

Estado de direito

Cadernos da Pandemia

A Provedoria de Justiça na Salvaguarda
dos Direitos Humanos



Estado de direito

A Provedoria de Justiça na Salvaguarda
dos Direitos Humanos



Título: Estado de direito
Edição: Provedor de Justiça
Revisão: Divisão de Documentação
Design: Lagesdesign
Ano: 2021

Índice

1. Emergência	7
1.1. A emergência sanitária	7
1.2. A emergência jurídica	8
2. O Estado de direito interessa	10
2.1. Uma pergunta de senso comum	10
2.2. O Estado de direito interessa	12
3. O Direito da emergência	14
3.1. Emergência administrativa e emergência constitucional	14
3.2. Emergência administrativa	14
3.3. Emergência constitucional	17
4. As fases	23
4.1. A Primeira Fase (13 - 18 de março de 2020)	25
4.2. A Segunda Fase. O primeiro estado de emergência e o primeiro desconfinamento (19 de março - 2 de maio de 2020)	26
4.3. A Terceira Fase. O primeiro desconfinamento (3 de maio de 2020 - 9 de novembro de 2021)	31
4.4. A Quarta Fase. O segundo estado de emergência e o segundo confinamento (9 de novembro de 2020 em diante)	33
5. Os problemas e as conclusões	35
5.1. Uma reflexão necessária	35
5.2. O método das quinzenas	36
5.3. A Lei que falta	37
5.4. Repor o equilíbrio	41



A Provedoria de Justiça edita agora, em pequena coleção intitulada *cadernos da pandemia*, três estudos sobre os tempos extraordinários que vivemos. O primeiro incide sobre o tema geral da educação e recolhe informações que foram sendo obtidas durante a primeira fase de suspensão das aulas presenciais que se viveu em 2020. O segundo incide sobre as pessoas em situação de sem-abrigo e abrange, praticamente, o mesmo período de tempo. Já o terceiro reflete sobre os problemas do Estado de direito e cobre o que foi acontecendo entre março de 2020 e abril de 2021.

Nenhum destes estudos pretende ter a exatidão e o rigor que é próprio de trabalhos que outros realizarão; mas também nenhum deles pretende relatar o que tem sido, durante o período pandémico, a resposta da Provedoria às queixas apresentadas pelos cidadãos. Como sempre acontece e como a lei exige, esta última tarefa terá que ser cumprida através de relatório anual a entregar à Assembleia da República. Ao editá-los, o Provedor de Justiça quis apenas contribuir – dentro das suas possibilidades e a propósito de três assuntos específicos – para o melhor conhecimento de um momento singularíssimo da nossa vida coletiva, ciente dos desafios que tal momento trouxe e traz à missão de salvaguarda dos direitos humanos.

A Provedora de Justiça
Maria Lúcia Amaral



1. Emergência

1.1. A emergência sanitária

O surgimento de um novo coronavírus, altamente contagioso e responsável pela doença do coronavírus 2019 ou Covid-19, foi identificado pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como constituindo uma *emergência de saúde pública de âmbito internacional* a 30 de janeiro de 2020. Um mês e meio mais tarde, no dia 11 de março, a OMS qualificava-a como *pandemia*. Em território português, a propagação do vírus começou a ser detetada logo nos primeiros dias desse mês de março, o que levou o poder político a adotar por essa altura, em ação conjunta com as autoridades de saúde, as primeiras medidas destinadas a impedir a escalada exponencial dos contágios. O país começou por fechar-se seletivamente ao exterior. No dia 10 foram suspensos todos os voos de e para Itália¹, cujo território fora na véspera colocado em quarentena pelas respetivas autoridades nacionais; além disso, proibiu-se o desembarque de tripulações e passageiros de navios de cruzeiros em todos os portos nacionais². Mas apenas três dias depois o Governo viria a tomar decisões de grave e profunda amplitude. A 13 de março, e na sequência de uma reunião do Conselho de Ministros tida a 12, foi declarada a situação de alerta em todo o território nacional³; medidas tendentes a desenhar os primeiros apoios à economia e a promover o teletrabalho foram igualmente adotadas⁴; e, *last but not least*, ordenou-se o encerramento das escolas, com a imposição da suspensão de todas as atividades letivas presenciais em todos os graus e setores de ensino⁵.

Assim começou um período da nossa vida individual e coletiva, que ainda hoje perdura, e que é fundamentalmente marcado pelo facto de nos não ser possível fazer o que habitual e *normalmente* fazíamos. Deixámos de poder viajar livremente. Deixámos de poder levar os nossos filhos à escola. Deixámos de poder circular sem obstáculos por todo o território nacional. Fomos exortados e, em certas condições, impelidos, a não sair de casa. Sempre que a nossa profissão o permitisse, tivemos – e continuamos a ter – que continuar a trabalhar no espaço doméstico. Para aqueles de nós que fazem a sua vida nas áreas da restauração e do comércio em geral, o trabalho habitual e o ganho que dele se esperava tornou-se impossível; como para todos se tornou impossível continuar a praticar os mais diversos, necessários e *naturais* atos, como celebrar coletiva e livremente a religião que se professa, visitar pais, netos, amigos

¹ Despacho n.º 3186-D/2020, do Secretário de Estado Adjunto e das Comunicações.

² Despacho n.º 2298-C/2020, publicado a 13 de março no *Diário da República* n.º 52/2020, 1.º Suplemento, 2.ª Série.

³ Despacho n.º 3298-B/2020, dos Ministros da Administração Interna e da Saúde, *ibidem*.

⁴ Resolução do Conselho de Ministros n.º 10-A/2020, publicado a 13 de março no *Diário da República* n.º 52/2020, 1.º Suplemento, 1.ª Série.

⁵ Decreto-lei n.º 10-A/2020, de 13 de março. *Diário da República*, 1.ª Série, n.º 52.

e parentes, dar e frequentar espetáculos, de música ou outros, ir ao cinema, organizar festas, ou passear simplesmente na rua como e quando nos apetecer.

Assim foi a partir de março de 2020, e assim continua a ser um ano depois, por razões conhecidas de *emergência* sanitária. Perante a ameaça de um vírus novo, altamente contagioso, e perante o desconhecimento médico face à doença que ele provoca, os meios de defesa que estavam e continuam a estar à nossa imediata disposição são exatamente os mesmos que estavam à disposição daqueles nossos antepassados remotos que sofreram iguais provações: isolamento radical e higiene exigente. No entanto, a nossa sociedade é bem diferente de todas as outras nas quais a provação surgiu. É-o, desde logo, na intensidade e rapidez com que circula(va)mos por todo o planeta: calcula-se que, em 2019, 1,5 bilhões de pessoas viajavam de avião para fora do seu país, excluindo-se desse número os migrantes, os refugiados, ou os que mudavam de residência por um período superior a um ano⁶. Embora marque, de forma profunda, a condição existencial de quem vive a terceira década do século XXI, a interdependência global que este intenso movimento de pessoas gera é, para a história da humanidade, um facto absolutamente inédito. Em 1950, o número dos que viajavam para fora do seu país não chegava a 25 milhões⁷. Tanto basta para revelar a intensidade – e a velocidade – da afirmação desta “novidade” histórica: num mundo em que gentes, ideias e bens circulam com uma rapidez e uma liberdade nunca antes atingida, o grau de interdependência dos vários países entre si; das várias culturas entre si; dos vários sistemas sociais entre si – incluindo a economia, a saúde, a sociedade e o Estado – é máximo. Este grau máximo da nossa interdependência, que é global, interpessoal e sistémica, tornou-nos em certo sentido mais frágeis do que os nossos remotos antepassados que também sofreram provações pandémicas. Tudo nos aconteceu com uma rapidez inaudita. E tudo se repercutiu em todos os setores da vida com uma igualmente inaudita rapidez. A *emergência* sanitária com que fomos confrontados surge, pois, neste particularíssimo contexto.

1.2. A emergência jurídica

Não é no entanto apenas pela interdependência global que o marca que o nosso tempo se distingue dos outros, que os nossos antepassados viveram. Num outro aspeto igualmente nos distinguimos. No domínio do Direito e da justiça, as nossas conceções fundamentais são também diferentes das passadas e, em certo sentido, também o são de um modo que é historicamente inédito. Em Portugal, como em outros países que nos são culturalmente próximos, as conceções de justiça e de Direito que perfilhamos assentam em valores que entendemos serem básicos, fundamentais ou *constitucionais*. Entre esses valores conta-se, em primeiro plano, a ideia segundo a qual todos nós, que habitamos em território

⁶ United Nations World Tourism Organization *Highlights*, 2019 Edition.

⁷ United Nations World Tourism Organization, *Tourism, Our World in Data*.

português – como os que habitam em territórios dos outros Estados que se orientam por valores próximos dos nossos –, somos titulares de direitos que, por serem fundamentais, devem em todas as circunstâncias ser observados pelo poder político que nos governa. É o que diz a Parte I da Constituição da República, dedicada a enumerar os *Direitos e Deveres Fundamentais*.

Ora muito do que antes de março de 2020 habitual e *normalmente* fazíamos, e que a partir de então nos não foi mais possível continuar a fazer, corresponde a comportamentos nossos que, segundo a conceção básica do Direito e da justiça que hoje perfilhamos, se incluem no exercício dos tais direitos que, por serem fundamentais, são também constitucionalmente protegidos. Deixámos de poder viajar livremente. Todavia, o direito de sair do território nacional, para emigrar ou simplesmente viajar, é um direito fundamental, como o é o direito de ao país regressar. Assim o diz o n.º 2 do artigo 44.º da Constituição. Deixámos de poder levar os nossos filhos à escola. Todavia, a Constituição também diz que é garantida a liberdade de aprender e de ensinar (artigo 43.º, n.º 1), e que o Estado tem obrigações quanto à garantia de um ensino para todos (artigo 74.º). Deixámos de poder celebrar coletivamente a religião que professamos. Mas a Constituição diz que é inviolável a liberdade de consciência, de religião e de culto (artigo 41.º). Deixámos de poder circular livremente por todo o território nacional. Mas diz a Constituição que «[a] todos os cidadãos é garantido o direito de se deslocarem e fixarem livremente em qualquer parte do território nacional» (artigo 44.º, n.º 1). E se assim é com estes exemplos que acabámos de dar, assim continua a ser com muitos outros comportamentos que deixámos de poder adotar: desde as atividades económicas que foram interrompidas, e que correspondem ao direito à livre iniciativa económica privada (artigo 63.º), passando pelos direitos dos trabalhadores (artigo 59.º) e culminando na simples liberdade de se passear a qualquer hora na rua. Numa sociedade aberta, todos estes comportamentos, por serem expressão da liberdade geral de atuação, são não apenas em si mesmos lícitos como especialmente protegidos.

Deixam de o ser, no entanto, em situação de *emergência*, no sentido exato que ao termo deve ser dado: de *situação grave e perigosa, decorrente da combinação inesperada de circunstâncias imprevistas que requerem ou exigem uma ação imediata*⁸. Ao ser impelidos a deixar de fazer o que habitual e normalmente fazíamos – e que tínhamos o direito fundamental a fazer – encontrámo-nos em situação de *emergência jurídica*. Foi esta a resposta que demos à *emergência sanitária*: se assim não fosse, os contágios teriam crescido exponencialmente e a vida de todos e de cada um seria posta em risco. Por isso nos comportámos de modo excecional, afastando a aplicação normal do Direito e obedecendo a critérios de comportamento outros que não os decorrentes do sistema comum de normas vigentes.

A obediência coletiva a esta situação de *emergência jurídica*, decorrente da situação de *emergência sanitária*, não se deu por ação espontânea e conjugada de cada um de nós. Deu-se porque o poder político

⁸ *Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa*, significado de “emergência”.

– através de alguns atos que já atrás identificamos, e de outros que no ponto seguinte mencionaremos – assim decidiu que deveria ser. Nada de extraordinário, espantoso ou anormal houve nesse facto. Pelo contrário: tendo a emergência vivida uma fortíssima componente coletiva – a sociedade em si mesma não poderia sobreviver, se nada fosse feito para combater ou prevenir o alastrar dos contágios –, e cabendo ao poder político garantir a defesa e a segurança tanto da coletividade como de cada um dos seus membros, a ele próprio coube decidir que nos encontrávamos em situação de *exceção* e que curso urgente de ação deveria ser seguido para lhe poder fazer face. Veremos já de seguida de que modo é que tal foi feito; antes, porém, uma última nota.

A decisão que se tomou, de responder à *emergência sanitária* com a definição política de uma situação de *emergência jurídica*, foi também ela historicamente inédita. Como se viu, a dimensão jurídica da «crise» não pôde ser ignorada porque os comportamentos dos cidadãos que, para conter a propagação do vírus, tinham que ser mudados, limitados ou simplesmente proibidos correspondiam a direitos cujo exercício, em tempos de normalidade, o poder político não poderia juridicamente impedir. Mas em Portugal, como em muitos outros Estados que nos são culturalmente próximos, assim é *apenas* desde a segunda metade do século XX. Historicamente, foi o segundo pós-guerra que conduziu muitos ordenamentos jurídicos nacionais a decidir, na senda da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948, que, de futuro, os direitos fundamentais que as suas constituições consagravam vinculariam todos os poderes públicos que a eles, sem exceção, deveriam obediência. É o que diz hoje o artigo 18.º da Constituição portuguesa, de 1976. É também o que dizem outras constituições escritas durante a segunda metade do século XX. Neste contexto, a irrupção de uma situação de emergência que obrigou todos estes Estados a condicionar fortemente o exercício destes direitos é, também ela, um facto histórico inédito, ao qual não poderemos deixar de prestar a maior atenção.

