

Direitos Fundamentais e inconstitucionalidade
em situação de crise – a propósito
da epidemia COVID-19

Fundamental Rights and unconstitutionality
in a situation of crisis – regarding
COVID-19 epidemic

JORGE REIS NOVAIS

VOL. 7 Nº 1 ABRIL 2020

WWW.E-PUBLICA.PT



COM O APOIO DE:

FCT Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

ISSN 2183-184x

DIREITOS FUNDAMENTAIS E INCONSTITUCIONALIDADE EM SITUAÇÃO DE CRISE – A PROPÓSITO DA EPIDEMIA COVID-19

FUNDAMENTAL RIGHTS AND UNCONSTITUTIONALITY IN A SITUATION OF CRISIS – REGARDING COVID-19 EPIDEMIC

JORGE REIS NOVAIS

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade

1649-014 Lisboa, Portugal

jnovais@fd.ulisboa.pt

Resumo: Este artigo analisa a constitucionalidade da suspensão e das restrições de direitos fundamentais que foram operadas em estado de emergência e durante a crise epidémica. Discute-se quais são os direitos fundamentais que estão em causa e em que medida era necessário declarar o estado de emergência tendo em conta os direitos que foram suspensos pelo Presidente da República. Mais concretamente, responde-se à questão de saber se o direito a não ser total ou parcialmente privado da liberdade (envolvido nas questões do confinamento e do internamento compulsivos) é, entre nós, um direito absoluto ou pode ser sujeito a juízos de ponderação. Por fim, consideram-se as dúvidas relativas a eventuais inconstitucionalidades orgânicas e formais no que respeita à atuação do Presidente da República e do Governo durante a crise.

Palavras-chave: Constituição; estado de emergência; direitos fundamentais; restrição de direitos fundamentais; suspensão de direitos fundamentais.

Abstract: This paper analyses the constitutionality of the suspension and restrictions of fundamental rights that were operated in a state of emergency and during the epidemic crisis. It discusses what are the fundamental rights at stake and to what extent it was necessary to declare a state of emergency considering the rights that were suspended by the President of the Republic. More specifically, the question is answered whether the right not to be totally or partially deprived of liberty (involved in the issues of compulsory confinement and detention) is, among us, an absolute right or can be subject to weighting judgments. Finally, doubts regarding possible organic and formal unconstitutionality regarding the performance of the President of the Republic and the Government during the crisis are considered.

Keywords: Constitution; state of emergency; fundamental rights; restriction of fundamental rights; suspension of fundamental rights.

Sumário: 1. A constitucionalização dos direitos fundamentais em Estado de Direito e a sua aplicabilidade em tempos de crise; 2. Qual a vantagem ou necessidade jurídica do estado de emergência para a imposição das medidas de confinamento? 3. Suspensão e restrição de direitos fundamentais em estado de emergência; 4. Quais os direitos fundamentais envolvidos e que direito fundamental está especificamente em causa nas imposições de internamento

hospitalar e de confinamento domiciliário? **4.1.** Internar compulsivamente ou manter alguém confinado em espaço fechado contra a sua vontade é uma privação da liberdade, não é uma restrição ao direito de deslocação para qualquer parte do território nacional; **5.** É o direito à liberdade do artigo 27º um direito absoluto ou um direito sujeito a ceder com base em ponderação? **6.** Questões de competência e de forma; **6.1.** Podia o Presidente da República suspender direitos deixando às autoridades competentes a decisão sobre os termos concretos das restrições? **6.2.** Podia o Governo restringir o direito à liberdade pessoal consagrado no artigo 27.º da Constituição e podia aprovar restrições severas a liberdades através de decreto simples? **6.2.1.** Os efeitos competenciais da suspensão ou da não suspensão de um direito fundamental em estado de emergência; **6.2.2.** Mesmo dispondo de competência legislativa própria, podia o Governo ter restringido por decreto simples, por regulamento? **6.3.** Restrições e intervenções restritivas a direitos fundamentais, em situação de normalidade constitucional, aprovadas pelo Governo.

Summary: **1.** The constitutionalization of fundamental rights under the rule of law and their applicability in times of crisis; **2.** What is the legal advantage or need of the state of emergency for the imposition of containment measures? **3.** Suspension and restriction of fundamental rights in a state of emergency; **4.** What are the fundamental rights involved and what fundamental right is specifically at stake in the imposition of hospitalization and home confinement? **4.1.** Compulsively interning or keeping someone confined in a closed space against their will is a deprivation of freedom, it is not a restriction on the right to travel to any part of the national territory; **5.** Is the right to freedom in Article 27 an absolute right or a right subject to yield based on weighting? **6.** Competence and form issues; **6.1.** Could the President of the Republic suspend rights by leaving the decision on the specific terms of the restrictions to the competent authorities? **6.2.** Could the Government restrict the right to personal liberty enshrined in Article 27 of the Constitution and could it approve severe restrictions on liberties through a simple decree? **6.2.1.** The competitive effects of the suspension or non-suspension of a fundamental right in a state of emergency; **6.2.2.** Even having its own legislative competence, could the Government have restricted by simple decree, by regulation? **6.3.** Restrictions and restrictive interventions to fundamental rights, in a situation of constitutional normality, approved by the Government.

1. A constitucionalização dos direitos fundamentais em Estado de Direito e a sua aplicabilidade em tempos de crise

Quando se constitucionaliza uma garantia jurídica na qualidade de direito fundamental, tal significa um reforço de protecção e, sobretudo, atenta a função da Constituição de Estado de Direito, tem como principal consequência privar o poder político democrático da disponibilidade sobre tal garantia. A partir da sua constitucionalização como direito fundamental, a *última palavra* sobre a respectiva prevalência ou cedência numa dada situação concreta deixa de ser da maioria democrática, incluindo do legislador parlamentar, para passar a ser do poder judicial e, em última análise, do juiz constitucional.

Sendo estes os efeitos típicos da jusfundamentalização na situação de normalidade constitucional, interessa-nos aqui especialmente saber se esses efeitos se mantêm, e com que alcance, na situação extrema de estado de excepção constitucional ou nas situações mais frequentes de crise (de natureza política, social, económica, financeira) e, como no caso presente, em situação de catástrofe ou de calamidade sanitária.

A dúvida que recorrentemente se suscita, e que, entre nós, foi intensamente discutida na crise financeira de há alguns anos, é a de saber se é possível ou se é adequado pretender dominar e superar eficazmente os efeitos de uma crise grave com integral observância dos princípios e dos direitos constitucionais.

Da nossa parte, não apenas sustentamos ser possível, como, e dizíamos-lo na altura da crise financeira¹, é também nessas épocas de maior pressão social e política sobre os direitos fundamentais que eles proporcionam uma maior valia, já que é nessas situações que uma maior propensão para o abuso por parte dos poderes públicos beneficia da condescendência ou até do apoio militante das maiorias e das forças sociais dominantes. Se os direitos fundamentais são sempre *trunfos contra a maioria*, é nos contextos de maior pressão que aquela sua natureza se revela com plena propriedade, desde que haja aí um poder judicial independente e a justiça constitucional se afirme à altura das funções para que foi instituída.

Essa afirmação de princípio não dissipa, todavia, as dúvidas sobre os constrangimentos que a observância dos direitos fundamentais projecta sobre uma acção política que se pretenda capaz de desempenhar, nessas situações de maior urgência, funções bem mais exigentes e agressivas do que as que normalmente assume. Nesses contextos, será a preservação das garantias constitucionais, designadamente dos direitos fundamentais, compatível com o imperativo da máxima eficácia da acção política e administrativa?

A colocação da dúvida nestes termos revela, no entanto, uma incompreensão de base sobre a natureza normativa dos direitos fundamentais que, sendo posições jurídicas *fortes*, verdadeiros *trunfos*, são também, por contraditório que pareça, garantias jurídicas que, quando consideradas como um *todo*, estão afetadas por

1. Cf. J. REIS NOVAIS, *Em Defesa do Tribunal Constitucional — Resposta aos Críticos*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 39 ss.

uma reserva geral imanente de ponderação, ou seja, são susceptíveis de cedência perante outros direitos ou outros bens igualmente dignos de protecção jurídica e que, nas circunstâncias concretas, apresentem um maior peso.

Ou seja, o legislador constituinte jusfundamentalizou uma garantia jurídica, fez dela uma reserva jurídica *forte*, um *trunfo* contra a maioria política, mas admitiu que ela possa ceder nas circunstâncias de um caso concreto, não por força da vontade da maioria, mas porque há outros bens igualmente dignos de protecção jurídica que podem apresentar, na situação concreta, uma maior premência de realização. A quem cabe decidir sobre a respectiva prevalência? Em última análise, ao poder judicial independente e à justiça constitucional.

Significa isso que se, numa situação de crise, surgem necessidades absolutamente inadiáveis que obrigam, numa sociedade democrática, a uma compressão mais intensa das liberdades ou do bem-estar, tal não constitui dificuldade insuperável e muito menos inesperada. Todos os direitos fundamentais, considerados *como um todo*, foram já constitucionalmente consagrados nesse pressuposto, ou seja, admitindo estruturalmente a possibilidade de serem limitados ou restringidos, de poderem ver o seu conteúdo comprimido e as possibilidades de acesso individual aos bens jusfundamentalmente protegidos desvantajosamente afetadas. Ora, se isso é susceptível de ocorrer em normalidade constitucional, as possibilidades jurídicas de cedência são naturalmente reconhecidas e até potenciadas em situação de crise.

Logo, a suposta dificuldade ou até a impossibilidade de actuar eficazmente durante uma crise com respeito dos direitos e garantias constitucionais —que durante a crise financeira foi sistematicamente alegada e levou a sugestões de aplicação de um Direito especial ou, noutra proposta convergente, à proclamação precipitada da suspensão *automática* da Constituição ou de parte dela enquanto durasse a crise— é, pura e simplesmente, destituída de sentido e de fundamento.

Contudo, independentemente do reconhecimento da limitabilidade geral dos direitos fundamentais, há que ter em conta duas condicionantes que, a não serem consideradas, conduzem a uma compreensão distorcida, mas frequente, da natureza e da relevância constitucional dos direitos fundamentais em Estado de Direito.

Em primeiro lugar, independentemente de estar justificada, qualquer restrição ou qualquer intervenção restritiva num direito fundamental, em situação de normalidade ou em situação de crise, tem sempre de observar os princípios constitucionais estruturantes de Estado de Direito e os chamados *limites aos limites* dos direitos fundamentais. Se em situação de normalidade são esses princípios e o controlo judicial por eles proporcionado que formam os *dentes* dos direitos fundamentais, em situação de crise a sua presença faz-se ainda mais premente.

Em segundo lugar, há que ter em conta a natureza especial da garantia constitucional que esteja em causa. É que se aquela reserva geral imanente de ponderação afecta os direitos fundamentais considerados na sua globalidade,

como um todo, há algumas garantias a que a própria Constituição atribui uma força normativa de natureza absoluta, definitiva, irrestringível; há direitos que o legislador constituinte retirou, desde logo, da possibilidade de posterior ponderação e eventual cedência.

A Constituição diz, no n.º 1 do artigo 24.º, que a “vida humana é inviolável”, mas sabemos que até o direito à vida pode ser limitado, pode ter de ceder nas circunstâncias de um caso concreto. No entanto, a Constituição diz, no n.º 2 do mesmo artigo, que “em caso algum haverá pena de morte” e essa garantia jusfundamental especial já é definitiva, absoluta, não está sujeita a qualquer ponderação de caso concreto, seja em situação de normalidade seja em situação de crise. De onde deduzimos a existência dessa diferença? Da interpretação jurídica dos respetivos enunciados feita de acordo com os cânones da interpretação constitucional.

No mesmo sentido, o n.º 1 do artigo 25.º, dispõe que a “integridade moral e física das pessoas é inviolável”, mas admitiríamos, por exemplo, a vacinação obrigatória em determinadas circunstâncias. Já o mesmo artigo, no n.º 2, proíbe a tortura e os tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos, e essa garantia já não fica sujeita a qualquer ponderação de caso concreto, em estado de normalidade ou em situação de catástrofe; o direito de cada um a não ser torturado em caso algum cede ou pode ceder.

A Constituição garante, no n.º 1 do artigo 62.º, o direito à propriedade privada, mas esse direito pode ser limitado, restringido. No entanto, no n.º 2 do mesmo artigo, a Constituição estabelece que a expropriação só possa ser feita com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização e, por maior que seja a crise financeira, esta garantia ou este direito fundamental de não ser expropriado a não ser com justa indemnização é definitivo, absoluto, nunca cede².

2. Obviamente, não será assim para quem perfilhe a *doutrina da derrotabilidade* das normas constitucionais que, nesta crise, acabou de ser adoptada, lamentavelmente, por António Costa, o nosso Primeiro-Ministro, para quem, “*diga a Constituição o que disser, o confinamento será imposto*”. Ou seja, a Constituição pode fixar esta ou aquela garantia, mas como, na ponderação a que procede, o Governo considera que a necessidade de confinamento prevalece, então ele será imposto. No fundo não é diferente, embora seja apresentada com uma outra sofisticação, a doutrina jurídica segundo a qual todas as normas constitucionais, independentemente da sua natureza e do seu conteúdo, são *derrotáveis*. A Constituição proíbe a tortura, a pena de morte ou a expropriação sem justa indemnização, mas se, ponderadas com normas e princípios constitucionais de sentido contrário, se concluir que os interesses contrários são mais *pesados*, estes prevalecem mesmo que o legislador constituinte tenha querido, reflectindo claramente essa intenção no enunciado, imunizar aquelas garantias contra qualquer ponderação posterior. A diferença da maior sofisticação advém simplesmente do facto de que, enquanto António Costa confia plenamente no instinto político para determinar o que deve ou não prevalecer, aquela doutrina confia numa *mágica fórmula do peso* que traduziria numa suposta linguagem científica (“científica” só no sentido pretensioso de equação não acessível à leitura imediata por parte de um jurista comum) o que António Costa formulou em português simples. Nos dois casos, vem sempre atrelada a mesma consequência de erosão da normatividade da Constituição, com a agravante de que, no caso da doutrina *sofisticada* da *derrotabilidade*, se fosse seguida, se anularia o legado de mais de duzentos anos de constitucionalismo de Estado de Direito baseado na supremacia da norma constitucional relativamente aos poderes constituídos e às normas ordinárias. Ou seja, normas constitucionais como “é proibida a tortura”, é “proibida a pena de morte”

Veremos, a seguir, porquê esta distinção é decisiva, mas, desde logo, há uma dúvida pertinente que pode e deve ser suscitada. É que se há pouco partimos da ideia de que a emergência de uma crise grave não coloca os decisores políticos perante o dilema de combater a crise ou respeitar a Constituição e os direitos fundamentais — e não coloca porque, como se salientou, os direitos fundamentais podem ser limitados na estrita medida do necessário para proteger outros bens igualmente dignos de proteção —, pois aqui teríamos o tipo de situação em que o dilema não seria superável. Isto é, quando os decisores políticos são constringidos, num ambiente de crise extrema, pela existência de garantias constitucionais inderrogáveis, por mais que as necessidades de combate à crise o exigissem essas garantias não poderiam ser atenuadas.

