.

Verifica-se que a propósito da *suspensão dos subsídios de férias e natal* associados às reduções remuneratórias, o TC entendeu que a *significativa e acentuada* diferença de tratamento não podem ser suficientemente justificadas pelas razões de eficácia da medida no fito de reduzir o déficit público “[...] tanto mais que poderia configurar-se o recurso a soluções alternativas para a diminuição do déficit, quer pelo lado da despesa [...] quer pelo lado da receita [...] Daí que seja evidente que o diferente tratamento imposto a quem auferir remunerações e pensões por verbas públicas ultrapassa os limites da proibição do excesso em termos de igualdade proporcional”.

Tal juízo acerca das “soluções alternativas” quadra, consoante Vitalino Canas, com o segmento da *necessidade* do princípio da proporcionalidade, mas pelo contrário, não integra o conteúdo até então compreendido da igualdade, vez que medidas “menos onerosas” ou “menos diferenciadoras”, em tese, nada dizem respeito ao cumprimento ou incumprimento deste último<sup>518</sup>.

No mesmo caso, não obstante o TC tenha atestado a *razão justificativa para o tratamento diferenciado* em face da “[...] eficácia das medidas adotadas na obtenção de um resultado de inegável e relevante interesse público”, frisou que “A diferença do grau de sacrifício para aqueles que são atingidos por esta medida e para os que não o são não pode deixar de ter limites”, considerando que “[...] a igualdade jurídica é sempre uma igualdade

---

<sup>517</sup> Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS. *Curso...* Ob. Cit., p. 728. Menciona-se que, segundo o autor, em matéria de redução salarial, a convocação da igualdade é sempre incortornável, na medida em que, “o direito ao salário é um direito social análogo aos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores e só pode ser restringido nos termos do art. 2 do art. 18 da CRP, ou seja, com fundamento na preservação de outros direitos com maior peso ou de um interesse público qualificado”, assim, a medida restritiva deveria sempre ser submetida ao teste de proporcionalidade. *Ibidem*, p. 728.

<sup>518</sup> Cfr. VITALINO CANAS. Ob. Cit., p. 32. Em tom de crítica, argumenta NOGUEIRA DE BRITO “[...] não se pode dizer que um tratamento alternativo mais igualitário se apresente como “menos” restritivo ou oneroso para os destinatários da norma, nos mesmos termos em que se poderá dizer que uma determinada medida alternativa se afigura “menos” restritiva de um direito de liberdade do que aquela que foi adotada pelo legislador”. «Medida...». Ob. Cit., p. 126.

proporcional, pelo que a desigualdade justificada pela diferença de situações não está imune a um juízo de proporcionalidade”.

Dessa forma, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, pelo qual “[...] quanto maior é o grau de sacrifício imposto aos cidadãos para satisfação de interesses públicos, maiores são as exigências de equidade e justiça na repartição desses sacrifícios”<sup>519</sup>, foi dimensionado para a avaliação da igualdade, como se abstrai da decisão em foco: “[...] a dimensão da desigualdade do tratamento tem que ser proporcionada às razões que justificam esse tratamento desigual, não podendo revelar-se excessiva”, o que é atestado pela verificação em um “critério de evidência” se “os quantitativos cujo pagamento é suspenso [...] não são excessivamente diferenciadores, face às razões que se admitiram como justificativas de uma redução de rendimentos apenas dirigida aos cidadãos que os auferem por verbas públicas”.

Importa ainda destacar o reconhecimento do denominado *efeito cumulativo de dimensão diacrônica*<sup>520</sup> como critério adicional para aferir os *limites do sacrifício exigível*<sup>521</sup>. Por conseguinte, ainda que as medidas introduzidas atendessem a *transitoriedade*, foi introduzido um outro limitativo que Blanco de Moraes nomeia como *cláusula da transitoriedade temporalmente delimitada*<sup>522</sup>. Explicamos, o que se abstrai das decisões da Corte é que não basta que as medidas de austeridade sejam temporárias, mas a possibilidade de implementação das mesmas, tendo em conta o somatório de efeitos e o tempo, diminui à medida que o tempo flui e que se aproxima o termo do PAEF<sup>523</sup>.

Assim, o TC teve em consideração o conjunto de medidas que recaíram sobre a universalidade de trabalhadores e pensionistas do setor público, bem como a duração das mesmas – três anos (2012 a 2014) – para determinar a produção de efeitos cumulativos e continuados dos sacrifícios ao longo do período e, a partir disso, concluir que “A diferença de tratamento é de tal modo acentuada e significativa que as razões de eficácia da medida adotada [...] não tem uma valia suficiente para justificar a dimensão de tal diferença”.

---

<sup>519</sup> Na formulação de ponderação de Robert Alexy. Cfr. VITALINO CANAS. Ob. Cit., p. 31.

<sup>520</sup> Cfr. GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO. Ob. Cit., p. 79.

<sup>521</sup> *Ibidem*, p. 92. Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS. *Curso...* Ob. Cit., p. 738.

<sup>522</sup> *Ibidem*, p. 784.

<sup>523</sup> Cita-se a distinção realizada pelo TC no Acórdão n.º 574/2014 que, ao considerar nos fundamentos o fim da vigência e dos efeitos do PAEF para a inconstitucionalidade da redução remuneratória projetada para 2016 a 2018, demonstrou que em seu entendimento a exceção financeira começa e termina com a vigência do PAEF, ignorando os compromissos internacionais assumidos, mas principalmente, da realidade dos fatos. *Ibidem*, p. 783-784.

É nessa exegese que apesar da Corte ter reconhecido no Acórdão n.º 396/2011 uma *desigualdade legítima perante os encargos públicos*, na decisão por hora em discussão proferida no ano seguinte, afirmou que os objetivos a serem alcançados por medidas de diminuição de despesa ou aumento de receita não podem traduzir numa repartição de sacrifícios *excessivamente* diferenciada, exigida que está a observância dos limites da proibição do excesso em termos de igualdade proporcional. Portanto, concluiu que suspensão dos subsídios citados violavam o princípio da igualdade, na dimensão repartição dos encargos públicos.

A mesma metódica da igualdade ripristinou-se no Acórdão n.º 187/2013. Neste estava sob jugo a LOE 2013 em cuja elaboração o legislador, ciente da inconstitucionalidade declarada quanto a suspensão dos subsídios de férias e natal, previu apenas a suspensão do subsídio de férias ou equivalente para os trabalhadores da administração pública, acompanhada de conjuntos mais abrangentes de medidas de caráter fiscal que afetavam a generalidade de contribuintes<sup>524</sup>.

O TC, tendo em vista a redução salarial ter sido acompanhada, entre outras, “[...] de medidas adicionais de congelamento de progressão na carreira e de valorização remuneratória”, além de considerar a suspensão dos dois subsídios no exercício de 2012, manteve o juízo acerca de que “[...] os efeitos cumulativos e continuados dos sacrifícios impostos às pessoas com remunerações do setor público, sem equivalente para a generalidade dos outros cidadãos que auferem rendimentos provenientes de outras fontes, corresponde a uma diferença de tratamento que não encontra já fundamento bastante no objetivo da redução do défice público”, configurando uma desigualdade desproporcionada.

Também o voto dissidente do Conselheiro Vítor Gomes faz referência a relevância do *efeito cumulativo e continuado* dos sacrifícios para que com o decurso do tempo, implique em um “[...] acréscimo de exigência ao legislador no sentido de encontrar alternativas que evitem que, com o prolongamento, o tratamento diferenciado se torne claramente excessivo para quem o suporta”.

Isto é, ante um contexto de emergência econômica no qual não seja determinável, a princípio, o termo quanto à necessidade de medidas de enfrentamento, a soma de sacrifícios conjugada com o decurso do tempo – ainda que perspectivado para o futuro, uma vez que as medidas de austeridade constantes na LOE, não obstante remeta à duração do PAEF,

---

<sup>524</sup> Cfr. JORGE MIRANDA. «Estado...». Ob. Cit., p. 273-274.

terminam com o fim do exercício orçamental dessa lei – passam a ser fatores determinantes, de acordo com o TC, para a violação da igualdade na dimensão perante os encargos públicos.

Segundo o modelo dual da igualdade derivado do direito alemão, o TC aparentemente adotou nos Acórdãos n.º 353/2012 e 187/2013 a versão forte do princípio da igualdade, a qual suscita uma maior intensidade no controle considerando elementos da proporcionalidade, como se verifica a partir do juízo acerca das *soluções alternativas disponíveis ao legislador*.

Entretanto, pela forma como essa versão foi abordada nas decisões – *a igualdade jurídica é sempre uma igualdade proporcional* – Vitalino Canas salienta que o Tribunal alimentou dúvidas quanto a sua interpretação de apenas existir uma única versão estrutural do princípio da igualdade<sup>525</sup>.

Também argumentam Nogueira de Brito e Luís Pereira Coutinho que a ideia de *igualdade proporcional*, segundo a jurisprudência proferida, aponta para a igualdade na dimensão *proibição do arbítrio* acrescida com as exigências do princípio da proporcionalidade, sem que, todavia, se faça distinção entre um controle de maior ou menor intensidade que suscite ou não essa *nova fórmula*<sup>526</sup>, e, portanto, torna regra a aplicabilidade de um controle mais rígido. Seria o adequado?

Ainda atinente ao Acórdão n.º 353/2012, ainda que a Corte tenha declarado a inconstitucionalidade da suspensão dos subsídios de férias e natal em face da violação do princípio da igualdade, é sobre a interpretação adotada pelo TC sobre o *princípio da proteção da confiança* que a análise merece apreço.

Sabe-se que a a lesão da confiança pressupõe que, ao editar a norma contestada, o legislador ordinário haja intervindo em sentido contrário às legítimas expectativas que os particulares depositavam na continuidade da ordem jurídica, na sua duração estável e na previsibilidade da sua mutação. Dentre os pressupostos já visitados para atestar se há violação do princípio em questão, exige-se que “[...] o Estado, em especial, o legislador, tenha encetado comportamentos capazes de gerar nos privados «expectativas» de continuidade”.

Ocorre que na decisão vertente, o TC, considerando que no seu Acórdão n.º 353/2012, julgou inconstitucionais as medidas de suspensão do subsídio de férias e de Natal

---

<sup>525</sup> Cfr. VITALINO CANAS. Ob. Cit., p. 33.

<sup>526</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO e LUÍS PEREIRA COUTINHO. Ob. Cit., p. 185-186.

introduzidas por violação do princípio da igualdade, apesar dos efeitos dessa decisão terem sido esvaziados, em razão dessa, pode “[...] ter ocorrido um acréscimo de expectativas”.

Embora esse *acrécimo* não tenha sido suficiente para configurar uma lesão à confiança, fica evidente que no entendimento dos juízes constitucionais, o comportamento do Estado apto a gerar expectativas de continuidade não se exaure na figura do legislativo, mas comporta também as decisões tomadas no âmbito de sua própria jurisprudência.

Constante-se assim, que nesse período crítico de crise, a jurisprudência orientou-se no sentido de *remodelação* dos vários institutos jurídicos tradicionalmente utilizados como parâmetro de censura constitucional, passando estes a comportar novas interpretações adaptáveis à conjuntura de excepcionalidade, seja operando em favor das opções legislativas adotadas nesse contexto quanto a relativização de expectativas legítimas, seja na imposição de limitativos ao legislador que subsistem mesmo em um estado de exceção não declarado.