2. O Estado de direito interessa

2.1. Uma pergunta de senso comum

Mas o que interessam as inconstitucionalidades quando há pessoas a morrer? Esta pergunta, que foi ouvida nos debates do espaço público durante o mês de janeiro de 2021, está carregada de toda a razoabilidade que é própria do senso comum. O que nela vai pressuposto é de intuitiva apreensão. O Direito e as suas formas não existem para que os sirvamos; existem porque nos servem a nós e na medida em que o façam. Por isso, naquelas situações em que da sua manutenção [da manutenção dessas formas] decorram prejuízos e do seu afastamento vantagens, devemos lógica e razoavelmente optar pela solução do afastamento. É esta uma conclusão de meridiano senso comum.

Isto mesmo o pensava o Direito europeu antigo, medieval e pré-moderno, que se orientava pela máxima *necessitas legem non habet* [a necessidade não tem lei]. De acordo com esta máxima, sempre que situações de emergência exigissem de quem governa ação imediata e excecional, e sempre que a necessidade de uma tal ação se mostrasse incompatível com a manutenção do Direito vigente antes do seu surgimento, do governante se esperaria que passasse a decidir e agir tendo como fito apenas a debelação fáctica do imprevisto e sem estar sujeito ao cumprimento de quaisquer normas. Para este modo de pensar, toda a situação de emergência seria assim, e por definição, um estado não jurídico ou um espaço vazio de Direito.

Não é, no entanto, esse o nosso modo de pensar, nem por ele [por esse modo de pensar] se orientam as práticas que nós hoje adotamos. Mesmo em situações de *necessidade*, em que é urgente encontrar soluções extraordinárias para resolver problemas gerados por extraordinárias circunstâncias, preocupamo-nos com o Direito que devemos seguir, e fazemo-lo de modo a distinguir entre aquele Direito ou conjunto de normas já existente que podemos continuar a aplicar, e aquele outro que, por se mostrar incompatível com as novas necessidades entretanto geradas, terá que vir a ser – pelo menos transitoriamente – substituído.

A prova de que assim é podemos nós encontrá-la num exemplo bem preciso que se inscreve na experiência que vivemos desde março de 2020.

Apesar de tudo ter acontecido com inaudita rapidez, e de termos sido levados a mudar os nossos comportamentos em contexto de grande urgência e surpresa, a verdade é que as *medidas* inéditas que foram tomadas pelo Governo nas primeiras semanas desse mês não deixaram – não obstante serem elas próprias criadoras de um Direito completamente novo, feito com o propósito de “responder” à urgência – de obedecer a normas já existentes antes delas. As decisões de suspender voos, impedir o desembarque de navios, encerrar escolas ou obrigar ao teletrabalho não foram, por exemplo, tomadas de *qualquer forma*; foram antes tomadas através da forma de “despacho”, “resolução” e “decreto-lei”, sendo assim publicadas no jornal oficial⁹. E tal aconteceu não por mero hábito burocrático mas porque a Constituição determina, no artigo 119.º, que sejam ineficazes os atos do Estado aos quais se não dê a devida *publicidade*, identificando aqueles – no grupo dos quais se incluíam todos os que então se praticaram – que devem ser publicitados nas páginas oficiais do *Diário da República*. Mesmo em situação de *emergência, sanitária e jurídica*, foi portanto esta uma das normas preexistentes à emergência que nunca deixou de ser seguida; e para bem de todos nós o foi, porque caso assim não tivesse sido dependeríamos inteiramente dos *media* para saber o que fazer. Aqui, a continuação da observância do Direito, afinal, *interessou*.

⁹ Ver notas 1 a 5.

2.2. O Estado de direito interessa

Dizem habitualmente os comentadores que a exigência da publicidade dos atos do Estado, constante do artigo da Constituição a que acabámos de fazer referência, decorre logicamente do princípio do Estado de direito democrático, porque «[é] elemento irrenunciável do sistema jurídico democrático que os cidadãos conheçam e tenham fácil acesso em condições de igualdade ao direito vigente e fiquem a saber das principais decisões dos órgãos do poder político»¹⁰. A relação existente entre este imperativo de publicidade e a ideia geral de democracia é facilmente compreensível. Num regime político em que o exercício persistente do poder depende do voto popular e só com ele ganha legitimidade, natural é que os cidadãos não aceitem obedecer aos atos dos poderes públicos cujo conteúdo não possa por eles vir a ser conhecido. Menos imediata será, no entanto, a apreensão da relação existente entre toda esta exigência de “abertura” – que obriga a que em Estados democráticos o poder, perante todos responsável, se exerça sempre através de atos cujo conteúdo possa vir a ser por todos conhecido – e a ideia geral de Estado de direito. Apesar disso, tal relação existe e é estreita: uma coisa não vai sem a outra, e são as duas – a ideia de democracia, por um lado, e a ideia de Estado de direito, por outro – que concorrem em conjunto para explicar por que motivo nós, mesmo em situação de grande aflição e emergência, nos continuamos a preocupar com o Direito que nessas circunstâncias deve ser seguido.

Mais uma vez, a prova de que assim é podemos nós encontrá-la na experiência que vivemos desde março de 2020.

Nem todos os aspetos da nossa vida foram ao longo deste período alterados. Comportamentos houve que pudemos manter durante todos estes meses e dos quais não prescindimos, não apenas por não ter sido necessário deles prescindir, mas também porque eles espelham valores que são para nós imprescindíveis ou irrenunciáveis. Continuámos a editar jornais. Continuámos a exprimir livremente a nossa opinião nos mais diversos fóruns de espaço público. Criticámos o poder sempre que quisemos. Realizámos eleições. Em suma: mantivemos ou procurámos manter esse exigente equilíbrio entre liberdade e autoridade que é a marca essencial do nosso modo de viver. Mas a verdade é que se tal aconteceu ou *pôde* acontecer foi porque um princípio invisível nos não deixou de guiar ao longo de todos estes meses; e é a esse princípio que conferimos a designação geral de Estado de direito.

Graças a uma tradição cultural enraizada sabemos hoje que, para merecer esta designação (*de direito*), o Estado tem que cumprir duas exigências fundamentais. Em primeiro lugar, uma exigência relativa ao valor dos seus atos: de direito é o Estado no qual os atos do poder político não podem ter valor se não forem enquadrados em leis que os limitem previamente. Em segundo lugar, uma exigência relativa à defesa dos direitos dos cidadãos: de direito é o Estado no qual podem os cidadãos discutir perante

¹⁰ J. J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª edição, Coimbra, Vol. II, p. 129.

tribunais independentes os atos do poder político que considerem destituídos de valor, por não respeitarem o Direito que enquadra e legitima a sua prática.

Interessa, e muito, que estas duas exigências continuem a ser rigorosamente observadas em tempos de urgência e de aflição coletiva. Embora a utilidade que elas possam ter para nós não seja, na experiência quotidiana, tão imediatamente visível e tangível quanto o é o valor, ou a utilidade, que retiramos do facto de podermos votar livremente, ou de podermos expressar livremente a nossa opinião, a verdade é que ela [a utilidade] está cá: sem as formas do Direito que asseguram os limites da atuação do poder político do Estado e a possibilidade de defesa dos direitos dos cidadãos perante tribunais independentes não fica garantida a continuidade das práticas democráticas. É por isso que uma coisa (a democracia) não vai sem a outra (o Estado de direito). E é também por isso que à pergunta de senso comum que evocámos no início deste ponto se deve retorquir com uma resposta que, não sendo embora de senso comum, é a única que está à altura das nossas exigências: as formas do Direito interessam, e interessam muito.

A Provedoria de Justiça parte desta premissa para organizar e apresentar o relatório que se segue, e ao longo do qual se analisarão quatro questões essenciais. Primeira, em que *leis* [em que Direito] se baseou o poder político para definir a *emergência jurídica* com que pretendeu dar resposta à *emergência sanitária*; segunda, como é que ao longo do tempo foram sendo aplicadas estas *leis* [Direito]; terceira, que problemas se puderam detetar ao longo de todo este processo e, finalmente, que conclusões daí se retiram, quanto à eficácia e solidez dos instrumentos jurídicos de que dispomos para fazer face à emergência.

Uma última nota, quanto à sequência desta análise. Ela começará pela abordagem do por nós designado *direito da emergência*. A designação é equívoca porque pode comportar, pelo menos, dois sentidos diferentes. Num desses sentidos será *direito da emergência* todo aquele que foi sendo criado, ou escrito de novo, durante o período excecional que vivemos, com o propósito específico de fazer face às circunstâncias excecionais com que fomos confrontados. Não é, no entanto, com esse sentido que usamos a expressão. O *direito da emergência* que vamos analisar de seguida compreende, diferentemente, o conjunto de normas que, sendo preexistentes à própria situação de crise, habilitavam (ou não) o poder político a decidir como decidiu e a tomar as medidas extraordinárias que tomou. Além disso, é de notar que a nossa análise se prende apenas com aquelas medidas extraordinárias que se cifraram em restrições às liberdades e direitos fundamentais dos cidadãos. É bem sabido que durante todo este período muito outro *direito para a emergência* foi sendo criado, não para restringir ou afetar direitos, mas para garantir a viabilidade das condições de vida – familiar, social e económica – no período excecional que vivemos. Por razões que, cremos, facilmente se retirarão do discurso que acabámos de fazer, não será esta última dimensão da *emergência jurídica* que sustentará a nossa análise.

3. O Direito da emergência

3.1. Emergência administrativa e emergência constitucional

No início de março de 2020, quando os primeiros sinais de alarme se tornaram claros, as autoridades portuguesas tinham à sua disposição dois instrumentos fundamentais que, sob o ponto de vista jurídico, as *habilitariam* a tomar as medidas necessárias à contenção da propagação de contágios. Qualquer um deles tinha sido definido *antes* da irrupção da emergência mas, de certo modo, a *contar com ela*: não a contar com o que realmente veio a acontecer – ninguém poderia prever que, nos finais de 2019, um vírus tão perigoso quanto desconhecido, primeiramente detetado na cidade chinesa de Wuhan, viria em cerca de dois meses a espalhar-se pelo mundo – mas a contar com a *hipótese* de, no futuro, vir a ser necessário enfrentar um perigo grave e excecional, que obrigasse à tomada de decisões igualmente graves e excecionais – nomeadamente aquelas que se traduzissem na compressão de direitos fundamentais de todos os cidadãos. Ambos os instrumentos incluíam portanto aquele conjunto de normas que formavam o *direito da emergência*, na aceção que ao termo demos no ponto anterior: ambos identificavam em que circunstâncias, ou *quando*, é que poderia ser “acionada” a emergência; *quem*, ou quais as autoridades, é que teriam o poder para a “acionar”, e *como*, ou através de que competências extraordinárias, é que ela poderia vir a ser combatida ou enfrentada. Todavia, e apesar de todos estes aspetos a ambos comuns, os dois instrumentos eram – e continuam a ser – de natureza bem diferente entre si. Um dirigia-se (e continua a dirigir-se) às autoridades administrativas. Chamamos-lhe por isso o Direito Administrativo da Emergência, ou, mais simplesmente, a *emergência administrativa*. O outro dirigia-se (e continua a dirigir-se) às mais altas autoridades políticas do Estado. Chamamos-lhe por isso o Direito Constitucional da Emergência, ou, mais simplesmente, a *emergência constitucional*.

É importante que se compreenda que latitude de ação dava cada um destes instrumentos às autoridades a que se dirigia, ou qual era, mesmo antes de tudo acontecer, o quadro geral que os caracterizava. É que só depois de se conhecer este quadro geral estaremos nós habilitados a compreender como é que estes dois instrumentos vieram a ser concretamente usados ao longo de todo este ano, que problemas aí poderemos identificar e que conclusões haverá que retirar para o futuro.

3.2. Emergência administrativa

Garantir que a vida social decorra ordenadamente, e que assim se protejam os direitos dos cidadãos, é tarefa geral do Estado e de todos os seus poderes, sejam eles legislativos, judiciais ou administrativos. Todavia, para o cumprimento efetivo e quotidiano desta missão são as autoridades administrativas particularmente chamadas. O facto é consabido e não precisa de ulteriores desenvolvimentos. Temos

consciência, pela nossa experiência comum, que sem a ação das administrações locais, regionais e centrais não conseguiríamos viver em segurança; e que, se sempre assim foi, assim o será por maioria de razão num tempo como o nosso, com todo o desenvolvimento técnico e científico que o caracteriza. Graças a ele [a esse desenvolvimento] atingimos enquanto civilização níveis inéditos de bem-estar. Mas também por causa dele [desse desenvolvimento] estamos agora sujeitos a perigos e riscos de natureza e intensidade antes desconhecidas. Natural é por isso que, em Portugal como em muitos outros países, as leis conferem às autoridades administrativas competências específicas para o exercício de uma atividade diversa e multiforme de prevenção de perigos e de controlo de riscos. Hoje, sem uma atividade administrativa desta natureza não conseguiríamos assegurar nem a ordem coletiva nem os direitos de cada um.

