

Submetido em: 31/05/2020

Aprovado em: 28/07/2020

O PAPEL DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NO ESTADO DE EXCEPÇÃO: ENTRE O IDEAL E A PRÁTICA.

TAVARES CHIVINDA¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. HERMENÊUTICA JURÍDICA E MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. 2. CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL DAS NORMAS DE RESTRIÇÃO COMO FORMA DE PROTECÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS 3. ENTRE A PROPORCIONALIDADE E A EXECUÇÃO DAS MEDIDAS DE EXCEPÇÃO: PARA ONDE PENDE A CRA? 4. A POSSIBILIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE RESTRIÇÃO: A PROPORCIONALIDADE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO DAS MEDIDAS DE EXCEPÇÃO À NORMALIDADE CONSTITUCIONAL. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: O presente estudo dedica-se à análise do papel da hermenêutica constitucional na vigência Estado de Emergência (EE), uma vez que a prática tendente a execução normativa do EE pode não refletir a idealidade juridico-constitucional, pois a restrição de direitos fundamentais em decorrência do EE serve, em última instância, para protecção da vida, pelo que as providências de natureza normativa que restringem, limitam ou suspendem direitos e garantias dos cidadãos devem ser executadas na medida exacta do seu conteúdo, razão pela qual os órgãos do Estado, *máxime*, os tribunais e as forças de protecção e segurança públicas (Polícia Nacional de Angola) devem compreender o real sentido e o alcance das normas jurídico-constitucionais na vigência do EE, para que possam se servir da proporcionalidade e das suas máximas (da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) em matéria de eventuais colisões de princípios e a necessidade de sopesamento dos interesses em jogo.

¹ Advogado e Professor de Direito Constitucional e Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade Metodista de Angola. Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto.(tavarestchuvila@gmail.com).

PALAVRA-CHAVE: Hermenêutica Constitucional. Proporcionalidade. Restrição de direitos. Violação de direitos fundamentais.

THE ROLE OF CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS IN THE STATE OF EXCEPTION: BETWEEN IDEAL AND PRACTICE.

ABSTRACT: The present study aims at analysing the role of the constitutional hermeneutics in view of the declaration of the State of Emergency (SE), since the practices tending to the normative fulfilment of the SE may not reflect the legal – constitutional ideality. The restriction of fundamental rights as a result of SE serves, as a last resort, for the protection of life so that the measures of normative nature that restrict, limit, and suspend citizens' rights and privileges must be carried out at an exact extent of its content. For this reason, the organs of the State, authorities, courts, public protection, and security forces (National Police of Angola) must understand the real meaning and scope of the legal – constitutional rules in force of the SE, so that the proportionality and its maxims (adequacy, needs, and proportionality in strict sense) plays a crucial role not only in terms of possible collision of principles, but also in the necessity to weigh the conflict of interests.

KEY-WORDS: Constitutional Hermeneutics. Proportionality. Restriction of rights. Violation of fundamental rights.

INTRODUÇÃO

Com este pequeno ensaio, pretendemos debitar à discussão actual sobre o papel da hermenêutica constitucional face as implicações das situações factuais que exigem a restrição de direitos fundamentais como forma de garantia de protecção da pessoa humana no âmbito da aplicação do estado de necessidade constitucional.

A complexidade das relações humanas numa sociedade heterogenia cada vez mais exigente como a nossa, imprime uma consciência jurídica às pessoas e eleva, por isso, o nível de exigência do Estado pelo respeito aos direitos fundamentais. A interpretação das normas jurídicas passa a ser uma tarefa desta sociedade que vai se abrindo, à medida que o tempo passa, à conscientização dos seus próprios direitos e deveres.

A palavra método, do ponto de vista etimológico quer dizer: o caminho a seguir. Por sua vez, metodologia significa: a ciência que estuda o caminho a seguir ou que se deve seguir

para realização de um determinado trabalho, ou resolução de um problema². A presente pesquisa está orientada sob o manto do método hipotético-dedutivo, cujo ponto de partida são os argumentos gerais entorno da hermenêutica jurídica e constitucional que desembocam nos argumentos mais específicos ligados aos factos com relevância jurídica ocorridos no EE. Neste sentido, a metodologia foi trabalhada a partir da perspectiva qualitativa e quantitativa dentro das técnicas de pesquisa da literatura jurídica em língua estrangeira e nacional, exploração das informações, análise de conteúdo em relação aos manuais e revistas científicas, livros, legislação e outros documentos sobre o assunto.

O trabalho está estruturado em quatro temas principais, no qual se discute, no primeiro tema, o recorte ou viragem da hermenêutica clássica face à necessidade imposta pela dinâmica social e pela conciliação com a hermenêutica constitucional, visto que a interpretação nas normas constitucionais levada a cabo exclusivamente por uma hermenêutica jurídica não permite captar com maior eficácia o sentido e alcance da Constituição (ou do constituinte?).

