

Constituição, estado de emergência e Administração
sanitária: alguns problemas

Constitution, state of emergency and public health
Administration: some problems

PEDRO LOMBA

VOL. 7 Nº 1 ABRIL 2020

WWW.E-PUBLICA.PT



COM O APOIO DE:

FCT Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

ISSN 2183-184x

CONSTITUIÇÃO, ESTADO DE EMERGÊNCIA E ADMINISTRAÇÃO SANITÁRIA: ALGUNS PROBLEMAS

CONSTITUTION, STATE OF EMERGENCY AND PUBLIC HEALTH ADMINISTRATION: SOME PROBLEMS

PEDRO LOMBA

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade - Cidade Universitária
1649-014 Lisboa - Portugal
pedrolomba@fd.ulisboa.pt

Resumo: A consideração dos poderes de emergência desenvolve-se habitualmente em torno de divisões reconhecidas entre normalidade e suspensão, legalidade e necessidade ou norma e exceção. Contudo, as características peculiares da emergência provocada pela crise pandémica da Covid-19, como se pode constatar pelo impacto e incerteza factual dos riscos sanitários, impõem uma abordagem sequencial a um cenário dinâmico de crise, centrada nos processos normativos que têm sustentado as medidas de confinamento e desconfinamento social. É importante perceber, assim, de que forma é que, através do estado de emergência constitucional, foi erigida uma normatividade jurídica excecional orientada para o confinamento de pessoas; e de que forma é que, uma vez terminada a emergência constitucional, tem sido organizada e executada uma outra normatividade jurídica excecional para a fase de desconfinamento gradual das mesmas pessoas. Esta contribuição visa abordar alguns problemas fundamentais dessa relação.

Palavras-chave: estado de emergência; poder normativo de emergência; Administração sanitária; direitos fundamentais

Abstract: The consideration of emergency powers usually develops around recognized divisions between normality and suspension, legality and necessity or norm and exception. However, the peculiar characteristics of the emergency caused by the pandemic crisis of Covid-19, as seen by the impact and factual uncertainty of the health risks, impose a sequential approach to a dynamic crisis scenario, focused on the normative processes that have been sustaining the social confinement and deconfinement. It is, therefore, important to understand how, through the constitutional emergency, it was created an exceptional legal normativity oriented towards the confinement of people; and how that, once the constitutional emergency has expired, another exceptional legal normativity has been organized and implemented for the phase of gradual deconfinement of the same people. This contribution seeks to analyse some fundamental problems emerging from such relation.

Keywords: state of emergency; emergency normative power; public health Administration; fundamental rights

Sumário: **1.** Introdução; **2.** Normatividade partilhada no estado de emergência: em especial, o Presidente e o Governo; **3.** A força normativa da declaração-quadro do Presidente: o conteúdo finalístico da emergência por calamidade pública; **4.** A estrutura de emergência sanitária: alguns problemas na passagem para a gestão administrativa da crise epidémica; **a)** A extensão do poder normativo de emergência: Governo e Administração sanitária; **b)** A emergência criativa e o dever de proteção; **5.** Conclusão.

Summary: **1.** Introduction; **2.** Normativity shared in a state of emergency: in particular, the President and the Government; **3.** The normative force of the President's framework statement: the final content of the emergency due to public calamity; **4.** The health emergency structure: some problems in the transition to the administrative management of the epidemic crisis; **a)** The extension of the normative power of emergency: Government and Health Administration; **b)** The creative emergency and the duty of protection; **5.** Conclusion.

1. Introdução

Não há dúvida de que a crise sanitária causada pela pandemia da Covid-19 fez surgir, no decurso dos últimos meses, um direito de emergência assente em intervenções fortemente restritivas nos direitos dos cidadãos. A forma como esse conjunto amplo de intervenções se alargou rapidamente a quase todos os aspetos da vida social e económica, impondo o isolamento generalizado de pessoas e o encerramento de empresas, estabelecimentos e atividades, deve muito a um circuito complexo de decisões, órgãos e estruturas, os quais têm vindo a atuar a coberto de diferentes regimes excecionais e extraordinários, ao longo das várias fases em curso de travagem da epidemia.

Recorde-se que, mesmo antes de o Presidente da República ter declarado o estado de emergência a 18 de março, já o Governo havia adotado um regime de normas excecionais e temporárias¹, que continha normas especificamente dirigidas à Administração e ao Serviço Nacional de Saúde, e outras que se traduziam diretamente em restrições de direitos individuais e que têm vindo a ser mantidas ou até reforçadas². Surgiu depois, como referido, a declaração do estado de emergência nos termos do artigo 19.º da Constituição, fundamentado na verificação de calamidade pública, de que resultou a suspensão parcial de um conjunto de direitos e liberdades constitucionais³. Tendo o estado de emergência, após duas renovações, caducado no final do dia 2 de maio, veio posteriormente o Governo declarar a situação de calamidade em todo o território nacional, que tem vindo desde então a ser sucessivamente prorrogada, optando “por um elenco menos intenso de restrições, suspensões e encerramentos do que aquele que se encontrava vigente⁴”, na transição para o estado de calamidade. Ficou estabelecido, porém, que o regime da situação de calamidade, incorporando inúmeras normas dos anteriores decretos governamentais de aplicação do estado de emergência, continuaria a prever um quadro jurídico de normas e outras medidas excecionais – de que são exemplo a “proteção sanitária e da higiene nos locais de trabalho” ou a “racionalização da utilização dos serviços públicos de transportes”, que não prejudicariam as competências ministeriais necessárias para a sua concretização, através da aprovação de outras normas regulamentares⁵.

Este circuito abrangente de órgãos e poderes públicos intervenientes, traduzindo uma “cadeia normativa⁶” realmente intrincada e evolutiva – da declaração

1. O Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, que se mantém em vigor, ao fim de, note-se, onze alterações legislativas.

2. Exemplo disso é o uso obrigatório de máscaras ou viseiras, estabelecido no artigo 13.º-B do Decreto-Lei n.º 20/2020, de 1 de maio, que não existia no âmbito do estado de emergência para as deslocações autorizadas.

