

SEPARATA

RPDC N.º 3 (2023)

REVISTA PORTUGUESA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

PORTUGUESE REVIEW OF CONSTITUTIONAL LAW



*Parâmetros de Estado de Direito em Pandemia – Uma Análise da Jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo sobre o «Regime da Situação de Calamidade»**

Ravi Afonso Pereira

Provedor-Adjunto de Justiça

I. O «regime da situação de calamidade»

Quando, em Maio de 2020, cessou a vigência do estado de emergência declarado pelo Presidente da República, no contexto do levantamento gradual das medidas de confinamento com vista a iniciar a fase de recuperação e revitalização da vida em sociedade e da economia, ficou a saber-se que muitas das medidas de distanciamento social que serviam para proteger a saúde pública se iriam manter por um longo período.

Tal processo — o «Plano de Desconfinamento» — foi anunciado como «a transição do estado de emergência para o estado de calamidade». Foi para o efeito concebido pelo Governo um «regime da situação de calamidade», que veio publicado como anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º

* O presente texto teve na sua origem a comunicação feita no V *Seminário da Associação dos Assessores do Tribunal Constitucional – Jurisprudência Constitucional Recente*, realizado a 14 de Dezembro de 2022 na Sala de Actos do Tribunal Constitucional. Por opção do Autor, segue a ortografia anterior ao Acordo Ortográfico em vigor desde 2009.

33-A/2020, de 30 de Abril, que declara a situação de calamidade, no âmbito da pandemia da doença Covid-19¹.

As principais medidas então adoptadas, sendo relativamente menos severas do que aquelas que vigoraram durante o estado de emergência, não deixariam ainda assim de afectar o dia-a-dia dos cidadãos. Pense-se na proibição de ajuntamentos de mais de 10 pessoas na via pública ou na proibição de realização de celebrações e de outros eventos que implicassem uma aglomeração de pessoas em número superior a 10. O próprio «dever cívico de recolhimento domiciliário», apesar de não ser rigorosamente um dever jurídico, não deixaria de causar constrangimentos, designadamente na medida em que, face à fiscalização do seu cumprimento por parte das autoridades, os cidadãos se viam na situação de ter que se justificar sempre que interpelados.

Tendo todas essas medidas sido determinadas exclusivamente pelo Governo, através de resolução do Conselho de Ministros, e, portanto, sem intervenção de qualquer outro órgão de soberania, a principal questão que se põe é a de saber se as mesmas gozam de *legitimidade democrática*.

Para que fique claro, ao assim equacionar a questão, não se está a pôr em causa a legitimidade democrática do Governo enquanto tal. Em Portugal, o Governo é um órgão de soberania cuja legitimidade democrática institucional e funcional é inquestionável. Ela resulta, desde logo, da própria opção constitucional de separação de funções na medida em que tal opção radica no povo, enquanto poder constituinte. Uma vez constituídos, todos os poderes do Estado são, sob o ponto de vista funcional-institucional, igualmente democraticamente legitimados. Ou seja, uma vez que o poder executivo se funda na Constituição, e tratando-se de uma Constituição democrática, é óbvio que desta retira legitimidade democrática. Além disso, o Governo goza de legitimidade democrática organizatória-pessoal, uma vez que os seus membros são nomeados pelo Presidente da República que é, ele próprio, democraticamente eleito através de sufrágio universal, directo e secreto dos cidadãos e também tendo em conta os resultados das eleições legislativas e, portanto, a composição da Assembleia da República. Verifica-se, desse modo, uma «cadeia ininterrupta de legitimação democrática» entre os membros do Governo e o povo².

¹ Um relato sobre o que foi acontecendo entre Março de 2020 e Maio de 2021, no contexto de uma reflexão sobre os problemas do Estado direito, encontra-se em PROVIDOR DE JUSTIÇA, *Cadernos da Pandemia n.º 3 – Estado de Direito* [publicação electrónica], Lisboa: 2021, disponível em https://www.provedor-jus.pt/documentos/estado_direito_c3_2021.pdf.

² O conceito de «cadeia de legitimação democrática» é utilizado pelo nosso Supremo Tribunal Administrativo, justamente a propósito da apreciação da medida de proibição de ajuntamentos de mais de 10 ou de 20 pessoas e da medida de proibição de deslocação para fora do concelho do domicílio, respectivamente, nos Acórdãos

Simplemente, para a legitimidade democrática ser efectiva é ainda necessário que, no plano *material*, todos os órgãos do Estado sejam subordinados

da 1.^a Secção, de 10.09.2020, Proc. n.º 088/20.8BALS, e 31.10.2020, Proc. n.º 0122/20.1BALS. Na ciência do Direito Público, o conceito de «cadeia de legitimação democrática» deve-se a ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, “Demokratie als Verfassungsprinzip”, in Josef Isensee / Paul Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, 3. Aufl. Heidelberg: Müller, 2004, Bd. II, § 24, e viria a ser recebido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, nele se fundando, aliás, a sua jurisprudência, construída ao longo de várias décadas, em matéria de processo de integração europeia. Na democracia como princípio constitucional vai implicado o princípio da soberania popular. O exercício do poder público de autoridade não é pressuposto, antes deve ser legítimo. Tal legitimação só pelo titular da soberania — o povo — pode ser conferida. O que o princípio democrático traz de novo é que tal legitimação não se consuma no momento originário de constituição e organização do poder político antes se cumpre concretamente em cada exercício do poder público de autoridade. Ou seja, a legitimação democrática deve ser *efectiva*. A recondução desse exercício ao povo opera-se através da construção de uma categoria dogmática dedicada às formas de legitimação democrática. Segundo Böckenförde, devem distinguir-se três componentes: legitimação democrática funcional e institucional; legitimação democrática organizatória-pessoal; legitimação democrática material. A exigência de *legitimação democrática funcional e institucional* significa que o exercício do poder público de autoridade deve respeitar a opção constitucional de separação de funções na medida em que tal opção radica no povo, enquanto poder constituinte. Uma vez constituídos, todos os poderes do Estado são, sob o ponto de vista funcional-institucional, igualmente democraticamente legitimados. O fundamento da Administração deriva — em pé de igualdade com as demais funções do Estado — da constituição e, portanto, do povo, enquanto poder constituinte. Simplemente para alcançar uma legitimação democrática efectiva são ainda — sobretudo — necessárias as componentes organizatória-pessoal e material. A *legitimação democrática organizatória-pessoal* vem dizer-nos que entre o titular do órgão que pratique um acto de autoridade e o povo deve existir uma cadeia de legitimação democrática ininterrupta («*ununterbrochene demokratische Legitimationskette*»). Os titulares do poder público devem, nos casos em que não é possível reconduzi-los de forma imediata a um acto de eleição popular, pelo menos ser nomeados por titulares que sejam, eles próprios ou por intermédio de outros titulares que, por sua vez, o sejam, democraticamente eleitos. Os titulares do poder público são assim, simultaneamente, receptores e transmissores de legitimação democrática. Decisivo é que a cadeia seja ininterrupta, isto é que pelo meio não surja um titular não-legitimado democraticamente. O parlamento surge assim, uma vez legitimado no acto eleitoral, como o transmissor incontornável de legitimação democrática. Por seu turno, a *legitimação democrática material* exprime-se de duas maneiras. Consiste, em primeiro lugar, em atribuir ao parlamento a função legislativa e em subordinar todos os órgãos do Estado à lei enquanto portadora de legitimidade democrática conferida pelo voto popular. Em segundo lugar, a legitimação democrática material cumpre-se através de mecanismos de controle a ser exercidos, quer responsabilizando os titulares dos mandatos no parlamento directamente perante o povo através da realização de eleições periódicas quer responsabilizando o governo — e, através dos seus ministros, a Administração pública — perante o parlamento. Entre estas duas expressões da legitimação democrática material existe uma correlação. Perante um menor grau de controle — como sucede em relação aos tribunais que gozam de independência — deve a subordinação à lei ser absoluta. Por sua vez, aí onde a lei seja indeterminada no seu conteúdo, torna-se o controle premente por forma a garantir a legitimação democrática material. A legitimação democrática material pressupõe a força dirigente da lei. Embora tal não implique a exclusão de outros instrumentos dirigentes, os mesmos apenas se tornam admissíveis na medida da sua conformidade com a lei. Por virem reforçar a sua força dirigente e na medida em que a ela se deixam reconduzir, tais instrumentos surgem ainda como portadores de legitimidade democrática. Tal significa também que a legitimidade de outros instrumentos dirigentes cessa sempre que os mesmos não puderem ser reconduzidos à lei. As formas de legitimação democrática organizatória-pessoal e material estão preordenadas à efectividade do princípio democrático. Simplemente, apesar de uma finalidade comum, elas são analiticamente irreduzíveis. Nenhuma delas é substituível pela outra. Tal não significa, porém, que um nível de legitimação não seja atingido através de compensações. Dada a diversidade da organização administrativa, a prevalência de uma forma sobre a outra é extremamente variável. Decisivo é poder, perante cada caso concreto de exercício do poder público, reconduzir-se efetivamente a decisão ao povo.

