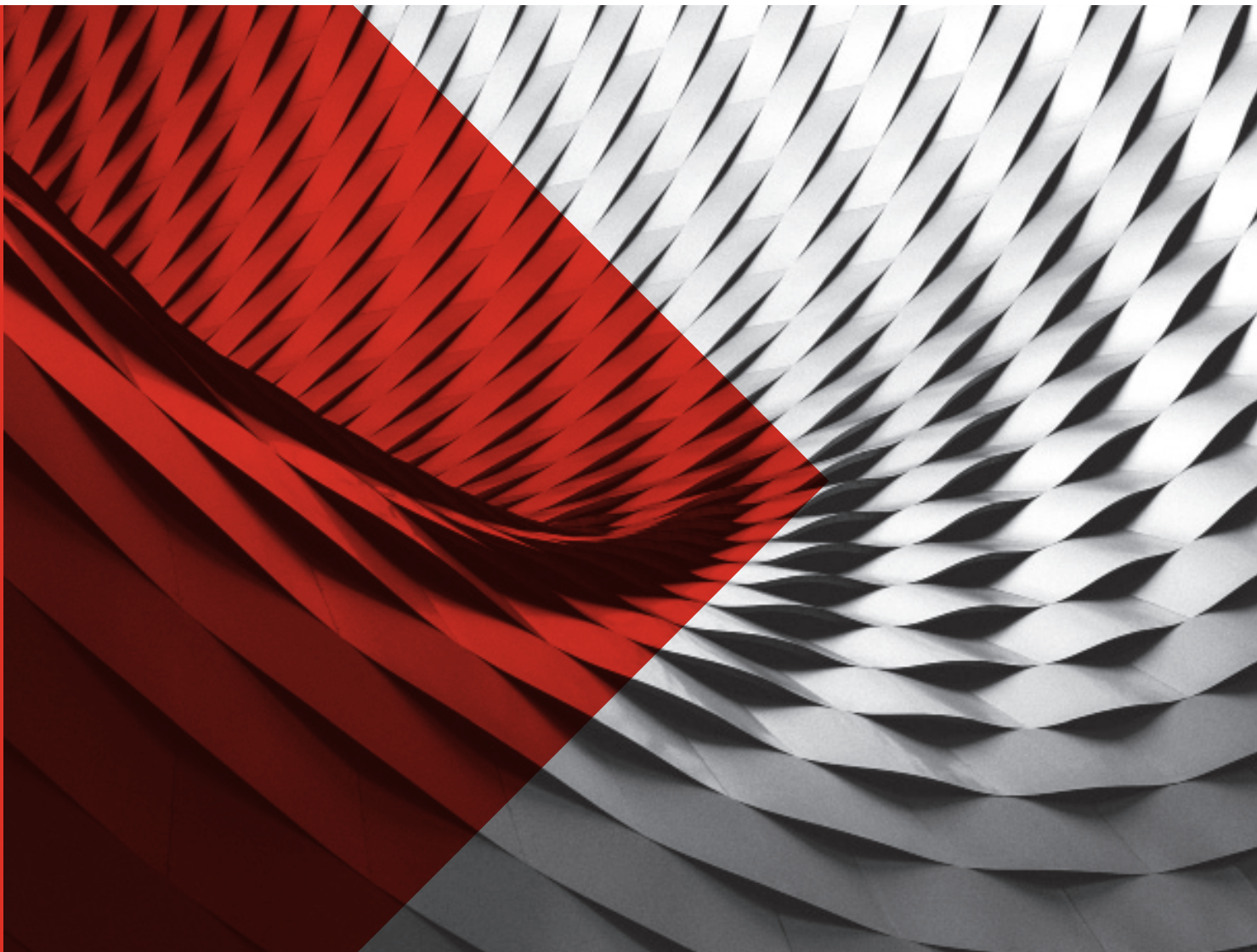


LENDO A CONSTITUIÇÃO EM ESTADO DE EMERGÊNCIA

(3ª RESPOSTA A JORGE REIS NOVAIS)

Rúben Ramião



Lendo a Constituição em Estado de Emergência (3ª Resposta a Jorge Reis Novais)¹

Rúben Ramião

No mais recente volume da Revista *e-Pública* (Revista Eletrónica de Direito Público)², Jorge Reis Novais publicou um artigo (“Direitos Fundamentais e Inconstitucionalidade em Situação de Crise – A Propósito da Epidemia COVID-19”), onde respondeu aos argumentos apresentados contra a sua apreciação do Decreto Presidencial que declarou o estado de emergência, num pequeno texto, já famoso na comunidade jurídica portuguesa. Tendo a amabilidade de me dirigir algumas palavras nesse texto, já mais desenvolvido, e não tendo ficado convencido pelos seus argumentos, importa apresentar, ainda que de forma sucinta, alguns esclarecimentos, completando, desta forma, a minha pequena trilogia sobre a declaração do estado de emergência.

a) Alguns conceitos fundamentais.

Uma Constituição consiste no ovo de um qualquer sistema jurídico. Independentemente da sua extensão, define o tipo e natureza de um Estado, a sua organização política, nalguns casos, como acontece com a Constituição portuguesa, a organização económica, e principalmente, o catálogo dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais constituem a matriz axiológica de uma Constituição, ao passo que a definição do tipo e natureza do Estado, bem como a sua organização política e económica, constituem a matriz ideológica da Constituição. As duas matrizes não são estanques, antes interpenetrando-se.

