



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Carlos Manuel Vieira de Matos Barros de Abreu

ESTADO DE CRISE SANITÁRIA
DA EMERGÊNCIA CONSTITUCIONAL À
EMERGÊNCIA ADMINISTRATIVA NO CONTEXTO DA
PANDEMIA DA COVID-19

Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses
orientada pelo Professor Doutor Jorge André Carvalho Barreira
Alves Correia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade
de Coimbra

julho de 2021

À memória da Tia Lurdes e da Avó Nanda
e do Tio Quim que este ano se juntou ao meu céu
estrelado. Sei que olham por mim.
Daqui vos envio um beijo

Agradecimento

Disseram-me, um dia, que a vida era uma peça de teatro, que cada etapa corresponderia a um ato e cada um de nós seria o ator principal. Não encontro, hoje, melhor analogia para tentar descrever o que é este mistério a que chamamos de “Vida”. Assim a plateia será, para mim, as pessoas que conosco se cruzam ao longo da nossa vida, batendo palmas quer seja para nos aplaudir, quer seja para nos encorajar, mas que também as sabe silenciar reprovando certos atos. Como um ator se curva em jeito de agradecimento no fim de cada ato, deixo aqui algumas palavras de agradecimento à *minha plateia* que esteve sempre presente e teve um papel fundamental para o completar desta etapa.

Começo por agradecer ao meu ancião, o meu avô Afonso que com os seus 96 anos continua a ser um exemplo de força e a vibrar com cada conquista minha. Aos meus avós, Júlio e Mizé, pelo apoio e carinho. Aos meus tios, Tio Zé, Tia Augusta e Tia Fátima, anjos-da-guarda terrestres pelos quais nutro eterno agradecimento pelo amor, por TUDO. Aos meus pais, Margarida e Carlos que mesmo com todas as adversidades se mantiveram/mantêm firmes ao meu lado aliviando algumas pesadas cargas inerentes ao percurso. Ao meu irmão Gonçalo e ao meu irmão Afonso que suportou alguns colapsos do meu sistema nervoso. À Titi Graça e ao Ibibi que são, sem dúvida, para mim, a imagem do que posso chamar de segundos pais. Às minhas madrinhas do coração, Guigui e Val, que acreditaram sempre em mim. À minha Filipa com quem partilho esta minha caminhada, por estar sempre ao meu lado, ter sempre as palavras certas nas alturas em que a vontade esmorece, pelo seu incondicional apoio e por me ter mostrado o verdadeiro significado da palavra Amor. Uma palavra também aos seus pais. À tia Armanda, à Catarina, à Joana e Nôno minha afilhada. À tia Sofia, ao tio Zé, ao Zé, ao Bernardo e Milú. Ao meu irmão do coração Vasco, cuja distância, que dói, não foi motivo para deixar de dar o seu fundamental apoio; “quando é que vens?”. À Marta, também minha irmã do coração, que me acompanhou neste percurso desde o primeiro momento e que a sua presença foi fundamental. À Sofia, ao Adolfo e ao Paulo, amigos, e companheiros de outras lides, que tiveram sempre uma palavra amiga e de encorajamento, são a prova que boas amizades surgem nas circunstâncias em que (quase) ninguém considera possível. À Patrícia, à Ana Maria que são a minha família de Coimbra, sem esquecer também o Daniel e a Inês.

O meu profundo agradecimento ao Doutor Jorge Alves Correia, meu orientador, que foi sempre presente e me auxiliou sempre que necessitei tendo sempre palavras encorajadoras. Uma última palavra, também de agradecimento e admiração, à Doutora Piedade por quem nutro um enorme carinho, respeito e amizade. Também à Dra. Cristina cuja disponibilidade e simpatia lhe agradeço do fundo do coração.

A todos os demais que constituem a *minha plateia* e que a memória não permite que aqui especifique, mas que o coração, com certeza, guarda. O meu obrigado a todos.

“Dançarei, que o pano ainda não caiu

Se o mundo ainda não me ouviu, é tanto o que não fiz”

Excerto do poema “Valsa de uma vida” de Simone de Oliveira.

Viseu, Julho de 2021

Resumo

Figura jurídica constitucional indesejável, mas de igual forma fascinante é assim que podemos apresentar o estado de exceção constitucional que, desde março de 2021, aquando da primeira declaração de estado de emergência do Presidente da República pelo Decreto Presidencial nº 14-A/2020, se tornou parte do nosso quotidiano. Na presente dissertação, procurámos, primeiramente, dar um enquadramento geral de mecanismos do nosso ordenamento jurídico que visam a salvaguarda da sua normatividade em situações em que a atuação da Administração extravase, por causas que se revelam alheias à própria Administração, o quadro normativo previsto para essa mesma atuação. Referimo-nos concretamente ao estado de exceção constitucional (tanto na vertente de estado sítio como de estado de emergência), ao estado de alerta, contingência e calamidade (previstos na Lei de Bases da Proteção Civil) e ainda o estado de necessidade do artigo 3º do Código Procedimento Administrativo. A principal interferência destas figuras está ligada ao regime dos Direitos Fundamentais no qual radica o princípio base do nosso ordenamento jurídico que é o princípio da dignidade da pessoa humana; deste modo, não poderíamos deixar de desenvolver este tema, abordando os temas da suspensão e restrição de direitos fundamentais e dos meios de tutela previstos para a proteção dos Direitos Fundamentais onde encontraremos meios que se cruzam na tutela face ao estado de exceção e na tutela dos próprios Direitos Fundamentais.

Feito o enquadramento geral e teórico, entraremos na questão central da dissertação que trata da atuação da Administração durante a vigência do primeiro estado de emergência e no pós-emergência que fez suscitar dúvidas, problemas e desafios, mas que abriu horizonte para novas e inovadoras soluções. Faremos, no entanto, antes de entrar nas dúvidas, problemas e desafios, uma breve exposição de como foi preparada a transição para o estado de emergência nomeadamente através do DL nº10-A/2020 (onde já foram adotadas medidas como a restrição de liberdade de circulação), do modo de atuação da Administração durante a vigência do primeiro estado de emergência e também do período imediatamente após a cessação da última renovação do estado de emergência (DPR 20º-A/2020).

As primeiras dúvidas, problemas e desafios surgiram no momento da transição do estado de emergência para a situação de calamidade, na vigência desta situação, regulada pela Lei de Bases da Proteção Civil, algumas das medidas adotadas para fazer face à situação pandémica como é o caso do isolamento profilático e da proibição de reunião, serão, pois,

estes problemas, reflexo do cruzamento do problema relativo ao estado de exceção com os Direitos Fundamentais constitucionalmente consagrados; no caso da vacinação iremos até ao artigo 64º da CRP para ver em que medida é que a Constituição abre (ou não) a possibilidade de haver uma imposição da vacinação a todos os cidadãos. Os problemas não se ficaram apenas pela interferência nos direitos fundamentais, a Administração teve de dar celeridade aos procedimentos de forma a que a resposta a pandemia fosse o mais célere e eficaz possível, a aquisição de recursos humanos, de materiais e até infraestruturas, bem como a concessão de determinados auxílios. Tudo isto implicou a adoção de procedimentos extraordinários que exigiram regulação por parte do Governo. No caminho da atuação da Administração no combate à pandemia não pôde ficar de fora a repartição de competências entre os órgãos nacionais e locais que será também objeto de considerações.

A imprevisibilidade, desconhecimento e falta de uma figura que desse cobertura legal a atuação da Administração potenciou, em determinadas situações, uma atuação apressada e, por vezes, para lá dos limites constitucionais. Prevenindo que sejam, por falta de alternativa, postos em causa os pilares do ordenamento jurídico português, a presente dissertação procurará, numa harmonia entre a prática e a teoria, contribuir para uma solução que esteja apta a prevenir e responder a possíveis futuras situações idênticas à que vivemos e também que salvguarde todo o conteúdo basilar do nosso ordenamento jurídico. A nossa proposta de solução passará pela implementação constitucional de um “Estado de Crise Sanitária” e conseqüente regulação alargando os efeitos da sua declaração aos diversos setores da Administração Pública.

Palavras Chave: Estado de exceção constitucional; Estado de emergência; Estado sítio; Calamidade; Contingência; Alerta; Necessidade; Direitos Fundamentais; Suspensão; Restrição; Atuação da Administração; Medidas de combate à pandemia; Problemas; Desafios; Soluções; Isolamento profilático; Proibição de deslocação; Vacinas; Contratação Pública; Organização da Administração Pública; Estado de Crise Sanitária.

Abstract

The President first emergency state declaration, by the Presidential Decree n° 14-A/2020, has become a part of our daily life. The mechanisms of our legal order that aim the safeguard of normality within situations where the Administration's actions overflow, due to alien causes to the Administration itself were analysed, as were the Administration's foreseen regulatory framework: exception constitutional state (state status and emergency state), alertness, contingency and calamity (foreseen in the Basic Civil Protection Law) and the state of need of article 3 of the Administrative Procedure Code. The main interference of this figures is connected to the Fundamental Rights regime, on which lies the main principle of our legal order: the principle of human dignity.

The Administration in the first state of emergency and after-emergency raised doubts, problems and challenges but it opened the horizon for new and ground-breaking solutions. The analysis DL n°10-A/2020 (where measures like restriction freedom of movement were adopted) allowed us to realised how the transition to the emergency state was accomplish and the action mode of the Administration during the first emergency state and also the period immediately after the end of the last renovation of the emergency state (DPR 20°-A/2020).

The first doubts, problems and challenges appear on the transition from emergency state to calamity state, regulated by the Basic Civil Protection Law. Some of the adopted measures to face the epidemic situation such as prophylactic isolation, and prohibition of meeting are a reflection of the crossing of the problem to do with exception state and constitutional Fundamental Rights: in terms of vaccination the article 64^a of PRC allow to evaluate whether the Constitution is open (or not) to the possibility of an all-citizens' vaccination imposition. The Administration had to speed up the procedures so the response to the pandemic was as fast and effective as possible, acquiring human resources, material and even infrastructures, as well as the concession of several aids. Our solution's proposal will be based in the implementation of a constitutional and administrative "Health Crises Status" and consequent regulation expanding the declaration's effects to the several sectors of the Public Administration.

Key-words: Constitutional Exception State, Emergency State, Site Status, Calamity, Contingency, Alert, Fundamental Rights, Suspension, Restriction, Administration Performance, Pandemic Fight Measures, Problems, Challenges, Solutions, Prophylactic Isolation, Travel Ban, Vaccines, Public Contracting, Public Administration Organization, Sanitary Crisis State

“Domani non lo sappiamo. E quel che facciamo o non facciamo oggi, per tenere dritta la barra sulla rotta dei principi del sistema, può condizionare il nostro futuro.”

Gian Luigi Gatta, in, I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarentena.

Abreviaturas

Ac. – Acórdão

Adm. – Administração

AF – Assembleia de Freguesia

AP – Administração Pública

art. – Artigo

AR – Assembleia da República

ARS – Autoridade Regional de Saúde

Cap. – Capítulo

CP – Código Penal

CPA – Código Procedimento Administrativo

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSE – Convenção Social Europeia

DGS – Direção Geral

DL – Decreto-Lei

DLG – Direito Liberdade e Garantia

DPR – Decreto do Presidente da República

Gov. – Governo

ifSG – *Infektionsschutzgesetz*

LBPC – Lei de Bases da Proteção Civil

LBS – Lei de Bases da Saúde

LRESEE – Lei que Regula o Estado Sítio e o Estado de Exceção

LRRCEC – Lei da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Pessoas Coletivas
Públicas

LSVSP – Lei do Sistema de Vigilância de Saúde Pública

OJ – Ordenamento Jurídico

OMS – Organização Mundial de Saúde

PGR – Procuradoria-Geral da República

PJ – Provedor de Justiça

Pp. – Princípio

RAR – Regimento da Assembleia da República

RCM – Resolução do Conselho de Ministros
RJAL – Regime Jurídico das Autarquias Locais
SNS – Serviço Nacional de Saúde
STA – Supremo Tribunal Administrativo
TC – Tribunal Constitucional
TCt – Tribunal de Contas
TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Índice

Agradecimentos	5
Resumo	7
Abreviaturas	13

Introdução	19
-------------------------	-----------

Capítulo I – O estado de Emergência e o estado de Alerta, Contingência, Calamidade e Necessidade Administrativo – origens, procedimentos e declarações

1. Estado de exceção	21
1.1. O estado de emergência na Constituição de 1976	22
1.2. O Estado de Direito e o estado de exceção constitucional	24
1.2.1. A importância do princípio da proporcionalidade no estado de emergência constitucional	25
1.3. Direito comparado – inspirações do modelo português	27
1.4. O procedimento	28
1.4.1. Modificação	30
1.4.2. Possibilidade de renovação	30
1.5. A pandemia como fundamento ao estado de emergência e sucessivas renovações	31
1.6. A tutela do estado de exceção	31
1.6.1. O controlo político – artigo 162º CRP	32
2. Os estados de alerta, calamidade e contingência	32
2.1. O estado de alerta	33
2.2. O estado de contingência	33
2.3. O estado de calamidade	34
3. O estado de necessidade administrativo do artigo 3º do Código do Procedimento Administrativo	35

Capítulo II – O sentido geral do problema relativo aos Direitos Fundamentais, em emergência – Suspensão, Restrição e Tutela

1. Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976	37
2. Suspensão vs. Restrição	39
3. A tutela dos Direitos Fundamentais	41
4. Os meios de tutela com dupla função em tempo de exceção	42
4.1.O controlo jurisdicional	42
4.2. O Direito de Petição	43
4.3. O Direito de Resistência	44
4.4. A Responsabilidade Civil do Estado e o Direito de Indemnização	45

Capítulo III – O Direito Administrativo em tempos de (estado de) emergência e no combate à COVID-19

1. O período pré-emergência	47
2. A atuação da Administração durante o estado de emergência	47
2.1. A (primeira) declaração de estado de emergência	47
2.1.1. A regulamentação da execução da declaração do estado de emergência	49
2.2. A renovação do estado de emergência	49
2.2.1.A regulamentação da execução da renovação do estado de emergência	51
2.3. A segunda renovação do estado de emergência	51
2.3.1. A regulamentação da execução da segunda renovação do estado de emergência	53

Capítulo IV – Os desafios da Administração no combate à(s) crise(s) sanitária(s) face ao atual quadro normativo

1. A transição do estado de exceção para o estado de calamidade – (alguns) problema(s) .	53
1.1. A imposição de isolamento profilático vs. jurisprudência	54
1.2. A proibição de culto, deslocação, reunião e manifestação – um problema a dois tempos	55
2. A suspensão do direito de resistência e o (novo) crime de desobediência – (in)constitucionalidades	58
3. Vacinação obrigatória – uma (im)posição (in)constitucional e outros problemas	61
4. Regime excepcional da contratação pública	65
5. A (re)organização da administração pública no período de emergência	68
5.1. A repartição de competências	69

Capítulo V – A emergência de um Direito Administrativo adequado a crises sanitárias

1. A necessidade de base legal nas decisões da Administração sobre a adoção de medidas de resposta à(s) pandemia(s) – Atuais (mas não potenciais) soluções	73
2. (Um) Estado de Crise Sanitária	75
Conclusão	79
Bibliografia	81

Introdução

Em Dezembro de 2019 chegavam as primeiras notícias do novo coronavírus SARS-COV-2 com origem na República Popular da China. No dia 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) classifica o surto como pandemia. Em Portugal, o primeiro caso de infeção pelo novo coronavírus SARS-COV-2 foi anunciado no dia 2 de março de 2020. A rápida propagação da doença COVID-19 causada pelo novo coronavírus SARS-COV-2, aliada ao escasso conhecimento sobre este novo vírus e à falta de meios do Serviço Nacional de Saúde (SNS), instava uma ação rápida por parte das autoridades de saúde e dos órgãos decisórios portugueses que tivesse em vista a contenção dessa mesma propagação. Começava a desenhar-se a necessidade do recurso a mecanismos legais que concedessem cobertura à atuação do Governo; resgatado da teoria para a prática, o Estado de Emergência previsto, no artigo 19º da Constituição da República Portuguesa (CRP), apresentava-se como solução que concedia uma ampla cobertura constitucional às medidas que pudessem vir a ser tomadas no âmbito do controlo da pandemia, causada pelo novo coronavírus em solo português que conformava uma situação de calamidade pública. A articulação dos três órgãos decisores portugueses culminou na declaração presidencial a 18 de março de 2020 do estado de emergência, através do Decreto do Presidente da República (DPR) nº 14-A/2020, com prévia autorização da Assembleia da República (AR), através da Resolução nº 23-A/2020 e regulado posteriormente pelo Gov. pelo Decreto nº 2-A/2020. O estado de emergência via, pela primeira vez em democracia, a *luz do dia*, permitindo uma atuação muito mais alargada no combate à pandemia, viu também a sua renovação empreendida por mais duas vezes (DPR nº 17-A/2020 de 2 de abril e DPR nº 20-A/2020 de 17 de abril).

Finda a última renovação do estado de emergência, o Presidente da República (PR) e o Gov., em conjunto com Direção Geral de Saúde (DGS), prepararam a transição para a *nova normalidade* que se viria a revelar uma verdadeira *normalidade condicionada*. Iniciava-se o que ficou conhecido como *processo de desconfinamento*, mantendo-se a máxima da necessidade de contenção da pandemia e, consequentemente, a necessidade da adoção de medidas de carácter extraordinário concretizadas pelo Gov. com a declaração da situação de calamidade, com base na Lei 27/2006 (LBPC), através da Resolução do Conselho de Ministros (RCM) nº 33-A/2020, nº 33-B/2020 e nº 33-C/2020. A regulação do período pós-emergência guiou-se por uma execução que tinha subjacente uma *lógica de*

*aplicação sucessiva, à medida que se transitou de fase para fase*¹. A surpresa da primeira vaga da pandemia chocou com a certeza da segunda vaga² que veio ainda expor mais as dificuldades do enquadramento jurídico das normas que a Administração teve de adotar para o combate à situação pandémica, recorrendo-se, mais uma vez, ao estado de exceção constitucional.

A emergência, na dupla ascensão da palavra, de um novo quadro normativo adequado a crises sanitárias, era notória. O estado de emergência suportou a atuação da Adm. mas também abriu o caminho da urgência de um novo direito administrativo adaptado a situações de crise sanitárias que coloca, de um lado a necessidade de fazer face a uma situação epidemiológica que se alastra e fatiga o país e, do outro lado a necessidade de manter o máximo respeito pelo pp. do Estado de Direito. O recurso à LBPC também não foi pacífico e alheio à problemática da existência de limites e da sua possível ultrapassagem (por parte da Adm.), acrescentando que, sendo figuras infraconstitucionais, os limites são muito maiores e a sua transposição motiva consequências com uma maior amplitude. Num período de crise o cidadão fica mais frágil e o Estado mais forte e esta inevitável consequência traz consigo a necessidade de uma maior proteção das pessoas. Assim, na presente dissertação dedicaremos uma parte à exploração do regime dos direitos fundamentais e iremos percorrer algumas medidas da administração e explorar a sua (des)conformidade com o nosso ordenamento jurídico (OJ).

A crise sanitária trouxe transformações em todas as dimensões da sociedade, testou os mecanismos de resposta dos Estados a crises, abalou economias e fez tremer os alicerces do Estado de Direito Democrático; foi *inaugurado* o estado de emergência em Portugal e, neste contexto, foi produzida legislação *à pressão*. Com a presente dissertação pretendemos explorar, questionar, clarificar e (propor) solucionar alguns dos grandes problemas com que o ordenamento jurídico português se confrontou com a intensa e extensa produção da que ficou conhecida como *legislação-COVID*. Culminando a dissertação na apresentação de uma proposta que consiga contribuir para uma solução sólida aos problemas que serão apresentados.

¹ ALVES CORREIA, Jorge, *As patologias da declaração do estado de calamidade e os limites constitucionais do direito administrativo da pós-emergência*, em Revista de Direito Administrativo, setembro/dezembro 2020, nº 9, AAFDL Editora, 2020.

² Cfr. ALVES CORREIA, Jorge, em *O Estado de Crise Sanitária no Direito Português – a emergência de um grande Leviatã, no prelo*, pág. 22.

Capítulo I – O Estado de Emergência e o Estado de Alerta, Contingência, Calamidade e o Estado de Necessidade Administrativo – origens, procedimentos e declarações.