à lei, enquanto portadora de legitimidade democrática conferida pelo voto popular. Ora, é justamente a este nível que surgem dúvidas a propósito das medidas adoptadas pelo Governo ao abrigo do autodenominado «regime da situação de calamidade».

As resoluções do Conselho de Ministros em questão, designadamente aquelas que declararam e prorrogaram a situação de calamidade em todo o território nacional, invocaram, como base legal, em vez de uma base legal consistente e sólida, uma plétora de diplomas legais.

Um desses diplomas foi a Lei de Bases da Protecção Civil³, que, verificados certos pressupostos, atribui competência ao Conselho de Ministros para declarar a situação de calamidade.

Ora, analisado o regime instituído nesse diploma, é manifesto que a declaração da situação de calamidade não está pensada para situações que se prolonguem indefinidamente no tempo e, além do mais, comprimam o exercício de direitos fundamentais de forma tão intensa. Está antes pensada para a expedita mobilização de meios, *no âmbito da protecção civil*, como resposta a eventos *específicos* e de duração efémera (catástrofes naturais como sismos, furacões, cheias ou inundações; derrocadas; incêndios de larga dimensão; um acidente grave que atinja infra-estruturas essenciais, *etc.*)⁴. Ou seja, está pensada para uma situação que, por ser inesperada, requeira, *urgentemente*, a adoção de medidas restritivas de curta duração (de horas ou, no máximo, dias). Não está pensada para prolongar-se por um período de tempo tão longo (de semanas ou meses) e não está pensada para situações para as quais — justamente na medida em que já não são, propriamente, inesperadas — seja possível conceber, atempadamente, um plano e adoptar as medidas adequadas. Daí se explicar que o legislador, ao desenhar o regime da Lei de Bases da Protecção Civil, não tenha sentido necessidade de prever a intervenção da Assembleia da República na eventual prorrogação da declaração da situação

³ Lei n.º 27/2006, de 3 de Julho, alterada por último pela Lei n.º 80/2015, de 3 de Agosto.

⁴ Nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 9.º, que tem como epígrafe «[p]ressupostos das situações de alerta, contingência e calamidade», «[a] situação de calamidade pode ser declarada quando, face à ocorrência ou perigo de ocorrência de algum ou alguns dos acontecimentos referidos no artigo 3.º, e à sua previsível intensidade, é reconhecida a necessidade de adotar medidas de carácter excecional destinadas a prevenir, reagir ou repor a normalidade das condições de vida nas áreas atingidas pelos seus efeitos». O artigo 3.º contém a definição legal de acidente grave e de catástrofe. Nos termos do disposto no n.º 1 desse preceito legal, «[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 [italico nosso]». Por sua vez, de acordo com o seu n.º 2, «[c]atástrofe é o acidente grave ou a série de acidentes 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».

de calamidade ou sequer tenha estabelecido mecanismos de monitorização parlamentar da sua execução⁵.

Ainda que assim se não entendesse, e no pressuposto de que a Lei de Bases da Protecção Civil daria cobertura legal para a adopção de medidas de resposta a uma pandemia, não ficariam resolvidas as dúvidas suscitadas quanto à legitimidade democrática, no plano material, das resoluções do Conselho de Ministros. É que a adopção, pelo Governo, de medidas que consubstanciem uma afectação — e uma afectação *intensa* — dos direitos e das liberdades dos cidadãos jamais poderá ir além daquilo que estiver expressamente previsto na lei. Ou seja, poderão, por exemplo, ser impostos limites ou condicionamentos à liberdade de circulação, não porque o Governo, sem mais, assim o determine, mas porque está habilitado por lei a adoptar, verificados certos pressupostos, essa medida concreta, de acordo com um procedimento preestabelecido e regulado. É a lei habilitante que serve de critério de actuação e de parâmetro de controlo da actuação do Governo.

Com efeito, o prévio enquadramento legislativo das medidas a adoptar é uma das exigências fundamentais do princípio do Estado de direito. Tal exigência não seria satisfeita se a lei se limitasse a autorizar o Governo a adoptar as medidas que, em cada caso, [o Governo] entendesse necessárias. Mais do que isso, desse princípio decorre que tem de ser a lei, ela própria, a preestabelecer, de forma precisa, que *medidas concretas* é que, verificados os pressupostos da declaração da situação de calamidade, poderá o Governo vir a adoptar. Tanto maior é o grau exigível de densificação legislativa das medidas, quanto mais intensamente estas vierem afectar os direitos, liberdades e garantias, como tal consagrados na Constituição. E é por isso que, na Lei de Bases da Protecção Civil, vêm elencadas as medidas que, no âmbito da situação de calamidade, poderão ser adoptadas. Fora das medidas que aí estejam expressamente previstas, não é possível ao Governo, com fundamento na Lei de Bases da Protecção Civil, actuar. Compreender-se-á melhor o que queremos dizer ilustrando com um problema concreto.

Na Resolução do Conselho de Ministros n.º 33-A/2020, de 30 de Abril, a medida que veio proibir ajuntamentos de mais de 10 pessoas, autorizando a polícia a mandar dispersar (artigo 3.º, n.º 6), consubstancia uma restrição intensa das liberdades de reunião e de manifestação, repercutindo-se ainda

⁵ O controlo parlamentar resume-se à competência genérica de fiscalização pela Assembleia da República da actividade do Governo e da Administração (artigo 162.º, n.º 1, alínea *a*), da Constituição). Sobre o assunto cf. MANUEL DA SILVA GOMES, “As declarações situacionais na Lei de Bases da Protecção Civil: alerta, contingência e calamidade”, in Carla Amado Gomes e Ricardo Pedro (Coord.), *Direito administrativo de necessidade e de exceção*, Lisboa: AAFDL, 2020, pp. 97-165, pp. 151-153.

no pleno exercício da liberdade de culto. Sem querer pôr em causa a sua pertinência no contexto do combate à pandemia da Covid-19, tratando-se de uma restrição a direitos, liberdades e garantias, só um acto legislativo — e um acto legislativo *parlamentar* (artigo 165.º, n.º 1, alínea *b*), da Constituição) — pode legitimar a adopção de tal medida.

Ora, sendo certo que, nos termos do disposto no artigo 21.º, n.º 2, alínea *b*), da Lei de Bases da Protecção Civil, a declaração da situação de calamidade pode estabelecer «a fixação, por razões de segurança dos próprios ou das operações, de limites ou condicionamentos à circulação ou permanência das pessoas [...]», é manifesto que essa norma se refere à permanência de pessoas nas zonas atingidas pelo acidente — como se torna claro pela referência às operações em matéria de protecção civil — e não ao número de pessoas admissíveis *em qualquer local*⁶. Além disso, é inequívoco que a possibilidade de limitar ou condicionar a circulação ou permanência de pessoas em determinados espaços só é possível, nos termos dessa disposição legal, «por razões de segurança dos próprios ou das operações» e não para qualquer outra finalidade de interesse público⁷. Tal significa que desse preceito não se pode retirar uma habilitação legal para o Governo proibir, *em termos gerais* — geográfica e temporalmente não-circunscritos — e para finalidades alheias à protecção civil (prevenção, protecção e socorro de pessoas e bens em situação de acidente grave ou catástrofe), o exercício de direitos e liberdades fundamentais.

Terá sido por isso que na referida Resolução do Conselho de Ministros e noutras da mesma índole, ao estabelecer o «regime da situação de calamidade», o Governo invocou, como base legal, além da Lei de Bases da Protecção Civil, outros diplomas legais. Além da Lei de Bases da Protecção Civil, o Governo invocou, como base legal, a Lei que institui um Sistema de Vigilância em Saúde Pública⁸, os artigos 12.º e 13.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de Março, no qual foram estabelecidas medidas excepcionais relativas à pandemia da doença Covid-19, e ainda a alínea *g*) do artigo 199.º da Constituição.

⁶ V., ainda, o artigo 32.º, n.º 2, alínea *d*), nos termos do qual compete ao Governo, ao declarar a situação de calamidade, «adoptar [...] as medidas de carácter excepcional destinadas a repor a normalidade das condições de vida *nas zonas atingidas* [itálico nosso]».