3. Cfr. Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março.

4. Cfr. Resolução do Conselho de Ministros n.º 33-A/2020, de 30 de abril.

5. Tal como se refere expressamente no n.º 2 da Resolução do Conselho de Ministros n.º 33-A/2020. Têm sido aprovadas inúmeras portarias ministeriais que conformam materialmente o regime de emergência para os particulares, em setores específicos de atividade.

6. Ver a análise, para o caso italiano, M. LUCIANI, “Il Sistema della Fonte del Diritto alla Prova della Emergenza”, in *Liber Amicorum Pasquale Constanzo*, Consulta Online, abril, 2020, pp. 2-3; C. TRIPODINI, “La Costituzione al tempo del Coronavirus”, in *Costituzionalismo*.

presidencial fundada na Constituição e na Lei do Estado de Sítio e do Estado de Emergência⁷, e dos subsequentes decretos do Governo de regulamentação daquela declaração, até à aprovação de portarias ministeriais e outras normas ou orientações por entidades reguladoras ou pela Direção-Geral de Saúde -, suscita inúmeras dúvidas, que não se referem apenas à sobreposição de regimes jurídicos distintos e à conformidade orgânico-constitucional de cada um dos atos da mesma cadeia.

No presente artigo, os dois problemas que iremos considerar de seguida prendem-se, em primeiro lugar, com a identificação e caracterização do poder normativo de emergência, dentro do esquema de normatividade partilhada que vigorou predominantemente no estado de emergência constitucional. Em segundo lugar, dado que na passagem para a declaração da situação de calamidade pública, o poder de emergência se concentrou agora nas funções do Governo e da Administração sanitária, daremos nota de alguns problemas fundamentais suscitados presentemente no âmbito da gestão administrativa da atual “fase de desconfinamento”.

2. Normatividade partilhada no estado de emergência: em especial, o presidente e o governo

O tratamento dos poderes de emergência no Direito Constitucional convoca habitualmente a imagem de uma autoridade primária incumbida da sua declaração e das ações necessárias para a enfrentar. Na conhecida apresentação de CARL SCHMITT, esse poder exprimiria até a existência política do soberano que se afirmaria naturalmente em momentos de crise: enquanto poder extremo e pleno, a decisão sobre a exceção deveria ser vista como “um conceito geral da teoria do Estado e não apenas uma construção aplicável a um decreto de emergência ou estado de sítio⁸”. Sob essa perspetiva, a exceção não poderia ser constitucionalizada, nem reduzida a uma norma jurídica de enquadramento da produção de outras normas ou regimes de emergência⁹. Comentando o artigo 48.º da Constituição de Weimar, SCHMITT notou, inclusive, que a tentativa do Estado liberal de controlar a exceção através do controlo mútuo de competências, limites temporais ou listas de poderes autorizados, poderia “atenuar a questão da soberania, sem contudo a eliminar¹⁰”.

it, 1, 2020, p. 83 (criticando a ausência do Parlamento (“a Constituição parece ter sido colocada em quarentena”).

7. Cf. Lei n.º 44/86, de 30 de setembro, alterada pela Lei Orgânica n.º 1/2011, de 30 de novembro, e pela Lei Orgânica n.º 1/2012, de 11 de maio.

8. C. SCHMITT, *Political Theology*, The University of Chicago Press, 1985, p. 5

9. Sobre um sentido amplo do conceito de “normas de produção jurídica”, entendidas como normas que não se limitam a habilitar os órgãos competentes para a emanação de normas mas também “predeterminam o conteúdo das normas futuras”, ver R. GUASTINI, *Estudios de Teoría Constitucional*, México, DR, 2001, p. 88. Sob um ponto de vista da teoria das normas, a emergência pode ser entendida como uma norma jurídica excecional que regula a adoção de outras normas jurídicas excecional.

10. C. SCHMITT, *Political*, p. 12. Precisamente, SCHMITT entendia que o modelo definido

As constituições democráticas propendem incisivamente para a rejeição do soberano ditatorial schmittiano. Porém, não é possível afirmar que o fazem com argumentos convergentes. Para alguns, a emergência tem de ser integralmente normativizada: a Constituição é a *norma* fundamental de uma ordem jurídica unitária apoiada na legalidade das suas decisões, recusando-se que a emergência possa implicar o reforço de um poder excecional, ainda que mandatado por outro órgão de soberania e subordinado à reposição da normalidade constitucional¹¹. Outros preconizam que os poderes de emergência, pressupondo a distinção entre poderes normais e excecionais, devem ser acomodados e controlados por esquemas de freios e contrapesos, que podem resultar em diferentes modelos alternativos de divisão do poder: os denominados “modelos duais”¹².

No caso da Constituição de 1976, a constitucionalização dos poderes de emergência opera segundo um esquema de regulação antecipada, à luz de vários aspetos: primeiro, o estado de sítio ou do estado de emergência só podem ser declarados com a coordenação dos diversos órgãos político-constitucionais, visto que o ato de declaração pelo Presidente da República – e a inerente escolha do estado declarado – é sempre antecedido de autorização da Assembleia da República e da audição do Governo, exigindo-se também o cumprimento de um processo especial previsto na Lei do Estado de Sítio e do Estado de Emergência. Segundo, o estado de sítio e o estado de emergência são configurados pela Constituição como situações provisórias que demandam atuações fundamentadas, pelo que a declaração e a sua *regulamentação* “devem respeitar o princípio da proporcionalidade” e limitar-se “ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional¹³”. Terceiro, as medidas de alteração da normalidade constitucional só podem ser determinadas nos termos previstos na Constituição e na lei, não podendo afetar a aplicação das regras constitucionais relativas à competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania e de governo próprio das regiões autónomas¹⁴. Quarto, na distinção acolhida na Constituição e na lei entre a *declaração*, a *autorização* e a *aplicação* do estado de exceção vai implícita uma ideia de *normatividade partilhada*: pode dizer-se que tanto a declaração presidencial como os atos de regulamentação da competência do Governo¹⁵ constituem o exercício de um *poder normativo*

na Constituição de Weimar se aproximava de uma ditadura comissarial, dado que os “poderes ditatoriais eram limitados e enumerados”, ainda que considerasse o artigo 48.º uma “regra provisória”. Cfr. C. SCHMITT, *The Dictatorship of the Reich president according to Art 48 of the Reich Constitution*, in *Constellations*, Volume 18, No 3, 2011, pp. 311-312. Veja-se também M. DE WILDE, “The state of emergency in the Weimar Republic Legal disputes over Article 48 of the Weimar Constitution”, in *The Legal History Review*, nº 78, 2010, pp. 135-158.

