

Direito de exceção e pandemia – uma perspetiva constitucional

VITALINO CANAS *

1. Realidade constitucional e transição normativa

A concretização da Constituição normativa parte da norma interpretada com o influxo da realidade constitucional. A norma pretende conformar a realidade constitucional que, reciprocamente, reage sobre o sentido da norma constitucional. A realidade constitucional de quase dois anos de pandemia é perturbadora: as interferências em direitos parecem o cenário que devemos assumir resignadamente como regra, enquanto o pleno uso da liberdade é a exceção que só somos autorizados a invocar em certa época do ano.

Se assim é, a questão crucial que se coloca é a seguinte: está o nosso quadro jurídico constitucional calibrado para que essa situação, a persistir, decorra sem excessos e sem limitações evitáveis da liberdade? Tem o quadro constitucional existente sido usado satisfatoriamente? Deveria ser revisto? Está o quadro legislativo – de lei ordinária – à altura das circunstâncias e das exigências de garantia, proporcionalidade, segurança que se impõem?

JURISMAT, Portimão, 2022, n.º 15, pp. 155-161.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Advogado.

2. Entre estado de emergência e situação de calamidade

A reação das autoridades competentes à pandemia, do ponto de vista das medidas limitativas da liberdade, tem oscilado entre duas estratégias, após uma fase inicial de alguma indecisão jurídica, espelhada pela publicação do Decreto-Lei n.º 10- A/2020, de 13 de março, que estabeleceu medidas excecionais e temporárias relativas à situação epidemiológica do novo Coronavírus – COVID 19.

Produzido sem autorização legislativa e até sem invocação da base normativa disponível das Leis de proteção civil e de vigilância em saúde pública (aparentemente ninguém se deu conta da sua eventual relevância para o caso), algumas das normas daquele Decreto-Lei tinham um sentido inequivocamente interferente no exercício de alguns direitos de liberdade: desde a liberdade de aprender e de ensinar, à liberdade de deslocação, passando pela liberdade de acesso a alguns espaços frequentados pelo público e pela liberdade de atividade económica.

Mais: fazia-o de forma retroativa, em contradição com o artigo 18.º, n.º 3, da CRP,¹ uma vez que de acordo com o seu artigo 37.º as normas produziam efeitos no dia da aprovação do Decreto-Lei em Conselho de Ministros, ou seja, antes da sua publicação no *Diário da República*.

Porém, ninguém impugnou a sua flagrante inconstitucionalidade, primeiro sinal da resignação que assinala anteriormente.

Depois, oscilação entre estado de emergência (quadro constitucional, artigo 19.º) e situação de calamidade (quadro da lei ordinária).

Mas se nos perguntarem, algum tempo decorrido, quando é que esteve em vigor um e quando esteve o outro, hesitamos e se calhar em alguns casos enganamos-nos.

Logo aí, um indício de alguma coisa errada: como é que a partir de certa altura nos pareceu que estar sob declaração de estado de emergência, situação de exceção constitucional absolutamente única (tão única que nunca tinha sido decretada em 44 anos de vigência da Constituição), é mais ou menos o mesmo do que estar sob declaração de situação de calamidade ao abrigo da legislação ordinária da proteção civil e da defesa da saúde pública, no que toca à limitação das liberdades públicas?

¹ Os preceitos citados sem indicação de fonte são da Constituição da República Portuguesa (CRP).

De duas uma: ou o regime constitucional de interferência excepcional em direitos do artigo 19.º não é afinal uma coisa muito diferente do regime “regra” das interferências em direitos, previsto *grosso modo* no artigo 18.º, n.ºs 2 e 3; ou o regime previsto na lei ordinária para “simples” situações de proteção civil foi experimentado além dos seus limites originais.

Ora, a verdade é que o modo como as instituições competentes lançaram mão dos vários expedientes – quadro constitucional de exceção, quadro ordinário de proteção civil – em fases diferentes do combate à pandemia, mas muitas vezes com medidas materialmente similares, embora, porventura, com intensidades diferentes, deu azo a que se gerassem essas duas perceções no público em geral, com aparente despreocupação do PR, da AR (ou da sua maior parte) e do Governo e com grande perplexidade para a generalidade dos juristas, particularmente os cultores e estudiosos do Direito Constitucional.