O segundo tema aborda a constitucionalidade das medidas de excepção, em que a pretensão é demonstrar que para a norma de restrição ser tida como tal ela precisa estar em conformidade com a Constituição, sob pena de não ser uma norma de restrição, haja em vista que direitos, liberdades e garantias fundamentais são restringíveis apenas por via da própria Constituição – restrição directamente constitucional – e por via da autorização legislativa infra-constitucional – restrição indirectamente constitucional, conforme assevera ROBERT ALEXY. Há uma ligação decorrente das restrições de direitos com a proporcionalidade, pelo que este princípio se afigura num vector de possibilidades práticas da violabilidade dos direitos fundamentais. No entanto, as restrições enquanto normas podem ser de igual modo violadoras de garantias fundamentais pelo vício de inconstitucionalidade, daí a razão de a exigência constitucional proibir excesso na execução das medidas de excepção ser abordada no âmbito das medidas efectivamente tomadas no quadro do Estado de excepção à normalidade constitucional, sendo este o terceiro tema abordado.

Por derradeiro, numa visão mais pragmática, demonstramos as violações efectivas ocorridas durante o estado de emergência decretado pelo Titular do Poder Executivo. A aplicação de meios não adequados e desproporcionais levou a graves violações de direito a vida e livre circulação.

² PAKISSI, Albino. Introdução à Pesquisa e Metodologia Científica. Práticas da Monografia (Dissertação e Tese). Editora BC LIVTEC. 1.ª edição, Luanda, 2019, p. 77.

Temos consciência que pela dimensão e importância científica do tema, o presente ensaio não se esgota nos itens propostos, no entanto, julgamos ser um exercício encetado para reflexões científicas dos factos com extema relevância para o direito constitucional que pela primeira vez a República está a experimentar desde a publicação da primeira Lei Constitucional de 1975.

1 HERMENÊUTICA JURÍDICA E MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

A Hermenêutica³ é uma teoria científica da arte de interpretar⁴, pois traça princípios que constituem linhas gerais que sustentam as posições que a sua própria aplicação – interpretação - revela, ou seja, o *modus* operacional/ aplicacional da Hermenêutica enquanto estrutura é a interpretação. Esta é regida por aquela. Porém, a doutrina tem discutido de modo ténue essa destriça, tratando a hermenêutica como interpretação.

A evolução da Ciência Jurídica, assim como da ética, da linguística, entre outras, evidenciou, no final do século XIX, o aparecimento de uma teoria sobre as ciências cuja experimentação não é/ era possível fazer-se empiricamente, cujo escopo é/ era a realidade histórico-social da vida humana⁵. O precursor WILHELM CHRISTIAN LUDWIG DILTHEY chamou a estas ciências de “ciências do espírito”.

O objectivo de DILTHEY era estabelecer uma contraposição com as ciências ditas físico-naturais. Assim, acabou por acrescer através da teoria sobre aquelas ciências – do “espírito” -, o conceito de “compreensão”, para designar o conhecimento que é característico dessas ciências, e usou o termo “explicação” para as ciências dos fenómenos sensíveis da natureza⁶.

Com o surgimento do conceito de “compreender”, que redundava na captação do profundo, a hermenêutica passa a ser uma compreensão da realidade, portanto deixa de ser

³ A Mitologia Grega reza que a hermenêutica tem as suas raízes no deus mítico grego Hermes. Este é um ser cuja missão transcende a mediocridade humana, pela profunda e elevada capacidade de conhecimento dos sentidos ocultos transmitidos pelos deuses e até pelo interpretar da vontade tanto dos homens como dos deuses. Hermes é astuto, por isso transmite toda a ciência oculta aos incautos, é o logos.

⁴ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito, Introitos 1, 20.^a edição, Editora Forense, pp. 5-10.

⁵ LOPES, AnaMariaDÁvila. A Hermenêutica de Gadamer disponível em file:///C:/Users/user/Downloads/A_hermeneutica_juridica_de_Gadamer.pdf. Acesso: 20 de Maio de 2020

⁶ Idem.

meramente explicativa, como acrescenta ANA LOPES. Desta forma, HANS-GEORG GADAMER *apud* FRIEDRICH DANIEL ERNST SCHLEIERMACHER vem minimizar o carácter essencial da afixação por escrito com respeito ao problema hermenêutico⁷. Esse problema hermenêutico resulta também pelo facto de a hermenêutica não ter como tarefa única a compreensão dos textos, como era concebido nos seus primórdios, no fundamento da sua origem. SCHLEIERMACHER veio dizer que a hermenêutica também se preocupa com o discurso oral.

Há vários fenómenos sociais e psicológicos que reclamaram a intervenção da hermenêutica, primeiro para descobri-los e depois para compreendê-los e explicitá-los, portanto, interpretá-los. É neste sentido que a Hermenêutica Jurídica tem por objecto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do direito⁸, não seriam diferentes as normas previstas nos decretos sobre o EE bem como as normas constitucionais referentes a restrição ou limitação de direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos que regulam comportamento na vigência do estado de excepção.

Grosso modo, os texto normativos têm, além da característica da coercibilidade e abstractividade, uma carga de generalidade, esta última caraterística pode revelar das normas jurídicas certas obscuridades no processo de aplicação, gerando eventuais violações de direitos constitucionalmente protegidos, decorrentes quer das obscuridades, das incompreensões como de excessos.