Os direitos fundamentais correspondem, assim, ao fundamento de justiça de uma Constituição, eles refletem o conteúdo valorativo dos modernos sistemas jurídicos. Os direitos fundamentais existem enquanto normas jurídicas, normas constitucionais formais,

¹ Deixo uma palavra de agradecimento ao Sr. Prof. Doutor José de Melo Alexandrino pelas suas sugestões aquando da leitura da versão preliminar deste pequeno texto.

² Volume 7, número 1, Abril de 2020.

ou normas constitucionais materiais reconhecidas ou integradas pela própria Constituição (como acontece com os direitos de natureza análoga)³.

Sendo normas jurídicas, os direitos fundamentais estabelecem comandos, essencialmente dirigidos aos cidadãos, criando as suas liberdades fundamentais, mas também são dirigidos ao Estado (poder político/poder de soberania) estabelecendo ou delimitando competências negativas ou a esfera de não interferência da atuação política (quer administrativa, quer legislativa). Conferem, ao mesmo tempo, poderes aos cidadãos e retiram poder ao Estado, afirmando-se essencialmente como direitos contra o Estado. Mas essa mesma proteção não é absoluta, pois se o fosse, não haveria direitos fundamentais. Quer dizer: se eu tiver o direito à liberdade enquanto direito absoluto, então posso fazer o que bem entender, incluindo bater em alguém, ou apropriar-me dos seus bens; se aos outros também for reconhecido este direito como direito absoluto, então também me poderão bater ou apropriar-se dos meus bens. A natureza absoluta dos direitos fundamentais impediria que o Homem deixasse o “estado de natureza”, governado pela lei do mais forte. Os direitos fundamentais são fundamentais, não porque são protegidos em toda a sua amplitude, mas justamente porque são mutuamente restringidos. A restrição mútua dos direitos fundamentais garante que nenhum titular de uma liberdade fundamental interfira na liberdade fundamental do outro, atingindo o seu núcleo fundamental, núcleo esse que é definido, precisamente, no equilíbrio que é estabelecido nessa restrição mútua. Ou seja, os direitos fundamentais são fundamentais porque protegem o núcleo duro das liberdades fundamentais num jogo de conflito permanente, cuja finalidade é a manutenção de um estado de equilíbrio jusfundamental que garante a paz social e a conservação de um Estado de Direito democrático.

A conflitualidade dos direitos fundamentais resulta do facto de estes serem normas jurídicas. Estas, como se sabe, disciplinam a vida dos seres humanos nos mais variados sentidos. Normalmente, essa disciplina gera conflitos, como quando se prevê um direito à liberdade de informação e um direito à reserva da vida privada, numa situação em que o exercício de um impede o exercício do outro. Mas isso já sabemos.

Ora, se as normas são potencialmente geradoras de conflitos, estes, para o bem da própria aplicação do Direito, terão de ser resolvidos. Só é possível resolver o conflito entre duas

³ Por “direitos de natureza análoga” refiro-me tão-somente aos direitos reconhecidos como fundamentais, ainda que não estejam expressamente previstos na Constituição (isto é, direitos que têm o mesmo valor jusfundamental para a Constituição), mas sim, noutros instrumentos jurídicos (artigo 16º/nº1 da CRP), como os direitos de personalidade previstos no Código Civil. Não estou a reportar-me à referência “direitos análogos” para efeitos da norma contida no enunciado do artigo 17º da nossa Constituição.

normas de duas maneiras: ou o sistema jurídico em que se inserem contém uma norma específica que resolve esse conflito, ou teremos de ponderar qual das normas aplicamos e qual será preterida. Isto dito assim, até parece fácil. A norma que resolve o conflito resultou da ponderação do legislador constituinte, por exemplo, quando uma Constituição contém normas que estabelecem a prevalência de um direito fundamental sobre outro direito fundamental. O problema é que uma ponderação, seja feita por quem tem de resolver o conflito, seja feita pelo próprio legislador constituinte, nem sempre é feita em termos absolutos. Quer dizer, quando se pondera a solução de um conflito normativo, as circunstâncias ou factos da vida estão sempre presentes, pois são essas mesmas circunstâncias ou factos da vida que determinam a opção normativa. Isto é, as normas dão-nos razões para agir de um determinado modo. São razões conclusivas, mas não são razões absolutas. Se duas normas colidem, temos duas razões para agir de modo diverso. Se existir uma norma que resolva o conflito, temos uma razão mais forte para agir em conformidade com a norma prevalecente. Porém, pode acontecer que existam razões mais fortes dadas pelo sistema jurídico e pelas circunstâncias da vida para não aceitar a ponderação e consequente resolução do conflito a favor da norma x, mas sim, para favorecer a norma y. Isto não significa que se esteja a atuar à margem da Constituição. Antes pelo contrário, atua-se dentro da Constituição quando se dá prevalência a valores ou bens jurídicos mais fortes nas circunstâncias concretas, valores esses que não resultam de meras concordâncias ou discordâncias com as opções da Constituição, mas das suas próprias imposições, dos seus valores jurídicos, da sua matriz fundamental. A Constituição dá-nos razões para interpretá-la e aplicá-la de acordo com os seus valores mais fundamentais, mas esse processo é, necessariamente, controvertido.