É neste contexto que surge, em Direito português e no virar do século XX, o conceito de *proteção civil*. O conceito é o alicerce de toda uma legislação que visa orientar a atuação administrativa nos casos em que sobrevenham no nosso território *acidentes graves* e *catástrofes*.

A atual Lei de Bases da Proteção Civil, que data de 2006 e que foi pela última vez alterada em 2015¹¹, define assim os conceitos-chave em que se funda todo este Direito: a «proteção civil» – diz o n.º 1 do artigo 1.º da Lei de Bases – «é a atividade desenvolvida pelo Estado, pela regiões autónomas e autarquias locais, pelos cidadãos e por todas as entidades públicas e privadas com a finalidade de prevenir riscos coletivos inerentes a situações de acidente grave e catástrofe, de atenuar os seus efeitos e proteger e socorrer as pessoas e bens em perigo quando aquelas situações ocorram». Além disso, diz o artigo 3.º da mesma Lei que «[a]cidente grave é um acontecimento inusitado com efeitos relativamente limitados no tempo e no espaço, suscetível de atingir as pessoas e outros seres vivos, os bens ou o ambiente», e que «[c]atástrofe é o acidente grave ou a série de acontecimentos graves suscetíveis de provocarem elevados prejuízos materiais e, eventualmente, vítimas, afetando intensamente as condições de vida e o tecido socioeconómico em áreas ou na totalidade do território nacional».

É claro que nestas circunstâncias, que identificam os pressupostos (o *quando*) do “acionar” da emergência, as autoridades do Estado, das regiões ou do poder local devem poder fazer face ao imprevisto, e, portanto, agir com a margem de discricionariedade necessária à «reposição da normalidade da vida das pessoas em áreas afetadas pelo acidente grave ou catástrofe» (artigo 4.º da Lei de Bases). Mas para impedir que a discricionariedade redunde, na sua concreta aplicação, em arbítrio – o que seria necessariamente contrário à ideia de Estado de direito –, a lei estabelece um regime que, para além de definir o *quando* do “acionar” da emergência, identifica também as autoridades que detêm a competência para a enfrentar e os poderes extraordinários que às mesmas, nestas circunstâncias anómalas, são conferidos.

¹¹ Lei n.º 27/2006 de 3 de julho, alterada pela Lei n.º 80/2015 de 3 de agosto.

Esta definição, todavia, não é uniforme, ou não é feita para valer de igual modo em todas e quaisquer circunstâncias. Em harmonia com o princípio geral da proporcionalidade (que rege todo o Direito da emergência e segundo o qual só devem nele ser usados os meios que sejam estritamente necessários à finalidade que se visa prosseguir¹²), a lei distingue três situações, em grau crescente de gravidade das circunstâncias. De acordo com o seu artigo 8.º, os órgãos competentes podem declarar (i) *a situação de alerta* (ii) *a situação de contingência* e (iii) *a situação de calamidade*, «consoante a natureza dos acontecimentos a prevenir ou a enfrentar e a gravidade e extensão dos seus efeitos atuais ou expectáveis». Enquanto nas circunstâncias menos graves, de *alerta* ou *contingência*, a competência para declarar a situação poderá pertencer a autoridade municipal ou distrital caso os factos anómalos se encontrem circunscritos às respetivas áreas territoriais¹³, nas circunstâncias mais graves de *calamidade* o órgão competente para a declaração é o Conselho de Ministros, através de resolução (artigo 21.º).

Como adiante veremos, foi esta a forma a que se recorreu durante uma fase alargada do combate à pandemia, por ser a *declaração de calamidade*, que cabe ao Governo enquanto órgão superior da Administração Pública, a que permite o estabelecimento de limites mais intensos aos direitos das pessoas. De acordo ainda com o que dispõem os artigos 21.º, 23.º e 24.º da Lei de Bases da Proteção Civil pode nestas circunstâncias proceder-se, por exemplo, à mobilização civil de pessoas; à fixação de limites ou condicionamentos à liberdade de circulação; à fixação de cercas sanitárias; à racionalização da utilização dos serviços públicos de transporte ou à requisição temporária de bens e serviços. Nunca em situações comuns, de *normalidade*, poderia o Governo recorrer a estes meios extraordinários.

Uma última nota para concluir este ponto, em que procurámos compreender um dos instrumentos jurídicos de que dispunham as autoridades portuguesas para, logo no início da *emergência*, definir políticas limitativas da propagação dos contágios.

As locuções *emergência*, *emergência administrativa* e *proteção civil* aparecem associadas, na nossa memória próxima, sobretudo a situações de catástrofes climáticas, ecológicas e ambientais. Os grandes incêndios de 2017 são dessa referência a causa próxima. Mas a verdade é que a exposição ao risco que nos é própria, e que decorre do grau de desenvolvimento técnico e científico que atingimos,

¹² E que é, recorde-se, a da «reposição da normalidade da vida das pessoas».

¹³ Artigos 13.º e 16.º. No entanto, se a situação anómala respeitar a todo o território nacional a declaração caberá, por despacho, ao Ministro da Administração Interna. Como vimos, foi o que aconteceu logo a 13 de março de 2020, quando, por despacho conjunto da Administração Interna e da Saúde, foi declarada a situação de alerta em todo o território nacional: *infra*. nota 3

obrigam a que a ideia de *emergência administrativa* seja declinada em função de muitas outras variantes¹⁴. A *emergência sanitária* é apenas uma delas.

Por ser assim, a hipótese da ocorrência de uma «catástrofe» ou «acidente grave» no domínio da saúde não era desconhecida das leis portuguesas, mesmo antes da pandemia da Covid-19 ter sido identificada como tal pela OMS. O quadro jurídico existente entre nós, e que antecipava neste domínio a possibilidade de superveniência de um perigo ou risco grave, não era por isso apenas o geral, decorrente da Lei de Bases da Proteção Civil. Duas outras leis, destinadas a regular as políticas públicas nos domínios da saúde, continham (e continuam a conter) disposições específicas sobre os poderes que as autoridades administrativas podem assumir em situações de emergência sanitária. Assim, a Lei de Bases da Saúde (Lei n.º 95/2019, de 4 de agosto) determina, na sua Base 34, que a «autoridade de saúde» pode, em «situações suscetíveis de causarem ou acentuarem prejuízos graves à saúde dos cidadãos ou das comunidades», ordenar a suspensão de atividades ou o encerramento de serviços que funcionem em condições de risco para a saúde pública; promover [desencadear], em certas circunstâncias, o internamento ou a prestação compulsiva de cuidados de saúde a determinadas pessoas; proceder à requisição de serviços, estabelecimentos e profissionais de saúde em casos de epidemias graves e outras situações semelhantes. Finalmente, a Lei n.º 81/2009, de 21 de agosto, que instituiu um «sistema de vigilância em saúde pública», confere no seu artigo 17.º ao membro do Governo responsável pela área da saúde o poder de, «em caso de emergência em saúde pública», tomar medidas de exceção indispensáveis, «incluindo a restrição, a suspensão ou o encerramento de atividades ou a separação de pessoas que não estejam doentes, meios de transporte ou mercadorias, que tenham sido expostos, de forma a evitar a eventual disseminação da infeção ou contaminação».

3.3. *Emergência constitucional*

a) O estado de exceção constitucional e as suas afinidades com a emergência administrativa. Quatro aspetos essenciais

O outro instrumento que se encontrava à disposição das autoridades portuguesas em março de 2020, e que lhes permitiria vir a tomar as medidas extraordinárias que as novas, e também elas extraordinárias, circunstâncias que então se formavam requeriam que fossem tomadas, era (e ainda é) o que consta do artigo 19.º da Constituição. Escrito pela Assembleia Constituinte em 1976, acrescentado em alguns pontos pelas revisões constitucionais de 1982 e de 1989 e concretizado por lei do Parlamento de

¹⁴ A título de exemplo: a Resolução do Conselho de Ministros n.º 134-A/2019, de 9 de agosto, declarou a situação de crise energética aquando da greve dos motoristas de substâncias perigosas, de acordo com o previsto pelo Decreto-lei n.º 114/2001, de 7 de abril.

1986 (Lei n.º 44/86, de 30 de setembro), a este “instrumento” se dá habitualmente o nome de *estado de exceção constitucional*. Tal como o regime que acabámos de analisar, e que define as condições que devem estar reunidas para que as autoridades administrativas possam legitimamente tomar medidas de exceção, também este outro instrumento assenta em quatro pilares essenciais.

Em primeiro lugar, e quanto à sua *intenção*, o que nele se pretende é (tal como na emergência administrativa) deixar claro que as autoridades só poderão vir a assumir os poderes e as competências extraordinárias que por esta via lhe são conferidas se forem cumpridas todas as exigências que ele próprio identifica. O “instrumento” antecipa a possibilidade da superveniência de uma crise grave que venha a afetar todo ou parte do território português, e que, para ser debelada, obrigue à tomada de decisões que em circunstâncias de vida normal nunca poderiam vir a ser tomadas. Mas deixa claro que, em tais circunstâncias, o recurso à *exceção* só será legítimo se for levado a cabo nos termos e nas condições que ele próprio prescreve.

Em segundo lugar, e quanto a estes termos e condições. Tal como sucede com o “direito da exceção administrativa”, que acabámos de analisar no ponto anterior, também aqui se procede à identificação rigorosa do *quando, quem e como*: *quando*, ou que condições fácticas devem estar reunidas para que se entenda que se deve dar início ao tempo da *exceção*; *quem*, ou a que autoridades se atribui a competência, não apenas para declarar que existe uma situação excecional, mas também para tomar as medidas que se afigurem necessárias para a debelar; *como*, ou que poderes extraordinários serão conferidos a tais autoridades para que possam enfrentar as circunstâncias extraordinárias que se vivem.

Em terceiro lugar, e quanto ao princípio geral da proporcionalidade. Tal como acontece com o regime administrativo que analisámos no ponto anterior, também aqui se deixa bem claro que é este o princípio geral que deve guiar toda a atuação dos poderes públicos que tomem decisões em condições de exceção: todas estas medidas, em todos os seus aspetos (extensão, duração e meios utilizados) devem sempre limitar-se ao que for estritamente necessário para que se restabeleça de forma pronta a normalidade da vida¹⁵.

Finalmente, e em quarto lugar, a previsão da existência de diferentes situações de exceção, consoante o grau de gravidade dos factos que lhes deram origem. Tal como sucede no quadro que rege a atuação extraordinária das autoridades administrativas, que podem, como já vimos, declarar a *situação de alerta, de contingência e de calamidade* de acordo com a gravidade e extensão dos perigos e riscos que tenham que enfrentar – com consequências importantes para a identificação das autoridades com poderes para agir em cada uma dessas situações e do tipo de competências que lhes são atribuídas –, também aqui se distingue entre dois tipos de situações ou de estados, consoante a gravidade dos factos

¹⁵ Artigo 19.º, n.º 3, da Constituição.

que os motivam: o *estado de sítio*, por um lado, e o *estado de emergência*, por outro (artigo 19.º, n.º 2, da Constituição).

No entanto, para além destes pontos em comum, e que decorrem dos pilares em que assenta a sua arquitetura geral, os dois instrumentos são profundamente diferentes entre si.

b) Especificidades do estado de exceção constitucional. As circunstâncias que o legitimam

Começemos pela averiguação dessas diferenças no que diz respeito ao *quando*, ou seja, à identificação das condições ou pressupostos de facto que podem motivar a instituição das diferentes situações de exceção.

Como vimos, no caso da exceção *administrativa* tais condições encontrar-se-ão reunidas sempre que ocorrer um “acidente grave” ou “catástrofe”, na aceção que aos termos foi dada pela Lei de Bases da Proteção Civil, e isto em conjunto com a prefiguração de uma situação de “emergência sanitária”, no sentido que à expressão foi conferido quer pela Lei de Bases da Saúde quer pela Lei do Sistema de Vigilância em Saúde Pública. Mas muito diversa é a prefiguração da situação de facto que pode motivar a entrada em vigor de um estado de exceção constitucional. Aí, a Constituição é clara ao dizer que só «[o]s casos de agressão efetiva ou iminente por parte de forças estrangeiras, de grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática ou de calamidade pública» podem dar origem à declaração, no todo ou em parte do território nacional, do *estado de sítio* ou do *estado de emergência* (artigo 18.º, n.º 2).