O palco da crise também deu sustento a uma mudança interpretativa acerca da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade prevista constitucionalmente. No Acórdão n.º 353/2012, não obstante censurada constitucionalmente a norma de suspensão de subsídios por violação do princípio da igualdade, sensível a situação de excepcionalidade econômica e tendo em consideração o risco de os efeitos de inconstitucionalidade sobre uma *execução orçamental já em curso avançada* resultarem no incumprimento dos memorandos, *pondo em perigo a manutenção do financiamento acordado e a consequente solvabilidade do Estado*, o TC entendeu que esse *interesse público de excepcional relevo exige que o Tribunal Constitucional restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos permitidos pelo artigo 282.º, n.º 4, da Constituição*, com o efeito prático de não aplicá-lo à suspensão do pagamento dos subsídios, ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou, 14.º meses, relativos ao ano de 2012.

Ocorre que permitida constitucionalmente a fixação dos “efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito” do que os *normalmente atribuíveis* quando declarada a inconstitucionalidade, da interpretação do dispositivo resulta que não seria possível ao Tribunal, sem que houvesse antes uma alteração na lei constitucional nesse sentido, limitar os efeitos da decisão *pro futuro*<sup>527</sup>, vez que configuraria

---

<sup>527</sup> Cfr. FERNANDO ALVES CORREIA. Ob. Cit., p. 313. Nessa linha, J. J. GOMES CANOTILHO, afirma que “A não atribuição dos efeitos da nulidade *ipso jure* não pode implicar a sobrevivência e aplicação da norma considerada inconstitucional, nem os «perigos» de lacunas legislativas se podem sobrepor aos perigos da erosão do princípio da constitucionalidade dos actos normativos”. Ob. Cit., p. 1018. Salienta-se que em sentido contrário subsiste uma doutrina minoritária a favor dessa solução, da qual, pelo menos quando publicado a

um verdadeiro *criativismo borderline*, pelo qual os juízes constitucionais declaram uma norma como inconstitucional mas deferem para um momento ulterior a sua expulsão da ordem jurídica no fito de permitir ao legislador elaborar uma nova norma de acordo com o estabelecido ou sugerido na decisão judicial<sup>528</sup>.

Não obstante a advertência, o Tribunal o fez, configurando o Acórdão, consoante Blanco de Moraes, como uma *sentença aditiva de revisão constitucional* ao adotar, ainda que tal meio manipulativo não encontre guarida constitucional<sup>529</sup>, uma modulação dos efeitos temporais de declaração de inconstitucionalidade à austríaca, de que resultou um esvaziamento do efeito útil da decisão de inconstitucionalidade da medida orçamental mencionada<sup>530</sup>.

É indubitável que a preservação dos efeitos inconstitucionais da norma até o final de 2012 fazia sentido diante da necessidade de garantia da execução do Orçamento em todo esse ano e o cumprimento das obrigações financeiras contraídas no âmbito internacional, todavia, o que se contesta é a admissibilidade jurídica desse meio em face da inexistência de cobertura constitucional quanto a essa componente manipulativa<sup>531</sup>.

Ademais, como a modulação recaiu sobre a LOE de 2012 que, em vista do *princípio da anualidade orçamental* envolve a aprovação de uma nova LOE para 2013, a qual não integrou o objeto do pedido de fiscalização de constitucionalidade e que, como tal, não é no plano jurídico afetado pela decisão, o efeito de caso julgado material da sentença não poderia valer para o próximo ano, isto é, para a LOE 2013. Por consequência, a declaração ora em análise operou como uma *decisão de acolhimento fictício de inconstitucionalidade*, associada a uma advertência ou, ainda, “apelo” ao legislador para não repetir no orçamento seguinte, a solução adotada em 2012<sup>532</sup>.

Parece que o TC, ancorado na excepcionalidade econômica, independente de ter realizado uma mutação constitucional informal – constitucional ou não –, ao extrair do

---

obra *A Decisão de Inconstitucionalidade*, Lisboa, 1999, Rui Medeiros fazia parte. Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS. «As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso», in *JURISMAT – Revista Jurídica*. Portimão, n. 3, 2013, p. 60.

<sup>528</sup> Cfr. MARIA BENEDITA URBANO. *Curso de...* Ob. Cit., p. 104.

<sup>529</sup> Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS. «As mutações...». Ob. Cit., p. 55-59.

<sup>530</sup> Cfr. MARIA BENEDITA URBANO. «A Jurisprudência...». Ob. Cit., p. 17. A modulação de efeitos *in futuro* também é objeto de previsão no art. 27 da Lei brasileira nº 9.868/99 quando estiverem presentes razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, e desde que obtida a aprovação por maioria de dois terços do Supremo Tribunal Federal.

<sup>531</sup> Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS. «As mutações...». Ob. Cit., p. 59.

<sup>532</sup> *Ibidem*, p. 58.

dispositivo a possibilidade de restringir os efeitos para o futuro proferiu um verdadeiro juízo precário de constitucionalidade a que Prata Roque faz referência ser justificado por uma *ideia de sobrevivência do Estado*, em face da necessidade premente de obtenção de meios financeiros ou de redução das despesas públicas<sup>533</sup>, uma vez que a atribuição de efeitos *in futuro* até o final de 2012 conjugada com o fato da vigência da LOE terminar no mesmo termo, teve o efeito prático de uma decisão de não acolhimento de inconstitucionalidade. Dessa forma, não há como negar que, mesmo implicitamente, a Corte Constitucional reconheceu a vigência de um Estado de Exceção não declarado que RECEBEU um tratamento diferente do habitual.

#### 2.1.5. *Breves apontamentos críticos de um direito da crise econômica sem alicerces constitucionais*

Quando a crise econômica se alastrou por vários Estados europeus, os mesmos se viram desafiados a combatê-la sem haver um estado de exceção ou um *direito de crise* previamente delineado para lhe fazer face. Com efeito, aos órgãos estatais restava, a princípio, cumprir as regras da normalidade sem possibilidade de suspensão de qualquer garantia constitucional. Porém, como salienta Tavares da Silva, “[...] a inflexibilidade neste caso transmuta-se, primeiramente, em fonte de incerteza [...] pois a exceção acaba por prevalecer”<sup>534</sup>. Em outras palavras pode-se dizer que sob a margem da omissão emergiu a faticidade.

Dessa experiência vários foram os resultados. Como analisado nos breves apontamentos sobre o tratamento da crise econômica no plano espanhol, grego e com maior profundidade no contexto próximo de Portugal, do pano de fundo da crise várias doutrinas tradicionais adquiriram uma nova veste atribuída no âmbito da jurisdição constitucional de cada Estado, parecendo constituir o tal mencionado *direito da crise*.

Todavia, o esforço investigativo no sentido de extrair dos Acórdãos do TC português, proferidos no delongar da vigência do PAEF, pistas conducentes a um *direito da crise econômica* tropeça em algumas oscilações e discrepâncias identificadas que, por sua vez, trazem preocupações, especialmente em relação à determinabilidade do *período de vigência* desse direito.

---

<sup>533</sup> Cfr. MIGUEL PRATA ROQUE. Ob. Cit., p. 859.

<sup>534</sup> Cfr. SUZANA TAVARES DA SILVA. «Sustentabilidade...». Ob. Cit., p. 71.

A raiz de possíveis incoerências parece derivar da *tolerância que o Tribunal Constitucional manifesta perante a crise*, a qual permite distinguir duas fases na jurisprudência prolatada nesse período<sup>535</sup>.

Em um primeiro momento, a atuação do TC se deu por um reforço de auto-contenção – considerada a emergência econômica –, por meio do qual, reconheceu uma ampla liberdade de conformação do legislador para adotar as medidas adequadas no combate à crise<sup>536</sup>, vez que “[...] não tem esse tribunal razões que lhe permitam por em causa que a prossecução do interesse público, em face da situação económico-financeira do País, exige a adoção de medidas deste tipo” (Acórdão n.º 399/2010). E na sequência, ressaltou que: “[...] não cabe evidentemente ao TC intrometer-se neste debate [debate económico-financeiro sobre reduzir o défice pela via de receita ou de despesa e respectivos impactos], apreciando a maior ou menor bondade, deste ponto de vista, das medidas implementadas. O que lhe compete é ajuizar se as soluções impugnadas são arbitrárias, por sobrecarregarem gratuita e injustificadamente uma certa categoria de cidadãos” (Acórdão n.º 396/2011).

A partir do Acórdão n.º 353/2012, o Tribunal parecer ter se considerado *plenamente autorizado a interferir e censurar opções do legislador democrático*, o que, consoante Melo Alexandrino, se deu fora dos limites de sua atuação, provocando um desequilíbrio na balança de poderes, em especial, *quanto ao estreitamento do primado da concretização política do legislador em matéria económica e social*<sup>537</sup>.

Nessa decisão, foram apostas *bandeiras amarelas* relativas ao alcance limitado da *liberdade de conformação política do legislador*, pois segundo a Corte “[...] obviamente, a liberdade do legislador recorrer ao corte de remunerações e pensões das pessoas que auferem por verbas públicas, na mira de alcançar um equilíbrio orçamental, mesmo num quadro de uma grave crise económico-financeira, não pode ser limitada”<sup>538</sup>.

---

<sup>535</sup> Cfr. RUI MEDEIROS. *A Constituição portuguesa num contexto global*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 66. Nessa exegese, afirma Benedita Urbano que apesar de ser “perceptível uma indesmentível retórica da crise” reconhecida pelos próprios juízes constitucionais – com exceção do Acórdão n.º 862/2013 – “ela não corresponde a uma metanarrativa da crise, fomentadora de uma orientação jurisprudencial clara e totalmente coerente e justificadora de um discurso diferente dos juízes constitucionais”, pois parece que nem sempre foram usados os mesmos *pesos e medidas* nas ponderações do Tribunal. «A Jurisprudência...». Ob. Cit., p. 14 e 17.

<sup>536</sup> Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO. «Jurisprudência...». Ob. Cit., p. 68.

<sup>537</sup> *Ibidem*, p. 61-62.

<sup>538</sup> Cfr. MARIA BENEDITA URBANO. «A Jurisprudência...». Ob. Cit., p. 24.

Além disso, muito embora o TC ainda tenha demonstrado uma sensibilidade ao contexto fático – posto que proferiu uma sentença inédita de limitação de efeitos *in futuro*<sup>539</sup> por via da qual, mesmo declarada a inconstitucionalidade, as opções legislativas mantiveram-se aplicáveis até o final daquele ano – ele claramente censurou a escolha do legislador ao proferir um juízo acerca das *soluções alternativas* no âmbito do princípio da igualdade<sup>540</sup>, afirmando não terem valia suficiente as razões de eficácia da medida adotadas no objetivo da redução do déficit público “[...] tanto mais que poderia configurar-se o recurso a soluções alternativas para a diminuição do déficit, quer pelo lado da despesa [...] quer pelo lado da receita”.

Na mesma retórica, mantidos na LOE de 2013 os cortes salariais desde 2011 e a suspensão do subsídio de férias, no Acórdão n.º 187/2013, o Tribunal asseverou que “[...] sendo certo que existem diversas medidas de contenção de custos do funcionamento do Estado e da administração local que, em articulação com outras com impacto no lado da receita”, a medida em causa não seria justificável, pois mesmo a pretexto da excepcionalidade da situação económica, deveria ser acompanhada de soluções alternativas de redução da despesa pública.