É verdade que para algumas delas é assim e deve ser assim. De facto, quando estamos perante conquistas civilizacionais ou exigências inelimináveis da dignidade da pessoa humana que conferem identidade ao nosso Estado de Direito — como a proibição da pena de morte ou a proibição de tortura —, a única conclusão admissível é a de que toda a ação política e administrativa só é legítima quando simultaneamente as observa e respeita na sua integralidade. Qualquer ação contrária seria, pura e simplesmente, inconstitucional. Diferente já será, no entanto, a situação mais comum de escolhas constitucionais que, na altura em que foram feitas pelo legislador constituinte, foram por ele dotadas da força de garantias absolutas, definitivas, ilimitáveis, mas que, com a passagem dos anos e o teste da realidade, se vêm a revelar excessivas ou demasiado rígidas.

Neste último caso, a solução óbvia, em Estado de Direito com Constituição formal rígida, é a da revisão constitucional que adapte a norma constitucional às exigências da realidade. Entre nós, deveria ser esta, por exemplo, a via para superar o risco para a segurança nacional que deriva da garantia absoluta constante do n.º 4 do artigo 34.º, da Constituição, relativa à proibição do acesso a *metadados* por parte das autoridades públicas³. Mas, persiste um problema: e se não se fizer atempadamente a correspondente e necessária revisão constitucional? Estarão os decisores políticos totalmente manietados numa situação de catástrofe?

Também aí, em última análise, não. A Constituição prevê, para as situações extremas, uma saída excepcional, precisamente, a possibilidade de declaração do

ou “o mandato do Presidente da República é de cinco anos” só valeriam num caso concreto se e enquanto não se considerasse que normas de sentido contrário deviam prevalecer.

3. Como se sabe, não tem sido essa a via escolhida pelas forças políticas maioritárias, antes parecendo, a avaliar pelo que tem acontecido, que a estratégia, seguida pelo Governo, a maioria parlamentar e o Presidente da República (que não pede a fiscalização preventiva das leis inconstitucionais) será a de *vencer* o Tribunal Constitucional pelo cansaço. Foi assim que, não obstante a decisão de inconstitucionalidade tirada no Acórdão n.º 403/2015 do Tribunal Constitucional, a mesma tentativa de escapar à proibição constitucional absoluta foi logo a seguir renovada, com ligeiras alterações, acabando por ter o mesmo destino no Tribunal Constitucional, a nova declaração da sua inconstitucionalidade (cf. Acórdão n.º 464/2019). Há claramente uma maioria política parlamentar que aprovaria a alteração em causa numa eventual revisão constitucional, mas os protagonistas políticos preferem *investir*, como dizem, em *contornar* as decisões do Tribunal Constitucional, o que gera tendencial degradação da força normativa da Constituição e do Estado de Direito.

estado de exceção constitucional, o estado de sítio ou o estado de emergência, onde até mesmo as garantias constitucionais inderrogáveis e absolutas possam ser suspensas, desde que com isso não se ponha em causa a identidade civilizacional do Estado de Direito e a dignidade da pessoa humana.

Veremos, a seguir, em que medida estas considerações são relevantes no presente contexto.

2. Qual a vantagem ou necessidade jurídica do estado de emergência para a imposição das medidas de confinamento?

Entre nós, as dúvidas de natureza jurídica sobre as possibilidades de limitação da liberdade individual no contexto do combate à epidemia afloraram quando, no início de Fevereiro de 2020, chegou um grupo de portugueses repatriados de Wuhan, China, e se colocou o problema da sua sujeição a uma quarentena. Não chegou, porém, a surgir uma verdadeira dificuldade porque todos os repatriados aceitaram voluntariamente o período de confinamento hospitalar que lhes foi proposto⁴.

Ressurgiram, mais tarde, quando, já após a imposição, entre outras, de medidas de contenção e isolamento social no acesso a estabelecimentos e a espaços públicos⁵, o Governo manifestava incómodo perante repetidas alusões a uma suposta intenção de o Presidente da República decretar o estado de emergência. Segundo o Governo, tal seria desnecessário porque, por um lado, os portugueses estavam a acatar voluntariamente as recomendações de confinamento e, em segundo lugar, estando supostamente em causa o direito de deslocação e podendo este ser limitado ao abrigo das leis em vigor, a declaração do estado de emergência introduziria, sem qualquer vantagem, um factor desnecessário de dramatismo.

Finalmente, após as críticas formuladas a propósito do decreto presidencial de declaração do estado de emergência e respectiva *execução* pelo Governo, as dúvidas generalizaram-se quando, no início de Maio, após o fim do estado de emergência decretado pelo Presidente da República e a declaração, por parte do Governo, da situação de calamidade, se percebeu que, afinal, a maior parte das limitações aos direitos fundamentais que provinham do estado de emergência prosseguiram indiferentemente em vigor ou eram renovadas pelo Governo como se o enquadramento e as possibilidades jurídicas de restrição dos direitos fundamentais fossem idênticas nas duas situações, estado de emergência e

4. Mais tarde, o Primeiro-Ministro viria a referir-se ao episódio para ilustrar a artificialidade das discussões constitucionais. Segundo ele, enquanto os juristas discutiam, as pessoas aceitaram voluntariamente a quarentena. Pois, e ainda bem. Mas, é normal que os juristas se tivessem preocupado com as dificuldades que podiam surgir, na altura, se não se tivesse conseguido o consentimento individual. Já não é tão normal que o Primeiro-Ministro de um Estado de Direito considere tais discussões uma inutilidade.

5. Cf. o Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de Março.

situação de calamidade⁶.

Ora, à primeira vista, aquelas reservas à necessidade de declaração do estado de emergência manifestadas originariamente pelo Governo parecem ter razão de ser. Não apenas o legislador democraticamente legitimado pode, em geral, mesmo em situação de plena normalidade, limitar os direitos fundamentais, restringindo as possibilidades do seu exercício, desde que tal seja necessário para proteger outros bens igualmente dignos e carentes de protecção, como, no presente contexto, era até desnecessário aprovar leis novas, uma vez que as normas em vigor já habilitavam as autoridades públicas da saúde e da protecção civil a tomar medidas de emergência destinadas a proteger os bens vida, integridade física e saúde pública.

Desde logo, a Lei n.º 81/2009, de 21 de Agosto, que institui um sistema de vigilância em saúde pública, habilita o membro do Governo responsável pela área a “*tomar medidas de excepção indispensáveis em caso de emergência em saúde pública, incluindo a restrição, a suspensão ou o encerramento de actividades ou a separação de pessoas que não estejam doentes, meios de transporte ou mercadorias, que tenham sido expostos, de forma a evitar a eventual disseminação da infecção ou contaminação*” (artigo 17.º, n.º 1)⁷.

No mesmo sentido, a lei de bases da protecção civil, a Lei n.º 27/2006, de 3 de Julho, prevê a possibilidade, que se verificou, de facto, de ser declarada a situação de calamidade através de uma resolução do Conselho de Ministros (artigo 8.º, n.º 1, alínea c), e artigo 19.º), que pode estabelecer (artigo 21.º, n.º 2):

“*a) A mobilização civil de pessoas, por períodos de tempo determinados; b) A fixação, por razões de segurança dos próprios ou das operações, de limites ou condicionamentos à circulação ou permanência de pessoas, outros seres vivos ou veículos; c) A fixação de cercas sanitárias e de segurança; d) A racionalização da utilização dos serviços públicos de transportes, comunicações e abastecimento*

6. Foi nesta altura que uma boa parte dos constitucionalistas portugueses *descobriu* o tema da inconstitucionalidade (alguns *descobriram* mesmo que em situação de crise também existe a figura da inconstitucionalidade, algo que rejeitaram afincadamente durante a crise financeira de há uns anos), concluindo, apressadamente, que a violação da Constituição era manifesta quando agora, em situação de calamidade, o Governo se comportava como em estado de emergência, não questionando sequer, como deviam ter feito, se a origem do problema não residiria, afinal, no facto de o estado de emergência ter sido declarado sem qualquer utilidade jurídica. Mais, permanecendo em silêncio perante inconstitucionalidades graves cometidas durante o estado de emergência, passaram agora a descobrir em cada nova norma uma nova inconstitucionalidade ou até a considerar o próprio *estado das coisas* como sendo inconstitucional.

7. De forma mais genérica e bastante mais indeterminada —e, por isso mesmo, suscitando já dúvidas razoáveis de constitucionalidade quanto à respectiva observância dos princípios da reserva de lei e da determinabilidade ou, pelo menos, exigindo uma interpretação em conformidade à Constituição quando a sua aplicação implique a limitação de direitos fundamentais—, no n.º 2 do artigo 17.º dessa mesma lei estabelece-se que “*o membro do Governo responsável pela área da saúde, sob proposta do director -geral da Saúde, como autoridade de saúde nacional, pode emitir orientações e normas regulamentares no exercício dos poderes de autoridade, com força executiva imediata, no âmbito das situações de emergência em saúde pública com a finalidade de tornar exequíveis as normas de contingência para as epidemias ou de outras medidas consideradas indispensáveis cuja eficácia dependa da celeridade na sua implementação*”.

de água e energia, bem como do consumo de bens de primeira necessidade”.

Logo, e a não ser que se considerassem todas estas normas e leis restritivas inconstitucionais —o que não seria razoável, já que toda a ordem jurídica de Estado de Direito pode e deve prever as possibilidades de resposta eficiente das autoridades públicas quando colocadas perante situações de catástrofe natural ou de calamidade sanitária ou epidemiológica—, pode-se dizer que tanto a liberdade de circulação como boa parte dos direitos que foram suspensos durante o estado de emergência podiam ter sido restringidos ou afectados, como foram e como continuam a ser, sem necessidade de recurso à declaração de um estado de excepção constitucional por parte do Presidente da República. Questão diferente é saber se foram e têm sido ou não respeitadas as normas e reservas constitucionais de competência, o que se fará posteriormente.

Mais, mesmo os outros direitos que vieram a ser igualmente limitados na situação de excepção constitucional, e cuja possibilidade de afectação não estava prevista nas leis em vigor, como os direitos dos trabalhadores, os direitos de manifestação e de reunião, a liberdade de culto, o direito à liberdade pessoal ou o direito ao desenvolvimento da personalidade, também eles podiam ter sido legalmente restringidos se fosse essa a decisão do legislador parlamentar. Ora, se a Assembleia da República autorizou o Presidente da República a declarar o estado de emergência nos termos em que o fez, não se vê como não houvesse possibilidade de formar a mesma maioria parlamentar para aprovar normas legais de idêntico conteúdo.

Reforça-se, assim, a dúvida sobre as supostas necessidade ou vantagem jurídicas de, pela primeira vez na história da Constituição de 1976, se ter declarado o estado de emergência quando, aparentemente, nada acrescentou ao que era possível fazer em situação de normalidade constitucional.

No entanto, e ao contrário do que pode ter sido sugerido pelo que dissemos até agora, a declaração do estado de emergência era necessária. A partir do momento em que, num contexto de combate à epidemia, se pretende —ou, pelo menos, se admite essa possibilidade— decretar o internamento hospitalar compulsivo de doentes e infectados ou se pretende determinar a obrigatoriedade de confinamento domiciliário a todas as pessoas, seria necessário, à luz da nossa Constituição, declarar previamente o estado de emergência e suspender especificamente o direito fundamental que, em estado de normalidade, não o permite. O problema é que esse, como vamos demonstrar a seguir, não foi suspenso.

Começaremos (ponto 3.) por fazer algumas considerações preliminares sobre distinções conceptuais com que vamos lidar —suspensão e restrição de direitos fundamentais— após o que (pontos 4. e 5.) procuraremos esclarecer as duas questões fundamentais seguintes.

Primeira, qual o direito fundamental que é especificamente posto em causa quando os poderes públicos pretendem internar compulsivamente um doente ou um infectado em estabelecimento de saúde ou quando pretendem confinar ao seu domicílio (ou a um quarto de hotel ou outro espaço afim) pessoas que

não estão doentes nem estão infectadas? Mais concretamente: está em causa o direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional, como decretou o Presidente da República⁸, ou está em causa o direito a não ser total ou parcialmente privado da liberdade?

Segunda, concluindo, como parece de elementar evidência, que está em causa o direito a não ser total ou parcialmente privado da liberdade, suscita-se uma outra questão: a de saber se este direito pode ser restringido fora das circunstâncias taxativamente enumeradas no artigo 27.º, n.ºs 2 e 3. Esta última questão remete

8. Cf. artigo 4.º, alínea *a*), do Decreto do Presidente da República nº 14-A/2020, de 18 de Março. A decisão do Presidente da República foi objecto da nossa avaliação crítica em texto escrito logo na manhã do dia seguinte e publicado no *Observatório Almedina* (J. REIS NOVAIS, “Estado de Emergência - Quatro notas jurídico-constitucionais sobre o decreto presidencial”, *Observatório Almedina*, disponível em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/03/19/estado-de-emergencia-quatro-notas-juridico-constitucionais-sobre-o-decreto-presidencial/>), mas, criticando esta nossa avaliação, o decreto presidencial mereceu depois o apoio expresso, tanto quanto é do nosso conhecimento, de quatro juristas: M. NOGUEIRA DE BRITO (cf. “Pensar no estado da exceção na sua exigência”, *Observatório Almedina*, disponível em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/04/02/pensar-no-estado-da-excecao-na-sua-exigencia/>), J. M. ALEXANDRINO (“Devia o direito à liberdade ser suspenso? Resposta a Jorge Reis Novais”, *Observatório Almedina*, disponível em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/04/07/devia-o-direito-a-liberdade-ser-suspenso-resposta-a-jorge-reis-novais/#not>), R. RAMIÃO (“O Direito à Liberdade e o Estado de Emergência numa releitura de Alf Ross (2.ª resposta a Jorge Reis Novais)”, ICJP/CIDP, 2020, disponível em http://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/direito_a_liberdade_e_o_estado_de_emergencia.pdf) e, em registo oral, P. MONIZ LOPES (“Suspensão de direitos fundamentais e decreto presidencial”, *5 minutos de Direito em Estado de Emergência*, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=SD-M08eR6WSM&feature=youtu.be>). O que nos separa da posição destes juristas ficará suficientemente claro ao longo da exposição, mas importa desde já identificar os equívocos de base de que partem.

