

REVISTA DA  
FACULDADE DE DIREITO DA  
UNIVERSIDADE DE LISBOA

---

LISBON LAW REVIEW



ANO LXI

2020

NÚMERO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO  
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA  
Periodicidade Semestral  
Vol. LXI (2020) 2

LISBON LAW REVIEW

---

#### COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)  
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)  
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)  
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)  
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)  
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)  
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)  
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)  
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)  
Marco António Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)  
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)  
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)  
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

---

#### DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

---

#### COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota  
Catarina Monteiro Pires  
Rui Tavares Lanceiro  
Francisco Rodrigues Rocha

---

#### SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

---

#### PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

---

#### EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

---

ISSN 0870-3116

---

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Março, 2021

- **M. Januário da Costa Gomes**  
9-12 Editorial

## ESTUDOS DE ABERTURA

- **Miguel Teixeira de Sousa**  
15-52 A prova ilícita em processo civil: em busca das linhas orientadoras  
*The Exclusionary Rule in Civil Procedure: In Search of some Guidelines*

- **Pierluigi Chiassoni**  
53-78 *Common Law Positivism Through Civil Law Eyes*

## ESTUDOS DOUTRINAIS

- **Alfredo Calderale**  
81-119 *The Forest Law e The Charter of the Forest ai tempi di Enrico III Plantageneto*  
*The Charter of the Forest at the time of Henry III Plantagenet*

- **Aquilino Paulo Antunes**  
121-153 Vacinas para a Covid-19: aspectos para reflexão  
*Vaccines against Covid-19: Issues to Consider*

- **Catarina Monteiro Pires | José Maria Cortes**  
155-180 Breves notas sobre o contrato de concessão comercial angolano  
*Brief notes about the Angolan commercial concession contract*

- **Catarina Salgado**  
181-203 Breves notas sobre a arbitragem em linha  
*Brief notes on online arbitration*

- **Diogo Costa Gonçalves | Diogo Tapada dos Santos**  
205-230 Juros moratórios, indemnização e anatocismo potestativo  
*Moratory interest, compensation and compulsory capitalisation of interest*

- **Elsa Dias Oliveira**  
231-255 A proteção de passageiros aéreos no âmbito de viagens organizadas  
*Air passengers protection in package travel arrangements*

- **Francisco José Abellán Contreras**  
257-288 Los efectos de la enfiteusis en los reinos peninsulares durante la Baja Edad Media: reflexiones sobre los derechos y obligaciones de las partes contratantes  
*The effects of emphyteusis in the peninsular kingdoms during the Late Middle Ages: reflections on the rights and obligations of the contracting parties*

- **Francisco Rodrigues Rocha**  
289-316 Seguro desportivo. Cobertura de danos não patrimoniais?  
*Sports insurance. Non-financial losses cover?*
- **Georges Martyn**  
317-346 O juiz e as fontes formais do direito: de “servo” a “senhor”? A experiência belga (séculos XIX-XXI)  
*The judge and the formal sources of law: from “slave” to “master”? The belgian experience (19th-21th centuries)*
- **Hugo Ramos Alves**  
347-383 Breves notas sobre o penhor financeiro  
*Brief notes on the financial pledge*
- **Ino Augsburg**  
385-414 *Concepts of Legal Control and the Distribution of Knowledge in the Administrative Field*
- **João de Oliveira Geraldés**  
415-446 Sobre a promessa pública  
*On Promises of Rewards*
- **Miguel Patrício**  
447-477 Análise Económica do Risco aplicada à Actividade Seguradora  
*Economic Analysis of Risk applied to the Insurance Activity*
- **Miguel Angel Morales Payan**  
479-506 La vigilancia del ‘estado honesto’ de la mujer por la justicia almeriense durante la crisis del Antiguo Régimen  
*Surveillance of ‘women’s honesty’ by Almeria justice during the crisis of the Ancien Regime*
- **Nuno Ricardo Pica dos Santos**  
507-550 O auxílio do colaborador de justiça em Portugal: uma visão jurídico-policia  
*The contribution of the collaborator of justice in Portugal: a legal-police approach*
- **Pedro Infante Mota**  
551-582 Migração económica, a última fronteira  
*Economic migration, the last frontier*

————— **Pedro Romano Martinez**  
583-607 Diferentes vias de prossecução da justiça na aplicação do direito  
*Different ways to pursuit justice in the application of the Law*

————— **Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde**  
609-627 Empreitada de bens imóveis e relações de consumo  
*The consumer law on real estate contracts*

————— **Rui Pinto**  
629-646 Oportunidade processual de interposição de apelação à luz do artigo 644.º CPC  
*The timing for filing an appeal under the art. 644 of Portuguese Civil Procedure Code*