A Constituição não distingue, com toda a precisão, quando é que deverá haver lugar para a declaração do *estado de sítio* e quando é que deverá haver lugar para a declaração do *estado de emergência*. Apenas esclarece que este último *estado* corresponderá em princípio a situações fácticas de menor gravidade, tendo por isso consequências também menos gravosas para a vida das pessoas (artigo 19.º, n.º 3). Mas o que a Constituição não esclareceu veio a ser clarificado pela Lei n.º 44/86, de 30 de setembro, que, como já dissemos, define, em concretização com o que dispõe o artigo 19.º da Lei Fundamental, o Regime do Estado de Sítio e do Estado de Emergência. Aí se diz, no artigo 8.º, que «[o] estado de sítio é declarado quando se verifiquem ou estejam iminentes atos de força ou insurreição que ponham em causa a soberania, a independência, a integridade territorial ou a ordem constitucional democrática»; e no artigo 9.º que «[o] estado de emergência é declarado quando se verifiquem situações de menor gravidade, nomeadamente quando se verifiquem ou ameacem verificar-se casos de calamidade pública». Como se verá no ponto seguinte, é precisamente com fundamento neste *pressuposto fáctico*, de verificação de uma situação de calamidade pública, que tem sido declarado entre nós, por períodos sucessivos de vigência renovada, o *estado de emergência constitucional*.

Mas se em relação à identificação das condições de facto que poderão justificar a vigência de uma ordem excecional (o *quando*), os dois “instrumentos” que vimos de analisar apresentam grandes diferenças entre si, também em relação à identificação das autoridades competentes para o governo dessa mesma ordem continuam essas diferenças a ser relevantíssimas.

c) Especificidades do estado de exceção constitucional. Autoridades competentes para a sua declaração e execução

As diferentes situações de *emergência administrativa* podem ser declaradas e governadas por autoridades locais, regionais e centrais, consoante o grau de extensão e gravidade do risco que em cada situação concretamente se enfrenta¹⁶. Muito diversamente, qualquer um dos dois diferentes estados de exceção constitucional – tanto o *estado de sítio* quanto o *estado de emergência* – só podem ser declarados mediante a ação conjunta dos três órgãos políticos de soberania, cabendo a responsabilidade da sua condução exclusivamente ao Governo.

Assim é porque a Constituição parte aqui da assunção segundo a qual o que está a acontecer ou pode vir a acontecer é de tal modo grave, tanto para a vida de cada um de nós quanto para a vida de todo o país, que opta por estabelecer uma distinção cerce entre dois momentos, o da *declaração* [da exceção] e o da sua *execução*. A autoridade competente para decidir que se entrou em situação extraordinária, e para o anunciar a toda a coletividade política, não é a mesma que é competente para exercer os poderes extraordinários que a exceção reclama que sejam exercidos. Para a *declaração* é competente o Presidente da República (artigo 134.º, *d*), da Constituição), a quem cabe avaliar os factos e decidir se, pela sua gravidade, eles justificam que se passe a viver em *condição de exceção*. No entanto, e justamente por causa da gravidade do que ocorre, o Presidente não age aqui sozinho. A sua decisão precisa de ser autorizada pela Assembleia da República e só pode ser tomada depois de ouvida a posição do Governo (artigo 138.º da Constituição)¹⁷.

A solenidade e complexidade de todo este procedimento, que envolve deste modo os três órgãos políticos de soberania (Presidente, Assembleia, Governo), são explicadas por especiais razões de segurança. Por um lado, é necessário que o *anúncio* que é feito ao País por intermédio da decisão presidencial se destaque pela especial solenidade da sua forma, uma vez que ele assinala o início de um tempo

¹⁶ *Supra*, ponto 3.2.

¹⁷ A Lei do Regime do Estado de Sítio e do Estado de Emergência (Lei n.º 44/86, de 30 de setembro) determina que a *declaração* do Presidente da República assume a forma de decreto (artigo 11.º), e que a *autorização* dada pela Assembleia da República assume a forma de resolução (artigo 15.º). Também diz, no artigo 10.º, que à Assembleia não cabe introduzir quaisquer alterações ou emendas ao decreto presidencial. Assim, o Parlamento só tem aqui duas opções: ou autoriza a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência ou recusa essa mesma autorização.

de *exceção*¹⁸, em que ao poder político serão conferidos poderes que nunca poderiam ser exercidos em alturas de normalidade. Os cidadãos deverão por isso ser para o facto alertados. Por outro lado, a exigência de uma ação conjunta dos três órgãos de soberania visa garantir que o tempo da *exceção* não virá a ser usado para a afirmação indevida de um poder sobre o outro, em rutura com o equilíbrio que a Constituição estabelece. O sistema político deve por isso ser contra tal eventualidade garantido.

Nenhuma destas preocupações está presente no segundo momento, relativo à *execução* do estado de exceção. Mais do que a segurança, o que aqui se procura é garantir a eficácia. Por isso mesmo, diz o artigo 17.º da Lei do Estado de Sítio e do Estado de Emergência (Lei n.º 44/86) que «[a] execução da declaração do estado de sítio ou do estado de emergência compete ao Governo, que dos respetivos atos manterá informado o Presidente da República e a Assembleia da República». Subjacente a esta escolha está a especial adequação do Governo, enquanto órgão de condução da política geral do País e órgão superior da Administração Pública, para o desempenho da função executiva em período de exceção. Parte-se do princípio segundo o qual nenhum outro poder do Estado estará tão capacitado quanto ele para agir nestas circunstâncias, tendo em conta a informação a que tem acesso e os especiais poderes organizativos de que dispõe. Todavia, e porque não desaparece a preocupação em garantir que o equilíbrio do sistema político não seja desvirtuado, do Executivo também se exige que preste contas regularmente de tudo quanto vai fazendo tanto ao Presidente da República quanto ao Parlamento. Neste sentido vai o artigo 28.º da Lei n.º 44/86, que exige que o Governo remeta à Assembleia da República, «[a]té 15 dias após a cessação do estado de sítio ou do estado de emergência» ou até 15 dias após o termo de cada período, um «relatório pormenorizado e tanto quanto possível documentado das providências e medidas adotadas na vigência da respetiva declaração». Como sabemos, dada a experiência quotidiana que há meses vivemos, ao Ministro da Administração Interna tem cabido a missão de apresentar ao Parlamento este relatório.

d) Especificidades do estado de exceção constitucional. Poderes extraordinários conferidos às autoridades

Mas se o “estado de exceção constitucional” apresenta, face à “exceção administrativa”, diferenças assinaláveis quanto às circunstâncias que o legitimam e quanto às autoridades competentes para o declarar e conduzir, também as apresenta quanto ao tipo de poderes que são conferidos a essas mesmas

¹⁸ A dimensão temporal é aqui de tal modo importante que se exige que “a duração do estado de sítio ou do estado de emergência [seja] fixada com menção do dia e hora dos seus início e cessação”. (artigo 5.º, n.º 2, da Lei n.º 44/86). Precisamente por causa desta exigência é que os decretos presidenciais que têm prorrogado, por períodos sucessivos de 15 dias, a vigência do estado de emergência dizem a hora (normalmente 23h e 59 minutos) do dia em que um certo período cessa e a hora (normalmente, 00.00 horas do dia seguinte) em que se inicia um novo período de emergência. Como veremos (adiante, ponto 4.3.) o Governo veio a adotar o mesmo método nas suas resoluções que foram declarando as várias *situações* (de alerta, contingência e calamidade).

autoridades para que se possa fazer face às ameaças e repor, tão prontamente quanto possível, a ordem normal da vida.

O direito da emergência administrativa, que analisámos no ponto anterior, é relativamente explícito quanto ao alcance dos poderes que atribui às autoridades administrativas que se vejam em situações de *alerta*, de *contingência* ou de *calamidade*. É evidente que, nestas situações, a explicitação feita previamente pela lei nunca pode vir a ser esgotante ou “total”. Encontramo-nos em emergência quando somos confrontados com o imprevisto; e, sempre que tal acontece, o que se nos exige é que saibamos lidar com o inesperado de modo criativo, agindo imediatamente para evitar que o pior aconteça ou para debelar o que já correu mal. Por isso mesmo, o Direito de emergência tem que conferir às autoridades a quem comete a ação preventiva ou reparadora uma margem larga de poder discricionário. A conclusão é inevitável e já foi por nós assinalada. No entanto – e também já o vimos – as leis da emergência administrativa nem por isso deixam de enumerar os diferentes poderes extraordinários que por essas alturas são conferidos a quem tem responsabilidades: os poderes de proceder à mobilização civil de pessoas, à fixação de limites ou condicionamentos à liberdade de circulação, à fixação de cercas sanitárias, à racionalização da utilização dos serviços públicos de transporte ou à requisição temporária de bens e serviços são dessa enumeração ilustrativos exemplos¹⁹. Por intermédio dela ficam também previamente identificados os direitos que poderão vir a ser limitados e o alcance de tais limites.

Não é, no entanto, este o método adotado pela Constituição, quando define os poderes extraordinários que serão conferidos às autoridades públicas caso se declare a vigência do estado de sítio ou do estado de emergência. O que aí se diz é apenas isto, que consta do n.º 1 do artigo 19.º: em tais circunstâncias, fica suspenso o exercício daqueles direitos, liberdades e garantias que forem especificados no decreto presidencial que declara a vigência do estado de exceção. Parte-se do pressuposto segundo o qual tão grave será, nessas circunstâncias, a ameaça que pesa ou pode vir a pesar sobre a vida de todos e de cada um de nós que perante ela se tornará impossível antever, ou antecipar, o quanto haverá que fazer. Por isso, ao poder político se confere a mais elevada responsabilidade: a de suspender o exercício de direitos, num quadro geral de imperiosa necessidade e de acordo com o princípio da proporcionalidade, sem mais ulteriores e positivas especificações quanto aos direitos a limitar ou quanto ao alcance dos seus limites.

No entanto, e precisamente porque sempre se pensou que seriam gravíssimas as circunstâncias que rodeariam a instalação, no nosso país, de um estado de exceção constitucional, se se não procedeu a uma mais precisa e clara enumeração do que *poderia* nesses casos fazer-se, em contrapartida deixou-se bem claro o que *nunca*, em caso algum, *seria feito*. Por causa da impossibilidade de antevisão do que viria a ser necessário empreender em tão graves situações, a Constituição optou aqui pelo método

¹⁹ Cfr. *supra*, artigos 21.º, 23.º e 24.º da Lei de Bases da Proteção Civil.

da enunciação dos limites: não deu ao poder político muitas indicações positivas quanto à ação a empreender, mas definiu de modo cerce o que essa ação, em caso algum, poderia comportar.

Foi assim que se escreveu, no n.º 6 do artigo 19.º [da Constituição], que «[a] declaração do estado de sítio ou do estado de emergência em nenhum caso pode afetar os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade pessoal, à capacidade civil e cidadania, a não retroatividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião»²⁰. Além disso, deixou-se também claro, no n.º 7 do mesmo artigo, que não afetada seria ainda a «aplicação das regras constitucionais relativas à competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania e do governo próprio das regiões autónomas ou os direitos e imunidades dos respetivos titulares». Dentro da mesma lógica de fixação de limites, exigiu-se ainda no n.º 5 que a declaração do estado de sítio e do estado de emergência fosse sempre «adequadamente fundamentada» e contivesse «a especificação dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício [ficasse] suspenso».

Finalmente, foi também aí que se deixou dito que nenhum estado de sítio ou de emergência poderia ter duração superior a quinze dias, sem prejuízo de eventuais renovações.

4. As fases

Apesar destes dois instrumentos, que acabámos de analisar, serem de natureza muito diversa entre si, foi com base ora em um ora em outro que, desde março de 2020, se foi definindo o curso da ação necessária para conter a propagação dos contágios. Cada um deles exigia, como vimos, que se declarasse previamente a *situação* ou o *estado* que o grau de severidade das circunstâncias reclamava; e que, a seguir, se definisse o regime correspondente a esse grau, com maior ou menor contração dos direitos de circulação, de iniciativa económica privada e de liberdade geral de atuação. À parte, naturalmente, do *estado de sítio*, que, pela sua própria índole, estaria sempre fora de quaisquer hipóteses de “declaração”²¹, todos os outros diferentes estágios de gravidade foram sendo percorridos: desde as *situações de alerta*, *contingência* e *calamidade* (em contexto de aplicação dos modelos de emergência administrativa), até ao *estado de emergência*, em contexto de aplicação do modelo de exceção constitucional.

Em relação a este último é a própria Constituição que impõe que, a cada quinze dias, se reavaliem as condições extraordinárias que legitimaram a sua declaração. Como já vimos, é isso que decorre do artigo 19.º (n.º 5), que diz que «o estado declarado [não pode] ter duração superior a quinze dias [...]

²⁰ A este elenco acrescentou a Lei n.º 44/86 o seguinte: “[a]s reuniões dos órgãos estatutários dos partidos políticos, sindicatos e associações profissionais não serão em caso algum proibidas, dissolvidas ou submetidas a autorização prévia”. (artigo 2.º, *alínea e*)).