Todavia, é tarefa do aplicador das regras jurídicas de expção, *máxime* as instituições públicas: Tribunais; que julgarão em processos sumários os presumíveis incumpridores das medidas restritivas vigentes, como a Polícia Nacional de Angola enquanto fiscalizador do cumprimento das leis, terem clara noção da relação entre o texto abstracto ou norma positiva e a situação factual, ou seja, devem fazer uma espécie de trabalho preliminar para então dizer o sentido do texto, extraindo dela todo o mistério e consequentemente o seu alcance.

É consensual que a hermenêutica moderna concebe a interpretação numa dupla perspectiva enquanto um acto de conhecimento e de vontade, na medida em que, *v.g.*, no âmbito da interpretação autêntica feita pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, órgãos

⁷ Cfr, GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica, Tradução de Meurer Flávio Paulo, 3ª Ed. Editora Vozes, 1999. p. 570.

⁸ Vide MAXIMILIANO, Carlos. Op. Cit. p. 10-20.

aplicadores do direito⁹, a interpretação é uma operação cognitiva do direito a aplicar, em que o mesmo órgão escolhe dentre as possibilidades reveladas pela interpretação cognitiva, qual dos sentidos é o “correcto” para a realização dos princípios do Estado democrático de Direito e manutenção da segurança jurídica, fazendo uma combinação de conhecimento e vontade. Combinação que (só) é possível com a unicidade das fases separadas pela hermenêutica tradicional – compreensão, interpretação e aplicação. É exactamento o problema da discricionariedade que esteve na base do positivismo e do pós-positivismo que ainda persistem em evidenciar-se na interpretação feita pelas instituições de protecção e segurança no âmbito do EE.

No que se refere à interpretação autêntica, a doutrina tem encontrado diversidades desde FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY. Para HANS KELSEN, a interpretação feita pelo órgão que aplica (v.g. feita pelos Tribunais e Polícia Nacional), e a interpretação do direito que não é feita pelo órgão judicial, mas por pessoas privadas, em especial pela ciência jurídica, é “pura determinação cognitiva do sentido das normas jurídicas”. Diferente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica. A ideia de que é possível, através de uma interpretação simplesmente cognitiva, obter direito novo é o fundamento da chamada jurisprudência dos conceitos, que é repudiada pela Teoria Pura do Direito¹⁰.

Tanto mais que, na sua Teoria Pura do Direito, KELSEN se dedica, exclusivamente, no capítulo da interpretação, ao estudo da interpretação feita pelos tribunais ou autoridades administrativas. Ela é autêntica, porque cria Direito, que;

“Na verdade, só se fala de interpretação autêntica quando esta interpretação assume a forma de uma lei ou de um tratado de Direito internacional e tem carácter geral. Quer dizer, cria Direito não apenas para um caso concreto mas para todos os casos iguais, ou seja, quando o acto designado como interpretação autêntica represente a produção de uma norma geral”¹¹.

Seja como for, os cânones da hermenêutica jurídica constituem um todo composto pelos tipos de interpretação bem como pelos métodos de interpretação. Os métodos não indicam propriamente uma solução, mas oferecem uma direcção interpretativa. Tais cânones resolvem conflitos entre normas e ou limitam a incidência de alguma norma, orientam a tarefa

⁹ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado, Martins Fontes, São Paulo, 1999. p. 394.

¹⁰ KELSEN, Hans. Op. Cit. p. 395.

¹¹ Idem. p. 394.

interpretativa do intérprete. Sem intenção de adentrarmos nas discussões doutrinárias acerca dos métodos de interpretação, vejamos, v.g., em ROBERT ALEXY¹², na sua Teoria da Argumentação Jurídica, os argumentos (interpretação) como sendo (métodos) semânticos ou gramaticais, teleológicos ou axiológicos, históricos, comparativos e sistemáticos.

Todo o processo de interpretação começa a partir do texto. Pressupõe que dentro da complexidade das línguas naturais, se podem encontrar situações equívocas, dificultando a compreensão do sentido lógico do léxico. Daí a necessidade de partir da letra da lei, tendo previamente consciência das imperfeições das regras de conexão léxica¹³, para, no entanto, obtermos o correcto significado da norma¹⁴. Por isso, o artigo 9.º do Código Civil (CC) estabelece que “*a interpretação não deve cingir-se à letra da lei*”¹⁵ (...) esta regra aplica-se tanto para interpretação das normas jurídicas infraconstitucionais como para hermenêutica constitucional. Se a própria norma contiver implicitamente a finalidade *M* e consequentemente essa finalidade seja alcançável por via da interpretação *N*, estamos diante da interpretação teleológica (*telos* - fim) racional (*ratio* - razão), vide, v.g., o que o legislador ordinário disse no artigo 9.º do CC (...) *na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas*¹⁶ (...), interpretação teleológica conduz à finalidade racional da norma dentro do sistema jurídico. E o sistema jurídico proporciona ao intérprete uma forma de interpretação, segundo o espírito que reveste o próprio sistema, baseado na coerência e unidade sedimentada na ideia de um todo. Na interpretação, deve ter-se em conta a unidade do sistema jurídico em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo no qual é aplicada, no mesmo artigo. Todavia, qualquer interpretação também carece de fundamentação. O percurso histórico da criação da lei interpretada e o processo hermenêutico da sua aplicabilidade fundamentam-se num método interpretativo. É o que a doutrina designa de interpretação histórica. Uma pesquisa de soluções a partir de outros sistemas jurídicos, estabelecendo uma comparação, ajuda a indicar a solução interpretativa. É o se que designa de interpretação comparativa.