————— **Rute Saraiva**  
647-681 A interpretação no momento ambiental  
*Interpretation in the environmental moment*

## JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

————— **Filipe Afonso Rocha**  
685-707 Um balanço possível entre o poder dos conceitos e o preço do sistema – Comentário ao acórdão do TJUE, de 12 de outubro de 2017, Proc. C-218/16 (Kubicka)  
*A Possible Balance between the Power of Concepts and the Price of the System – Commentary on the ECJ Judgment of October 12, 2017, Case C-218/16 (Kubicka)*

————— **Rui Soares Pereira | João Gouveia de Caires**  
709-728 Decisão de isolamento profilático como privação da liberdade passível de *habeas corpus*? – breve comentário ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11.11.2020  
*Prophylactic isolation decision as a deprivation of freedom admissible for habeas corpus? – brief comment on the judgment of the Lisbon Court of Appeals of 11.11.2020*

## VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

————— **Diogo Pereira Duarte**  
731-737 Arguição da Tese de Doutoramento de Rui Alberto Figueiredo Soares sobre o tema “A exceção de não cumprimento e o direito de retenção no contrato de empreitada”  
*Intervention in the public examination of Rui Alberto Figueiredo Soares’ doctoral thesis on the subject: “exception of non-performance and right of lien in the Construction Contract”*

————— **Francisco Paes Marques**  
739-742 Sérvulo Correia – Mestre da Escola de Lisboa de Direito Público  
*Sérvulo Correia – Master of the Lisbon Public Law School*

————— **Gonçalo Sampaio e Mello**  
743-751 Em torno das Salas-Museu da Faculdade de Direito de Lisboa – “Sala Professor Marcello Caetano” e “Sala Professor Paulo Cunha”  
*On The Museum-Chambers of the Law School of the University of Lisbon – Professor Marcello Caetano and Professor Paulo Cunha Chambers*

————— **Rui Soares Pereira**  
753-772 Arguição da Tese de Doutoramento apresentada por Felipe Teixeira Neto – *Responsabilidade objetiva e dano: uma hipótese de reconstrução sistemática*  
*Cross-examination of the PhD Thesis presented by Felipe Teixeira Neto – Strict liability and damage: a hypothesis of systematic reconstruction*

#### LIVROS & ARTIGOS

————— **Isabel Graes**  
775-782 Recensão à obra *Inamovilidad, interinidad e inestabilidad*, de Pedro Ortego Gil

————— **José Lamego**  
783-784 Recensão à obra *Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers*, de Thomas Olechowski

————— **Miguel Nogueira de Brito**  
785-795 Recensão à obra *Ausnahmeverfassungsrecht*, de Anna-Bettina Kaiser

# Recensão à obra *Ausnahmerechtsverfassungsrecht*, de Anna-Bettina Kaiser

Miguel Nogueira de Brito\*

**Identificação da Obra:** ANNA-BETTINA KAISER, *Ausnahmerechtsverfassungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020, pp. XV-416.

**Resumo:** O livro de Anna-Bettina Kaiser com o título *Ausnahmerechtsverfassungsrecht* (Direito constitucional da exceção) propõe nada menos do que a inversão da máxima “*Necessitas legem non habet*”, ou “*Not kennt kein Gebot*”, isto é, a necessidade não conhece lei. Em vez disso, a autora propõe-se reconstruir o direito constitucional alemão da exceção sob o lema “*Necessitas legem habet*”, ou “*Not kennt Gebot*”, isto é, a necessidade tem uma lei, e esta é a lei dos direitos fundamentais. Para além de situar o problema da exceção no contexto da teoria e da filosofia do direito, a autora realça a especificidade, no contexto das demais experiências constitucionais, do direito constitucional alemão sobre os estados de exceção, tendo como pano de fundo a experiência fatídica da prática do artigo 48.º da Constituição de Weimar. Para o efeito, estabelece uma contraposição entre modelos dos estados de exceção que envolvem a suspensão dos direitos fundamentais e modelos que apenas admitem a respetiva restrição, de que a atual

**Abstract:** Anna-Bettina Kaiser’s book with the title *Ausnahmerechtsverfassungsrecht* (Constitutional law of the exception) proposes nothing less than the inversion of the classic sentence “*Necessitas legem non habet*”, or “*Not kennt kein Gebot*”, that is, necessity knows no law. Instead, the author proposes to reconstruct the German constitutional law of the exception under the motto “*Necessitas legem habet*”, or “*Not kennt Gebot*”, necessity has a law, and this is the law of fundamental rights. In addition to situating the problem of exception in the context of the theory and philosophy of law, the author highlights the specificity of German constitutional law on states of exception in the context of other western constitutional experiences. The main reason for this specificity is, of course, the fateful experience of the practice of Article 48 of the Weimar Constitution. The author establishes a contrast between models of states of exception that involve the suspension of fundamental rights and models that only admit the respective restriction, of which the current German

\* Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Alameda da Universidade, Lisboa, 1649-014, Portugal. miguelbrito@fd.ulisboa.pt.