11. D. DYZENHAUS, *The Constitution of Law – Legality in a Time of Emergency*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 199-200.

12. Sobre alguns desses modelos de “checks and balances”, da antiguidade à modernidade, veja-se B. ACKERMAN, “The Emergency Constitution”, in *The Yale Law Journal*, Vol. 113, 2003-2004, pp. 1028 ss.; sobre os modelos duais, com destaque para o que chamam de modelo legislativo, J. FERREJOHN e G. PASQUINO, “The law of the exception: A typology of emergency powers”, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 2, nº 2, 2004.

13. Cfr. Artigo 19.º, n.º 4 da Constituição.

14. Cfr. Artigo 19.º, n.º 5 da Constituição.

15. Cfr. Artigo 17.º da Lei n.º 44/86.

próprio, visando estabelecer normas jurídicas direta e imediatamente aplicáveis aos cidadãos¹⁶. Mas a Assembleia da República não fica impedida de aprovar outras normas “paralelas”, ou complementares, à suspensão de direitos decretada pelo Presidente, podendo participar igualmente na configuração jurídica material das medidas de emergência¹⁷.

Como se verificou na recente vigência do estado de emergência constitucional, o direito de emergência acabou por emanar simultaneamente do Presidente e do Governo, sinalizando um dualismo normativo na sua criação¹⁸. A declaração presidencial possuiu o sentido normativo de estabelecer um enquadramento geral tendente à adoção de múltiplas suspensões e restrições de direitos¹⁹, remetendo a sua aplicação para o Governo e demais órgãos competentes. Deste ponto de vista, a normatividade partilhada entre Presidente e Governo localizou-se ao nível do poder executivo – mas um poder executivo que atua como “legislador” de emergência.

Por exemplo, quando o Presidente determinou a suspensão parcial do direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional, permitindo “*as restrições necessárias, incluindo o confinamento compulsivo no domicílio, em estabelecimento de saúde ou noutra local definido pelas autoridades competentes, o estabelecimento de cercas sanitárias, assim como, na medida do estritamente necessário e de forma proporcional, a interdição das deslocações e da permanência na via pública que não sejam justificadas, designadamente pelo desempenho de atividades profissionais, pela obtenção de cuidados de saúde, pela assistência a terceiros, pela produção e pelo abastecimento de bens e serviços e por outras razões ponderosas*”²⁰, veio o Governo separar entre os grupos de pessoas que ficariam sujeitas a “*confinamento obrigatório*”, a um “*dever especial de proteção*” e a um “*dever geral de recolhimento domiciliário*”, ou especificar as condições em que seriam “*justificadas*” deslocações individuais, inovando assim relativamente ao conteúdo da declaração presidencial.

16. Afirmando o “caráter normativo” da declaração presidencial, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, 2007, pp. 405-406. Também P. COSTA GONÇALVES, “Abdicação parlamentar na emergência e continuação da abdicação na calamidade”, in *Observatório Alameda*, disponível em: <https://observatorio.alameda.net/index.php/2020/05/21/abdicao-parlamentar-na-emergencia-e-continuacao-da-abdicacao-na-calamidade/>

17. Reconhecendo que o legislador pode, num contexto de estado de emergência, assumir um papel relevante, introduzindo por exemplo “legislativamente (novas) restrições aos direitos, liberdades e garantias”, J. MELO ALEXANDRINO, “Devia o direito à liberdade ser suspenso? – Resposta a JORGE REIS NOVAIS”, in *Observatório Alameda*, disponível em: <https://observatorio.alameda.net/index.php/2020/04/07/devia-o-direito-a-liberdade-ser-suspenso-resposta-a-jorge-reis-novais/>

18. A Assembleia da República autorizou apenas a declaração do estado de emergência, limitando-se a reproduzir o conteúdo do decreto do Presidente.

19. Como se constata pela previsão normativa das normas da declaração de emergência relativas aos direitos parcialmente suspensos: “*podem ser impostas*”, “*podem ser determinadas*”, “*podem ser estabelecidas*”.

20. Cfr. §4 do Decreto do Presidente da República n.º 17-A/2020, que procedeu à renovação do estado de emergência.

Desta forma, a normatividade partilhada entre o Presidente e o Governo que, a nosso ver, caracterizou o período de estado de emergência constitucional, e o esquema de intervenção negociada que lhe esteve subjacente, deixa a dúvida sobre se o modelo de poderes de emergência em Portugal se adequa rigorosamente ao que alguns autores designam por “modelo neo-romano”²¹; um órgão que se limita a declarar a emergência conferindo uma ampla delegação de poderes ao órgão comissarial, tendo em vista a eliminação da situação de exceção. Temos, todavia, como mais evidente que o mesmo modelo não se enquadrou no que também FERREJOHN e PASQUINO qualificam como “modelo legislativo”, com base no qual o órgão legislativo deveria aprovar leis ordinárias de emergência com o objetivo de conferir poderes especiais e temporários ao executivo, ficando o mesmo Parlamento igualmente investido na responsabilidade de fiscalizar e controlar o seu exercício²². O apagamento do Parlamento da normatividade partilhada contribuiu para reforçar a dimensão executiva do estado de emergência constitucional.

3. A força normativa da declaração-quadro do presidente: o conteúdo finalístico da emergência por calamidade pública

Não tendo sido produzida na Assembleia da República legislação especial que, de modo temporário e circunscrito, reforçasse os poderes de emergência conferidos ao Governo²³ e os balizasse adequadamente²⁴, o poder normativo de emergência centrou-se na condução do poder executivo, o que poderá ser visto como uma das escassas situações em que a Constituição organiza o poder executivo de forma dual²⁵.

Como já foi referido, a Constituição apenas autoriza a declaração do estado de sítio ou do estado emergência em caso “de agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras, de grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática ou de calamidade pública”, evidenciando-se a presença de um pressuposto finalístico – no caso, a verificação de calamidade pública - na gênese da declaração das situações de exceção constitucional.