Os cânones interpretativos encontram-se numa relação de hierarquia, porém, alerta ALEXY, na obra supracitada, que não é pela ausência de subordinação entre eles que devem

¹² ALEXY, Robert. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva, 3.ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 2013, p. 232.

¹³ FERRAZ Jr. Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão e Dominação, 7.ª edição, Atlas, São Paulo, 2013, p. 252 ss.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Grifos de nossa autoria

¹⁶ Idem.

ser usados arbitrariamente. O que limita essa possibilidade, para o autor, é o critério de “saturação do argumento”, dito doutro modo, a revelação e fundamentação do uso da devida interpretação, que o autor chama também de argumento. O objectivo é reduzir a insegurança jurídica. Entende ainda o autor que os métodos interpretativos também podem ser escolhidos, porém a intenção permanece, que é a da não hierarquização, segundo a força vinculativa do teor literal ou mesmo a vontade do legislador histórico, prevalece tal método interpretativo, de contrário, a aplicação de outros métodos só se justifica por razões racionais que devem preterir os outros métodos.

O esforço que se faz por via da interpretação de decidir segundo os diplomas que estabelecem o estado de excepção constitucional (entenda-se aqui os actos de “instrução” dos autos de notícia pela Polícia e conseqüente remessa aos tribunais), sendo tais diplomas legais claros ou obscuros, tem variados fundamentos, dentre eles o da consciência sistemática do ordenamento jurídico. Outrossim, revela a racionalidade das próprias decisões, o uso dos critérios de legalidade formal bem como a razoabilidade¹⁷.

Hodiernamente, a Constituição deve ser interpretada com ajuda dos cânones clássicos – método clássico - bem como dos métodos constitucionais, - tópico-problemático, hermenêutico-concretizador, científico-espiritual (valorativo e sociológico), normativo-estruturante e interpretação comparativa¹⁸ -, para evitar enfraquecer a juridicidade da Constituição e, assim, ter uma visão holística do problema *in casu*, por conta das actuais características da estrutura social, heterogenia e plural cujos conflitos e lutas de interesses são os mais contraditórios possíveis, porém amparadas na Constituição da República de Angola (CRA), deste modo, é de convir que a metodologia clássica tivesse que ser substituída ou modificada por regras interpretativas correspondentes a concepções mais dinâmicas do método de perquirição da realidade constitucional¹⁹ e, em paralelo (para evitar casuismos), os métodos constitucionais proporcionam “pressupostos objectivos” num dado contexto, actuando o intérprete como operador de mediações entre o texto e a situação em que se aplica: relação entre o *texto* e o *contexto* com a mediação criadora do intérprete, transformando a interpretação em «movimento de ir e vir» (círculo hermenêutico).

¹⁷ MONTEIRO, Cláudia Servilha. Fundamentos para uma Teoria da Decisão Judicial. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivo/anais/bh/claudia_servilha_monteiro.pdf. Acesso: 24 de Outubro de 2013.

¹⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7.^a edição, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 1210-1214.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 28.^a edição, Medeiros Editora, São Paulo, 2013, p.510.

2 CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL DAS NORMAS DE RESTRIÇÃO COMO FORMA DE PROTECÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A breve exposição sobre a hermenêutica até aqui, proporciona subsídios para compreensão do ideal e da prática na protecção dos direitos, liberdades e garantias do cidadão no âmbito do EE, que em última instância, são objectos de protecção da CRA, quer na perspectiva da conformidade constitucional como na fiscalização da aplicação das medidas restritivas.

Na perspectiva da conformidade constitucional, para que uma medida de excepção seja considerada como norma uma restrição, ela deve ser tida como constitucional por força do princípio da conformidade com a constituição. A norma, no conceito de ROBERT ALEXY, é a restrição a direitos fundamentais desde que ela guarde conformidade com a Constituição, ou seja, normas são restrições a direitos fundamentais somente se forem *compatíveis com a Constituição*²⁰. A compreensão para esta compatibilidade passa pela distinção das espécies normativas, sendo que o autor identifica as *normas de competência* e as *normas mandatórias e proibitivas*. A primeira espécie de normas constituem a autorização ao legislador para estabelecer restrições (limitações ou suspensões) aos direitos fundamentais, há aqui competências directamente estabelecidas pela Constituição (cfr art.º 57.º e 58.º CRA), por outro lado, as reservas legais constitucionais indirectas caracterizadas pela autorização de edição de decretos, regulamentos e outros actos administrativos (v.g., Lei de Alteração à Lei de Bases da Protecção Civil n.º 14/20, de 22 de Maio, Lei n.º 17/91, de 11 de Maio – Lei sobre o Estado de Sítio e Estado de Emergência). Entrementes, tais normas de competências não restringem direitos fundamentais, apenas fundamentam a possibilidade jurídica de restringibilidade²¹, ao passo que as *normas mandatórias e proibitivas* com incidência nos direitos fundamentais dos cidadãos, revestem carácter da restringibilidade a direitos fundamentais (v.g., Decreto Presidencial n.º 81/20, de 25 de Março, Decreto Presidencial n.º 82/20, de 26 de Março, Decreto Presidencial n.º 97/20, de 9 de Abril e do Decreto Presidencial n.º 120/20, de 24 de Abril, Decreto Presidencial n.º 128/20, de 8 de Maio).