⁷ Essa delimitação do âmbito material da norma decorre aliás da própria finalidade da protecção civil definido no artigo 1.º da Lei de Bases da Protecção Civil: «A protecção civil é a actividade desenvolvida pelo Estado, regiões autónomas e autarquias locais, pelos cidadãos e por todas as entidades públicas e privadas com a finalidade de prevenir riscos colectivos inerentes a situações de acidente grave ou catástrofe, de atenuar os seus efeitos e proteger e socorrer as pessoas e bens em perigo quando aquelas situações ocorram».

⁸ Lei n.º 81/2009, de 21 de Agosto.

Poderia argumentar-se que, ao invocar essa multitude de bases legais, é o Governo a reconhecer, ele próprio, a inadequação e insuficiência de qualquer um desses actos legislativos, autonomamente considerados, para as medidas que então se propôs adoptar. A lógica subjacente terá sido a de que, ao actuar em contexto de «emergência administrativa», é legítimo que o Governo se faça valer de todas as fontes legais disponíveis na ordem jurídica, ainda que dispersas. De acordo com essa premissa, poderia, portanto, o Governo, a partir de fontes distintas do poder legislativo parlamentar e governamental, através de resolução do Conselho de Ministros, proceder a uma recomposição perfeitamente harmoniosa, definindo o «regime da situação de calamidade»⁹.

Ora, põe-se assim a questão de saber até que ponto, mesmo no contexto da emergência administrativa, é admissível que o Governo, *no exercício da função administrativa*, produza uma «manta de retalhos» a partir de fragmentos de regimes autonomamente estabelecidos em actos legislativos dispersos, cujo âmbito material está devidamente delimitado, que consubstancie um regime jurídico autónomo. Dito de outro modo, pode o Governo, no exercício da função administrativa, *reconstruir e recompor a ordem jurídica*, tal como criada no exercício da função legislativa do Estado? Ou, ainda de outro modo, a emergência administrativa torna dispensável a exigência de uma habilitação legal expressamente conferida?

Há bons argumentos a favor. Desde logo argumentos de bom senso. Mas também argumentos jurídicos.

Se, após conferir com os seus serviços de apoio jurídico, o Governo tivesse chegado à conclusão de que não dispunha de poderes legais para adoptar as medidas necessárias de apoio à pandemia, será que deveria então, pura e simplesmente, «ficar de braços cruzados»? Seria razoável que o País ficasse tanto tempo em «compasso de espera» enquanto se elaborava as propostas de lei a apresentar à Assembleia da República e se aguardava a conclusão do processo legislativo até à publicação da legislação em Diário da República? Teria sido preferível que o Governo e as autoridades de saúde se tivessem limitado a recolher informação e a fazer recomendações à população sobre

⁹ Tenha-se presente que tal aconteceu num contexto em que, previamente, durante a vigência do estado de emergência, o Governo havia assumido a produção de normas jurídicas em sede de «regulamentação» do estado de emergência. Criticando a manutenção do Governo «na condição do “grande poder normativo”» no momento da transição do estado de *emergência constitucional* para uma situação de *emergência administrativa*, cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, “Abdicação parlamentar na emergência e continuação da abdicação na calamidade”, in *Observatório Almedina* [publicação electrónica], 21 de Maio de 2020, disponível em https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/05/21/abdicacao-parlamentar-na-emergencia-e-continuacao-da-abdicacao-na-calamidade/#notah_h.

os comportamentos a adoptar, confiando numa estratégia de cooperação por parte da sociedade?

A resposta a todas essas perguntas é: «não sabemos». E não sabemos, porque tudo depende da avaliação que, então, o Governo terá feito do custo da sua não-actuação. Com a informação de que então se dispunha ou falta dela, não era, de todo em todo, previsível qual a evolução da situação epidemiológica no país, qual a dimensão da pandemia em termos de incidência na população e em termos de perda de vidas humanas. Mesmo que hoje, em retrospectiva, se saiba um pouco mais sobre o fenómeno e a evolução que foi sofrendo, reportando-nos nós à data em que o Governo teve de decidir sobre o que deveria ou não fazer, é razoável que a avaliação que na altura foi feita tenha sido a da absoluta necessidade de agir como agiu, *ainda que ilegalmente*.

Esse raciocínio que é do domínio do bom senso corresponde também a uma doutrina jurídica, desenvolvida pelo Conselho de Estado francês, a propósito de eventos decorridos durante a Primeira Guerra mundial, segundo a qual, em circunstâncias excepcionais, uma decisão ou acção da Administração que, em circunstâncias normais, seria considerada ilegal, pode, verificados certos requisitos, ser considerada legítima¹⁰. Na sua formulação actual, de acordo com a doutrina de *circonstances exceptionnelles*, tais requisitos são: (i) a Administração ter sido impossibilitada, devido a circunstâncias excepcionais (guerra, insurreição ou catástrofes naturais), de actuar em observância da lei; (ii) a Administração ter agido, objectivamente, na prossecução do interesse público; (iii) a violação do princípio da legalidade ser proporcional à prossecução do interesse público que determinou a actuação da Administração. A verificação do preenchimento de cada um destes requisitos é avaliada, em cada caso, pelos tribunais administrativos. Em suma, o Direito aceita compressões a um princípio tão importante, como é o caso do princípio da legalidade da Administração, se o custo de observar, rigorosamente, esse princípio for desproporcionadamente superior.

Também não temos dúvidas de que o Governou actuou exclusivamente no interesse público. As medidas de distanciamento físico e social que foram adoptadas não foram medidas arbitrárias. Tiveram na sua base recomendações da comunidade científica — desde a Organização Mundial da Saúde, o Centro Europeu de Prevenção e Controlo das Doenças e, a nível nacional, a Direcção-Geral da Saúde — e como finalidade a protecção da vida humana e da saúde, que são direitos fundamentais, como tal consagrados na Constituição da

¹⁰ A designação inicial da doutrina era *pouvoirs de guerre et circonstances exceptionnelles*. Conseil d'État, 21 de Junho de 1918 (*Heyriès*) e Conseil d'État, 28 de Fevereiro de 1919 (*Dol e Laurent*).

República Portuguesa. Ou seja, o Governo adoptou medidas que, mesmo na ausência de uma habilitação legal expressa, se limitaram a cumprir deveres que o Estado tem de proteger esses direitos fundamentais. Daí as resoluções do Conselho de Ministros terem invocado a alínea g) do artigo 199.º da Constituição, nos termos do qual compete ao Governo, no exercício de funções administrativas «[p]raticar todos os atos e tomar todas as providências necessárias à promoção do desenvolvimento económico-social e à satisfação das necessidades coletivas».

Porventura mais duvidosa é a questão de saber se não teria sido possível ter-se preparado atempadamente a legislação necessária, designadamente durante o período de 45 dias de vigência do estado de emergência, entre Março-Maio de 2020. Com efeito, durante todo esse período, e como resulta da própria Constituição, a Assembleia da República manteve-se em funções e poderia ter aprovado o quadro legal que se revelasse necessário para a fase subsequente.

Seja como for, atendendo à intensidade do sacrifício que é imposto aos direitos e às liberdades, a que não é alheia a sua natureza tendencialmente duradoira, o problema da falta de base legal das resoluções do Conselho de Ministros que declararam a situação de calamidade nos termos em que o fizeram, estabelecendo um regime jurídico autonomamente criado pelo Governo, no exercício da função administrativa, não pode deixar de suscitar apreensão, sobretudo numa perspectiva dos seus efeitos, a longo prazo.

Num Estado de direito democrático, é ao legislador parlamentar que cabe a definição do enquadramento legal da actuação da Administração Pública, sobretudo se tal actuação vier interferir intensamente com os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. As medidas de resposta a uma pandemia carecem, assim, de enquadramento em um *sistema ordenador*, especificamente concebido pelo legislador parlamentar. Entre os vários mecanismos de salvaguarda que terão que estar previstos destaca-se o de o parlamento ter o poder, por exemplo através da previsão inicial de «sunset clauses» mas também de outros mecanismos adicionais, de avaliar a necessidade ou não de se prolongar a vigência das medidas de emergência adoptadas pelo Governo¹¹.