Constituição alemã se afirma como o exemplo paradigmático. Na construção dogmática deste último a que procede atribui um papel fundamental ao princípio da intangibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais, que permitiria, pelo menos neste contexto, uma tutela mais eficaz do que a assegurada pelo princípio da proporcionalidade.

**Palavras chave:** Estados de exceção; direito constitucional; princípio da proporcionalidade, conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Constitution would be the paradigmatic example. In the dogmatic construction of the model of restriction a fundamental role is given to the principle of intangibility of the essential core of fundamental rights, which would allow, at least in this context, a more effective protection than the one ensured by the principle of proportionality.

**Keywords:** States of exception; constitutional law; proportionality principle; essential core of fundamental rights.

**Sumário:** 1. Introdução: a conquista da exceção pela dogmática jurídico-constitucional; 2. Sentido geral do argumento desenvolvido em *Ausnahmeverfassungsrecht*; 3. O modelo da suspensão e o modelo da restrição; 4. A construção dogmática do modelo da restrição, em especial o «*direito constitucional da exceção negativo*»; 5. Reflexão final: monismo ou dualismo no tratamento jurídico das exceções.

## 1. Introdução: a conquista da exceção pela dogmática jurídico-constitucional

O livro *Ausnahmeverfassungsrecht* de Anna-Bettina Kaiser, professora de direito público e teoria do direito na Universidade Humboldt de Berlim, foi publicado este ano, imediatamente antes do alastramento da pandemia do Covid-19 por toda a Europa. O livro corresponde à tese de habilitação da autora e versa, como o título revela, sobre o direito constitucional da exceção. Apesar de ser anterior à atual pandemia, e por isso não considerar os múltiplos desenvolvimentos que aquela tem suscitado no plano das situações de exceção por todo o mundo, nem por isso a obra perdeu atualidade. A razão para tal é fácil de indicar: para além dos importantes contributos no plano da história e da teoria do estado constitucional de exceção, o livro de Anna-Bettina Kaiser destaca-se pelos desenvolvimentos no plano da dogmática do direito constitucional sobre as situações de exceção. Este aspeto é, desde logo, revelador da orientação geral do pensamento de Kaiser sobre o problema dos estados de exceção no direito constitucional: estes não devem ser encarados como envolvendo uma dimensão política extraordinária que os coloca à margem das restrições decorrentes dos direitos fundamentais e do controlo judicial, mas antes como sujeitos a tais restrições e controlo, precisamente como sucede nas situações “normais”.



É, pois, a vertente dogmática do livro de Kaiser que irá merecer maiores desenvolvimentos nesta recensão, pois é ela que permite encarar sob uma nova perspectiva o tema da exceção, no fundo a perspectiva dos princípios que estruturam a nossa compreensão dos direitos fundamentais.

## 2. Sentido geral do argumento desenvolvido em *Ausnahmeverfassungsrecht*

É certamente sintomático que Anna-Bettina Kaiser aponte, logo na introdução do seu livro, sete teses bem-estabelecidas sobre o direito constitucional da crise (pp. 24 ss.). Tais teses são, de resto, apresentadas, não como específicas do direito constitucional alemão, mas como *topoi* de âmbito mais geral: a primeira inscrita na consciência jurídica desde há séculos e resumida na conhecida máxima «*necessitas non habet legem*», as restantes resultantes de elaborações dominantes na teoria do direito constitucional efetuadas a partir de acontecimentos mais recentes.

As teses em causa são as seguintes: (i) não é possível submeter inteiramente a normas jurídicas as situações de crise: a normatividade pressupõe a normalidade, enquanto a necessidade não conhece nenhum comando; (ii) em estado de exceção não existem direitos fundamentais indispensáveis e intocáveis; (iii) a necessidade é a hora do executivo; (iv) os tempos de crise envolvem um “legiscídio”, em que os parlamentos se tornam inoperantes; (v) as situações de crise são caracterizadas por uma atitude de extraordinária deferência do poder judicial perante o executivo; (vi) um sistema político moderno, enfrentando problemas complexos que exigem uma especialização substancial, pode exigir uma série de «*ditadores de fato*» em situações de crise, precisamente porque a natureza das crises pode ser diferente, o que significa, por exemplo, que o Banco Central Europeu possa ser um decisor fulcral na crise do Euro, mas não ter qualquer papel relevante na luta contra o terrorismo<sup>1</sup>; (vii) existe uma tendência para a normalização da situação de exceção, de acordo com a qual a exceção se torna a regra.