Ora, não são havidas como normas de restrição, algumas disposições da Lei de Alteração à Lei de Base da Protecção Civil n.º 14/20, de 22 de Maio (LBPC), por consequência as normas ou medidas resultantes dela por não serem compatíveis com a Constituição, vide,

²⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Vergílio Afonso da Silva, 5.ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2006, p. 282.

²¹ Idem.

v.g., art.º 4.º n.º 7 da LBPC que incompatível com o art.º 58.º n.º 1 da CRA, no qual nos termos deste artigo, a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, diferente do art.º 4 n.º1 da LBPC que autoriza o Titular do Poder Executivo a adoptar medidas de natureza administrativa, que em verdade limitam direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos.

Por conseguinte, na perspectiva da fiscalização da aplicação das medidas restritivas, a garantia de cumprimento das medidas administrativas tomadas (art.º 4.º n.º 6 LBPC) são constitucionalmente questionáveis dentro da lógica da sua adequação, necessidade e proporcionalidade face a uma situação de não declaração do estado de necessidade constitucional, cujos pressupostos não são havidos pela LBPC mas somente pela CRA. A medida de punição por “desobediência” (art.º 24.º LBPC) agrava o quadro constitucional das garantias do direito à vida, à integridade pessoal e à identidade pessoal (art.º 58.º al. c) da CRA).

3 ENTRE A PROPORCIONALIDADE E A EXECUÇÃO DAS MEDIDAS DE EXCEÇÃO: PARA ONDE PENDE A CRA?

O constituinte previu, no título V Administração Pública, artigo 198.º n.º da CRA, os objectivos e princípios fundamentais da actuação do Estado, dentre os quais destacamos, para efeitos do presente estudo, os princípios da *igualdade*, *legalidade*, *justiça* e *proporcionalidade*, contando que a racionalidade é já implícita no princípio do Estado de Direito. Para o cumprimento de tal desiderato, o Estado deve respeitar os direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares (cfr. art.º 198.º n.º 2), que só é possível por via da ajuda dos princípios de interpretação da Constituição que concebe os preceitos que integram um sistema unitário de valores, princípios e regras que reconhece sua hierarquia bem como às relações de interdependência entre os valores, princípios e as regras²², sendo que o catálogo essencial dos direitos fundamentais está previsto no título II sob a epígrafe “direitos e deveres fundamentais” a partir do artigo 22.º a 88.º da CRA.

Estes direitos fundamentais constituem a categoria de direitos que mais reclamam protecção do Estado, seja por via regulatória restritivas como por via do respeito ao direito de

²² Cfr MACHADO, Jónata *et al.* Direito Constitucional Angolano, 2.ª edição, Coimbra, 2013, pp.65-66.

inviolabilidade daqueles direitos fundamentais não abrangidos pelas medidas restritivas na vigência do Estado de excepção à normalidade constitucional.

Uma instituição que se consubstancia num sistema público de regras, que define posições e cargos, atribui, restringe, permite, proíbe direitos e deveres, é vista, na nossa visão/opinião e segundo o pensamento de JOHN RAWLS, como dualismo ou senão paralelismo: a) como objecto abstracto – sistema de regras que ditam condutas - e b) como realização efectiva das condutas impostas por tal sistema de regras. Portanto, o justo ou injusto pode aparecer na situação em que, na realização da instituição enquanto objecto abstracto – conduta segundo regras -, seja justo ou injusto. Outrossim, será justo ou injusto na medida em que será a instituição concreta administrada efectiva e imparcialmente²³ ou ao contrário.

O preceito constitucional segundo o qual, “todos são iguais perante a Constituição e à lei”(art.º 23º CRA), inequivocamente, se afigura numa orientação ao próprio constituinte e pressupõe, por óbvio, a concreta realização igual de conteúdos dos regulamentos e tratamento. Este tipo de igualdade que se funda na obediência das decisões da estrutura básica da sociedade – Tribunais e Polícia Nacional, no nosso caso de estudo -, na administração imparcial e consistente das leis e das instituições, chama-se justiça formal, que, não obstante o tratamento do igual por igual e do desigual por desigual (atendendo o facto *discrimem*), pode ainda assim gerar alguma insegurança jurídica, ou seja, pode não satisfazer, segundo JOHN RAWLS, a justiça subjectiva.