¹¹ Uma «sunset clause» é uma disposição prevista na própria lei que define um prazo para a sua vigência, obrigando, caso tal seja necessário, a uma nova deliberação parlamentar a aprovar um novo acto legislativo para dar cobertura às medidas de emergência a adoptar pelo Governo. A inclusão de «sunset clauses» na legislação de emergência no contexto da pandemia da Covid-19 foi, logo de início, expressamente recomendada pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. V. *Emergency measures and Covid-19* [publicação electrónica], 27 de Abril de 2020, disponível em https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Events/EmergencyMeasures_COVID19.pdf. Por exemplo, em França, a lei que procedeu a uma alteração do

A esse respeito, importa precisar que foi o próprio Conselho de Ministros a fixar em 15 dias a duração da situação de calamidade — a Lei de Bases da Protecção Civil não estabelece qualquer duração¹² —, com sucessivas prorrogações, exclusivamente determinadas pelo Conselho de Ministros, sem a intervenção de outro órgão de soberania¹³, designadamente sem a

Código da Saúde Pública, nele introduzindo um Capítulo a prever a possibilidade de ser declarado o «estado de emergência sanitária», passando a constar dos seus artigos L. 3131-12 a L. 3131-2 (Capítulo I-bis do Título III do Livro I da Parte III), estabeleceu que esse Capítulo do Código da Saúde Pública apenas seria aplicável até 1 de Abril de 2021. V. artigo 7.º da *Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19* [Journal officiel, n° 0072, 24 de Março de 2020]. Note-se que, além dessa garantia, outros mecanismos de salvaguarda existem. Com efeito, o «estado de emergência sanitária», declarado ao abrigo desse Capítulo do Código da Saúde Pública, apenas pode vigorar por um mês, estando a sua eventual prorrogação sujeita a autorização por lei parlamentar, que fixa a sua duração definitiva (artigo L. 3131-14 do Código da Saúde Pública). Note-se, que, entretanto, uma parte significativa do regime foi revogada pelo artigo 1.º da *Loi n° 2022-1089 du 30 juillet 2022 mettant fin aux régimes d'exception créés pour lutter contre l'épidémie à la covid-19* [Journal officiel, n° 0176, 31 de Julho de 2022]. Na Alemanha, o poder regulamentar excepcional conferido ao Ministro da Saúde Federal está dependente da declaração, pelo Bundestag, da verificação de «uma situação epidémica de âmbito nacional», que pode também, a qualquer momento, deixando de verificar-se os respectivos pressupostos, fazer cessar essa situação (Secção 5, parágrafo 1, 1.ª e 2.ª frases, da Lei de Protecção contra Doenças Infecciosas («Infektionsschutzgesetz»), de 20 de Julho de 2000 [BGBl. I S. 1045], com alterações subsequentes), tendo o parlamento alemão na alteração que a esse diploma foi feita pela primeira Lei para a Protecção da População («Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite»), de 27 de Março de 2020 [BGBl. I S. 587], expressamente incluído uma «sunset clause» a determinar que jamais poderia essa situação durar para lá de 31 de março de 2021 [essa disposição viria a ser, posteriormente, revista através da Lei para a prorrogação das medidas relativas a uma situação epidémica de âmbito nacional («Gesetz zur Fortgeltung der die epidemische Lage von nationaler Tragweite betreffenden Regelungen»), de 29 de Março de 2021 (BGBl. I S. 370)].

¹² Outra parece ser a interpretação do Supremo Tribunal Administrativo que refere que as normas que regulam os regimes excepcionais de alerta, contingência e calamidade da Lei de Bases da Protecção Civil exigem a renovação das medidas por períodos sucessivos (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 10.09.2020, Proc. n.º 088/20.8BALSb, ponto 8.1.3.). O Acórdão não refere, no entanto, que normas seriam essas, além de que a palavra «exigem» surge entre aspas.

¹³ Note-se que as medidas que a Lei de Bases da Protecção Civil prevê que possam ser pelo Governo adoptadas no âmbito da situação de calamidade (artigo 21.º, n.º 2), correspondem, *grosso modo*, às medidas que, em Espanha, podem ser adoptadas pelo Governo na vigência do *estado de alarma*, as quais vêm elencadas no artigo 11.º da *Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio* [Boletín Oficial del Estado, n.º 134, de 5 de Junho de 1981], a saber: a) *limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos*; b) *practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias*; c) *intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los Ministerios interesados*; d) *limitar o racional el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad*; e) *impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el apartado d) del artículo cuarto*. Há, no entanto, uma diferença fundamental. Atendendo à severidade dessas medidas da perspectiva das restrições impostas aos direitos e às liberdades, em Espanha, a referida lei estabelece um limite temporal de quinze dias para a declaração, pelo Governo, do *estado de alarma*. Após esse período, a prorrogação do *estado de alarma* depende de autorização do Congresso dos Deputados — exigência estabelecida, aliás, ao nível constitucional (artigo 116.º, n.º 2, da Constituição espanhola) — que poderá estabelecer o alcance e as condições vigentes durante o novo período (artigo 6.º, n.º 2). Ao longo do primeiro semestre de 2020, tendo o Governo espanhol, por deliberação do Conselho de Ministros de 14 de março, declarado o *estado*

possibilidade jurídica de a Assembleia da República fazer cessar ou sequer opor-se à prorrogação da situação de calamidade declarada pelo Governo. Ora, a possibilidade de prolongar indefinidamente um regime que, na prática, permite ao Governo legislar por decreto é seriamente problemática e contraria as orientações do Conselho da Europa, designadamente no que respeita à exigência de que a prorrogação da vigência de regimes de emergência esteja sujeita a uma avaliação quanto à necessidade da mesma por parte do parlamento¹⁴.

Num outro plano, mesmo admitindo que, face a alguma imprevisibilidade da evolução da situação epidemiológica, é da própria natureza de uma emergência sanitária que a lei delegue no Governo a decisão quanto às medidas concretas a adoptar, não só tal habilitação tem de decorrer expressa e inequivocamente da própria lei como, além disso, tem a lei que estabelecer critérios objectivos que balizem a actuação governamental, não podendo traduzir-se num «cheque em branco» ao poder executivo. Reconhecendo nós tratar-se aqui de um problema particularmente difícil de resolver, na medida em que implica encontrar o justo equilíbrio entre, por um lado, a necessidade de alguma flexibilidade na actuação do Executivo e da própria evolução da evidência científica disponível, sob pena de ineficácia na resposta à pandemia, e, por outro lado, preocupações de Estado de direito e de legalidade, temos por seguro que estas últimas não podem deixar de estar presentes e foi justamente a busca desse equilíbrio que caracterizou o debate público noutros Estados-Membros da União Europeia¹⁵.

de alarma por um período inicial de quinze dias, a sua prorrogação foi sempre precedida de discussão e de autorização parlamentar, tendo o Congresso dos Deputados autorizado, por último, na sessão de 3 de junho, a sexta e última prorrogação do *estado de alarma* até 21 de junho.

¹⁴ 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 [disponível em: <https://rm.coe.int/sg-inf-2020-11-respecting-democracy-rule-of-law-and-human-rights-in-th/16809e1f40>], ponto 2.2.: «During the state of emergency, governments may receive a general power to issue decrees having the force of the law. This is acceptable, provided that those general powers are of a limited duration. The main purpose of the state of emergency regime (or alike) is to contain the development of the crisis and return, as quickly as possible, to the normality. Prolongation of the state of emergency regime should be subject to the control of its necessity by parliament. An indefinite perpetuation of the general exceptional powers of the executive is impermissible».

¹⁵ Outra a posição do Supremo Tribunal Administrativo. No Acórdão da 1.ª Secção, de 10.09.2020, Proc. n.º 088/20.8BALSb, que analisaremos mais adiante, após uma exposição do quadro legislativo aplicável à emergência administrativa, afirma-se «[ser] este o quadro legislativo parlamentar adequado e necessário a um *Estado de Direito de emergência sanitária*, ou seja, um quadro legislativo de habilitação das medidas administrativas de emergência, pois só esta via é compaginável com a *dinâmica de uma situação de crise de saúde pública e com a adopção das medidas adequadas para a sua contenção e mitigação*, sendo absolutamente impensável que as medidas necessárias para o efeito, mesmo as restritivas de direitos, liberdades e garantias, pudessem ser adoptadas por via legislativa parlamentar». Sendo mais do que duvidoso que, mesmo no

Ora, quanto à Lei de Bases da Protecção Civil, além de todos os problemas que identificámos — a começar pelo facto de o seu âmbito de aplicação se cingir a *matéria de protecção civil* (e não a matéria de protecção da saúde pública) —, nela não encontramos nenhuma norma a habilitar o Governo a adoptar medidas de emergência para além daquelas que nesse diploma estejam expressamente previstas¹⁶. Ou seja, a Lei de Bases da Protecção Civil não *delega* no Governo, antes reserva para si própria, o elenco das medidas a adoptar.