Assim sendo, uma teoria da derrotabilidade, tão cara a autores portugueses como David Duarte, mas sobretudo Pedro Moniz Lopes, independentemente dos seus problemas conceptuais, não se pode identificar com a denominada doutrina do *Alexy à brasileira*, defendendo esta que as normas podem sempre ser afastadas mediante ponderação, com o fito sub-reptício de entrar no jogo político, que tem conduzido à enorme discussão em torno do ativismo judiciário.

A teoria da derrotabilidade procura configurar em termos científicos (goste-se ou não do seu estilo lógico) as relações normativas decorrentes do facto de as normas não constituírem (genericamente) razões definitivas para a ação.⁴

⁴ Importa não confundir a derrotabilidade de uma norma com aquelas situações em que é a própria norma que nos dá uma razão para o seu afastamento, como acontece com as normas supletivas. Dispõe o artigo 772º/nº1

Isto também não significa que não existam normas inderrotáveis, porque elas existem. A norma que consta do enunciado “em caso algum haverá pena de morte” (artigo 24º/nº2 da CRP) é uma norma que não se pode derrotar, a não ser que se substitua a Constituição por outra, uma nova Constituição. Esta norma dá-nos uma razão definitiva para agir porque assim estabelece o seu enunciado (“em caso algum...”) e porque não há nenhuma outra razão na Constituição para afastar este preceito, nomeadamente, não há nenhum direito fundamental que necessite da aplicação da pena de morte para estar ou ser protegido.

A Constituição portuguesa, para além, da reserva geral de ponderação dos direitos fundamentais, contempla um outro mecanismo para a sua garantia – o estado de exceção.

O estado de exceção pode e deve ser aplicado quando o jogo de equilíbrio entre direitos fundamentais constante da vida normal da Constituição não é suficiente para garantir a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais ou a própria subsistência da Constituição. Aqui não está em causa uma restrição dos direitos, mas uma suspensão de alguns direitos, como se os direitos deixassem de existir.⁵

Foi o que ocorreu em virtude da pandemia originada pelo novo coronavírus que provoca a doença covid-19. O Presidente da República declarou o estado de emergência, suspendendo alguns direitos, por forma a que pudessem ser tomadas medidas de prevenção quanto à rápida disseminação do vírus entre a população portuguesa. Como tive oportunidade de explicar anteriormente, em rigor, esta declaração não era necessária para que as concretas medidas fossem juridicamente válidas, dado que a Lei de Bases da Proteção Civil possibilita a adoção das mesmas. Mas tornou-se necessária em função de uma dramatização essencial do problema para que os portugueses as aceitassem melhor e, sobretudo, que atuassem e respeitassem as medidas de combate à pandemia com a máxima disciplina, daí ser preventivo.

do Código Civil: “Na falta de estipulação ou disposição especial da lei, a prestação deve ser efetuada no lugar do domicílio do devedor”. Ora, quando haja, precisamente, acordo ou lei especial que determine outro lugar para a realização da prestação, a norma é afastada por força da verificação de um pressuposto que ela própria estabelece para o seu afastamento. Ou seja, a norma não foi derrotada. Afastar a sua disciplina nestas circunstâncias é, ainda, aplicá-la.

⁵ Na verdade, o direito suspenso não deixa de existir, nem fica suspenso na sua plenitude (falando a própria Constituição numa suspensão do “exercício” dos direitos e não numa suspensão dos direitos). Continua a projetar as posições jusfundamentais que cria, nomeadamente, por força da proteção conferida pelo princípio da proporcionalidade. Mesmo que um direito seja suspenso, não podem ser tomadas medidas desproporcionais, o que significa que o direito suspenso só “deixa de existir” relativamente ao que for estritamente necessário para assegurar a normalidade constitucional.

Uma das medidas que foi essencial para este combate foi o confinamento obrigatório dos cidadãos. Como se sabe, Jorge Reis Novais contestou a constitucionalidade desta medida por haver, no seu entender, uma incompletude no Decreto Presidencial de emergência.

b) A tese da incompletude da suspensão de direitos na declaração de emergência.

Segundo a tese da incompletude da suspensão de direitos no Decreto Presidencial, seria necessário suspender as normas do artigo 27º/nºs 1, 2 e 3. Isto porque o confinamento obrigatório dos cidadãos fora das situações previstas no nº3 desse preceito constitucional é inconstitucional. Afirmei anteriormente que não haveria incompletude, uma vez que a suspensão de um direito equivale à suspensão de todos os efeitos jurídicos que criam esse mesmo direito. Jorge Reis Novais apelidou esta distinção em que assentou a minha crítica de mera «banalidade» (pág.88, nota 8), acusando-me de não ter presente a distinção entre norma e enunciado normativo, essa sim, bastante relevante.

O que eu afirmei foi o seguinte: se o Presidente diz no seu Decreto que podem ser tomadas medidas de confinamento domiciliário impostas aos cidadãos, se os cidadãos têm liberdade de se manter confinados ou não, se isso constitui uma liberdade dos cidadãos, então, conferir um poder ou uma autorização para esse confinamento equivale a suspender essa mesma liberdade; se essa liberdade é um efeito jurídico, uma consequência, da norma permissiva geral (artigo 27º/nº1) ou das garantias a não ser privado da liberdade pessoal (artigos 27º/nºs 2 e 3), então essa mesma autorização equivale à suspensão parcial dessas normas. É preciso compreender o verdadeiro sentido e alcance do que está escrito no Decreto Presidencial, percebendo que, dada a maleabilidade da linguagem humana, podemos dizer a mesma coisa por palavras diferentes. O que a Constituição não permite, ao exigir a especificação dos direitos e liberdades que ficam suspensos, é que o estado de exceção seja um “cheque em branco” passado ao Governo. Não foi isso que aconteceu. Pela leitura do Decreto Presidencial conseguimos facilmente perceber quais as liberdades que ficaram suspensas. Exigir uma menção expressa dos artigos que são suspensos é confundir, precisamente, o enunciado da norma com a norma e com o direito que emerge da norma. Assim sendo, talvez o que Jorge Reis Novais nos queira dizer é que em estado de exceção não basta suspender a *norma*, é preciso suspender o *enunciado da norma*!