Desprendem-se assim, pontos extremos e preocupantes. De uma inicial “aceitação generalizada da prevalência de critérios económicos – os denominados *critérios de ajuste financeiro* – sobre a juridicidade das medidas adotadas pelo poder público”, da qual pertine temer o risco de os tribunais, sob o escudo da situação económico-financeira difícil, *colocarem entre parênteses o direito e justificar a ineficácia dos parâmetros normativos positivados na Constituição e nas leis*<sup>541</sup>, o TC desviou sua linha de rumo para a *reafirmação inequívoca das supremacia da Constituição pelo discurso da defesa da Constituição – e da*

---

<sup>539</sup> Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO. «Jurisprudência...». Ob. Cit., p. 59.

<sup>540</sup> Segundo NOGUEIRA DE BRITO, afirmar que “um tratamento alternativo mais igualitário se apresente como “menos” restritivo ou oneroso para os destinatários da norma”, significa “impor ao legislador um vínculo na realização da igualdade que contraria a sua liberdade de conformação”. «Medida...». Ob. Cit., p. 126.

<sup>541</sup> Cfr. SUZANA TAVARES DA SILVA. «Sustentabilidade...». Ob. Cit., p. 62. Nesse sentido, diante da emergência se verifica “uma clara *disponibilidade permanente do direito* fiscal para *acudir a situação de emergência no financiamento público*”, o que se materializou no Acórdão n.º 399/2010, onde o TC não reconheceu a inconstitucionalidade do aumento de taxas do IRS durante o período de formação do facto tributário, sob o principal argumentário do *fim constitucionalmente legítimo* de obtenção de receita fiscal para fins de equilíbrio das contas públicas. *Ibidem*, p. 62-63. Além disso, asseveram XENOPHON CONTIADES e FOTIADOU que no âmbito dos cortes salariais realizados em Portugal, houve o encolhimento do segundo passo da proporcionalidade, ou seja, o exame da necessidade. Ob. Cit., p. 33. Postura não mantida na sequência, que expandiu o princípio da proporcionalidade para a estrutura da igualdade, a que se denominou: igualdade proporcional.

*sua intocabilidade normativa – apesar da crise*<sup>542</sup>. Passou também, de uma prática reforçada de *self-restraint* diretamente para picos de “dirigismo constitucional”<sup>543</sup>, em que o censurador constitucional se comporta como censurar político.

Impende salientar que a tolerância da Corte para com a crise parece ter diminuído à medida que se prolongaram as soluções restritivas<sup>544</sup>, tendo em consideração os critérios de *tempo* e o já mencionado *efeito cumulativo* para fundamentar um controle mais intenso – como se pode visualizar na aplicação da *fórmula da igualdade proporcional* –, bem como para corrigir a atuação do legislador.

O problema dessa lógica é que os juízes constitucionais acabam por invalidar opções reservadas ao Governo sem que a Constituição lhe forneça parâmetros objetivos para tanto, mas antes recorrem aos princípios constitucionais cujos pressupostos de aplicação são relativamente indefinidos<sup>545</sup> e, portanto, consoante a crítica da doutrina descrita na obra elaborada por Reis Novais em resposta, *manipuláveis simplesmente ao sabor das opções político-ideológicas de quem julga*<sup>546</sup>.

É nesse sentido que Blanco de Moraes censura a declaração de inconstitucionalidade sobre a tributação de subsídios de desemprego e de doença fundada na violação de um critério de “razoabilidade”, cuja fórmula nunca tinha sido erigida a padrão autônomo de controle em face da ausência manifesta de conteúdo definido<sup>547</sup>.

Também em virtude do Tribunal ter chumbado o agravamento dos cortes salariais de 2012 e 2013 considerando a igualdade proporcional para determinar que “[...] a medida de diferença do tratamento excedia o peso ou a importância da razão de maior eficácia no

---

<sup>542</sup> Cfr. RUI MEDEIROS. *A Constituição...* Ob. Cit., p. 68. Nesse sentido, afirma RAVI AFONSO PEREIRA que o TC decidiu as questões que “[...] como o faria numa situação de normalidade, abstraindo do facto de a República Portuguesa se encontrar numa situação de emergência financeira”. Ob. Cit., p. 318.

<sup>543</sup> Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO. «Jurisprudência...». Ob. Cit., p. 59.

<sup>544</sup> Cfr. RUI MEDEIROS. *A Constituição...* Ob. Cit., p. 71.

<sup>545</sup> Cfr. GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO. Ob. Cit., p. 73.

<sup>546</sup> Cfr. JORGE REIS NOVAIS. *Em defesa do Tribunal Constitucional. Resposta aos críticos*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 77.

<sup>547</sup> Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS. *Curso...* Ob. Cit., p. 579. Vide Acórdão TC n.º 413/2014, donde apesar de nos fundamentos da inconstitucionalidade fazer referência ao princípio da proporcionalidade, na análise *in concreto* o TC somente escrutinou a norma segundo um critério de razoabilidade, senão vejamos: “O princípio da razoabilidade surge relacionado com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, e orienta-se para a avaliação da razoabilidade da imposição na perspetiva das suas consequências na esfera pessoal daquele que é afetado. Nesse plano, a questão não se coloca na adequação da gravidade do sacrifício imposto em relação à importância ou importância da realização dos fins prosseguidos, mas na circunstância de ocorrer uma afetação inadmissível ou intolerável do ponto de vista de quem a sofre e por razões atinentes à sua subjetividade”, dessa forma, considerou que a contribuição sobre esses subsídios “[...] é desrazoável na medida em que afeta especialmente cidadãos que se encontram em situação de particular vulnerabilidade”.

controlo das contas públicas”, sustenta Almeida Ribeiro que “[...] é no mínimo duvidoso que o TC seja o órgão funcionalmente adequado para determinar o alcance das razões de eficácia subjacentes aos cortes salariais”<sup>548</sup>.

Acresce ainda que no Acórdão n.º 187/2013, atinente à análise da *adequação da medida* em termos de igualdade proporcional, ao invés do TC aferir a aptidão da mesma para atingir o interesse público de *reduzir a despesa pública*, surpreendentemente, confrontou a medida com *outra finalidade* que não foi definida pelo órgão legitimado para estabelecer o programa de política económica e financeira, mas sim, pelo próprio Tribunal, que assim destacou: “A imposição de sacrifícios mais intensos [...] não pode ser justificada por fatores macroeconómicos relacionados com a recessão económica e o aumento do desemprego”<sup>549</sup>.

Em relação ao critério da *necessidade* – que, se utilizado pelos juízes constitucionais para julgar a inconstitucionalidade da norma, deve evidenciar a aptidão das vias normativas alternativas à que foi censurada para atingir os fins da política legislativa com eficácia equiparada e uma menor oneração dos direitos dos cidadãos, sob pena de converter a necessidade em uma fórmula sem conteúdo que justifica um ativismo intrusivo na reserva do legislador<sup>550</sup> –, os juízes constitucionais, segundo Nogueira de Brito e Luís Pereira Coutinho, não demonstraram que haveriam outras medidas menos lesivas para o grupo, como legitimamente afetado, que fossem igualmente aptas a prosseguir a finalidade, mas sustentaram à luz da consideração do decurso do tempo para recair exigências suplementares ao legislador quanto a soluções alternativas que não envolvessem a penalização dos trabalhadores do estado. Além disso, sem avaliar os *efeitos cumulativos e continuados dos sacrifícios* determinados, aferiram por meio da simples enumeração de medidas que oneram os trabalhadores da Administração Pública para demonstrar que as mesmas excediam os “limites do sacrifício”<sup>551</sup>.

Soma-se ao exposto, o uso questionável da *igualdade proporcional* no Acórdão n.º 574/2014 apontado por Blanco de Moraes. Impugnadas as normas que faziam subsistir entre 2016 e 2018 a diminuição remuneratória determinada na LOE de 2011, com a previsão de uma reversão gradual dessas a ocorrer até o ano de 2018, o Tribunal salientou um *risco abstrato de uma desigualdade proporcional, ensaiando uma operação aditiva de cumulação*

---

<sup>548</sup> Cfr. GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO. Ob. Cit., p. 83.

<sup>549</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO e LUÍS PEREIRA COUTINHO. Ob. Cit., p. 188.

<sup>550</sup> Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS. *Curso...* Ob. Cit., p. 738.

<sup>551</sup> Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO e LUÍS PEREIRA COUTINHO. Ob. Cit., p. 188-189.

*de sacrifícios*, tendo considerado conjuntamente à redução uma série de encargos que *carece de consistência para demonstrar a existência fática de um cúmulo arbitrário ou excessivo de encargos para os trabalhadores do setor público*<sup>552</sup>.

Além disso, no juízo de inconstitucionalidade propriamente dito, quando censurou o fato da norma não ter fixado nenhuma percentagem de reversão para cada ano, resultando, portanto, em “[...] uma redução salarial incerta, de percentagem decrescente absolutamente variável entre 80% da prevista para 2014 e zero, no período entre 2016 e 2018”, o Tribunal entendeu que “[...] ultrapassa os limites do sacrifício adicional exigível aos trabalhadores pagos por verbas públicas, nada havendo de comparável que afete outros tipos de rendimentos” violando o princípio da igualdade, sem, todavia, ter confrontado a dimensão efetiva desses sacrifícios com os testes da proporcionalidade, o que para Blanco de Motais, coloca em dúvida qual seria o critério objetivo para aferir com evidência quando se ultrapassa os limites do sacrifício em termos de igualdade proporcional<sup>553</sup>.

Outro ponto levantado refere-se à incapacidade do Tribunal em manter um padrão na aplicação do princípio da proteção da confiança. Ainda em um panorama de emergência que exige a flexibilização dos standards do princípio, sendo as expectativas relativizadas e conferida a uma maior relevância ao interesse público, cita-se como demonstrativo de alvo das críticas o Acórdão n.º 862/2013 – donde analisava-se a convergência de pensões em pagamento da Caixa Geral de Aposentações (CGA) com efeito prático de redução do seu valor – por ter, nas palavras de Melo Alexandrino, rompido “[...] com três décadas de jurisprudência constitucional, em que a tutela da confiança havia sido confinada a casos de ofensa *intolerável, arbitrária, opressiva ou demasiado acentuada*, ou quando a sua violação contrariasse *a própria ideia de Estado de Direito*, nunca tendo servido de parâmetro determinante em matérias com a que estava aí em causa”, sendo tal princípio absolutizado como se trata-se de uma verdadeira regra<sup>554</sup>, o que choca ainda mais se conjugado com o contexto no qual se operou.

Entre outras razões, a Corte reconheceu que como “[...] nas reformas destinadas à convergência do regime geral da segurança social com o regime de proteção social da função

---

<sup>552</sup> Consoante o autor, por exemplo, a utilização do aumento das contribuições para a ADSE como argumento confronta com o fato de ser uma contribuição facultativa. Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS. *Curso...* Ob. Cit., p. 733-735.

<sup>553</sup> *Ibidem*, p. 736-737.

<sup>554</sup> Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO. «Jurisprudência...». Ob. Cit., p. 65.

pública, o direito à pensão em pagamento foi sempre salvaguardado”, o Estado criou expectativas de que os chamados “direitos adquiridos” não seriam afetados.

Benedita Urbano salienta que o fato de até então o legislador sempre ter se preocupado em ressaltar a posição destes pensionistas não é suficiente para justificar a decisão do TC, vez que em uma situação crítica é mais provável que o legislador não cumpra uma *promessa antiga feita num contexto real ou imaginado de ‘vacas gordas’*, pois de alguma forma, “[...] ela também representa a frustração de uma promessa, ainda que implícita, qual seja, a de que sobre as pensões não recairão encargos do tipo daquele que corresponde à CES”<sup>555</sup>.