1. O Estado de exceção.

Começamos por procurar expor uma definição de Estado de exceção, optamos, para tal, por uma *conceção global*, que define o estado de exceção *como a alteração fundamental da ordem constitucional* (elemento material) *que reforça o poder público, de vigência transitória* (elemento temporal), *fundada na ocorrência de situações de anormalidade que lhe são lesivas, visando pôr-lhes cobro numa lógica de proporcionalidade dos meios aplicáveis* (elemento funcional)³. Trata-se de uma situação carecida *de uma disciplina jurídico-constitucional diferente daquela que está normativo-constitucionalmente consagrada para os «estados de normalidade» constitucional*⁴. No OJ português, o estado de exceção revela-se um mecanismo de proteção da CRP⁵ e, de entre os seus efeitos, aquele que permite a sua melhor compreensão é o da possibilidade da suspensão do exercício de alguns direitos fundamentais (artigo 19º nº3 CRP). Existe por parte da CRP uma previsão, regulação e limitação (material e temporal) do estado de exceção mas não esgota a sua regulação, existindo ainda a Lei que Regula o Estado de Sítio e o Estado de Exceção (LRESEE) e o chamamento dos órgãos de soberania ao procedimento do estado de exceção, desde a declaração até à execução. O estado de exceção combina a *eficiência* com a *normatividade*; quanto à primeira, há que garantir que o Estado consegue superar a situação que despoletou o estado de exceção; no que refere à segunda, a CRP constitui um limite ao próprio estado de exceção e à consequente ação do Estado⁶.

De acordo com a CRP o estado de exceção pode assumir a forma de estado sítio ou estado de emergência. O nº3 do 19º da CRP sugere que, se o estado de emergência se aplica quando *os pressupostos revistam menor gravidade*, o estado de sítio será aplicável em situações que sugerirem uma maior gravidade dos pressupostos e incidirá sobre um leque maior de direitos,

³BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Estado de Exceção no Direito Constitucional, uma perspectiva do Constitucionalismo Democrático, Teoria Geral e Direito Português*, Almedina 2020, pág. 19 e sgs.

⁴CANOTILHO, J.J. Gomes, em *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Almedina, 2018, pág. 1099.

⁵BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Estado...* pág 73 e sgs, referindo que e também, J.J. Gomes Canotilho, em *Direito...* pág. 1085.

⁶ Sobre a *origem patológica* do estado de exceção BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Idem...* pág. 15.

liberdades e garantias (DLG) - 19º nº6 da CRP⁷. A LRESEE clarifica a diferença no seu art. 8º, remetendo o estado de sítio para as situações de *insurreição que ponham em causa a soberania, a independência, a integridade territorial ou a ordem constitucional democrática* e o exercício de DLG pode ser *total ou parcialmente suspenso*; quanto ao estado de emergência, remete-o para as situações de *menos gravidade*, nomeadamente situações de *calamidade pública*, e determina apenas a possibilidade de *suspensão parcial do exercício de direitos, liberdades e garantias*.

Tanto o estado de sítio como o estado de emergência assentam num dos pressupostos do art. 19º nº2 CRP, permitem a suspensão do exercício apenas de alguns direitos (art. 19º nº3 e 6) e a sua duração será, máximo, de 15 dias com possibilidade de renovação (art.19º nº5).

1.1. O estado de emergência na Constituição de 1976

Em 1976, na sequência da revolução do 25 de abril, despontou-se a necessidade de redigir uma nova Constituição. Inicialmente o estado de sítio aparecia incluído no art. 6º nº4 do Relatório da Assembleia Constituinte que fazia referência à restrição de DLG e mais tarde no art. 7º que já estabelecia parte do regime do estado de sítio, a este propósito o Professor Doutor Costa Andrade referiu que o art. 7º nº1 deveria fazer referência, por um *imperativo de lógica*, não à *suspensão dos direitos*, mas sim à *suspensão do exercício de direitos*⁸. A CRP de 1976 consagrou no art. 19º a possibilidade de suspensão do exercício de direitos na vigência do estado de sítio ou do estado de emergência.

A Lei Constitucional 1/82 alterou o art. 19º e, indo ao encontro da referida proposta do Doutor Costa Andrade, mudou a epígrafe do artigo para *suspensão do exercício de direitos*, o que se compreende para além da *coerência lógica* com o nº1 do mesmo artigo que fala em *suspender o exercício de direitos*, os direitos cujo exercício fica suspenso, não podem ficar de forma alguma suspensos pois continuam vigentes até para a regulação da própria suspensão. Ademais inseriu um artigo onde acrescenta um elenco de pressupostos materiais cuja verificação permite a declaração do estado de emergência, são eles; agressão

⁷ Também neste sentido, CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, em *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol.I, 4ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, pág.399 a 403; sobre o nº3 do artigo 19º da CRP: *É a expressão concreta da ideia de que o estado de emergência é menos intenso do que o estado de sítio*.

⁸ *Ela é imposta por uma coerência lógica. Nós dissemos no nº4 que se poderia suspender o exercício de direitos, que não os direitos. Por coerência técnica e lógica, no nº1 deve pôr-se “cujo exercício fique suspenso”, Diário da Assembleia Constituinte, nº36 de 23/8/1975 pág. 979*

efetiva e eminente por forças estrangeiras, grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional e situações de calamidade pública, complementou deste modo a lacuna do art. 19º que não estabelecia as circunstâncias em que se podia recorrer à declaração do estado de emergência. Estabeleceu no nº3 o prazo de duração do estado de emergência, fixando 15 dias suscetíveis de serem renovados⁹ e ainda uma alteração na sua redação, substituindo as palavras *deve* e *suficiente*, respetivamente, pelas palavras *é* e *devidamente*, entendemos que é exigido, agora, que a declaração do estado de emergência seja fundamentada nos (ou num dos) pressupostos previstos, ou seja, ao estabelecer os pressupostos a CRP *oferece* os fundamentos que terão de constar imperativamente na declaração dada à substituição da palavra *deve* – que poderia abrir caminho a um dever que pode não ser cumprido – pela palavra *é* que impõe uma obrigação. Por fim, ainda no nº4 foi aumentado o conjunto de direitos cujo exercício é insuscetível de ser suspenso, acrescentando o direito à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, à não retroatividade da lei criminal, à defesa dos arguidos e o direito à liberdade de consciência e religião, o legislador constitucional entendeu que estes direitos são direitos com *intimidade ou proximidade com valores pessoais fundamentais*¹⁰.

Hoje, a Lei Constitucional nº1/89 de 8 de Julho estabilizou a figura do estado de emergência, ficando o art. 19º da CRP com um novo nº4 e um novo nº7. Este novo nº4 consagrou expressamente o pp. da proporcionalidade limitando assim a atuação da administração pública ao *estritamente necessário*. O novo nº7 assegurou o normal funcionamento dos órgãos de soberania em tempo de emergência permanecendo as *regras constitucionais relativas à competência e ao funcionamento* em vigor; o art. 172º da CRP salvaguarda a impossibilidade de dissolução durante a vigência do estado de exceção e o art. 289º que impossibilita qualquer ato de revisão constitucional. O atual nº5 sofre uma alteração formal, operando-se uma substituição da palavra *devidamente* por *adequadamente*, consideramos que quando era exigido que a fundamentação fosse de forma devida (*devidamente*) o que se queria exigir era que a fundamentação tivesse como base um (ou mais) pressuposto(s) do nº2 do art. 19º; agora quando se exige que a fundamentação seja feita de modo adequado (*adequadamente*) e dado a inserção do novo nº4 que, consagra o pp. da proporcionalidade, entendemos que para além da fundamentação ter na base um (ou mais)

⁹ CORREIA, António Damasceno, em *Estado de Sítio e de Emergência em Democracia*, Vega 1989, pág. 131.

¹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes /MOREIRA Vital, em *Constituição...* pag. 402

pressupostos do n°2 terá também de mostrar que a sua extensão, duração e meios utilizados são proporcionais para repor a normalidade constitucional. A revisão de 1989 ainda acrescentou no n°6 estado de emergência, completando assim uma lacuna que poderia dar a entender que o estado de emergência poderia restringir aqueles que foram considerados inatingíveis¹¹.

1.2. O Estado de Direito e o estado exceção constitucional

O conceito de Estado de Direito surge como resultado de uma contestação aos sistemas políticos autoritários por parte das correntes liberais. Robert Von Mohl no sec. XIX estabeleceu que o conceito de Estado de Direito *compreendia a limitação jurídica do poder público segundo um conjunto de regras que se impunham externamente ao próprio Estado*¹². A CRP apresenta Portugal como um de Estado de Direito Democrático (preâmbulo e art. 2º da CRP) que traduz a *confluência de Estado de Direito e democracia* existindo uma *interação de dois princípios substantivos, o da soberania do povo e dos direitos fundamentais*¹³. O pp. do Estado de Direito hoje é densificado pelo pp. da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da constitucionalidade, da separação de poderes, da segurança jurídica, da proteção de confiança e da proporcionalidade¹⁴. O conceito Estado de Direito apresenta-se com três dimensões possíveis, a dimensão material, a dimensão normativa e a dimensão organizatória. A primeira confere ao Estado de Direito uma axiologia que o poder público não controla mas que lhe obedece; a segunda liga-se à função específica atribuída à Constituição; e a terceira impõe uma limitação do poder público através da separação de poderes¹⁵. A prova da constante evolução do Estado de Direito é o próprio estado de exceção constitucional previsto no art. 19º da CRP, onde está prevista a possibilidade suspensão do exercício de alguns direitos de modo a salvaguardar a própria CRP e o Estado de Direito em Portugal¹⁶.

¹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, classificam o n°6 como uma *cláusula de intangibilidade* em, *Constituição...* pág. 402

¹²BACELAR GOUVEIA, Jorge, em *Enciclopédia de Direito da Segurança*, coord. Jorge Bacelar Gouveia e Sofia Santos, Almedina, 2015, pág. 185 a 188.

¹³MIRANDA, Jorge, em *Curso de Direito Constitucional. Estado e Constitucionalismo. Direitos Fundamentais*, Universidade Católica, Lisboa 2016, pág. 281 a 284.

¹⁴ BACELAR GOUVEIA, Jorge, em *Manual de Direito Constitucional I*, Almedina, 2018, pág.785 a 788.

¹⁵ BACELAR GOUVEIA, Jorge, *idem*, pág. 786.

¹⁶*Entre esses progressos no sentido do Estado de Direito (...) avultam o princípio da limitação ou da tipicidade das restrições (explícitas) dos direitos, liberdades e garantias (art. 18º, n°2), a garantia do seu conteúdo essencial (art. 18º, n°3) e o regime da sua suspensão (art. 19º)*, MIRANDA, Jorge, em A

1.2.1. A importância do princípio da proporcionalidade no estado de emergência constitucional.

O pp. da proporcionalidade é hoje um *elemento decisivo* do pp. do Estado de Direito¹⁷. Assume também um especial relevo no âmbito do regime do estado de exceção desde a própria declaração à execução do estado de emergência em Portugal, uma vez que o pp. da proporcionalidade revela-se, *um instrumento de limitação de eventuais agressões ou compressões de direitos e também critério para relações jurídicas no âmbito do aparelho do Estado*¹⁸.

Nos preâmbulos dos DPR que decretaram os estados de emergência com base na situação de calamidade pública e nos Decretos-Lei (DL) que o executaram pode encontrar-se por diversas vezes as expressões: *limitar-se ao estritamente necessário, juízo de estrita proporcionalidade, estrito escrutínio de proporcionalidade, medidas adequadas e necessárias*. Estas expressões remetem para o pp. da proporcionalidade que se assume como limitador do poder executivo e serve como *medida para as restrições administrativas de liberdade individual*¹⁹. O pp. da proporcionalidade consta com quatro manifestações explícitas na constituição, no art. 18º nº2 que estabelece quando a lei pode restringir DLG, no art. 19º nº4 sobre a opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência e no art. 266º nº2 estabelece a vinculação da administração pública (AP) ao pp. da proporcionalidade. O pp. da proporcionalidade pode considerar-se o pp. orientador do estado de exceção constitucional, onde existe um reforço do poder público e interferências no exercício dos direitos fundamentais, é aqui que a proporcionalidade assume um papel importante, manifestando-se no domínio do *poder genérico de exceção e no campo da tomada das providências de exceção*²⁰.

Constituição de 1976, Formação, Estrutura, Princípios Fundamentais, Livraria Petrony, Lisboa, 1978, pág. 494.

¹⁷ BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Estado...* pág. 823 a 826.

¹⁸ CANAS, Vitalino, *O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos*, dissertação para obtenção do grau de Doutor em Direito, especialidade de Ciências Jurídico-Políticas, disponível em, <https://repositorio.ul.pt/handle/10451/26307>.

¹⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes, em *Direito...* pág. 266 a 273.

²⁰ BACELAR GOUVEIA, Jorge, em *Enciclopédia...* pág. 333 a 335 e também em *Estado...*, pág. 165

Em tempo de exceção a primeira manifestação do princípio da proporcionalidade é no domínio do *poder genérico de exceção*, o poder de declarar o estado de exceção não é livre apresentando-se condicionado duplamente pelo pp. da proporcionalidade, uma vez esta limitação está patente na decisão de declarar o estado de exceção e, posteriormente, na opção entre o estado de sítio e o estado de emergência²¹. A opção pela declaração do estado de exceção e consecutivamente pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência terá de se revelar indispensável à satisfação do interesse público e adequado para a resolução da situação que lhe serve de fundamento tendo de existir uma ponderação²² entre o meio (a declaração de estado de sítio ou de emergência) e o fim (a reposição da normalidade constitucional).

No *campo das tomadas das providências de exceção* o pp. da proporcionalidade manifesta-se, nos *efeitos materiais, organizatórios e temporais*²³. O regime do estado de emergência é regulado pelo art. 19º CRP, o nº4 e o nº8 remetem para o respeito pelo pp. da proporcionalidade devendo tratar-se de medidas *necessárias e adequadas ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional*, sendo o nº8 uma manifestação dos subprincípios mencionados por GOMES CANOTILHO²⁴. As medidas querem-se, assim, adequadas, exigindo que o *ato do poder público seja apto para e conforme os fins justificativos da sua adoção (pp. da conformidade ou adequação de meios)*, necessárias, exigindo *a menor desvantagem possível para o cidadão (pp. da exigibilidade ou da necessidade)* e que visem o pronto restabelecimento da normalidade constitucional, daqui podemos retirar o *pp. racionalidade ou da proporcionalidade em sentido estrito*, pois estabelece a necessidade do *juízo de ponderação entre a proporção do meio para atingir o fim*²⁵.

²¹ BACELAR GOUVEIA, Jorge, em *Estado...* pág. 167.

²² BACELAR GOUVEIA, Jorge, em *Idem...* pág. 169 e 170.

²³ BACELAR GOUVEIA, Jorge, em *Idem...* pág. 169 e 170.

²⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes, em *Direito...* pág. 269 e 270. Desdobrando o princípio da proporcionalidade em *três vertentes fundamentais* (adequação, necessidade e racionalidade ou proporcionalidade em sentido estrito), BACELAR GOUVEIA, Jorge, em *Enciclopédia...* pág. 333 a 335.

²⁵ BACELAR GOUVEIA, Jorge, em *Estado...* pág. 165.

1.3. Inspirações do modelo português

Na Europa, as Leis Fundamentais de cada nação preocuparam-se em estabelecer um regime relativo a situações que necessitem suspender o exercício de direitos, realce para a exceção da *Costituzione della Repubblica Italiana* de 1947 que não prevê expressamente nenhuma forma de estado de exceção. Quanto às Leis Fundamentais que preveem o tipo de regime referido encontramos: na Alemanha, a Lei Fundamental Alemã (*Grundgesetz*) que prevê o Estado de necessidade exterior subdividido em estado de defesa (art. 115ºa e 115ºc e 12ºa), estado de tensão (80ºa e 87º nº1 e nº3), e em estado de necessidade interior (arts. 35º e 91º); na França a *Constitution*, consagra, no Cap. II relativo ao Presidente da República, o art. 16º; em Espanha a sua *Constitucion* de 1978 trata deste problema nos arts. 55º e 116º.

Destacamos as influências trazidas pela *Grundgesetz* e pela *Constitution* Francesa. Apesar do atual regime do estado de exceção ter derivado de uma evolução do direito constitucional português e decorrer da constituição de 1976 - que tirou ganhos de ser uma constituição póstuma a outras constituições democráticas, como é o caso da Alemã e da Francesa – o regime do estado de exceção português colheu alguma influência destas. A influência da *Constitution* Francesa tem reflexo na suspensão dos direitos fundamentais, na posição das autoridades militares e na diversidade militar e política dos pressupostos²⁶ e na própria expressão de *estado sítio* que tem berço em França²⁷; já a influência da *Grundgesetz*, para além do regime dos direitos fundamentais em geral²⁸, refletiu-se em soluções de caráter orgânico como a proibição de dissolução da AR e de revisão constitucional enquanto vigorar o estado de exceção (art.172º nº1 CRP)²⁹ e na existência de um núcleo de direitos invioláveis.

²⁶ BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Idem...* pág. 115.

²⁷ Neste sentido, CORREIA, António Damasceno, *Estado de Sítio...* pág. 41.

²⁸ CARDOSO DA COSTA, José Manuel, *A Lei Fundamental de Bonn e o Direito Constitucional Português*, em Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, LXV, 1989, pág. 9 e sgs.

²⁹ BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Estado...* pág. 117

1.4. O Procedimento

A declaração de estado de exceção constitui uma situação excecional e a excecionalidade não se reflete apenas nos seus efeitos, mas também no seu procedimento³⁰ que culminará na sua declaração. Assim o PR, como o *Guardião da Constituição*³¹, ao abrigo das suas competências constitucionais (art. 134º al. d) e e) e art. 19º da CRP) é responsável tanto pela declaração do estado de exceção como também pelo início do seu procedimento. Ainda que a CRP não refira a quem compete o início do procedimento, refere que o PR é responsável pela sua declaração - art. 134 al. d) e respetiva remissão para os arts. 19º e 138º da CRP e, ainda, art. 10º da LRESEE - esta declaração constitui o início do procedimento, consideramos, por maioria de razão, que se a declaração cabe ao PR, o início do procedimento também. Além disso, a LRESEE inicia o Cap. V, *Do processo da declaração*, com o art. 23º referente ao *Pedido de autorização à Assembleia da República* onde estabelece que o *Presidente da República solicitará à Assembleia da República* a autorização para declarar o estado de sítio ou o estado de emergência; assim sendo, o ponto de partida para o desenrolar do procedimento é o ato do PR que se traduz no pedido de autorização à AR, estabelecendo também o art. 23º nº1 da LRESEE a forma de como o PR procede que será através do envio de uma *mensagem fundamentada*³²; o art. 133º al. d) da CRP prevê exatamente essa competência do PR. Não estando previsto na LRESEE, nem na CRP, nem no Regimento da Assembleia da República (RAR), outra forma de iniciar o procedimento de declaração, reforça a ideia de que se trata de uma iniciativa – voltando a referir, excecional - Presidencial. Esta declaração poderá assumir-se como obrigação constitucional, *sempre que ela se torne imprescindível para assegurar o funcionamento das instituições constitucionais* cuja falta pode dar origem a uma *omissão constitucional*³³.

Ao dizer *só*³⁴ a redação do art. 19º nº2 da CRP impõe a taxatividade destes pressupostos, que podem servir como causas à declaração deixando ao PR e mesmo à AR

³⁰ Sobre o procedimento legislativo parlamentar “normal”, MIRANDA, Jorge, *Curso de Direito Constitucional. Estrutura do Estado. Sistema Político. Atividade Constitucional do Estado. Fiscalização da Constitucionalidade*, Universidade Católica Editora, 2016, pág. 216 a 230.

³¹ CANOTILHO, J.J. Gomes, em *Direito...* pag. 620.

³² *Afigura-se como a única modalidade de iniciativa legislativa ou política por parte do Presidente da República no âmbito de um procedimento parlamentar*; BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Estado...* pag. 240.

³³ Neste sentido, CANOTILHO J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição...* pág. 405 a 406.

³⁴ Sobre a utilização do vocábulo *só* como estabelecedor de um *numerus clausus*, BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Estado...* pag. 151

(quando delibera sobre a autorização a dar ao PR) apenas a verificação da conformação da situação real com um dos pressupostos.

O Gov. é chamado a intervir na fase inicial do processo através da audiência com o PR na qual, ao abrigo das suas competências políticas consagradas na CRP (art. 197º al. f)), irá avaliar *do ponto de vista técnico-administrativo, das condições de aplicabilidade do concreto estado de exceção que se projeta*³⁵. Será então necessário, para vigorar o estado de emergência, a autorização da AR e uma audiência com o Gov. (art. 138º e 19º da CRP e 10º da LRESEE) o que força *os diversos órgãos a uma ponderação coletiva*³⁶.

O procedimento culmina com a declaração do PR³⁷ que reveste a forma de Decreto do Presidente da República (art. 11º LRESEE). O art. 19º nº5 e o art. 14º da LRESEE estabelecem elementos que obrigatoriamente terão de constar na declaração. Ainda no âmbito do art. 11º da LRESEE este exige a *referenda ministerial* do Decreto, concretizando a previsão constitucional do art. 140º nº1, cuja falta, estabelece o nº2, traduz-se na inexistência do Decreto de Declaração. Os DPR's estão sujeitos a publicação no Diário da República (art. 119º nº1 al. d)); entende-se que assim seja, não apenas pelo pp. da publicidade dos atos mas também pela segurança e certeza jurídica que temas como o estado de exceção exigem.