Pressupõe dizer que, mesmo nas organizações sociais politicamente bem ordenadas/estruturadas, nos sistemas democráticos modernos, cujo critério para a realização do direito é a justiça formal ou “justiça como regularidade”, segundo o autor, há garantia da permanência da segurança jurídica. Podem ainda assim existir injustiças, mas essas derivam das incorrectas interpretações das regras que as fundam e regulam, outrossim, da parcialidade nas decisões. Uma sociedade que assenta a sua organização num critério de justiça formal ou na justiça como regularidade está, *ab initio*, a excluir graus significativos de injustiças, pois aparecem em pequenos focos decorrentes de falhas e inadequações interpretativas, compreensivas e applicativas das suas leis e institutos. É neste sentido que a CRA deve pender sempre às circunstancias favoráveis ao cidadão, evitando excessos na actuação dos órgãos

²³ Idem. p. 58.

fiscalizadores do cumprimento da CRA e da medidas de restrição de direitos, como veremos a seguir.

A possibilidade jurídico-constitucional de restrição: a proporcionalidade e proibição de excesso das medidas de exceção à normalidade constitucional

Os bens constitucionalmente protegidos podem ser restringidos. A CRA prevê a possibilidade jurídico-constitucional de restrição aos direitos fundamentais, que, no campo da construção teórica acerca das tais restrições, encontramos a teoria interna e na teoria externa²⁴. Sendo que a primeira teoria incide sobre a existência do direito em si, não restringido, e aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição (o direito restringido²⁵), ao passo que a segunda teoria não opta pela divisão entre o direito e a restrição, visto que concebe a restrição ao direito como um determinado conteúdo, sendo que o conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite²⁶, sendo por isso restrições iminentes. Não é pretensão de este estudo revelar as polêmicas no que concerne as duas teorias e suas incidências de aplicabilidade sobre as concepções individualistas do Estado ou a importância do papel dos membros de uma comunidade/ou entre *posições definitivas* e *prima facie*/ ou delimitação entre as restrições e outras normas, mas tão somente demonstrar os contornos conceituais. Com efeito, restrição a direitos fundamentais, segundo ROBERT ALEXY, são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental²⁷, sendo tais restrições tidas como normas de natureza restritiva (como as regras de competência), devem obediência ao princípio da conformidade com a CRA (art.º 6.º n.º 3).

Há pressupostos que justificam a decretação do estado de exceção constitucional relativos à materialidade, ao comportamento do ponto de vista de adaptação funcional do poder público e seu caráter transitório. Neste sentido, a concepção doutrinal que reflete tais pressupostos, aponta para uma alteração fundamental da ordem constitucional, de vigência transitória, que reforça o poder público, fundado na ocorrência de situações de anormalidade que lhe são lesivas, visando pôr-lhes cobro²⁸. Ora, o estado de exceção, neste sentido, encontra amparo para sua validade jurídico-constitucional na CRA por via do art.º 58.º, cuja disciplina

²⁴ Vide ALEXY, Robert. Op. Cit. pp. 277 ss.

²⁵ Idem, p. 77.

²⁶ Idem, p. 77.

²⁷ Idem, p. 281.

²⁸ Cfr. GOUVEIA, Jorge Bacelar. Estado de exceção no Direito Constitucional – entre a eficiência e a normalidade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição, vol. II, Coimbra, 1998, pp. 1265 e ss.

infra-constitucional de desenvolvimento é a Lei n.º 17/91, de 11 de Maio – Lei sobre o Estado de Sítio e Estado de Emergência (LESEE).

O decreto do estado de excepção implica a definição regulamentar do conteúdo e extensão das medidas de restrição.

A situação actual de iminente calamidade pública (cfr. art.º 58.º n.º 2 CRA) por causa do risco de propagação da pandemia causada pela COVID-19 precipitou a alteração quer: a) no plano jurídico-constitucional, como b) no plano funcional dos órgãos da administração pública por via de reforço do seu poder público. A protecção da vida humana é o fundamento dos fundamentos para a declaração do EE.

A actividade da administração pública prevista no título V Administração Pública, artigo 198.º n.º da CRA retro mencionada tem carácter geral. Numa situação específica que demanda a necessidade de suspensão dos direitos fundamentais, o constituinte prevê que, sem descurar daqueles princípios, no âmbito da DEE, que os órgãos da administração pública devem respeitar as acções necessárias e adequadas à *manutenção da ordem pública*, à *protecção do interesse geral*, ao *respeito do princípio da proporcionalidade* e limitar-se, nomeadamente quanto à sua extensão, duração e *meios utilizados*, ao *estritamente necessário* ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional²⁹ (cfr art.º 58.º n.º 3 CRA), sendo certo que uma proibição de excesso³⁰ na execução do EE que demanda a *proporcionalidade* entre os meios empregues para a execução com fim de fazer cumprir e os comportamentos dos cidadãos e instituições que estão proibidos pelo EE, igualmente, ao *estritamente necessário* para evitar actuações desproporcionais por parte dos órgãos da administração públicas, podendo, em decorrência de tais excessos, ser assacada a responsabilidade criminal, civil e disciplinar nos termos genéricos dos artigos 75.º, 140.º, 151.º n.º 1 al. d), 179.º n.º 4, 188.º da CRA, sem prejuízo da responsabilidade política no âmbito dos crimes de responsabilidade a que os agentes públicos estão sujeitos mesmo no âmbito da vigência do EE (cfr. art.º 127.º 129.º 139.º), aliás, um dos fundamentos do Decreto Presidencial n.º 82/20, de 26 de Março é a conveniência de, igualmente salvaguardar um conjunto de direitos fundamentais, evitando a adopção de medidas excessivas e desproporcionais.