Por conseguinte, parece incoerente a postura dos juízes constitucionais no comparativo entre os argumentos constantes no julgamento sobre a incidência da CES nas pensões e sobre a própria convergência. No primeiro caso, tendo em consideração o *condicionalismo que rodeou a implementação da contribuição extraordinária de solidariedade*, o Tribunal afirmou que “[...] as expectativas de estabilidade na ordem jurídica surgem mais atenuadas e que são atendíveis relevantes razões de interesse público que justificam, em ponderação, uma excepcional e transitória descontinuidade do comportamento estadual” (Acórdão n.º 187/2013).

O mesmo raciocínio, todavia, não reverberou meses depois quando censurada constitucionalmente a convergência das pensões. Pelo contrário, o Tribunal identificou como um dos fundamentos a considerar para a decisão que o Estado “[...] encetou comportamentos capazes de gerar nos pensionistas «expectativas» fortes, fundadas em boas razões de que o quantum de pensão não seria diminuído”.

Centrando a análise ao reduto das expectativas legítimas sem delongar para os demais fundamentos, questiona-se, a mesma força dessas deveria ser mantida em um contexto da emergência econômica? Como bem interroga Benedita Urbano, “[...] não seria de esperar que as expectativas daqueles pensionistas [...] pudessem vir a ser beliscadas?”, tendo em vista que o estado de crise econômica e financeira “[...] não é molde para viabilizar expectativas quanto à manutenção dos montantes de salários, pensões e demais prestações sociais”<sup>556</sup>?

---

<sup>555</sup> Cfr. MARIA BENEDITA URBANO. «A Jurisprudência...». Ob. Cit., p. 20.

<sup>556</sup> *Ibidem*, p. 19.

Outrossim, quando a Corte recusou o argumento de que a medida de redução das pensões seria justificada pelo interesse público na diminuição das transferências do orçamento do Estado em vista do financiamento do déficit estrutural da CGA, – pois por ser um sistema fechado e em si mesmo insustentável a médio e longo prazo, entendeu que a alteração legislativa apontada não seria apta a garantir a sustentabilidade do mesmo –, afirmou que o legislador “[...] tem que recorrer necessariamente aos impostos ou a formas de financiamento por capitalização”. Ante essa decisão, questiona Benedita Urbano, se não teria o Tribunal ultrapassado a linha tênue de demarcação entre o espaço de conformação política do legislador e a sua atividade jurisdicional, vez que a estratégica política do primeiro foi condenada?<sup>557</sup>.

Tendo em vista que os tribunais não têm, conforme assegura Almeida Ribeiro, a menor aptidão para realizar *juízos de prognoses* que apelam a uma racionalidade instrumental e, sobre os quais, opera como único limite aceitável à liberdade do decisor político o definido pelo “critério do erro manifesto de apreciação: a rejeição de medidas manifestamente inidóneas ou desnecessárias”<sup>558</sup>, na jurisprudência apontada, em que a finalidade primeira das medidas – de uma forma geral e, considerando o panorama de grave crise econômica *sem precedentes* – consubstanciava-se na diminuição do déficit público no cumprimento de obrigações contraídas internacionalmente que, frisa-se, eram necessárias para o auxílio financeiro, esse, indispensável para a superação da crise, poderia o Tribunal ter realizado verdadeiros juízos de prognoses?

Tais questões, sem pretensão de conduzirem a uma resposta conclusiva, evidenciam como a tentativa de um Estado em dar resposta à uma crise, sem que disponha de regras e meios jurídicos adequados previamente delineados, pode gerar frutos conflitivos e incongruências que minam a segurança jurídica, especialmente quanto à previsibilidade jurídica das decisões do Tribunal que, como valor fundamental do Estado de Direito, exige que o comportamento judicial deve possuir não apenas regularidade empírica, mas também racionalidade jurídica<sup>559</sup>.

Dessa forma, apesar de não haver dúvidas que parâmetros limitativos à produção legislativa são essenciais para que em períodos de exceção o decisor político não legisle de forma arbitrária, mas e quanto aos limites do poder judicial?

---

<sup>557</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>558</sup> Cfr. GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO. Ob. Cit., p. 93-94.

<sup>559</sup> *Ibidem*, p. 87.

Com bem salienta Xenophon Contiades e Fotiadou, o fato dos países europeus nada disporem acerca desse direito da crise econômica resulta em reações distintas das Constituições à crise econômica, como foi possível verificar na última experiência a partir da atividade jurisprudencial. Assim, entende-se que uma Constituição pode permanecer intacta ou ajustar-se às novas circunstâncias, pode sofrer um colapso sob a pressão, ou tornar-se submissa, mas ainda se manter firme, e é ainda possível que haja uma mudança de direção na resposta no decorrer da crise<sup>560</sup> que é o que parece ter ocorrido em Portugal. Ante o exposto, é questionável que os Estados devam se sujeitar às possíveis variações no controle judicial cuja intensidade, *apesar da emergência*, seja definida pelo órgão que o realiza.

Sem o objetivo de enquadrar a postura da Corte Constitucional pautada em uma perspectiva maniqueísta, certo é que, da análise da jurisprudência portuguesa da crise, não há como desviar o foco de um grave problema identificado no desempenho desse controle, qual seja: que coube ao Tribunal Constitucional a determinação do termo inicial e final da emergência.

De todo o exposto, interroga-se: Cabe a Jurisdição Constitucional definir o direito aplicável à crise, bem como determinar, ainda que *implicitamente*, que vige o estado de exceção – quando reconhece as razões do legislador fundamentado na excepcionalidade econômica para justificar medidas de austeridade, isto é, quando ainda tem *tolerância* com a crise – e, pelo contrário, determinar o fim desse regime quando deixa de acolhê-las por sua tolerância ter diminuído ou esgotado? Seria o Tribunal o Soberano aludido por Schmitt?

Além dos problemas apontados, acresce que, como as novas formulações e interpretações compiladas não estão expressamente vinculadas a um período emergencial, já que não foi acionado formalmente um estado de emergência, essas não apresentam qualquer certeza de que sua aplicabilidade será restrita à crise econômica ou que se projetará para o futuro mesmo na normalidade constitucional<sup>561</sup>.

---

<sup>560</sup> Cfr. XENOPHON CONTIADES e ALKEME FOTIADOU. Ob. Cit., p. 47.

<sup>561</sup> Nesse sentido, afirma NOGUEIRA DE BRITO: “A questão que se coloca é, para o futuro, a de saber a que casos vai o Tribunal aplicar a fórmula «igualdade proporcional», uma vez que a simples escolha desta fórmula significa uma intensificação no controlo judicial e, nessa medida, mais facilmente conduz a uma decisão de inconstitucionalidade”. «Medida...». Ob. Cit., p. 125. Pois como salienta RAVI AFONSO PEREIRA, tanto no acórdão n.º 187/2013 como no acórdão n.º 353/2012, o TC concebeu a «igualdade proporcional», não com um critério de densidade de controlo judicial em sede de princípio da igualdade, mas antes como um parâmetro jurídico-normativo, susceptível de servir de fundamento para a invalidade de uma norma infraconstitucional, pretendendo com isso um acréscimo da intensidade de escrutínio por parte da justiça constitucional, que tem como efeito uma redução da livre margem de conformação do legislador. Ob. Cit., p.367. O mesmo se questiona a despeito das *medidas conjunturais* de emergência adoptadas que co-existem e podem ser sucedidas por *medidas estruturais de ajustamento à redução geral do nível de bem-estar até que se atinja o adequado*

É no mesmo sentido que emerge a preocupação de Xenophon Contiades e Fotiadou quanto ao panorama geral europeu, pois por não haver a determinação de um limiar temporal no qual essa *nova roupagem* das doutrinas jurídicas revisitadas na crise deve valer, abre-se espaço para que se aplique em um futuro, em que, não haja mais crise, entretanto, ainda constem seus escombros<sup>562</sup>.

A questão do período de vigência, agora perspectivada sobre a produção legislativa, desperta outro anseio. Numerosas são as medidas legislativas introduzidas sob um *large-scale retreat of rights protection* que não são censuradas constitucionalmente com fundamento da emergência econômica, mas que nem sempre demonstram com clareza as fronteiras entre o que é ou não transitório<sup>563</sup>.

Nesse sentido, a despeito da omissão constitucional no que tange aos mecanismos específicos para lidar com a crise econômica, vários Estados europeus recorreram ao *Fast-track law making*<sup>564</sup>. Em Espanha, conforme analisado anteriormente, a utilização dos decretos-lei tornou-se qualitativamente diferente, tendo em vista que as medidas introduzidas já não abordam apenas questões urgentes, mas também estão relacionadas com o direito bancário e o direito do trabalho<sup>565</sup>.

Também em Itália, o uso de decretos-lei tornou-se o principal veículo para aprovar a legislação durante a crise que, por perder força se não for adotada pelo Parlamento dentro de 60 dias, concede um tempo muito limitado para debates e emendas, de modo que a sua compilação feita às pressas ganhou sutilmente permanência<sup>566</sup>.

Esse rápido processo legislativo do governo, com a subsequente aprovação pelo Parlamento, tornou-se um procedimento frequente, retirando do legislativo o seu papel tradicional e alterando a maneira como as medidas adquirem legitimação<sup>567</sup>.

Congruente ao visto no primeiro capítulo, é característico que nos estados de exceção haja uma ampliação dos poderes do executivo, especialmente no que concerne a

---

*estágio de sustentabilidade*, e das medidas excepcionais, sobretudo, as de caráter fiscal, cuja adoção seja adequada e necessária para permitir pôr fim à situação de anormalidade, na medida em que a ausência de declaração formal de reconhecimento do *estado de emergência econômico-financeira* não permite identificar com um mínimo de certeza o termo das mesmas. Cfr. SUZANA TAVARES DA SILVA. «Sustentabilidade...». Ob. Cit., p. 71 e 86.

<sup>562</sup> Cfr. XENOPHON CONTIADES e ALKMENE FOTIADOU. Ob. Cit., p. 12.

<sup>563</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>564</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>565</sup> Cfr. AGUSTÍN RUIZ ROBLEDO. Ob. Cit., p. 145.

<sup>566</sup> Cfr. XENOPHON CONTIADES e ALKMENE FOTIADOU. Ob. Cit., p. 15.

<sup>567</sup> *Ibidem*, p. 15-16.

produção legislativa. O ponto crítico de preocupação da última crise e que continua a pairar pensando em termos de crises econômicas futuras é que, como não foi declarado formalmente um estado de emergência, não havia – e, se assim continuar não haverá – um período de vigência determinado para essa maior amplitude do poder, bem como para alterações de austeridade feitas pelo legislador sob o argumento da emergência, que deveriam, por essa mesma razão, serem provisórias.

Deste contexto, indaga-se: Não seria a constitucionalização do estado de necessidade econômico-financeiro uma alternativa que ao menos ameniza o risco de normalização da exceção?

## CONCLUSÃO

A máxima de que regra e exceção se contradizem é na dinâmica do estado de exceção apartada em prol de uma aceção de necessidade, pois diversas são as emergências, em razão e contra as quais a exceção deve prevalecer, temporariamente, sobre a aplicação da regra, no fito de que a manutenção dessa última seja possível.

É sobre essa lógica que se assentam os sistemas de controle de crises que foram sendo desenvolvidos desde a Antiguidade, em que a doutrina aponta se encontrarem os possíveis arquétipos do estado de exceção contemporâneo.