O Gov. irá executar a declaração (art. 17º LRESEE) - respeitando os elementos que nela constam e por imposição do art. 16º LRESEE, informando o PR *dos respetivos atos* - ao abrigo da sua competência administrativa (art. 199º al. g) da CRP), trata-se então de uma verdadeira execução administrativa do estado de exceção que é *conferida ao Governo na veste de Conselho de Ministros* e assumirá a forma de RCM³⁸.

O Estado de exceção cessa vigência: por DPR nos casos em que se tenham extinguido as circunstâncias que deram origem à sua declaração, automaticamente por decurso do prazo fixado para a vigência³⁹ e também pela recusa de, em caso da autorização ser dada pela

³⁵ BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Idem...* pág. 235. A intervenção do Conselho de Estado tem um cariz político assume uma *dimensão de legitimação política*, pág. 236.

³⁶ Neste sentido e também no sentido da iniciativa do procedimento caber ao PR, não obstante de poder receber impulsos políticos por parte da AR, do Gov. e do Conselho de Estado, BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Idem...* pág. 225 a 231.

³⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes, em *Direito...* pág. 1105, refere que: *A competência do PR para o acto de declaração é compreensível.*

³⁸ BACELAR GOUVEIA, Jorge, em *Estado...* 260 a 261.

³⁹ BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Estado...* pág. 279.

Comissão Permanente da AR e não pelo Plenário, ratificação pelo mesmo AR⁴⁰ (art. 13º da LRESEE).

1.4.1. Modificação

A LRESEE prevê a possibilidade de modificação do estado de exceção através da redução ou extensão das medidas que compõem o regime do estado de exceção em vigor; não se pode aqui entender redução ou extensão no seu sentido literal. No entanto, o art. 26º da LRESEE apenas refere o procedimento em caso da modificação visar a redução das medidas, procedimento este que passa pelo DPR, referendado pelo Gov., podendo ou não, existir autorização por parte da AR. O mesmo já não se passa relativamente ao caso da extensão onde a LRESEE é omissa; concluímos que em caso de extensão o processo terá de ser o mesmo como se tratasse de uma nova declaração, até porque a modificação para extensão pode aumentar o grau de restrição do exercício de novos direitos liberdades e garantias o que exige, como exige a declaração do estado de exceção, o entendimento e a participação dos vários órgãos decisores do Estado⁴¹.

1.4.2. Possibilidade de Renovação

Findo o prazo do Estado de Emergência, que como já foi referido, pode estender-se até 15 dias, o art. o 19º nº5 CRP abre portas a eventuais renovações. O art. 5º nº1 da LRESEE confirma a possibilidade de renovação na condição da persistência *das suas causas determinantes* acrescentando o art. 26º LRESEE prevê para a sua renovação o seguimento dos *trâmites previstos para a declaração inicial*, implicando que a declaração do PR que renove o estado de emergência tenha de ser antecedida de autorização da AR, precedida da referenda ministerial e de publicação, nos termos *supra* referidos.

⁴⁰ Sobre a possibilidade da não confirmação no Plenário, *vide*, BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Estado...* pág. 280 a 282.

⁴¹ Quanto à modificação para extensão das medidas, BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Estado...* pag 276.

1.5. A pandemia como fundamento ao estado de emergência e sucessivas renovações.

Como anteriormente referimos, o estado de exceção terá de ter como fundamento um dos pressupostos do art. 19º nº2. A própria LRESEE no nº2 do art. 14º especifica como é feita a fundamentação ao remeter esta para os pressupostos do nº2 do art. 19º da CRP, que se dividem em: pressupostos de ordem externa, interna e fatores naturais⁴²; nos fatores de ordem externa encaixam as situações de *agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras*; nos fatores de ordem interna, as situações que constituem *grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática*, já nos fatores naturais inserem-se as situações de *calamidade pública*.

A fundamentação da declaração do estado de emergência foi a *verificação de situação de calamidade pública* (art. 1º DPR nº14-A/2020), pressupondo que a situação pandémica provocada pela COVID-19 constitui então uma situação de calamidade pública. É o art. 2º nº3 da LBPC que encontramos a densificação do conceito de calamidade pública, BACELAR GOUVEIA chama a atenção para dois elementos que advêm desta definição; o acontecimento grave em que a vontade humana não é diretamente relevante e o seu caráter danoso para a ordem jurídica, que se traduz na lesão dos hemisférios jurídicos pessoais e patrimoniais e o caráter público que se deve à *extensão e gravidade da situação e aos respetivos efeitos*⁴³. Procurando especificar quais as situações em concreto que caberão neste conceito, GOMES CANOTILHO reparte a situação de calamidade pública em três; *catástrofes naturais, catástrofes tecnológicas e acidentes graves*⁴⁴.

1.6. A tutela do estado de exceção.

O Estado de exceção constitucional na veste de estado de sítio ou de estado de emergência está sujeito aos mecanismos de controlo previstos na CRP. Estando em vigor o estado de exceção constitucional o OJ português não está suspenso, possibilitando, a decretação do estado de exceção, alterações pontuais e provisórias em diversos regimes. De notar que durante esta vigência a *democracia não poderá ser suspensa*⁴⁵ e muito menos os pp. ordenadores de todo o OJ Português, destaque para o pp. do Estado de Direito e da

⁴² DAMASCENO, António Damasceno, em *Estado de Sítio...* pág. 123.

⁴³ BACELAR GOUVEIA, Jorge, em *Estado...* pág. 145 e 146.

⁴⁴ Dando exemplo de catástrofe natural uma epidemia, CANOTILHO, J.J. Gomes, em *Direito...* pág. 1102.

⁴⁵ Preâmbulo do Decreto nº2-A/2020

dignidade da pessoa humana, que se tratam de limites que são fundamento do sistema constitucional português.

1.6.1. O controlo político – art. 162º da CRP

A decretação do estado de exceção está dependente da apreciação parlamentar em dois momentos. Um primeiro momento, aquando da autorização dada ao PR e um segundo momento que diz respeito à apreciação da aplicação da declaração (art. 162º al. b) CRP). Releva para a tutela do estado de exceção o segundo momento onde é garantido *o cumprimento das condições e o respeito dos limites constantes da respetiva declaração*⁴⁶. Existe um complemento entre a LRESEE, a CRP e o RAR, quanto a este controlo da AR. A CRP no seu art. 162º al. b) atribui competência à AR para a apreciação da *aplicação da declaração do estado sítio ou do estado de emergência*. A LRESEE e o RAR, tanto no art. 28º e no 183º, respetivamente, remetem a fiscalização da declaração para o momento póstumo ao termo do estado de exceção, complementando o disposto na CRP.

A fiscalização durante a vigência do estado de exceção é da competência da AR (art. 162º al. a) CRP)⁴⁷ que pode, neste período, controlar o Gov. e a própria Adm. que põe em prática a execução dos Decretos do Gov. que regulam o estado de exceção. Em suma, o facto de a AR estar munida de mecanismos que permitem o controlo do Gov. e da Adm. e de ser a AR responsável também pela vigilância do cumprimento da CRP, consideramos encontrado o fundamento para (dever) existir um controlo no decurso da vigência do estado de exceção.

2. Os estados de alerta, contingência e calamidade

A LBPC (Lei 27/2006 de 3 de julho) guia a atuação da proteção civil no território nacional instituindo os seus objetivos (art. 4º) e princípios pelos quais a sua atuação se rege (art. 5º). A LBPC, assegura que a intervenção das autoridades públicas, nos casos previstos, é legalmente protegida, estabelece as linhas principais do *modus operandi* da proteção civil, aplicando-se em casos de *acidente grave* ou *catástrofe natural* (art. 1º nº1). O art. 8º da

⁴⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA Vital, em *Constituição...* pág. 299.

⁴⁷ BACELAR GOUVEIA, Jorge, em *Estado...* pág. 287.

LBPC agrupa conjuntos de medidas que podem ser tomadas para prevenir ou enfrentar os casos de acidente grave ou de catástrofe natural, em três situações possíveis - na declaração da situação de alerta, na declaração da situação de contingência e na situação de declaração de calamidade. A declaração terá na base a *necessidade e proporcionalidade*, de acordo com um *grau crescente de risco* (art. 8º nº2) em que a situação de alerta revela um menor grau de risco e o de Calamidade um maior grau de risco.

2.1. O estado de alerta

A LBPC regula a situação de alerta no art. 13º e art. 14º. A competência para declarar a situação de alerta é do Presidente da Câmara se estiver em causa uma situação de âmbito municipal e do Ministério da Administração Interna no todo ou em parte do território nacional com necessidade de audição dos Presidentes das Câmaras Municipais dos municípios abrangidos (art. 13º). O art. 14º nº1 impõe as menções que têm de constar no ato de declaração, enquanto o nº2 e o nº3 prevêm a ação das *estruturas de coordenação institucional territorialmente competentes* e a possibilidade de *ativação do plano de emergência de proteção civil* que abrange o território para o qual foi declarado o estado de alerta. O art. 6 estabelece os deveres gerais e especiais individualizando os destinatários cujo o desrespeito é sancionado nos termos do nº5. Ao vigorar a situação de alerta o dever geral de colaboração passa mesmo a uma obrigação de colaboração com as autoridades de proteção civil, ainda que o nº4 não o exponha de forma clara, o art. 11º clarifica; o seu desrespeito, completa o nº2, é sancionado nos termos do art. 6º nº4.

2.2. O estado de contingência

O estado de contingência é a segunda situação prevista no art. 8º nº1 da LBPC. A situação que despoleta a necessidade de recurso à declaração do estado de calamidade é um *acidente grave* ou uma *catástrofe natural*. A situação de contingência já admite a necessidade de um regime de apoios e prevê a existência de danos de maior dimensão que exigam *procedimentos de inventariação*, tratando-se de uma situação de um maior grau de gravidade. A competência para a declaração de contingência será do Gov. se abranger todo ou parte do território, dos Gov. Regionais se abranger as regiões autónomas e dos Presidentes

de Câmara (PC) se tiver apenas abrangência municipal⁴⁸. Tal como está previsto para a situação de alerta, o art. 17º estabelece para a declaração a forma de despacho e elenca pontos que nele terão de constar expressamente. Diferentemente da situação de alerta que exige uma ponderação sobre a ativação dos planos, a situação de contingência prevê o *acionamento automático dos planos de proteção civil do respetivo nível territorial*.

2.3. O estado de calamidade

A última situação, que comporta o maior grau de risco, é a situação de calamidade pública regulada na secção IV da LBPC. A competência para a declaração é do Gov. (art.19º), não especificando diretamente a qual órgão do Gov. compete, mas ao estabelecer que a forma de declaração será a de RCM indica, ainda que indiretamente, que o órgão do Gov. com competência será do Conselho de Ministros. Quanto ao conteúdo que deve constar da Resolução vem previsto no nº1 do art. 21º. No entanto, o nº2 acrescenta uma série de faculdades que podem ser concedidas com a declaração do estado de calamidade, a requisição civil de pessoas (al. a)), restrições ao nível do exercício do direito de circulação previsto no art. 44º da CRP (al. b) e c)) e a racionalização de bens de primeira necessidade (al. d)). Os art. 23º e 24º impõem claras restrições ao exercício de direitos constitucionalmente consagrados: ao direito à inviolabilidade do domicílio do art. 34º CRP ao permitir o *livre acesso dos agentes de proteção civil à propriedade privada* e ao direito de propriedade privada previsto no art. 62º da CRP ao permitir o livre acesso a bens naturais e energéticos privados, no entanto, o nº2 deste artigo salvaguarda já a possibilidade de requisição e expropriação mediante *justa indemnização* nos termos, ideia reforçada pelo nº2 e nº3 do art. 24º. O art. 27º da LBPC alarga o direito de preferência dos municípios a todas as transições onerosas entre particulares de bens imóveis situados na área delimitada pela declaração de calamidade. A LBPC não deixou de prever, para a situação de calamidade, um regime especial de contratação pública para os contratos que visem *prevenir ou acorrer, com carácter de urgência*, aos efeitos causados pelo acidente grave ou pela catástrofe natural, o regime previsto baseia-se na maior abrangência do recurso ao ajuste direto e dispensando o visto do TCt. Por fim, o art. 29º impõe que a legislação relativa a *prestações sociais, incentivos à atividade económica e financiamento das autarquias locais estabelece as*

⁴⁸ CALDEIRA, Duarte, em *Proteção Civil. Enciclopédia de Direito da Segurança*, coord. Jorge Bacelar Gouveia e Sofia Santos, Almedina 2015, pág. 346 a 349.

disposições aplicáveis à situação de calamidade, poderá estar subjacente uma ideia de indemnização pelas intervenções das autoridades de proteção civil e governamentais, quer sejam intervenções diretas⁴⁹ ou indiretas⁵⁰.

3. O estado de necessidade Administrativo do art. 3º do Código do Procedimento Administrativo

A solução prevista no art. 3º do CPA poderia revelar-se útil no seio de uma crise sanitária como a causada pela COVID-19, exige-se assim uma breve exposição sobre esta figura que é o estado de necessidade. O estado de necessidade é um pp. geral de Direito Administrativo que, dentro de uma situação excecional, autoriza soluções excecionais que podem passar pela derrogação legítima do direito que regula a ação administrativa; encontra-se previsto no art. 3º nº2 do CPA⁵¹. *Trata-se de um apelo à materialidade subjacente, no sentido de que se o fim é legítimo, a sua realização não deve ser descartada por um obstáculo formal*⁵².

Há que estabelecer a distinção (ainda que sucintamente) entre o estado de necessidade administrativo e o estado de exceção constitucional, para entender o porquê de o estado de necessidade administrativo não se apresenta como solução para os problemas da administração no combate a crises sanitárias como aquela provocada pela COVID-19. A primeira diferença é que enquanto o estado de exceção (na figura de estado de sítio ou de estado de emergência) tem consagração constitucional e é pela CRP (e pela LRESEE) regulado, o estado de necessidade está consagrado apenas em lei ordinária (art. 3º nº2 do CPA). De seguida *o estado de necessidade surge associado à preterição de regras procedimentais*⁵³ já o estado de exceção constitucional visa dar suporte legal a medidas tomadas pela administração, nomeadamente no âmbito de DLG. Para além de assentarem em pressupostos diferentes, a ideia que subjaz a cada uma destas figuras é também ela

⁴⁹ Ex. no âmbito da requisição de bens da esfera privada ou o acesso à propriedade privada, a requisição de uma unidade de produção para a instalação de abrigos para pessoas que ficaram desalojadas na sequência de uma catástrofe natural.

⁵⁰ Ex. os condicionamentos à circulação podem ter provocado um prejuízo ao vendedor ambulante. Não houve uma medida direta a este sujeito mas acabou por ser afetado por um impedimento.

⁵¹ GONÇALVES, Pedro Costa, em *Manual de Direito Administrativo*, Vol.1, Almedina 2020, pág. 388 e segs.

⁵² GOMES, Carla Amado, em *Direito Administrativo de Necessidade e de Exceção*, AAFDL 2020, pág. 27.

⁵³ GOMES, Carla Amado, *Direito Administrativo...* pág. 28. Apesar de poder envolver também regras de competência, forma e conduta da Administração, como refere CORREIA, José Sérvulo, em *Revisitando o Estado de Necessidade, Em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra 2010, pág. 723.

diferente, no estado de necessidade administrativo a ideia é a urgência em agir, enquanto no estado de exceção constitucional, a ideia é de salvaguardar a própria CRP durante períodos de emergência que exijam medidas que em períodos de normalidade constitucional não conseguiriam ser normativamente enquadradas.

Capítulo II - O sentido geral do problema relativo aos Direitos Fundamentais, em emergência – Suspensão, Restrição e Tutela.

1. Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976

Inerente à problemática dos efeitos estado de exceção e das situações previstas na LBPC está o regime dos Direitos Fundamentais, exatamente pela direta interferência que estas figuras têm nestes mesmos, ora restringindo-os, ora suspendendo o seu exercício. Importa, assim, estabelecer os principais conceitos e linhas orientadoras que norteiam os direitos fundamentais no OJ português.

Em primeiro, impõe-se encontrar uma definição de direitos fundamentais, indo ao encontro das palavras de JORGE MIRANDA, estes são, *direitos ou as posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição*⁵⁴, apresentando-se como uma *noção* que poderá servir para um acervo maior de direitos. Podemos afirmar que a ideia de direitos fundamentais radica em torno da proteção dos cidadãos face ao poder público do Estado, este mesmo poder público que se encontra vinculado à CRP (desde logo pelo art. 2º e pelo art. 18º nº1 da CRP) onde (também⁵⁵) se encontram positivados os direitos fundamentais. Decorre daqui uma *dupla atuação* do Estado perante os direitos fundamentais, refletida numa atuação passiva que passa pela exigência de respeito pelos direitos fundamentais e numa atuação ativa que passa pela proteção que o Estado assume dos mesmos direitos fundamentais⁵⁶. O aparente paradoxo que possa daqui surgir, uma vez que o Estado está a proteger algo que limita a sua atuação, não passa exatamente de uma aparência, pois assim pode-se concretizar a ideia que envolve toda a organização do Estado Português; é a ideia de que todo o OJ português é baseado na dignidade da pessoa humana (art. 1º da CRP), que constitui a *intenção específica* dos direitos fundamentais⁵⁷ que acabam por contribuir para a sua concretização como princípio. A CRP *confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao*

⁵⁴ MIRANDA, Jorge, em *Curso de Direito Constitucional, Estado e Constitucionalismo, Constituição, Direitos Fundamentais*, Universidade Católica, 2016, pág. 229.

⁵⁵ Neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, em *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, 2019, pág. 71, referindo que se poderão encontrar em leis ordinárias, normas internacionais e em preceitos previstos noutras partes da CRP. No mesmo sentido, MIRANDA, Jorge, em *Direitos Fundamentais*, Almedina, 2020, pág. 180 a 181.

⁵⁶ MIRANDA, Jorge, *Curso de Direito Constitucional. Estado...* pág. 261.

⁵⁷ Seguindo a sistematização de VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, em *Os Direitos...* pág. 77.

*sistema de direitos fundamentais os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos sociais e culturais comuns têm a sua fonte de ética na dignidade da pessoa*⁵⁸.

O art. 16º nº1 da CRP, que consagra uma *cláusula aberta*⁵⁹ que abre a possibilidade de novos direitos e de novas concretizações de direitos fundamentais já existentes, há que considerar também a existência dos denominados direitos fundamentais atípicos⁶⁰ que se podem encontrar para lá do seu título II e título III. O nº2 do art. 16º reforça a ideia presente no nº1, tendo este nº2 uma verdadeira *ratio triplíce*⁶¹, desde logo pela abertura a novos direitos fundamentais e de seguida pelo *reforço da sua tutela e por abrir horizontes ao universalismo*, esta abertura é estabelecida pela ligação, com base na interpretação e integração, entre a CRP e a Declaração Universal dos Direitos do Homem. O título I da parte I reporta-se aos princípios gerais, que serão os princípios comuns a todos os direitos fundamentais, quer sejam aqueles constantes no texto da CRP como os constantes em leis ou em regras internacionais. No Título I estão também consagrados os *princípios específicos do regime dos direitos, liberdades e garantias e os princípios específicos do regime dos direitos económicos, sociais e culturais*⁶².

A Parte I da CRP faz também referência aos *deveres fundamentais*, que se encontram também nas partes II e III. Por fim, é de referir que *os deveres constitucionais não esgotam os deveres e ónus a que estão ou podem estar adstritos os cidadãos nas relações com o Estado ou entre si* estes distinguem-se também das *restrições, os limites e os condicionamentos, as proibições, as vedações de atividades, as medidas compulsivas*⁶³.

⁵⁸ Nas palavras de MIRANDA, Jorge, em *Curso de Direito Constitucional. Estado...* pág. 277 a 279.

⁵⁹ MIRANDA, Jorge, em *Direitos...* pág. 183 a 185. E também, VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos...* pág. 70 a 72.

⁶⁰ BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Os Direitos Fundamentais Atípicos*, AEQUITAS – Editorial de Notícias, 1995, pág. 67 a 74, onde refere que a existência de um *Numerus Apertus* permite a identificação de direitos fundamentais atípicos.

⁶¹ Como classifica e explica MIRANDA, Jorge, em *Direitos...* pág. 211.

⁶² Cfr. MIRANDA, Jorge, *Idem...* pág. 276 e sgs.

⁶³ MIRANDA, Jorge, *Curso de Direito Constitucional. Estado...* pág. 270 a 271.