Tal delegação na Ministra da Saúde existe, sim, no artigo 17.º da Lei que institui um Sistema de Vigilância em Saúde Pública¹⁷. Essa delegação é, no entanto, feita em termos excessivamente vagos, não vindo acompanhada de qualquer esforço para parametrizar a produção normativa regulamentar através de critérios objectivos, pelo que uma sua interpretação excessivamente ampla não satisfaz minimamente as exigências próprias de um Estado

plano estritamente jurídico, seja correcto esse entendimento, o que é certo é que em outros Estados-Membros houve uma preocupação justamente em limitar o âmbito da delegação ao poder executivo. V., com referência à discussão na Holanda, Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia, *Coronavirus pandemic in the EU – Fundamental Rights implications: focus on social rights*, Bulletin 6, 1 September – 31 Octobre 2020, pág. 16, disponível em https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-coronavirus-pandemic-eu-bulletin-november_en.pdf. Em França, a *Défenseure des droits*, chamou justamente a atenção para a importância de se discutir a questão da delegação do Parlamento no poder executivo, no quadro de um debate público de fundo (Claire Hédon: «L'existence d'un débat démocratique de fond sur le caractère adapté des mesures sanitaires favoriserait la cohésion sociale», *Le Monde*, 24 de Outubro de 2020). Na Alemanha, a preocupação de limitar o âmbito da delegação efectuada pela Secção 5, parágrafo 2, da *Infektionsschutzgesetz*, no Ministro da Saúde Federal levou o parlamento alemão a rever essa disposição em Novembro de 2020 (*Drittes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite*, de 18.11.2020 [BGBl. I S. 2397]), densificando os critérios legais para a adopção de medidas restritivas dos direitos e das liberdades.

¹⁶ A tal entendimento não se opõe o disposto na alínea *d*), do n.º 2, do artigo 32.º, pois as medidas de carácter excepcional a que esse preceito se refere não poderão ir além do âmbito material de declaração de calamidade, tal como fixado nos termos do artigo 21.º.

¹⁷ Esse preceito atribui, verificados certos pressupostos, um poder regulamentar excepcional à Ministra da Saúde (e não ao Conselho de Ministros). A sua invocação, como base legal, nas resoluções do Conselho de Ministros é, por isso, no mínimo, pouco ortodoxa. O desvio à lei no que respeita ao órgão competente para a prática do acto nela previsto apenas se pode explicar pela consciência de que, atendendo à severidade das medidas adoptadas, se estava a ir muito além daquilo que é consentido por essa disposição legal. Ou seja, ter-se-á procurado compensar a falta de legitimidade material com a maior legitimidade formal conferida por uma deliberação colegial, em Conselho de Ministros. Problema idêntico verificou-se em França, quando, a 16 de Março de 2020, no momento inicial de resposta à crise da pandemia Covid-19, um decreto assinado pelo Primeiro-Ministro, pelo Ministro da Saúde e pelo Ministro da Administração Interna, determinou um confinamento geral a nível nacional, que entraria em vigor no dia seguinte e duraria até ao final desse mês (*Décret n.º 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19* [Journal officiel, n.º 0066, 17 de Março de 2020]). A base legal invocada por esse decreto foi o artigo L. 3131-1 do Código da Saúde Pública, disposição que atribui competência para a adopção de medidas de polícia de emergência sanitária ao Ministro da Saúde.

de direito¹⁸. Como também não satisfaz tais exigências o facto de se não estabelecer qualquer limite quanto à duração dessas medidas de emergência que, por definição, terão de ser temporárias, estando o seu prolongamento para além de um determinado período de tempo — que teria que estar fixado na própria lei —, necessariamente, sujeito a validação parlamentar.

Com este quadro legal, entendemos que o «regime da situação de calamidade» é incompatível com as exigências próprias de um Estado de direito. Saber até que ponto estamos dispostos a ir, enquanto comunidade, nas restrições aos direitos e liberdades fundamentais para efeitos de eficácia no combate a uma pandemia é matéria de *deliberação parlamentar* por excelência, sobre a qual é provável e saudável que haja debate e desacordo, prevalecendo no fim a decisão da maioria. Numa democracia constitucional, cabe ao indivíduo, através dos seus representantes, consentir nas decisões que redundem em restrições aos seus direitos e liberdades fundamentais. Não aos ministros reunidos em Conselho de Ministros.

A tudo o que já se disse acresce ainda a extrema dificuldade, por razões processuais (relativas à tramitação dos processos de fiscalização abstracta da constitucionalidade), de o Tribunal Constitucional poder exercer um controlo jurisdicional efectivo sobre as medidas adoptadas através das diversas resoluções do Conselho de Ministros que declararam ou prorrogaram a situação de calamidade. Houve decisões, que analisaremos de seguida, em que a jurisdição administrativa apreciou algumas das medidas no âmbito da declaração da situação de calamidade, designadamente a medida de proibição de ajuntamentos de mais de 10 ou de 20 pessoas¹⁹ e a medida de proibição de circulação para fora do concelho do domicílio²⁰. É, no entanto, problemático o facto de não ter sido possível garantir que a conformidade dessas e de outras medidas adoptadas pelo Governo com os direitos fundamentais fosse, oportunamente e em tempo útil, apreciada por aquele que, nos termos da Constituição, «é o tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional» (artigo 221.º da Constituição)²¹.

¹⁸ Uma interpretação ampla parece ser contrariada pelo facto de ser a própria Lei que institui um sistema de vigilância em saúde pública, no seu artigo 18.º, a admitir expressamente a necessidade de vir a ser declarado o estado de emergência constitucional.

¹⁹ Acórdão da 1.ª Secção do Supremo Tribunal Administrativo, de 10.09.2020, Proc. n.º 088/20.8BALS.B.

²⁰ Acórdão da 1.ª Secção do Supremo Tribunal Administrativo, de 31.10.2020, Proc. n.º 0122/20.1BALS.B.

²¹ Por exemplo, na República da Eslovénia, uma medida de conteúdo idêntico, de proibição de circulação para fora do concelho do domicílio, foi apreciada pelo respectivo Tribunal Constitucional, que considerou que tal restrição da liberdade não só prosseguia um objetivo constitucionalmente legítimo

Dito isto, é importante que se diga também que, não obstante todos esses riscos sistémicos para a democracia e o Estado de direito, resultantes do enquadramento legal do «regime da situação de calamidade», numa apreciação global, e sem prejuízo de uma ou outra medida concreta poder suscitar dúvidas²², as resoluções do Conselho de Ministros foram exclusivamente determinadas pelo dever que incumbe ao Estado de proteger a vida humana e a saúde pública, foram equilibradas e tiveram a preocupação de não ir além do estritamente necessário, incluindo no que respeita ao regime sancionatório aplicável, tendo aí o Governo sido selectivo nas regras cuja violação implicaria a cominação e a participação por crime de desobediência e privilegiando, genericamente, o quadro contraordenacional, quando não mesmo o modelo de recomendação na expectativa do acatamento voluntário das regras por parte dos cidadãos. O facto de as resoluções do Conselho de Ministros fixarem uma duração de 15 dias, estando a sua eventual prorrogação sujeita a uma reavaliação em função da evolução da situação epidemiológica e da opinião de peritos, são aspectos positivos que merecem ser assinalados. Como também deve ser realçada a assunção pelo Governo do compromisso de reporte à Assembleia da República das medidas adoptadas no âmbito da declaração da situação de calamidade. O problema é que tal resultou de um acto de autolimitação do poder por parte do Governo, não estando garantido que, no futuro, com outros protagonistas, tal abertura para com os valores da democracia e do Estado de direito se venha a verificar. Num Estado de direito, a subordinação da actividade da Administração Pública à lei e ao interesse público tem que ser uma subordinação jurídica e não resultar de actos voluntários ou de compromissos assumidos pelos titulares dos cargos políticos²³.

como respeitava as exigências do princípio da proporcionalidade. Decisão do Tribunal Constitucional da República da Eslovénia, Opravilna št. U-I-83/20, de 27 de agosto de 2020.

²² Estamos a referir-nos ao prolongamento do encerramento de locais de culto e da proibição de celebração de cerimónias religiosas entre 3 e 29 de Maio de 2020, mesmo para lá da cessação de vigência do estado de emergência, tal como previsto no calendário do plano de desconfinamento, publicado em anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º 33-C/2020, de 30 de Abril. Teria sido desejável a atempada adopção de medidas menos restritivas da liberdade de culto, designadamente a sujeição da celebração de cerimónias religiosas a orientações específicas definidas pela Direcção-Geral da Saúde, como, de resto, posteriormente, veio a suceder (cfr. artigo 12.º, n.º 1, alínea a), do «regime da situação de calamidade», publicado em anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º 40-A/2020, de 29 de Maio). Tais orientações específicas constam da Orientação n.º 029/2020 de 29 de Maio de 2020.

²³ Com efeito, pelas razões que já sabemos, a Lei de Bases da Protecção Civil não contém nenhum regime deste tipo. A Lei de Vigilância em Saúde Pública prevê apenas que as orientações e normas regulamentares emitidas pela *Ministra da Saúde* no exercício dos poderes de autoridade, com força executiva imediata, no âmbito das situações de emergência em saúde pública sejam comunicadas à Assembleia da República

II. A jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo

Ainda em 2020 viriam a ser conhecidas as primeiras decisões judiciais relativamente aos direitos afectados por medidas constantes das resoluções do Conselho de Ministros que haviam declarado as situações de alerta, contingência ou calamidade.