Não obstante sua gênese remonte ao período republicano romano, como foi possível observar no decorrer deste escrito, a constitucionalização de tal instrumento só se perfez a partir do século XIX em simultânea medida em que foi sendo difundida uma concepção garantística da Constituição quanto a normatização do poder público. Todavia, essa previsão no corpo constitucional ficou adstrita às crises violentas.

Conquanto a primeira metade do século XX tenha fornecido claras evidências da insuficiência dos regimes emergenciais até então existentes para lidar com outra modalidade de emergência de cariz não violenta, isto é, com as crises econômicas que se seguiam às guerras, consoante analisado, essa percepção não foi suficiente para resultar na posterior tipificação desse evento como pressuposto fático do estado de exceção.

Verificou-se, todavia, que especialmente com a introdução do sintagma *sociedade de risco* e os seus produtos-desafios – ao que se citam o terrorismo, os danos ambientais e o objeto do presente estudo: a crise econômico-financeira –, as controvérsias produzidas no plano acadêmico são constantes no empenho de estabelecer abstratamente quais deveriam ser os eventos desencadeadores de um regime emergencial – ainda que se fundamentem na *necessidade* como fonte da exceção – e quais os melhores mecanismos para enfrentá-los, conferindo particular atenção à possibilidade de suspensão de direitos fundamentais e seus limites.

Apesar das discussões sobre o estado de exceção de cariz econômica não serem recentes e sempre terem seu foco retomado quando a experiência da depressão econômica é revivida – principalmente em proporções alarmantes, como caracterizou-se a última delas – a problemática parece estar presa ao debate. Isto porque, conforme a pesquisa realizada, ainda que a maioria das Constituições europeias disponham expressamente acerca de

regimes emergenciais e legitimarem a suspensão de direitos fundamentais na sua vigência, as depressões econômicas continuam excluídas dos pressupostos fáticos.

Muito embora não seja possível determinar com exatidão o momento da ocorrência de uma crise econômica, essa, por sua vez, é certa. Além disso, considerando não ser única a experiência histórica com esse evento emergencial e que o mesmo é reconhecido como inerente ao próprio sistema<sup>568</sup>, a dificuldade de predição não significa que o Estado seja eximido da responsabilidade de, no mínimo, tentar estabelecer instrumentos efetivos de enfrentamento.

Acresce que em face da última grave crise econômica que assomou diversos países europeus, o fato desses Estados não disporem sobre um estado de exceção econômico-financeiro – ou de um direito da crise previamente regulamentado, como preferirem – foi determinante para que vários institutos jurídicos dogmáticos tradicionais fossem colocados à prova, em virtude de sua aplicabilidade, como se em tempos de normalidade estivessem, não ser compatível com a situação excepcional vigente, bem como para que em alguns países fosse intensificado o recurso a *decretos-lei* com pretensão de permanência.

Esse cenário suscitou diversas críticas e provocou um sentimento de insegurança, porque tanto o caráter temporário conferido às medidas restritivas de direitos sociais se mostrou duvidoso, como a passagem a novas realidades interpretativas dos princípios constitucionais no controle de constitucionalidade não se procederam com clareza<sup>569</sup>.

É sensato, nesse sentido, o alerta de Dimopoulos em relação a como a invocação de um estado de emergência econômica na ausência de disposições constitucionais positivas e claras sobre o seu funcionamento, cria um contexto jurídico volátil e incerto para as ações do executivo e do legislativo<sup>570</sup>, uma vez que mesmo com a falta de previsão a *exceção acaba por prevalecer*, entretanto, sem ancoragem nos princípios jurídicos fundamentais que informam o *direito de necessidade*, tomando rumos incertos com base em razões autojustificativas<sup>571</sup>.

Ademais, Manuel Hespanha salienta como ponto problemático que, em face da omissão no designe constitucional, as medidas de austeridade contra a emergência econômica se assentam no argumento do “império das circunstâncias” ou ainda, da

---

<sup>568</sup> Cfr. JOSÉ MANUEL G. S. QUELHAS. Ob. Cit., p. 599-605.

<sup>569</sup> Cfr. XENOPHON CONTIADES e ALKMENE FOTIADOU. Ob. Cit., p. 41.

<sup>570</sup> Cfr. ANDREAS DIMOPOULOS. Ob. Cit., p. 502.

<sup>571</sup> Cfr. SUZANA TAVARES DA SILVA. «Sustentabilidade...». Ob. Cit., p. 71.

“exigência dos fatos”, pois apesar dos fatos corresponderem a uma realidade objetiva que fala por si, eles são “o que o homem quiser”, a partir da “leitura” que cada um faz deles<sup>572</sup>.

Não obstante o receio de se constitucionalizar mais uma modalidade de emergência, na qual certos direitos fundamentais podem ser suspensos e a balança de poderes desequilibrada, a necessidade de que o estado de exceção econômico-financeiro exceda o debate e integre o corpo constitucional – intensificada pelos resultados da última experiência – se mostra premente.

A constitucionalização sugerida pela doutrina portuguesa<sup>573</sup> constitui a solução mais conforme à «ideia constitucional», uma vez ser preferível a definição dos pressupostos do estado de exceção, ao invés de ter de recorrer a princípios de necessidade *extraconstitucional ou supraconstitucional*<sup>574</sup> ou de ser o direito e seus parâmetros vigentes na emergência econômica determinados pela Jurisdição Constitucional ou pela *Economia do Medo*<sup>575</sup>, pois como bem salienta Blanco de Moraes, “[...] compete ao político, e não à Justiça, definir o que é exceção financeira, os seus pressupostos, a sua duração e as medidas apropriadas para lhe fazer face”<sup>576</sup>. É também vantajosa para garantir a eficiência das medidas de crise por afastar a ideia de intocabilidade da Supremacia da Constituição e condicionar o controle de constitucionalidade a aceitar a legitimidade de medidas com base na excepcionalidade das circunstâncias<sup>577</sup>.

Da mesma maneira que os regimes de emergência previstos no artigo 19º de CRP figuram como *válvula de segurança* do sistema constitucional, posto que a normalidade alternativa é conformada e balizada pela própria Constituição, de modo a evitar que o direito

---

<sup>572</sup> Cfr. ANTÓNIO MANUEL HESPANHA. Ob. Cit., p. 50.

<sup>573</sup> Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS. *Curso...* Ob. Cit., p. 785. Cfr. ANTÓNIO MARTINS. Ob. Cit., p. 58. Também em Grécia, salientam XENOPHON CONTIADES E IOANNIS A. TASSOPOULOS que crise econômica desencadeou um diálogo acadêmico e político sobre revisão da Constituição que, entre outras reformas, incluiria mudanças para enfrentar essa emergência através, por exemplo, de uma norma de orçamento equilibrado, como sugerido pelos Chefes de Estado ou de Governo da Área do Euro. Ob. Cit., p. 213-214. Como bem salienta GILBERTO BERCOVICI, não obstante a dificuldade do direito constitucional em lidar com a exceção, “[...] a maior parte dos autores vai ser favorável à constitucionalização da exceção, cujo objetivo é racionalizar a proteção extraordinária do Estado, incorporando-a ao ordenamento jurídico”. *Soberania e...* Ob. Cit., p. 37.

<sup>574</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO. Ob. Cit., p. 1085-1086.

<sup>575</sup> Consoante alerta EDUARDO PAZ FERREIRA, a necessidade de positivação de um *direito de crise* também se impõe como garantia, pois a submissão da soberania nacional pelo acordo do Troika implicou o recurso àquilo que se denomina *Economia do Medo*, com influência no contexto europeu ao que cita o autor “Os irlandeses são alertados que se votarem NÃO no referendo não haverá mais dinheiro”. Ob. Cit., p. 133-134.

<sup>576</sup> Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS. *Curso...* Ob. Cit., p. 785.

<sup>577</sup> Cfr. MARIA BENEDITA URBANO. «Estado...». Ob. Cit., p. 9.

de necessidade se situe fora dos quadros do Direito Constitucional<sup>578</sup>, o mesmo é exigido como adequado para tratar da emergência econômica.

Isso não significa que nesses períodos de instabilidade a Constituição não seja aplicada e que não se deva observar os princípios da proteção da confiança, igualdade e, em especial, a proporcionalidade<sup>579</sup>, uma vez que declarar um estado de exceção não corresponde a derrogar o Estado de Direito.

Nessa exegese, como bem salienta Jorge Miranda, as alterações significativas e até as suspensões de normas definidoras de direitos derivados a prestação – desde que em conexão com a declaração formal de um estado de sítio – devem observar quatro *condicionantes* ou *balizas do poder público*, a saber: a garantia de um conteúdo mínimo de direitos sociais e o mínimo de subsistência imposto pela dignidade da pessoa humana; o respeito aos princípios da universalidade, da igualdade e da proporcionalidade; a autorização parlamentar e; a efetuação do controle de constitucionalidade e legalidade das medidas<sup>580</sup>.

Entretanto, o recurso aos parâmetros de fiscalização de constitucionalidade deve ser adequado ao contexto fático, pois se analisados como se diante de períodos de normalidade, consoante apontado em linhas anteriores, leva-se a uma fácil invalidação das medidas necessárias para enfrentar a crise<sup>581</sup>.

É sob esse raciocínio que, consoante Blanco de Moraes, o critério da proporcionalidade como método de controle de medidas restritivas e suspensivas de direitos sociais adotadas ao abrigo da excepcionalidade, deve operar exclusivamente com base no caráter manifesto de eventuais quadros arbitrários de onerosidade sacrificial e, além disso, apenas em associação com outros princípios estruturantes<sup>582</sup>.

Por meio da constitucionalização, à semelhança da previsão de suspensão de direitos, liberdades e garantias nos regimes emergenciais em Portugal e em vários outros Estados europeus, seria possível preconizar nesses moldes a suspensão de direitos sociais<sup>583</sup> como vítimas óbvias das medidas de austeridade, tornando direta a aplicação do princípio

---

<sup>578</sup> Cfr. PAULO OTERO. *Direito Constitucional...* Ob. Cit., p. 126.

<sup>579</sup> Como não deveria deixar de ser, a proporcionalidade como parâmetro em tempos de crise recebe destaque pela doutrina, consoante XENOPHON CONTIADES e FOTIADOU, “[...] its worldwide acceptance as a fundamental doctrine renders it user-friendly for evaluating legislation drafted in line with commitments undertaken at the international level”. Ob. Cit., p. 33. Cfr. SUZANA TAVARES DA SILVA. «Sustentabilidade...». Ob. Cit., p. 63.

<sup>580</sup> Cfr. JORGE MIRANDA. *Direitos Fundamentais...* Ob. Cit., p. 545.

<sup>581</sup> Cfr. XENOPHON CONTIADES e FOTIADOU. Ob. Cit., p. 35.

<sup>582</sup> Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS. *Curso...* Ob. Cit., p. 580 e 784.

<sup>583</sup> Cfr. MARIA BENEDITA URBANO. «Estado...». Ob. Cit., p. 11.

da proporcionalidade – tal qual se verifica no caso português, a propósito do art. 19, n. 4, da CRP – e dispensável a discussão acerca do direito social afetado integrar ou não o núcleo de direitos fundamentais protegido por esse dispositivo.