21. Este modelo consistiria em, modernizando a ditadura romana, atribuir poderes de emergência ao executivo, com a diferença de que o executor dos poderes de emergência dispõe de um mandato democrático e popular, como sublinham J. FERREJOHN e G. PASQUINO, *International Journal of Constitutional Law*, p. 213.

22. O modelo legislativo não dispensa, todavia, várias condições. Desde logo, é necessário que o legislador pretenda, de facto, assumir o seu papel “legislativo”. Note-se que a doutrina portuguesa tem sido muito crítica do que chama de “abdicação parlamentar” na gestão nacional da crise pandémica. P. COSTA GONÇALVES, *Observatório Alameda*, cit.

23. Também sobre a adoção de legislação especial de emergência, O. GROSS e F. NI AOL’AIN, *Law in Times of Crisis - Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 67-68.

24. Isto apesar de algumas exceções marginais, em particular a Lei n.º 1-A/2020, de 19 março, que, entre outras medidas, veio suspender os prazos e as diligências procedimentais atendendo à situação de pandemia, mas que no seu conjunto constituem intervenções destinadas a minimizar os efeitos da pandemia e não a travar a pandemia em si.

25. Agradeço o comentário de JOAQUIM CARDOSO DA COSTA sobre este aspeto, que merecia mais desenvolvimentos.

Cabendo ao Presidente fundamentar a opção por uma ou outra das referidas situações, especificando os direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso²⁶, verifica-se que a Lei do Estado de Sítio e do Estado de Emergência estabelece o conteúdo adicional que a declaração deve “clara e expressamente conter, em especial a “caracterização e fundamentação do estado declarado”, o “âmbito territorial”, a “duração”, os “direitos suspensos ou restringidos” e, no que respeita ao estado de emergência, “o grau de reforço dos poderes das autoridades administrativas civis e do apoio às mesmas pelas Forças Armadas, sendo caso disso²⁷”. Aí poderá ser encontrado o enquadramento geral para as medidas suspensivas ou restritivas que forem decretadas e para o âmbito territorial e temporal da sua aplicação. Mas o significado jurídico dessa fundamentação e caracterização vai ainda mais longe. Fundamentar e caracterizar a calamidade pública que suscitou a emergência designam operações distintas, conquanto indissociáveis: a fundamentação refere-se à base factual que justifica a declaração de emergência; a caracterização consiste na explicitação dos efeitos e consequências da verificação da calamidade pública, permitindo enquadrar os instrumentos e ações que serão necessários para a ultrapassar e para repor a normalidade social.

Assim, no primeiro decreto do Presidente da República, o Decreto n.º 14-A/2020, de 18 de março, afirmou-se que era necessário adotar em Portugal “*idênticas medidas [às de outros países europeus] de forte restrição de direitos e liberdades, em especial no que respeita aos direitos de circulação e às liberdades económicas, procurando assim prevenir a transmissão do vírus*”, e de forma a “*reforçar a segurança e certeza jurídicas e a solidariedade institucional*”²⁸. Ficou, pois, determinada a suspensão parcial do “direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional”, incluindo “o confinamento compulsivo no domicílio ou em estabelecimento de saúde, o estabelecimento de cercas sanitárias, assim como, na medida do estritamente necessário e de forma proporcional, a interdição das deslocações e da permanência na via pública que não sejam justificadas”, a fim de “reduzir o risco de contágio e executar as medidas de prevenção e combate à epidemia”²⁹; foram, igualmente, impostas medidas de suspensão relativamente aos direitos de propriedade e iniciativa económica privada, circulação internacional, reunião e manifestação, culto, direitos dos trabalhadores e direito de resistência.

Ao renovar o estado de emergência, o Presidente da República veio lembrar, através do Decreto n.º 2-A/2020, de 2 de abril, que foram tomadas “medidas com o objetivo de conter a *transmissão da doença* e, bem assim, *proteger os cidadãos e garantir a capacidade de resposta do Serviço Nacional de Saúde e das cadeias de abastecimento de bens essenciais, regulando o funcionamento das empresas e a circulação de pessoas num contexto de calamidade pública*”³⁰, acrescentando-se ao quadro jurídico da emergência em vigor, nomeadamente “*as matérias*

26. Cfr. Artigo 19.º, n.º 5 da Constituição.

27. Cfr. Artigo 14.º da Lei n.º 44/88.

28. Preâmbulo do Decreto n.º 14-A/2020, de 18 de março.

29. Alínea a) do art. 4.º do Decreto n.º 14-A/2020, de 18 de março.

30. Preâmbulo do Decreto n.º 17-A/2020, de 18 de março.

respeitantes à proteção do emprego, ao controlo de preços, ao apoio a idosos em lares ou domiciliário, ao ensino e à adoção de medidas urgentes para proteção dos cidadãos privados de liberdade, especialmente vulneráveis à doença COVID-19. Daqui resultou a determinação, nomeadamente, de que “pode ser alargado e simplificado o regime de redução temporária do período normal de trabalho ou suspensão do contrato de trabalho por facto respeitante ao empregador, como podem ser temporariamente modificados os termos e condições de contratos de execução duradoura ou dispensada a exigibilidade de determinadas prestações, ou limitado o direito à reposição do equilíbrio financeiro de concessões em virtude de uma quebra na respetiva utilização decorrente das medidas adotadas no quadro do estado de emergência; ou reduzida ou diferida, sem penalização, a percepção de rendas, juros, dividendos e outros rendimentos prediais ou de capital”.

Na segunda e última renovação do estado de emergência, afirmou-se que “os pressupostos da declaração, que se mantiveram na renovação anterior, assentavam numa estratégia de combate à disseminação do vírus através do recolhimento geral da população e da prática do distanciamento social”. Referiu também o Presidente que as medidas adotadas no estado de emergência “foram progressivamente surtindo os seus efeitos, tendo sido possível mitigar a transmissão da doença, reduzindo a percentagem diária de crescimento de novos casos de infeção e, conseqüentemente, de internamentos e de óbitos, permitindo reduzir a pressão sobre o Serviço Nacional de Saúde e salvar muitas vidas³¹.”