²¹ Cfr. *supra*, ponto 3.3. O *estado de sítio* só pode ser declarado quando se verifiquem ou estejam iminentes atos de força ou insurreição que ponham em causa a soberania, a independência, a integridade territorial ou a ordem constitucional democrática.

sem prejuízo de eventuais renovações». Mas em relação às demais «situações» decidiu o Governo que cada «declaração» a elas respeitante fosse igualmente revista de quinze em quinze dias, para que assim pudessem ser avaliados «os impactos das medidas na evolução da epidemia».²²

Por estes motivos, no momento em que se elabora este relatório (abril de 2021) contamos já com 28 «declarações», de «situações» ou de «estados», conforme pode ser visto no quadro que segue:

De 13 de março de 2020 a 19 de março (situação de alerta)
De 19 de março a 2 de abril (estado de emergência)
De 3 de abril a 17 de abril (estado de emergência)
De 18 de abril a 2 de maio (estado de emergência)
De 3 a 17 de maio (situação de calamidade)
De 18 a 31 de maio (situação de calamidade)
De 1 de junho a 14 de junho (situação de calamidade)
De 15 de junho a 30 de junho (situação de calamidade) ²³
De 1 de julho a 14 de julho (situação de calamidade, contingência e alerta)
De 15 de julho a 31 de julho (situação de calamidade, contingência e alerta)
De 1 de agosto a 14 de agosto (situação de contingência e alerta)
De 15 de agosto a 31 de agosto (situação de contingência e alerta)
De 1 de setembro a 14 de setembro (situação de contingência e alerta)
De 15 de setembro a 30 de setembro (situação de contingência)
De 1 de outubro a 14 de outubro (situação de contingência)
De 15 de outubro a 3 de novembro (situação de calamidade) ²⁴
De 9 de novembro a 23 de novembro (estado de emergência)
De 24 de novembro a 8 de dezembro (estado de emergência)
De 9 de dezembro a 23 de dezembro (estado de emergência)
De 24 de dezembro a 7 de janeiro 2021 (estado de emergência)
De 8 de janeiro a 15 de janeiro (estado de emergência)
De 16 de janeiro a 30 de janeiro (estado de emergência)

²² A decisão foi tomada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 33-C/2020, de 3 de abril, que definiu o plano do “primeiro desconfinamento”.

²³ O ponto 15 da RCM n.º 51-A, de 26 de junho, que altera a RCM n.º 40-A, de 29 de maio, estende a situação de calamidade até ao dia 30 de junho.

²⁴ Entre os dias 4 e 8 de novembro vigorou a situação de calamidade, determinada pela RCM n.º 92-A, de 2 de novembro.

De 31 de janeiro a 14 de fevereiro (estado de emergência)
De 15 de fevereiro a 1 de março (estado de emergência)
De 2 de março a 16 de março (estado de emergência)
De 17 a 31 de março (estado de emergência)
De 1 de abril a 15 de abril (estado de emergência)
De 16 de abril a 30 de abril (estado de emergência)

Cada uma destas diferentes «declarações» corresponde a tantos outros atos do Estado praticados pelas autoridades competentes e publicados no Jornal Oficial. Ao conteúdo de cada uma delas se poderá facilmente aceder através da consulta do sítio da Internet do Diário da República, <https://dre.pt>. O endereço inclui aliás uma página exclusivamente dedicada à legislação Covid: <https://dre.pt/legislacao-Covid-19>.

É tão impossível quanto inútil a análise individualizada de todos estes momentos. Mas vale a pena procurar compreendê-los no seu conjunto, agrupando-os em quatro grandes fases que espelham os diferentes períodos por que foi passando a direção política do combate à pandemia.

4.1. A Primeira Fase (13-18 de março de 2020)

A *primeira fase* (13-18 de março de 2020) foi de brevíssima duração.

A sua condução política coube ao Governo que, agindo em resposta a uma crescente pressão global, tomou as primeiras medidas extraordinárias invocando direito já existente e criando direito novo. Por um lado, e com fundamento nas já existentes leis de «emergência administrativa» (Lei de Bases da Proteção Civil; Lei de Bases da Saúde; Lei do Sistema de Vigilância em Saúde Pública) declarou a *situação de alerta* em todo o território nacional, determinando, por este meio, quer o aumento da prontidão dos serviços de segurança e de todos os agentes de proteção civil quer a proibição da realização de eventos com mais de um certo número de pessoas²⁵. Por outro lado, através do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, foram tomadas medidas diversas, como a suspensão das aulas presenciais, a limitação de acesso a espaços frequentados pelo público, a interdição de viagens de finalistas, o regime do teletrabalho ou a suspensão do funcionamento de discotecas.

²⁵ Através de Despacho conjunto do Ministro da Administração Interna e do Ministro da Saúde. Ver atrás, nota 3. Além disso, através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 10-D/2020, de 18 de março, foi declarada a situação de calamidade para o município de Ovar.

Todas estas medidas condicionavam (e continuam a condicionar) o exercício de direitos que são fundamentais. Porém, o Decreto-Lei n.º 10-A/2020, que primeiro as introduziu – e que entretanto se tornou num dos mais importantes diplomas da chamada «legislação Covid», vigorando até agora com numerosas alterações –, não se limitou a elas. Além de restringir direitos, o diploma definiu regimes excecionais em matérias tão diversas quanto a contratação pública, a autorização de despesas, a composição de juntas médicas, os atos e diligências processuais e as medidas de proteção social na doença e na parentalidade. Mas terão sido porventura as decisões de restrição de direitos que levaram o Governo, logo após a publicação do decreto-lei, a apresentar à Assembleia da República uma proposta de lei em que se reconhecia que a urgência [na entrada em vigor do decreto-lei] teria levado à consagração [nele] de medidas que poderiam ser interpretadas como integrando matéria de reserva de competência legislativa da Assembleia da República²⁶. Por esse motivo, pedia-se que o Parlamento *ratificasse* os efeitos do ato legislativo governamental, o que veio efetivamente a acontecer por intermédio da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março. No entanto, e como tem sido salientado por vários comentadores²⁷, a figura (ratificação de decreto-lei do Governo por lei da Assembleia) não tem hoje respaldo constitucional.

4.2. A Segunda Fase. O primeiro estado de emergência e o primeiro desconfinamento (19 de março - 2 de maio de 2020)

Foi justamente para evitar que sobre as medidas extraordinárias que tinham que ser tomadas pairassem quaisquer “sombras” como esta [de constitucionalidade e, portanto, de legitimidade] que o Presidente da República decretou o ***primeiro estado de emergência***.

Na verdade, no ato em que o *declara* (Decreto n.º 14-A/2020, de 18 de março, *Diário da República*, 1.ª Série, n.º 55, p. 13-(2) diz o Presidente que «[e]m Portugal foram já tomadas medidas importantes de contenção». «Contudo» – continua – «à semelhança do que está a ocorrer noutros países europeus, torna-se necessário reforçar a cobertura constitucional a medidas mais abrangentes, que se revela necessário adotar para combater esta calamidade pública, razão pela qual o Presidente entende ser indispensável a declaração do estado de emergência», assim se conferindo «às medidas que se traduzam em limitações aos direitos, liberdades e garantias o respaldo Constitucional [que só o estado de emergência pode dar]...».

²⁶ Proposta de Lei n.º 17/XIV/1.ª, *Diário da Assembleia da República*, 2.ª Série A - n.º 62, de 18 de março de 2020. A Constituição, no artigo 165.º, n.º 1, *alínea b*), reserva à Assembleia da República a competência para legislar em matéria de direitos, liberdades e garantias.

²⁷ Entre eles, Rui Lancelo e Teresa Violante, “A resposta à COVID-19 em Portugal: Da Normalidade Constitucional ao Estado de Emergência”, 8 de maio de 2020, *Observatório Alameda*.

Assim começa portanto a segunda fase, que vai de 19 de março a 2 de maio de 2020, e na qual se vive não apenas o *primeiro estado de emergência* mas também o *primeiro confinamento*.

a) Uma experiência inédita: o procedimento solene da declaração do estado de emergência

Como nunca antes tinha sido necessário aplicar o regime constante do artigo 19.º da Constituição, que atrás descrevemos, a experiência que se viveu durante esta fase começou por apresentar as dificuldades que são próprias de tudo quanto é *inédito*: pela primeira vez, tinha que se saber em que é que se traduziria praticamente o envolvimento necessário dos três órgãos políticos de soberania no procedimento de *declaração* do estado de exceção, sob a forma menos grave de estado de emergência; pela primeira vez, tinha que se saber em que é que se traduziria praticamente a figura da *suspensão parcial* de direitos que a vigência de tal estado implicaria; pela primeira vez, tinha que se saber em que é que se traduziria praticamente a *execução* de tal estado, tarefa que, como vimos, o Direito preexistente atribuía exclusivamente ao Governo. Havia portanto que passar da teoria à prática, interpretando todo um regime jurídico que, durante mais de quatro décadas, nada mais tinha sido do que uma remota hipótese teórica.

O envolvimento dos três órgãos políticos de soberania na decretação do estado de emergência fez-se de acordo com todos os requisitos formais que a Constituição exige. O Presidente decidiu, através de decreto, declarar a vigência do estado de exceção, ouvido o Governo. A Assembleia da República aprovou, através de resolução. No entanto, como se exige também que nenhuma declaração possa durar mais de quinze dias, todo este procedimento solene teve que ser por três vezes repetido. A 18 de março o Presidente emitiu o Decreto-Presidencial n.º 14-A/2020, que declarava, com fundamento em calamidade pública, que o *estado de emergência* vigoraria em todo o território continental a partir do dia seguinte. Mas a 2 de abril voltou o Presidente a emitir novo Decreto, com o n.º 17-A/2020, a declarar por mais quinze dias a renovação do dito estado pelos mesmos fundamentos; e quinze dias depois voltou a renovar a declaração por mais outros quinze, através do Decreto n.º 20-A/2020. De todas essas vezes o Parlamento autorizou o ato do Presidente por meio de resoluções (Resolução da Assembleia da República n.º 15-A/2020, de 18 de março; Resolução da Assembleia da República n.º 22-A/2020, de 2 de abril; Resolução da Assembleia da República n.º 23-A/2020, de 17 de abril). Todavia, como o Direito preexistente determinava que, nestas circunstâncias, à Assembleia não caberia introduzir quaisquer emendas ou alterações ao decreto presidencial, restando-lhe as hipóteses de autorização ou de recusa de autorização²⁸, o momento do escrutínio parlamentar da decisão presidencial saldou-se na distinção entre votos a favor, votos contra e abstenções. No dia 18 de março ninguém votou contra.

²⁸ Ver atrás, nota 18.

Apenas se abstiveram os grupos parlamentares do PCP e do PEV, bem como o Deputado da IL e a Deputada não inscrita Joacine Katar Moreira. Mas a 2 de abril o IL votou contra a renovação, e às demais abstenções, que se mantiveram, juntou-se a do Deputado do Chega. Finalmente, a 17 de abril, o PCP, o IL e a Deputada independente votaram contra, tendo-se mantido as restantes abstenções.

b) Uma experiência inédita: a suspensão parcial de direitos

Mas para além de se saber em que é que se traduziria, *praticamente*, o procedimento solene de declaração do estado de emergência, com a atuação conjunta do Presidente, da Assembleia e do Governo, também importava saber em que é que se traduziria a *suspensão de alguns dos direitos suscetíveis de serem suspensos*, “suspensão” essa que o n.º 3 do artigo 19.º da Constituição identifica como sendo o âmbito possível de qualquer declaração de estado de emergência. Até então, o tema tinha concitado todo o entusiasmo próprio da estrita especulação teórica. Como a Constituição só admite a possibilidade da “suspensão do exercício de direitos” em estado de exceção constitucional (sendo, aliás, essa mesma a epígrafe do seu artigo 19.º), contrapondo tal possibilidade a uma outra, a da “restrição de direitos”, que, sendo menos intensa, é também a adequada para a vida quotidiana dos tempos de normalidade constitucional (artigo 18.º), debatia-se teoricamente a questão de saber como é que se deveria distinguir entre o conceito de “restrição”, instrumento *comum* e posto quotidianamente à disposição do legislador ordinário em tempos de normalidade, e a “suspensão”, instrumento *raro* pois que só posto à disposição do poder político nos tempos extraordinários de exceção constitucional²⁹.

No entanto, o decreto presidencial que declarou o primeiro estado de emergência veio logo reduzir o alcance de toda esta discussão. Na verdade, nele, o Presidente adotou uma certa interpretação do que seria a “suspensão parcial” de direitos aproximando-a em tudo da “restrição”, a qual era *autorizada* pela declaração do estado de exceção constitucional. É isto mesmo que resulta da formulação literal, não apenas do Decreto n.º 14-A/2020, mas de todos os outros que, ao longo de mais 13 procedimentos solenes [de declaração e renovação do estado de emergência] lhe sucederiam.