Na verdade, a leitura clássica – nunca antes testada na aplicação prática – do quadro da exceção constitucional era a de que ele visaria dar resposta a uma crise gravíssima, *de ameaça existencial*, inesperada, insuscetível de antecipação, a requerer a intervenção concertada e urgente dos três órgãos políticos de soberania: o PR que, como se sabe, toma a iniciativa e declara; o Governo que é ouvido antes da declaração e recebe poderes extraordinários para executar as medidas necessárias para voltar à normalidade constitucional; e a Assembleia da República que autoriza e fiscaliza a execução pelo Governo daquelas medidas. Em síntese, crise aguda, localizada no tempo, a requerer reação imediata, a perdurar por pouco tempo (por isso se prevê a declaração por períodos que não podem exceder 15 dias, artigo 19.º, n.º 5), até a situação poder ser enfrentada através dos mecanismos normais.

Em relação à pandemia, com maior ou menor esforço, pode-se conceder que se podia recorrer a esse quadro nos primeiros dias, nas primeiras semanas.

Mas a partir de certa altura começou a parecer a muita gente que era excessivo o recurso ao quadro constitucional de exceção e que possivelmente a situação poderia e deveria ser enfrentada com recurso ao quadro normal das interferências em direitos, decretadas pela Assembleia da República, nos termos do artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, fosse através de processos legislativos dedicados e urgentes ou no quadro de regime jurídico geral especificamente concebido para enfrentar as circunstâncias.

O que de alguma forma é perturbador é que o legislador pareça ter sido prolongadamente tolhido pelo efeito surpresa e tenha revelado incapacidade para reagir, criando um regime consistente, capaz de enquadrar adequadamente aquilo

que a partir de certa altura se configurou como uma situação com características únicas e duradouras ao longo de muito tempo.

Com o beneplácito dos demais órgãos políticos e, em certa medida, das instâncias jurisdicionais,² o Governo recorreu aos mecanismos da Lei de Bases da Proteção Civil, Lei n.º 27/2006, de 3 de julho e da Lei n.º 81/2009, de 21 de agosto, sobre o sistema de vigilância em saúde pública, bem como da Lei de Bases do SNS.

A primeira Lei prevê a possibilidade da declaração de situações de alerta, de contingência ou de calamidade como situações de proteção civil.

No contexto de cada uns desses estados situacionais podem ser adotadas medidas adequadas e proporcionais à necessidade de enfrentar graus crescentes de perigo, atual ou potencial.

A declaração da situação mais grave – calamidade – desencadeia obrigações de cidadãos e entidades privadas, além de poder traduzir-se em limitações temporárias ao exercício de direitos, designadamente resultantes de:

- (i) estabelecimento de cercas sanitárias e de segurança;
- (ii) estabelecimento de limites ou condições à circulação ou permanência de pessoas, outros seres vivos ou veículos, nomeadamente através da sujeição a controlos coletivos para evitar a propagação de surtos epidémicos;
- (iii) racionalização da utilização dos serviços públicos de transportes, comunicações e abastecimento de água e energia, bem como do consumo de bens de primeira necessidade;
- (iv) mobilização civil de pessoas, por períodos de tempo determinados;
- (v) livre acesso dos agentes de proteção civil à propriedade privada, bem como à utilização de recursos naturais ou energéticos privados;
- (vi) requisição temporária de bens ou serviços.

Todavia, esta legislação ordinária foi pensada para outros cenários e pressupostos.

² Ilustrativos, Acórdãos do STA de 10 de setembro de 2020 (Processo 088/20.8BALS), de 31 de outubro de 2020 (Processo n.º 0122/20.1BALS), de 24 de junho de 2021 (Processo 061/21.9BALS) e de 27 de junho de 2021 (Processo n.º 85/21.6BALS), entre outros.

Os conceitos básicos centrais da LBPC são acidente grave e catástrofe.

Não obstante a sua elevada indeterminação, pode afirmar-se que ambos os conceitos estão imbuídos de uma ideia de evento repentino, balizado temporalmente (embora com consequências que podem eventualmente persistir no tempo), inesperado ou pelo menos incerto quanto à sua ocorrência e intensidade: fogo florestal, sismo, maremoto, deslizamento de terras, acontecimento meteorológico extremo, inundação, acidente radiológico, colapso informático. Evento que mesmo quando as suas consequências possam ser eventualmente minimizadas por ações preventivas (designadamente na sua iminência, quando minimamente previsível) é insuscetível de antecipação de tal forma direcionada que permita o seu evitamento ou neutralização total, o que implica a inevitável necessidade de reagir às suas consequências.

Nesse caso, compreende-se que haja possibilidade de uma reação expedita e sem delongas: por isso, a forma de declaração é uma resolução do Conselho de Ministros, não sujeita a promulgação presidencial, instantaneamente eficaz sem qualquer intervenção prévia ou posterior específica da Assembleia da República.