M. NOGUEIRA DE BRITO parte de dois pressupostos, que não se verificam, e de um erro manifesto de interpretação: primeiro, o de que sustentamos a impossibilidade constitucional de determinar o confinamento compulsivo de pessoas portadoras de doença contagiosa, o que não é verdade; segundo, o de que sustentariamos a inconstitucionalidade das leis restritivas já actualmente em vigor sobre esta matéria, o que, como se viu, também não tem correspondência na realidade; terceiro, o de que o direito fundamental à liberdade consagrado no artigo 27.º da Constituição respeita exclusivamente ao foro penal (todavia, mesmo considerando só o direito consagrado nos n.ºs 2 e 3, bastaria ler as alíneas *e*) e *i*) do n.º 3 para se evidenciar o lapso).

J. MELO ALEXANDRINO e P. MONIZ LOPES partem da amálgama de duas questões que, todavia, são teoricamente distintas: a questão de saber qual o direito fundamental que está especificamente em causa no internamento hospitalar compulsivo e no confinamento domiciliário obrigatório e a questão de saber se o direito a não ser total ou parcialmente privado de liberdade é ou não limitável. Atento o resultado a que chegam, dir-se-ia que a confusão destas duas questões foi mais de meio caminho andado para terem falhado também cada uma delas em separado.

Por último, R. RAMIÃO imputa-nos um suposto desconhecimento da distinção —*fundamentalíssima*, no seu entender — entre direito fundamental e norma de direito fundamental. Ora, não só essa distinção tem um alcance dogmático relativamente reduzido, como, mesmo entre nós, ela é hoje uma banalidade, decorridos que estão dezassete anos desde que a divulgámos, com desenvolvimento, na literatura em língua portuguesa. Em contrapartida, o Autor parece não atribuir importância à distinção, essa sim relevante, entre norma e enunciado normativo e não dá conta que direito fundamental e restrição de liberdades são coisas distintas, o que o levou erroneamente a supor que a simples alusão presidencial a possíveis medidas restritivas a decidir pelas autoridades públicas competentes dá cumprimento à exigência constitucional e legal que recai sobre o Presidente da República de identificar “clara e expressamente” o específico direito fundamental que pretenda suspender.

para o tema principal anteriormente tratado, o de saber se era ou não necessário ter decretado o estado de emergência. É que, se concluirmos, como vamos fazer, que não é constitucionalmente possível restringir esse direito a não ser nas circunstâncias expressamente enumeradas naquele artigo, a única solução juridicamente possível para se poder determinar o internamento compulsivo e o confinamento obrigatório seria através da prévia suspensão desse direito através da declaração do estado de emergência. Simplesmente, o Presidente da República decretou o estado de emergência, é certo, mas, surpreendente e inexplicavelmente, não suspendeu esse direito, o que tornou aquela declaração juridicamente inútil e, simultaneamente, provocou a inconstitucionalidade das consequentes imposições de confinamento que o Governo veio a impor.

Por último, no ponto 6. consideraremos as especiais questões de competência que se suscitam em estado de emergência (bem como na situação de calamidade) e as eventuais inconstitucionalidades orgânicas aí verificadas.

3. Suspensão e restrição de direitos fundamentais em estado de emergência

Em situação de normalidade constitucional, quando se trata de enquadrar juridicamente o problema das afectações desvantajosas do conteúdo dos direitos fundamentais, lidamos com *restrições*, incluindo aí, quando se trate de afectações pontuais e concretas que não alteram a norma de direito fundamental, a figura das *intervenções restritivas*⁹. Logo, na presente *situação de calamidade*, é à teoria das restrições a direitos fundamentais que devemos apelar, seja na perspectiva material seja na competencial, mesmo quando se trate de afectações que, tendo sido iniciadas em estado de emergência, foram continuadas no período seguinte. Já na situação de estado de excepção, como foi a vivida de 18 de Março a 2 de Maio de 2020, as restrições na altura impostas aos direitos fundamentais têm de ser dogmaticamente relacionadas com o instituto da *suspensão* de direitos operada através dos sucessivos decretos presidenciais de declaração e de renovação do estado de emergência.

No plano da teoria dos direitos fundamentais, haveria uma distinção qualitativa entre restrição e suspensão de exercício de direitos fundamentais que poderia ser apurada, desde logo, num plano conceptual: restrição constituiria uma afectação permanente do conteúdo do direito fundamental (determinada por lei restritiva) e suspensão, determinada pelo decreto presidencial de declaração do estado de sítio ou de emergência, seria a impossibilidade de exercer o direito fundamental por um período estritamente delimitado no tempo¹⁰.

9. Cf. J. REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003, pp. 172 ss., pp. 192 ss.

10. Também costuma ser invocada a distinção fundada na existência de um regime constitucional especial supostamente só aplicável às restrições (artigo 18.º) e diverso do regime da suspensão (artigo 19.º), mas aí a dificuldade advém do facto de a generalidade dos *limites aos limites* previstos naquele artigo 18.º ser simplesmente uma concretização dos princípios constitucionais estruturantes que vinculam toda a actuação dos poderes públicos em Estado de Direito, incluindo em situação de estado de emergência.

Porém, não apenas uma suspensão é sempre, de igual modo, uma afectação desvantajosa das possibilidades individuais de acesso a um bem jusfundamentalmente protegido e, logo, é uma modalidade de restrição de direitos fundamentais em sentido lato, como, no caso particular da crise que vivemos, a convergência prática das duas figuras foi, como veremos, quase total¹¹.

Nesta crise, dado o prolongamento da duração do estado de emergência —à partida, com renovação assegurada com a anuência da Assembleia da República—, aquilo que acabámos por ter durante esse período foi verdadeiramente restrições a direitos fundamentais operadas a coberto da habilitação conferida pelo decreto presidencial de declaração do estado de emergência. Ou seja, relativamente a todo um conjunto de direitos fundamentais, verificaram-se afectações parcelares desvantajosas do seu conteúdo (e não pura e simplesmente a supressão do direito) durante um período, é certo, limitado, mas, neste caso, prolongado e recorrente enquanto não se dissipassem as ameaças a que se procurava responder.

Por outro lado, dado que o Presidente da República optou aqui por um tipo especial de declaração que desdobrou o procedimento de afectação dos direitos fundamentais por diferentes planos ou fases, suspensão e restrição de direitos surgiram inevitavelmente imbricadas ao longo da aplicação e da concretização do decreto presidencial.

Assim, o Presidente da República suspendeu alguns direitos fundamentais (direito de deslocação, direito de propriedade e iniciativa privada, direitos dos trabalhadores, direito de reunião e manifestação, liberdade de culto, direito de resistência), mas o alcance concreto da afectação a que cada um desses direitos ficou sujeito foi diferenciado.

Relativamente a alguns deles (caso do direito à greve e do direito de resistência), desde logo o Presidente da República fixou no decreto presidencial o sentido e o conteúdo das restrições ao direito: por exemplo, ficou imediatamente proibido o exercício do direito à greve nos sectores críticos ou vitais.

Num segundo plano, que se verificou para a generalidade dos outros direitos, o Presidente da República não procedeu imediatamente à concretização do alcance e extensão da suspensão, antes habilitando as “autoridades públicas competentes” — não dizendo quais— a restringir os direitos suspensos dentro de limites só genericamente delineados no decreto presidencial.

Por isso, no caso das restrições assim *autorizadas*, passou a existir necessariamente um terceiro plano em que as autoridades públicas competentes fixaram o que, nesses domínios normativos, era proibido, permitido ou imposto durante o estado de emergência. Foi nesse plano que o Governo, chamando a si a competência

11. A própria lei do estado de sítio (Lei n.º 44/86, de 30 de Setembro, com as actualizações da Lei Orgânica n.º 1/2012, de 11 de Maio) confirma a tendencial indiferenciação das duas figuras quando, na determinação do conteúdo que deve constar da declaração do estado de emergência, as associa na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 14.º, referindo a exigência da “especificação dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso ou restringido”.

a que o Presidente da República aludia, aprovou os correspondentes decretos governamentais, autodesignados de decretos de execução e de regulamentação, que foram posteriormente assinados pelo Presidente da República, e através dos quais o Governo definia normativamente o conteúdo, sentido e alcance das restrições que decidia impor.

No fundo, em termos práticos, a declaração presidencial do estado de emergência funcionou simplesmente como autorização para posterior regulação restritiva, a actuar pelas autoridades competentes, nos domínios normativos abrangidos pelos direitos fundamentais suspensos. Dessa forma, há aqui um paralelo normativo notório com aquilo que sucede com as autorizações constitucionais expressas de restrições a direitos fundamentais: a Constituição autoriza, por vezes, o legislador a restringir direitos fundamentais, mas é este que finalmente decide se restringe, como e quando restringe e com que alcance.

Com efeito, também naquele referido terceiro plano, respeitando o quadro normativo já traçado pelo Presidente da República, o Governo veio a determinar, também ele normativamente, o conteúdo das restrições que ele próprio se encarregaria de executar ou que deveriam ser executadas por outras autoridades.

Em quaisquer das situações —autorização constitucional expressa e decreto presidencial que declara o estado de emergência—, ficando resolvido o problema de saber se o legislador (ou as “entidades públicas competentes”) podem ou não restringir o direito fundamental em causa, fica apenas por determinar se a restrição concretamente actuada, num e noutra caso, pela Assembleia da República ou pelo Governo, respeitou ou não os princípios estruturantes ou os *limites aos limites*, incluindo limites materiais e limites competenciais.

Há, no entanto, apesar desta convergência significativa entre os dois procedimentos, algumas diferenças conceptuais que se reflectem, depois, pelo menos tendencialmente, em diferenças práticas.

Há, em primeiro lugar, uma distinção dogmaticamente relevante entre uma autorização constitucional expressa de restrição e o decreto presidencial de suspensão que autoriza a posterior restrição: é que a primeira não está, por natureza, sujeita a controlo de constitucionalidade, dado que, não havendo *normas constitucionais inconstitucionais*, as normas da Constituição que autorizam as restrições são insusceptíveis de controlo. Já o decreto presidencial que declara o estado de emergência e suspende direitos fundamentais, apresentando um claro carácter normativo e sendo um acto de um poder constituído, está, pelo menos em teoria, sujeito a controlo de constitucionalidade e podemos, relativamente ao conteúdo, falar em eventuais inconstitucionalidades nele contidas.

Diga-se, porém que, num quadro de grande pressão e dada a extrema relevância dos motivos que fundamentam a suspensão —a imprescindível protecção da saúde, da integridade e da vida—, a possibilidade de um controlo material do decreto presidencial é uma hipótese muito remota, pelo que, na prática, as restrições ficam autorizadas e a sua justificação é dada como resolvida pela simples existência da habilitação conferida pelo Presidente da República.

Há, em segundo lugar, entre as restrições expressamente autorizadas pela Constituição e as restrições *autorizadas* pelo decreto presidencial, uma diferença conceptual que se reflecte tendencialmente numa densidade de controlo mais atenuada das últimas no plano material e numa diferença significativa no plano competencial.

A raiz da diferença está no facto de o instituto da suspensão determinar que, por todo o período em que ela vigore, o respectivo direito fundamental fique obnubilado, como que se *apagando* temporariamente, deixando a correspondente norma constitucional de protecção de produzir efeitos jurídicos na medida da extensão e do alcance da suspensão. Ou seja, é como se naquele período o direito fundamental deixasse de existir.

No plano material, isto produz uma tendencial rarefacção da densidade de controlo judicial das restrições ao acesso individual aos respectivos bens jusfundamentais, já que esse acesso foi, entretanto, privado da protecção específica e reforçada anteriormente proporcionada pelo direito fundamental suspenso. Se a isto se faz acrescer uma duração do período de suspensão relativamente limitada, na prática as possibilidades de um controlo judicial efectivo da constitucionalidade destas restrições acabam por ser bem menores que as que se verificam em situação de normalidade constitucional.

Por sua vez, no plano competencial há também uma diferença significativa, de que trataremos desenvolvidamente no ponto 6., e que tem a ver com o facto de a suspensão do direito fundamental abrir um *vazio* na área da reserva de competência legislativa da Assembleia da República: se o direito fundamental deixa temporariamente de produzir efeitos jurídicos, então o respectivo âmbito normativo deixa de constituir área de reserva parlamentar enquanto durar a suspensão, já que o correspondente “direito, liberdade e garantia” não existe temporariamente enquanto tal.

4. Quais os direitos fundamentais envolvidos e que direito fundamental está especificamente em causa nas imposições de internamento hospitalar e de confinamento domiciliário?

Para além de diferentes direitos constitucionais que são potencialmente afectados quando, numa situação de pandemia, se pretendem impor restrições ou impedimentos ao contacto social entre as pessoas, nas decisões de confinamento ou de recolhimento obrigatórios estão directa e principalmente envolvidos, pelo menos, os seguintes direitos fundamentais: naturalmente, o direito à protecção da saúde e o direito à vida, enquanto bens principais que se pretendem salvaguardar com as eventuais medidas restritivas, mas, no plano dos direitos que, do ponto de vista dos seus titulares, são directa e desvantajosamente afectados por aquelas medidas estão sobretudo em causa o direito à liberdade pessoal, o direito de deslocação e ainda, embora a título subsidiário, o direito ao desenvolvimento da personalidade.

No entanto, dada a especial gravidade da suspensão dos direitos fundamentais, a declaração do estado de emergência não se pode bastar com uma remissão genérica para esse conjunto de direitos fundamentais. Ao invés, compreende-se a prudência do legislador quando impõe que, naquela declaração, o Presidente da República inclua, “*clara e expressamente*”, a “*especificação dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso ou restringido*”¹². De resto, essa especificação já seria constitucionalmente imposta pelo princípio da proporcionalidade (artigo 19º, nº 4, da Constituição), já que uma suspensão ou uma restrição não clara e expressamente especificadas não satisfariam as exigências do princípio da proibição do excesso (indispensabilidade).