2. Suspensão vs. Restrição

O art. 18º nº2 da CRP consagra a possibilidade de restrição dos DLG. O que constituiu a restrição de DLG? Não se afigura uma resposta única, confrontando-se aqui a *teoria externa* com a *teoria interna*. Quanto à primeira, o DLG existe por si, constituindo a restrição algo externo ao direito que reduz o seu conteúdo e âmbito; já a segunda teoria considera que a restrição faz parte do DLG conformando-o⁶⁴. A restrição não se traduzirá num ato discricionário do legislador, que terá de respeitar os *limites dos limites*⁶⁵ ou as *restrições das restrições*⁶⁶, presentes no art. 18º nº2 e nº3. Então, a restrição será permitida nos casos em que, esteja expressamente admitida na CRP, que salvguarde outro direito fundamental ou um interesse constitucionalmente protegido, que sirva o fim a alcançar, que não afete o conteúdo essencial do direito fundamental e ainda que a lei que restrinja revista caráter geral e abstrato, não tenha efeito retroativo e que seja uma lei da AR ou um DL autorizado, salvo os casos de reserva absoluta (art. 165 nº1 al. b) e 164º da CRP)⁶⁷. A proibição da retroatividade da lei concretiza o pp. da confiança ao qual se junta também a exigência do caráter geral e abstrato da lei restritiva que reforça a proibição da não retroatividade; uma vez que uma lei retroativa nunca poderia revestir caráter geral e abstrato⁶⁸. Ainda que não esteja expresso de forma clara e direta, o pp. da proporcionalidade (em todas as suas dimensões⁶⁹) é transversal a todo o procedimento da restrição, exigindo o art. 18º nº2 que *as restrições deverão limitar-se ao necessário*.

Um conceito que importa esclarecer, uma vez que a imposição da sua salvaguarda constitui pressuposto para a legalidade constitucional da restrição, é o de *conteúdo essencial*. Entende-se por *conteúdo essencial a faculdade ou o acervo de faculdades atribuídas em razão de um bem jurídico relevante*⁷⁰. Impõe-se também saber como se determina o

⁶⁴ MIRANDA, Jorge, de encontro com a *teoria externa*, em *Direitos...* pág. 484.

⁶⁵ Como apresenta CANOTILHO, J.J. Gomes, em *Direito...* pág. 451.

⁶⁶ Na formulação de MIRANDA. Jorge, em *Direitos...* pág. 485.

⁶⁷ Neste sentido, CANOTILHO, J.J. Gomes/ MOREIRA, Vital, em *Constituição...* pág. 388.

⁶⁸ MIRANDA, Jorge, em *Direitos...* pág. 487 e sgs.

⁶⁹ Sobre este ponto, CANOTILHO, J.J. Gomes, em, *Direito...* pág. 457, refere-se ao pp. da proibição do excesso estabelecendo: *A exigência de adequação aponta para a necessidade da medida restritiva ser apropriada para a prossecução dos fins invocados pela lei (...) A exigência de necessidade pretende evitar a adopção de medidas (...) que embora adequadas, não são necessárias (...) O principio da proporcionalidade em sentido restrito (...) significa que uma lei restritiva adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adopte cargas coativas (...) desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionadas em relação aos resultados obtidos*. Também VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos...* pág. 285 e sgs.

⁷⁰ MIRANDA, Jorge, *Curso de Direito Constitucional. Estado...* pág. 310.

conteúdo essencial do direito fundamental; encontram-se dois caminhos, um através das *teorias absolutas* e outro das *teorias relativas*. Para as *teorias absolutas*, o conteúdo essencial seria determinado em *abstrato por interpretação* abrangendo um espaço de *maior intensidade valorativa*; já para as *teorias relativas* exigem uma ponderação; reconduzindo o conteúdo essencial ao princípio da proporcionalidade⁷¹. No entanto, concordamos com a possibilidade de recurso a uma *teoria mista*, porque a delimitação do conteúdo essencial implicará sempre a articulação com a *necessidade de proteção de outros bens ou direitos constitucionalmente garantidos* (teoria relativa) e também terá de haver sempre *um resto substancial de direito, liberdade e garantia, que assegure a sua utilidade constitucional* (teoria absoluta)⁷².

Diferente da *restrição* é a *suspensão*. Enquanto que a restrição reporta-se a situações onde vigora a normalidade constitucional e atinge o direito a título permanente e parcialmente, a *suspensão* apenas pode operar em situações de anormalidade constitucional e a *título transitório*, (como configuram as do art. 19º; o estado de sítio e o estado de emergência) atingindo o exercício do direito a título temporário e parcialmente ou totalmente⁷³, obrigando o art. 19º nº5 na declaração, *a especificação dos DLG cujo exercício fica suspenso*; assim assegura-se o pp. da confiança e da segurança jurídica. A suspensão será então um efeito material e potencial do estado de exceção constitucional. Outra marca de diferença entre a restrição e a suspensão, é que a suspensão suspende o exercício do direito⁷⁴ e não uma suspensão do direito em si, isto é, um *congelamento dos poderes que os mesmos conferem aos respetivos sujeitos e que constituem um limite material da ação do poder público*⁷⁵. A suspensão terá de respeitar os limites absolutos impostos pelo art. 19º nº6 da CRP prevê um elenco de direitos que não poderão em circunstância alguma ser suspensos, este limite considera-se extensivo às restrições,⁷⁶. O pp. da proporcionalidade constitui também um limite ao exigir que as medidas – onde se incluiu, então, a opção pela suspensão

⁷¹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, optando pelas *teorias absolutas*, em, *Os Direitos...* pág. 280 e sgs.

⁷² Tal como expõem, CANOTILHO, J.J. Gomes/ MOREIRA, Vital, em *Constituição...* pág. 395.

⁷³ MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, em *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. 1*, Universidade Católica Editora 2017, pág. 257.

⁷⁴ Ponto 1.2. do Cap. I da presente dissertação.

⁷⁵ Nas palavras de BACELAR GOUVEIA, Jorge, em *Estado...* pág. 171.

⁷⁶ Também neste sentido, MIRANDA, Jorge, em *Direitos...* pág. 492.

de DLG– sejam *necessárias e adequadas ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional* (art. 19º nº8 CRP)⁷⁷.

Quanto a esta distinção poderá estabelecer-se quatro pontos essenciais para a caracterização da diferença existente entre a *restrição* de direitos e a *suspensão* do exercício de direitos. A restrição está prevista para tempos de normalidade constitucional, a suspensão está prevista para tempos de exceção constitucional (em que vigora o estado de exceção); a restrição vai afetar o direito em si, já a suspensão vai atingir o conteúdo essencial do direito; o regime da restrição está previsto no art. 18º nº2 e nº3, onde estão previstos os requisitos cumulativos, o regime da suspensão está sujeito aos limites diretamente relacionados com a suspensão e ainda aos limites do estado de exceção (v.g. os limites materiais inerentes ao estado de exceção) e por fim, os limites temporais, a restrição de direitos por ocorrer em tempos de normalidade constitucional, não tem tempo limitado, enquanto que a suspensão de direitos vigora enquanto durar o estado de exceção.

3. A tutela dos direitos fundamentais.

O regime dos direitos fundamentais não podia deixar de estabelecer mecanismos de proteção dos mesmos que se apresentam como transversais a todo o direito⁷⁸. Concordamos com JORGE MIRANDA; *a primeira forma de defesa dos direitos é a que consiste no seu reconhecimento*⁷⁹. A revisão constitucional constitui um meio de tutela dos DLG, estes aparecem tutelados quando constituem um limite material no art. 288º al. d) da CRP, o que não impede alterações formais que se traduzam no alargamento do elenco de direitos fundamentais ou no âmbito de cada um destes direitos, seguimos, deste modo, VIEIRA DE ANDRADE que refere que *o poder de revisão também pode restringir os direitos, liberdades e garantias, desde que não ponha em causa o seu conteúdo essencial*⁸⁰. A CRP ainda protege os direitos fundamentais face ao legislador ordinário atribuindo competência para legislar sobre esta matéria exclusivamente à AR; no entanto é possível o governo

⁷⁷ O pp. da proporcionalidade já foi desenvolvido *supra* no 1.2.1. do Cap. I.

⁷⁸ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos; *A tutela jurídica dos direitos fundamentais realiza-se, portanto, através de todos os ramos de direito (...) substantivo e processual*, em *Os Direitos...* pág. 309.

⁷⁹ MIRANDA, Jorge, em *Direitos...* pág. 403.

⁸⁰ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, em *Os Direitos...* pág. 313 e sgs, acrescentando como exemplos, a revisão constitucional de 1997 e 2001.

legislar sobre esta matéria com autorização da AR, trata-se de matéria de competência relativa da AR (art. 165º nº1 al. b) e nº2 CRP).

4. Os meios de tutela com dupla função em tempo de exceção.

Não se esgotam os meios de tutela - tanto dos direitos fundamentais como do estado de exceção - naqueles que referimos, faltando ainda referência aos meios de tutela que têm regimes comuns tanto para tutela dos direitos fundamentais como para tutela do estado de exceção. Foi por isso de forma propositada que foram remetidos para este ponto, uma vez que assumem uma tutela com *dupla função*, resultante de uma comunhão de meios de tutela durante o tempo de exceção; uma vez que o mesmo meio de tutela pode servir para reagir contra uma ofensa a um direito fundamental de determinado sujeito e também para reagir contra uma disposição que decorra diretamente da vigência do estado de exceção constitucional.

4.1. O controlo Jurisdicional

O estado de exceção e os direitos fundamentais encontram-se abrangidos pelo art. 20º da CRP que garante a *todos o acesso ao Direito e aos tribunais defesa dos seus direitos*⁸¹.

Poderá levantar-se a questão se em tempo de exceção estará esta faculdade disponível. A resposta a esta questão tende a ser positiva, não podendo ser de outra forma, uma vez que, só assim se cumpria o pp. do Estado de Direito cuja preservação é uma das principais funções do estado de exceção. Quanto à competência, aparentemente, e *olhando a definição da competência material do Tribunal Constitucional bem como atentando no facto de o estado de exceção de que se cura ser um instituto por excelência do Direito Constitucional, este encontraria naquele órgão de soberania o seu defensor natural*⁸², contudo a LRESEE consagra uma *especial vigilância* do cumprimento das normas constitucionais e legais que regem o estado de exceção nomeando para tal os tribunais comuns (art. 22º nº2 LRESEE). Concluimos que existe nesta matéria uma competência partilhada no âmbito do controlo jurisdicional entre o Tribunal Constitucional (TC), os tribunais judiciais e administrativos e o Tribunal de Contas (TCt).

⁸¹ CANOTILHO, J.J. Gomes, em *Direito...* pág. 492.

⁸² BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Idem...* pág. 300.

Uma última nota quanto ao controlo jurisdicional vai para o Ministério Público (MP). De acordo com o nº1 do art. 219º da CRP cabe ao MP (entre outras funções) defender a *legalidade* garantindo o seu cumprimento nos atos executórios do estado de exceção e a própria declaração de exceção. A LRESEE no art. 18º nº2 estabelece o seu funcionamento em *sessão permanente*, devendo estar o MP em constante alerta, especialmente nos casos de *abuso do poder de exceção* e de *violações ao Direito Constitucional de Exceção, dos governantes ou dos governado*. Quanto ao funcionamento em sessão permanente entendemos que a intenção do nº2 do art. 18º é garantir o funcionamento da Procuradoria-Geral da República (PGR) durante o período de emergência⁸³. O MP, estando em plenas funções mantém também as suas funções habituais nas quais está presente, de forma clara, a proteção dos direitos fundamentais.

4.2. O Direito de Petição.

O Direito de petição vem consagrado no art. 52º da CRP. É um *meio fundamentalmente político*⁸⁴ que consiste no *direito de solicitar a atenção dos órgãos competentes para situações ou atos ilegais ou injustos que afetem as pessoas*⁸⁵. A LRESEE, no art. 18º nº2, tal como fez para a PGR, garante o funcionamento do Provedor de Justiça (PJ), pretendeu desta forma afastar qualquer tentativa de restringir a sua atividade. O PJ assume em tempo de exceção funções de quatro tipos; *o pedido de fiscalização ao TC; o pedido de fiscalização aos tribunais administrativos de atos de exceção ilegais, por intermédio do MP; as recomendações aos órgãos decisórios no procedimento de exceção para a modificação ou extinção do mesmo; os inquéritos a respeito da atuação das autoridades de exceção*⁸⁶.

⁸³ BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Estado...* pág. 303.

⁸⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais...* pág. 336.

⁸⁵ Nas palavras de MIRANDA, Jorge, em *Direitos Fundamentais...* pág. 433.

⁸⁶ Cfr. BACELAR GOUVEIA, Jorge, em *O Estado de Exceção...* pág. 291.

4.3. O Direito de Resistência.

O direito de resistência vem previsto no art. 21º da CRP. No que concerne ao direito de resistência este é um meio de tutela não jurisdicional. Iremos abordar este meio de tutela com base nas seguintes questões: em que consiste (?); qual o seu objeto (?); como se exerce (?); quais as suas consequências (?).

A resposta à primeira questão encontra-se no art. 21º da CRP; o direito de resistência é o direito das pessoas resistirem contra ordens que ofendam os seus DLG. Sobre o conceito de direito de resistência este integra-se nos DLG, ou seja, trata-se de um verdadeiro direito fundamental⁸⁷ e também constitui uma manifestação do pp. da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais⁸⁸. Do art. 21º retira-se, ainda, o direito de resistência como um direito individual de resistência passiva⁸⁹ e defensiva, uma vez que prevê a utilização da força para a preservação dos direitos fundamentais afetados⁹⁰.

Importa também referir que, enquanto meio de defesa dos cidadãos, irá vigorar tanto em tempo de normalidade constitucional e, tornando-se *ainda mais necessário*⁹¹ quando vigorar o estado de exceção. Como afirma BACELAR GOUVEIA, *a adoção do estado de exceção não pode desarmar os cidadãos do recurso aos meios de defesa, como é a própria LRESEE a admiti-lo, não podendo suprimir, por maioria de razão, o direito de resistência*⁹². Estamos em condições de responder à questão do *objeto* uma vez que na vigência de estado de exceção constitucional este objeto vê o seu âmbito alargado. Assim, em tempos de normalidade constitucional, poderá resistir-se a *quaisquer atos do poder* que violem direitos fundamentais como também a *normas sobre as quais tenham sido proferidas decisões negativas de inconstitucionalidade*⁹³. Já em tempos de exceção constitucional vale, não só o que se acabou de referir, como também o direito de resistência assume importância no controlo da impossibilidade de suspensão dos direitos do art. 19º nº6 e noutros elementos do estado de exceção que oprimam DLG que não se conectam apenas com o conteúdo atingido, mas com outros vícios de inconstitucionalidade recaiam que sobre esses atos⁹⁴.

⁸⁷ BACELAR GOUVEIA, Jorge, *O Estado...* pág. 292.

⁸⁸ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos...* pág. 335.

⁸⁹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Idem...* pág. 335.

⁹⁰ BACELAR GOUVEIA, Jorge, *O Estado de Exceção...* pág. 292.

⁹¹ MIRANDA, Jorge, *Direitos...* pág. 514.

⁹² BACELAR GOUVEIA, Jorge, *O Estado...* pág. 293.

⁹³ MIRANDA, Jorge, *Direitos...* pág. 522.

⁹⁴ BACELAR GOUVEIA, Jorge, em *O Estado...* pág. 295.

A parte final do art. 21º estabelece um pressuposto essencial para a possibilidade de recurso a este meio de tutela que é a subsidiariedade, uma vez que refere que se pode recorrer ao direito de resistência *quando não seja possível recorrer à autoridade pública*. Quanto à subsidiariedade, há que salvaguardar que não implica o recurso a todos os restantes meios de tutela, mas sim quando não seja possível ao cidadão recorrer a outro meio de tutela para salvaguardar o seu direito⁹⁵.

Falta saber *como* se exerce em concreto este direito. O art. 21º da CRP nada diz quanto a este aspeto, no entanto podemos concluir que pode ser exercido de forma passiva ou de forma ativa; quanto à primeira, o cidadão apenas desobedece ao *ato do poder*⁹⁶, já quanto à segunda, existe *a prática dos atos necessários para impedir a violação*, esta segunda atuação tem de respeitar o pp. da proporcionalidade⁹⁷.

Por fim, a importância da consagração do direito de resistência encontra reflexo nos seus efeitos, uma vez que os atos praticados ao abrigo do direito de resistência implicam a exclusão da ilicitude e a desnecessidade de prévia decisão judicial⁹⁸.

4.4. A Responsabilidade Civil do Estado e o Direito de Indemnização.

A CRP prevê no art. 22º a responsabilidade das entidades públicas que tem como objeto a proteção de DLG *lesados por ações ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários ou agentes do Estado e demais entidades públicas*⁹⁹ no exercício da atividade administrativa gerando a obrigação para estes de indemnização¹⁰⁰, esta responsabilidade é regulada pela Lei 67/2007 (LRRCEC). Podemos identificar três tipos de responsabilidade, civil, administrativa, pelo risco, por facto lícito e delitual. Na responsabilidade pelo risco não há prática de nenhum facto ilícito e culposo e decorrendo das regras objetivas de riscos sociais; a responsabilidade por facto lícito tem por base a compensação de um sacrifício imposto a outrem em virtude do interesse público; a responsabilidade delitual, ao contrário

⁹⁵ BACELAR GOUVEIA, Jorge, *salvaguarda que a sua determinação não pode ser nem demasiado ampla – para não frustrar o primado da justiça pública – nem demasiado estrita – para não inutilizar, na prática, este meio singular de defesa*, em *O Estado...* pág. 296.

⁹⁶ Cfr. BACELAR GOUVEIA, Jorge, *O Estado...*, pág. 285.

⁹⁷ MIRANDA, Jorge, *Direitos...* pág. 524.

⁹⁸ MIRANDA, Jorge, *Idem...* pág. 524 a 525.

⁹⁹ Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIR, Vital, em *Constituição...* pág. 425.

¹⁰⁰ REBELO DE SOUSA, Marcelo e SALGADO DE MATOS, André, em *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 1ª edição, reimpressão, D. Quixote 2010, pág. 11.

das últimas, já decorre de um ato ilícito e culposo¹⁰¹. Estão também abrangidos pela responsabilidade e conseqüente indemnização os *danos decorrentes da função jurisdicional e da função político-legislativa*¹⁰², art. 15º da LRRCEC. Para acionar esta possibilidade, os lesados podem demandar o Estado e demais entidades públicas através de uma ação de responsabilidade sobre atos ou omissões que violem DLG, podendo ser responsáveis exclusivos ou solidários¹⁰³.

¹⁰¹ REBELO DE SOUSA, Marcelo e SALGADO DE MATOS, André, *Idem...* pág. 16.

¹⁰² VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos...* pág. 347.

¹⁰³ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Idem...* pág. 347.

Capítulo III - O Direito Administrativo em tempos de (estado de) Emergência e no combate à COVID-19

1. O período pré-emergência.

Com a evolução dos casos de infecção pelo novo coronavírus SAR-COV-2 o Gov. considerou necessária a *aplicação de medidas extraordinárias e de caráter urgente*¹⁰⁴. O Gov. no DL n° 10-A/2020 estabeleceu um conjunto de medidas de caráter administrativo vocacionadas para a celeridade e simplificação processual como reflete, a título de exemplo, o art. 2º do DL. O DL n°10-A/2020 não se ficou pelas medidas de caráter administrativo, estabelecendo também medidas sobre, matéria laboral (ex. no que refere ao regime relativo às faltas, presente no art. 22º), *limitação de acesso a espaços frequentados pelo público* (Cap. V), suspensão de atividades letivas e não letivas, decurso de prazos e medidas de caráter social.

2. A atuação da Administração durante o estado de emergência.

2.1. A (primeira) declaração de estado de emergência.

Apesar das medidas constantes no DL-10-A 2020, a rápida evolução da propagação da COVID-19 exigiu o acompanhamento de medidas do Gov. que se revelaram mais restritivas dos DLG. A adoção de mais medidas de caráter restritivo, apelava à necessidade de cobertura legal para que, além da sua eficácia material, contemplassem eficácia legal¹⁰⁵. Neste segmento, a AR aprovou a Resolução n° 15-A/2020 que autorizava o PR a declarar o estado de emergência a nível nacional, o que veio a acontecer no dia 18 de março com o DPR n°14-A/2020. Dava-se o primeiro passo para a primeira concretização da figura extraordinária que é o estado de emergência, que viria a ser executado pelo Gov. através do DL n° 2-A/2020 de 18 de março.

Quanto ao procedimento de declaração e expostas as suas linhas principais, a motivação da autorização da AR concedida ao PR através da Resolução 15-A/2020 vem

¹⁰⁴ Preâmbulo do DL n° 10-A/2020.

¹⁰⁵ Sobre a necessidade do recurso ao estado de emergência, Jorge Bacelar Gouveia, em entrevista à Rádio Renascença no dia 17 de março de 2020, disponível em <https://rr.sapo.pt/2020/03/17/pais/a-boa-vontade-vai-acabar-e-o-governo-precisa-do-estado-de-emergencia/noticia/185690/>, refere que, *neste momento o Governo não tem base legal para obrigar as pessoas a fazer quarentena, para requisitar bens ou para obrigar a fazer serviços de emergência (...) por enquanto, aceitem prescindir voluntariamente de alguns dos seus direitos fundamentais mas a boa vontade vai acabar.*

confirmar o que já foi então referido; a motivação foi a mensagem do PR à AR, dando, assim, o impulso para o desencadeamento do processo de declaração.