O livro de Anna-Bettina Kaiser pretende pôr em causa estas teses mais ou menos generalizadamente aceites e, desse modo, integrar o tema da exceção no património da normatividade constitucional. O modo como persegue esse objetivo assenta em dois aspetos essenciais: a diferenciação clara entre um modelo de exceção assente na suspensão dos direitos fundamentais e um modelo que opera através

---

<sup>1</sup> A autora tem aqui em vista a ideia de «*ditadura distribuída*» desenvolvida por Sanford Levinson e Jack Balkin em relação aos sistemas de governança multinível (cf. “Constitutional Dictatorship: Its Dangers and Its Design”, *Minnesota Law Review*, Vol. 94, 2009/2010, p. 1841).

da respetiva restrição, como sucede nos tempos normais (pp. 210 ss., 221 ss.); o desenvolvimento de uma dogmática jurídico-constitucional da exceção (pp. 226 ss.).

### 3. O modelo da suspensão e o modelo da restrição

Importa começar por reconhecer que a Lei Fundamental alemã prevê, como qualquer outra, as situações de emergência clássicas: as emergências internas (artigo 91), o estado de guerra (artigo 115a) e as catástrofes naturais [artigo 35, (2) e (3)]. Simplesmente, as disposições correspondentes limitam-se, de um modo geral, a regular os pressupostos destes diferentes estados de exceção e a autorizar a mobilização de forças policiais entre os diferentes *Länder* e o Estado Federal, sem atribuir aos órgãos constitucionais o poder de suspender os direitos fundamentais. Uma vez declarados estes estados de exceção, as autoridades, em especial o executivo, têm de lidar com as situações de crise através da lei e apenas a lei pode restringir os direitos fundamentais em tais situações, como sucede nos tempos normais.

Este tratamento da exceção na Constituição alemã tem certamente as suas raízes históricas nos abusos, com os resultados conhecidos, do recurso ao estado de exceção previsto no artigo 48, n.º 2, da Constituição de Weimar de 1919, cujo texto dispunha o seguinte: «*Caso a segurança e a ordem públicas sejam perturbadas ou ameaçadas no Reich alemão, o presidente do Reich pode tomar as medidas necessárias para as restaurar, se necessário com a ajuda das forças armadas. Para tanto, poderá, temporariamente, suspender total ou parcialmente os direitos fundamentais instituídos nos artigos 114 [liberdade da pessoa], 115 [inviolabilidade do domicílio], 117 [sigilo postal, de telégrafo e telefone], 118 [liberdade de expressão e imprensa], 123 [liberdade de reunião], 124 [liberdade sindical] e 153 [propriedade]*».

Contra a experiência fatídica desta disposição (pp. 145 ss., 248 ss.), Kaiser sustenta que «*a suspensão não é uma parte necessária do estado de emergência. (...) o estado de emergência tem como consequência legal um regime jurídico especial e, nessa medida, uma multinormatividade – nada mais e nada menos*» (p. 62). Como alternativa ao modelo da suspensão, a Lei Fundamental de 1949 atestaria a possibilidade de um direito de emergência assente no modelo da restrição. A estruturação do direito da emergência constitucional com base no modelo da restrição assenta no pressuposto de que em «*situações excecionais o legislador e o executivo devem atuar com base na Constituição, o que os deixa submetidos às regras previstas nesta última sobre restrições de direitos fundamentais. Todavia, as regras constitucionais sobre limitação de direitos, simples ou qualificadas, não distinguem entre tempos normais e tempos excecionais*» (p. 227).

A estruturação dos estados de exceção constitucionais com base na contraposição entre as categorias da suspensão e da restrição, apesar de se revelar de extrema utilidade na exposição dos diferentes textos constitucionais, numa perspectiva simultaneamente histórica e de direito comparado, não deixa de suscitar algumas questões.

Em primeiro lugar, coloca-se a questão de saber que sentido tem ainda falar de “exceção” num modelo puro da restrição de direitos. Na verdade, sustentar que se deve lidar com as situações de emergência através somente da restrição dos direitos tem como consequência que não existem exceções no sentido de tempos e espaços em que a norma não tem aplicação. Mas, nesse caso, não deverá simplesmente aceitar-se a liquidação da exceção? E é possível essa liquidação?