A norma de direito fundamental é a fonte do direito fundamental ou da posição jurídica jusfundamental, mas o direito fundamental não se pode confundir com a norma de direito fundamental. Isso acontece porque sabemos que vivemos num Estado com um legislador minimamente coerente. Se ele cria uma norma que estabelece uma liberdade, então essa liberdade deve estar protegida pelos vários instrumentos dispersos pelo ordenamento jurídico (providências cautelares, direito à indemnização, ação direta, legítima defesa, fiscalização da constitucionalidade, etc.). São essas garantias ou instrumentos que nos permitem compreender a força de cada direito. Se o direito fundamental se identifica com a norma de direito fundamental, então todos os direitos fundamentais têm a mesma força, mas não é isso que acontece.

Por exemplo: Jorge Reis Novais considera (e bem) que a possibilidade de uma pessoa poder escolher morrer antecipadamente para evitar um sofrimento atroz numa situação de morte iminente e inevitável, a eutanásia, constitui uma liberdade pessoal, contida, por isso, no artigo 27º/nº1 da Constituição⁶; essa norma consagra também a liberdade (como o próprio sustenta) de não estar confinado num determinado sítio. Dir-se-á que ambas as condutas, de querer morrer para evitar sofrimento e de movimentar-se têm o mesmo estatuto deontológico, isto é, são ambas liberdades fundamentais. Mas, ao passo que a Constituição estabelece garantias (como o próprio explica) contra a intromissão no exercício da liberdade de movimento, ao passo que o ordenamento jurídico estabelece mecanismos de proteção para essa liberdade (ou seja, se alguém me quiser impedir de sair à rua, eu posso reagir contra essa mesma pessoa, se o Estado me prender fora das condições admissíveis, eu posso agir contra ele, pedindo uma indemnização, ou pedindo uma condenação pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem), no caso da eutanásia, apenas existe uma pretensão a que o Estado legisle sobre essa matéria. Quer dizer, podemos dizer que a eutanásia é uma liberdade fundamental, que está contida no direito geral de liberdade pessoal, mas não podemos dizer que existe um direito à eutanásia, dado que os tais mecanismos de reforço para esse direito ainda não foram introduzidos no ordenamento jurídico. Como se pode compreender, são duas posições jurídicas jusfundamentais diferentes, uma, a liberdade de movimento, forte, protegida, a outra, a eutanásia, é uma posição jurídica fraca, não pode ser exercida, não está, ainda, protegida. Um cidadão pode

⁶ A construção de Jorge Reis Novais assenta numa determinada visão sobre o que é a dignidade da pessoa humana e o direito à identidade e desenvolvimento da personalidade (artigos 1º e 36º/nº1 da CRP). Estas normas parecem constituir pressupostos interpretativos que confluem no reconhecimento invariável de que o direito à eutanásia é uma liberdade pessoal, ou seja, a liberdade de poder escolher entre a vida e a morte (em circunstâncias muito específicas).

reagir contra um médico que o queira confinar num hospital (fora das condições legalmente admissíveis), mas não pode reagir contra um médico que não quer executar a morte assistida. A mesma norma de direito fundamental, diferentes posições jusfundamentais. Será isto uma *banalidade*?

c) O direito à liberdade e a reserva geral de ponderação.

Mas precisava o direito à liberdade ser suspenso para a adoção das medidas de confinamento? A meu ver não. Apesar de a Constituição dizer o que diz nos artigos 27º/nºs 2 e 3, estabelece como tarefa fundamental garantir os direitos e liberdades fundamentais e promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo (artigo 9º, alíneas b) e d), determina a inviolabilidade da vida humana (artigo 24º/nº1), determina a inviolabilidade da integridade física das pessoas (artigo 25º/nº1), estabelece o direito à segurança (artigo 27º/nº1), bem como reconhece o direito de todos à proteção da saúde e o dever de a defender e promover (artigo 64º/nº1). Tudo somado, é de entender que, num caso de doença infectocontagiosa, como a que resulta da situação pandémica que vivemos atualmente, o Estado, neste caso o Governo, pode adotar medidas de confinamento obrigatório para doentes infetados ou para aquelas pessoas que sejam suspeitas e, por isso mesmo, sejam suscetíveis de transmitir a doença, como única forma de proteger a saúde pública e defender a vida dos portugueses, possibilidade essa defendida por Jorge Reis Novais, mesmo sem lei habilitadora, apelando a um estado de emergência administrativa e à proibição do défice de proteção. É, a meu ver, a posição que melhor defende os valores da Constituição.