Accionado através do meio processual previsto nos artigos 109.º e seguintes do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, a intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, o Supremo Tribunal Administrativo (STA) foi chamado a pronunciar-se sobre a medida que estabelecera a proibição de ajuntamentos de mais de 10 ou de 20 pessoas²⁴. Entre outros fundamentos invocados, os requerentes alegavam que a norma em questão carecia de habilitação legal e não satisfazia as exigências de densidade normativa (artigos 18.º, n.º 2 e 165.º, n.º 1, alínea *b*), da Constituição).

Ao enquadrar a questão, o STA começa por fazer referência ao conjunto de acções judiciais que têm vindo a ser propostas em muitos Estados (sobretudo em Estados-membros da União Europeia) como reacção às medidas de emergência sanitária adoptadas pelas diferentes autoridades estaduais e de saúde pública na luta contra a pandemia da Covid-19, considerando que a questão sob apreciação não se diferencia em muito das inúmeras questões aí tratadas, as quais, em síntese, se reconduzem, quase sempre, «ao problema da *“suficiência” da base legislativa habilitante das medidas governativas de combate à pandemia [...] fundada nos regimes legais de excepção administrativa, seja em matéria de protecção civil e reacção contra catástrofes [...], seja em matéria de saúde pública e prevenção de infeções [...], seja ainda no da própria prorrogação do “estado de emergência constitucional”*». Afirma o Tribunal que «o conjunto destas decisões judiciais vem densificando o que se pode denominar como *«parâmetros do Estado de Direito em estado de emergência administrativa sanitária e o nível e as vias de protecção de direitos fundamentais durante a respetiva vigência»*.

Nesse enquadramento, qualquer “limitação” de direitos decorrente das medidas administrativas de combate e mitigação — independentemente da

(artigo 17.º, n.º 4).

²⁴ Acórdão da 1.ª Secção do Supremo Tribunal Administrativo, de 10.09.2020, Proc. n.º 088/20.8BALS. Essa decisão inaugura uma linha jurisprudencial que, com maior ou menor adesão expressa, no essencial, é seguida em acórdãos posteriores que apreciaram outras medidas constantes das Resoluções do Conselho de Ministros: Acórdão da 1.ª Secção, de 31.10.2020, Proc. n.º 0122/20.1BALS (com voto de vencido do Conselheiro Carlos Carvalho); Acórdão da 1.ª Secção, de 27.06.2021, Proc. n.º 085/21.6BALS (com voto de vencido do Conselheiro Carlos Carvalho e com declaração de voto da Conselheira Maria Benedita Urbano); e Acórdão da 1.ª Secção, de 27.06.2021, Proc. n.º 086/21.4BALS (com voto de vencido do Conselheiro Carlos Carvalho).

subsunção ou não da lesão jusfundamental ao regime jurídico de uma restrição do direito fundamental de reunião — tem de ser avaliada com base nos seguintes pressupostos: (i) na excepcionalidade e temporalidade das medidas adoptadas; (ii) na existência de uma concreta cadeia ininterrupta de legitimação democrática para a medida em causa; (iii) na respectiva legitimação por via da internormatividade técnica internacional e da comparação e interdependência administrativa.

Quanto ao primeiro critério, relativo à excepcionalidade e temporalidade das medidas adoptadas, o Tribunal, após sublinhar a obrigatoriedade de renovação sucessiva da medida, lembra que a mesma foi adoptada em contexto de crise pandémica, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde. Quanto a este último ponto, o STA faz alusão à jurisprudência constitucional firmada no período da crise económica e financeira, da qual decorreria o dever de tomar em consideração os «contextos de crise» no julgamento de constitucionalidade.

Quanto ao segundo critério, que manda atender à existência de uma concreta cadeia ininterrupta de legitimação democrática para a medida em causa, entende o Tribunal que não só existe uma previsão legal expressa da medida (artigo 17.º da Lei que Institui um Sistema de Vigilância em Saúde Pública), «como a própria **adoção da mesma** se encontra “arroupada” por um amplo leque de diplomas parlamentares que constituem a sua **cadeia ininterrupta de legitimação**, os quais, de resto, estão expressamente enunciados no preâmbulo das Resoluções do Conselho de Ministros».

Na sua análise, o Tribunal conclui que não só estão preenchidos os parâmetros mínimos exigíveis em Estado de direito democrático, como seria impensável a exigência de uma lei habilitante mais parametrizada e com mais garantias. Nas palavras do acórdão:

E é este o quadro legislativo parlamentar adequado e necessário a um *Estado de Direito de emergência sanitária*, ou seja, um quadro legislativo de habilitação das medidas administrativas de emergência, pois só esta via é compaginável com a *dinâmica de uma situação de crise de saúde pública e com a adoção das medidas adequadas para a sua contenção e mitigação*, sendo absolutamente impensável que as medidas necessárias para o efeito, mesmo as restritivas de direitos, liberdades e garantias, pudessem ser adoptadas por via legislativa parlamentar. O arcaboço legislativo existente em Portugal e nos outros países da União Europeia (para recorrermos a um comparador próximo) para o Estado de Direito da Emergência sanitária assenta em leis parlamentares que

habilitam a actuação do Governo no caso de se verificar a situação de emergência e que nessa habilitação prevêem, de forma genérica, as medidas que tradicional e comumente a experiência demonstrou que são ajustadas ao efeito.

O Tribunal dá também por verificado o preenchimento do terceiro critério, relativo à legitimação por via da internormatividade técnica internacional e da comparação e interdependência administrativa, o qual «contribui, de forma significativa, para o reforço da cadeia de legitimação democrática da medida e para a *suficiência da densidade jusconstitucional* de um Estado de Direito de Emergência Sanitária». Para o efeito, é referido que, segundo o Centro Europeu de Prevenção e Controlo das Doenças, em Agosto de 2020, 22 dos 31 Estados adoptaram a medida de proibição de ajuntamentos, que existiam recomendações da Organização Mundial da Saúde nesse sentido e que o fenómeno da globalização exige agilidade na coordenação e uma “quase simultaneidade” na aplicação de medidas para garantir a eficácia do combate a um fenómeno como uma pandemia, exigências para as quais apenas o direito administrativo se revela um (o único) instrumento apto.

Por último, o STA deixa uma nota para sublinhar que não são aplicáveis, neste caso, os argumentos expendidos pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 424/2020, de 31 de julho, por não estar em causa (como ali) uma situação de privação da liberdade²⁵.

A fundamentação do Acórdão pode ser resumida em três argumentos.

O primeiro argumento é o de que a medida em questão tem cobertura legal. Segundo o STA, a mesma tem uma previsão legal *expressa* em lei

²⁵ O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 424/2020, de 31 de Julho, apreciou, em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade, no âmbito de um recurso interposto pelo Ministério Público de uma decisão do Juízo de Instrução Criminal de Ponta Delgada que julgou procedente uma providência de *habeas corpus* e determinou a imediata restituição do cidadão à liberdade, a conformidade constitucional de normas contidas em resoluções do Conselho do Governo Regional dos Açores, nos termos das quais se impôs o confinamento obrigatório, por 14 dias, dos passageiros que aterrasssem na Região Autónoma dos Açores, numa altura em que já não vigorava a declaração do estado de emergência. O tribunal *a quo*, ao abrigo do artigo 204.º da Constituição da República Portuguesa, havia recusado a aplicação dessas normas, entre outras razões, por o confinamento configurar uma medida privativa da liberdade, matéria sujeita a reserva de lei parlamentar para a qual não havia habilitação legal bastante, em violação do artigo 165.º, n.º 1, alínea b), da Constituição. O Tribunal Constitucional, negando provimento ao recurso, veio confirmar essa decisão, com um enquadramento dogmático relevante, do qual se retirava já a ideia de *descontinuidade radical* entre «poder administrativo de excepção» e «poder de emergência constitucional», que, a propósito de uma outra questão de constitucionalidade, relacionada, por seu turno, com o regime que vigorara durante a declaração do estado de emergência, viria a ser, pela primeira vez, expressamente formulada no importante Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 352/21, de 27 de Maio. Posteriormente, a propósito de normas do «regime da situação de calamidade», a jurisprudência do Acórdão n.º 424/2020, de 31 de Julho seria mantida (Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 88/2022, 89/2022 e 90/2022, todos de 1 de Fevereiro).

parlamentar (Lei que Institui um Sistema de Vigilância em Saúde Pública). Além disso, a adoção da medida encontra-se «arroupada» por um conjunto amplo de diplomas que constituem a sua cadeia ininterrupta de legitimação.