Como adiante se verá, a avaliação da atuação do legislador em face de situações de crise com base no princípio da proporcionalidade não deixa antever grandes perspectivas para uma resposta inequivocamente afirmativa a estas questões. Anna-Bettina Kaiser tem certamente presente a máxima «*necessitas non habet legem*» (pp. 27-28), mas valeria a pena, porventura, refletir aqui numa formulação mais completa da mesma: «*Quia enim necessitas non habet legem, sed ipsa sibi facit legem*»<sup>2</sup>. A necessidade faz a sua própria lei, o que é particularmente visível no modo como se mostra capaz de conformar o princípio da proporcionalidade à luz das exigências de uma situação de emergência.

Em segundo lugar, mesmo aceitando-se a contraposição entre um modelo da exceção e um modelo da restrição, a mesma deve permanecer no plano dos «*tipos ideais*»<sup>3</sup>, em vez de estar na base de configurações positivamente vigentes do direito de emergência mutuamente exclusivas. O que acaba de ser dito significa que, na realidade, os direitos de emergência em vigor envolvem quase sempre uma conjugação de aspetos que relevam de ambos os modelos. Assim, sistemas constitucionais que consagram no plano constitucional o modelo da suspensão não podem deixar de

---

<sup>2</sup> Sobre as origens deste brocardo, cf. Franck Roumy, “L’origine et la diffusion de l’adage canonique *Necessitas non habet legem* (viii-xiii),” in Wolfgang Müller e Mary Sommar Medieval (orgs.), *Church Law and the Origins of the Western Legal Tradition: A Tribute to Kenneth Pennington*, Catholic University of America Press, Washington, 2006, pp. 301-19, esp. 302, nota 11.

<sup>3</sup> A autora recorre à terminologia weberiana referida no texto, mas para distinguir entre duas posições históricas básicas, encaradas como tipos ideais: a defesa de uma ampla legalização do estado de emergência e a sua localização fora do sistema jurídico (p. 89). Estas duas posições correspondem fundamentalmente às abordagens diferenciada e extrajurídica a que me refiro em Miguel Nogueira de Brito, “Modelos de Emergência no Direito Constitucional”, *e-Pública* Vol. 7 No. 1, Abril 2020 (006-026), p. 9, nota 3, disponível em <https://www.e-publica.pt/volumes/v7n1/pdf/a2n1v7.pdf>, último acesso em 23 de dezembro de 2020.

introduzir aspetos do modelo da restrição. A Constituição portuguesa é um bom exemplo disso mesmo. O artigo 19.º configura os estados de sítio e de emergência como envolvendo a suspensão de direitos fundamentais sem que isso exclua a consagração de regimes legais que visam fazer face a situações de crise através da restrição de direitos fundamentais, como sucede, por exemplo, com a Lei de Bases da Proteção Civil. A necessidade desta convivência resulta, desde logo, da duração restrita dos estados de emergência segundo o artigo 19.º, n.º 5, da Constituição (15 dias, sem prejuízo da possibilidade de renovação). De resto, é precisamente na circunstância da existência de um modelo de suspensão não dispensar a necessidade de convívio com um modelo de restrição que reside o grande interesse do livro de Anna-Bettina Kaiser para os constitucionalistas portugueses.

O direito alemão, por seu turno, não deixa de consagrar também algumas manifestações do modelo da suspensão como sucede em virtude de alterações recentes da Lei de Proteção contra as Infecções, de 2000<sup>4</sup>.

Finalmente, em terceiro lugar, apesar de o modelo da restrição em si mesmo considerado parecer envolver a eliminação da exceção, como atrás se referiu, Anna-Bettina Kaiser afirma, no entanto, que «*deve ser corrigida a suposição de que a Lei Fundamental não incluía qualquer direito constitucional excepcional quando foi criada*» (p. 154). Tal direito constitucional de exceção corresponde, segunda a autora, às disposições constitucionais sobre a designada «*democracia militante*» («*Wehrhaften Demokratie*»). Assim, o artigo 10 (2) da Lei Fundamental prevê que se a restrição legislativa à inviolabilidade da correspondência e telecomunicações servir para proteger a ordem básica livre e democrática, ou a existência ou segurança da Federação ou de um *Land*, a lei pode prever que a pessoa afetada não seja informada da restrição e que o recurso aos tribunais seja substituído por um revisão do caso por agências auxiliares indicadas pelo legislativo; o artigo 11 (2) prevê a restrição da liberdade de movimento para evitar um perigo iminente para a existência ou a ordem básica livre e democrática da Federação ou de um *Land*, para combater o perigo de uma epidemia, para responder a um acidente grave ou desastre natural, para proteger os jovens de negligência grave ou para prevenir um crime; o artigo 18 prevê a perda de determinados direitos fundamentais (a liberdade de expressão,