Como já vimos, a Constituição exige que o decreto presidencial contenha a especificação dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fique suspenso (n.º 5 do artigo 19.º). Cumprindo esta exigência, logo no decreto de 18 de março de 2020 o Presidente determinou que ficasse *parcialmente suspenso* o exercício do direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional; do direito de propriedade e da liberdade de iniciativa económica privada; de vários direitos dos trabalhadores;

²⁹ Vejam-se, por exemplo, ecos desta discussão em dois comentários à Constituição: J.J. Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra Editora, 4.ª edição, anotações aos artigos 18.º e 19.º; e anotações aos mesmos artigos por Jorge Miranda/ Rui Medeiros, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2.ª edição.

da liberdade de circulação internacional; das liberdades de reunião e de manifestação; da liberdade de culto e do direito de resistência. Todavia, e com exceção deste último³⁰, em relação a todos os demais direitos esta “suspensão parcial” traduziu-se numa *autorização* [*habilitação*] que foi conferida às “autoridades competentes” para que estas pudessem instituir as restrições de direitos que se revelassem necessárias à prossecução das finalidades a alcançar, seguida da indicação de algumas das medidas que poderiam ser adotadas. A formulação literal da decisão presidencial confirma isto mesmo: “*podem ser impostas pelas autoridades competentes as restrições necessárias*” (quanto ao direito de deslocação); “*pode ser requisitada pelas autoridades públicas competentes*” (quanto à propriedade e iniciativa económica privada); “*podem ser determinadas pelas autoridades públicas competentes*” (quanto às restrições aos direitos dos trabalhadores); “*podem ser impostas pelas autoridades públicas competentes as restrições necessárias*” (quanto à liberdade de culto).

c) A execução pelo Governo

Como sabemos, a “autoridade pública competente” para executar todas estas medidas era – ainda é – o Governo. Assim o determina o artigo 17.º da Lei do Estado de Sítio e do Estado de Emergência, que lhe atribui [ao Governo] a função de “execução da declaração do estado de sítio e do estado de emergência”.

E, de facto, o Governo *executou*, emitindo em relação a cada uma das três declarações presidenciais três decretos: o Decreto do Governo n.º 2-A/2020, de 20 de março; o Decreto do Governo n.º 2-B/2020, de 3 de abril; e o Decreto do Governo n.º 2-C/2020, de 17 de abril. Contudo, ao emitir estes três decretos, o Governo não invocou o poder de *execução* que, para o estado anómalo da exceção constitucional, lhe havia sido conferido pela Lei n.º 44/86. Invocou antes a sua função de *órgão de regulamentação* da decisão presidencial, agindo ao abrigo das comuns funções administrativas que lhe são cometidas pela alínea g) do artigo 199.º da Constituição. Diz esta alínea que ao Governo compete, *no exercício de funções administrativas*, «praticar todos os atos e tomar todas as providências necessárias à promoção do desenvolvimento económico-social e à satisfação das necessidades coletivas». O por menor não é despreciando. Antes pelo contrário: o que ele revela é que, tal como o Presidente – que interpretou o Direito que lhe atribuía o poder *extraordinário de suspender* o exercício de direitos em tempos de exceção constitucional de forma a aproximá-lo dos métodos comumente seguidos em tempos de *normalidade* – também o Governo parece ter seguido, quanto ao seu poder de *executar* o estado de exceção constitucional, a mesma interpretação. Preferiu entender que o exercício de tal

³⁰ Em relação ao qual se dizia: “[f]ica impedido todo e qualquer ato de resistência ativa ou passiva às ordens emanadas pelas autoridades públicas competentes em execução do presente estado de emergência”. A formulação não voltou a ser repetida.

poder se resumia ao exercício normal de uma competência que, para a ação comum de todos os dias, a Constituição lhe atribui.

d) As medidas do confinamento

De todo o modo, foi com este fundamento que se definiram as medidas de confinamento, que se traduziram em restrições de várias ordens, desde as decorrentes das limitações à liberdade de circulação das pessoas até à regulação restritiva de toda a atividade económica.

No que respeita às limitações da liberdade de circulação distinguiram-se três situações, a que corresponderam diferentes intensidades de restrição de movimentos. A primeira, em que as limitações de deslocação seriam as mais severas (isolamento obrigatório, sob pena de se incorrer na prática de crime de desobediência), aplicou-se a pessoas comprovadamente contaminadas com o coronavírus ou em situação de vigilância ativa por decisão da autoridade sanitária. A segunda, da qual resultava a sujeição a um “dever especial de proteção” (proibição de sair de casa a não ser em circunstâncias excecionais e quando estritamente necessário), aplicou-se aos cidadãos integrados em grupos de risco (idade superior a 70 anos ou com morbilidades). A terceira, traduzida num “dever geral de recolhimento domiciliário”, aplicou-se à restante população, que apenas estaria autorizada a deslocar-se para fora do domicílio para finalidades específicas e predefinidas.

Além deste regime geral aplicável a todos, foi ainda determinada a proibição da realização de celebrações de cariz religioso, o condicionamento da realização de funerais à presença de um limite máximo de pessoas, o encerramento de instalações e estabelecimentos, a suspensão de atividades no âmbito do comércio a retalho e no âmbito da prestação de serviços, a suspensão do atendimento presencial nos serviços públicos e a obrigatoriedade do teletrabalho, sempre que este se revelasse possível.

Essas medidas mantiveram-se, essencialmente, as mesmas até ao fim do período em que vigorou o estado de emergência, servindo a primeira renovação para “apertar” algumas dessas medidas de modo a minorar o risco de contágio e de propagação da doença, por exemplo, passando a prever-se expressamente, no decreto governamental que regulamenta a execução do estado de emergência, a proibição de ajuntamentos de mais de 5 pessoas³¹. Compreendendo a primeira renovação do estado de emergência o período da Páscoa, foi determinada, para esse período, a proibição de circulação para fora do concelho de residência habitual bem como a proibição de voos comerciais de passageiros³². A segunda e última renovação do primeiro estado de emergência é feita já num contexto em que se antecipa a

³¹ Artigo 43.º, n.º 1, alínea e), do Decreto n.º 2-B/2020, de 2 de abril.

³² Artigo 6.º do Decreto n.º 2-B/2020, de 2 de abril.

possibilidade de levantamento gradual das medidas de confinamento. O *primeiro estado de emergência* terminou às 23h59m do dia 2 de maio e durou, precisamente, quarenta e cinco dias.

4.3. A Terceira Fase. O primeiro desconfinamento (3 de maio de 2020 - 9 de novembro de 2020)

A 30 de abril de 2020, poucos dias antes da cessação do primeiro estado de emergência, o Governo aprovou, através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 33-C/2020, uma estratégia gradual de levantamento de medidas de confinamento com vista a iniciar o período de recuperação e revitalização da vida em sociedade e da economia. Assim se inicia uma nova fase de combate à pandemia que durará até novembro de 2020 e que será conduzida, novamente, apenas pelo Executivo, sem intervenção parlamentar ou presidencial. Ao longo de todo este período, as medidas que foram sendo tomadas pelo Conselho de Ministros sob a forma de resolução fundamentaram-se no “direito da emergência administrativa”. O Governo invocou aqui como normas habilitantes das suas decisões as decorrentes da Lei de Bases da Proteção Civil – com a previsão de diferentes *situações de alerta, contingência e calamidade* –, da Lei do Sistema de Vigilância em Saúde Pública e, adicionalmente, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, que entretanto viria a ser alterado de modo a prever, em certas situações, tanto a obrigatoriedade do uso de máscara quanto da medição da temperatura corporal³³.

Ao distinguir entre três situações de “emergência”, de acordo com o seu grau de severidade, a Lei de Bases da Proteção Civil não prevê para cada uma delas um período de vigência limitado no tempo. Ao contrário do que se passa em regime de exceção constitucional, em que a declaração do estado [de exceção] não pode durar mais do que quinze dias, as declarações das diferentes *situações de emergência* administrativa não têm um prazo de duração legalmente fixado. No entanto, e como já vimos³⁴, foi o próprio Governo que resolveu, no mesmo dia [e através do mesmo ato] em que aprovou a estratégia gradual do desconfinamento, «definir que o calendário da estratégia do levantamento das medidas de confinamento contém um período de 15 dias entre cada fase de desconfinamento para que sejam avaliados os impactos das medidas na evolução da pandemia» (n.º 2 da Resolução do Conselho de Ministros n.º 33-C/2020). Em resultado desta opção, e durante os seis meses que se seguiram, a situação epidemiológica era sempre revista quinzenalmente, resultando de cada um desses momentos a definição do regime de limitação de direitos que se deveria adotar, em correspondência com o grau de severidade da *situação* de emergência que se declarava existir. Sucederam-se assim as *declarações*, conforme consta do quadro que atrás deixámos exposto: iniciou-se esta fase com a *declaração da situação*

³³ Decreto-Lei n.º 20/2020, de 1 de maio.

³⁴ Nota 23.

de calamidade, mantida até finais de junho; à qual se seguiu a *declaração da situação de calamidade, contingência e alerta*; à qual se seguiu a *declaração da situação de contingência e alerta*; à qual se seguiu a *declaração da situação de contingência*, para se voltar à *declaração da situação de calamidade* em meados de outubro.

Nos períodos de 1 a 14 de julho, e de 15 a 31 de julho, em que todas as três *situações* conviveram entre si, os números da pandemia diferiam de região para região, sendo sobretudo graves na Área Metropolitana de Lisboa. Aliás, desde junho que para esta região se previam medidas especiais, que se viriam a traduzir na mais apertada limitação do número de pessoas em permanência ou em circulação em espaços frequentados pelo público, no encerramento mais cedo dos estabelecimentos do comércio a retalho e de prestação de serviços ou na proibição do consumo de bebidas alcoólicas em espaços ao ar livre³⁵. Mas tendo as dificuldades sentidas na área da “Grande Lisboa” atingido o seu auge em julho, é por essa altura que se decide que em algumas freguesias dessa região (exaustivamente enunciadas) vigoraria a *situação de calamidade*; nas demais freguesias da Área Metropolitana de Lisboa a *situação de contingência* e no resto do país a *situação de alerta*³⁶. Esta geografia diferenciada das situações de emergência manter-se-ia até 14 de setembro, com o país dividido, apenas, em zonas de *contingência* e zonas de *alerta*. Mas a partir daí, com o início do novo ano escolar e a mais intensa circulação dele resultante, voltou-se à “declaração” única para o conjunto do território nacional, que regressaria todo ele, como já vimos, à *situação de calamidade* em meados de outubro³⁷.

Perante esta diversidade de *situações*, variáveis ao longo de um tão distendido período de tempo, as medidas limitadoras de direitos foram também divergindo consoante os períodos e as regiões. Na fase inicial, mais severa, previa-se para todos, crianças, jovens e adultos, um «dever cívico de recolhimento domiciliário». Além disso, proibiam-se os ajuntamentos de mais de 10 pessoas na via pública e a realização de celebrações e de outros eventos que implicassem uma aglomeração em número superior a esse (10 pessoas), tal como se condicionava a realização de funerais e a prática da atividade física e desportiva. A partir de certa altura (Resolução n.º 40-A/2020, de 29 de maio) deixou de existir o «dever cívico de recolhimento domiciliário»; a imposição do teletrabalho foi substituída pela obrigação do empregador de proporcionar as mais seguras condições de trabalho; as restrições às atividades económicas maximamente atenuadas; os batizados e casamentos permitidos. Mas em outubro regressar-se-ia às medidas mais gravosas, com a recomendação do uso de máscara ou viseira na via pública, a proibição de festejos no ensino superior, a primeira limitação de circulação entre concelhos durante um número limitado de dias (entre as 00:00 horas do dia 30 de outubro e as 6:00 horas do

³⁵ Resolução n.º 43-B/2020 e Resolução n.º 45-B/2020 do Conselho de Ministros.

³⁶ Resoluções n.ºs 51-A/2020 e 53-A/2020 do Conselho de Ministros.

³⁷ No entanto, as diferenciações de concelhos mantêm-se. Na Resolução n.º 88-A/2020, de 14 de outubro, preveem-se regras especiais para os concelhos de Felgueiras, Lousada e Paços de Ferreira.

dia 3 de novembro) e a redução do número de pessoas concentradas em espaços públicos³⁸. Assim terminava esta terceira fase do combate à pandemia. Quanto a ela, ainda uma última nota: como se viu, as medidas que ao longo de todo este tempo foram sendo tomadas couberam essencialmente ao Governo. Contudo, já nos finais do mês de outubro a Assembleia da República viria a aprovar uma lei a impor transitoriamente, mas em *quaisquer circunstâncias*, o uso de máscara em espaços públicos (Lei n.º 62-A/2020, de 27 de outubro).

4.4. A Quarta Fase. O segundo estado de emergência e o segundo confinamento (9 de novembro de 2020 em diante)

Com o agravamento da situação sanitária, a 6 de novembro de 2020, o Presidente da República decretou novamente o estado de emergência. Fê-lo através do Decreto n.º 51-U/2020, que determinou que a vigência do novo estado valeria para todo o país a partir do dia 9 desse mês.

Tratou-se de uma nova decisão, ou de um *segundo estado de emergência*, sujeito aos mesmos limites e regras que já tinham disciplinado o primeiro (19 de março a 2 de maio de 2020).