Ora, a pandemia do Covid 19 não se reconduz facilmente às noções que ressaltam e subjazem ao regime da proteção civil, nem do ponto de vista ontológico, nem do ponto de vista dos efeitos temporais. As limitações a direitos fundamentais que determina, ao invés de serem as contempladas pelo regime da proteção civil – instantâneas, balizadas no tempo, circunscritas -, são massivas e prolongadas, muito além do imaginado pelo legislador do regime da proteção civil.

3. A desejável reformulação do quadro normativo

Durante boa parte de 2020 e 2021, Portugal viveu sob declaração da situação de calamidade, sucessivamente prolongada pelo Governo, sem qualquer intervenção *formal* do Presidente da República ou da Assembleia da República. E no final de 2021 continua a recorrer-se ao regime da proteção civil, como o demonstra a recente publicação da Resolução que declara mais uma vez a situação de calamidade no âmbito da pandemia da doença COVID-19.³

O problema mais perturbador é que, como já se referiu, a declaração de uma situação de calamidade neste contexto e com este enquadramento normativo

³ Resolução do Conselho de Ministros n.º 157/2021, publicada no *Diário da República* n.º 230-A/2021, Série I, de 2021-11-27.

envolve interferências em direitos fundamentais através de simples resoluções do conselho de ministros, sem garantias nem fiscalização parlamentar,⁴ com intensidade e duração que não se enquadram no espírito da lei.

A caminho de dois anos de pandemia, persiste a paradoxal situação de o regime da exceção constitucional *ser demais* para o tipo de reação que necessitamos e de o regime de direito ordinário existente *ser de menos* para o que é necessário, sendo, por isso, sujeito a flagrantes entorses.

Em sede de fiscalização concreta, o Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 424/2020, julgou inconstitucionais as normas contidas na Resolução do Conselho do Governo n.º 77/2020 e na Resolução do Conselho do Governo n.º 123/2020, do Governo Regional dos Açores, que impunham o confinamento obrigatório, por catorze dias, dos passageiros que aterrassem na Região Autónoma dos Açores, por violação do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º, por referência ao artigo 27.º, da Constituição da República Portuguesa. O objeto do acórdão foram, como se vê, normas de Resoluções de Governo Regional, julgadas inconstitucionais por violação de normas de competência. Mas não é difícil encontrar nele argumentos transponíveis para a apreciação das Resoluções – formal e materialmente equivalentes - do Conselho de Ministros. Porventura está pronta a explodir uma bomba relógio constitucional. Pode rebentar ou não, mas se alguma vez rebentar isso terá efeitos imprevisíveis sobre um número indefinido de limitações de liberdade impostas no passado, que tiveram frequentemente consequências económicas.

É claro que, em rigor, a reação à pandemia no limiar da constitucionalidade não é uma situação exclusivamente portuguesa.

Em quase todos os quadrantes na Europa e noutras latitudes, há queixas de que o quadro constitucional foi usado (e talvez abusado) em termos extremos, nem sempre resistiu ou se mostrou adequado e, em muitos casos, foi superado pela realidade constitucional.

A pergunta que se coloca, a finalizar, é: o que deve fazer-se?

⁴ E talvez até sem que o Governo se sinta obrigado à notificação do artigo 15.º, n.º 3, da CEDH, sobre derrogações às liberdades protegidas pela Convenção:

“3. Qualquer Alta Parte Contratante que exercer este direito de derrogação manterá completamente informado o Secretário-Geral do Conselho da Europa das providências tomadas e dos motivos que as provocaram. Deverá igualmente informar o Secretário-Geral do Conselho da Europa da data em que essas disposições tiverem deixado de estar em vigor e da data em que as da Convenção voltarem a ter plena aplicação.”

A proposta que deixo para compor a situação e voltar a colocar o Direito em posição de conformar a realidade, na medida em que for conformável, tem alguns pilares:

- reponderar seriamente a viabilidade de distinguir entre os mecanismos de suspensão de direitos e de restrição de direitos dos artigos 19.º e 18.º da CRP. Suspensão e restrição são conceitos com fronteiras difíceis de traçar (talvez a única diferença seja a necessidade de respeito pelo núcleo essencial de direitos no caso de suspensão, mas mesmo essa é discutível) e talvez até obscureçam o que é essencial: as medidas têm de ser proporcionadas aos fins a que se destinam, qualquer que seja a categoria conceptual em que se inscrevam;
- rever o direito ordinário das emergências civis, por forma a poder adaptá-lo melhor a estas novas realidades, duradouras, mutantes, a requererem adaptação da resposta numa base quase diária;
- reforçar a intervenção legitimadora (antes da declaração da emergência civil ou de saúde pública) e fiscalizadora (após a declaração) da AR, colocando as soluções legais em linha com as orientações do Conselho da Europa (Comissão de Veneza).