O DPR contempla as exigências constitucionais do art. 19º e 138º da CRP e às exigências do art. 14º da LRESEE. O DPR faz referência: ao respeito pelo pp. da proporcionalidade ao utilizar a mesma expressão que consta no art. 19º nº4 da CRP; à audição do Gov. como exige o artigo 138º da CRP, à sua duração que, de acordo com o art. 3º do DPR, será de 15 dias, respeitando o nº5 do art. 19º e ainda dando concretização às exigências deste art., enumerou, no seu art. 4º, os direitos cujo exercício suspendeu parcialmente, por fim, reforçou, no art. 5º, a salvaguarda do art. 19º nº6 que estabelece os direitos cujo exercício não pode ser suspenso cumprindo o estabelecido na CRP e na LRESEE. Quanto à caracterização, o estado de emergência, com base na situação de calamidade pública, procurou essencialmente, *combater o vírus, reduzir o risco de contágio do vírus, assegurar as cadeias de abastecimento de bens e serviços essenciais e garantir a capacidade do Serviço Nacional de Saúde*¹⁰⁶.

O art. 4º do DPR nº14-A/2020 determinou a suspensão parcial do exercício do direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional (art. 44º nº1 CRP), do direito de propriedade e iniciativa económica privada (art. 61º e 62º CRP), dos direitos dos trabalhadores (art. 59º CRP), da circulação internacional (art. 44º nº2 CRP), do direito de reunião e de manifestação (art. 45º CRP), da liberdade de culto (art. 41º CRP) e do direito de resistência (art. 21º CRP).

¹⁰⁶ LOMBA, Pedro, *Constituição, estado de emergência e Administração sanitária: alguns problemas*, pág. 45, presente em, *e-pública – Revista Eletrónica de Direito Público*, Vol. 7, Número 1, AFFDL 2020.

2.1.1. A regulamentação da execução da declaração do estado de emergência.

O Gov. regulou a vigência do estado de exceção através do Decreto nº 2-A/2020 de 20 de março. O Gov. concretizou as suspensões daqueles direitos previstas no DPR e (re)organizou a atuação da AP durante o período de emergência. Foram estes dois os principais eixos da regulação do Gov. do estado de emergência.

A concretização da suspensão parcial do exercício de direitos deu-se através da suspensão parcial do exercício do direito de deslocação e fixação, em qualquer parte do território nacional e do exercício do direito de reunião e manifestação que se refletiram, na determinação de confinamento obrigatório e do dever geral do recolhimento domiciliário (art. 3º e 5º do DL nº2-A/2020), no encerramento das instalações e estabelecimentos, na suspensão de atividades no âmbito do comércio a retalho e na prestação de serviços (art. 7º, 8º e 9º do DL nº2-A/2020), na possibilidade da requisição civil (art. 19º e 27º), na obrigatoriedade do teletrabalho (art. 6º do DL nº2-A/2020) e na proibição da realização de celebrações de cariz religioso e culto (art. 17º do DL nº2-A/2020). O Gov. (re)organizou a atuação da AP durante o período de emergência através do DL nº2-A/2020.

2.2. A renovação do estado de emergência

Verificada a eficácia das medidas tomadas ao abrigo da primeira declaração do estado de emergência e mediante autorização da AR (Resolução da AR 22-A/2020), o PR renovou o estado de emergência através do DPR nº 17-A/2020.

O DPR seguiu todas as exigências constitucionais relativas aos arts. 19º e 138º da CRP e ainda as respetivas ao art. 14º da LRESEE que foram já referidas a propósito da primeira declaração. Continuou a abranger todo o território nacional e manteve a duração de 15 dias (art. 2º e 3º). O conteúdo do DPR 17º-A/2020 contou com a suspensão parcial do exercício de mais dois direitos fundamentais (al. g) e h) do art. 4º), a liberdade de aprender e ensinar (previsto no art. 43º CRP) e o direito à proteção de dados pessoais (art. 26º nº2 CRP e Lei 58/2019) refletindo-se, respetivamente na necessidade de encerrar os estabelecimentos de ensino, por estes constituírem um local de risco de contágio (não podendo ser exercido o direito na sua plenitude) e na necessidade, por exemplo, da DGS aceder e partilhar os dados pessoais dos cidadãos para conseguir identificar uma cadeia de contágio ou para a imposição de isolamento de uma pessoa infetada.

A última novidade do DPR foi o art. 6º, que estabeleceu medidas que recaem sobre os cidadãos que se encontrem a cumprir pena de prisão. Concretização deste art. foi a Lei nº 9/2020 que estabeleceu o *Regime excepcional de flexibilização da execução das penas e das medidas de graça no âmbito da pandemia da doença COVID-19* e o seu nº1 estabelece *um perdão parcial de penas de prisão, um regime especial de indulto das penas, um regime extraordinário de licença de saída administrativa de reclusos condenados e a antecipação extraordinária da colocação em liberdade condicional*. No âmbito subjetivo desta Lei caberiam os reclusos com mais de 65 anos e que sejam portadores de doença, física ou psíquica ou, que o grau de autonomia em meio prisional seja incompatível com o contexto da pandemia (art. 3º nº1). A Lei nº 9/2020 apresentou-se como uma Lei de *indole humanitária*¹⁰⁷, mas será esta veste humanitária, concretizada pela Lei nº 9/2020? Para além do *inédito processo legislativo*, caracterizado pelo curtíssimo período desde da aprovação até à produção dos seus primeiros efeitos (aprovação no dia 8 de abril, aplicação no dia 11 de abril), é de registar que, *até ao dia 13/4 são conhecidos quatro casos de infetados* nas cadeias portuguesas sendo apenas um infetado recluso; a falta de consideração do legislador dos reflexos sociais, a colisão de normas e uma possível inconstitucionalidade por violação do pp. da igualdade em duas vertentes, uma primeira por haver condenados, cuja condenação tem na base um determinado tipo de crime, estão fora da possibilidade de libertação (art. 2º nº6 Lei nº9/2020), mesmo podendo pertencer ao grupo de maior vulnerabilidade, e uma segunda que tem em conta os trânsitos em julgado das sentenças condenatórias até ao dia 10 abril e desconsiderar as que transitam no dia 11 ou 12 de abril; por fim a Lei nº9/2020 pode suscitar questões de incongruências¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Como classificou, VAN DUNEM, Francisca, em, *Um Estado não abandona os seus cidadãos mesmo os presos*, disponível em <https://www.dn.pt/edicao-do-dia/04-abr-2020/um-estado-decente-nao-abandona-os-seus-cidadaos-mesmo-os-presos-12029165.html>. Acrescentando que *não se possa manter em situação de sobre-exposição ao risco da epidemia os cidadãos mais frágeis, sobretudo quando estes se encontram à guarda do Estado*.

¹⁰⁸ Seguindo na íntegra, e concordando, com a exposição de ALVES CORREIA, Jorge, em *Lei do Perdão: riscos, dúvidas e incongruências*, disponível em, <https://www.publico.pt/2020/04/14/sociedade/opiniao/lei-perdao-riscos-duvidas-incongruencias-1912116>.

2.2.1. A regulamentação da execução da renovação do estado de emergência

O Gov. regulamentou a execução do estado de exceção através do DL n° 2-B/2020 que se revelou muito idêntico ao anterior; procurou colmatar lacunas *que careciam de regulamentação expressa neste âmbito excecional* detetadas com *a evolução registada da pandemia* e determinou que certas atividades económicas deveriam *continuar a ser exercidas*¹⁰⁹.

No entanto, a norma que marcou o DL n°2-B/2020 foi o art. 6º relativo à limitação da circulação no período da Páscoa, que se traduziu na limitação de circulação entre concelhos desde as 00:00h do dia 9 de abril até às 24:00h do dia 13 de abril.

O DL n°2-B/2020 regulou ainda no art. 39º a possibilidade de acesso a dados anonimizados do Sistema Nacional de Vigilância Epidemiológica para a investigação científica e estabeleceu, no art. 43º, uma nova repartição de competências no âmbito da fiscalização do cumprimento das medidas que envolveu os serviços de segurança municipal e as juntas de freguesia (JF)

2.3. A segunda renovação do estado de emergência.

A 17 de abril de 2020 é publicado DPR n°20-A/2020 que determinava a segunda renovação do estado de emergência em Portugal. Neste DPR eram já dados sinais da reabertura gradual do país ¹¹⁰, avizinhava-se então a transição para nova *normalidade*.

O DPR, no art. 8º, respondeu também a dúvidas que surgiram referentes à vigência de medidas tomadas ao abrigo das declarações anteriores.

¹⁰⁹ Preâmbulo do DL n°2-B/2020.

¹¹⁰ O art. 4º é revelador dessa intenção

2.3.1. A regulamentação da execução da segunda renovação do estado de emergência.

O Gov. regulamentou a execução da segunda renovação do estado de emergência através do DL nº 2-C/2020 de 17 de abril não se afastando muito dos Decretos anteriores que executaram as anteriores declarações de estado de emergência, limitando-se a alterações pontuais que concretizaram a intenção do DPR de reabertura gradual do país como manifesta o art. 17º e o art. 47º.

O art. 17º do DL nº 2-C/2020 abriu a possibilidade dos comerciantes por grosso voltarem a vender a retalho. Pretendeu-se que o comércio por grosso funcionasse em plenitude de modo a não causar insuficiências de bens no comércio a retalho em funcionamento. Podemos assim concluir que o art. 17º foi uma manifestação da intenção de reabertura gradual do país ao permitir o comércio a retalho nos estabelecimentos por grosso.

Destaque agora para uma alteração que também foi reveladora da intenção, de amenizar as medidas restritiva, trata-se da mudança de *dever geral de cooperação* (art. 44º do DL nº 2-B/2020 também presente no art. 33º do DL nº 2-A/2020) para *dever de colaboração* (art. 47º DL nº 2-C/2020) embora o restante texto destas normas seja exatamente igual. Existe realmente uma diferença entre *cooperar* e *colaborar* e essa diferença é a que reflete a intenção do alívio das medidas. Enquanto *cooperar* significa *fazer obra em comum*, *colaborar* significa, *trabalhar com*, implicando um trabalho de equipa que se estabelece em torno de um projeto, que nem sempre pertence a todo o grupo, podendo existir colaboração no projeto de outrem sem envolvimento na sua gestão nem no seu desenvolvimento¹¹¹.

¹¹¹Sobre a distinção entre colaborar e cooperar vide, MARTIN, André, em, *Collaborer ou Coopérer* disponível em, <https://amartinphilo.wordpress.com/2013/10/11/collaborer-ou-cooperer-12/>.

Capítulo IV - Os desafios da Administração no combate à(s) crise(s) sanitária(s) face ao atual quadro normativo

1. A transição do estado de exceção para o estado de calamidade – (alguns) Problema(s).

Findo o período de duração da segunda renovação da declaração do estado de emergência, PR e Gov. entenderam na não renovação do estado de emergência. No entanto, a pandemia, apesar de dar sinais de abrandamento, não dava sinais de desaparecimento, era necessário o recurso a um quadro normativo que permitisse continuação de adoção de medidas de combate à pandemia. Optou o Gov. pela declaração da situação de calamidade prevista na LBPC, iniciando-se um período caracterizado por uma *normalidade condicionada*. O Gov. decretou e regulou a situação de calamidade através da RCM nº 33-A/2020, RCM nº 33-B/2020 e RCM nº 33-C/2020. A RCM nº 33-A/2020, estabeleceu, o confinamento obrigatório das pessoas que estiverem sob vigilância decretada pelas autoridades de saúde ou por um profissional de saúde (art. 2º), o dever cívico de recolhimento (art. 3º), a obrigação de teletrabalho (art. 4º), encerramento de estabelecimentos comerciais e de restauração (arts. 5º, 6º e 7º) e a proibição de aglomeração de pessoas e consequente proibição de celebrações religiosas e civis (art. 18º e 19º).

O problema destas medidas surge quando estas não têm base legal suficiente para serem adotadas; durante o estado de exceção, como foi referido, poderá dar-se a suspensão de certos direitos fundamentais, no entanto fora dele apenas podem ser postas em prática medidas restritivas de DLG e esta restrição terá de respeitar os trâmites *supra* referidos. Sem base legal, a administração poderá ter uma atuação que poderá comportar problemas de ilegalidade e mesmo de inconstitucionalidade. Ainda se podem levantar dúvidas na consideração da pandemia como situação de catástrofe, uma vez que o art. 3º nº2 da LBPC define a situação de catástrofe como um *acidente ainda mais grave*.

1.1. A imposição de isolamento profilático vs. a jurisprudência

Os problemas relativos à imposição de isolamento profilático fora do âmbito do estado de emergência é um dos problemas que inaugura a chamada *Jurisprudência COVID*. Conhecemos a necessidade do isolamento profilático para evitar proliferar cadeias de contágio e a disseminação descontrolada inerte a doenças extremamente contagiosas como é o caso da COVID-19. No entanto, não podemos negar que este isolamento se trata verdadeiramente de uma privação da liberdade (art. 27º nº2 da CRP). O conflito entre esta dicotomia dá-se quando não vigora estado de exceção, uma vez que, fora deste, torna-se impossível a suspensão de direitos e a imposição de isolamento profilático implica necessariamente a suspensão do direito de liberdade¹¹², tratando-se de uma *prisão domiciliária*. Poderia surgir como contra-argumento a existência de Lei que prevê a possibilidade de um isolamento profilático, nomeadamente da Lei nº81/2009 de 21/08 sobre o sistema de vigilância de saúde pública (SVSP) e a Lei nº 95/2019 de 4/09 (Lei de Bases da Saúde – LBS, nos arts. 17º nº1 e nº3 e na Base 34 nº 34 al. b) respetivamente). No entanto ambas as normas referidas remeterem para a CRP e para a lei. Ora ao remeter para a CRP é confirmada a hipótese da restrição de direitos através de Lei da AR; no entanto, para além de ser a própria CRP a estabelecer que a privação de liberdade apenas pode acontecer através de ordem judicial, salvo, se vigorar o estado de exceção que pode suspender este direito, a imposição de isolamento profilático constitui uma restrição total do direito de liberdade da pessoa isolada, logo não seria possível a elaboração de uma Lei que comportasse uma restrição com esta abrangência. Assim, entendemos que apenas o estado de exceção poderia dar cobertura à imposição de isolamento profilático.

A jurisprudência que se vem formando a este propósito encontra-se na linha da ideia acabada de expor, exemplo disso é o Ac. de 11/11/2020 do TRL que tem na base o recurso de um pedido de *habeas corpus*, no contexto da privação de liberdade, derivada da imposição de isolamento profilático por parte do Delegado de Saúde de Lagoa, em nome da Autoridade Regional Saúde (ARS), a quatro cidadãos que desembarcaram em São Miguel de um voo com origem na Alemanha. O TRL não considerou o recurso admissível por questões de legitimidade processual da ARS, no entanto, não se imiscuiu de referir que este recurso seria

¹¹² Definição de *isolamento profilático* dada pela Orientação 10 de 16/03/2020 da DGS, disponível em <https://www.dgs.pt/directrizes-da-dgs/orientacoes-e-circulares-informativas/orientacao-n-0102020-de-16032020.aspx>

manifestamente improcedente, uma vez que não reconhece legitimidade às autoridades de saúde para privarem qualquer pessoa da sua liberdade mesmo tratando-se de confinamento (remetendo tal competência para a Magistratura Judicial) e ainda que esta previsão não tem enquadramento no art. 27º da CRP nem é uma medida adotada no âmbito do estado de exceção, tratando-se assim de uma detenção ilegal. Este Ac. chama também à atenção para o facto de fora do estado de exceção constitucional as normas restritivas de DLG - neste caso relativas a privação de liberdade - carecem de autorização da AR à luz do art. 165º, nº1, b).

Se dúvidas ainda restassem quanto à (in)constitucionalidade de normas que imponham isolamento profilático fora do estado de exceção, o TC no Ac. nº 424/2020, confirma o destino da inconstitucionalidade das normas da RCM que impõe confinamento obrigatório. Destaque para os pontos da fundamentação que apontam no sentido do que temos vindo a expor; o Gov. Regional (e, por conseguinte, o Gov. Nacional) não têm competência para restringir DLG, fora do estado de exceção, sem que haja delegação da AR nos termos do 165º, nº1, b) e ainda com a cessação do estado de emergência cessam também as restrições impostas ao seu abrigo.

1.2. A proibição de culto, deslocação, reunião e manifestação – um problema a dois tempos

O exercício do direito de culto (art. 41º CRP), do direito de deslocação (art. 44º CRP) e do direito de reunião e manifestação (art. 45º CRP) foi suspenso pelos DPR que marcaram o primeiro período de exceção constitucional em Portugal. No entanto, a suspensão do exercício dos dois últimos direitos referidos não foi pacífica na vigência na última renovação do estado de emergência nem na transição para o estado de calamidade também ela nada pacífica.

Quanto ao direito de culto salvuardamos que não restam dúvidas da possibilidade da suspensão do seu exercício¹¹³. No entanto, o exercício deste direito não foi repostado na transição para o estado de calamidade que não permite a suspensão do exercício de qualquer direito, mas apenas algumas restrições cujo o regime presente na LBPC já prevê; é aqui que, neste ponto, reside o problema, uma vez que mantendo o direito ao culto, na vertente de

¹¹³ CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição...* pág 402.

celebração comunitária, dependente de *regras a definir pela DGS e confissões religiosas* (RCM 33-C/2020) é manter o exercício deste direito suspenso parcialmente o que não encontra cobertura constitucional.

O exercício do direito de deslocação, reunião e manifestação foi também alvo de suspensão nos DPR a fim de evitar a concentração de pessoas e conseqüente propagação da COVID-19. Contudo, apesar de ter começado por uma regra geral acabou, a RCM, por comportar exceções que se revelaram uma violação do pp. da igualdade (arts. 266º nº2 da CRP e 6º do CPA que *determinam a necessidade de a Adm. tratar igualmente os cidadãos que se encontrem em situações objetivas iguais e desigualmente os que se encontrem em situações objetivas distintas*¹¹⁴; falamos da permissão, expressa de ajuntamentos relativos às celebrações oficiais do Dia do Trabalhador (art. 5º nº1 al.t)). Esta norma da RCM revela a existência de *discriminação e arbitrariedade em função do propósito ou dos promotores de uma iniciativa*¹¹⁵ que envolve deslocações, reuniões e manifestações, ferindo então o art. 5º de inconstitucionalidade por violação do pp. da igualdade, ao qual a Adm. está constitucionalmente vinculada em virtude do art. 266º da CRP. Relativamente ao exercício do direito de reunião e manifestação (art. 45 CRP) o problema arrasta-se à declaração de calamidade, uma vez que o art. 18º não permite *aglomerações de pessoas em número superior a 10* tratando-se de um claro atropelo ao art. 45º da CRP sem que, para tal, haja qualquer habilitação legal, e também há o problema da violação do pp. da igualdade, dado que habilita a realização de eventos com mais de 10 pessoas *em situações devidamente autorizadas*, não indicando qualquer critério objetivo, radicando, a decisão, novamente, na subjetividade. Respeitante ao exercício do direito de circulação, a RCM 33-A/2020 também comporta um problema, ainda que de forma mais esbatida – uma vez que a LBPC prevê restrições à circulação no art. 21º, nº2, c) – é que estabelece no art. 3º o dever cívico de recolhimento domiciliário mas, no entanto, fala em *deslocações autorizadas*, dizendo quais, no nº2 do mesmo art.; ora, então, se há deslocações autorizadas quer dizer que há deslocações não autorizadas e se não são autorizadas são proibidas, sem prejuízo do dever cívico ser diferente da obrigação legal, o que poderá causar insegurança e incerteza jurídica quanto ao que é e não é permitido pela RCM 33º-A/2020.

¹¹⁴ OLIVEIRA, Fernanda Paula e DIAS, José Figueiredo, *em* Noções Fundamentais de Direito Administrativo, 5ª edição, Almedina 2021, pág. 131.

¹¹⁵ ALVES CORREIA, Jorge, *O Estado...* pág. 18.

Um problema transversal na declaração de calamidade pela RCM 33º-A/2020 é a violação do pp. da proporcionalidade¹¹⁶ na sua vertente de proibição do excesso e necessidade (art. 8º nº2 LBPC e 18º nº2 CRP), uma vez que a declaração tem âmbito nacional e no momento da declaração o alastramento da pandemia corria a diferentes tempos nas várias regiões do país¹¹⁷, implicando que as medidas devessem ser adequadas à situação que cada região vivenciasse. Não se verificando, estamos perante um problema de ilegalidade e inconstitucionalidade material das normas constantes na RCM 33º-A/2020.

Situação diversa é presente na RCM 89º-A/2020 que impôs a proibição de circulação entre concelhos no espaço de dias previsto. Esta RCM foi alvo de apreciação judicial pelo Supremo Tribunal Administrativo (STA), em virtude do surgimento de teses que sustentavam a inconstitucionalidade da mesma alegando, a falta de legitimidade do Conselho de Ministros para a restrição de DLG e que a suspensão do exercício destes só pode operar na vigência do estado de exceção declarado ao abrigo do art. 19º da CRP e desproporcionalidade da medida. O STA no acórdão de 31 de Julho de 2020 considerou que existe a autorização parlamentar para a restrição do direito de circulação com a declaração da situação de calamidade podendo, ao abrigo da LBPC, haver restrição do direito de como é o caso, uma vez que a medida abrange apenas a deslocação para fora do concelho de residência habitual e referiu-se ainda a esta proibição de circulação como uma *recomendação agravada cujo desrespeito não venha a traduzir-se em desobediência juridicamente punível*.