Ademais, as novas roupagens adquiridas pelos princípios constitucionais sob o argumento da crise – donde deriva-se, por exemplo, a ideia de *relativização de expectativas em face da emergência* – teriam um período determinado de aplicabilidade que, por sua vez, não dependeria da vontade da Jurisdição Constitucional, mas antes do prazo fixado com a declaração do estado de exceção.

A consagração também reduz o risco da normalização de medidas adotadas sob o pretexto da crise, mas com intenção de permanência, posto que, assim como é característico na vigência dos regimes tradicionais de exceção, as soluções legislativas devem ser temporárias<sup>584</sup>.

O mesmo se diz a despeito do risco de normalização de poderes emergenciais econômicos como paradigma de governo, alertado há tempos por Agamben<sup>585</sup>, de maneira que regra e exceção se confundem e, como afirma Bercovici, o estado de exceção deixa de estar a serviço da normalidade, mas essa passa estar a serviço da exceção<sup>586</sup>.

Com o estabelecimento de pressupostos, regras específicas, limites, bem como a fixação do termo inicial e final para a vigência desse *direito da crise*, a concepção descrita por Agamben do estado de exceção como lacuna fictícia aberta no ordenamento que deriva da relação entre a lei existente e a realidade descrita<sup>587</sup> seria, ao menos parcialmente, superada, certificando que a segurança jurídica – como pilar base do Estado de Direito – seja resguardada e que a confiança não se transforme em desconfiança.

---

<sup>584</sup> O risco da normalização não é exclusivo da emergência econômica. Ver a respeito do processo de normalização das medidas antiterroristas: FRANCESCA GALLI. «La legislación antiterrorista en Europa y la normalización de medidas extraordinarias: hacia la prevención, la vigilancia y la seguridad», in MASFERRER, Aniceto (Coord.). *Estado de Derecho y derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo: Una aproximación multidisciplinar (histórica, jurídico-comparada, filosófica y económica)*. 1ª ed. Pamplona: Aranzadi, 2011, p. 403 e ss. Em face do problema da normalização, assinala John Reynolds que respostas extra-constitucionais às crises econômicas podem degradar interesses de liberdade tanto quanto, ou até mesmo mais, do que respostas extra-constitucionais às crises violentas. Cfr. JOHN REYNOLDS. «The Political...». Ob. Cit., p. 87.

<sup>585</sup> Nesse sentido, afirma BENEDITA URBANO que “[...] os poderes de emergência econômico-financeira não devem ser concebidos como um normal instrumento de regulação econômica ou como uma forma de legitimar a imposição de medidas dolorosas e impopulares em tempos apesar de tudo normais”. «Estado...». Ob. Cit., p. 30.

<sup>586</sup> Cfr. GILBERTO BERCOVICI. *Soberania e...* Ob. Cit., p. 328.

<sup>587</sup> Cfr. GIORGIO AGAMBEN. Ob. Cit., p. 31.

Salienta-se que a indeterminabilidade temporal das medidas de austeridade e das novas realidades interpretativas implica em outro perigo, para cuja tentativa de exposição remete-se a uma comparação metafórica importada da Sociedade Big Brother descrita por George Orwell em sua obra 1984.

Ora, na medida em que as soluções legislativas implementadas sob pressuposto da emergência econômica não respeitam a cláusula de transitoriedade e, que a fiscalização de constitucionalidade diferente do habitual não é vinculada a um prazo, torna-se possível ao sabor dos julgadores – a quem parece caber a palavra final sobre a exceção –, que o legislador as introduza por prazo indeterminado e que as sucessivas prorrogações tenham o efeito de incutir no imaginário social a excepcionalidade como normalidade, isto é, como padrão. Assim, com semelhante função a do *Ministério da Verdade*, gradativamente apaga-se das memórias a realidade de um Estado Constitucional garantidor de direitos fundamentais e dos imperativos de segurança jurídica, em que a suspensão desses direitos depende da manutenção da emergência e é sobreposta como natural uma realidade na qual não é possível determinar se nos encontramos diante da regra ou da exceção, da normalidade ou anormalidade, ou ainda, se diante de uma *nova normalidade*.

Sem o intuito de fornecer respostas interpretáveis como pontos de chegada, o presente estudo, sob a perspectiva de instigar futuras discussões, trouxe à baila a relevância da regulamentação constitucional da exceção econômica como medida adequada a garantir o postulado da segurança jurídica do Estado, bem como para a redução dos riscos de concretização, ainda que silenciosa, de poderes e medidas excepcionais se tornarem regra.

Por conseguinte, resta a reflexão sob forma de questionamentos: Deve o leitor da exceção econômica perdurar com sua identidade indeterminada? Pode a leitura dessa emergência continuar a fornecer substrato para interpretações de dimensão temporal incerta e duvidosa? Até quando a crise econômica continuará sem o devido reconhecimento e publicação no livro constitucional da anormalidade? Espera-se que não por muito tempo, pois o seu risco é certo, já sobre as possíveis consequências de novamente se concretizar sem mecanismos adequados não há certeza alguma. Continuarão os Estados a “pagar para ver”?

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. «Emergency Constitution», in *Yale Law Journal*, v. 113, n. 5, 2004, pp. 1029-1091. Disponível em: <[https://www.yalelawjournal.org/pdf/289\\_jz567rmk.pdf](https://www.yalelawjournal.org/pdf/289_jz567rmk.pdf)> Acesso: 25 jan. 2018.

AGAMBEN, Giorgio. *State of Exception*. Tradução: Kevin Attell. Chicago: The University of Chicago Press, 2005.

ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação do Sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*. Vol. II – A construção dogmática. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 2006.

\_\_\_\_\_. «Jurisprudência da Crise. Das questões prévias às perplexidades», in COUTINHO, Luis Pereira; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. *O Tribunal Constitucional e a Crise*. Ensaios Críticos. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 49-68.

AMARAL, Maria Lúcia. *A forma da República*. Uma introdução do estudo ao direito constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

\_\_\_\_\_. «A proteção da confiança», in GOMES, Carla Amado (Org.). *V ENCONTRO DOS PROFESSORES PORTUGUESES DE DIREITO PÚBLICO* (ebook). ICJP, 2012, pp. 21-29. Disponível em: <[https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook\\_encontrodp\\_final2.pdf](https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrodp_final2.pdf)>. Acesso: 05 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. «O princípio da igualdade na Constituição Portuguesa», in MIRANDA, Jorge (coord.). *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando M. Guedes*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 35-57.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. «Algumas reflexões sobre os direitos fundamentais, três décadas depois», in *Anuário português de direito constitucional*, vol. 5, 2006, pp. 121-141

\_\_\_\_\_. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. «Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)», in SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Preira (orgs.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BAPTISTA, Eduardo Correia. «Natureza Jurídica dos Memorandos com o FMI e com a União Europeia», in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 71, II, Abril/Junho, 2011, p. 477-488.

BECK, Ulrich. *Sociedade risco mundial – Em busca da segurança perdida*. Tradução: Marian Toldy e Teresa Toldy. Edições 70. Lisboa: Almedina, 2015.

BERCOVICI, Gilberto. «A expansão do estado de exceção: da garantia da Constituição à garantia do capitalismo», in CUNHA, Luís Pedro; QUELHAS, José Manuel; ALMEIDA, Teresa. *Boletim de ciências económicas – Homenagem ao prof. Doutor António Avelãs Nunes*. Volume LVII. Coimbra, 2014, pp. 737-753.

\_\_\_\_\_. «O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo», in *Boletim de Ciências Económicas*, Volume XLVIII. Coimbra, 2005, pp. 1-9.

\_\_\_\_\_. *Soberania e Constituição: Para uma crítica do constitucionalismo*. 2ª ed. São Paulo: Quartier, 2013.

BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise: ou visitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015.

BRANCO, Ricardo. «Ou sofrem todos, ou há moralidade: Breves notas sobre a fundamentação no Acórdão do Tribunal Constitucional n. 353/2012, de 5 de Julho», in MIRANDA, Jorge. et. al. (Orgs.). *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 329-356.

BREMS, Eva. «The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights», in *Zeitschrift fuer Auslaendisches Oeffentliches Recht und Voelkerrecht*, n. 56, 1996, pp. 230-314.

BRITO, Miguel Nogueira de. «Medida e intensidade do controle da igualdade na jurisprudência», in COUTINHO, Luis Pereira; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. *O Tribunal Constitucional e a Crise*. Ensaios Críticos. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 105-131.

\_\_\_\_\_. «O admirável novo constitucionalismo da sociedade de risco», in GOMES, Carla Amado; TERRINHA, Luis Heleno (Coords.). *In memoriam ULRICH BECK*. Lisboa: ICJP, 2016, pp. 54-76.

\_\_\_\_\_; COUTINHO, Luís Pereira. «A «Igualdade Proporcional», novo modelo de controlo do Princípio da Igualdade? Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013», in *Revista de Direito e Política*, n. 4, 2013, pp. 182-191.

CABRAL, António José. «Artigo 126 do TFUE», in PORTO, Manuel Lopes; ANASTÁCIO, Gonçalo (Coords.). *Tratado de Lisboa: Anotado e Comentado*. Coimbra: Almedina, 2012.

CALDAS, Filipa Lemos; OLIVEIRA, Tomás Arantes e. «A vinculatividade do Memorando de Entendimento da Troika – Em especial, a disciplina orçamental», in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, n. 4, 2012, pp. 163-191.

CÂMARA, Heloísa Fernandes; MOREIRA, Egon Bockmann. «A exceção e a ordem na narrativa constitucional brasileira», in PILATTI, Adriano; et. al. (Orgs.). *O Estado de Exceção e as formas jurídicas*. Ponta Grossa: UEPG Editora, 2017, pp. 213-240.

CAMUS, Geneviève. *L'ÉTAT DE NÉCESSITÉ EN DÉMOCRATIE*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence (Évreux, impr. Hérissey), 1965.

CANAS, Vitalino. «Constituição *prima facie*: igualdade, proporcionalidade, confiança (aplicados ao “corte” de pensões)», in *E-PÚBLICA - REVISTA ELECTRÓNICA DE DIREITO PÚBLICO*, vol. 1, n. 1, 2014, pp. 1-49. Disponível em: <<http://e-publica.pt/volumes/v1n1/pdf/Vol.1-N%C2%BA1-Art.01.pdf>>. Acesso: 20 mai. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. 18 reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

CONDE, Enrique Álvarez. «El Derecho Constitucional y la Crisis», in *Revista de Derecho Político*, n.º 88, 2013, pp. 83-122. Disponível em: <<http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/12792>>. Acesso: 19 mar. 2018.

CONSELHO DA EUROPA. *Guide on Article 15 of the European Convention on Human Rights – Derogation in time of emergency*. Strasbourg, 2016, updated on 30 April 2017. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_15\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_15_ENG.pdf)> Acesso em: 20 jan. 2017.

CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene. «How Constitutions Reacted to the Financial Crisis», in *Constitutions in the global financial crisis: a comparative analysis*. Surrey: Ashgate Publishing Limited, 2013, pp. 9-61.

CONTIADES, Xenophon; TASSOPOULOS, Ioannis A. «The Impact of the Financial Crisis on the Greek Constitution», in *Constitutions in the global financial crisis: a comparative analysis*. Surrey: Ashgate Publishing Limited, 2013, pp. 195-217.

CORREIA, António Damasceno. *Estado de Sítio e de Emergência em Democracia*. Lisboa: Vega, 1989.

CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2016.