Mas, o que é surpreendente é que esta posição de Jorge Reis Novais é uma total contradição com os pressupostos que enuncia à partida. Nas primeiras páginas do seu mais recente artigo, defende que as garantias previstas nos nºs 2 e 3 do artigo 27º da CRP são limites aos limites, que o legislador já ponderou tudo o que tinha a ponderar, que não interessa se concordamos ou não com o resultado dessa ponderação constituinte, e quando o leitor esperaria uma só conclusão – goste-se ou não, não é constitucionalmente possível confinar pessoas fora dos casos expressamente previstos nesses preceitos –, somos confrontados com uma posição inesperada, a de que, nestes casos (pessoa infetada ou suspeita de estar infetada), mesmo com essas garantias absolutas, é admissível restringir a liberdade pessoal, e confiná-las. E fá-lo com recurso a um argumento verdadeiramente delicioso.

Afirma Jorge Reis Novais (pág.100) relativamente às pessoas comprovadamente infetadas com o novo coronavírus: *«...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 sustentamos, desde que o tipo fosse preenchido, a prática do ilícito penal material excluiria preliminarmente o comportamento criminoso do âmbito de protecção conferido pelas normas de direitos fundamentais».*

Ora, não é a norma penal que legitima a restrição de uma norma de direito fundamental. É a ponderação entre a prevalência dessa norma de direito fundamental no confronto com outra norma de direito fundamental que legitima a norma penal. Ou seja, é por considerarmos que os valores “vida humana” e “saúde pública” prevalecem sobre o valor “liberdade pessoal de ir e vir” que consideramos como válida uma norma penal que pune, no caso concreto, o ato de “ir e vir” suscetível de transmitir uma doença infectocontagiosa. A norma penal é o resultado de uma operação de ponderação entre direitos fundamentais, não o contrário. Mas Jorge Reis Novais recorre ao argumento da norma penal para não ter de reconhecer que está a efetuar uma ponderação entre valores constitucionais fundamentais, como a vida humana, e as garantias de proteção absolutas, os limites aos limites, que entende estarem previstas no artigo 27º/nºs 2 e 3 da Constituição. Começa por fazer troça da teoria da derrotabilidade, para, no final de contas, a aplicar!

Pura e simplesmente, não se compreende como podem ser garantias absolutas, mas cedem nestes casos. Sendo apenas problemáticos os casos de confinamento obrigatório de pessoas não suscetíveis de transmitir a doença ou que, a podendo transmitir, aceitem ficar confinadas em domicílio e sejam forçadas ao confinamento em unidade hospitalar. Ou seja: o que se retira do argumento de Jorge Reis Novais é que, o que é verdadeiramente problemático, é o que nunca o foi!

Entendamo-nos bem. No presente contexto pandémico, o vírus tem a particularidade de ser altamente contagioso e de o poder ser ainda numa fase assintomática. Como se tem vindo a explicar pelos mais ilustres cientistas de todo o Mundo (epidemiologistas, infecciólogistas, virologistas), a única forma de lidar com este vírus é tratar todas as pessoas como se fossem potenciais infetados, com recurso a confinamento generalizado numa primeira fase, e com recurso a instrumentos obrigatórios (distanciamento social, máscaras, gel desinfetante, etc.) numa segunda fase (sem prejuízo de estes instrumentos serem obrigatórios também na fase de confinamento, dado que não é possível confinar trabalhadores de indústrias indispensáveis, nem impedir que se saia à rua para adquirir bens essenciais). Pois bem, neste

contexto, tratar todos como potenciais infetados e potenciais transmissores do vírus significa cair na alçada da segunda situação em que Jorge Reis Novais considera admissível o confinamento obrigatório com afastamento das garantias contra a privação da liberdade pessoal, mesmo sem haver lei restritiva ou de autorização, ou seja, como um poder que é reconhecido ao Governo em matéria de proteção da vida humana e consequentemente da saúde dos portugueses.

Então, estamos a discutir o quê? O confinamento em domicílio ou em estabelecimento hospitalar de pessoas não suscetíveis de transmitir doença infectocontagiosa? Isso é, pura e simplesmente, inconstitucional, com ou sem autorização do Parlamento, fora ou dentro do estado de emergência, é materialmente inconstitucional. Nunca foi isso que esteve em causa. Numa pandemia (daí chamar-se pandemia), todos são suspeitos de poder estar infetados, por isso, são admissíveis medidas restritivas da liberdade de “ir e vir”, precisamente, para evitar o contágio, ainda para mais, quando estamos perante uma pandemia cujo vírus é contagioso ainda numa fase assintomática e que não é logo detetável nos testes.⁷ Mais se justifica o confinamento por motivos preventivos! Mas mesmo essa questão não se coloca, porquanto o confinamento obrigatório foi decretado somente para os infetados e vigiados (pessoas que tiveram contacto com os infetados e que tinham uma alta probabilidade de estarem também infetadas). Esses ficaram mesmo privados da sua liberdade de “ir e vir”. Para os restantes cidadãos foi decretado um dever geral de confinamento, um dever cívico, não verdadeiramente obrigatório, mas efetivamente cumprido uma vez que bares, restaurantes, cinemas, recintos desportivos, etc., foram encerrados. Com muitas atividades laborais suspensas e com os locais lúdicos fechados (e com mau tempo), os portugueses, simplesmente, não tinham para onde ir. Mais valia ficar em casa!