¹¹⁶ Sobre o pp. da proporcionalidade vide 1.2.1. do Cap. I.

¹¹⁷ Ex: de 30 de abril a 5 de maio, a região de Lisboa e Vale do Tejo registou uma subida de 426 novos casos de infeção pelo novo coronavírus enquanto que a região do Alentejo registou apenas 2 novos casos neste mesmo período. Dados disponíveis em <https://covid19.min-saude.pt/relatorio-de-situacao/>.

2. A suspensão do exercício do direito de resistência e o (novo) crime de desobediência – (in)constitucionalidades

O problema da suspensão do exercício do direito de resistência surgiu pela primeira vez com o DPR 14-A/2020 que estabeleceu no seu art. 4º al. g) a suspensão do exercício do direito de resistência. A questão que se coloca é – será este um direito suspensível? Adiantamos já uma resposta negativa – ainda que não venha previsto no acervo de direitos insuscetíveis de suspensão do art. 19º nº6 CRP - com base em três pontos; primeiro porque a própria LRESEE garante o acesso aos tribunais (art. 6º), não podendo então o estado de emergência *desarmar os cidadãos do recurso aos meios de defesa*, assim tratando-se o direito de resistência (art. 21º CRP), um desses meios, o mesmo não poderá ser suspenso¹¹⁸; segundo porque *o direito de resistência não existe e não pode ser exercido apenas em tempos de normalidade constitucional vale também em momentos de anormalidade ou de exceção e torna-se mais necessário, visto que a suspensão de direitos nunca pode atingir as formas de contenção da suspensão nos seus precisos limites*¹¹⁹; por fim a suspensão do direito de resistência poderá implicar a violação do pp. da proporcionalidade¹²⁰. Tratando-se o direito de resistência um direito cujo exercício não pode ser suspenso, a al. g) do art. 4º do DPR está ferida de inconstitucionalidade¹²¹. O DPR 17-A/2020, que renovou o estado de emergência, retirou o direito de resistência da lista de direitos cujo o exercício ficou suspenso suprimindo essa inconstitucionalidade, tratando-se do reconhecimento do direito de resistência enquanto *instrumento de autotutela garantística de manejo privilegiado em estados de exceção*¹²² e, assim, não passível de suspensão.

O crime de desobediência vem previsto no art. 348º do CP, no entanto, os Decretos nº2-A/2020, nº2-B/2020 e nº 2-C/2020 foram inovadores ao prever no art. 3º nº2 um crime de desobediência para quem violasse o confinamento obrigatório (nas condições do nº1). Não se tratando de uma *réplica* do crime de desobediência previsto no art. 348º CRP, estamos presente a criação de um novo crime de desobediência, ora a competência para a definição de novos crimes pode na verdade ser da competência do Gov.; no entanto, nunca sob a forma

¹¹⁸ Neste sentido, BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Estado...*, pág. 292 a 293 e 299.

¹¹⁹ MIRANDA, Jorge, em *A Constituição...*, pág. 339.

¹²⁰ FIGUEIREDO, Susana, em *A suspensão do direito de resistência. Estado de Emergência – Covid 19 – Implicações na Justiça*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, Abril, 2020, pág. 451 e segs.

¹²¹ Também no sentido da inconstitucionalidade desta suspensão, Jorge Miranda, em *Direitos...* pág. 515.

¹²² FIGUEIREDO, Susana, em *A suspensão...* pág. 472.

de RCM nem sem prévia autorização da AR uma vez que se trata de competência relativa da AR (art. 165º nº1 c) CRP) o que implica que o Gov. para a definição de um novo crime teria de ter autorização prévia da AR e teria de ter a forma de DL (art. 198º nº1 b) CRP). Assim, os art. 3º nº2 dos Decretos *supra* referidos, estariam feridos, respetivamente, de inconstitucionalidade orgânica e formal. Poderia, ainda, pôr-se a questão de que as Leis habilitantes do Gov., para a criação deste novo tipo legal de crime, seriam as resoluções da AR que autorizaram o PR a declarar e a renovar o estado de emergência, são as resoluções nº15-A/2020, nº22-A/2020 e nº 23º-A/2020. Não parece que seja um argumento procedente uma vez que: as leis de autorização estão sujeitas a limites materiais sendo necessário *especificar o objeto da autorização*, exigindo uma *determinabilidade da autorização através da definição do sentido e extensão da autorização*¹²³. As próprias resoluções, nos seus arts. nº4 al. a), fazem referência à restrição do direito de circulação e não à criminalização de condutas¹²⁴, confirmando também a ideia exposta. Outra (possível) *lei habilitante* que poderia salvar a constitucionalidade dos artigos em apreço seria a LRESEE que consagra no seu art. 7º o crime de desobediência; no entanto, consideramos que o objeto abrangido por este serão os atos praticados para a declaração do estado de emergência pelos três órgãos de soberania nacionais, o PR, a AR e o Gov., uma vez que, fazendo uma interpretação extensiva de modo a *abarcar dentro do crime de desobediência qualquer violação da execução do estado de exceção, teríamos que admitir que tal abarcava quaisquer atos de execução por parte da Administração sendo exigível ao cidadão comum uma obediência cega*¹²⁵. Em suma, não tendo o Gov. a devida autorização para legislar sobre a criação de um novo crime, uma vez que as referidas resoluções da AR e o art. 7º da LRESEE não poderão dar cobertura legal para esse fim, o art. 3º nº2 dos Decretos nº2-A/2020, nº2-B/2020 e nº2-C/2020 padecem de inconstitucionalidade formal e orgânica.

¹²³ CANOTILHO, J.J. Gomes, em *Direito...* pág. 761 e segs.

¹²⁴ OLIVEIRA, Alexandre, em *O(s) crime(s) de desobediência no atual estado de emergência, em especial no domínio das restrições ao direito de deslocação e fixação, Estado de Emergência – Covid 19 – Implicações na Justiça*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, Abril, 2020, pág.437.

¹²⁵ Neste sentido também, OLIVEIRA, Alexandre, *Idem...* pág. 441 e 442.

Também neste sentido vai a jurisprudência. O Ac. de 09-11-2020 o Tribunal da Relação de Guimarães julgou procedente um recurso de uma condenação pela prática de um crime de desobediência com base no art. 3º nº2 do DL nº2-A/2020 e, por conseguinte, absolver o recorrente da prática deste crime. No Ac. o Tribunal reforçou que a CRP não pode deixar de ser, em qualquer circunstância, a referência, a matriz e o limite do direito ordinário e que mesmo na vigência do estado de emergência o pp. da legalidade rege a intervenção do *ius punendi*. Como fundamentação seguiu uma linha de pensamento idêntica aquela acabada de expor, partindo do pressuposto (que concordamos) que *não existe dívida de que a criação de novos crimes compete à AR em primeira linha, podendo também competir ao Governo, mas apenas com autorização da AR* concluindo que o art. 3º nº2 do Dec. nº2-A/2020 *não respeita a Constituição por violar a reserva relativa de competência da AR*. Este Ac. toca também nas duas possibilidades que poderiam salvar a (in)constitucionalidade deste art. 3º nº2; as resoluções da AR que autorizaram ao PR declaração do estado de emergência e o art. 7º da LRESEE. Quanto à primeira, refere que não se retira da resolução da AR nº15-A/2020 uma autorização para que o Gov. pudesse criar um novo crime, sendo que não basta estabelecer a suspensão de certos direitos, nomeadamente o direito de deslocação, para daí se retirar que esta suspensão implicaria automaticamente a criminalização das condutas. No que concerne ao art. 7º da LRESEE também referiu que o crime de desobediência aí previsto *não é praticável pelos cidadãos em geral, mas tão só por titulares de cargos políticos*.

3. Vacinação obrigatória - uma (im)posição (in)constitucional e outros problemas

No seio da pandemia, a vacinação representa o (possível) início do caminho para o fim da mesma, porém os problemas que esta comporta, vão muito mais além da sua possível imposição aos cidadãos, surgindo problemas ligados também, ao *passaporte da vacinação covid*, à escolha dos grupos prioritários aliada à falta de vacinas numa fase inicial, à fraude na administração das vacinas, entre outros. Abordaremos neste ponto sobretudo os problemas ligados à obrigatoriedade da vacina, mas não deixaremos em branco (ainda que de forma não muito aprofundada) alguns dos restantes problemas.

A possibilidade da obrigatoriedade da vacinação levanta as dicotomias *saúde pública vs. direitos fundamentais e interesse público vs. interesse particular*. Partimos do pressuposto de que a vacinação é uma intromissão na integridade física e a sua obrigação uma clara afronta ao direito ao livre desenvolvimento da integridade física e à liberdade, entrando a saúde pública em confronto com os arts. 25º nº1, 26º nº1 e 27º da CRP. No entanto, a obrigatoriedade da vacinação poderá escudar-se também na CRP no seu art. 64º que consagra o direito fundamental à proteção da saúde¹²⁶. Do art. 64º da CRP podemos retirar uma vertente positiva e outra negativa; na primeira, a imposição ao Estado de adoção de medidas que visem a prevenção e o tratamento de doenças, já a segunda, traduz-se na exigência do Estado se abster de praticar qualquer ato que prejudique a saúde¹²⁷. Estas mesmas vertentes são reveladoras de uma *bifacetação do Estado* em que, por um lado o Estado *cria e mantém uma estrutura administrativa de prestação de cuidados de saúde* e por outro lado a *Adm. que tem por missão prevenir e debelar situações de risco sanitário, se necessário com o sacrifício de direitos dos cidadãos*¹²⁸. Inicia-se o problema da obrigatoriedade da vacinação; a CRP obriga o Estado a tratar e prevenir doenças e situações de risco sanitário através do art. 64º, mas se o fizer o Estado estará a ir contra outros direitos fundamentais salvaguardados pela CRP. Há, então, que quebrar este ciclo vicioso que faz o Estado não proceder de acordo com a CRP (agindo ou não agindo) nestas situações.

Cumprido, antes de mais, distinguir-se *vacinação forçada* de *vacinação obrigatória*, a primeira implica que alguém seja mobilizado contra a sua vontade para a administração da

¹²⁶ MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, em *Constituição...* pág. 945.

¹²⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, em *Constituição...* pág.825.

¹²⁸ Cfr. GOMES, Carla Amado, em *Defesa da Saúde Pública vs. Liberdade Individual: casos da vida de um médico de saúde pública*, pág. 6.

vacina e a segunda apenas impõe uma sanção jurídica a quem se recusar tomar a vacina¹²⁹. Tempos houve em que já vigorou, em Portugal, o regime de vacinação obrigatória retratado no DL n° 44/198 de 1962, relativo à vacinação antidiférica e antitetânica.

O caminho da solução que passará pelo recurso à possibilidade de restrição de direitos visando a salvaguarda de outros (no caso o direito à proteção da saúde), assim o Gov. poderia intervir, mas apenas com a respetiva autorização da AR, tendo igualmente de cumprir todos os requisitos, *supra* referidos, relativos ao procedimento da restrição de direitos. Não se poderia deixar de fora, neste âmbito, a necessidade de harmonização de direitos uma vez que este é um exemplo claro de conflito de direitos, como referimos no início deste ponto. Harmonização conseguida seguindo os ditames do pp. da concordância prática que impõe a salvaguarda do conteúdo essencial do direito e o respeito pelo pp. da proporcionalidade, tanto na distribuição de custos como na escolha da forma de resolução do conflito¹³⁰. Eixo essencial para esta harmonização lograr é o respeito pela dignidade da pessoa humana que, como referimos, é a *intenção específica* dos direitos fundamentais. Conseguiria assim o Gov. elaborar uma legislação que permitisse tornar uma determinada vacina obrigatória, visando o combate a uma crise sanitária como a que vivemos. Note-se que caso o Gov. opte por *non facere* poderia vir mesmo a ser responsabilizado por tal omissão¹³¹.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), ainda que a questão se reporte ao período antes COVID-19, pronunciou-se no caso *Vavříčka and Others v. the Czech Republic* sobre a obrigatoriedade da vacinação em crianças, no sentido da possibilidade da obrigação e assumindo-a como *necessary in democracy society*¹³², abrindo assim um precedente na jurisprudência europeia não só na obrigação que vise crianças mas também na vacinação de pessoas em idade adulta. A questão que se impõe é exatamente sobre a abrangência desta decisão - poderá indicar esta decisão servir de base numa argumentação favorável à obrigação da vacinação para a generalidade da população? Ou apenas no que respeita à vacinação de crianças? Vejamos a argumentação do TEDH; estava em causa a violação o

¹²⁹ BOTELHO, Catarina, *Responsabilizar o Estado pela não obrigatoriedade da vacina covid-19?*, disponível em, <https://expresso.pt/opiniao/2021-01-12-Responsabilizar-o-Estado-pela-nao-obrigatoriedade-da-vacina-covid-19->.

¹³⁰ Sobre o pp. da concordância prática como critério de resolução do conflito, VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, em *Os Direitos...* pág. 294 e segs.

¹³¹ BOTELHO, Catarina, *Responsabilizar...* disponível em, <https://expresso.pt/opiniao/2021-01-12-Responsabilizar-o-Estado-pela-nao-obrigatoriedade-da-vacina-covid-19->.

¹³² Nota de imprensa do TEDH sobre a decisão do caso *Vavříčka and Others v. the Czech Republic*, pág. 7 disponível em, https://echr.coe.int/Documents/Press_Q_A_Vavricka_Others_ENG.pdf

art. 8º e 9º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, relativos, respetivamente, ao direito à vida privada e familiar e ao direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; de uma forma geral o TEDH entendeu que a vacina deverá ser administrada de acordo com a dignidade da pessoa humana, que a obrigatoriedade da vacinação contribuiu para a definitiva erradicação de determinadas patologias; expôs o art. 11º da Convenção Social Europeia (CSE) relativo ao dever de proteção da saúde por parte dos Estados; referiu que o dever de vacinação não conflitua com o comportamento baseado nas crenças e convicções de cada pessoa; ainda referiu que a noção de solidariedade social implica a sua imposição ao Estado e também a cada pessoa sendo legítimo a imposição de determinados deveres que constituam restrições, o que resulta do modo de ser das sociedades democráticas; por fim, salvaguardou a necessidade do estudo da doença relativamente ao modo e velocidade de transmissão e também relativamente à eficácia da vacina face à doença¹³³. Podemos concluir que esta argumentação respeitante à obrigatoriedade da vacinação não se restringe apenas às crianças, manifestando poder abranger qualquer cidadão, o que nos permite afirmar que o TEDH tenha aberto precedente na jurisprudência no sentido favorável à imposição da vacinação. Contrariamente, a OMS não se mostra favorável à obrigatoriedade, preferindo a persuasão e o diálogo com as populações e considerando a vacinação um ato de responsabilidade¹³⁴. Apesar de não concordarmos com esta posição, para a efetivação da obrigatoriedade da vacinação, entendemos que, a ser adotada, terá de ser acompanhada por um diálogo que demonstre os benefícios da vacina fazendo com que o impacto da imposição não seja sentido como uma verdadeira restrição aos direitos fundamentais dos cidadãos, mas sim como um ato de responsabilidade.

A possibilidade de o Estado produzir legislação no sentido da obrigatoriedade da vacina encontra suporte constitucional, como referimos no início do presente ponto, e começa também, agora, a encontrar suporte na jurisprudência europeia.

Iremos abordar também o problema do *passaporte de vacinação*, agora denominado *passaporte verde* trata-se de um certificado de saúde que contém o registo pessoal da vacinação contra a COVID-19 e também da existência de um teste negativo à COVID-19 e

¹³³ Seguindo, FERREIRA, Paulo Marrecas, em *TEDH, Grande Chambre, Vavřička e outros C.República Checa, Acórdão e 8 de Abril de 2021*, disponível, em, <https://gddc.ministeriopublico.pt/pagina/tedh-grande-chambre-vavricka-e-outros-c-republica-checa-acordao-de-08-de-abril-de-2021>.

¹³⁴ <https://www.dn.pt/mundo/covid-19-oms-defende-que-vacina-nao-deve-ser-obrigatoria-13116110.html>.

de um registo de cura da doença que visa a circulação de pessoas dos Estados membros da União Europeia (UE) entre eles de forma segura e não discriminatória¹³⁵ enquanto durar a pandemia causada pela COVID-19. Não será condição para viajar uma vez que os cidadãos europeus têm o direito de livre circulação entre Estados membros da EU, mas facilitará o exercício deste direito¹³⁶. A chegada das vacinas aos países e a respetiva administração foi problemática, uma vez que necessitavam de armazenamento específico, transporte cuidado e, principalmente, de um plano de vacinação específico, plano este que teve de ser elaborado sem muita preparação¹³⁷ e que teve de ser adaptado à inicial escassez de vacinas¹³⁸. Surgiram os primeiros casos de corrupção neste âmbito, traduzidos na vacinação indevida de determinados membros de diversas instituições e até mesmo de titulares de cargos públicos, dando origem a possíveis crimes de burla, peculato (caso de funcionário público) e até mesmo homicídio por negligência¹³⁹. O primeiro problema será precisamente que a discriminação parte do próprio Estado pois perante a escassez de vacinas e consequente estipulação dos planos, nem toda a gente terá acesso, ao mesmo tempo, à vacina, fazendo com que o acesso ao passaporte tenha na base uma desigualdade que, nos casos de quem quer ser vacinado e ainda não o foi porque o plano assim o estabeleceu, será uma *desigualdade forçada* tal como também aquelas pessoas que, por razões médicas, não podem ser vacinadas. Este passaporte potenciará também uma discriminação que terá assento no binómio *cidadãos puros vs. cidadãos impuros*¹⁴⁰ e ainda na própria escolha da pessoa em ser ou não ser vacinada, nos casos em que a vacina não é obrigatória, ou seja, quem escolhe não ser vacinado não poderá ser prejudicado por essa escolha, quando essa escolha é livre. O caso seria diferente caso a vacinação fosse regulada por lei no sentido da sua obrigatoriedade, assim este último problema da discriminação não se colocaria, pois a não emissão do passaporte a uma pessoa que não cumprisse a obrigação de ser vacinada seria como que uma consequência do não cumprimento da obrigação¹⁴¹. Quanto ao problema da

¹³⁵ <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20210422IPR02606/eu-covid-19-certificate-must-facilitate-free-movement-without-discrimination>.

¹³⁶ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_21_1187.

¹³⁷ Disponível em <https://covid19.min-saude.pt/vacinacao/>.

¹³⁸ O que fez com que o Estado definisse “grupos prioritários” para a administração da vacina.

¹³⁹ HENRIQUES, Ana, em, *Ministério Público começou a investigar vacinação fraudulenta*, disponível em <https://www.publico.pt/2021/02/01/sociedade/noticia/ministerio-publico-comecou-investigar-vacinacao-fraudulenta-1948846>.

¹⁴⁰ ALVES CORREIA, Jorge, *O Estado...*, pág. 18.

¹⁴¹ O reflexo da regulação da obrigatoriedade da vacina na emissão do passaporte teria ainda maior eficácia se fosse adotada por todos os Estados membros.

discriminação suscitado pela escassez de vacinas refletida nos planos de vacinação, o passaporte verde apenas poderia ser trazido para a prática quando superada a escassez e existissem condições para a vacinação de toda a população dos Estados membros. Preponderante é salvaguardar as condições de reciprocidade entre os Estados membros quanto à aceitação, utilização e consequências de não o possuir. Hoje, sabemos que a UE tem avançado com urgência com a regulação deste *passaporte verde*¹⁴² existindo já uma *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um quadro para a emissão, verificação e aceitação de certificados interoperáveis de vacinação, testes e recuperação, a fim de facilitar a livre circulação durante a pandemia de COVID-19 (Certificado Verde Digital)*¹⁴³.

4. Regime excepcional da contratação pública

A emergência trouxe consigo escassez de bens e necessidade de celeridade na sua aquisição assim a Adm. não poderia ficar alheia a este problema e a solução passou pelo regime do DL n° 10-A/2020. O art. 2° do DL n°10-A/2020 começa por estabelecer o seu âmbito objetivo ao dizer quais os contratos que estão abrangidos, ainda de que de uma forma indireta, facilmente se entende que se aplica aos contratos¹⁴⁴ que se destinem à preparação das entidades adjudicantes no combate à pandemia (art. 1° n°2 do DL n° 10-A/2020).