---

<sup>4</sup> Assim, o número 2 do parágrafo 5 da lei referida no texto atribui ao membro do governo federal responsável pela área da saúde a competência para adotar medidas que comportam exceções a determinadas leis federais, suspendendo assim a aplicação destas últimas durante a designada «*situação epidémica de âmbito nacional*»: cf. Hans-Joachim Lutz, *Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen – Kommentar*, 2.ª ed., C. H. Beck, München, 2020, pp. 18 ss.

em particular a liberdade de imprensa, a liberdade de ensino, a liberdade de reunião, a liberdade de associação, a privacidade da correspondência, correios e telecomunicações, os direitos de propriedade ou o direito de asilo), a declarar pelo Tribunal Constitucional, em virtude de abuso dos mesmos com o propósito de combater a ordem básica livre e democrática; o artigo 21 (2) prevê que os partidos que atuem com o propósito de minar a ordem básica livre e democrática serão inconstitucionais; o artigo 79 (3) proíbe revisões da Constituição que ponham em causa os princípios da dignidade humana, do Estado social e democrático e da separação de poderes; o artigo 87a consigna que, com o propósito de evitar um perigo iminente para a existência ou ordem básica livre e democrática da Federação ou de um *Land*, o Governo Federal, verificadas certas condições, pode empregar as Forças Armadas para apoiar a Polícia e a Polícia Federal de Fronteira na proteção de bens civis e no combate a insurgentes armados organizados; o artigo 91 (1) prevê a emergência interna em virtude de um perigo eminente para a ordem básica livre e democrática.

Esta última disposição mostra bem a conexão entre o conceito de «*ordem básica livre e democrática*» e o estado de exceção (p. 156). Para além disso, «*uma regulação do estado de exceção tradicional parece ser dispensável quando as disposições constitucionais permitem uma ação preventiva com antecedência. Desta forma, a ocorrência do estado de emergência poderia, em última instância, ser evitada. É, portanto, plausível encarar a regulação da democracia militante como o início do Estado de prevenção*» (p. 157). Finalmente, a conexão e substituíbilidade entre estado de exceção e democracia militante é reforçada na medida em que a perda de direitos fundamentais nos termos do artigo 18 da Lei Fundamental seja interpretada como uma suspensão constitucional de carácter individual e excepcional em vez da suspensão geral e abstrata dos direitos fundamentais decorrente do estado de emergência (pp. 158, 243). De resto, esta evolução do direito constitucional da exceção não terá passado despercebida ao próprio Carl Schmitt (o seu grande teórico durante a vigência da Constituição de Weimar), segundo o qual, em face das disposições constitucionais mencionadas, «*o estado de emergência clássico surge agora como algo antiquado, em resultado da introdução de procedimentos legais para a perda de direitos fundamentais e declarações de ilegalidade de partidos*» (cit. na p. 159).

A democracia militante significa uma reconceptualização do estado de exceção, passando a acentuar o seu carácter preventivo, e mesmo proactivo, para além do carácter repressivo e reativo<sup>5</sup>. Com a figura da democracia militante o estado de

---

<sup>5</sup> Este aspeto é bem evidenciado por Jan-Werner Müller, quando afirma que «“Democracia militante” – às vezes também chamada de “democracia defensiva” ou “democracia combativa” – refere-se à ideia de um regime democrático que está disposto a adotar medidas preventivas e liberais *prima*

exceção torna-se um instrumento de prevenção de perigos e gestão de riscos. Sob esta perspetiva, a democracia militante é um complemento do modelo da restrição. O que acaba de ser dito não significa que os instrumentos da democracia militante não possam também ser introduzidos em constituições que consagrem um modelo de suspensão de direitos em situações de emergência<sup>6</sup>. Mas significa, certamente, que o modelo da restrição, ao pressupor que nenhuma situação de crise pode justificar a suspensão dos direitos fundamentais, deve envolver uma proteção adicional contra situações suscetíveis de pôr em perigo a ordem democrática constitucional.

Simplesmente, com a introdução desta proteção dá-se também a introdução daqueles que poderão ser considerados como casos extremos da exceção, que consistem na previsão da possibilidade de perda de determinados direitos fundamentais, prevista no artigo 18 da Lei Fundamental alemã, e na proibição de partidos políticos, a que se refere o artigo 21. Com estas possibilidades não estamos certamente perante a «*inclusão da exclusão*», em que a ordem jurídica regula ela própria a sua possibilidade de suspensão, como sucede com o estado de sítio e de emergência previsto no artigo 19.º da nossa Constituição, nem tão pouco com a mera «*exclusão da exclusão*», como preconiza o modelo da restrição, em que se exclui a possibilidade de a ordem jurídica não ser aplicável em determinados casos. Diferentemente, estamos perante a possibilidade de «*exclusão da inclusão*», em que determinados direitos fundamentais genericamente reconhecidos são abolidos em relação a determinadas pessoas<sup>7</sup>. Isto não é posto em causa, de resto, pela circunstância de o artigo 18 da Lei Fundamental não prever a exclusão de um indivíduo da ordem jurídica, mas apenas a perda de determinados direitos fundamentais, na sequência de decisão do Tribunal Constitucional Federal (p. 312)<sup>8</sup>.