COSTA, Ana; CALDAS, José Castro. «A União Europeia e Portugal entre os resgates bancários e a austeridade: um mapa das políticas e das medidas», in *A ANATOMIA DA CRISE: Identificar os problemas para construir as alternativas*. 1 Relatório preliminar do Observatório sobre Crises e Alternativas, 2013, pp. 72-107. Disponível em: <[https://www.ces.uc.pt/ficheiros2/files/Relatorio\\_Anatomia\\_Crise\\_final\\_.pdf](https://www.ces.uc.pt/ficheiros2/files/Relatorio_Anatomia_Crise_final_.pdf)>. Acesso: 19 abr. 2018.

COSTA, Carla Guapo. *Crises Financeiras na Economia Mundial – Algumas reflexões sobre a história recente*. Coimbra: Almedina, 2010.

COUTINHO, Francisco Pereira. «A Natureza Jurídica dos Memorandos da “Troika”», in *Themis*. Ano XIII, n. 24/25, 2013, pp. 147-179.

CRORIE, Benedita Mac. «Os direitos sociais em crise», in GONÇALVES, Pedro; GOMES, Carla Amado; MELO, Helena; CALVÃO, Filipa (coords.). *A crise e o Direito Público*. VI Encontro de Professores portugueses de DIREITO PÚBLICO. Lisboa: ICJP, 2013, pp. 33-45. Disponível em:

<[https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook\\_encontrosdp\\_31out2013a.pdf](https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf)>. Acesso: 20 fev. 2018.

DIMOPOULOS, Andreas. «PIGS and Peals: State of Economic Emergency, Right to Resistance and Constitutional Review in the Context of the Eurozone Crisis», in *Vienna Journal on International Constitutional Law*, vol. 7, 2013, p. 501-520. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2333462](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2333462)>. Acesso: 30 mar. 2018.

FEREJOHN, John; PASQUALE PASQUINO, Pasquale. «The law of the exception: A typology of emergency power», in *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 2, Oxford Academic, 2004, pp. 210-239. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1666&context=cilj>> Acesso: 22 jan. 2018.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2011.

FERREIRA, Carlos Wagner Dias. «A responsabilidade prospectiva como princípio implícito na ordem constitucional brasileira», in *Revista Direito e Liberdade – ESMARN*. Vol. 13, n. 2, 2011, pp. 45-70. Disponível em: <[http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista\\_direito\\_e\\_liberdade/article/view/436](http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/436)> Acesso em: 05 jun. 2018.

FERREIRA, Eduardo Paz. «Endividamento e Soberania Nacional», in GOUVEIA, Jorge Bacelar; PIÇARRA, Nuno (Coords.). *A Crise e o Direito*. Coimbra: Almedina, 2013.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. «A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras», in *Revista de Informação Legislativa*, n. 108, Brasília, 1990, pp. 21-37. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46225/44381>>. Acesso: 20 fev. 2018.

FRANÇA. CONSEIL D'ÉTAT - Notícia publicada em 14/11/2005. Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Etat-d-urgence-rejet-des-demandes-de-suspension-de-l-execution-des-decrets>> Acesso: 25 jan. 2018.

GALLI, Francesca. «La legislación antiterrorista en Europa y la normalización de medidas extraordinarias: hacia la prevención, la vigilancia y la seguridad», in MASFERRER, Aniceto (Coord.). *Estado de Derecho y derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo: Una aproximación multidisciplinar (histórica, jurídico-comparada, filosófica y económica)*. 1ª ed. Pamplona: Aranzadi, 2011, pp. 397-431.

GARDINER, Stephen. «Accepting Collective Responsibility for the Future», in *Journal of Practical Ethics*. Vol. 5, n. 1, 2007, pp. 22-52.

GOLDEN, Gregory K. *Crisis Management during the Roman Republic: The Role of Political Institutions in Emergencies*. 1ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. «Da “Constituição da crise” à “crise da Constituição”» in GOUVEIA, Jorge Bacelar; PIÇARRA, Nuno (Coords.). *A Crise e o Direito*. Coimbra: Almedina, 2013, pp. 179-213.

\_\_\_\_\_. *O Estado de Excepção no Direito Constitucional – Entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1998.

\_\_\_\_\_. *O Estado de Excepção no Direito Constitucional – Entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 1998.

GRAU, Antonio Baylos; PÁRRAGA, Francisco Trillo. *El impacto de las medidas anti-crisis y la situación social y laboral: ESPAÑA*. Comité Económico y Social Europeo, 2013. *El impacto de las medidas anti-crisis y la situación social y laboral: ESPAÑA*. Comité Económico y Social Europeo, 2013, pp. 1-33. Disponível em: <<https://www.eesc.europa.eu/resources/docs/qe-31-12-352-es-c.pdf>>. Acesso: 10 abr. 2018.

GREER, Steven. *The Margin of Appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*. n. 17. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2000. Disponível em: <[https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-17\(2000\).pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-17(2000).pdf)> Acesso: 20 jan. 2018.

GROSS, Oren. «Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?», in *Minnesota Public Law Research Paper*, 2011, p. 1014-1134. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=370800>>. Acesso: 10 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. «Providing for the unexpected: Constitutional Emergency Provision», in *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 33, 2003, pp. 1-31. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=475583](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=475583)> Acesso: 15 nov. 2017.

\_\_\_\_\_; OALÁIN, Fionnuala Ní. *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

HESPANHA, António Manuel. «A revolução neoliberal e a subversão do “modelo jurídico”: Crise, direito e argumentação jurídica», in GOUVEIA, Jorge Bacelar; PIÇARRA, Nuno (Coords.). *A Crise e o Direito*. Coimbra: Almedina, 2013, pp. 21-120.

HM GOVERNMENT (REINO UNIDO). *Non statutory guidance accompanying the Civil Contingencies Act 2004: Emergency Response and Recovery revised version October 2013*. Londres: Crown copyright, 2013. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/publications/emergency-response-and-recovery>> Acesso: 10 dez. 2017.

IRUJO, Embid. *El derecho de las crisis económicas*. Zaragoza: Prensas univesitarias de Zaragoza, 1ª ed., 2009.

KHAKKEE, Anne. *Securing Democracy? A comparative Analysis of Emergency Powers in Europe*. Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces. Policy Paper, n. 30, 2009. Disponível em: <[https://www.files.ethz.ch/isn/99550/pp30\\_anna\\_khakee\\_emergency\\_powers.pdf](https://www.files.ethz.ch/isn/99550/pp30_anna_khakee_emergency_powers.pdf)> Acesso: 20 dez. 2017.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

KORFF, Douwe. *The right to life: A guide of implementation of Article 2 of the European Convention on Human Rights - Human rights handbooks*, n. 8. Bélgica: Conselho da Europa, 2006. Disponível em: <<https://rm.coe.int/168007ff4e>>. Acesso: 02 fev. 2018.

LEAL, Gabriel Prado. «Exceção Econômica e Governo de Crise nas Democracias», in NABAIS, José Calsata; SILVA, Suzana Tavares da (Coords.). *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*. Coimbra: Almedina, 2011, pp. 93-128.

LEBRETON, Gilles. «Les atteintes aux droits fondamentaux par l'état de siège et l'état d'urgence», in *CRDF: Pouvoirs exceptionnels et droits fondamentaux*, n. 6, 2008, pp. 81-92. Disponível em: <<http://www.unicaen.fr/puc/images/crdf0607lebreton.pdf>>. Acesso: 20 jan. 2018.

LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social: a segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos "direitos adquiridos"*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. «Cortes, Pensões e Jurisprudência em tempos de crise: entre o transitório e o permanente», in COUTINHO, Luis Pereira; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. *O Tribunal Constitucional e a Crise*. Ensaios Críticos. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 183-201.

LUSIANI, Nicholas; SAIZ, Ignacio. *Safeguarding human rights in times of economic crisis*. Conselho da Europa, 2013. Disponível em: <<https://rm.coe.int/safeguarding-human-rights-in-times-of-economic-crisis-issue-paper-publ/16806daa3f>>. Acesso: 15 fev. 2018.

MACHADO, Jónatas E. M. «The Sovereign Debt Crisis and the Constitution's Negative Outlook: A Portuguese Preliminary Assessment», in *Constitutions in the global financial crisis: a comparative analysis*. Surrey: Ashgate Publishing Limited, 2013, pp. 219-243.

\_\_\_\_\_; COSTA, Paulo Nogueira da. «O Tribunal de Contas como guardião da Constituição? A relevância constitucional do controle financeiro externo em tempos de crise», in OTERO, Paulo; QUADROS, Fausto de; SOUZA, Marcelo Rebelo de. (Coords.). *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MAQUIAVEL, Nicolau. *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1994.

MARGUÉNAUD, Jean Pierre. *La cour européenne des droits de l'homme*. 6ª ed. Paris: Dalloz, 2012.

MARTINS, António. *A Jurisprudência constitucional sobre as leis do Orçamento do Estado e (in)constitucionalidade do OE2014*. Almedina: Coimbra, 2014.

MEDEIROS, Rui. *A Constituição portuguesa num contexto global*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

\_\_\_\_\_. «Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade», in MIRANDA, Jorge. (Coord.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*. Vol. I. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 657-683.

MERINO, Antonio Giménez. «Legitimar através de la eficacia, normalizar la desigualdade», in PILATTI, Adriano; et. al. (Orgs.). *O Estado de Exceção e as formas jurídicas*. Ponta Grossa: UEPG Editora, 2017, pp. 129-150.

MEYLER, Bernadette A. «Economic Emergency and the Rule of Law», in *DePaul Review*, 2007, Cornell Legal Studies Research Paper, n. 6, pp. 539-567. Disponível em: <[https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1067&context=lsrp\\_papers](https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1067&context=lsrp_papers)>. Acesso: 25 mar. 2018.

MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2016.

\_\_\_\_\_. «Estado Social, Crise Económica e Jurisdição Constitucional», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. LIII, Coimbra Editora, 2012, pp. 255-283.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Constitucional*. Vol. 2, Tomo IV, 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MOMMSEN, Theodor. *Historia de Roma – Livro IV*. Tradução: A. García Moreno. Madrid: Turner Publicaciones, 2003.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. «SOCIALIDADE, SOLIDARIEDADE E SUSTENTABILIDADE: Esboços de um Retrato Jurisprudencial», in LOUREIRO, João Carlos; SILVA, Suzana Tavares da. *A economia social e civil: estudos*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, p. 61-104. Disponível em: <<https://digitalis.uc.pt/pt-pt/livro/economia-social-e-civil-estudos>>. Acesso: 20 mai. 2018.

MORAIS, Carlos Blanco de. «As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso», in *JURISMAT – Revista Jurídica*. Portimão, n. 3, 2013, pp. 55-90.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional. Teoria da Constituição em Tempos de Crise do Estado Social*. Vol. 2, Tomo II, 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2014.

NABAIS, José Casalta. «Da Sustentabilidade do Estado Fiscal», in NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da. *Sustentabilidade Fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011, pp. 11-57.

NEOCLEOUS, Mark. «From Martial Law to the War on Terror», in *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*. University of California Press. Vol. 10, n. 4, 2007, pp. 489-513.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. *Direitos Sociais*. Teoria Jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. *Em defesa do Tribunal Constitucional. Resposta aos críticos*. Coimbra: Almedina, 2014.

\_\_\_\_\_. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

OGILT, Rasmus. *The Metaphysics of Terror: The Incoherent System of Contemporary Politics*. Nova Iorque: Bloomsbury Publishing, 2012.

ORÁA, Jaime. *Human Rights in States of Emergency in International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1992.

OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2010.

\_\_\_\_\_. *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007.