Observando o conteúdo das sucessivas declarações presidenciais, podemos notar que a caracterização do estado de emergência circunscreveu a necessidade de medidas excepcionais suscetíveis de alcançar, ao longo do tempo, uma multiplicidade de fins sanitários, económicos e sociais: (a) combater o vírus; (b) prevenir a doença; (c) reduzir o risco de contágio do vírus; (d) reduzir a percentagem diária de novos casos de infeção; (e) assegurar as cadeias de abastecimento de bens e serviços essenciais; (f) garantir a capacidade de resposta do Serviço Nacional de Saúde; (g) proteger o emprego; ou (h) salvaguardar o funcionamento da economia. Certamente que a multiplicação de fins, evidenciando a elasticidade do poder normativo de caracterização da emergência por calamidade pública, decorre da anormalidade social provocada pelo processo pandémico. Certamente também que, apesar disso, nem o Presidente, nem ainda o Governo, dispõem de uma liberdade irrestrita quanto à definição dos fins do estado de emergência, a ponto de dispensarem a sua fundamentação através de juízos factualmente consistentes. No entanto, a proliferação de finalidades referidas nas declarações de emergência, reiteradas nos sucessivos decretos governamentais de aplicação, não pode deixar de ter repercussões sobre o controlo jurídico da proporcionalidade dos meios adotados, em especial no que se refere à relação factual meios-fins.

Ou seja, é desde logo inequívoco que, quanto mais alargada for a estrutura de objetivos a prosseguir com o estado de emergência, maior será a liberdade de

31. Preâmbulo do Decreto n.º 20-A/2020, de 18 de março.

escolha e conformação dos meios adotados para a sua aplicação. Esta afirmação não se verifica apenas num plano quantitativo - *mais fins, mais meios* -, mas sobretudo no que respeita à forma como as medidas de emergência ficam “autorizadas” a expandir-se no tecido social, regulando um número considerável de situações da vida. Tendo em conta que o teste de aptidão não exige que o meio escolhido realize cabalmente o fim visado³², e que só em situações excepcionais se poderá concluir que certo meio é arbitrário³³, tal significa que poderão ser adotadas inúmeras medidas restritivas tidas como apropriadas, apesar de não ser imediatamente comprovável o conhecimento da sua aptidão para alcançarem os fins propostos³⁴. Por outro lado ainda, uma vez que não é possível prever *ex ante* os respetivos resultados na aproximação aos fins, poderão ser adotados vários meios alternativos, alguns deles experimentais, cuja eficácia vai sendo testada e comprovada pelo decurso do tempo³⁵.

A multiplicação de fins coloca, contudo, riscos jurídicos importantes. Desde logo, nas situações em que o fim não seja caracterizado de forma precisa, por ser demasiado amplo e genérico (pensemos, por exemplo, nas finalidades ‘resposta à crise económica’ ou ‘reforço da saúde dos cidadãos’), a definição dos meios aptos e necessários para os promover pode tornar-se um teste vazio ou inconclusivo, inviabilizando o controlo de proporcionalidade e fortalecendo algo paradoxalmente a intervenção do poder executivo. Como se poderá argumentar que determinados meios de ação (v.g. apoios públicos, subsídios, nacionalizações, privatizações, requisições de bens) não servem o fim ‘resposta à crise económica’? Em matéria de saúde pública, o Governo estará também habilitado a fazer muito mais do que apenas reforçar o dispositivo de prevenção e socorro. Ao abrigo da declaração de emergência, a autorização para agir legitimará um vasto conjunto de intervenções públicas – como aliás se constata pelas referências mais comuns de que a emergência é a “hora do executivo”.

A este respeito, já foi referida a diferença que separa um fim “difuso”, como o “combate ao vírus”, de outro relativo à “capacidade de resposta ao processo pandémico³⁶”, que compreende (sem se esgotar aí) a capacidade de resposta do Serviço Nacional de Saúde (v.g. o número de camas de cuidados intensivos, de ventiladores ou médicos). Em princípio, a abolição generalizada de qualquer esfera de contacto ou relação entre pessoas cumprirá sempre a finalidade relativa ao combate ao vírus, ainda que consubstancie uma intervenção particularmente agressiva para os direitos fundamentais. Porém, se a formulação do fim for

32. J. REIS NOVAIS, *Princípios Estruturantes do Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 108, em especial sobre o teste de aptidão de uma medida que apenas será invalidada “quando os seus efeitos sejam ou venham a revelar-se indiferentes, inócuos, ou até negativas, tomando como referência a aproximação do fim prosseguido com o meio em causa”.

33. A. BARAK, *Proportionality – Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, 2012, p. 207.

34. G. LUBBE-WOLFF, “The Principle of Proportionality in the Case-Law of the German Federal Constitutional Court”, in *Human Rights Law Journal*, Vol. 34, N.º 1-6, p. 15.

35. O. LEPSIUS, “Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie”, *VerfBlog*, disponível em <https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie>

36. O. LEPSIUS, *VerfBlog*, cit.

precisa e circunscrita, como acontece com o fim “capacidade de resposta ao processo pandêmico”, isso permitirá que o decisor de emergência defina as medidas mais ajustadas, estabelecendo distinções, por exemplo entre pessoas, regiões, atividades ou liberdades, e entre medidas diferenciadoras passíveis simultaneamente de não exaurir a capacidade do sistema de saúde e não agredir desproporcionalmente os direitos fundamentais³⁷.

Um segundo risco da proliferação de fins na cadeia das normas de emergência reside no caráter necessariamente temporário da declaração do estado de emergência constitucional. A estrutura alargada de fins da declaração presidencial pode criar a ilusão duma legitimação permanente das medidas de emergência autorizadas. No entanto, com a caducidade da declaração de emergência que vinha estabelecendo o quadro finalístico para a atuação do Governo, os poderes de emergência voltam a ser normativamente situados de acordo com as leis *especiais* de emergência, quer as preexistentes, quer as que possam ter sido aprovadas pelo legislador parlamentar competente. São essas leis – por exemplo, nos domínios da proteção civil ou da proteção da saúde pública – que fundamentam e limitam o chamado “poder administrativo de emergência, decorrentes das suas “missões” de “socorro de pessoas e bens em caso de acidentes graves, calamidades e catástrofes³⁸”.