---

*facie* para evitar que aqueles que pretendem subverter a democracia com meios democráticos destruam o regime democrático» [cf. “Militant Democracy”, in Michel Rosenfeld e András Sajó (org.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 1253].

<sup>6</sup> Basta pensar, a este propósito, na proibição de associações armadas ou de tipo militar, militarizadas ou paramilitares, de organizações racistas ou que perfilhem a ideologia fascista, prevista no artigo 46.º, n.º 4, da Constituição.

<sup>7</sup> Em que medida se pode ainda afirmar que os direitos fundamentais atingidos são deste modo restringidos, ou simplesmente suprimidos, é matéria que pode ser discutida, mas não nos limites da presente recensão [cf. Markus Thiel, “Germany”, in Markus Thiel (org.), *The ‘Militant Democracy’ Principle in Modern Democracies*, Ashgate, Farnham, 2009, p. 138; idem, “Die Verwirkung von Grundrechten gemäss Art. 18 GG”, in idem (org.), *Wehrhafte Demokratie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, pp. 145 ss.].

<sup>8</sup> Como bem nota Anna-Bettina Kaiser, ao discutir a tese do direito penal do inimigo desenvolvida por Günther Jakobs.

O que acaba de ser dito não significa, todavia, que não seja possível distinguir entre estes instrumentos da democracia militante e a suspensão de direitos fundamentais. Assim, em particular quanto à possibilidade de perda de direitos fundamentais, esta existe a todo o tempo e não apenas nos períodos em que é declarado um estado de exceção; para além disso, como já referido, a perda de direitos fundamentais existe apenas em situações concretas e individuais; finalmente, quem decide da perda de direitos fundamentais é o Tribunal Constitucional Federal e não o executivo (pp. 242-243). Permanece, todavia, como aspeto certamente problemático da democracia militante a introdução da distinção entre amigo e inimigo no seio do Estado democrático constitucional.

#### 4. A construção dogmática do modelo da restrição, em especial o «*direito constitucional da exceção negativo*»

Conforme já referido, o grande interesse e novidade do livro de Anna-Bettina Kaiser consiste em desenvolver uma dogmática própria para os estados de exceção constitucional, tendo por base as disposições da Lei Fundamental alemã.

Neste contexto, a autora começa por apresentar um modelo de restrição de direitos que distingue três estádios (pp. 226 ss.). Assim, importaria considerar, antes de mais, (i) os direitos suscetíveis de restrições nos mesmos termos em situações normais e situações de exceção, como sucede com a liberdade de expressão (artigo 5 da Lei Fundamental) e a liberdade de reunião (artigo 8). Num segundo plano, temos (ii) os direitos que podem ser objeto de restrição apenas em situações de crise, como a liberdade de deslocação, ou ainda os direitos que admitem uma restrição especialmente intensa em tais situações, como sucede com a inviolabilidade das comunicações. Neste mesmo plano, há ainda a considerar os direitos que admitem uma neutralização dos “limites aos limites” em situações de crise, como sucede com o direito a ser indemnizado na sequência de uma expropriação. É neste segundo estádio que se situa o «*direito constitucional da exceção positivo*» (p. 228). Finalmente, o terceiro estádio diz respeito às (iii) regras sobre revisão constitucional prevista no artigo 79 da Lei Fundamental, as quais se aplicam indistintamente em tempos normais e tempos de crise, ao contrário do que sucede com a Constituição portuguesa, cujo artigo 289.º estabelece que não pode ser praticado nenhum ato de revisão constitucional na vigência de estado de sítio ou de estado de emergência.

Tal como existe um modelo de três estádios que permite a restrição de direitos fundamentais em tempos de crise, existe também um modelo de três estádios destinados a garantir esses mesmos direitos em tais tempos (pp. 232 ss.).

O primeiro estágio corresponde ao princípio da proporcionalidade, que é aplicável nos mesmos termos em tempos normais e em tempos de crise; o segundo equivale à proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, nos termos previstos no artigo 19 da Lei Fundamental; finalmente, o terceiro estágio corresponde aos limites à revisão constitucional, previstos no artigo 79 (3) da Lei Fundamental, em especial ao limite relativo ao princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1.