Resumindo: para as situações que interessam, pessoas infetadas ou suscetíveis de contagiar (que no presente contexto pandémico eram todas), não há necessidade de suspender o direito à liberdade pessoal para adotar medidas preventivas de confinamento, afirma Jorge Reis Novais, para as outras situações (pessoas não suscetíveis de transmitir qualquer doença ou que, podendo prevenir a transmissão com confinamento domiciliário sejam forçadas a ficar confinadas em estabelecimento hospitalar), acrescento eu, haverá inconstitucionalidade material por violação do direito fundamental à liberdade pessoal (e de deslocação), bem

⁷ Não havendo vacina, tratamento eficaz (cura), nem imunidade (natural) de grupo. Note-se que também não existia, numa primeira fase, gel desinfetante nem máscaras disponíveis para a generalidade da população.

como a violação do princípio da proporcionalidade (em especial na segunda situação⁸), isto haja lei de autorização ou não, estando em estado de normalidade constitucional ou em estado de exceção.⁹ Ou seja, para Jorge Reis Novais, em tempos de pandemia, só é necessário suspender o direito à liberdade para aquelas situações em que é inconstitucional fazê-lo!¹⁰

Fora das situações de confinamento por motivos preventivos, em caso de doença infectocontagiosa, é de admitir a possibilidade de privação parcial da liberdade pessoal (e de deslocação) nos seguintes casos: recolhimento obrigatório por motivo de calamidade pública (com apoio na Lei de Bases da Proteção Civil), por exemplo, decretar o recolhimento obrigatório das pessoas que vivem numa zona costeira durante uma tempestade muito violenta para evitar perigo, quer para a vida dos próprios, quer para a vida daqueles que têm por missão o salvamento de pessoas nestas situações, evitando ações desnecessárias se todos se mantiverem nos seus domicílios; decretar o recolhimento obrigatório em caso de ameaça terrorista; decretar o recolhimento obrigatório em caso de grave tumulto social ou em situação de guerra civil (com recurso necessário ao estado de exceção); decretar o recolhimento obrigatório em estado de guerra ou em situação de ameaça estrangeira iminente (também com recurso necessário ao estado de exceção).

Uma palavra final para configuração constitucional do confinamento obrigatório. Evidentemente que proibir uma pessoa de sair do seu domicílio constitui uma privação da sua liberdade pessoal, a liberdade do “ir e vir”. Porém, também não deixa de ser verdade que o “ir e vir” só é possível enquanto deslocação no território nacional. Se ando 50 metros para ir despejar o lixo, circulo no território nacional, se vou a Lisboa a partir do Porto, circulo no território nacional, se vou de avião, circulo no espaço aéreo português, se nado no rio Tejo, circulo no território nacional, se me desloco para ir ao Pingo Doce, circulo no

⁸ Como bem reconheceu o Tribunal Judicial da Comarca dos Açores ao dar procedência à providência de Habeas Corpus apresentada por um cidadão colocado em confinamento obrigatório num hotel de Ponta Delgada, não lhe sendo permitido estar em isolamento profilático no seu domicílio em São Miguel.

⁹ Assim, pode dizer-se que nas situações relevantes há um limite aos “limites aos limites” por força de razões constitucionais suportadas em normas de direitos fundamentais que justificam a derrotabilidade das normas previstas no artigo 27º da Constituição. Importa referir também que combater uma pandemia, como a que vivemos, privando os cidadãos de algumas liberdades (como a do “ir e vir”), é também defender o próprio direito à liberdade, que supõe o direito à vida. Não existe liberdade pessoal sem vida. Se o Estado não fizer tudo o que está ao seu alcance para defender a saúde e vida dos portugueses, atentará contra a liberdade pessoal dos mesmos.

¹⁰ Imagine-se que a ciência conseguiria demonstrar que pessoas com um tipo sanguíneo específico não poderiam ser infetas e conseqüentemente não poderiam contagiar ninguém. Para essas pessoas, qualquer medida obrigatória de confinamento seria materialmente inconstitucional, com ou sem estado de exceção.

território nacional. Jorge Reis Novais, com apoio nalguma doutrina e jurisprudência constitucional, afirma que o “ir e vir” constitui uma liberdade pessoal. De facto, isso não tem discussão.¹¹ Aliás, difícil é encontrar um direito fundamental que não seja uma liberdade