Desde logo, sujeito à regra da duração quinzenal, “sem prejuízo de eventuais renovações”. No entanto, no momento em que se escreve (meados de abril de 2021) mantém-se ainda a sua vigência. Significa isto que, tendo sido declarado inicialmente para valer por quinze dias (9 a 23 de novembro de 2020), a decisão da sua imposição foi já por dez vezes renovada³⁹. Tanto a declaração inicial quanto as renovações cumpriram o procedimento formal que a Constituição exige. O Governo pronunciou-se e foi ouvido. O Presidente decidiu. A Assembleia da República autorizou. Tal como se havia passado no período de março-maio de 2020, os momentos de intervenção parlamentar consistiram na aprovação do decreto presidencial sem “emendas” ou “alterações”, uma vez que estas não são autorizadas pela Lei do Regime do Estado de Sítio e do Estado de Emergência (artigo 10.º). Ao longo de mais de uma dezena de procedimentos, o alinhamento dos votos a favor da autorização, que nunca deixaram de ser majoritários, dos votos contra e das abstenções tem sofrido algumas variações, que podem ser conhecidas por consulta a www.parlamento.pt.

Além disso, o Governo – tal como aconteceu no período de março a maio de 2020 – tem sempre executado as declarações presidenciais (quer a inicial, quer as de renovação [de vigência do estado]) através de decretos, que se identificam como *regulamentações* das decisões do Presidente efetuadas ao

³⁸ Resolução n.º 88-A/2020 do Conselho de Ministro.

³⁹ Entre 8 e 15 de janeiro a renovação da declaração durou apenas uma semana.

abrigo do disposto no artigo 199.º, alínea g), da Constituição. Como vimos⁴⁰, esta norma atribui ao Governo a *competência administrativa* para «[p]raticar todos os atos e tomar todas as providências necessárias à promoção do desenvolvimento económico-social e à satisfação das necessidades coletivas». Finalmente, e quando tal se mostrou necessário, o Presidente procedeu à especificação dos direitos cujo exercício ficava suspenso do mesmo modo por que o fez aquando do ***primeiro estado de emergência***: enumerou-os, *autorizando* em seguida a “autoridade pública competente” [o Governo] a proceder, em relação a cada um deles, às *restrições* que se afigurassem necessárias, mediante a enumeração exemplificativa de algumas medidas a adotar⁴¹.

Dado não haver, em relação a estes aspetos, qualquer novidade a registar face ao que ocorreu durante a experiência inédita do ***primeiro estado de emergência***, a descrição do ***segundo*** pode bem resumir-se ao enunciado de algumas medidas restritivas que ao longo dele têm sido tomadas, todas elas, aliás, ainda bem inscritas no quotidiano dos portugueses.

Dois períodos diferentes devem aqui ser distinguidos. Durante o primeiro, que decorreu de 9 de novembro de 2020 até 15 de janeiro de 2021, não foram tomadas medidas tão severas quanto as vividas durante o ***primeiro confinamento***. De acordo com as palavras do Presidente (Preâmbulo do Decreto n.º 51-U/2020, de 6 de novembro), o novo estado de emergência que então se declarava era «de âmbito muito limitado e de efeitos largamente preventivos», continuando basicamente a política de estabelecimento de medidas diferenciadas no território nacional de modo a que as mais severas se aplicassem apenas aos concelhos considerados de risco elevado de transmissão da Covid-19. Neste contexto, e por exemplo, a medida especial de «dever cívico de recolhimento domiciliário» – que, ao abrigo da declaração anterior da *situação de calamidade*, não passava de uma recomendação dirigida a todos os cidadãos⁴² – tornava-se obrigatória para os concelhos de maior risco; além disso, instituía-se, também de acordo com critérios diferenciados de risco, o chamado *recolher obrigatório noturno* durante os dias da semana (entre as 23:00 e as 05:00 horas) e a partir das 13:00 horas aos sábados e domingos. No entanto, as escolas continuavam a funcionar, não tendo sido suspensas as atividades letivas presenciais em nenhum grau de ensino. Do mesmo modo, mantinham-se em funcionamento os estabelecimentos comerciais, culturais e desportivos.

O ***segundo confinamento*** começa, na verdade, a partir de 15 de janeiro, com o Decreto do Presidente da República n.º 6-B/2021 e três decretos do Governo que se sucederam em pouco mais de oito dias: o Decreto n.º 3-A/2021, de 14 de janeiro, o Decreto n.º 3-B/2021, de 19 de janeiro e o Decreto n.º 3-C/2021, de 22 de janeiro. O confinamento obrigatório para doentes e pessoas em vigilância

⁴⁰ Veja-se atrás, ponto 4.2.

⁴¹ Ponto 4.2.

⁴² Artigo 28.º, n.º 11, do anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º 92-A/2020, de 2 de novembro.

ativa; o dever geral de recolhimento domiciliário; a obrigatoriedade do teletrabalho; a obrigatoriedade do uso de máscara; a proibição de eventos; o encerramento de estabelecimentos e a suspensão de atividades de comércio a retalho e de prestação de serviços; a proibição de venda ao postigo de qualquer estabelecimento de sector não alimentar; no sector alimentar, a proibição de venda ao postigo de bebidas, bem como a proibição de permanência e de consumo de bens à porta ou nas imediações dos estabelecimentos; o encerramento dos restaurantes nos centros comerciais; a proibição de permanência em parques ou jardins públicos; o encerramento das lojas do cidadão e a suspensão das atividades letivas e educativas em todos os estabelecimentos de ensino foram algumas das medidas – cremos que as mais severas – que desse atos resultaram.

A 13 de março, por intermédio da Resolução n.º 19/2021, o Conselho de Ministros estabeleceu uma estratégia de levantamento das medidas de confinamento, com um calendário de “fases de desconfinamento” para os meses de abril e maio, fases essas definidas em função da avaliação, a cada quinze dias, do impacto das medidas na evolução da epidemia. O regresso à “vida normal” iniciou-se com uma primeira medida, relativa à possibilidade de aulas presenciais nos primeiros graus de ensino, a partir de 15 de março. No momento em que escrevemos (meados de abril de 2021) é esta a *fase* em que nos encontramos.

5. Os problemas e as conclusões

5.1. Uma reflexão necessária

A vertiginosa sucessão de medidas que acabámos de relatar espelha bem a exigência de tudo quanto já vivemos e continuamos a viver. Exigência para os cidadãos que acataram as decisões que foram tomadas; exigência para o poder político que as tomou; mas exigência também para o Direito que, por causa da necessidade delas, foi levado até aos limites das suas formas e dos seus valores. Será porventura ainda cedo para que possamos fazer o balanço refletido do quanto se passou. Mas no estrito domínio jurídico há, segundo cremos, uma reflexão que pode já começar a ser feita, que nos convoca a todos como comunidade e que nos é pedida atendendo sobretudo aos compromissos que temos em relação ao futuro.

Nada nem ninguém estava preparado para fazer face ao que aconteceu a partir dos três primeiros meses de 2020. Pode por isso suceder que esta condição geral de *impreparação* se tenha estendido, também, aos domínios do Direito, e que, por isso mesmo, os instrumentos de que nesses domínios dispúnhamos para fazer face ao imprevisto tenham revelado ao longo deste ano *insuficiências* ou *problemas* que

precisem de ser corrigidos. Devemos esta reflexão, que terá que ser feita por todos de modo exigente, a nós mesmos e às futuras gerações. Tudo leva a crer que se poderão vir a repetir no futuro acontecimentos que nos obriguem a, transitoriamente, sacrificar liberdades em nome da segurança de todos e de cada um. O conceito basilar de *proteção civil*, que, como vimos, integra o nosso Direito desde o virar do século, nasce justamente desta consciência: perante riscos de proveniência vária, resultante da conjugação de fatores humanos e naturais, sentimos a necessidade de definir antecipadamente o que haverá que fazer se nos encontrarmos em situações de emergência. Nessas situações cabe à ciência e à técnica apoiar o poder político na identificação e definição dos riscos, de modo a que se possam eficazmente proteger vidas e bens; e ao Direito cabe dotar uns e outros dos instrumentos adequados para que tal finalidade possa ser prosseguida. Mas ao Direito cabe também uma outra e indeclinável função. Os instrumentos de emergência que por ele forem sendo construídos não podem perder de vista o que é o núcleo essencial das democracias constitucionais: o rigoroso equilíbrio entre liberdade e autoridade que nos não consente a indulgência perante transações que sacrifiquem a primeira à necessidade de segurança. Se queremos deixar às gerações futuras o legado destes valores precisamos de estar atentos à forma como vamos construindo – e aplicando – os vários direitos das emergências.

5.2. O método das quinzenas

A crise da Covid-19, quando surgiu, afigurou-se-nos como sendo um problema de *proteção civil*, a ser resolvido por intermédio dos instrumentos próprios das emergências administrativas. Passou depois a ser um problema constitucional. Voltou a ter uma conotação administrativa. Regressou finalmente, pela sua dimensão, ao estado de emergência constitucional. Em todas estas fases foi juridicamente tratado através de “instrumentos” de curtíssima duração, com um prazo de vida não maior do que a quinzena de dias.

Sob o ponto de vista da ciência, que foi ao longo de todo este processo o auxiliar indefetível da decisão política, a duração curta das medidas terá sido, por certo – e continuará a ser – uma inevitabilidade. Os factos falam por si, pelo que o argumento não precisará de maiores demonstrações. Mas já é muito duvidoso que a ciência e as decisões políticas por ela sustentadas tenham que ser servidas *apenas* por instrumentos jurídicos sujeitos todos eles a prazos tão curtos de caducidade. O Direito criado para impedir a propagação de contágios, ao implicar mudanças necessárias e transitórias na vida pessoal, económica e social, tem, pela sua própria natureza, que ser capaz de concitar a adesão dos seus destinatários e de inculcar neles confiança. Contudo, se a forma de que se reveste adquire, sempre e só, a de decisões que se sucedem a cada quinze dias por não *poderem* durar mais, tanto a adesão quanto a confiança nas medidas que são tomadas acabam por ficar comprometidas. É inevitável que tal aconteça, quanto mais não seja porque se torna assim difícil acompanhar a sucessão vertiginosa das decisões,

conhecer o conteúdo de cada uma delas e poder perspetivar – ainda que em muito próximo horizonte – o futuro possível.

Tem feito falta, por isso, um instrumento jurídico que ordene para além dos quinze dias ou que dure para além deles. Como um tal instrumento não pode senão conter quadros gerais, definidos de forma suficientemente dúctil de modo a poder acomodar a regulação precisa das medidas que a variabilidade territorial e/ou temporal das circunstâncias venha a exigir, só nos resta concluir que o não encontrarmos nos decretos e resoluções do Conselho de Ministros que, como vimos, têm natureza regulamentar, administrativa, executiva. Por outro lado, também não encontraremos um tal instrumento ordenador nos decretos presidenciais que declaram o estado de emergência constitucional pela simples razão, já bem conhecida, de que esses, por imposição constitucional, *não podem mesmo durar mais do que quinze dias*. Resta-nos assim uma única solução: precisamos de uma Lei. De uma lei que indique, em contexto de grave crise sanitária como a que estamos a viver, quais os quadros gerais de atuação que podem vir a ser seguidos e de que modo é que eles podem vir a ser, depois, executados.

5.3. *A Lei que falta*

Como vimos, o Presidente da República declarou o *primeiro estado de emergência* por entender que, à semelhança do que estava a ocorrer noutros países europeus, se tornava necessário reforçar a cobertura constitucional a medidas mais abrangentes que se traduzissem em limitações aos direitos, liberdades e garantias, cobertura essa que só poderia ser conferida pelo regime de exceção previsto no artigo 19.º da Constituição⁴³. Embora o argumento não tenha sido repetido no decreto presidencial que deu início, a 9 de novembro, ao *segundo estado de emergência*⁴⁴, tudo leva a crer que ele se tenha mantido como a razão central pela qual se recorria de novo por essa altura ao instrumento jurídico da exceção constitucional, deixando de lado os quadros da *emergência administrativa* que, durante o período de maio a novembro de 2020, haviam sustentado a ação governativa. Houve o receio, fundadíssimo, de que as medidas mais severas que em novembro eram requeridas (como o recolher obrigatório) não estivessem suficientemente habilitadas pelas leis preexistentes da emergência administrativa, como houve o receio, fundadíssimo, de que as medidas mais duras do confinamento, primeiro e segundo, também o não estivessem. Compreende-se por isso a preocupação presidencial. Em caso algum poderia o poder político deixar de acautelar que nenhuma dúvida, de ordem formal, orgânica ou competencial pudesse

⁴³ Ver atrás, ponto 4.

⁴⁴ Atrás, 4.4.

vir a pôr em causa a legitimidade do que haveria a fazer⁴⁵ – não porque as questões de “forma” ou de “competência” fossem menos importantes do que as de “substância”, mas apenas porque se tratava de um primeiríssimo dever das autoridades o de velar para que, em tão grave crise, não fosse por elas que as medidas a tomar corressem o risco de ser invalidadas.

Todavia, uma coisa é o aferir-se da necessidade de instauração do estado de exceção constitucional por as leis já existentes, e escritas muito antes da pandemia, serem insuficientes para sustentarem a adoção de medidas de “confinamento”; e outra, completamente diferente, é o dizer-se que, em quaisquer circunstâncias, *nunca* nenhuma lei as poderá vir algum dia a autorizar ou habilitar, pelo que só mediante a declaração de estado de emergência poderão tais medidas legitimamente impor-se.