Dos três estádios mencionados adquirem especial relevância o segundo e o terceiro, correspondentes ao que Anna-Bettina Kaiser designa como o «*direito constitucional da exceção negativo*». A relevância do princípio da proteção do conteúdo essencial dos direitos torna-se particularmente visível em face do enfraquecimento do princípio da proporcionalidade como instrumento eficaz de garantia dos direitos fundamentais em períodos de crise. Não só os bens que as medidas restritivas se destinam a prosseguir em tais períodos são reconhecidamente bens de grande importância, como ainda os tribunais não dispõem em grande parte dos casos de informação suficiente que lhe permita contrariar com segurança os resultados a que tenham chegado as entidades administrativas que em primeira linha aplicam aquelas medidas.

Por estas razões, existe certamente o perigo «*de que o modelo de restrições se transforme de facto em um modelo de suspensão em que, numa emergência, algumas restrições de direitos fundamentais altamente intensivas, mas proporcionais, ou numerosas restrições cumulativas menores e igualmente proporcionais de direitos fundamentais resultem num enfraquecimento completo da proteção por um (ou mais) direito(s) básico(s)*» (pp. 238-239). É este enfraquecimento da proteção fornecida pelo princípio da proporcionalidade que leva Anna-Bettina Kaiser a recuperar o princípio da proteção do conteúdo essencial, a que se refere o artigo 19 (2) da Lei Fundamental, mas que se encontra também subjacente à ideia de inviolabilidade da dignidade humana consagrada no artigo 1 (1), como instrumento principal na proteção dos direitos fundamentais em situações de crise. A grande dificuldade consiste, todavia, em concretizar o conteúdo essencial dos direitos e em autonomizar tal conteúdo essencial do princípio da proporcionalidade, parecendo aqui que se há-de tratar de uma tarefa que cabe, em primeira linha, ao legislador.

## **5. Reflexão final: monismo ou dualismo no tratamento jurídico das exceções**

O alcance do modelo de restrições é bem sintetizado por Anna-Bettina Kaiser quando afirma que o problema da garantia dos direitos fundamentais em estado



de emergência é resolvido em novos moldes pela Lei Fundamental: «*Pela primeira vez na história constitucional alemã, o modelo de suspensão (suspensão dos direitos fundamentais em estado de emergência), ao qual o Art. 48 WRV ainda aderiu, foi abandonado. A Lei Fundamental pressupõe que uma emergência pode ser tratada sem a suspensão dos direitos fundamentais. Esta via não é comum, como mostram referências de direito comparado à Grã-Bretanha, França e Estados Unidos. O direito internacional também permite regularmente que os sujeitos do direito internacional suspendam os direitos humanos em um estado de emergência*» (pp. 258-259). O livro de Anna-Bettina Kaiser é um contributo valioso não apenas para expor este novo modelo do direito da exceção, mas também para lhe conferir coerência dogmática.

Como a autora bem acentua, o modelo da suspensão é também um modelo da diferenciação entre tempos normais e tempos de crise. Se esta diferenciação parece prometer maior liberdade nos tempos normais do que o modelo da restrição, a verdade é que nada impede que no modelo da suspensão as competências atribuídas ao executivo em situações de emergência não venham a ser tornadas também válidas fora dessas situações, como sucedeu em França na sequência dos ataques terroristas de 13 de novembro de 2015 (pp. 254-256). O modelo da restrição, por seu turno, apenas será mais favorável do ponto de vista da tutela dos direitos fundamentais na medida em que se mostre capaz de garantir o conteúdo essencial de tais direitos e assuma com transparência as restrições dos direitos que pretenda levar a cabo (p. 262).

Ao leitor português do livro de Anna-Bettina Kaiser interessa sobremaneira aprender com o modelo da restrição, ainda que a nossa Constituição não o consagre nos termos em que o faz a Lei Fundamental alemã. É que a situação prolongada da pandemia que atravessamos torna evidente a inadequação do estado de emergência, consagrado no artigo 19.º da nossa Constituição, para lidar com aquela situação, como os acontecimentos recentes têm demonstrado. Urge, pois, legislar sobre as medidas exigidas pelo combate ao Covid-19 em obediência aos requisitos do modelo de restrições, tornando claro quais os direitos afetados por tais medidas.

Todavia, para além desta utilidade imediata, a obra de Anna-Bettina Kaiser obriga a uma reflexão mais profunda, que aqui não pode ser desenvolvida, sobre o alcance e limites da sujeição da atuação dos poderes públicos exercidos em tempos de crise ao crivo da atividade dos tribunais. É essa, de facto, a promessa do modelo da restrição, que a autora da obra recenseada desenvolve em moldes coerentes e inovadores.