¹¹ A Liberdade pessoal não pode ser identificada somente com uma liberdade em sentido físico do termo, ou seja, uma liberdade ambulatória ou de locomoção. A liberdade pessoal é, antes do mais, um poder, um domínio que o sujeito tem sobre si mesmo. A liberdade pessoal significa não estar “à disposição” de ninguém (seja de outra pessoa, seja do próprio Estado). Sou livre porque posso ir para onde quero, com quem quero; posso comer às horas que bem entender; posso decidir a que horas me deito; sou livre de estar acompanhado ou sozinho; posso escolher os livros que leio; posso escolher receber afetos ou de os dar a alguém, etc. A liberdade pessoal manifesta-se na relação que o Homem estabelece com o seu pequeno mundo. Uma pessoa presa ou detida num estabelecimento prisional não perdeu apenas a sua liberdade de movimento, a sua liberdade de “ir e vir”. Perdeu muito mais. Nos estabelecimentos prisionais há regras sobre as refeições, sobre a hora e modo de praticar exercício físico, sobre os objetos que os presos ou detidos podem ter, etc. Se eu ficar numa situação de confinamento no meu domicílio, deixo de ter a liberdade de me deslocar onde quero, mas conservo intactas todas as “outras” liberdades que constituem o meu domínio sobre mim mesmo. Daí que, apesar de ser indiscutível que o confinamento obrigatório afeta a liberdade pessoal, afeta-a, sobretudo, na sua expressão enquanto poder ou liberdade de deslocação. O próprio sentimento que é gerado numa situação de confinamento não é igual. Se eu tiver partido uma perna e em virtude desse facto ficar “preso” a uma cama durante vários dias, sinto-me constrangido pelas circunstâncias da vida. Ficar deitado numa cama como forma de recuperação terapêutica causa maior constrangimento do que, por exemplo, ser obrigado a apresentar-me numa esquadra da polícia todos os dias como medida de coação aplicada por um qualquer Tribunal. Mas, verdadeiramente, sentimo-nos mais “privados” da nossa liberdade neste segundo caso. Isso acontece porque associamos a privação da liberdade nos casos de eventos naturais, circunstâncias da vida, como algo que é inato à própria vida. No segundo caso, a privação da liberdade tem um cunho coativo, repressivo. Na verdade, sentimos que temos uma espada sobre as nossas cabeças. Sentimos que alguém nos tirou o nosso domínio sobre nós mesmos. Ora, a ideia de um confinamento geral para a população como forma de combater a propagação de um vírus não desperta em nós essa sensação de perda ou de privação da liberdade. Tendemos a ver essa situação com uma causa de força maior, como um evento que resulta da própria vida, como uma circunstância infeliz que todos temos de viver pontualmente. Os cidadãos (na sua generalidade) não entenderam o confinamento obrigatório como uma privação da sua liberdade, mas sim, como algo de natural. Daí, terem aderido voluntariamente a esse mesmo confinamento, também, evidentemente, para se protegerem da pandemia.

O erro da teoria da delimitação dogmática dos direitos à liberdade pessoal e de deslocação, sufragada por Jorge Reis Novais, é supor ser possível estabelecer uma demarcação entre um movimento de deslocação até um certo limite a partir da residência de um cidadão e um movimento de deslocação fora desse limite que consubstanciaria um movimento de deslocação já no “território” nacional. Daqui resulta a ideia ingénua de que a deslocação perto do domicílio é uma manifestação da liberdade pessoal enquanto a deslocação entre dois concelhos limítrofes é uma manifestação do direito de deslocação. Ora, essa demarcação é impossível. Pressupõe limites espaciais que não são dados pela ordem jurídica ao intérprete e aplicador do Direito. Pense-se no seguinte caso: um cidadão habita numa aldeia e tem outra residência na aldeia limítrofe que pertence a outro concelho, deslocando-se 500 metros para ir de uma casa para a outra; a aldeia onde fica a primeira habitação tem um poço onde os habitantes vão regularmente buscar água potável, tendo de deslocar-se 600 metros para ir da sua casa até ao poço. Segundo a teoria defendida por Jorge Reis Novais, quando o cidadão

pessoal, em especial, no caso dos direitos fundamentais que se reportam às condutas dos cidadãos.

No caso em apreço, apesar do “ir e vir” ser, indiscutivelmente, uma liberdade pessoal (o não estar confinado num determinado sítio), também não deixa de ser verdade que, face ao facto de o dever geral de confinamento ser meramente cívico e com muitas exceções (passeios higiénicos, idas ao supermercado, idas à farmácia, deslocações por motivos médicos, assistências a pessoas dependentes, prática desportiva, etc.), o controlo, fiscalização e medidas concretas restritivas incidiram sobretudo na deslocação dos portugueses. Isto é, os portugueses deveriam permanecer nas suas casas, com as exceções referidas, mas tratou-se de um dever cívico. Nenhum português foi importunado por sair de casa para ir despejar o lixo, porque estava a praticar desporto (isoladamente), etc. Os portugueses foram fiscalizados e controlados aquando de certas deslocações, em especial nos dias em que ficou proibido circular para fora do concelho de residência (exceto por motivos laborais). Vimos agentes da autoridade ordenar a inversão da marcha para muitos condutores à entrada da Ponte 25 de Abril (exceto aqueles que iriam trabalhar), etc.

Ou seja, para a esmagadora maioria dos portugueses (com exceção dos que estavam infetados ou que eram vigiados), o grande constrangimento que verdadeiramente sentiram ocorreu quando queriam deslocar-se, não quando não respeitaram o dever geral de confinamento. (Note-se: ficámos todos fechados em casa porque não tínhamos para onde ir, e também pela consciência que tivemos de que essa era a atitude certa para proteger as nossas vidas e a dos outros.) Daí, a declaração de emergência fazer menção expressa ao direito de deslocação. Uma coisa é não ter direito de circulação porque se perdeu a liberdade, outra coisa é manter a liberdade mas não poder circular. Mas este ponto deixa de ter interesse a partir do momento em que reconhecemos, como o faz Jorge Reis Novais, que nas situações verdadeiramente relevantes (necessidade de confinamento de pessoas infetadas ou suscetíveis de contagiar), não era sequer necessário suspender qualquer direito.

d) Os limites do estado de emergência.

vai buscar água ao poço exerce a sua liberdade pessoal, quando decide ir à sua outra casa exerce o seu direito de deslocação!