Ora, aceitando-se que as leis especiais de emergência podem habilitar a aplicação de restrições ou condicionamentos de direitos individuais e até, como se lê na Lei do Sistema de Vigilância em Saúde Pública, um “*poder regulamentar excecional*”, os respetivos poderes de emergência não podem deixar de estar afetos às “missões” circunscritas de proteção administrativa decorrentes daquelas leis. Por essa razão, permitindo-se no artigo 17.º da referida Lei a adoção de medidas de “*restrição, a suspensão ou o encerramento de actividades ou a separação de pessoas que não estejam doentes, meios de transporte ou mercadorias, que tenham sido expostos, de forma a evitar a eventual disseminação da infecção ou contaminação*”³⁹, nunca esta disposição poderá servir de base para a imposição da mesma medida todos os cidadãos, uma vez que a referência do “direito ordinário” se refere apenas às pessoas não doentes suspeitas de terem contraído a doença. Além disso, a “missão” administrativa de vigilância em saúde pública também não permite a adoção de medidas fortemente intrusivas dos direitos fundamentais: por exemplo, o confinamento obrigatório de todas as pessoas, o encerramento de quaisquer atividades e estabelecimentos, a suspensão de liberdades fundamentais (culto, reunião ou manifestação), independentemente da avaliação do seu risco concreto para a cadeia infecciosa⁴⁰. A passagem para a gestão administrativa do combate à epidemia coloca, assim, uma multiplicidade de questões jurídicas, que

37. *Idem*.

38. Com referências fundamentais sobre o “direito de emergência”, enquanto figura distinta do estado de necessidade administrativa, veja-se P. COSTA GONÇALVES, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. 1, Almedina, 2019, p. 1064.

39. Cfr. Lei n.º 81/2009, de 21 de Agosto, que “institui um sistema de vigilância em saúde pública”.

40. Justamente, lê-se no n.º 3 do artigo 17.º da Lei n.º 81/2009 que “as medidas previstas devem ser aplicadas com critérios de proporcionalidade que respeitem os direitos, liberdades e garantias fundamentais, nos termos da Constituição e da lei.”

adquirem ainda maior importância em face da necessidade de planificação do levantamento gradual das restrições sobre os direitos individuais, após o fim do estado de emergência constitucional.

4. A estrutura de emergência sanitária: alguns problemas na passagem para a gestão administrativa da crise epidémica

A. A extensão do poder normativo de emergência: governo e administração sanitária

Desta forma, verificou-se que o “mandato” de emergência atribuído ao Governo mostrou ser aberto e inclusivo, não apenas em razão da matriz geral da declaração presidencial sobre a emergência como também da complexa estrutura de fins prefigurados. O direito de emergência instituído entretanto para o contexto de pandemia interiorizou uma multiplicidade de fins económicos, sociais e sanitários, podendo questionar-se, em várias situações, a congruência da respetiva relação meios-fins. Independentemente dos riscos jurídicos a que atrás fizemos referência, pode dizer-se que essa estrutura finalística visou enquadrar e autorizar um amplo poder de intervenção do Governo, que se traduziu na aprovação de verdadeiras normas jurídicas para os cidadãos e não apenas de medidas administrativas circunscritas e delimitadas.

Isto é, nesta sua qualidade de legislador circunstancial ao serviço da complexa cadeia de fins da emergência, não se limitou o Governo a ordenar o confinamento de pessoas, ou a encerrar tipos de estabelecimentos comerciais, ou a suspender a circulação internacional de pessoas e transportes. De facto, a atuação do executivo foi portadora de um sentido realmente inovatório, distinguindo entre categorias de pessoas e grupos de risco, estabelecendo condições para as deslocações autorizadas ou para acesso, circulação ou permanência de pessoas em espaços públicos, construindo regimes excecionais para as relações laborais, o arrendamento ou créditos bancários, ou definindo limites de capacidade e funcionamento para os transportes públicos, entre muitos outros exemplos.

Devemos agora assinalar um outro efeito deste poder reforçado. Não há dúvida de que, num contexto pandémico, como vimos, caracterizado pela incerteza factual e temporal dos meios utilizados para o combate à evolução da doença, mas também pela necessidade permanente de avaliação, revisão e adaptação dos seus instrumentos, a intervenção da Administração de emergência não é somente necessária; ela é, de várias maneiras, *necessariamente reforçada*⁴¹. Na medida em que o controlo do ciclo de desenvolvimento da epidemia – das fases de “contenção” à “mitigação” – requer a intervenção especializada das

41. Mesmo no estado de emergência constitucional, é o que resulta, a nosso ver, do n.º 2 do artigo 9.º da Lei n.º 44/88: “o estado de emergência apenas pode determinar a suspensão parcial do exercício de direitos, liberdades e garantias, prevendo-se, se necessário, o reforço dos poderes das autoridades administrativas civis”. Isto é, o reforço dos poderes das autoridades administrativas *civis* surge como consequência necessária de uma suspensão de direitos parcial e de menor impacto.

autoridades afetas ao dispositivo de saúde pública, em particular a Direção-Geral de Saúde, as autoridades regionais de saúde ou outras estruturas de vigilância epidemiológica, a Administração sanitária adquire um poder excecional⁴², que adquire ainda maior relevância com a necessidade de planificação do levantamento gradual de restrições sobre os direitos individuais e definição de normas de gestão e regulação do risco. Na citada Lei do Sistema de Vigilância em Saúde Pública, admite-se que o Ministro da Saúde possa emitir normas regulamentares e orientações no exercício de poderes de autoridade, “com força executiva imediata”, ainda que sempre sob proposta do Diretor-Geral de Saúde⁴³.