Ao contrário do que à primeira vista possa pensar-se⁴⁶, em outros países europeus estas medidas têm sido tomadas sem que se tenha sentido a necessidade de recorrer a instrumentos similares àquele que consta do artigo 19.º da nossa Constituição. Em Itália, por exemplo, logo em março de 2020 se atualizou, por forma a adaptá-lo às exigências da pandemia, o *Codice della Protezione Civile*. Em França o mesmo aconteceu, relativamente ao *Code de Santé Publique*, ao qual foi, nessa mesma altura (março de 2020), acrescentado um novo capítulo intitulado *état d'urgence sanitaire*. Ao contrário do que o nome indica, este “estado de emergência” não é igual ao nosso. Não é uma medida de *exceção constitucional*. Corresponde antes, e tão somente, ao novo título que foi aditado à lei já existente em matéria de saúde pública, para que esta pudesse vir a habilitar as medidas necessárias para combater a propagação dos contágios. O mesmo aconteceu na Alemanha, em que as leis previamente existentes nessa matéria [saúde pública], e que já antes da pandemia se encontravam codificadas num só ato, foram em março de 2020 atualizadas de modo a poderem valer para as medidas de confinamento que se anteviam necessárias⁴⁷. Subjacente a todas estas escolhas esteve um pensamento comum. Em todos estes países se pensou que a crise deveria ser combatida mais com fundamento na ideia básica da *proteção civil* do que na ideia do *estado de exceção constitucional*. Mas em todos esses países se verificou que as leis que garantiam a proteção civil, e que tinham sido escritas antes da pandemia, não chegavam para “cobrir” as exigências do combate à Covid-19. Por esse motivo foram elas atualizadas. Durante algum tempo

⁴⁵ Quanto às dúvidas sobre a questão de saber se no período de maio a novembro de 2020, em que não vigorou o estado de emergência, as medidas tomadas com fundamento no chamado direito da emergência administrativa tinham ou não habilitação suficiente, vejam-se as orientações divergentes, por exemplo, do Tribunal Constitucional (Acórdão n.º 424/2020) e do Supremo Tribunal Administrativo (Acórdão da I Secção de 10-9-2020). Se estas dúvidas se mostravam pertinentes em relação ao período de “desconfinamento”, por maioria de razão se tornavam pertinentíssimas quando se antevia a necessidade de voltar a emitir medidas de “confinamento” mais severas. O estado de emergência dissipava aqui quaisquer incertezas.

⁴⁶ De acordo com o relatório do Conselho da Europa, *Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis. A toolkit for member states*, 7 de abril de 2020, 22 dos 47 Estados-membros tinham já neste momento tomado “medidas de emergência”. No entanto, é impossível certificarmo-nos que tais medidas se fundaram *todas* em instrumentos análogos ao do nosso *estado de exceção constitucional*.

⁴⁷ *Infektionsschutzgesetz*. Para uma consulta sobre mais recentes atualizações: <https://www.gesetze-im-internet>

nós, em Portugal, pensámos a mesma coisa. Antes de 19 de março e no período que mediou entre maio e novembro de 2020 fundámos a nossa ação, precisamente, no equivalente nacional ao italiano *Codice della Protezione Civile* ou ao francês *Code de la Santé Publique*. Mas assim que as circunstâncias se tornaram mais severas e exigiram medidas mais “apertadas” – e assim que também nós verificámos que as leis já existentes poderiam não conferir à ação pública sustentação suficiente – recorremos ao estado de emergência constitucional. Foi esta a escolha que, pelo menos nos três países que atrás enumerámos, se não fez.

É certo que nesses mesmos países não existe nada similar ao artigo 19.º da nossa Constituição. Todos eles têm, como nós, leis sobre *proteção civil* e sobre *saúde pública*, mas nenhum deles tem, nas respetivas constituições, algo que diga respeito à possibilidade de *suspensão do exercício de direitos fundamentais*. Ao contrário do “Direito da emergência administrativa”, que tem sido escrito no nosso e em outros países para fazer face a riscos oriundos de fatores conjugados de ação humana e de forças naturais que se foram fazendo sentir, em *crescendum*, a partir de finais do século XX e inícios do século XXI, o “Direito da emergência constitucional” está carregado de toda a História política que se viveu na Europa durante a primeira metade do século passado. O que com esse Direito se quis evitar foi que essa História, de má memória, se viesse a repetir.

Por isso, a Itália, que se não esqueceu do modo pelo qual o Estatuto Albertino, a Constituição vigente à altura em que Mussolini ascendeu ao poder, foi morrendo gradualmente à medida que se consumava o processo de concentração de poderes nas mãos dos *fasci di combattimento*, só admite a possibilidade de declaração pelo Parlamento de algo análogo ao nosso estado de sítio em situações de “estado de guerra” (artigo 78.º da Constituição de 1947). Praticamente o mesmo se passa na Alemanha, que também não pôde esquecer o modo pelo qual o tristemente famoso artigo 48.º da Constituição de Weimar, que previa a possibilidade de assunção de poderes extraordinários por parte do Presidente do Reich, facilitou a ascensão dos nacionais-socialistas ao poder. E em França a possibilidade de assunção, pelo Presidente da República, de poderes extraordinários está circunscrita aos casos em que «as instituições da República, a independência da Nação, a integridade do seu território ou o cumprimento dos seus compromissos internacionais são ameaçados de forma imediata e o funcionamento regular dos poderes públicos constitucionais é interrompido» (artigo 16.º da Constituição de 1958). Em todas estas situações o *estado de exceção constitucional* aparece sempre limitado à superveniência de graves perturbações políticas que, por ameaçarem a «alma do Estado»⁴⁸, requerem que os seus mais altos titulares recorram a meios de ultimíssima instância para que se possa repor a ordem constitucional, na sua totalidade afetada. Como não é isso que ocorre em pandemia – o vírus não chega até nós para ameaçar a *alma do Estado* – em todos estes países o combate à propagação dos contágios teve que se fazer

⁴⁸ A expressão é usada por Diogo Freitas do Amaral e Maria da Glória Garcia, em «O Estado de Necessidade e a Urgência em Direito Administrativo», *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 59, abril 1999, p. 467.

por outros meios. A atualização do *Codice della Protezione Civile*, do *Code de la Santé Publique* e da *Infektionsschutzgesetz* forneceu-os.

O artigo 19.º da nossa Constituição, que, como vimos, tem por epígrafe a *suspensão do exercício de direitos*, define um regime de exceção constitucional de âmbito mais alargado do que estes que acabámos de analisar. Como também já vimos⁴⁹, nele se distingue entre a forma mais gravosa do *estado de sítio*, que só pode ser declarado em casos de “agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras” ou de “grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática”, e a forma menos gravosa do *estado de emergência*, a declarar perante factos que se traduzam em calamidade pública. Todos os decretos do Presidente da República que declararam ou renovaram o estado de emergência se fundamentaram, precisamente, na existência de calamidade pública. No entanto, o facto do nosso modelo de exceção constitucional ser de âmbito mais alargado do que outros, podendo abranger fenómenos que não os de gravíssima disrupção política da ordem constitucional, não significa que, na sua origem, ele não tivesse sido pensado para evitar os mesmos males que a história política do século XX deixou inscritos na memória dos povos. Um exemplo de que assim é – ou de que assim *foi* – decorre justamente do prazo curtíssimo que é dado para a duração de cada declaração de *estado* ou para a sua renovação. Quando se decidiu que tal duração não poderia exceder quinze dias o que se pretendeu foi impedir que uma mais longa vigência das condições de exceção pudesse propiciar o surgimento de aventuras autocráticas. Por isso se exigiu que, a cada quinzena, a assembleia representativa de todos os cidadãos portugueses fosse chamada a afirmar, ou infirmar, a condição de exceção. Subjacente a este pensamento, que vê a intervenção parlamentar como garantia contra a eventualidade de perversas mutações de regime, está a ideia segundo a qual os estados de exceção constitucional estarão sempre associados a disrupções da vida pública que põem em causa a ordem constitucional no seu todo. Nestas circunstâncias, o combate à disrupção tem que ser tão intenso quanto rápido. Nestas circunstâncias, o exercício de direitos fundamentais, a não ser interrompido, pode vir a mostrar-se inimigo da reposição da ordem. E é por isso, e só por isso, que se admite “suspêndê-lo”, mas por um período de tempo o mais curto possível.

A necessidade de restrição de direitos que decorre de um surto pandémico não obedece a esta lógica. Como o vírus ameaça a nossa saúde e não a «alma do Estado», em circunstâncias de pandemia os nossos comportamentos sociais têm que ser fortemente condicionados para impedir o crescimento dos contágios. É por isso, e só por isso, que o exercício destes direitos fica então temporariamente “suspenso” (o que quer que o termo queira dizer). Neste contexto, em que o condicionamento dos comportamentos sociais tem que durar o tempo que for sanitariamente exigido e não o tempo que for politicamente conveniente, a necessidade da tomada de decisões de curtíssima duração perde a lógica que o artigo 19.º, n.º 5, da Constituição inicialmente lhe tinha dado.

⁴⁹ Atrás, ponto 3.3.

Ser-nos-ia por isso proveitoso se desta perda de lógica nos pudéssemos para o futuro libertar.

Resta saber se o *podemos* fazer. Equacionando o problema de outra forma: resta saber se o nosso Direito nos autoriza a fazer como outros, e a decidir as medidas de confinamento com base, não em *declarações e renovações de declaração* de sucessivos estados de emergência constitucional, mas com base numa lei que defina os grandes quadros a que deve obedecer a ação pública em casos graves de pandemia, quadros esses que depois serão regulamentados pelas pertinentes medidas administrativas.

A resposta negativa a esta pergunta só pode ser dada por quem insista em dois argumentos essenciais. Em primeiro lugar, por quem sustente que a figura da *suspensão* do exercício de direitos, *que só é admitida em caso de declaração do estado de sítio ou de estado de emergência* (artigo 19.º, n.º 1, da Constituição) é radicalmente diversa da de *restrição* de direitos, que pode ser levada a cabo por lei da Assembleia da República para «salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos» (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição). Em segundo lugar, por quem sustente que as medidas exigidas pelo combate à pandemia, pela sua extensão e gravidade, se cifrarão sempre e em qualquer situação em *suspensões* [do exercício de direitos], que por isso só poderão ser tomadas ao abrigo do estado de emergência e das suas sucessivas renovações. Mas a insistência nestes dois argumentos não parece ser nem sensata nem adequada à realidade. Além de não ser este o tempo para disputas conceituais, a verdade é que as medidas de combate à pandemia terão que ter o alcance e a intensidade variável que as circunstâncias forem exigindo. Distinções cercas entre momentos de “suspensão” e momentos de “restrição” não fazem, neste contexto de grande variabilidade, qualquer sentido. Ademais, convém recordar que, nos momentos em que foi necessária a adoção das mais severas medidas de confinamento, o caminho prático que foi seguido se aproximou em tudo do método da restrição de direitos⁵⁰.

5.4. Repor o equilíbrio

A Lei da Assembleia da República que no seguimento destes argumentos viesse a ser aprovada – ou que, seguindo o que é uma longa prática nossa, viesse a autorizar o Governo a legislar sobre o assunto, nos termos do artigo 165.º, *alínea* b), da Constituição – teria, evidentemente, que contar com a contribuição da ciência e da técnica para a sua elaboração. O procedimento legislativo beneficiaria sem dúvida de toda a experiência que, nestes domínios, foi sendo acumulada ao longo deste ano. Sob o ponto de vista jurídico, a experiência a utilizar seria tanto a que decorre quer dos instrumentos já existentes em direito português (e dos ensinamentos já recolhidos pela sua aplicação prática), quer dos exemplos de outros direitos que, recentemente, empreenderam (como vimos) tarefas semelhantes. A reunião destas duas vias de experiência poder-nos-ia permitir manter os quadros que já são comuns ao

⁵⁰ Ver atrás, ponto 4.2.

“direito da emergência administrativa” e ao “direito da emergência constitucional”, que abordámos no ponto 3., mas adequando-os a exigências e necessidades futuras que, entretanto, a prática nos mostrou poderem ser antecipadas. Além disso, a reunião dos pilares que orientam esses dois instrumentos num novo, a aprovar em nova lei, teria o grande mérito de repor o equilíbrio. Ao longo de todo este ano fomos combatendo a pandemia através de *decretos* e de *resoluções*. Decretos do Presidente a declarar ou a renovar a declaração do estado de emergência; resoluções da Assembleia da República a autorizar, sem mais, as declarações presidenciais; decretos ou resoluções do Governo a regulamentá-las. Muitas vezes no espaço público foi apresentada a ideia segundo a qual haveria sempre um *continuum* a equilibrar todos estes atos. Mas não há. Entre o momento da regulação administrativa emitida pelo Governo e o momento da decisão política da maior gravidade tomada pelos decretos presidenciais há um elo que falta: o do momento *legislativo*, que é o próprio do Parlamento.

Como, em Estado de direito democrático, é ao legislador parlamentar que cabe a definição do enquadramento legal que rege a atuação da Administração Pública, talvez o suprir desse elo que nos tem faltado contribuísse para repor o equilíbrio que o surgimento da pandemia tão abruptamente suspendeu.