A propósito da eficácia retroativa do estado de emergência, Jorge Reis Novais imputa-me a ideia de que a norma que consagrou essa mesma eficácia retroativa não é inconstitucional por não ser politicamente problemática, já que a inconstitucionalidade teria sido praticada conjuntamente pelo Presidente da República, Assembleia da República e Governo. Nunca afirmei tal coisa. O que me parece estranho é imputar uma violação do princípio da separação de poderes somente ao Presidente da República. Por violação da separação de poderes deve entender-se qualquer ato praticado por um órgão de soberania invadindo a esfera de poderes de outro órgão de soberania. Se a Assembleia da República tivesse declarado o estado de emergência, violaria a separação de poderes, pois estaria a praticar um ato da exclusiva competência do Presidente. Se o Presidente declarasse o estado de emergência sem prévia autorização da Assembleia da República, também haveria violação da separação de poderes, pois não tem poder para, sem autorização, decretar o estado de exceção. Dado que a eficácia retroativa do estado de emergência foi autorizada pela Assembleia da República e decretada pelo Presidente, quando muito poderá dizer-se que o ato é materialmente inconstitucional, se se entender que não é admissível essa eficácia retroativa, mas nunca que houve violação do princípio da separação de poderes.

Quanto à necessidade de aplicação das garantias previstas no artigo 18º da Constituição, importa dizer o seguinte. Essas garantias estão pensadas para a situação de normalidade constitucional. A colisão entre normas de direitos fundamentais faz parte da vida constitucional, bem como a consequente necessidade de restringir direitos fundamentais para manter uma situação de equilíbrio jusfundamental e para segurar a paz social. O estado de exceção é, pelo próprio nome, uma situação de anormalidade constitucional. Trata-se de um estado de coisas, em que a proteção dos direitos fundamentais ou em que a defesa da própria Constituição (e consequentemente do Estado constitucional de direito democrático) necessita que se prescindam de certas garantias (do Estado constitucional normal) para a exequibilidade dessa mesma defesa. Aplicar as garantias previstas no artigo 18º da Constituição durante o estado de exceção é desvirtuar, enfraquecer, o próprio estado de exceção, é torna-lo irrelevante.

Pensemos no seguinte: a norma que consta do artigo 18º/nº 3 da Constituição não admite restrições ao conteúdo essencial de um direito fundamental, nem a eficácia retroativa dessas mesmas restrições, nem ainda a natureza individual e/ou concreta dessas mesmas restrições; agora pensemos num cenário de estado de sítio motivado por uma situação de guerra, em que o Estado português, sem dinheiro, se vê obrigado a expropriar terrenos para acolher fábricas de material de guerra sem o pagamento da justa indemnização, ou que, para financiar o esforço de guerra, decide aprovar leis fiscais com eficácia retroativa, ou que, por

falta de pessoal nos cuidados médicos, decide que ninguém possa gozar férias durante a situação de guerra. Só é possível adotar estas medidas com a suspensão dos respectivos direitos (artigos 59º/nº1, alínea d) e 62º/nºs 1 e 2 da CRP). O artigo 18º/nº3 da Constituição não permitiria qualquer destas medidas, por haver uma afetação do conteúdo essencial do direito (no caso de expropriação sem justa indemnização e no caso da proibição do direito ao descanso), e por haver eficácia retroativa das restrições (no caso das leis fiscais). Porém, qualquer destas medidas pode ser essencial numa situação de exceção. Se o legislador quisesse aplicar estas garantias ao estado de exceção, tê-lo-ia dito de forma expressa, mas não o fez. Indicou somente algumas garantias (direitos que não podem ser suspensos, sujeição ao crivo do princípio da proporcionalidade, limite temporal). Os limites do estado de exceção são os que estão previstos no próprio instituto do estado de exceção, não outros. Isso seria limitar a própria força do estado de exceção.¹² Situações extremas exigem medidas extremas. Ou dito de outra forma: *para grandes males, grandes remédios!*

e) O erro do Decreto Presidencial.

De tudo o que se disse, não significa que o Decreto Presidencial não esteja isento de críticas. A meu ver, o Presidente da República cometeu um erro crasso ao suspender o direito de resistência quanto aos direitos efetivamente suspensos. O direito de resistência, previsto no artigo 21º da Constituição, é um instrumento subsidiário de reação contra os abusos do poder estatal e contra as ofensas dos particulares. O seu significado mais elementar aponta para um direito de oposição aos atos das autoridades públicas, configura um direito à resistência contra ordens ilegítimas, permitindo a desobediência a essas mesmas ordens, como também a oposição à sua execução.

Se uma ordem está legitimada pelo estado de exceção, não há lugar ao direito de resistência, não se verificando o pressuposto essencial de que depende. Se tal ordem é ilegítima por não estar coberta por um estado de exceção validamente decretado, então haverá sempre direito de resistência, dado que não é legítimo suspender o direito de resistência contra ordens ilegítimas. Não é constitucionalmente admissível suspender o direito de resistência contra ordens ilegítimas durante o estado de exceção porque, sendo as

¹² Note-se o seguinte: se estendermos as garantias do artigo 18º da Constituição, em especial, o seu nº 3, ao estado de emergência, temos que quase todas as medidas adotadas são inconstitucionais por não serem gerais nem abstratas. É que um estado de exceção exige medidas pontuais, providências (como lhe chama a Constituição), na maior parte dos casos, individuais, situadas no tempo, concretas, e muito intensas.

ordens ilegítimas, haverá sempre direito de resistência. Se as ordens são legítimas, então nunca haverá lugar ao direito de resistência. Suspender o direito de resistência durante a vigência do estado de exceção, ou é inconstitucional, ou é simplesmente inútil.

Lisboa,

9 de Julho de 2020.