O segundo argumento é o de que a norma satisfaz as exigências de densidade normativa. O STA entende ser «[...] absolutamente impensável que as medidas necessárias para o efeito, mesmo as restritivas de direitos, liberdades e garantias, pudessem ser adoptadas por via legislativa parlamentar».

O terceiro argumento é o de que a norma goza de legitimação técnica (primazia da actividade administrativa). Não só a medida em questão corresponde, no essencial, às recomendações da Organização Mundial da Saúde, como, além disso, a eficácia do combate a uma pandemia, num mundo globalizado, pressupõe a coordenação, a agilização e a celeridade das medidas a adoptar.

Esses três argumentos são desenvolvidos a partir de uma premissa que é a de que, em pandemia, a limitação de direitos decorrente das medidas administrativas de combate e mitigação tem de ser avaliada com base naqueles três pressupostos que servem de enquadramento, tal como enunciados pelo Tribunal, os quais, por sua vez, decorreriam do surgimento, extraível a partir de uma leitura da jurisprudência comparada, de um *Estado de Direito da emergência sanitária*.

III. Breve avaliação crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo

Importa começar por assinalar a elevada qualidade doutrinária do acórdão. Ao procurar enquadrar a questão que tinha para resolver numa reflexão ampla e profunda sobre aquilo que são os parâmetros de Estado de direito em pandemia, o STA elevou o debate para um patamar de análise próprio de um tribunal superior. A síntese que é feita da jurisprudência comparada e a sua recondução ao problema da suficiência da base legislativa habilitante das medidas governativas de combate à pandemia revela uma atitude crítica que, indo para além da resolução do caso concreto, permitiu identificar e discutir adequadamente aquilo que, por ser essencial, verdadeiramente importa discutir.

Tal feito é particularmente notável se tivermos presente a circunstância de, à data da prolação do Acórdão, as dimensões jurídico-constitucionais de uma pandemia ainda não terem sido suficientemente aprofundadas pela ciência do Direito Público em termos de permitir ter uma convicção firme sobre o seu enquadramento dogmático e, por essa via, servir para auxiliar todos aqueles que têm a seu cargo o exercício da função jurisdicional do Estado.

O nosso contributo, não obstante consistir em expor as fragilidades da jurisprudência do STA, deve ser interpretado, desde logo, como o reconhecimento de que a mesma se revela um elemento precioso e incontornável para o debate científico sobre um tema tão fundamental como seja os parâmetros de Estado de direito em pandemia, que, com serenidade, deve ter continuidade.

Dito isto, e retomando a análise do Acórdão da 1.^a Secção do STA, de 10.09.2020, oferece-nos as maiores dúvidas a enunciação inicial dos critérios para a verificação da suficiência da base legislativa habilitante. Sendo a finalidade que predetermina esse enquadramento a definição dos parâmetros do Estado de Direito em estado de emergência administrativa sanitária e o nível e as vias de proteção de direitos fundamentais durante a respetiva vigência, a enunciação de tais critérios assume, logo à partida, uma pré-compreensão do problema assente em categorias conceptuais controversas, tais como a própria ideia de «emergência administrativa sanitária». Sem prejuízo de se apreciar o esforço de construção dogmática empreendido no Acórdão, o que é certo é que as premissas em que assenta toda a sua fundamentação reconduzem-se à ideia de primazia do direito administrativo em contexto de emergência. Essa ideia não está suficientemente fundamentada e não pode ser extraída, sem mais, de uma amostra muito selectiva da jurisprudência comparada, que, sob o pretexto de que tal não seria compaginável com a economia da fundamentação de um processo urgente, não vem analisada e escrutinada de forma satisfatória. Seja como for, como veremos mais adiante, há bons argumentos que conduzem à rejeição dessa ideia.

Ainda que se aceitasse essas premissas e os critérios enunciados, o que é certo é que a aplicação de tais critérios no Acórdão é problemática.

No que respeita ao primeiro critério, relativo à excepcionalidade e temporalidade das medidas adoptadas, o STA, ao ponderar o critério da temporalidade, argumenta que a medida era temporária, uma vez que as normas que regulam os regimes excepcionais de alerta, contingência e calamidade da Lei de Bases da Protecção Civil exigem a renovação das medidas por períodos sucessivos. O Acórdão não refere, no entanto, que normas seriam essas, além de que a palavra «exigem» surge entre aspas. A interpretação do STA assenta num equívoco. Na realidade, foi o próprio Conselho de Ministros a fixar a duração da situação de calamidade — a Lei de Bases da Protecção Civil não estabelece qualquer limite temporal —, com sucessivas prorrogações, exclusivamente determinadas pelo Conselho de Ministros, sem a intervenção de outro órgão de soberania, designadamente sem a possibilidade jurídica de

a Assembleia da República fazer cessar ou sequer opor-se à prorrogação da situação de calamidade declarada pelo Governo. A temporalidade da medida era assim meramente contingente, pois resultava de um acto de autolimitação do Governo, que fixava livremente a sua duração sendo que tinha na sua inteira disponibilidade a possibilidade da sua prorrogação sucessiva, como, aliás, viria a acontecer.

Além disso, carece de sentido a referência feita à chamada «jurisprudência da crise». Nesta sempre estiveram em causa normas emanadas pelo legislador democraticamente legitimado, nunca se tendo posto a questão da falta ou insuficiência de base legal. Do que então se tratava era de determinar, para efeitos da sua avaliação à luz de parâmetros constitucionais *materiais* —, se as medidas previstas em leis do orçamento do Estado operavam a título definitivo ou apenas a título transitório.

Por sua vez, no que respeita ao segundo critério, que manda atender à existência de uma concreta cadeia ininterrupta de legitimação democrática para a medida em causa, a construção do STA assenta numa utilização pouco rigorosa desse conceito. Segundo Böckenförde, a legitimação democrática da Administração analisa-se em três componentes: legitimação democrática funcional e institucional; legitimação democrática organizatória-pessoal; legitimação democrática material²⁶. Ora, enquanto o Autor desenvolve o conceito de cadeia ininterrupta de legitimação democrática ao nível da legitimação democrática organizatória-pessoal, o STA utiliza-o no plano da legitimação democrática material, em ordem a demonstrar que a medida em questão tem cobertura legal (previsão legal expressa em lei parlamentar) e que a sua adopção se encontra «arroupada» por um conjunto amplo de diplomas que constituem a sua cadeia ininterrupta de legitimação. Outro equívoco, portanto, em que assenta a jurisprudência em análise.

Por último, no que respeita ao terceiro critério, relativo à legitimação por via da internormatividade técnica internacional e da comparação e interdependência administrativa, embora seja uma ideia interessante para se discutir no plano científico e doutrinário²⁷, não se está perante uma doutrina suficientemente consolidada em termos de habilitar a decisão judicial.

²⁶ V. *supra*, nota 2.

²⁷ Cf. JOÃO CARLOS LOUREIRO, “Bens, Males e (E) (Estados) (In)constitucionais: Socialidade e Liberdade(s): Notas sobre uma Pandemia”, in *Revista Estudos Institucionais*, vol. 6, n.º 3, Set./Dez. 2020 [pp. 787-832], pp. 805 ss. e PEDRO LOMBA, “Constituição, Estado de Emergência e Administração Sanitária: Alguns Problemas”, *E-Publica*, n.º 27, 2020, pp. 27-43.

É certo que, desde há muito que a ciência do Direito Público se ocupa da questão de saber se é possível justificar e compensar a insuficiência da legitimação democrática da Administração com a sua superior legitimação técnica. No domínio específico da protecção da saúde pública, evidentemente que a determinação do grau de densidade normativa exigível deve atender às especificidades desse domínio de regulação, em que a própria natureza e eficácia das medidas a adoptar pressupõem um conhecimento sobre as características de uma concreta emergência de saúde pública (por exemplo, de uma epidemia) que é, necessariamente, dinâmico e que, por definição, não se tem no acto de legislar.