Naturalmente, para além da necessidade de observância daquelas exigências, a especificação dos direitos suspensos tem a maior relevância jurídica, pois, se um direito não está suspenso, então, mesmo que nos encontremos em estado de exceção constitucional, o Governo não pode legislar sobre a matéria, não pode impor aos respectivos titulares medidas restritivas que não sejam comportadas pela Constituição e pelas leis em vigor e o eventual não acatamento dessas eventuais medidas restritivas pelos seus supostos destinatários não configura o crime de desobediência.

Assim, se o direito fundamental a não ser total ou parcialmente privado da liberdade, garantido especificamente no artigo 27.º, n.ºs 2 e 3, da Constituição, não foi suspenso durante o estado de emergência — e não foi —, então mantêm-se plenamente em vigor todas as suas virtualidades jurídicas tal qual como acontece em normalidade constitucional. Podemos divergir sobre o conteúdo preciso dessas virtualidades — problema que analisaremos no ponto seguinte e que constitui uma outra discussão —, mas aquela conclusão seria aparentemente pacífica, não fora o facto de terem irrompido na declaração do estado de emergência e na sua renovação dois factos surpreendentes.

Primeiro, o Presidente da República, diz no primeiro decreto de declaração do estado de emergência, de 18 de Março¹³, que “podem ser impostas pelas autoridades públicas competentes as restrições necessárias para reduzir o risco de contágio e executar as medidas de prevenção e combate à epidemia, **incluindo o confinamento compulsivo no domicílio ou em estabelecimento de saúde**” (sublinhados nossos). Porém, e aí a surpresa, integra expressamente essas possíveis medidas restritivas no âmbito da única suspensão — considerando os três direitos fundamentais atrás mencionados — a que procedeu: a do “direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional” (artigo 44.º da Constituição). Portanto, mantendo-se plenamente em vigor, por não ter sido suspenso, o direito a não ser total ou parcialmente privado da liberdade a não ser em circunstâncias expressamente enumeradas (artigo 27.º, n.ºs 2 e 3), toda e qualquer posterior imposição de internamento hospitalar compulsivo ou de confinamento domiciliário obrigatório seria constitucionalmente sindicável

12. Cf. a alínea *d*) do n.º 1 do artigo 14º, da Lei n.º 44/86, de 30 de Setembro, com as alterações da Lei orgânica n.º 1/2012, de 11 de Maio.

13. Cf. Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de Março, artigo 4.º, alínea *a*).

tomando essas garantias como parâmetro e, desde logo, não poderia sequer o Governo legislar sobre tal matéria, uma vez que não dispunha da correspondente autorização legislativa.

Em segundo lugar, nas consequentes renovações do estado de emergência, o Presidente da República manteve aquele erro em toda a sua extensão, ou seja, manteve plenamente intocadas as garantias consagradas no artigo 27.º, n.ºs 2 e 3, ao mesmo tempo que *autorizava* as autoridades públicas competentes, como se isso lhe fosse possível, a impor o confinamento hospitalar ou domiciliário compulsivos¹⁴ ao abrigo da suspensão do “direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional”¹⁵.

Ou seja, se alguém está doente ou infectado, eventualmente no seu domicílio, e recusa ir para estabelecimento hospitalar ou para outro estabelecimento determinado pelas autoridades de saúde, segundo o Presidente da República e os juristas que lhe manifestaram apoio¹⁶ o direito fundamental subjacente ao conflito é o direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional. Por isso, para permitir o internamento hospitalar compulsivo, foi esse direito fundamental que foi especificamente suspenso pelo Presidente da República. Notável!

14. Tal ocorreu nos segundo e terceiros decretos presidenciais (Decreto n.º 17-A/2020, de 2 de Abril, e Decreto n.º 20-A/2020, de 17 de Abril), com uma ligeira diferença de redacção relativamente ao primeiro decreto: “*incluindo o confinamento compulsivo no domicílio, em estabelecimento de saúde ou noutra local definido pelas autoridades competentes*”.

15. De resto, o Presidente da República parece ter aderido à máxima monárquica segundo a qual “*the King can do no wrong*” pelo que, para além deste, conservou igualmente inalterado nas renovações seguintes do estado de emergência, incluindo no português escrito, esse outro enunciado estranho e rotundamente inconstitucional constante do artigo 7.º do primeiro decreto presidencial e segundo o qual: “*São ratificadas todas as medidas legislativas e administrativas adotadas no contexto da presente crise, as quais dependam da declaração do estado de emergência*”. Ou seja, tanto quanto se consegue perceber da extraordinária ambição do Presidente da República, todas as medidas restritivas adoptadas anteriormente ou que venham posteriormente a ser adoptadas e que pressupusessem ou pressuponham a declaração do estado de emergência, mas tivessem sido ou sejam aprovadas à sua margem, são “ratificadas”, o que significa que, “no contexto da presente crise”, o Presidente da República se arroga o poder de sanar, por decreto, inconstitucionalidades ocorridas no passado, no presente ou no futuro. Tratava-se de medidas restritivas e eram inconstitucionais —porque, dependendo da declaração do estado de emergência, foram tomadas à sua margem—, mas uma norma de *ratificação* no decreto presidencial resolveria pretensamente o problema. Ora, também esta norma permaneceu inalterada nas sucessivas renovações do estado de emergência, o que significa que o Presidente da República não vê nela qualquer problema, nem de constitucionalidade nem de português.

Tão ou mais surpreendente, houve juristas que o secundaram. Foi o caso de R. RAMIÃO (“A eficácia retroativa do estado de emergência (Resposta a Jorge Reis Novais)”, ICJP/CIDP, 2020, disponível em https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/a_eficacia_retroativa_do_estado_de_emergencia_resposta_a_jorge_reis_novais_0.pdf), para quem a norma não é constitucionalmente problemática porque, se o fosse, também seria politicamente problemática, já que a inconstitucionalidade teria sido conjuntamente praticada por Presidente da República, Governo e Assembleia da República, bem como o caso de P. MONIZ LOPES, *Suspensão*, para quem aquela norma só não é inconstitucional porque, diz, não produz efeitos jurídicos e conclui que não produz efeitos jurídicos porque, se produzisse, seria inconstitucional...

16. Cf. *supra*, nota 8.

Perante tamanha confusão, teremos de nos deter mais demoradamente nesta questão com vista ao seu cabal esclarecimento, não obstante a explicação se tornar quase confrangedora (sendo este *quase* uma figura de estilo).

4.1. Internar compulsivamente ou manter alguém confinado em espaço fechado contra a sua vontade é uma privação da liberdade, não é uma restrição ao direito de deslocação para qualquer parte do território nacional

Com base numa referência do Presidente da República, no âmbito da suspensão do “*direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional*”, à possibilidade de poder ser imposto pelas “*autoridades públicas competentes*” o “*confinamento compulsivo no domicílio, em estabelecimento de saúde ou noutra local definido pelas autoridades competentes*”, o Governo determinou a seguir, por decreto simples¹⁷:

(i) o confinamento compulsivo, em estabelecimento hospitalar ou no domicílio, dos doentes *covid*, dos infectados e de pessoas sujeitas pelas autoridades e profissionais de saúde a vigilância;

(ii) o confinamento compulsivo domiciliário à generalidade das pessoas, com excepções diferenciadas para maiores ou para menores de 70 anos.

Tratar-se-ia, então, de saber se o que está aqui em causa é o direito à liberdade pessoal na sua dimensão específica de direito a não ser total ou parcialmente privado da liberdade ou se, como pretende o Presidente da República e os juristas que o secundaram, é o direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional.

Para o esclarecimento desta dúvida, bastaria fazer uma interpretação simples dos enunciados normativos em causa (artigo 27.º e artigo 44.º da Constituição), quando muito, complementada pela leitura das duas Constituições anotadas de referência e das decisões do Tribunal Constitucional que para elas remetem numa jurisprudência constante. Só isso seria plenamente suficiente para se aquilatar da gravidade do erro.

De facto e de direito, se eu estou em casa e me impõem um internamento hospitalar compulsivo, em nada tal afecta o meu direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional nem tem sequer algo a ver com esse direito. São coisas completamente distintas. O que está em causa, para além do direito ao desenvolvimento da personalidade¹⁸, é, neste contexto, o meu direito à liberdade e, especificamente, o meu direito a não ser total ou parcialmente privado de liberdade. Se estou na rua e me impõem o confinamento domiciliário

17. Cf. Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de Março, Decreto n.º 2-B/2020, de 2 de Abril, e Decreto n.º 2-C/2020, de 17 de Abril.

18. Naturalmente, se o internamento hospitalar compulsivo envolver imposição de tratamento terapêutico contra a vontade do próprio, tal convoca todos os princípios e direitos constitucionais associados, como a dignidade, a autonomia e a integridade moral e física.

obrigatório, ainda que com exceções especialmente enumeradas, não é o direito de deslocação para qualquer parte do território nacional, mas a garantia de não ser privado parcialmente da minha liberdade que está a ser afectada.

Há, evidentemente, alguns pontos de contacto ou de intersecção ou concorrência entre direitos fundamentais, como acontece sempre nas situações mais complexas, mas o problema que nos ocupa é concretamente o de determinar se há ou não, na Constituição portuguesa, direito fundamental específico que proteja a liberdade e a autonomia individual naquelas circunstâncias, até porque a observância do princípio constitucional da proporcionalidade e a própria lei do estado de sítio e do estado de emergência impõem que o Presidente da República diga clara e expressamente qual ou quais os específicos direitos fundamentais que são suspensos.

Se, para além do direito ao desenvolvimento da personalidade, a Constituição tem um direito à liberdade (artigo 27.º), onde se inclui um específico direito a não ser total ou parcialmente privado de liberdade a não ser em circunstâncias expressamente elencadas (artigo 27.º, n.ºs 2 e 3), parece óbvio que, havendo um outro direito específico consagrado no artigo 44.º, o direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional, eles devem ter âmbitos normativos diferentes e especiais cuja delimitação cabe ao intérprete apurar.

O específico direito a não ser total ou parcialmente privado da liberdade (artigo 27.º, n.º 2), no contexto de um direito à liberdade pessoal (artigo 27.º, n.º 1), tem naturalmente a ver com o direito a não ser coagido a ficar confinado, total ou parcialmente, num espaço fechado, reduzido e estritamente delimitado, tem a ver com a liberdade de *ir e vir*, de não ficar detido, confinado ou aprisionado. Foi e é também este o entendimento constante do Tribunal Constitucional.

Veja-se, assim, a seguinte transcrição do Acórdão n.º 463/2016 do Tribunal Constitucional:

“O [artigo 27.º da Constituição](#), sob a epígrafe «Direito à liberdade e à segurança», estabelece no n.º 1 que «[t]odos têm direito à liberdade e à segurança».

*O que está aqui em causa é o direito à liberdade física, à possibilidade de movimentação sem constrangimentos. Tutela-se aqui, conforme tem sido consensualmente reconhecido, um aspeto parcelar e específico das diversas dimensões em que se manifesta a liberdade humana, o direito à liberdade física, entendida «como liberdade de movimentos corpóreos, de “ir e vir”, a liberdade ambulatória ou de locomoção» (cfr. Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2010, p. 638) ou como «direito de não ser detido, aprisionado, ou de qualquer modo fisicamente confinado a um determinado espaço, ou impedido de se movimentar» (cfr. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p. 478). É este também o entendimento que, de forma reiterada, tem sido sustentado pelo Tribunal Constitucional (cfr., entre outros, os [acórdãos n.ºs 479/94](#), [663/98](#), [471/2001](#), [71/2010](#), [181/2010](#) e [54/2012](#)).”*

Por sua vez, quando no enunciado do artigo 44.º se diz que “a todos os cidadãos é garantido o direito de se deslocarem e fixarem livremente em qualquer parte do território nacional” (n.º 1) e que a todos é garantido o direito de emigrar ou de sair do território nacional e o direito de regressar (n.º 2), parece óbvio que a dimensão relevante do programa normativo deste direito já é o da liberdade de deslocação e de fixação, de emigração e de regresso, com relação ao domínio territorial do Estado português ou às diferentes partes do território nacional. Essa liberdade de movimentação territorial, entre as diferentes partes do território nacional ou, quanto à liberdade de emigrar e de regressar, relativamente a todo o território, vem expressamente realçada no enunciado normativo.

Naturalmente, como todos os direitos fundamentais quando considerados como um todo, tanto o direito à liberdade pessoal como o direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional têm limites e, desde logo nos projectos de Constituição apresentados na Assembleia Constituinte, sobretudo nos que previam a existência dos dois direitos fundamentais — casos do PS e do PCP —, eles eram já considerados de uma forma que esclarecia as diferenças que passaram a vigorar quando foram distintamente acolhidos no texto constitucional.

Assim, o projecto de Constituição do Partido Socialista¹⁹ continha, precisamente, o direito de todos “à liberdade e à segurança”, exactamente na formulação que veio a ser acolhida pela Constituição no artigo 27.º, e, nas excepções expressamente consagradas a esse direito, para além da prisão decretada por sentença judicial condenatória, previa-se já, entre outras, a detenção de “pessoa susceptível de propagar doença contagiosa” (juntamente, nas curiosas expressões da época, com a detenção de “alienado, alcoólico, toxicómano, vadio ou equiparado”). Por sua vez, em outro artigo desse projecto, que daria, por sua vez, origem ao actual artigo 44.º, garantia-se a todos “o direito de se deslocarem e fixarem livremente em qualquer parte do território nacional, salvo os limites estabelecidos por lei, em razão de salubridade e de segurança física”.

Não se podia ser mais claro e simples: *pessoa com doença contagiosa que fica confinada*, respeita à liberdade pessoal do artigo 27.º; *cerca que impede entrar ou sair de parte do território por razões de salubridade*, respeita ao direito de deslocação para qualquer parte do território nacional, do artigo 44.º.

O que impressiona é como, sendo estas diferenças entre os dois direitos fundamentais já claras e perfeitamente estabelecidas na comunidade jurídica portuguesa em 1975, foi preciso esperar até 2020 para que um Presidente da República, professor de Direito, e alguns juristas que o secundaram viessem confundir tudo com consequências juridicamente desastrosas.