ÖZBUDUN, Ergun. TURHAN, Mehmet. «Emergency Powers», in *Science and technique of democracy. European Commission for democracy through law (Venice Commission)*. Strasbourg, 1995, pp. 1-32. Disponível em: <[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD\(1995\)012-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD(1995)012-e)>. Acesso: 20 dez. 2017.

PEREIRA, Ravi Afonso. «Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público», in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 98, 2013, pp. 317-370. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4391806.pdf>>. Acesso: 01 jun. 2018.

PÉRES, José Luiz Rey. «ARTÍCULO 135: UNA ALTERACIÓN DEL TÍTULO PRELIMINAR (ESTADO SOCIAL) POR LA PUERTA DE ATRÁS», in *Revista Jurídica*

de la Universidad Autónoma de Madrid, n. 24, 2011, pp. 231-245. Disponível em: <<https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/viewFile/5983/6437>>. Acesso: 15 abr. 2018.

PEROBELLI, Fernanda F. C.; VIDAL, Tatiana L; SECURATO, José R. «Avaliando o Efeito Contágio entre Economias durante Crises Financeiras», in *Estudos Econômicos*. Vol. 43, n. 3, São Paulo, 2013, pp. 557-594.

PINTO, Paulo Mota. «A proteção da confiança na “Jurisprudência da Crise”», in COUTINHO, Luis Pereira; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. *O Tribunal Constitucional e a Crise*. Ensaios Críticos. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 133-181

QUELHAS, José Manuel Gonçalves. *Sobre as Crises Financeiras, o Risco Sistemático e a Incerteza Sistemática*. Coimbra: Almedina, 2012.

RAMRAJ, Victor V. «No doctrine more pernicious? Emergencies and the limits of legality», in *Emergencies and the Limits of Legality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 3-30.

REYNOLDS, John. «The Political Economy of States of Emergency», in *Oregon Review of International Law*, vol. 14, 2012, pp. 85-129. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2173535](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2173535)> Acesso: 10 dez. 2017.

RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. «O constitucionalismo dos Princípios», in COUTINHO, Luis Pereira; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. *O Tribunal Constitucional e a Crise*. Ensaios Críticos. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 69-103.

ROBLEDO, Agustín Luiz. «The Spanish Constitution in the Turmoil of the Global Financial Crisis», in *Constitutions in the global financial crisis: a comparative analysis*. Surrey: Ashgate Publishing Limited, 2013, pp. 141-165.

RODRIGUES, Nuno Cunha. «O Memorando da Troika em análise: Apreciação geral», in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, n. 2, ano IV, 2011, pp. 15-67.

ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

ROMANDINI, Fabián Ludueña. «Do homo sacer ao iustitium: deslocamentos na interpretação do direito romano na filosofia de Giorgio Agamben», in *Revista Internacional Interdisciplinar INTERthesis*. Vol. 10, n. 2, 2013, Jul/Dez, pp. 238-262 Florianópolis. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/view/29079>> Acesso: 25 out. 2017.

ROQUE, Miguel Prata. «Juízos precários de constitucionalidade: o Tribunal Constitucional perante a crise do modelo social e o retrocesso de direitos fundamentais», in OTERO, Paulo; QUADROS, Fausto de; SOUZA, Marcelo Rebelo de. (Coords.). *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. Vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 849-896.

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

SAINT-BONNET, François. «L'état d'exception et la qualification juridique», in *CRDF: Pouvoirs exceptionnels et droits fondamentaux*, n. 6, 2008. Disponível em: <<https://www.unicaen.fr/puc/images/crdf0603saintbonnet.pdf>>. Acesso: 20 jan. 2018.

SARAIVA, Rute. *Direito dos Mercados Financeiros – Apontamentos*. 2ª ed. Lisboa: AAFDL, 2015.

SCHEUERMAN, William S. «The Economic State of Emergency», in *Cardozo Law Review*, v. 21, 2000, pp. 869-894. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/cdozo21&div=79&id=&page=>>> Acesso: 10 dez. 2017.

SCHMITT, Carl. *Dictatorship*. Cambridge: Polity Press, Edição Kindle, 2014.

\_\_\_\_\_. *Teologia Política*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

SCOTTO, Giuliana. *Riflessioni su stato di eccezione, diritto internazionale e sovranità*. Roma: Aracne, 2008.

SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. 2ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.

\_\_\_\_\_. «O tetralema do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 88, 2012. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/23213/1/tetralema%20da%20proporcionalidade.pdf>>. Acesso: 10 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. «Sustentabilidade e Solidariedade em tempos de crise», in NABAIS, José Calsata; SILVA, Suzana Tavares da (Coords.). *Sustentabilidade Fiscal em tempos de crise*, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 61-91.

URBANO, Maria Benedita. «A jurisprudência da Crise no Divã. Diagnóstico: Bipolaridade?», in COUTINHO, Luis Pereira; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. *O Tribunal Constitucional e a Crise*. Ensaios Críticos. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 9-48.

\_\_\_\_\_. *Curso de Justiça Constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2016.

\_\_\_\_\_. «Estado de crise económico-financeiro e o papel do Tribunal Constitucional», in GONÇALVES, Pedro; GOMES, Carla Amado; MELO, Helena; CALVÃO, Filipa (coords.). *A crise e o Direito Público*. VI Encontro de Professores portugueses de DIREITO PÚBLICO. Lisboa: ICJP, 2013, pp. 7-31.

<[https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook\\_encontrosdp\\_31out2013a.pdf](https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf)>. Acesso: 10 jan. 2018.

VERGOTTINI, Giuseppe de. «La difícil convivencia entre libertad y seguridad. Respuesta de Las Democracias al Terrorismo», in *Revista de Derecho Político*, n. 61, 2004, pp. 11-36.

VILLALON, Pedro Cruz. *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Madrid: Tecnos, 1984.

VLACHOGIANNIS, Apostolos. «From submission to reaction: The Greek Courts' stance on the financial crisis», in *New Challenges to Constitutional Adjudication in Europe: A Comparative Perspective*. Editado por Zoltán Sente, Fruzsina Gárdos-Orosz. Nova Iorque: Routledge, 2018, pp. 72-88.

ZABALZA, José Ignacio Lacasta. «Portugal y España: El 'Estado de Excepción' por motivos financeiros», in *Boletim de Ciências Económicas – Homenagem ao prof. Doutor António José Avelãs Nunes*. Vol. LVII. Coimbra: Separata, 2014, pp. 1723-1752.

## **LISTA DE LEGISLAÇÕES, NORMAS, DOCUMENTOS E JURISPRUDÊNCIA REFERENCIADOS**

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso: 15 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.868*, de 10 de Novembro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm)>. Acesso: 10 mai 2018.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção Europeia de Direitos do Homem*. Disponível em: <[https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso: 15 dez. 2017.

ESPANHA. *Constituição Espanhola*. Entrada em vigor: 29/12/1978. Disponível em: <[http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion\\_es1.pdf](http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf)>. Acesso: 15 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Congresso dos Deputados: *Segunda Reforma Constitucional*, 2011. Disponível em: <[http://www.congreso.es/consti/constitucion/reforma/segunda\\_reforma.htm](http://www.congreso.es/consti/constitucion/reforma/segunda_reforma.htm)> Acesso: 15 abr. 2018.

FRANÇA. *Constituição da República Francesa*. (Trad. p/ português). Entrada em vigor: 04/10/1958. Disponível em: <[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/portugais/constitution\\_portugais.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf)>. Acesso: 10 jan .2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 55-385*, de 3 de Abril de 1955. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000695350>>. Acesso: 02 fev. 2018.

GRÉCIA. *Constituição Grega de 1975*. (Trad. p/ inglês). Disponível em: <<https://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/f3c70a23-7696-49db-9148-f24dce6a27c8/001-156%20agliko.pdf>>. Acesso: 27 jan. 2018.

NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos*. Disponível em: <[http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2\\_pacto\\_direitos\\_civis\\_politicos.pdf](http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf)>. Acesso: 23 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. *Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais*. Disponível em: <[http://www.dge.mec.pt/sites/default/files/ECidadania/educacao\\_para\\_a\\_Defesa\\_a\\_Seguranca\\_e\\_a\\_Paz/documentos/pacto\\_internacional\\_sobre\\_direitos\\_economicos\\_sociais\\_culturais.pdf](http://www.dge.mec.pt/sites/default/files/ECidadania/educacao_para_a_Defesa_a_Seguranca_e_a_Paz/documentos/pacto_internacional_sobre_direitos_economicos_sociais_culturais.pdf)>. Acesso: 23 jan. 2018.

PARLAMENTO EUROPEU. Regulamento (EU) n. 407/2010 do Conselho, de 11 de Maio de 2010 que cria um mecanismo europeu de estabilização financeira. Disponível em: <<http://ftp.infoeuropa.euroid.pt/files/database/000043001-000044000/000043782.pdf>> Acesso: 09 mai. 2018.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional – TC, 2ª Secção, *Acórdão n.º 287/1990*, Relator: Conselheiro Sousa e Brito. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900287.html>> Acesso: 07 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional – TC, Plenário, *Acórdão n.º 806/1993*, Relator: Conselheiro António Vitorino. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930806.html>> Acesso: 17 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional – TC, 1ª Secção, *Acórdão n.º 367/1999*, Relatora: Conselheira Maria Helena Brito. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990367.html>> Acesso: 22 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional – TC, Plenário, *Acórdão n. 184/2008*, Relatora: Conselheira Maria Lúcia Amaral. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080184.html>> Acesso: 22 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional – TC, 3ª Secção, *Acórdão n.º 128/2009*, Relatora: Conselheira Maria Lúcia Amaral. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090128.html>>. Acesso: 11 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional – TC, Plenário, *Acórdão n.º 399/2010*, Relatora: Conselheira Ana Guerra Martins. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100399.html>>. Acesso: 12 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional – TC, Plenário, *Acórdão n.º 396/2011*, Relator: Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>>. Acesso: 15 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional – TC, Plenário, *Acórdão n.º 353/2012*, Relator: Conselheiro João Cura Mariano. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>>. Acesso: 09 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional – TC, Plenário, *Acórdão n.º 187/2013*, Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>>. Acesso: 15 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional – TC, Plenário, *Acórdão n.º 862/2013*, Relator: Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130862.html>>. Acesso: 15 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional – TC, Plenário, *Acórdão n.º 413/2014*, Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140413.html>>. Acesso: 20 mai 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional – TC, Plenário, *Acórdão n.º 574/2014*, Relator: Conselheiro João Pedro Caupers. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140574.html>> Acesso: 19 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Portuguesa*. Entrada em vigor: 25/04/1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso: 20 nov. 2017.

REINO UNIDO. *Emergency Response and Recovery revised version October 2013*. Londres: Crown copyright, 2013. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/publications/emergency-response-and-recovery>>. Acesso: 28 jan. 2018.

TEDH. Queixa n.º 5310/71. *Ireland vs. United Kingdom*, julgamento em 18/01/1976. Disponível: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-181585>>. Acesso: 22 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Queixa n.º 332/57. *Lawless vs. Ireland*, julgamento: 01/07/1961. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%22332/57%22%5D%7D>> Acesso: 01 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Queixas n.º 62235/12 (*Augusto da Conceição Mateus v. Portugal*) e n.º 57725/12 (*Lino Jesus Santos Januário v. Portugal*), Julgamento conjunto: 08/10/2013. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-128106%22%5D%7D>>. Acesso: 15 mai. 2018.