Exige-se que a entidade adjudicante *fundamente* o recurso ao ajuste direto, com base num *nexo de causalidade substantivo* que passa pela relação entre o recurso ao ajuste direto e uma situação causada pela situação epidemiológica da COVID-19¹⁴⁵. A entidade adjudicante na sua fundamentação terá também de mostrar o cumprimento dos requisitos presentes no art. 2° n°1; a remissão para o art. 24° n°1 al. c) do Código dos Contratos Públicos (CCP) reforça a vinculação da Adm. ao pp. da proporcionalidade previsto expressamente no

¹⁴² <https://www.dn.pt/internacional/passaporte-verde-europeu-deve-estar-em-vigor-antes-de-junho-13456453.html>.

¹⁴³ Disponível em https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:38de66f4-8807-11eb-ac4c-01aa75ed71a1.0011.02/DOC_1&format=PDF.

¹⁴⁴ Correspondem aos previstos no art. 16° n°2 al. a), d) e e) do CCP, ficam então de fora os contratos previstos na al. b) e c), onde para se recorrer ao ajuste direto terá de se verificar o cumprimento dos pressupostos presentes no CCP.

¹⁴⁵ Sobre a *fundamentação* como *ónus reforçado* e a sua abrangência, vide COIMBRA, José Duarte; CALDEIRA, Marco e SERRÃO, Tiago, *Direito Administrativo da Emergência, Organização Administrativa, Contratação Pública e Processo Administrativo na resposta à COVID-19*, Almedina, 2020, pág. 90 a 92, e ainda, sobre a existência de um *nexo de causalidade* como *critério de escolha do ajuste direto*, GONÇALVES, Pedro Costa e MARTINS, Licínio Lopes, em *Breve Comentário ao Decreto-Lei n° 10-A/2020, de 13 de março, ratificado pela Lei n°1-A/2020, de 19 de março*, ponto IV disponível em <https://observatorio.almedina.net>.

art. 1º-A do CCP e limita o elevado grau de discricionariedade que este regime excepcional aparenta conceder à Adm.. Este art. mantém a preferência pelos procedimentos de concurso público, onde se verificam de forma mais clara os princípios orientadores da contratação pública presentes no art. 1º-A CCP. Por fim, a exigência de que os motivos não sejam imputáveis à Adm. salvaguardam o próprio regime de ser desvirtuado por parte das entidades adjudicantes.

Quanto ao âmbito subjetivo, refere o art. 1º nº 3 que o regime é aplicável *às entidades do setor público empresarial e do setor público administrativo, bem como, com as necessárias adaptações, às autarquias locais*, da leitura deste art. podemos concluir que o legislador quis afastar outras entidades adjudicantes deste regime excepcional de contratação pública. No entanto, de seguida o nº1 do art. 2º já refere que este regime é aplicável *independentemente da natureza da entidade adjudicante*, desta aparente contradição não concluímos, dado que o regime tem em vista o combate à pandemia, que haja entidades adjudicantes excluídas pois o combate à pandemia é transversal a todo o setor público (e privado) logo todas as entidades consideradas pelo CCP como entidades adjudicantes estão abrangidas por este regime¹⁴⁶.

Este regime excepcional procurou libertar demais possíveis constrangimentos que surgissem no momento de contratar através derrogação de alguns preceitos, que impunham limites às entidades adjudicantes no processo de contratação. O art. 2º nº3, nº5, nº6 e nº7 do DL nº10-A/2020, derroga normas respeitantes: à escolha das entidades convidadas (art. 113º nº2 e nº5 CCP), à consulta prévia (art. 27º-A CCP), ao adiantamento do preço (art. 292º CCP), à publicitação e eficácia do contrato (art. 127º) e, ainda, sobre o a isenção de autorização prévia para a aquisição de bens e serviços por parte de entidades vinculadas a um acordo-quadro abrangidas pelo Sistema Nacional de Compras Públicas.

Os arts. 113º nº2 e nº3, 27º-A e 292º do CCP representam uma concretização dos princípios orientadores da contratação pública (art. 1º-A do CCP), nomeadamente do pp. da concorrência, da igualdade e não-discriminação, da transparência e da imparcialidade¹⁴⁷. O afastamento destas normas pelo art. 2º do DL nº10-A/2020 não representa um afastamento dos princípios que cada uma das normas representa, ao invés, o facto de se dispensarem

¹⁴⁶ GONÇALVES, Pedro Costa e MARTINS, Licínio Lopes, em *Breve Comentário...* disponível em <https://observatorio.almedina.net>.

¹⁴⁷ Sobre os princípios consagrados no CPP, GONÇALVES, Pedro Costa, em *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina 2018, pág. 331 a 347.

normas que asseguravam o cumprimento destes princípios implica que as entidades adjudicantes tenham através dos procedimentos abrangidos por este regime excecional de garantir o estrito cumprimento destes princípios. Isto consegue-se, através do dever de fundamentação que é exigido às entidades adjudicantes como foi referido *supra*, através do cumprimento de princípios transversais a qualquer tipo de derrogações (o pp. da prossecução do interesse público e o pp. da legalidade¹⁴⁸) e através da vinculação constitucional da Adm. aos princípios consagrados no art. 266º da CRP. Ainda sobre a derrogação do art. 292º pelo nº6 do art. 2º, entendemos que advenha de se querer garantir a solidez financeira do contraente privado uma vez que possa ter sido afetada no quadro da pandemia estando garantido deste modo que o contraente privado possa cumprir com a sua parte do contrato¹⁴⁹.

Princípio que confere uma *unidade de sentido* ao CCP¹⁵⁰ é o pp. da concorrência que fica à margem com a preferência dada ao ajuste direto, também aqui compreendemos esta opção, dado que nos procedimentos de adjudicação o ajuste direto, ainda mais suscetível à corrupção, se revela o mais célere face à necessidade que a ocasião exige. No entanto, o afastamento deste pp. aumenta a exigência de cumprimento dos restantes princípios que, *supra* mencionados, terão de ser concretizados na contratação levada a cabo pelas entidades adjudicantes.

O art. 2º nº7 do DL nº10-A/2020 dispensa a autorização prévia para a aquisição de bens e serviços de entidades adjudicantes abrangidas por um acordo-quadro ao abrigo do Sistema Nacional de Compras Públicas, o legislador entendeu para levar a cabo os objetivos do regime excecional da contratação pública, eximir a entidade adjudicante do vínculo a um acordo-quadro onde é estabelecido *em termos definitivos, as entidades que podem ser convidadas a celebrar contratos futuros ao seu abrigo* e de onde também *emerge para os contraentes públicos a obrigação de celebrar contratos nas condições naqueles previstas à medida que a entidade adjudicante(s) parte(s) no acordo-quadro o requeira(m)*¹⁵¹.

¹⁴⁸ Ainda que não seja uma legalidade *tal qual* à do CCP, é uma *legalidade excecional* derivada DL 10º-A/2020.

¹⁴⁹ Neste sentido, COIMBRA, José Duarte; CALDEIRA, Marco e SERRÃO, Tiago, *Direito Administrativo...* pág. 120.

¹⁵⁰ Cfr. GONÇALVES, Pedro Costa, em *Direito dos Contratos...* pág. 332 a 336.

¹⁵¹ GONÇALVES, Pedro Costa, *Direito dos Contratos...* pág. 211 a 225.

Os arts. 2º n.º5 e n.º8 do DL n.º10-A/2020 regulam a eficácia destes contratos e possibilitando que os seus efeitos se produzam logo após a adjudicação dispensado assim a publicitação *como condição de eficácia*¹⁵² (n.º5) e também isentando os contratos do visto do TCt produzindo imediatamente efeitos (n.º8).

5. A (re)organização da administração pública no período de emergência

A execução do estado de emergência não se poderia cingir ao Gov., dado que este não iria conseguir responder de forma uniforme e eficaz a todo o país. A LRESEE prevê a competência do Gov. em *nomear as autoridades que coordenam a execução local* do estado de emergência sem prejuízo das competências de coordenação dos comandantes operacionais distritais (art. 20º n.º4). O Gov. no DL n.º 2-B/2020, no seu art. 7º, concretiza esta possibilidade plasmada na LRESEE através do Despacho 4235-B/2020 proceder à *nomeação das autoridades que coordenam a execução da declaração do estado de emergência no território continental* e tendo por base a divisão territorial de Portugal operada pela NUT II (que divide o território continental em cinco, Norte, Centro, Lisboa e Vale do Tejo, Alentejo e Algarve) nomeou para cada uma das regiões um Secretário de Estado, o Gov. justificada pela necessidade de *assegurar uma melhor coordenação dos serviços da administração central de nível regional ou distrital e a devida articulação supramunicipal*.

A (re)organização da atuação da AP durante o estado de emergência foi regulada então pelo DL n.º 2-A/2020 e pela Lei n.º 1-A/2020 e pelo DL n.º 10-A que foi ratificado pela Lei n.º 1/2020 art. 1º. O DL n.º2-A/2020 determinou o encerramento das lojas de cidadão e a articulação com as autarquias locais relativamente aos serviços públicos locais (art. 15º), prorrogou a validade de licenças e autorizações (art. 31º), permitiu a eficácia dos regulamentos e atos administrativos que dessem execução ao DL apenas com a mera notificação (art. 31º) e distribuiu competências para a fiscalização do cumprimento das regras de execução do estado de emergência presentes no DL n.º 2-A/2020 (art. 32º).

A Lei n.º1-A/2020 focou-se no funcionamento dos órgãos de poder local durante o período de emergência. A regulamentação passou pela suspensão da realização de reuniões

¹⁵² A publicação continua a ser exigida no entanto o contrato existe desde do momento da sua publicação, seguindo, GONÇALVES, Pedro Costa e MARTINS, Licínio Lopes, em *Breve Comentário...* disponível em <https://observatorio.almedina.net>.

ordinárias dos órgãos deliberativos e executivos das autarquias locais em conjunto com a suspensão da obrigação da sua realização pública e com a possibilidade da realização por videoconferência (art. 3º Lei 1-A/2020). Abriu-se possibilidade da realização de provas públicas por videoconferência (art. 5º). Aumentou o âmbito da isenção - já prevista no DL nº 10-A/2020 - de fiscalização prévia do TCt, passando a abranger *outros contratos* para além daqueles que já pertenciam ao âmbito objetivo do DL nº 10-A/2020¹⁵³, desde que *celebrados pelas entidades referidas no art. 7º do DL nº10-A/2020* (art.6º), no entanto este artigo salvaguarda, no seu nº2, o dever de enviar para conhecimento do TCt num prazo de 30 dias após a sua celebração. O art. 7º da Lei 1-A/2020 determinou a suspensão dos prazos judiciais, a realização de atos nos processos judiciais que já estejam em curso, suspendeu os prazos de caducidade e prescrição relativos a processos e procedimentos e também assegurou o direito de acesso aos tribunais através da sua realização por meios digitais sempre que for *tecnicamente viável* (nº8 e nº9).

5.1. A repartição de competências

O estado de emergência pede uma articulação entre toda a AP. Prova disso é a Lei 6/2020 que visa promover a capacidade de resposta das autarquias locais no âmbito da pandemia da COVID-19. Para além da regulação dos aspetos financeiros e procurando uma atuação célere o art. 4º estabeleceu a delegação da *competência para a prestação dos apoios a pessoas em situação de vulnerabilidade previstos na al. v) do nº1 do art. 33º/1 da Lei nº 75/2013* no presidente da Câmara, mas apenas quando estejam *associados ao combate à pandemia da doença COVID-19*, exigindo apenas a sua comunicação aos *membros do órgão executivo* e ao *presidente do órgão deliberativo num prazo de 48 horas* – art. 4º nº3 da Lei 6/2020. Não há uma alteração competencial subjacente neste nº4, mas sim uma verdadeira delegação tácita com vista a tornar o processo de decisão mais célere e eficaz¹⁵⁴. No Regime Jurídico as Autarquias Locais (RJAL), Lei 75/2013, o art. 35º, que estabelece as competências dos Presidentes da Câmara, já previa que, *em circunstanciais excepcionais, por motivos de urgência* e no caso de impossibilidade *de reunir extraordinariamente a câmara*

¹⁵³ Os contratos abrangidos pelo DL 10-A/2020 seriam *de empreitada de obras públicas, de contratos de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços que se destinem à preparação das entidades adjudicantes no combate à pandemia*.

¹⁵⁴ Cfr. COIMBRA, José Duarte; CALDEIRA, Marco e SERRÃO, Tiago, *Direito Administrativo...* pág. 34 a 36.

municipal, o Presidente da Câmara possa praticar atos que estejam destinados à Câmara Municipal (CM) enquanto colégio decisor (art. 33º), sendo exigido a sua ratificação na reunião de câmara que tenha lugar posteriormente à prática do ato. Qual é então a necessidade do regime de delegação presente no nº4 da Lei 6/2020? A necessidade assenta no facto do regime da Lei 6/2020 se aplicar estritamente ao combate à COVID-19 e de dispensar uma ratificação posterior, enquanto o regime presente no 35º nº3 do RJAL aplica-se numa *generalidade de circunstâncias excepcionais* e os atos praticados pelo presidente ao abrigo deste artigo, terão de ser ratificados em reunião camarária. Claro que não obsta a que em reunião do coletivo do executivo da CM seja delegado a possibilidade da al. v) do art. 33º do RJAL nos termos do art. 34º; nem muito menos indica – como foi referido *supra* – que este tipo de decisões deixe de pertencer à CM e passe a pertencer à esfera de atuação singular do presidente da câmara.

No art. 8º da Lei 6/2020 parece estar também uma delegação tácita de um poder que pertence à assembleia de freguesia (AF), art. 9º nº2 al. a) do RJAL, e que agora pode ser exercido pela JF. Porém esta situação não parece constituir uma situação de delegação mas sim uma verdadeira transferência de competência, isto porque o legislador não usou (como fez para o caso do art. 4º da Lei 6/2020) em momento algum nem em qualquer forma o vocábulo *delega*, bem pelo contrário, o art. 8º emprega a palavra *compete*.

Poderá, então, existir um conflito entre o que estabelece o art. 9º nº2 al. a) do RJAL e o art. 8º da Lei 6/2020? Terá tido o legislador a intenção de operar uma verdadeira transferência de competências da AF para a JF? A resposta a dar a estas duas questões é negativa; o art. 8º da Lei 6/2020 é claro quanto ao seu âmbito objetivo, estabelecendo que se aplica, não a todo o tipo de doações mas a *bens móveis destinados à execução de medidas excepcionais e temporárias de prevenção, contenção, mitigação e tratamento da infeção epidemiológica por SARS-CoV-2 e da doença COVID-19, bem como à resposta às respetivas consequências sociais*, daqui poderá depreender-se que de fora ficam as doações que não tenham este fim e aquelas que mesmo que tenham o fim referido, se tratem de bens imóveis¹⁵⁵. Continua então a AF, mesmo na vigência da Lei 6/2020, a ter competência para *aceitar as doações, legados e heranças a benefícios de inventário* (art. 9º nº2 a)). Assim, o

¹⁵⁵ Poder-se-ia tentar abranger a doação de bens imóveis, com o fim destinado aos bens móveis dado pelo art. 8º da Lei 6/2020, através de uma interpretação extensiva, no entanto esta parecia ser um pouco forçada porque o legislador foi claro ao restringir aos bens móveis.

que existe na verdade é uma *competência partilhada* entre a JF e a AF, pois nada obsta a que nos casos dos bens móveis referidos no art.º 8º da Lei 6/2020 a AF possa também aceitar a doação.

Note-se que a *ratio* da norma é assegurar a celeridade de processos que envolvam a aquisição de meios de combate à pandemia¹⁵⁶ e estabeleceu como meio a *atingir esse fim* a atribuição desta competência à JF.

Ainda no âmbito da atribuição de competência à JF o DL nº 2-B/2020 e nº 2-C/2020 que regularam a renovação do estado de emergência decretado pelo DPR nº 14-A/2020 e a segunda renovação do estado de emergência decretado pelo DPR nº 17-A/2020, respetivamente; atribuiu o art. 43º do DL nº 2-B/2020 e o art. 46º do DL nº 2-C/2020, ambos com a epígrafe *Fiscalização*, a competência às JF de aconselhar a *não concentração de pessoas na via pública*, de recomendar aos cidadãos para o cumprimento do regime do dever geral de recolhimento domiciliário e de sinalizar junto das forças de segurança os estabelecimentos a encerrar (nº2 do art. 43º do DL nº 2-B/2020 e art. nº2 do 46º do DL nº 2-C/2020).

¹⁵⁶ Pois todo o processo que envolve a convocação e reunião da AF poderá revelar-se moroso e a JF ao poder aceitar as doações estabelecidas no art. 8º da Lei 6/2020 assegura exatamente essa celeridade.

Capítulo V – A emergência de um Direito Administrativo adequado a crises sanitárias.

1. A necessidade de base legal nas decisões da Administração sobre a adoção medidas de resposta à(s) pandemia(s) - Atuais (mas não potenciais) soluções

Falámos do art. 64º da CRP e como o Gov. poderia agir de modo a executar determinadas medidas que impliquem a restrição de direitos. Concluímos que através da harmonização destes direitos, do princípio da concordância prática e do respeito pelo transversal pp. da dignidade humana, conseguiríamos salvaguardar as exigências do art. 64º sem aniquilar as disposições relativas aos direitos fundamentais. Ainda assim terá de se ter atenção ao indiscriminado chamamento do art. 64º para uma ponderação entre direitos, não devendo ser chamado para toda e qualquer ocasião que exija medidas que interfiram com outros direitos, pois correr-se-ia o risco de banalização do uso do art. 64º, passando a servir de justificação a todas as restrições¹⁵⁷ e a esquecer por completo a concordância prática (*supra* mencionada) já que esta exige a preservação do conteúdo essencial do direito e o respeito pelo pp. da proporcionalidade. Não podemos esquecer que em caso algum pode servir, o art. 64º, para justificar a suspensão de direitos, apenas permitida nos termos do art. 19º da CRP, deixando assim de poder ser evocável em situações que exijam a suspensão de direitos.

As soluções presentes na legislação ordinária a que aludimos, como a LBPC, o SVSP e LBS, ainda que possam suprir algumas dificuldades, não são suficientes uma vez que não conseguem dar base legal a todas as medidas que se revelaram necessárias para o combate à pandemia (ex. o confinamento obrigatório e dever geral de recolhimento) e no caso da LBPC podem nem estar preenchidos os requisitos para a declaração da situação de calamidade, contingência ou alerta, mais concretamente referimo-nos à classificação da crise sanitária como *acidente grave* ou *catástrofe*.

O art. 3º do CPA, ao qual já aludimos, também não se afigura, aqui, uma solução para o problema; no fundo, a atuação em estado de necessidade é uma atuação sob o domínio de um perigo iminente e atual em que a conduta ilegal representa um mal menor, conduta

¹⁵⁷ Acompanhando a exposição de MOREIRA, Vital, em, *Pandemia (14). Substituir o estado de emergência pelo “estado de calamidade”?*, disponível em <https://causa-nossa.blogspot.com/2020/04/pandemia-14-substituir-o-estado-de.html>.

esta que seria legal se for seguido o procedimento previsto para a respetiva conduta¹⁵⁸. Por questões de segurança jurídica, proporcionalidade e também de falta de enquadramento de algumas medidas necessárias no estado de necessidade do art. 3º do CPA, este não poderia ser solução para dar enquadramento legal a todas as medidas a tomar pela Adm. face a crises sanitárias.

Quanto ao próprio estado de exceção do art. 19º da CRP é (única) solução que, atualmente, permita a suspensão de direitos e a consequente adoção de medidas por parte da Adm. No entanto poderão ser levantadas várias questões, sobre a pandemia como causa de calamidade pública que serviu de base às declarações, sobre a necessidade e proporcionalidade das declarações – no fundo questões sobre a verificação dos pressupostos necessários para vigorar o estado de emergência. Reconhecemos que, face ao desconhecimento e imprevisibilidade, a primeira declaração do estado de emergência (DPR nº 14-A/20210) e sucessivas renovações (DPR nº 17-A/2020 e nº 20-A/2020) executadas pelo Gov. através dos DL nº 2-A/2020, nº 2-C/2020 e nº 2-B/2020 respetivamente, tenha sido a solução correta para dar abrigo a estas normas que visaram o combate à primeira vaga da COVID-19 em Portugal. O problema surge nas posteriores declarações de emergência com vista ao combate à segunda vaga que fora dada como quase certa, uma vez que o conhecimento e a maior previsibilidade da transmissão da COVID-19 eram já muito superiores, permitiu a estipulação de medidas idealizadas, refletidas e cientificamente apoiadas que se revelaram claras, precisas e determinadas o que permitia que fossem seguidos os canais normais de produção de direito administrativo, deixando o estado de emergência para situações de carácter súbito, imprevisível e incontrolado que demandam respostas imediatas, avulsas e casuísticas¹⁵⁹ (como foi a primeira vaga), ganhando as questões *supra* mencionadas maior relevo com destaque para as questões relativas a possíveis violações do pp. da proporcionalidade que, como vimos, trata-se de um princípio orientador de todo o procedimento do estado de exceção.

¹⁵⁸ CAETANO, Marcello, em *Manual de Direito Administrativo*, Tomo II, 10ª ed. rev. e atualizada, 10ª reimpr., Almedina 2010, pág. 1305 a 1309.