Portanto, quanto se pretendem impor as chamadas quarentenas territoriais ou

19. Cf. artigos 13.º e 18.º do Projecto do PS in JORGE MIRANDA, *Fontes e Trabalhos Preparatórios da Constituição*, I, Lisboa, 1978. Cf., igualmente, no mesmo local, os artigos 32.º e 53.º do Projecto do PCP, com uma redacção muito aproximada do projecto do PS (menos na parte em que o Projecto do PCP previa a limitação do direito de deslocação também “para prevenir ou reprimir actividades contra-revolucionárias”...).

cercas sanitárias, no sentido de delimitação de áreas do território nacional de onde não se pode sair ou onde não se pode entrar, estão a ser proibidos movimentos de deslocação territorial, isto é, somos remetidos para o direito de deslocação para qualquer parte do território nacional. Nesse ponto, não parece haver dificuldades de qualificação: as proibições ou restrições daqueles movimentos, embora afetem a liberdade pessoal, respeitam especificamente, de facto, ao direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional (garantido no artigo 44.º da Constituição) e aí não se suscitam problemas porque esse direito foi sempre especificamente suspenso nos decretos presidenciais. Era o caso, por exemplo, da cerca sanitária que foi imposta em Ovar: não se podia entrar ou sair dos limites territoriais definidos, a não ser por motivo especialmente previsto. Seria também — se a correspondente proposta dos Governos regionais não tivesse sido recusada pelo Governo da república — o caso da suspensão da realização de voos para os Açores e a Madeira.

Em contrapartida, quando o Estado determina o internamento compulsivo ou o confinamento domiciliário (eventualmente com excepções taxativamente enumeradas), independentemente de se saber se o pode ou não fazer, que é questão a abordar posteriormente, é claro que o direito fundamental directa e especificamente posto em causa é o direito fundamental à liberdade consagrado no art. 27.º no que respeita à garantia da não privação total ou parcial da liberdade especificamente consagrada nos n.ºs 2 e 3 daquele artigo.

Nem se diga que o artigo 27.º respeita exclusivamente a matéria penal, pelo que não estaria aqui em causa o direito à liberdade pessoal ali especificamente acolhido, mas, quando muito, o direito ao desenvolvimento da personalidade, entendido como liberdade geral de acção, acolhido no artigo 26.º.

Por um lado, se bem que a dimensão penal seja dominante no programa normativo do artigo 27.º, ela fica bem longe de abranger o âmbito normativo do direito à liberdade pessoal. E nem mesmo quanto ao específico direito a não ser total ou parcialmente privado da liberdade a não ser em consequência de sentença judicial condenatória (artigo 27.º, n.ºs 2 e 3), a dimensão penal esgota a natureza jurídica dessa garantia. Desde logo, ali mesmo se admitem excepções que nada têm a ver com dimensão penal, como as da sujeição de menor a medidas de protecção e o internamento de portador de anomalia psíquica (alíneas *e* e *h*) do n.º 3). Se a excepção do internamento de portador de doença contagiosa ou o confinamento obrigatório em caso de epidemia não foi prevista no texto constitucional, deve-se simplesmente à imprudência do legislador constituinte. Não que faltassem propostas, como as que referimos, ou alertas para a omissão²⁰.

Por outro lado, quanto ao direito ao desenvolvimento da personalidade, na sua acepção mais generalizada como direito à liberdade geral de acção, ele é um direito subsidiário que intervém somente quando não há um direito fundamental específico a garantir o comportamento. Participar numa reunião formal

20. Veja-se, assim, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, p. 484.

convocada para um espaço aberto, ao ar livre, é protegido especificamente pelo direito de reunião do art. 45.º; logo, não precisamos de invocar o direito ao desenvolvimento da personalidade para proteger a liberdade de reunião de eventuais agressões. Não ficar confinado num espaço fechado, num domicílio, num quarto de hotel, num estabelecimento de saúde, de onde se está proibido de sair, é protegido pelo direito à liberdade do artigo 27.º; não precisamos de invocar o artigo 26.º e o direito ao desenvolvimento da personalidade para o defender. Acresce que, historicamente, durante muito tempo, não existia sequer o direito ao desenvolvimento da personalidade na Constituição, dado que só foi criado na revisão constitucional de 1997. Indiscutivelmente, todas as questões relacionadas com a liberdade pessoal, entendida como liberdade física, liberdade pessoal de movimentos, de não confinamento num espaço fechado, encontram uma garantia específica no artigo 27.º; nunca, definitivamente, no artigo 44.º.

Se as autoridades nacionais ou regionais erguem uma cerca sanitária e não permitem que um cidadão tome um voo para os Açores, impedindo-o de se deslocar e fixar nessa parte do território, estão, aí é verdade, a restringir o seu direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional. Se o deixam entrar nos Açores, mas não o deixam abandonar livremente o aeroporto e a seguir o conduzem a um quarto de hotel onde o obrigam a permanecer durante 14 dias, com um polícia à porta para não permitir que saia — como, de facto, acontecia na realidade —, estão a restringir o seu direito à liberdade, estão a privá-lo parcialmente da sua liberdade. Elementar. São coisas distintas.

Por isso, e bem, o Tribunal de Ponta Delgada, em 16 de Maio, deferiu o pedido de *habeas corpus* apresentado por um residente nos Açores a quem as autoridades impuseram, à chegada ao aeroporto daquela cidade, o confinamento compulsivo num quarto de hotel, vigiado por um polícia, e de onde não poderia sair durante 14 dias. O cidadão em causa já se tinha deslocado do Continente para os Açores, esse direito de deslocação não foi impedido; agora, chegado a Ponta Delgada, não se quer deslocar para lugar algum, quer simplesmente ir para casa e fazer a vida normal, já que não está doente nem está infectado (testou negativo a *covid-19*). Se as autoridades policiais o conduzem a um hotel e o metem num quarto de onde não o deixam sair durante 14 dias, é o seu direito de deslocação que está em causa? Já vimos que para o Presidente da República e para os juristas que o secundaram é assim. Mas, é um erro. Crasso. O que está a ser afectado, restringido, suprimido, é o seu direito fundamental a não ser total ou parcialmente privado da liberdade. Por isso, e bem, o Tribunal de Ponta Delgada deferiu o *habeas corpus*; era uma lesão ostensivamente inconstitucional da sua liberdade pessoal.

Se alguém desce do seu domicílio até à rua junto à porta de entrada do prédio onde habita e aí permanece alguns momentos para fruir do ambiente e do ar livre, se e quando a autoridade policial lhe dá a ordem de regressar ao interior da sua habitação²¹, essa ordem não está a afectar especificamente o seu direito de

21. Nos termos das imposições que vigoraram efectivamente durante o estado de emergência, foi exactamente assim para alguns cidadãos. De acordo com o Decreto n.º 2-A/2020,

deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional; pura e simplesmente, a pessoa não se pretende deslocar para lugar algum, pretende ficar a usufruir da liberdade de sair de casa, de permanecer ao ar livre. A ordem de regresso ao domicílio está a afectar o seu direito à liberdade protegido pelo art. 27.º, está a privá-lo parcialmente da liberdade de *ir e vir*, está a confiná-lo contra a sua vontade a um espaço fechado de onde só pode sair para determinadas actividades taxativamente enumeradas, está a privá-lo parcialmente da liberdade à margem das circunstâncias previstas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 27.º, independentemente de discutirmos, agora, se a afectação é legítima ou ilegítima.

Clarificado este ponto e perante estas restrições severas ao direito a não ser total ou parcialmente privado da liberdade, cabe, por fim, fazer uma precisão importante. O que é verdadeiramente controvertido aqui não é o confinamento compulsivo de pessoas infectadas ou portadoras de doença contagiosa; mais simplesmente, não tratamos do problema, nas presentes circunstâncias, das pessoas que tenham testado positivo para *covid-19* e/ou relativamente às quais se saiba que transmitem o contágio. Quanto a essas, se estiverem numa situação de preenchimento do tipo penal do crime de propagação de doença contagiosa, a sua liberdade de circulação estaria excluída do âmbito de protecção do direito à liberdade pessoal. De acordo com a concepção que sustentamos²², desde que o tipo fosse preenchido, a prática de ilícito penal material excluiria preliminarmente o comportamento criminoso do âmbito de protecção conferido pelas normas de direitos fundamentais.

Mais duvidoso, mas, em nosso entender, tendencialmente admissível, será o eventual confinamento compulsivo preventivo de pessoas que não tenham (ainda) testado positivo, mas relativamente às quais haja uma elevadíssima probabilidade de terem sido infectadas, seja porque apresentam os sintomas típicos da doença seja porque, não havendo ainda resultados testados, estiveram em situação objectivamente confirmada de elevada probabilidade de infecção.

Nestas situações, mesmo na ausência de lei específica, de norma habilitadora ou de prévia suspensão de direitos, as autoridades públicas de saúde, de administração

de 20 de Março, artigo 4.º e artigo 5.º, n.º 1, alínea *i*), os maiores de 70 anos não poderiam sair do domicílio para efeitos de “fruição de momentos ao ar livre”; saídas com esse propósito só eram permitidas a menores de 70 anos. Quase se diria ter havido aí a preocupação de assegurar, *para lá de qualquer dúvida razoável*, que estas disposições eram mesmo inconstitucionais: não apenas por falta de competência do Governo para legislar sobre a matéria, não apenas por ter recorrido a decreto simples para restringir, com aquela gravidade, um direito fundamental, não apenas por o Governo não poder impor o confinamento domiciliário obrigatório, não apenas por violar o direito ao desenvolvimento da personalidade e a dignidade da pessoa humana, mas ainda por violar ostensivamente o princípio da igualdade. É obra. Mas, nem isso inibiu o Presidente da República, na última das renovações do estado de emergência, de procurar *rati-ficar* tamanha inconstitucionalidade através do eufemismo da imposição das ditas “restrições simétricas ou assimétricas, designadamente em relação a pessoas e grupos etários ou locais de residência” (cf. artigo 4.º, alínea *a*), do Decreto do Presidente da República n.º 20-A/2020, de 17 de Abril).

22. Cf. J. REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*, Lisboa, 2017, pp. 217 ss. Com mais desenvolvimento, J. REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003, pp. 396 ss., pp. 408 ss.

interna, de protecção civil, estão mesmo obrigadas, em estado de necessidade e de emergência administrativas, a impor o confinamento, no sentido de que se devem assegurar da impossibilidade prática de essas pessoas propagarem doença contagiosa e porem em sério risco a saúde e a vida de outras pessoas. Se não o fizessem, atenta, no caso, a gravidade da doença e os perigos actuais e iminentes de contaminação, estariam a incumprir o dever de protecção daqueles direitos fundamentais que também recai sobre a administração, na medida em que não estariam a assegurar um mínimo exigido pelo princípio de proibição do défice de protecção²³.

Portanto, só as seguintes situações são controvertidas: pessoas infectadas ou doentes que aceitem permanecer confinadas, eventualmente no domicílio, em condições de não contaminar outrem, mas recusem internamento hospitalar ou noutro estabelecimento determinado pelas autoridades de saúde, e, sobretudo, pessoas não doentes nem infectadas a quem se pretenda impor o confinamento. É relativamente a estes dois conjuntos que se levanta o problema da restrição do seu direito a não ser total ou parcialmente privado da liberdade a não ser nas condições previstas no artigo 27.º, n.ºs 2 e 3.

Sobre isso dizem alguns²⁴, finalmente, que não há qualquer problema em o direito garantido no artigo 27.º não ter sido suspenso porque, como o direito a não ser total ou parcialmente privado da liberdade pessoal pode ser restringido por razões ponderosas, que existem no caso, então o facto de não ter sido suspenso pelo Presidente da República não introduz qualquer dificuldade. Podendo ser sempre restringido, mesmo em situação de normalidade constitucional, não precisava, então, de ter sido previamente suspenso para se imporem aquelas restrições.

Analisaremos no ponto seguinte (5.) se é ou não assim, se aquele direito pode ou não ser restringido à margem das possibilidades expressas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 27.º, mas, se defendem tal para o direito a não ser total ou parcialmente privado da liberdade, deveria ser também assim para o direito de deslocação e para todos os outros direitos que foram suspensos na declaração do estado de emergência, já que também eles podem ser restringidos. Mais, quanto a estes últimos (iniciativa económica privada, direito de propriedade, direito de manifestação e de reunião, direitos dos trabalhadores, direito de deslocação) não há quaisquer dúvidas de que podem ser restringidos em situação de normalidade constitucional. Já quanto ao direito a não ser total ou parcialmente privado de liberdade, no mínimo, há dúvidas; no máximo, há uma certeza: não pode ser restringido. Logo, se algum deveria ter sido suspenso era o direito a não ser total ou parcialmente privado da liberdade, não eram os outros. Repetimos, é *quase* conflagrador.

5. É o direito à liberdade do artigo 27.º um direito absoluto ou um direito sujeito a ceder com base em ponderação?

Não tendo sido suspenso durante o estado de emergência, podia o direito à liberdade pessoal consagrado no artigo 27.º ser restringido? E sobre a garantia especial de não se ser total ou parcialmente privado da liberdade, consagrada no

n.º 2, podia o Governo ter legislado? Ou, concentrando-nos no aspecto material, podia esta garantia ser restringida para lá das circunstâncias previstas no artigo 27.º, n.º 2 e n.º 3, seja em situação de normalidade constitucional seja em estado de excepção?

Importa, em primeiro lugar, afastar a já referida tese da *derrotabilidade* de todas as normas constitucionais, segundo a qual não há garantias jusfundamentais absolutas, o que valeria tanto para normas de fundo quanto para normas de competência, tanto para o direito *como um todo* quanto para garantias especiais. Dado que, em qualquer situação, é sempre possível invocar, contra uma norma constitucional impositiva, uma outra norma ou princípio constitucional de sentido potencialmente oposto, bastaria que os poderes constituídos, para justificar a não observância de qualquer norma constitucional, alegassem o apoio dessa outra norma ou princípio. Tudo se decidiria, a final, através dos juízos de ponderação chamados a resolver os pretensos conflitos normativos.

Assumidamente, essa doutrina não reconhece ao poder constituinte a competência para fixar a natureza absoluta ou definitiva de que pretenda dotar uma determinada norma. E porquê seria assim? Porquê não reconhecer ao legislador constituinte aquilo que, na sua generalidade, os juristas reconhecem ao legislador ordinário? Simplesmente, porque se parte, nessa doutrina, do postulado de que a derrotabilidade é uma propriedade de toda e qualquer norma jurídica, incluindo de toda e qualquer norma constitucional.

Porém, “em caso algum haverá pena de morte” (artigo 24.º, n.º 1) foi prescrita pelo legislador constituinte para valer com carácter absoluto, a comunidade jurídica, os tribunais, o Tribunal Constitucional, reconhecem-lhe essa natureza. Se o legislador ordinário aprovar norma que institua a pena de morte, essa lei será inconstitucional. Hoje e sempre, mas, é assim para toda a gente? Não, para a doutrina da derrotabilidade não é assim: aquela norma não é absoluta porque esta doutrina *acredita* que a derrotabilidade é uma propriedade das normas jurídicas, sem excepção. Então, o problema que aqui discutimos não se colocaria sequer: o direito a não ser total ou parcialmente privado de liberdade seria derrotável na exacta medida em que toda e qualquer norma constitucional também o é²⁵.