Dir-se-á que esta administrativização do poder de emergência sanitário confirma que estamos na presença duma *estrutura de emergência “distribuída”*⁴⁴, ajustada às necessidades de conhecimento e especialização do Estado administrativo, uma vez mais bem distinta do figurino comissarial por vezes associado aos poderes de exceção⁴⁵. É assim que a Lei do Sistema de Vigilância em Saúde Pública parece articular a intervenção de um conjunto de órgãos e entidades “desenvolvendo atividades de saúde pública” e “aplicando medidas de prevenção, alerta, controlo e resposta, relativamente a doenças transmissíveis, em especial as infecto-contagiosas, a outros riscos para a saúde pública, com vista a garantir o direito dos cidadãos à defesa e proteção da saúde⁴⁶”: o chamado “*sistema de vigilância em saúde pública*”. Este sistema de vigilância é liderado pela Direção-Geral de Saúde, enquanto Autoridade de Saúde Nacional incumbida de “liderar as ações e programas na área de prevenção e controlo das doenças transmissíveis e demais riscos em saúde pública, coadjuvada pelas demais autoridades de saúde de nível regional e de nível municipal⁴⁷”; e é também apoiado, a título consultivo, pelo Conselho Nacional de Saúde Pública e por duas comissões especializadas: a Comissão Coordenadora de Vigilância Epidemiológica e a Comissão Coordenadora da Emergência⁴⁸.

Neste aspeto, é importante deixar a nota – e aqui, apenas a nota - de que a forma de gestão administrativa da atual crise epidémica parece ter secundarizado a rede de entidades e estruturas que constituem, de acordo com a lei, o referido sistema

42. Levando este ponto até às últimas consequências, por referência ao pós-11 de setembro de 2001 e pós-crise financeira de 2008, veja-se E. A. POSNER e A. VERMEULE, *The Executive Unbound after the Madisonian Republic*, Oxford University Press, 2010, pp. 103 ss., e afirmando que em cenário de emergência “um direito administrativo schmittiano é inevitável”. Entre nós, G. ALMEIDA RIBEIRO, “O estado de exceção constitucional”, in *Observador*, disponível em: <https://observador.pt/especiais/o-estado-de-excecao-constitucional/> (“a exceção justifica um reforço do poder executivo porque reclama ação expedita e adaptável”).

43. Cfr. Artigo 17.º da Lei n.º 81/2009.

44. Nos Estados Unidos, mencionando a este respeito a “*distributed dictatorship*”, caracterizada pela delegação de poder em diferentes órgãos e agências administrativas, S. LEVINSON e J. M. BALKIN, “Constitutional Dictatorship: Its Dangers and Its Design”, in *Minnesota Law Review*, n.º 1789, 2009-2010, pp. 1840-1841.

45. Apesar de o artigo 21.º da Lei n.º 44/86 prever a possibilidade de o Governo escolher e nomear comissários, com vista a “assegurar o funcionamento de institutos públicos, empresas públicas e nacionalizadas e outras empresas de vital importância nessas circunstâncias”.

46. Cfr. Artigo 1.º da Lei n.º 81/2009.

47. Cfr. Artigo 12.º da Lei n.º 81/2009.

48. Cfr. Artigos 4.º, 5.º e 7.º da Lei n.º 81/2009.

de vigilância em saúde pública, em benefício de uma ação essencialmente focada articulação funcional entre o executivo e a Direção-Geral de Saúde. Isso é particularmente visível nas resoluções governamentais que procederam já à declaração da situação de calamidade no país, as quais estabelecem regras para o desconfinamento dependentes do cumprimento das instruções e orientações que têm sido aprovadas pela Direção-Geral de Saúde⁴⁹ em diferentes fases de resposta à epidemia, sejam orientações dirigidas a entidades públicas ou privadas do sistema de saúde, sejam orientações destinadas a empresas⁵⁰, trabalhadores⁵¹ ou cidadãos⁵², e com impacto direto nos seus direitos e liberdades⁵³.

Deste modo, não é possível interpretar a intensificação da normatividade sanitária apenas como expressão de um “soft law⁵⁴” administrativo, ou como um conjunto de recomendações desprovidas de efeitos jurídicos imediatos e obrigatórios. As orientações da Direção-Geral de Saúde integram plenamente o poder normativo de emergência, pensado e reforçado agora para a chamada fase de desconfinamento. Em consequência, não obstante a fundamentação e validação científica que as acompanha – em geral, note-se, vêm munidas de referências bibliográficas, em especial relatórios e orientações de outros organismos nacionais e internacionais de saúde pública, evidenciando a procura por casos análogos e pelas melhores práticas científicas -, as normas da Administração sanitária não deixam de estar sujeitas aos mesmos princípios de justificação, reserva de lei e proporcionalidade que se exigem às interferências nos direitos fundamentais.

A este respeito, na busca incessante pelas medidas mais aptas e menos intrusivas para os cidadãos, a invocação da autoridade científica, estatística ou epidemiológica da Administração sanitária não é suficiente como medida da legitimidade dos meios adotados, nem substitui a necessidade de as instituições politicamente responsáveis avaliarem os progressos realizados no reforço da capacidade de resposta ao cenário permanentemente mutável da emergência

49. Veja-se <https://covid19.min-saude.pt/orientacoes/> [último acesso: 14.06.2020].

50. Por exemplo, Orientação n.º 030/2020 de 29/05/2020 atualizada a 12/06/2020 (Procedimentos de Prevenção e Controlo para Espaços de Lazer, Atividade Física e Desporto e Outras Instalações Desportivas) ou Orientação n.º 023/2020 de 08/05/2020 (Procedimentos em estabelecimentos de restauração e bebidas).

51. Nomeadamente, Orientação n.º 006/2020 de 26/02/2020 (Procedimentos de prevenção, controlo e vigilância em empresas).

52. Nomeadamente, Orientação n.º 010/2020 de 16/03/2020 (Distanciamento Social e Isolamento).

53. Por exemplo, Orientação n.º 029/2020 de 29/05/2020 (Medidas de prevenção e controlo em Locais de Culto e Religiosos) ou Orientação n.º 028/2020 de 28/05/2020 (Utilização de equipamentos culturais) ou Orientação n.º 027/2020 de 20/05/2020 (Procedimentos nos Transportes Públicos).