¹⁵⁹ Cfr. GONÇALVES, Pedro Costa, *Abdicação parlamentar na emergência e continuação da abdicação na calamidade*, <https://observatorio.almedina.net>.

2. (Um) Estado de Crise Sanitária

Como vimos, a resposta por parte da Adm. à pandemia forçou a adoção de medidas cuja falta de enquadramento jurídico levou à adaptação de figuras jurídicas já existentes (como o estado de emergência e as situações previstas na LBPC) para dar base a essas mesmas medidas. Esta adaptação, ainda que tenha sido necessária e adequada numa fase inicial, traduziu-se numa *resposta casuística e fragmentária* onde *Governo e Parlamento têm preferido recorrer a soluções legislativas ad hoc*¹⁶⁰ causadora de incertezas e de inseguranças jurídicas, criando uma expectativa em todos os quadrantes da sociedade sobre o *que se pode, ou não, fazer amanhã*. Exige-se, por isso, que seja pensado um quadro normativo adequado a situações que, como a pandemia que vivemos, consistam numa crise sanitária.

Na Europa tomamos como exemplo de definição de um quadro normativo pensado para situações de controlo de doenças infecciosas potencialmente causadoras de crises sanitárias, é o que acontece na Alemanha com a *Infektionsschutzgesetz-ifSG* (Lei de proteção de infeções) que tem como objetivo prevenir doenças transmissíveis em humanos e evitar a sua propagação baseada na cooperação entre entidades públicas e entre estas e entidades privadas (§1). A ifSG remete a decisão para a declarar a *situação epidémica a nível nacional* para o *Bundestag* quando a OMS declarar uma emergência de saúde com relevo internacional e a Alemanha esteja ameaçada, ou haja uma intensa disseminação de uma doença transmissível grave nos vários países da Alemanha (§5). A ifSG conjuga a atuação pública com a atuação privada estabelecendo uma cooperação entre estes dois setores, de modo a proporcionar uma resposta articulada e conjunta¹⁶¹ algo que se mostrou necessário, por exemplo, aquando da sobrelotação do SNS com internamentos dos doentes que contraíram a COVID-19 e também na determinação do fecho de determinadas atividades económicas que levaram à previsão do Gov. de apoios às empresas e às pessoas, em particular, como foi o caso dos regimes presentes no DL nº1 0-J/2020 e nº26/2020 (referentes ao regime das moratórias), no DL nº 46-A/2020 (apoio extraordinário à retoma progressiva da atividade), no DL nº 10-G/2020 (*lay off* simplificado). Na secção 2 no §4 está regulada a articulação com o Instituto Robert Koch, que se trata de um centro de pesquisa e prevenção de doenças infecciosas com paralelo, em Portugal, no Instituto Ricardo Jorge, que teve um

¹⁶⁰ ALVES CORREIRA, Jorge, *O Estado...* pág. 20.

¹⁶¹ Destaque para a secção 6 que visa a proteção contra infeções para instituições, empresas e pessoas e também para os mecanismos de compensação previstos na secção 12.

papel de destaque no auxílio ao Gov. na tomada de decisões relativas à pandemia. Prevê também na sua parte final um regime sancionatório (secção 15) algo que em Portugal suscitou várias dúvidas. Foi, no entanto, sujeita a alterações nos últimos tempos para inserir disposições relativas exclusivamente à COVID-19 como foi o caso do §28a.

No OJ português urge a adoção de um quadro normativo *específico sobre a restrição de direitos e liberdades no contexto de calamidade sanitária com princípio, meio e fim, e que prescreva, com clareza, que liberdades podem ser limitadas, quando e com que alcance*¹⁶² e ainda que: contenha regulado o papel dos órgãos de poder local e respetiva repartição de competências, conte com a regulação de uma contratação pública adequada e a previsão de compensações/indenizações devidas pelo Estado pela adoção de certas medidas lesivas da esfera de pessoas singulares e coletivas. O recurso ao estado de exceção constitucional revelou as fragilidades deste meio com fim a enquadrar as medidas necessárias em situações como a da atual pandemia. Assim a proposta que emerge do exposto ao longo da presente dissertação é a da assunção legal de um *Estado de Crise Sanitária*. Encontramos-nos em sintonia com uma relevante parte da doutrina constitucionalista portuguesa que também apela ao legislador que traga à luz do dia esta figura¹⁶³ e neste repto iremos expor também a nossa proposta de *Estado de Crise Sanitária*.

A exposição feita na presente dissertação, permite-nos remeter esta figura para um enquadramento constitucional, dada a interferência nos direitos fundamentais relativa à suspensão destes, apenas possível nos casos previstos na CRP. Propomos constar assim no art. 19º nº1 da CRP, para além do estado de sítio e do estado de emergência, o *estado de crise sanitária* acrescentando um número que referisse qual o pressuposto para a sua declaração, sendo que este seria a existência de uma crise sanitária que poderá traduzir *uma ameaça, real ou suposta, para o estado de saúde do povo*¹⁶⁴. Esta inserção no art. 19º implicaria de resto a sujeição desta figura às restantes condições a que o estado de sítio e

¹⁶² ALVES CORREIA, Jorge, *O Estado...*pág. 20.

¹⁶³ MOREIRA, Vital em, *Pandemia(39) Estado de Crise Sanitária*, disponível em <https://causa-nossa.blogspot.com/search?q=Estado+crise+sanit%C3%A1ria>; ALVES CORREIA, Jorge, em *O Estado...* e ainda OTERO, Paulo, BACELAR GOUVEIA, Jorge, NOVAIS, Jorge Reis e ALEXANDRINO, José Melo, em, *Constitucionalistas pedem uma lei de emergência sanitária com urgência* disponível em, <https://www.publico.pt/2020/10/29/politica/noticia/constitucionalistas-pedem-lei-emergencia-sanitaria-urgencia-1937142>.

¹⁶⁴ Ainda que não concordando com a segunda parte da definição de *crise sanitária* oferecida por DURAND, Christelle, em, *A segurança sanitária num mundo global: os aspetos legais. O sistema de segurança sanitária na França*, Revista de Direito Sanitário, vol.2 nº1 Março de 2001 disponível em <https://www.revistas.usp.br/rdisan/search/search?query=A+seguran%C3%A7a+sanit%C3%A1ria+num+mundo&dateFromYear=&dateFromMonth=&dateFromDay=&dateToYear=&dateToMonth=&dateToDay=&authors=>.

emergência estão sujeitos. Seria necessário, para este efeito, o recurso à revisão constitucional e dada a *rigidez da Constituição*¹⁶⁵ que vigora neste âmbito impõe um amplo consenso (art. 286º CRP) - que se revelou também necessário em todo o procedimento que envolveu o estado de emergência em Portugal. O período de tempo de 15 dias estabelecido no art. 19º nº5 com possibilidade de renovação entendemos ser também adequado em situações de crise sanitária, uma vez que impõe ao Gov. o uma reavaliação da situação devendo manter sempre o respeito pelo pp. da proporcionalidade.

Após a sua previsão constitucional, teria o legislador de produzir uma *Lei Reguladora do Estado de Crise Sanitária* para fazer face aos problemas a que demos destaque no Cap. anterior. Assim consideramos que esta Lei deveria conter o leque de restrições e suspensões necessárias determinando o seu alcance e âmbito, prevendo as medidas restritivas como a restrição do direito de liberdade, de culto, e as medidas suspensivas como a proibição de aglomerados ou o uso de máscara¹⁶⁶ e a imposição de isolamento profilático. Deveria o diploma regular também a previsão de sanções aplicáveis em caso de violação onde pudessem previstas coimas de valor fixo previsto para determinados casos de violação de normas¹⁶⁷. De fora não poderia deixar a previsão de um *regime excepcional de contratação pública* que se revelou essencial e necessário na aquisição de meios de combate à pandemia, por parte da Adm. (possível no atual contexto através do DL nº10-A/2020) e um regime de repartição de competências (operado no atual contexto através da Lei 6/2020) em que potenciase, além colaboração entre os diversos órgãos públicos (Gov., Autarquias e serviços) , uma estreita cooperação entre o sector público e o setor privado. No sentido desta estreita relação deverá prever-se também mecanismos de auxílio na vertente de indemnização, compensação ou apoios sociais fazendo frente a possíveis danos que a implementação de medidas ao abrigo deste regime possam causar.

Propomos, desta forma, que este *Estado de Crise Sanitária* assuma uma vertente de Estado Constitucional de Crise Sanitária uma vez que, como vimos, tem interferência direta no regime de direitos fundamentais de cada cidadão e outra de Estado Administrativo de Crise Sanitária, já que a nossa proposta passa pela existência de uma intensa regulação da

¹⁶⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito...* pág. 1059 e segs.

¹⁶⁶ Atualmente existe a Lei 60-A/2020 e sucessivas renovações (Lei 75-D 31 de dezembro de 2020 e 13-A abril de 2021).

¹⁶⁷ O Gov. estabeleceu coimas para quem violasse o uso de máscara ou viseira algo que não está na sua competência, *vide* 2. do Cap. IV da presente dissertação.

atividade da Adm.. Teríamos, assim, um Estado de Crise Sanitária que seria obrigatoriamente Constitucional e necessariamente Administrativo.

Hoje, mais do que ontem, consideramos que o legislador português encontra-se com o conhecimento adequado e aprofundado sobre esta matéria para pensar e elaborar legislação que reúna consenso entre os órgãos de soberania e a sociedade com o fim de assegurar uma resposta mais concisa face a situações que conformem verdadeiras crises sanitárias. O legislador português pode procurar inspiração na ifSG que se revela, como vimos, nesta matéria, uma lei bastante completa. Enquadramento pelo qual o legislador se deve guiar na legislação que verse sobre crises sanitárias (e não só) é o respeito e salvaguarda do Estado de Direito e da dignidade da pessoa humana.

Conclusão

Tendemos a acreditar que nunca o legislador português quando previu na CRP o estado de exceção ou quando previu na LBPC o estado de calamidade, contingência e alerta pensou numa situação de crise sanitária com a dimensão (*lato sensu*) da pandemia que vivenciamos. É nas situações de crise que se manifestam as maiores fragilidades de um Estado e a presente crise sanitária revelou um vazio do nosso OJ que forçou a Adm. a recorrer aos mecanismos legais já existentes e, por vezes, a tomar medidas que não encontraram o adequado enquadramento jurídico. Com a presente dissertação procurámos enquadrar este vazio na conjugação da temática constitucional dos direitos fundamentais com a tomada de medidas por parte da Adm., que tivessem em vista fazer face à pandemia e com a figura constitucional do estado de exceção procurando encontrar uma solução para o seu preenchimento.

Podemos afirmar que perante a presente crise sanitária o Direito tem a importante função de assegurar o cumprimento das basilares regras do OJ português. Compreendemos que o Direito *per se* não resolve situações de crises sanitárias, mas não pode ser descurada a sua importância na tomada de medidas que as visem resolver, pois dá a estas uma sólida base legal e a consequente possibilidade de serem adotadas, salvaguarda a CRP, o Estado e o próprio Estado de Direito assegurando o respeito pelo pp. fundamental da dignidade da pessoa humana.

A solução que apresentamos procura preencher um vazio sob a égide do pp. da dignidade humana e da preservação do Estado de Direito. É inevitavelmente do direito público que propomos emergir o *Estado de crise sanitária* que evitaria uma resposta baseada num estado de ameaça permanente sobre a Sociedade, na atribuição de um protagonismo decisório ao Gov. e fundamentada num direito fragmentário e casuístico avultado em soluções *ad hoc*¹⁶⁸ evitando, deste modo, um clima de incerteza e insegurança jurídica¹⁶⁹.

¹⁶⁸ ALVES CORREIA, Jorge, *O Estado...* pág. 22.

¹⁶⁹ MOREIRA, Vital, *a segurança sanitária não se dá bem com a insegurança jurídica, Pandemia (36) “Estado de Crise Sanitária”*, disponível em <https://causa-nossa.blogspot.com/2020/10/pandemia-36-estado-de-crise-sanitaria.html>.

Terminamos, em sintonia com parte da doutrina constitucionalista a que aludimos *supra*, com o apelo ao legislador para que, com a experiência que adquiriu, pense e legisle, os termos que descrevemos *supra* no Cap. V, sobre este *Estado de Crise Sanitária* que permitirá munir o OJ português de um importante instrumento para fazer face a futuras crises sanitárias, que poderão ter origem em disseminações descontroladas de novos vírus ou mesmo em situações de desastres ambientais, de modo a assegurar a saúde e segurança das pessoas dentro *das regras do jogo do Estado de Direito*¹⁷⁰.

¹⁷⁰ ALVES CORREIA, Jorge, *O Estado...* pág. 22.

Bibliografia

- ALVES CORREIA, Jorge, *As patologias da declaração do estado de calamidade e os limites constitucionais do direito administrativo da pós-emergência*, em Revista de Direito Administrativo, setembro/dezembro 2020, nº 9, AAFDL Editora, 2020.
- ALVES CORREIA, Jorge, *Lei do Perdão: riscos, dívidas e incongruências*, disponível em, <https://www.publico.pt/2020/04/14/sociedade/opiniao/lei-perdao-riscos-duvidas-incongruencias-1912116>.
- ALVES CORREIA, Jorge, *O Estado de Crise Sanitária no Direito Português – a emergência de um grande Leviatã*, no prelo.
- BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Enciclopédia de Direito da Segurança*, Almedina, 2015.
- BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Estado de Exceção no Direito Constitucional, uma perspetiva do Constitucionalismo Democrático, Teoria Geral e Direito Português*, Almedina 2020.
- BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Os Direitos Fundamentais Atípicos*, AEQUITAS – Editorial de Notícias, 1995.
- BOTELHO, Catarina, *Responsabilizar o Estado pela não obrigatoriedade da vacina covid-19?*, disponível em, <https://expresso.pt/opiniao/2021-01-12-Responsabilizar-o-Estado-pela-nao-obrigatoriedade-da-vacina-covid-19->.
- CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo, Tomo II*, 10ª ed. rev. e atualizada, 10ª reimpressão, Almedina 2010.
- CALDEIRA, Duarte, *Proteção Civil. Enciclopédia de Direito da Segurança*, coord. Jorge Bacelar Gouveia e Sofia Santos, Almedina 2015.
- CANAS, Vitalino, *O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos*, dissertação para obtenção do grau de Doutor em Direito, especialidade de Ciências Jurídico-Políticas, disponível em, <https://repositorio.ul.pt/handle/10451/26307>.
- CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol.I*, 4ª edição revista, Coimbra Editora, 2007.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Almedina, 2018.
- CARDOSO DA COSTA, José Manuel, *A Lei Fundamental de Bonn e o Direito Constitucional Português*, em Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, LXV, 1989.
- COIMBRA, José Duarte; CALDEIRA, Marco e SERRÃO, Tiago, *Direito Administrativo da Emergência, Organização Administrativa, Contratação Pública e Processo Administrativo na resposta à COVID-19*, Almedina, 2020.
- CORREIA, António Damasceno, *Estado de Sítio e de Emergência em Democracia*, Vega 1989.
- CORREIA, José Sérvulo, *Revisitando o Estado de Necessidade, Em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra 2010.
- DURAND, Christelle, *A segurança sanitária num mundo global: os aspetos legais. O sistema de segurança sanitária na França*, Revista de Direito Sanitário, vol.2 nº1 Março de 2001 disponível em <https://www.revistas.usp.br/rdisan/search/search?query=A+seguranca+sanitaria+num+mundo&dat>

eFromYear=&dateFromMonth=&dateFromDay=&dateToYear=&dateToMonth=&dateToDay=&authors=.

- EUROPEIA, Comissão, *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um quadro para a emissão, verificação e aceitação de certificados interoperáveis de vacinação, testes e recuperação, a fim de facilitar a livre circulação durante a pandemia de COVID-19 (Certificado Verde Digital)*, disponível em, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:38de66f4-8807-11eb-ac4c-01aa75ed71a1.0011.02/DOC_1&format=PDF.
- FERREIRA, Paulo Marrecas, em, *TEDH, Grande Chambre, Vavřička e outros C.República Checa, Acórdão e 8 de Abril de 2021*, disponível, em, <https://gddc.ministeriopublico.pt/pagina/tedh-grande-chambre-vavricka-e-outros-c-republica-checa-acordao-de-08-de-abril-de-2021>.
- FIGUEIREDO, Susana, *A suspensão do direito de resistência, Estado de Emergência – Covid 19 – Implicações na Justiça*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, Abril, 2020.
- GOMES, Carla Amado, *Defesa da Saúde Pública vs. Liberdade Individual: casos da vida de um médico de saúde pública*.
- GOMES, Carla Amado, *Direito Administrativo de Necessidade e de Exceção*, AAFDL 2020
- GONÇALVES, Pedro Costa Gonçalves e MARTINS, Licínio Lopes, *Breve Comentário ao Decreto-Lei nº 10-A/2020, de 13 de março, ratificado pela Lei nº1-A/2020, de 19 de março, ponto IV* disponível em <https://observatorio.almedina.net>.
- GONÇALVES, Pedro Costa, *Abdicação parlamentar na emergência e continuação da abdicação na calamidade*, <https://observatorio.almedina.net>.
- GONÇALVES, Pedro Costa, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina 2018.
- GONÇALVES, Pedro Costa, *Manual de Direito Administrativo*, Vol.1, Almedina 2020.
- HENRIQUES, Ana, *Ministério Público começou a investigar vacinação fraudulenta*, disponível em, <https://www.publico.pt/2021/02/01/sociedade/noticia/ministerio-publico-comecou-investigar-vacinacao-fraudulenta-1948846>.
- <https://covid19.min-saude.pt/vacinacao/>.
- https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_21_1187.
- <https://rr.sapo.pt/2020/03/17/pais/a-boa-vontade-vai-acabar-e-o-governo-precisa-do-estado-de-emergencia/noticia/185690/>.
- <https://www.dn.pt/internacional/passaporte-verde-europeu-deve-estar-em-vigor-antes-de-junho-13456453.html>
- <https://www.dn.pt/mundo/covid-19-oms-defende-que-vacina-nao-deve-ser-obrigatoria-13116110.html>.
- <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20210422IPR02606/eu-covid-19-certificate-must-facilitate-free-movement-without-discrimination>
- LOMBA, Pedro, *Constituição, estado de emergência e Administração sanitária: alguns problemas*, pág. 45, presente em, *e-pública – Revista Eletrónica de Direito Público*, Vol. 7, Número 1, AFFDL 2020.
- MARTIN, André, *Collaborer ou Coopérer*, disponível em, <https://amartinphilo.wordpress.com/2013/10/11/collaborer-ou-cooperer-12/>.

- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. 1*, Universidade Católica Editora 2017.
- MIRANDA, Jorge, *Curso de Direito Constitucional, Estado e Constitucionalismo, Constituição, Direitos Fundamentais*, Universidade Católica, 2016.
- MIRANDA, Jorge, *Curso de Direito Constitucional. Estrutura do Estado. Sistema Políticos. Atividade Constitucional do Estado. Fiscalização da Constitucionalidade*, Universidade Católica Editora, 2016
- MIRANDA, Jorge, *Direitos Fundamentais*, Almedina, 2020.
- MOREIRA, Vital, Pandemia (36) “Estado de Crise Sanitária”, disponível em <https://causa-nossa.blogspot.com/2020/10/pandemia-36-estado-de-crise-sanitaria.html>.
- MOREIRA, Vital, *Pandemia (14). Substituir o estado de emergência pelo “estado de calamidade”?*, disponível em <https://causa-nossa.blogspot.com/2020/04/pandemia-14-substituir-o-estado-de.html>.
- OLIVEIRA, Alexandre, *O(s) crime(s) de desobediência no atual estado de emergência, em especial no domínio das restrições ao direito de deslocação e fixação, Estado de Emergência – Covid 19 – Implicações na Justiça*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, Abril, 2020.
- OLIVEIRA, Fernanda Paula e DIAS, José Figueiredo, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 5ª edição, Almedina 2021
- OTERO, Paulo, BACELAR GOUVEIA, Jorge, NOVAIS, Jorge Reis e ALEXANDRINO, José Melo, *Constitutionalistas pedem uma lei de emergência sanitária com urgência*, disponível em, <https://www.publico.pt/2020/10/29/politica/noticia/constitucionalistas-pedem-lei-emergencia-sanitaria-urgencia-1937142>.
- REBELO DE SOUSA, Marcelo e SALGADO DE MATOS, André, *Direito Administrativo Geral, Tomo III*, 1ª edição, reimpressão, D. Quixote 2010.
- SAÚDE, Direção Geral, Orientação 10 de 16/03/2020, disponível em <https://www.dgs.pt/directrizes-da-dgs/orientacoes-e-circulares-informativas/orientacao-n-0102020-de-16032020.aspx>.
- VAN DUNEM, Francisca, *Um Estado não abandona os seus cidadãos mesmo os presos*, disponível em <https://www.dn.pt/edicao-do-dia/04-abr-2020/um-estado-decente-nao-abandona-os-seus-cidadaos-mesmo-os-presos-12029165.html>.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, 2019.