Posto isto, confirma-se que, a nível da teoria dos direitos fundamentais, a máxima da proporcionalidade é tida em conta, juntamente com as três máximas parciais: adequação, da

²⁹ Grifos de nossa autoria.

³⁰ Vide MACHADO, Jónatas *et al.* Op. Cit. p. 19.

necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, que estão no centro do conceito de princípios, pelo que princípios são normas que ordenam que qualquer acção deve ser realizada na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fácticas existentes³¹.

ROBER ALEXY³² consigna que as restrições indirectamente constitucionais são aquelas que a Constituição autoriza alguém a estabelecer (...), por via das cláusulas de reserva explícitas, que por sua vez são aquelas disposições constitucionais – ou parte destas disposições – que expressamente autorizam intervenções e restrições, *v.g.*, na CRA, artigos 57.º, 58.º, 119.º al. p) e art.º 161.º al. h). Posto isto, resultam os Decreto Presidencial n.º 81/20, de 25 de Março e regulada pelo Decreto Presidencial n.º 82/20, de 26 de Março o qual prorrogado por dois períodos sucessivos de 15 dias, através do Decreto Presidencial n.º 97/20, de 9 de Abril e do Decreto Presidencial n.º 120/20, de 24 de Abril sendo o actual estado de excepção vige por via do Decreto Presidencial n.º 128/20, de 8 de Maio.

O desiderato da salvaguarda dos direitos fundamentais falhou, fruto dos comportamentos inconstitucionais por parte do Estado na execução do EE. São flagrantes que, por errada interpretação, negligência ou imperícia, resvalou ao excesso e ao desproporcional na vigência do EE ao: **a) perder vidas humanas** – uso de meios desproporcionais e comportamentos excessivos - e **a b) limitar a circulação de pessoas com funções soberanas cujas prerrogativas da função lhes permite ir, vir e permanecer**, não estando por isso abrangidos pelas medidas de restrições - fruto de interpretação erronia da CRA (art.º 58.º n.º 5) e dos diplomas que desenvolvem o DEE.

A) a perda de vidas humanas – uso de meios desproporcionais e comportamentos excessivos.

Senão vejamos as denúncias da comunidade política: a Associação Omunga³³ denunciou a morte de um adolescente de 14 anos de idade no dia 14 de Maio de 2020 por um agente da Polícia Nacional, “*é mais uma intervenção da Polícia Nacional que na tentativa de colocar a ordem e a tranquilidade no seio da população acaba fazendo mais uma vítima mortal*” diz a missiva. Avança a missiva que “*desde que se deu início ao Estado de Emergência, já são cerca de 8 vítimas mortais em todo o país, por causa da actuação da Polícia no contacto*

³¹ ALEXY, Robert. Op, Cit, p.588.

³² Idem, p. 291.

³³ Vide missiva **Ref.º/OM/0116/20** datada de 21 de Maio de 2020 dirigida à Comissão Multisectorial de Combate a COVID-19 em Benguela. Disponível em <https://www.omunga.org/index.php/2020/05/21/omunga-denuncia-abandalo-a-familia-do-adolescente-assassinado-pela-policia/>. Acesso: 23 Maio 2020.

directo com os cidadãos na vigência do Estado de Emergência”. Em defesa da forma de actuação das forças de segurança, os Comandantes da Polícia Nacional escudam-se no argumento da legítima defesa, segundo a Omunga.

b) limitar a circulação de pessoas com funções soberanas cujas prerrogativas da função lhes permite ir, vir e permanecer.

Aqui, o problema é essencialmente de interpretação (errónea) por parte da Polícia Nacional das disposições constitucional e dos diplomas que regulam o EE. Veja-se a notícia sobre “Ex-ministro de Estado e juiz apanhados a violar cerca sanitária³⁴”. Interessa apenas abordar a situação do juiz, fruto disso, a nota pública da Associação do Juizes de Angola (AJA) datada de 01 de Maio de 2020 e a nota de repúdio e manifestação de solidariedade do Sindicato Nacional dos Magistrados do Ministério Público datada de 01 de Maio de 2020, reprovam a actuação das forças da ordem e segurança pública.

De resto, ao restringir a circulação do Juiz e a sua exposição pública, a autoridade – Polícia Nacional - viola o artigo 58.º n.º 5 que diz “em caso algum a declaração do estado de guerra, do estado de sítio ou do estado de emergência pode afectar: al. b) “os direitos e imunidades dos membros dos órgãos de soberania” art.º 31.º direito à integridade pessoal, 32.º “direito à identidade, à privacidade e à intimidade” e art.º 33.º inviolabilidade do domicílio”, bem ao arpejo da proporcionalidade e ponderação necessárias no acto de interpretação/aplicação do direito constitucional e infraconstitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Deveras, a hermenêutica constitucional é de extrema importância na compreensão das possibilidades jurídicas e fácticas de restrição de direitos fundamentais. A complexidade do comércio jurídico em nossa sociedade é um fenómeno natural, que exige que normas jurídicas dêem cobro com fim de prevenção e intervenção de litígios.