Excluída liminarmente esta posição doutrinária, como sendo estruturalmente incompatível com a força normativa atribuída à Constituição formal de Estado de Direito, importa considerar os termos da consagração constitucional daquele direito fundamental para avaliar da natureza, absoluta ou ponderável, da garantia jurídica em que ele se traduz.

É que, na generalidade das situações mais complexas, será sempre necessário um esforço de interpretação para apurar da natureza absoluta ou relativa dos comandos que se retiram de um dado enunciado normativo. Um enunciado que consagra, aparentemente, uma imposição absoluta, pode, por vezes, fazê-lo com recurso a

25. Cf., por último, entre nós, a defesa desta teoria feita com grande profundidade e desenvolvimento por P. MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas*, Lisboa, 2019, *maxime*, I, pp. 169 ss., pp. 213 ss.

conceitos de tal forma indeterminados que não dispensem juízos complexos de interpretação e de ponderação na sua aplicação concreta (eventualmente, seria o caso da *justa indemnização* do artigo 62.º, n.º 2). De outras vezes, um enunciado constitucional aparentemente absoluto é pura e simplesmente inaplicável, em termos fácticos ou até mesmo jurídicos, pelo que, se a inaplicabilidade for estrutural, tal enunciado se revela insusceptível de vigorar como norma jurídica (veja-se, como demonstrámos, o caso paradigmático do nosso artigo 18.º, n.º 2, primeira parte)²⁶. Portanto, se a interpretação dos enunciados normativos constitucionais nunca é despicienda, muito menos o seria aqui, dadas as dúvidas levantadas, independentemente da clareza textual com que nos deparamos nos enunciados do artigo 27.º.

O direito à liberdade física ou à liberdade pessoal, considerado *como um todo*, é limitável, como qualquer outro direito. Portanto, quando se considera o específico direito consagrado no artigo 27.º, n.º 1, é também assim. A liberdade de *ir e vir*, a liberdade física ambulatória, a liberdade de locomoção, podem ser restringidas. De resto, a evidência de todos os dias comprová-lo-ia pacificamente: se um automobilista é obrigado a parar ao *signal vermelho*, se o cumprimento de uma obrigação legal obriga à presença e permanência num determinado serviço, isso significa que a liberdade física pode ser constringida, limitada. É uma banalidade.

Mas, o artigo 27.º, n.º 2, consagra uma outra garantia dirigida a proteger contra as restrições mais graves e extremas à liberdade, contra a “privação total ou parcial da liberdade” e essa outra garantia já é tratada de forma substancialmente distinta pela Constituição. É consagrada com um carácter preciso, definitivo, absoluto: ninguém pode ser, total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto legalmente punido com pena de prisão ou de medida de segurança.

Estamos aqui, claramente, perante aquela estrutura normativa típica em que a Constituição, depois de garantir um direito, exclui, de forma inequívoca e definitiva, as agressões mais graves ou extremas a esse direito. Não estamos apenas perante a situação, comum, em que a Constituição consagra um direito e simultaneamente admite expressamente algumas limitações. Aqui, diversamente, o que se faz é excluir qualquer restrição fora daquele caso expressamente previsto. Só quando se verifica o pressuposto ali enunciado — sentença judicial condenatória — pode haver privação total ou parcial da liberdade.

De resto, se não fosse para impor uma proibição absoluta, para que outro fim se complementaria o enunciado do n.º 1 do artigo 27.º com uma expressão tão inequívoca como a constante do n.º 2 do artigo 27.º? Mais, tão clara é a intenção de formular uma regra constitucional definitiva, absoluta, que o legislador constituinte se preocupa a seguir, no n.º 3, em enumerar todas as que considera serem as excepções admissíveis à proibição instituída no n.º 2. Por isso, também,

26. Pode suceder que a inaplicabilidade não seja estrutural e se manifeste apenas num caso ou num tipo de casos. Nessa altura, a norma mantém-se em vigor com carácter absoluto, incorporando, todavia, a correspondente reserva (inaplicabilidade por razões de ordem fáctica) ou a correspondente excepção (inaplicabilidade por razões jurídicas).

porque aquela enumeração é taxativa, houve necessidade de esse n.º 3 ser sucessivamente alterado em revisões constitucionais posteriores, precisamente para acomodar outras exceções que se vieram a revelar necessárias. Mas, sempre sem deixar dúvidas de que há aí uma reserva de Constituição, que esta não admite outras situações de privação total ou parcial de liberdade para além daquelas que são expressamente mencionadas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 27.º.

Compare-se, por exemplo, com o que se passa com o direito de propriedade privada garantido no artigo 62.º. Pode o direito fundamental consagrado no n.º 1 (direito à propriedade privada) ser limitado? Claro, todos os dias se aplicam intervenções restritivas no direito de propriedade com base nas restrições que o legislador ordinário instituiu. Se, por exemplo, de acordo com os planos urbanísticos, se estabelece a impossibilidade de edificar em determinada zona, o respectivo direito de propriedade foi legitimamente restringido.

E a garantia jurídica prevista no n.º 2 do artigo 62.º, que consagra uma garantia especial, segundo a qual as restrições extremas ao direito de propriedade, a requisição e a expropriação por utilidade pública, só podem ser levadas a cabo desde que previstas em lei e mediante justa indemnização? Não, essa garantia é absoluta: se os poderes públicos querem expropriar, têm de indemnizar. E se estivermos em crise financeira extrema, se, pura e simplesmente, o Estado não dispõe de verba para indemnizar? Nessa altura não expropria, a garantia constitucional é absoluta: se o Estado expropriar sem justa indemnização, há inconstitucionalidade, independentemente, como dissemos, do esforço hermenêutico exigido para determinar o sentido normativo de “justa indemnização”.

Trata-se de um perfeito paralelo com aquilo que a Constituição faz relativamente ao direito fundamental consagrado no artigo 27.º: um n.º 1 onde se consagra o direito *como um todo* (naturalmente, sujeito a limitações); um n.º 2 em que se consagra uma garantia especial com carácter absoluto relativamente a agressões mais graves ou extremas ao bem especificamente ali protegido; finalmente, no caso do artigo 27.º, e para não deixar dúvidas quanto à taxatividade e reserva constitucional desta garantia e das suas exceções, adita-se um n.º 3 onde se enumeram todas as exceções admitidas a essa garantia absoluta.

Encontramos análoga estrutura normativa em vários outros direitos: no direito de propriedade e no direito à liberdade, mas também no direito à vida e no direito à integridade moral e física: o n.º 1 consagra o direito como um todo que pode, naturalmente, ser restringido, mas há depois um n.º 2 que trata das agressões mais extremas a esse direito — seja a privação total ou parcial de liberdade, seja a expropriação, seja a pena de morte ou a tortura — e, relativamente a esses tipos de restrição extrema, a Constituição é inequívoca, a garantia é absoluta.

Quando isto acontece, uma intenção do legislador constituinte tão inequívoca e expressamente assinalada tem de ser observada. O legislador constituinte, bem ou mal, quis fazer uma opção garantística máxima. Quis fazer ele próprio todas as ponderações que há a fazer sobre a matéria, *encerrar* o tema, retirar qualquer

margem de posterior ponderação aos poderes constituídos.

Qualquer que seja a situação que venha a ocorrer, em caso algum o legislador pode instituir a pena de morte, em caso algum um juiz pode admitir a tortura como meio de obtenção de prova, em caso algum a administração pode expropriar sem justa indemnização. Nós podemos achar que o legislador constituinte ponderou mal, que a opção de proibir a pena de morte em quaisquer circunstâncias não é a mais adequada, que isso deveria ser deixado à discussão política do momento, mas não foi essa a opção dos constituintes. Os poderes constituídos só têm de observar, naturalmente, enquanto estiver em vigor.

Aliás, de que forma poderia o legislador constituinte consagrar garantias com este carácter absoluto sem ser através da expressão inequívoca da sua intenção no respectivo enunciado normativo? Ou seja, voltando ao nosso tema, se tivesse sido intenção do legislador constituinte estabelecer aquela proibição de privação total ou parcial de liberdade com um carácter absoluto, definitivo, de que outra forma o poderia ter feito que não fosse através de enunciado muito semelhante ou idêntico ao que consta dos n.ºs 2 e 3 do artigo 27.º? Não reconhecer uma proibição absoluta e uma reserva total de Constituição nestas disposições equivale a não reconhecer simplesmente aquele poder ao legislador constituinte, pois implica não reconhecer proibições de carácter definitivo em quaisquer outros enunciados, já que não é simplesmente possível construir a norma de forma mais inequívoca.

Não reconhecer esta reserva de Constituição pode ser, também, manifestar uma discordância pessoal relativamente às opções inequívocas do legislador constituinte. Mas, a que título é que os juízos ponderativos de cada um, de cada académico ou professor de Direito, de cada juiz comum ou constitucional, devem prevalecer sobre as ponderações que o legislador constituinte quis fazer e fez, de forma clara, inequívoca, intencional?

Poder-se-ia pensar que da remissão para decisões constitutivas de caso concreto, para juízos de ponderação pontuais, resultaria uma protecção mais adequada e mais dinâmica, mas, precisamente, foi isso que o legislador constituinte quis evitar nestas situações mais sensíveis, ou seja, quis fazer, no momento constituinte, todas as ponderações que, em seu entender, há a fazer, não quis deixar o futuro da *vida* da garantia jusfundamental em suspenso. É melhor ou pior para os direitos fundamentais?

Essa é uma outra questão, note-se, diferente da questão de saber se pode ou não o legislador constituinte tomar este tipo de decisões. Mas, em todo o caso, dir-se-ia que, por exemplo no caso da pena de morte ou no caso da tortura, é mais reconfortante saber que a questão foi juridicamente encerrada no momento constituinte, que a sujeição de um crime a pena de morte ou a prática de tortura na investigação policial ficaram definitivamente excluídas e não ficaram dependentes dos clamores e das pressões sociais, por vezes avassaladoras, que continuariam a recair sobre o legislador ou os juízes que fossem chamados a decidir, através de ponderação, em momentos de demagogia e de populismo descontrolados.

Que aquele conteúdo de proibição absoluta é o sentido das normas extraídas do artigo 27.º, n.ºs 2 e 3, sempre foi pacífico na nossa jurisprudência constitucional. Leia-se, de uma decisão emblemática do Tribunal Constitucional, a do Acórdão n.º 479/94:

“Deste modo, as restrições ao direito à liberdade que se traduzam na sua privação total ou parcial não podem ser outras que as ali [art. 27.º, 2 e 3] expressamente previstas, sendo vedado à lei criar outras restrições para além daquelas —princípio da tipicidade constitucional das medidas privativas da liberdade”.

O mesmo acontecia na doutrina constitucional²⁷. De forma inequívoca, para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA²⁸:

“O direito à liberdade não é um direito absoluto, admitindo restrições. As restrições ao direito de liberdade, que se traduzem em medidas de privação total ou parcial dela, só podem ser as previstas nos n.ºs 2 e 3 (entre as quais avulta a pena de prisão), não podendo a lei criar outras —princípio da tipicidade constitucional das medidas privativas da liberdade”.

No mesmo sentido, em comentário ao artigo 27.º da Constituição, da autoria de MARCELO REBELO DE SOUSA e de JOSÉ MELO ALEXANDRINO²⁹:

“Há uma reserva de Constituição quanto ao elenco dos casos e das circunstâncias em que pode ocorrer privação da liberdade; previsões como as do artigo 49º do DL n.º 433/82, de 27 de Outubro (regime das contraordenações)³⁰, parecem claramente inconstitucionais”.

Também inequivocamente, e merecendo até a correspondente referência na obra acabada de citar, o mesmo diziam A. SOUSA PINHEIRO e M. BRITO FERNANDES, comentando as alterações introduzidas ao artigo 27.º na revisão constitucional de 1997³¹:

27. Até 2020, há apenas um comentário onde se exprimem dúvidas: *“No entanto, é duvidoso que um tal princípio [o da tipicidade das privações totais ou parciais da liberdade] se possa afirmar em toda a linha, e, mais precisamente, em relação às privações parciais ou restrições da liberdade”* (J. LOBO MOUTINHO in J. MIRANDA e R. MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, p. 644).

28. Cf. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição*, I, p. 479.

29. Cf. *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lisboa, 2000, p. 113. Estes Autores estariam longe de imaginar que, por coincidência, iriam ambos mudar radicalmente de opinião e que, por coincidência ainda maior, o iriam fazer quase em simultâneo: MARCELO REBELO DE SOUSA, na qualidade de Presidente da República, quando declarou o estado de emergência com intenção de permitir o internamento hospitalar compulsivo e o confinamento domiciliário obrigatório sem ter sentido a necessidade de suspender o direito consagrado no artigo 27.º, n.º 2, da Constituição, JOSÉ MELO ALEXANDRINO na qualidade de académico (cf. J. MELO ALEXANDRINO, *Devia o direito de liberdade*), quando respondia às críticas feitas ao decreto presidencial.

30. Neste regime, o legislador ordinário permitia a detenção para fins de identificação de suspeitos pelas autoridades policiais.

31. Cf. A. SOUSA PINHEIRO e M. BRITO FERNANDES, *Comentário à IV Revisão Constitucional*, Lisboa, 1999, p. 114.

“A CRP ilustra taxativamente os casos e as circunstâncias em que pode haver privação da liberdade (n.ºs 2 e 3). A lei ordinária não pode prever originariamente casos de privação da liberdade sob pena de inconstitucionalidade. A tipicidade constitucional é absoluta”.

Obviamente, perante o consenso jurisprudencial e doutrinário que existiu até 2020³², e não tendo havido a necessária revisão constitucional que tivesse consagrado a correspondente excepção no artigo 27.º, n.º 3, restava agora saber como poderiam os poderes públicos responder à altura do dramatismo da situação de pandemia se não podiam impor o confinamento domiciliário? É aqui que entra a solução constituída pela declaração de estado de excepção constitucional.

Com efeito, não sendo constitucionalmente admissível aprovar aquelas restrições em situação de normalidade constitucional, a declaração do estado de emergência seria a solução adequada que, sem pôr em causa a observância das normas constitucionais, permitiria a resposta efectiva às necessidades objectivas impostas pelo combate à epidemia³³.