Tal significa que não é exigível ao legislador que especifique na lei, com um nível máximo de detalhe e em termos esgotantes, todas as medidas concretas cuja adopção pelo Governo, pelas autoridades de saúde e demais autoridades administrativas possa vir a ser necessária, subtraindo qualquer *produção normativa* à Administração. Tal exigência não só não seria razoável como a ela se opõe uma leitura adequada do princípio da reserva de lei. A menor densidade legal poderá ser compensada pela legitimação técnica dos peritos, desde que haja mecanismos de prestação de contas (regras de impedimentos e incompatibilidades, exigências de transparência e publicidade dos procedimentos, mecanismos de revisão pelos pares, *etc.*). Seguramente que caberá então ao Ministro da Saúde a aprovação de normas regulamentares e à Direcção-Geral da Saúde a emissão de normas técnicas e orientações dirigidas às autoridades, às empresas e à população, no quadro de uma estratégia de resposta a uma concreta emergência de saúde pública, fundamentadas no nível de risco para a saúde pública. Simplesmente, a essa produção normativa pela Administração ou pelo Governo, no exercício da função administrativa, tem de preexistir um quadro legal habilitante, ao qual a mesma possa ser indubitavelmente directa ou indirectamente reconduzida, que preveja também mecanismos de controlo adequados, justamente face à menor viabilidade de a lei servir de instrumento dirigente e de parâmetro de controlo da actividade administrativa. Ou seja, esse quadro legal tem de ter conteúdo prescritivo, não podendo a definição dos seus elementos essenciais ficar inteiramente na disponibilidade da Administração. Tanto maior é o grau exigível de densificação legislativa das medidas, quanto mais intensamente estas vierem afectar os direitos, liberdades e garantias, como tal consagrados na Constituição. Ora, manifestamente, pelas razões que já vimos, as normas invocadas pelo Governo como base legal para a definição do «regime da situação de calamidade», o qual estabeleceu medidas intensamente restritivas

dos direitos e das liberdades, ficava muito aquém desse patamar de exigência.

Por outro lado, embora, no domínio da proteção da saúde pública, o papel da Organização Mundial da Saúde em matéria de alerta global em caso de surto e de resposta face a ocorrências de saúde pública de âmbito internacional, em conformidade com o seu mandato, esteja expressamente previsto no Regulamento Sanitário Internacional, ratificado pelo Estado português, de onde resultam deveres para as autoridades responsáveis no sentido de assegurar a aplicação das medidas sanitárias previstas nesse Regulamento, designadamente de implementar as recomendações dirigidas pela OMS aos Estados Partes, daí não se retira que tais recomendações adquiram, elas próprias, força jurídica no direito interno ou que possam servir para mitigar o regime de protecção dos direitos, liberdades e garantias.

Assim, tendo percorrido e analisado cada um dos critérios enunciados na jurisprudência do STA para a verificação da suficiência da base legislativa habilitante, podemos concluir que essa jurisprudência consubstancia uma construção judicial do «estado de emergência administrativa sanitária», assente na diluição da dicotomia «estado de excepção» e «normalidade constitucional». Ora, em sentido oposto, a jurisprudência constitucional tem enfatizado a *descontinuidade radical* entre «poder administrativo de excepção» e «poder de emergência constitucional»²⁸.

Ao assim proceder, a jurisprudência do STA falha no essencial. Ao contrário do pressuposto de que parte, é *sobretudo* em situações de emergência que mais precisamos das garantias que só a lei nos dá. Com efeito, é inconcebível que a ordenação da vida social possa ser definida pelo poder executivo ou no exercício do poder discricionário da Administração, ainda que sujeitos a controlo judicial. Tanto assim que, como aliás a jurisprudência do STA bem demonstra, em situações de emergência verifica-se uma clara tendência para o poder judicial ser extremamente *deferente* para com o poder executivo e para com a Administração.

Ora, a construção judicial do «estado de emergência administrativa sanitária» não só conduz inevitavelmente a um excesso de concentração de poder no Governo e à subalternização do papel do Parlamento como, num

²⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 352/21, de 27 de maio, ponto 12: «Esta diferença reflecte, como é bom de ver, a *descontinuidade radical* entre o poder *administrativo* de excepção, que não pode de modo algum exceder os limites materiais e o quadro de competências próprios da normalidade constitucional — estando-lhe totalmente vedada a emissão de normas em toda a matéria de reserva de lei —, e o poder de emergência *constitucional*, que nasce exclusivamente com a declaração de um estado de excepção e que implica uma concentração extraordinária de poder executivo fundada no n.º 8 do artigo 19.º da Constituição».

plano mais profundo, provoca a erosão da autoridade da lei como instrumento dirigente e parâmetro de controlo da atividade administrativa, com efeitos sistémicos permanentes e irreversíveis.

A esse propósito importa refutar o argumento de que seria impensável, face à dinâmica de uma situação de crise de saúde pública, que as medidas necessárias para o efeito, mesmo as restritivas de direitos, liberdades e garantias, fossem adoptadas por via legislativa parlamentar e de que, portanto, o direito administrativo seria o único instrumento apto²⁹. Tanto assim, que, em outros Estados-Membros da União Europeia, logo no início da pandemia e várias vezes ao longo das diferentes fases do período pandémico, foi perfeitamente possível adotar ou rever a legislação pertinente em termos de assegurar a cobertura legal necessária. Ora, isso não aconteceu por acaso. Saber até que ponto estamos dispostos a ir, enquanto comunidade, nas restrições aos direitos e liberdades fundamentais para efeitos de eficácia no combate a uma pandemia é matéria de *deliberação parlamentar* por excelência, sobre a qual é provável e saudável que haja debate e desacordo, prevalecendo no fim a decisão da maioria. Numa democracia constitucional, cabe ao indivíduo, através dos seus representantes, consentir nas decisões que redundem em restrições aos seus direitos e liberdades fundamentais.

²⁹ Aliás, quanto a este ponto, há uma precisão importante que é feita no Acórdão da 1.ª Secção do STA, de 31.10.2020, Proc. n.º 0122/20.1BALSb, e que contraria o argumento segundo o qual seria impensável a exigência de uma lei habilitante mais parametrizada e com mais garantias, como havia concluído o Acórdão da 1.ª Secção do STA, de 10.09.2020, Proc. n.º 088/20.8BALSb. No Acórdão de 31.10.2020, em sede de apreciação da conformidade constitucional do conteúdo da medida à luz do princípio da proporcionalidade, afirma-se o seguinte: «a ausência de um quadro legislativo especial para os poderes de autoridade em contexto de pandemia não pode inviabilizar totalmente, no contexto de um estado de normalidade constitucional, como o actual, a adopção de medidas necessárias à gestão do risco de propagação da doença, sempre e quando as mesmas encontrem a sua fonte de legitimação parlamentar mediante cadeias normativas e se atenham à proporcionalidade que lhes é exigida». O STA vem reconhecer que, afinal, é possível um quadro legal habilitante, mas desvaloriza o facto de o mesmo não existir. No entender do Tribunal, tratando-se de medidas necessárias e proporcionais, minimamente reconduzíveis a uma base legal, elas poderão ser legitimamente adoptadas. O problema desse raciocínio está, desde logo, no facto de, nos termos da Constituição (artigo 18.º, n.º 2), o juízo sobre se tais medidas são ou não necessárias ou proporcionais não caber nem ao Governo nem ao STA (a expressão, contida nesse preceito constitucional, «a lei só pode [...]» significa, desde logo que *só* a lei pode). Sendo possível e hipotizável — como é — uma lei parlamentar que tivesse vindo estabelecer, com a densidade legal constitucionalmente exigível, o quadro de combate à pandemia e habilitasse o Governo a actuar, a sua ausência, ao contrário do que afirma o STA, é jurídico-constitucionalmente relevante. Ao não retirar as devidas consequências da «ausência de um quadro legislativo especial para os poderes de autoridade em contexto de pandemia», o STA retirou pressão ao Governo para que promovesse a sua adopção. Com efeito, só muito mais tarde, em parte devido à divulgação da reflexão feita pelo Provedor de Justiça nos Cadernos da Pandemia, onde se sustentou faltar uma lei (*supra*, nota 1, pp. 37-42), se viria a proceder, por decisão do Primeiro-Ministro, à constituição de uma comissão técnica para o estudo e elaboração de anteprojectos de revisão do quadro jurídico vigente em função da experiência vivida durante a pandemia da doença COVID-19 (Despacho n.º 6668/2021, de 29 de junho, publicado em *Diário da República*, 2.ª Série — C, n.º 131, de 8 de julho de 2021, pp. 24-25).

Em suma, não vemos razões para acolher a premissa essencial em que assenta a jurisprudência do STA, segundo a qual, em pandemia, a limitação de direitos decorrente das medidas administrativas de combate e mitigação tem de ser avaliada com base em pressupostos decorrentes do surgimento de um *Estado de Direito da emergência sanitária*. Pelo contrário, vemos bons argumentos para rejeitar a densificação judicial da categoria de «parâmetros do Estado de Direito em estado de emergência administrativa sanitária». Em nosso modo de ver, no contexto de uma pandemia, ou de qualquer outra emergência de saúde pública, os parâmetros de Estado de direito são os mesmos de sempre e, portanto, as questões que se venham a pôr podem e devem ser resolvidas no quadro da dogmática geral dos direitos fundamentais.