Diante das possibilidades factuais que obrigam a restrições de direitos, liberdades e garantias fundamentais, estas possibilidades jurídico-constitucionais são tidas como medidas

³⁴ Vide Jornal “O País”, edição n.º 1824, de 01 de Maio de 2020.

formais de restrição – direito e restrição – que, em consequência, altera a funcionabilidade dos órgãos do poder público. Na verdade, esta alteração é anterior, ela ocorre aquando do acontecimento factual de eminente perigo público, por consequência, em obediência ao princípio da legalidade, surge o dever constitucional de formalização por via da edição de leis e decretos no plano infra-constitucional.

Aparentemente, a restrição não oferece dificuldades conceituais, no entanto, o conteúdo dos direitos restringidos exige um esforço de interpretação, quer no momento de autorização através de leis de autorização legislativa – poder discricionário do legislador – como da execução das medidas de restrição – que direitos estão juridicamente restringidos. Aqui se impõe uma tarefa de hermenêutica constitucional, o princípio da proporcionalidade em suas máximas da necessidade, adequação e proporcionalidade estrito senso são fundamentais jogam um papel fundamental, não só para a compreensão das possibilidades factuais colidentes, como também para a interpretação e aplicação das medidas restritivas enquanto vector de violações a direitos fundamentais não restringidos. Numa situação de eminente calamidade pública, os órgãos de segurança pública deverão interpretar correctamente o estado de excepção à normalidade constitucional, sob pena de sistematicamente violarem direitos, liberdades e garantias fundamentais enquanto vige o estado de excepção, ou seja, as medidas aplicadas para fazer cumprir as normas constitucionais e infra-constitucionais não devem ser desproporcionais, desadequadas e excessivas a situações que carecem de controlo para o normal funcionamento. Igualmente, para que restrições sejam normas do ponto de vista da acepção discutida ao longo deste trabalho, elas devem ser constitucionais, neste sentido, a tarefa de editar normas nesta categoria pelo órgão competente para o efeito, deve ser por via da autorização constitucional. E tais normas devem ser de conteúdo expesso definido/limitado à autorização constitucional, ou seja, há um conteúdo de direito constitucional essencial intransponível pelas normas de restrição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Vergílio Afonso da Silva, 5.^a edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2006.

_____, Teoria da Argumentação Jurídica, A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva, 3.^a edição, Forense, Rio de Janeiro, 2013.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 28.^a edição, Medeiros Editora, São Paulo, 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7.^a edição, Almedina, Coimbra, 2003.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. Estado de exceção no Direito Constitucional – entre a eficiência e a normalidade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição, vol. II, Coimbra, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica, Tradução de Meurer Flávio Paulo, 3^a Ed. Editora Vozes, 1999.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado, Martins Fontes, São Paulo, 1999.

MACHADO, Jónatas E.M.; COSTA, Paulo Nogueira da; HILÁRIO, Esteves Carlos. Direito Constitucional Angolano, 2.^a edição, Coimbra, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito, Introitos 1, 20.^a edição, Editora Forense.

MACHADO, Jónata E. M; COSTA, Paulo Nogueira Da; HILÁRIO, Esteves Carlos. Direito Constitucional Angolano, 2.^a ed. Coimbra, 2013.

FERRAZ Jr. Tercio Sampaio. Técnica, Decisão, Dominação, 7.^a edição, Atlas, São Paulo, 2013.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. Fundamentos para uma Teoria da Decisão Judicial. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivo/anais/bh/claudia_servilha_monteiro.pdf. Acesso: 24 de Outubro de 2013.

PAKISSI, Albino. Introdução à Pesquisa e Metodologia Científica. Práticas da Monografia (Dissertação e Tese). Editora BC LIVTEC. 1.^a edição, Luanda, 2019.

LOPES, Ana Maria DÁvila. A Hermenêutica de Gadamer disponível em file:///C:/Users/user/Downloads/A_hermeneutica_juridica_de_Gadamer.pdf. Acesso: 20 de Maio de 2020.

Omunga - Missiva Ref.^a:/OM/0116/20 datada de 21 de Maio de 2020 dirigida à Comissão Multisectorial de Combate a COVID19 em Benguela. Disponível em: <https://www.omunga.org/index.php/2020/05/21/omunga-denuncia-abandalo-a-familia-do-adolescente-assassinado-pela-policia/>. Acesso: 23 Maio 2020.

Legislações consultadas

Constituição da República de Angola 2010

Código Civil

Lei de Alteração à Lei de Bases da Proteção Civil n.º 14/20, de 22 de Maio, Lei n.º 17/91, de 11 de Maio – Lei sobre o Estado de Sítio e Estado de Emergência

Decreto Presidencial n.º 81/20, de 25 de Março

Decreto Presidencial n.º 82/20, de 26 de Março

Decreto Presidencial n.º 97/20, de 9 de Abril

Decreto Presidencial n.º 120/20, de 24 de Abril, Decreto Presidencial n.º 128/20, de 8 de Maio