Lamentavelmente, o único caso de direito irrestringível em normalidade constitucional foi também o direito que, motivando objectivamente a declaração do estado de emergência, não veio a ser suspenso pelo Presidente da República. Porém, as autoridades públicas só poderiam impor o internamento hospitalar compulsivo de doentes e o confinamento domiciliário de não doentes com prévia suspensão do direito fundamental a não ser privado da liberdade. Não tendo ocorrido tal, as correspondentes medidas foram e são, caso venham de novo a ser impostas, inapelavelmente inconstitucionais, seja em situação de estado de emergência, se não houver prévia suspensão do direito, seja em situação de normalidade constitucional.

Logo, do ponto de vista do Presidente da República — e, diga-se, também dos juristas que vieram a público sustentar juridicamente a posição daquele —, a declaração do estado de emergência foi uma inutilidade jurídica. Terá cumprido outros objectivos de natureza política, mas era juridicamente redundante. Com efeito, considerando a necessidade premente de protecção do direito à saúde e do direito à vida, era constitucionalmente admissível, mesmo em normalidade constitucional, restringir o direito de deslocação, restringir o direito de propriedade e de iniciativa económica privada, restringir o direito de reunião e de manifestação e restringir os direitos dos trabalhadores. Estavam mesmo já

32. Note-se que as excepções (os Autores citados *supra* na nota 8) só irromperam em 2020, qual efeito secundário da epidemia, e só após a crítica feita ao decreto presidencial.

33. Sem prejuízo da consequente necessidade de revisão constitucional que preveja a situação, seria qualitativamente distinta, como vimos atrás, a questão do confinamento compulsivo de doentes ou de infectados susceptíveis de transmitirem doença contagiosa (no mesmo sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição*, I, p. 484). Aí, mesmo perante a proibição constitucional de privação total ou parcial da liberdade e ainda que sem prévia declaração do estado de emergência, seriam possíveis medidas de confinamento compulsivo daquelas pessoas emanadas em estado de necessidade administrativa, dado que não o fazer, em situação de perigo extremo, actual e iminente de contaminação, significaria não garantir um mínimo de protecção constitucionalmente devida ao direito à protecção da saúde e ao direito à vida de outras pessoas.

em vigor leis restritivas de direitos fundamentais que autorizavam as autoridades públicas de saúde ou de protecção civil, em situações de calamidade pública, a restringir o direito de deslocação, permitindo, por motivos de protecção da saúde, a imposição de limitações à circulação, de quarentenas ou de cercas sanitárias, a separação de pessoas não doentes, a suspensão e o encerramento de actividades. Para quê, então, declarar o estado de emergência?

Por isso mesmo, as restrições e medidas restritivas daqueles outros direitos fundamentais que continuaram a ser adoptadas após a cessação do estado de emergência não suscitam, na sua generalidade, especiais problemas de constitucionalidade (material). No entanto, será diferente quando se consideram eventuais problemas de inconstitucionalidade orgânica. É o que se analisará a seguir.

6. Questões de competência e de forma

Em estado de emergência, as questões de competência são condicionadas por duas linhas de força potencialmente em tensão. De um lado, nos termos do artigo 19.º, n.º 7, a declaração do estado de emergência não afecta a distribuição constitucional de competências pelos diferentes órgãos de soberania e pelos órgãos de governo próprio das regiões autónomas. Mas, em contrapartida, tanto a Constituição quanto a lei orgânica remetem para o Governo a execução da declaração presidencial da emergência, reservando à Assembleia da República a apreciação da respectiva aplicação³⁴.

Ora, considerando que a declaração do estado de emergência se traduz na suspensão do exercício de direitos fundamentais e que a legislação sobre esse domínio está, naquilo que é essencial, reservada à Assembleia da República, imediatamente se percebe que, no mínimo, nasce aqui uma relação de tensão entre a reserva em matéria de direitos fundamentais, que se mantém constitucionalmente no Parlamento, e as competências de execução do estado de emergência, que cabem ao Governo, sobretudo quando, como aconteceu neste caso, o próprio Presidente da República proporcionou objectivamente ao Governo uma intervenção reguladora constitutiva na restrição dos direitos fundamentais a cuja suspensão procedera.

Como se viu, o Presidente da República suspendeu alguns direitos fundamentais, mas, com excepção do direito à greve e do direito de resistência — em que precisou o alcance concreto da suspensão —, remeteu para as “autoridades públicas competentes” a concretização ou a decisão sobre as medidas restritivas cujos limites e possibilidade apenas traçava genericamente, o que, desde logo, suscita a dúvida sobre a existência de uma espécie de delegação objectiva de competências não constitucionalmente prevista e, logo, constitucionalmente vedada.

34. Cf. a Lei n.º 44/86, de 30 de Setembro, artigo 17.º, e artigo 162.º, alínea *b*), da Constituição.

Para além disso, as dúvidas de constitucionalidade orgânica e formal acentuaram-se quando, após a declaração presidencial do estado de emergência, o Governo assumiu, praticamente em exclusividade, a aprovação da generalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais, recorrendo a decretos simples ou, quando muito, a decretos-leis sem a correspondente autorização legislativa parlamentar. Por fim, quando cessou a vigência do estado de emergência, medidas restritivas substancialmente análogas continuaram a ser aprovadas exclusivamente pelo executivo, seja através de decreto-lei sem autorização legislativa, seja através das resoluções do Conselho de Ministros que declaravam ou prorrogavam a situação de calamidade.

Serão essas, então, as principais dúvidas competenciais que agora analisamos, fazendo-o pela ordem seguinte.

Primeiro (6.1.), podia o Presidente da República ter procedido daquela forma, ou seja, podia ter suspenso os direitos não determinando imediatamente, na maior parte dos casos, o alcance concreto da suspensão?

Segundo, tinha o Governo competência para, em seguida, proceder a restrições de direitos fundamentais (6.2.1) e poderia tê-lo feito, como o fez, através de decreto simples, ou seja, através de acto regulamentar e não de acto legislativo (6.2.2)?

Finalmente (6.3.), já em situação de normalidade constitucional, isto é, quando, após a cessação do estado de emergência, o Governo declarou a situação nacional de calamidade, podia o Governo ter continuado a aprovar medidas restritivas de direitos fundamentais sem dispor das correspondentes autorizações legislativas?

6.1. Podia o Presidente da República suspender direitos deixando às autoridades competentes a decisão sobre os termos concretos das restrições?

Há quem considere que o procedimento de suspensão adoptado pelo Presidente da República levanta um problema de constitucionalidade, na medida em que teria feito uma delegação normativa ao Governo, contrariando simultaneamente a definição constitucional de competências dos órgãos de soberania (pondo em causa a norma do artigo 110.º, n.º 2) e a proibição constitucional de delegação dos seus poderes noutros órgãos (pondo em causa a norma do artigo 111.º, n.º 2)³⁵.

Não parece, no entanto, que, em rigor, o procedimento presidencial de suspensão de direitos esteja bem caracterizado. Em termos jurídicos, quem suspendeu os direitos fundamentais foi, de facto, o Presidente da República; não houve aí qualquer delegação de poderes, uma vez que identificou especificamente os direitos fundamentais que quis suspender e os suspendeu formalmente. Ora, sendo esses os poderes que a Constituição lhe atribuiu neste domínio, eram esses que não podiam ser delegados noutros órgãos. E o Presidente da República não delegou.

Em segundo lugar, os direitos fundamentais cuja suspensão foi especificada no decreto presidencial estão parcialmente suspensos na medida, mais ou menos densificada, enunciada pelo próprio Presidente da República. Isto é, tendo ficado parcialmente suspensos nos termos delimitados pelo Presidente da República, as “autoridades competentes” podem agora, dentro daqueles limites e no respectivo âmbito normativo, restringir, impor, permitir, proibir, e podem fazê-lo sem objecção constitucional, naturalmente, desde que tenham competência para o fazer.

No fundo, em termos práticos, tudo se processa aqui, com as necessárias adaptações, em termos equivalentes aos que ocorrem quando a Constituição autoriza expressamente o legislador a restringir direitos fundamentais segundo parâmetros pré-definidos. Ou seja, também aí, mesmo não tendo ainda havido restrição ou enquanto não a houver, o direito fundamental em causa já está enfraquecido, já foi afectado, restringido, porque a própria Constituição o enfraqueceu quando admitiu expressamente que o legislador o possa vir a restringir. Algo análogo, embora com maior contundência, ocorre quando o Presidente da República suspende um direito sem concretizar com suficiente densidade o que fica permitido ou proibido. Na medida em que o direito está suspenso, a protecção específica que anteriormente proporcionava às liberdades abrangidas pelo seu âmbito normativo desapareceu temporariamente, mas, no concreto, tais liberdades só virão a ser concretamente afectadas quando e se as “entidades públicas competentes” as restringirem.

Logo, o Presidente da República não delegou os seus poderes noutra órgão ou noutros órgãos. Nem sequer se refere expressamente ao Governo. Simplesmente, “autorizou” restrições a liberdades —no âmbito normativo de direitos que suspendeu e na medida em que os suspendeu— que poderiam ser posteriormente actuadas pelas “autoridades públicas competentes”, como se diz no decreto presidencial. Essas autoridades serão quaisquer umas que, tendo competência para restringir ou para intervir restritivamente nas liberdades outrora protegidas especificamente pelos direitos fundamentais agora suspensos, poderão fazê-lo na medida e com o alcance delimitados pelo Presidente da República.

Pode-se discutir se essa foi a melhor opção por parte do Presidente da República, se não deveria ter sido ele a esgotar normativamente toda a afectação desvantajosa da liberdade dos particulares no âmbito dos direitos fundamentais objecto de suspensão, mas não parece haver inconstitucionalidade. E não há porque o Presidente da República não delegou os seus poderes que são, no caso, o poder de declarar o estado de emergência e de especificar os direitos fundamentais que, em consequência, ficam parcialmente suspensos. Dessas declaração e suspensão encarregou-se, como devia, o Presidente da República.

Podia, naturalmente, ter ido mais longe, tal como fez para o direito à greve, ou seja, podia determinar desde logo o que ficava proibido, o que era devido ou o que era permitido naqueles domínios durante o estado de emergência. Porém, tendo em conta a especificidade da situação e a necessidade de adaptação quotidiana das restrições à evolução da pandemia, o Presidente da República

considerou adequado não privar as autoridades competentes da faculdade de decidirem de acordo com as avaliações que fizessem ao longo da vigência, em princípio prolongada, do estado de emergência.

De resto, vinculados que estão pelo princípio da proporcionalidade, o Presidente da República e as restantes autoridades públicas estão também especialmente vinculados pelo princípio da indispensabilidade (art. 19.º, n.º 4), pelo que só momento a momento podem adequadamente decidir aquilo que é estritamente necessário para repor a normalidade constitucional, como é exigido naquela disposição constitucional. Uma decisão geral *a priori* corre sempre o risco de ir para além das estritas necessidades de restrição que se venham a revelar a cada momento.

6.2. Podia o Governo restringir o direito à liberdade pessoal consagrado no artigo 27.º da Constituição e podia aprovar restrições severas a liberdades através de decreto simples?

Como a distribuição constitucional de competências se mantém no estado de emergência, só a Assembleia da República e, com autorização legislativa parlamentar, o Governo podem restringir direitos fundamentais. É o que resulta, desde logo, do artigo 165.º, n.º 1, alínea *b*), da Constituição. Não tendo havido autorização legislativa parlamentar, há inconstitucionalidade sempre que o Governo restrinja direitos fundamentais? Aparentemente, sim. Tudo considerado, nem sempre há inconstitucionalidade. Atentas todas as circunstâncias do caso,

(i) não há inconstitucionalidade quando o Governo se limite a executar a declaração do estado de emergência ou quando legisle mantendo-se estritamente no âmbito normativo delimitado pela suspensão de um direito fundamental;

(ii) haverá, porém, inconstitucionalidade se o Governo dispuser constitutiva ou primariamente nesse domínio através de acto regulamentar e não de acto legislativo;

(iii) tanto em situação de normalidade constitucional, como em estado de emergência, há inconstitucionalidade quando o Governo, sem a necessária autorização legislativa parlamentar, legisle ou disponha constitutivamente sobre direitos fundamentais que não estejam suspensos.

6.2.1. Os efeitos competenciais da suspensão ou da não suspensão de um direito fundamental em estado de emergência

Os efeitos da suspensão de um direito fundamental no domínio da distribuição de competências entre Assembleia da República e Governo são, em nosso entender, os seguintes. Se um direito fundamental foi suspenso, logo, se a respectiva norma constitucional de garantia deixou de produzir efeitos jurídicos durante

o estado de emergência, então todo o âmbito normativo protegido por essa garantia —desde que observados os limites traçados no decreto presidencial— foi temporariamente recortado exclusivamente da reserva de competência legislativa reservada da Assembleia da República³⁶.

Logo, como o Governo passou a ter competência própria para legislar nesse domínio (artigo 198.º, n.º 1, alínea *a*)), não tem necessidade de autorização legislativa da Assembleia da República desde que não vá para além da delimitação do âmbito da suspensão a que o Presidente da República procedeu. Para além desses limites o direito fundamental não está suspenso e, continuando a desenvolver todas as suas virtualidades jurídico-constitucionais, mantém-se fora da competência legislativa própria do Governo.

Se, por exemplo, o decreto presidencial de declaração do estado de emergência suspende o direito de manifestação, o Governo pode, na execução dessa declaração, proibir a realização de uma concreta manifestação mesmo que não haja qualquer disposição legal em vigor que o habilite a proibir a realização de manifestações. Poderá igualmente, observando os limites constantes da declaração do estado de emergência e os princípios estruturantes aplicáveis, designadamente o princípio da igualdade, permitir (ou não proibir) a realização de algumas manifestações, desde que considere que o seu respectivo impedimento não é estritamente necessário para a prossecução dos fins visados pela suspensão.

Naturalmente, no mesmo contexto, e até por razões de segurança jurídica, de previsibilidade e de proporcionalidade, se pode decidir da proibição/permissão relativamente a toda e qualquer manifestação em concreto, pode também regular normativamente a proibição/permissão de realização de manifestações —por exemplo, estabelecendo critérios em função da natureza da manifestação, do local, do número de participantes— sem que, para tal, necessite de qualquer outra habilitação legal. Com efeito, está a regular um domínio normativo que agora não está jusfundamentalmente protegido por um direito fundamental específico e que, enquanto tal, embora não seja jusfundamentalmente irrelevante, até porque beneficia da protecção subsidiária da liberdade geral de acção, não mobiliza a necessidade de reserva de lei parlamentar. A não se entender assim, nunca poderia o Governo legislar no exercício da competência legislativa própria prevista no artigo 198.º, n.º 1, alínea *a*), pois estaria sempre, de algum modo, a afectar a liberdade geral de acção jusfundamentalmente protegida pelo direito ao desenvolvimento da personalidade.