54. A título de exemplo, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 38/2020, de 17 de maio, que procedeu à prorrogação da situação de calamidade por novo período de 15 dias, ordenou que os estabelecimentos de comércio a retalho cumpram as “regras de higiene definidas pela DGS” (artigo 8.º, a)), ou que os estabelecimentos de restauração “observem as instruções especificamente elaboradas para o efeito pela DGS” (artigo 15.º, n.º 1, alínea a), ou que o funcionamento dos museus, monumentos, palácios, sítios arqueológicos e similares” é permitido “desde que se observem as normas e as instruções definidas pela DGS referentes ao distanciamento físico, higiene das mãos e superfícies, etiqueta respiratória” (artigo 21.º).

pandémica e irem adaptando, sempre que necessário, as suas intervenções. Face à incerteza do contexto epidemiológico, já foi salientado que a preferência por atuações de emergência mais respeitadoras dos direitos fundamentais pressupõe uma cultura pública e jurídica aberta à diferenciação de medidas que apela à “experiência de todos os órgãos constitucionais e da sociedade civil no seu todo⁵⁵”.

B. A emergência criativa e o dever de proteção

Numa perspetiva de direitos fundamentais, a centralidade desta relação Governo-Administração especializada tem resultado no aparecimento de uma ampla normatividade sanitária e técnica que, continuando a suspender e restringir os direitos dos cidadãos, surge agora sob o propósito de orientar e proteger a conduta dos cidadãos na fase progressiva de desconfinamento.

Ora, uma vez preconizado o objetivo do desconfinamento gradual, que, precisamente por ser gradual e imprevisível, requer a continuidade de medidas restritivas por tempo ainda indeterminado, somos agora confrontados com a inevitabilidade do que podemos chamar de “emergência criativa”. Esta expressão não tem aqui nenhuma conotação schmittiana direta, já que o “ditador soberano” para SCHMITT se distinguiria, não por suspender a ordem constitucional vigente para a defender, mas por explorar todas as potencialidades de recriação dessa mesma ordem⁵⁶. Na situação em apreço, dir-se-á que a emergência é “criativa” porque, como escreveu MATIAS KUMM, “o executivo está também positivamente obrigado a fazer tudo o que for necessário e proporcional para alterar o mais rápido possível a situação existente, para que as medidas extraordinárias deixem de ser necessárias, ou necessárias na mesma intensidade, e possam ser levantadas com responsabilidade⁵⁷”. Deverão, pois, ser removidos os meios que deixaram de ser necessários ou proporcionais, tal como deverão ser substituídos outros meios por formas de intervenção menos limitativas ou restritivas dos direitos individuais, tendo em vista o abrandamento progressivo e responsável do direito extraordinário⁵⁸. No mesmo sentido, devem ser aprovadas novas intervenções com o objetivo de proteger os cidadãos que tenham sido especialmente afetados pelo direito de emergência e a quem foram impostos custos ou perdas que não podem ser recuperados: estudantes que foram privados do ensino, doentes (que não os atingidos pela epidemia) que não puderam ser tratados em tempo, pessoas que perderam a sua fonte de rendimento em razão do encerramento forçado de

55. O. LEPSIUS, *VerfBlog*, cit.

56. C. SCHMITT, *Dictatorship*, p. 119 (“A ditadura não suspende uma constituição existente com base numa lei da constituição - uma lei constitucional; pelo contrário, procura criar as condições sob as quais uma constituição - uma constituição que encara como a verdadeira - se torne possível. Portanto, a ditadura não apela a uma constituição existente, mas a uma que ainda está por vir”).

57. M. KUMM, “Gegen obrigkeitstaatliche Tendenzen in der Krise: Massive Freiheitseingriffe und deren Grundrechtliche Rechtfertigung”, *VerfBlog*, disponível em: <https://verfassungsblog.de/gegenobrigkeitsstaatliche-tendenzen-in-der-krise>

58. No sentido em que o “alívio progressivo das medidas restritivas destinadas a conter a transmissão da doença pode ser ainda colocado no contexto da intervenção de emergência”, ver G. MARTINICO e M. SIMONCINI, “Emergency and Risk in Comparative Public Law”, *VerfBlog*, disponível em: <https://verfassungsblog.de/emergency-and-risk-in-comparative-public-law/>.

atividades económicas.

Esta dimensão simultaneamente criativa e protetora do poder de emergência na fase de desconfinamento tem um duplo fundamento jurídico: de um lado, o cumprimento de um dever de ponderação dos direitos fundamentais e dos valores constitucionais⁵⁹, procurando um equilíbrio justo entre os interesses conflitantes, de modo a ajustar continuamente, sempre que necessário, os meios escolhidos; de outro, o cumprimento de um dever estadual de proteção, que exige a mobilização contínua por parte do Estado dos recursos materiais e jurídicos necessários para a criação das condições suscetíveis de atenuar as restrições impostas à liberdade individual e ir recuperando, na medida das possibilidades, a normalidade da vida social e económica⁶⁰. Este duplo esforço, repete-se, mostra que, num cenário de crise pandémica para a qual não existe o conhecimento dos meios suscetíveis de a debelar de forma imediata, a emergência não pode ser apenas defensiva; pelo contrário, é inevitável e, diríamos mesmo desejável, em especial na passagem para o desconfinamento gradual, a criação de um direito de emergência construtivo e protetor, e adaptativo e incremental, sempre subordinado a uma exigência permanente de justificação.

5. Conclusão

No presente artigo procurou-se argumentar, a partir da experiência recente entre nós do estado de emergência constitucional, que o exercício dos poderes de emergência assentou na normatividade partilhada entre o Presidente da República e o Governo, tendo daí surgido um conjunto de normas jurídicas de emergência ao serviço de uma pluralidade de fins sanitários, económicos e sociais, nem sempre recortados com precisão normativa. A colocação do direito de emergência no seio do poder executivo, também por ausência da intervenção do Parlamento, redundou no carácter fortemente restritivo do poder de emergência sobre os direitos individuais e no reforço da Administração sanitária, que, note-se, não deixou de ser mantido e reconfigurado com o fim do estado de emergência constitucional e a transição para a situação de calamidade administrativa.

Para além dos problemas jurídicos de competência e legalidade na emissão de normas regulamentares que afetam os direitos fundamentais, é essa transição para a gestão administrativa da chamada “fase de desconfinamento” que agora suscita inúmeros problemas jurídicos, entre os quais os limites da normativização técnico-científica na conformação da vida social e económica, e o cumprimento de deveres estaduais de ponderação e proteção jurídica tendentes ao abrandamento responsável das medidas restritivas.

59. Sobre este dever, P. COSTA GONÇALVES, *Manual*, pp. 359-369.

60. M. KUMM, *VerfBlog*, cit.