36. De alguma forma pode dizer-se que, não tendo também o direito ao desenvolvimento da personalidade sido suspenso, aquele domínio normativo continua a beneficiar da protecção subsidiária desse direito entendido enquanto liberdade geral de acção. E, em rigor, é assim. Só que essa é —tendo sido intencionalmente suprimida a protecção jurídico-constitucional qualificada que lhe era conferida por um direito fundamental específico— uma protecção débil, indiferenciada, que, à luz de uma concepção constitucionalmente adequada da reserva de lei segundo a teoria da essencialidade, não mobiliza a necessidade de regulação através de lei parlamentar ou de decreto-lei autorizado. E será assim porque houve ali objectivamente uma *desgradação* na anterior protecção especial e reforçada, desgradação essa que foi induzida pela suspensão da garantia jusfundamental específica.

Porém, toda esta construção assenta no pressuposto da existência de uma prévia suspensão do direito fundamental específico. Se não houve suspensão formal do direito, ele continua a produzir efeitos jurídicos, privando o Governo de competência legislativa própria sobre a matéria. Se não houve suspensão, o Governo já não dispõe de competência porque nem a Assembleia da República lhe deu nem o Presidente da República lhe podia ter dado. Se o Presidente da República só suspendeu o direito de manifestação no que se refere a manifestações sindicais, não pode o Governo proibir uma manifestação de jovens pela defesa do ambiente nem pode legislar restritivamente sobre essas específicas manifestações se não dispuser da necessária autorização legislativa parlamentar.

Donde a extrema importância de saber quais os direitos fundamentais que foram ou não suspensos na declaração do estado de emergência e, daí, a grave repercussão jurídica do erro manifesto cometido e reiterado pelo Presidente da República quando não suspendeu parcialmente o direito à liberdade garantido no artigo 27.º da Constituição, no que respeita à garantia de não se ser privado da liberdade.

Ou seja, mesmo para quem não sustente a natureza absoluta da garantia jusfundamental consagrada no artigo 27.º, n.ºs 2 e 3, nunca o Governo poderia ter legislado sobre a matéria sem a necessária autorização legislativa. Não poderia ter imposto normativamente o confinamento domiciliário e o internamento hospitalar³⁷.

Propusemos, pela primeira vez por escrito, esta teoria sobre distribuição constitucional de competências durante o estado de emergência no texto já referido elaborado no dia seguinte à declaração presidencial do estado de emergência³⁸ e, apesar das várias respostas e comentários de que esse texto foi especialmente objecto, esta posição, tanto quanto seja do nosso conhecimento, não foi até agora contestada.

Mereceu, no entanto, uma dúvida pertinente de natureza procedimental³⁹: assentando esta teoria no pressuposto do *desaparecimento* temporário do direito fundamental suspenso, como pode tal direito ser processualmente defendido contra eventuais agressões inconstitucionais se *não existe* juridicamente durante esse período? Poderia, por exemplo, o direito fundamental à greve ser defendido através da acção de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias?

Está apenas em causa, naturalmente, o direito à greve nos termos em que foi suspenso, portanto, apenas no que se refere à proibição do seu exercício nos

37. Com a excepção de o poder fazer apenas para prevenir ou reprimir a prática do crime de propagação de doença contagiosa, nos termos atrás referidos.

38. Cf. J. REIS NOVAIS, “Estado de Emergência - Quatro notas jurídico-constitucionais sobre o decreto presidencial”, *Observatório Alameda*, disponível em <https://observatorio.alameda.net/index.php/2020/03/19/estado-de-emergencia-quatro-notas-juridico-constitucionais-sobre-o-decreto-presidencial/>

39. Formulada no seminário *online* promovido pela Associação dos Assessores do Tribunal Constitucional, sobre “A crise do covid-19 e o Direito constitucional português”, no dia 13 de Abril de 2020.

sectores críticos ou vitais. Em tudo o mais, o direito à greve conserva todas as suas virtualidades enquanto direito fundamental.

Por sua vez, quanto à dimensão particular que foi suspensa, há que distinguir em função dos possíveis fundamentos da eventual impugnação judicial. Se se pretende contestar a constitucionalidade da própria suspensão nos termos em que ela foi feita, é óbvio que o acesso deve ser garantido. Aí está em causa a própria decisão de suspensão e o direito de acesso aos tribunais para aferir da respectiva constitucionalidade não foi suspenso. Ele está mesmo expressa e especificamente assegurado na própria lei que aprova o regime do estado de sítio e do estado de emergência⁴⁰. Se o foco da controvérsia é o próprio acto de suspensão, então compete aos tribunais decidir se ele foi ou não legítimo. Se foi inconstitucional, é óbvio que não pode produzir os efeitos típicos da suspensão.

Por sua vez, se o fundamento é, por exemplo, a eventual desproporcionalidade das medidas restritivas governamentais entretanto adoptadas ao abrigo da nova margem de competência legislativa que foi aberta com a suspensão (por exemplo, na suspensão do direito de manifestação), o controlo judicial é ainda plenamente convocável, já que esse comando de proporcionalidade ou de proibição do excesso vinculará sempre toda a actividade do Estado, independentemente do direito fundamental que tenha sido afectado e mesmo que não estivesse em causa qualquer direito fundamental. O mesmo se passa, de resto, com todos os outros princípios constitucionais estruturantes de Estado de Direito. Nesse sentido, a actuação dos poderes públicos que afecte a liberdade de manifestação não pode ser desproporcionada, até porque, enquanto princípio constitucional estruturante, o princípio da proporcionalidade continua a ser parâmetro de validade da actuação estatal durante o estado de emergência (artigo 19.º, n.º 4).

Em segundo lugar, mesmo que uma visão demasiado formalista pretendesse inibir a invocabilidade judicial do direito fundamental suspenso, nem aí se criava uma *zona livre de Direito*, uma vez que seriam sempre invocáveis, não só outros direitos fundamentais que mantivessem algum tipo de associação com os comportamentos especificamente protegidos pelo direito fundamental suspenso, como, em última análise, estaria sempre em causa e podia ser invocado, numa eventual intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, o direito ao desenvolvimento da personalidade do artigo 26.º. Uma hipotética suspensão deste último direito visando expressamente impedir toda e qualquer tutela judicial da liberdade geral de acção durante o estado de emergência seria, ela mesma, evidentemente excessiva e poderia ser impugnada a esse título.

Assim, no exemplo dado, o facto de o direito fundamental à liberdade de manifestação ter sido legitimamente suspenso não fez desaparecer a liberdade de manifestação; ela continua a existir como bem jurídico, ainda que as possibilidades individuais de acesso a esse bem não beneficiem, temporariamente, da protecção jurídica reforçada e específica que lhe era conferida pelo direito fundamental agora suspenso.

40. Cf. Lei n.º 44/86, de 30 de Setembro, artigo 6.º.

6.2.2. Mesmo dispondo de competência legislativa própria, podia o Governo ter restringido por decreto simples, por regulamento?

Tendo concluído que, pelo menos no caso dos direitos fundamentais que foram suspensos pelo Presidente da República na declaração do estado de emergência, o Governo poderia, a seguir, e mantendo-se dentro do quadro delimitado pelo decreto de suspensão, restringir as possibilidades de acesso individual aos bens por eles protegidos, importa saber qual a forma adequada para o fazer. Aconteceu que, ao contrário do que seria de esperar tendo em conta a importância do que estava em causa, o carácter restritivo da regulação, a relevância dos sacrifícios de liberdade implicados e a controvérsia que os envolvia, o Governo não recorreu à forma de acto legislativo, tendo antes optado pela forma de decreto simples⁴¹.

De qualquer forma, há inconstitucionalidade quando o Governo restringe através de acto infralegislativo, através de decreto simples: a normação é primária e inovatória, é matéria importante, é politicamente controversa, logo, deveria ser tratada por acto legislativo. Imaginam-se as razões políticas por que tal não foi feito — porventura, as de escapar ao controlo de fiscalização da Assembleia da República —, mas a inconstitucionalidade parece evidente.

Pela fundamentação que apresenta, o Governo considera o decreto em causa como um *decreto de execução* ou um *regulamento de aplicação*⁴². Mas, não é. Se o Presidente da República tivesse estabelecido todo o regime normativo da suspensão, o Governo ficaria limitado a executar tal regime. Um decreto de execução seria, aí, adequado. Porém, com a excepção do direito à greve (e também do direito de resistência, mas aí sem efeitos práticos), o Presidente da República optou por não definir no decreto presidencial os comandos normativos que os cidadãos deveriam observar, estabelecendo apenas os respectivos limites e sentido e remetendo a responsabilidade da sua aprovação e definição para a autoridade pública competente. Assim sendo, quando o Governo assume essa tarefa não está a executar ou a regulamentar, está a constituir o regime que os cidadãos devem observar, ainda que nos limites fixados pelo Presidente da República, está a definir primariamente o regime, a intensidade, a medida e o sentido da restrição. Isso não é regulamentar, é uma actuação primária, própria da função político-legislativa, exactamente da mesma forma e com a mesma natureza com que o legislador o faz quando aprova leis restritivas expressamente autorizadas pela Constituição. Não é o facto de tais restrições estarem constitucionalmente autorizadas que dispensa o Governo ou a Assembleia da República de terem de recorrer a acto legislativo para restringir.

41. Dir-se-ia que o Presidente da República acabou por ser a primeira *vítima* desta opção verdadeiramente inesperada, de tal ordem que começou por “promulgar” o referido decreto, como se ele fosse, como seria de esperar, um decreto-lei, obrigando a posterior rectificação formal: o acto de “promulgação” foi rectificado para acto de “assinatura”. Cf. a Declaração de Retificação n.º 11-D/2020, de 20 de Março.

42. Segundo a Declaração de Retificação n.º 11-D/2020, de 20 de Março, onde originariamente se lia “*procede à execução da declaração do estado de emergência*” passou a ler-se “*regulamenta a aplicação do estado de emergência*”.

Diferente é a situação quando o próprio Presidente da República, no decreto de declaração do estado de emergência, restringe o direito à greve, proibindo o exercício da greve nos sectores críticos ou vitais da economia, saúde e sociedade. A seguir, estando a restrição criada, o Governo só tem de a executar. Aí já se justificaria o recurso a um regulamento executivo, a um decreto que fixasse, por exemplo, quais são exactamente os sectores que devem ser considerados críticos ou cujo funcionamento sem perturbações é considerado exigível.

Até pode admitir-se que um decreto de execução tenha parcialmente carácter normativo, que introduza ou crie uma dada disciplina normativa, mas, sempre, para efeitos de executar ou de regulamentar a disciplina normativa que já foi criada pela fonte primária. No caso, essa disciplina primária não existia, é o Governo que a cria, ainda que com a “autorização” conferida às “autoridades públicas competentes” pelo decreto presidencial.

Em conclusão, há também aí inconstitucionalidade por violação do princípio da reserva de lei próprio de Estado de Direito.

6.3. Restrições e intervenções restritivas a direitos fundamentais, em situação de normalidade constitucional, aprovadas pelo Governo

Com o termo do estado de emergência e a declaração governamental da situação de calamidade⁴³, cessaram as inconstitucionalidades materiais mais graves e ostensivas que estiveram em vigor no período anterior, a saber, a imposição de confinamento parcial obrigatório a não doentes e a discriminação entre maiores e menores de 70 anos, assentes nas restrições que o Governo designava pelos eufemismos de “dever especial de protecção” e “dever geral de recolhimento domiciliário” e o Presidente da República pelo de “restrições simétricas ou assimétricas, designadamente em relação a pessoas e grupos etários ou locais de residência”.

No entanto, como a cessação destas restrições inconstitucionais e a sua metamorfose num “dever cívico de recolhimento domiciliário” —*simétrico*, como diria o Presidente da República— foi feita num contexto de decisão política de atenuação das medidas de isolamento social, sem vir acompanhada de qualquer reconhecimento da respectiva inconstitucionalidade, não é de excluir que possam ser retomadas, pelo menos pontualmente, em função da alteração de circunstâncias ou da mudança de políticas.

Todavia, mantiveram-se renovadamente em vigor, com algumas alterações e no mesmo contexto das medidas de combate à pandemia, agora em quadro de normalidade constitucional, todo um conjunto de restrições a direitos fundamentais como a livre iniciativa económica privada, direitos dos trabalhadores, liberdade de circulação, eventualmente a própria liberdade de reunião e de manifestação ou, em geral, o direito ao desenvolvimento da personalidade. Para tanto, em vez

43. Cf. Resolução do Conselho de Ministros n.º 33-A/2020, de 30 de Abril, prorrogada pela Resolução n.º 38/2020, de 17 de Maio, e pela Resolução n.º 40-A/2020, de 29 de Maio.

de chamar a Assembleia da República a aprovar tais medidas ou a autorizar que o Governo as pudesse tomar através de decreto-lei com autorização legislativa —procedimentos que seriam constitucionalmente incontestáveis e politicamente não problemáticos, uma vez que não se imagina a existência de uma maioria parlamentar que se lhes opusesse—, o Governo optou por um procedimento atípico, heterodoxo e que tem suscitado algumas dúvidas de constitucionalidade.

Referimo-nos à declaração governamental da situação de calamidade, decretada e sucessivamente renovada com apoio na lei de bases da protecção civil⁴⁴, e através da qual o Governo aprova as referidas medidas restritivas explorando, até um limite de contornos duvidosos, as possibilidades constitucionais proporcionadas pela legislação em vigor já atrás referida⁴⁵. Não havendo aí, até ao momento, decisões que possam ser indiscutivelmente qualificadas de inconstitucionais⁴⁶, não parece, em qualquer caso, recomendável uma estratégia que não parece ter outro fim que não seja assegurar à *outrance* um controlo exclusivo da gestão da crise por parte do executivo.

44. Lei n.º 27/2006, de 3 de Julho, na versão actual.

45. Cf. *supra*, ponto 2.

46. Mais duvidosas poderão ser a imposição de uso de máscara ou viseira e a autorização de medição de temperatura aos trabalhadores por parte das entidades patronais, aprovadas através de decreto-lei sem a correspondente autorização legislativa, o Decreto-lei n.º 20/2020, de 1 de Maio.