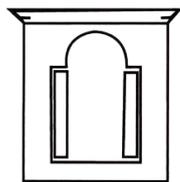


SEPARATA

RPDC N.º 3 (2023)

# REVISTA PORTUGUESA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

PORTUGUESE REVIEW OF CONSTITUTIONAL LAW



**AATRIC**

# *Emergência Sanitária, Ius Ambulandi e Constituição – Uma Relação Inevitavelmente Conflitual\**

**Sandra Oliveira e Silva**

*Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto;  
Investigadora integrada do CIJ – Centro de Investigação Jurídica  
sosilva@direito.up.pt*

## **I. Introdução**

A pandemia de COVID-19 provocou uma catástrofe sanitária de proporções ciclópicas, que obrigou a uma reação rápida dos Estados no sentido de minimizar os contágios e travar a propagação da doença ou, pelo menos, reduzir a velocidade da sua disseminação. O isolamento dos doentes e infetados, a imposição de quarentenas e confinamentos profiláticos, a suspensão de atividades e serviços, a instituição de cordões sanitários ou a limitação da liberdade de circulação entre concelhos, foram algumas das medidas preventivas impostas um pouco por todo o mundo.

Em Portugal, a adoção das referidas medidas não se apresentou especialmente problemática durante o estado de emergência: em estado de exceção constitucional, e de modo a que se criem as condições para que seja restaurada a normalidade, admite-se a suspensão parcial de direitos fundamentais e atribuem-se ao executivo poderes (de outra forma intoleráveis) de restrição das liberdades fundamentais.

Fora desse quadro de exceção constitucional, e ainda que alguma catástrofe, acidente ou emergência sanitária justifiquem a atuação pronta das autoridades públicas, toda a intervenção restritiva de direitos fundamentais tem forçosamente

---

\* Fazendo jus à sua natureza, este texto mantém-se fiel ao estilo informal e ao tom ensaístico da comunicação oral a que serviu de base. À AATRIC, na pessoa dos Senhores Drs. António Manuel Abrantes e Bárbara Churro, agradeço o amável convite e o honroso desafio.

de se conter dentro dos limites formais, orgânicos e materiais impostos pela Constituição. Por definição, os direitos fundamentais, o princípio da separação de poderes e os normais mecanismos de *checks and balances* na atuação dos órgãos de soberania recuperam a sua plena vigência logo que restaurada a normalidade constitucional. As situações de calamidade, contingência e alerta conformam estados de exceção administrativa<sup>1</sup>, mas não podem ser lidas ou tratadas como estados de exceção constitucional «atípicos» – proibidos pelo artigo 19.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP). Embora destinadas a responder a acontecimentos anormais de risco para a vida das pessoas, o ambiente ou a saúde pública, as providências e medidas administrativas adotadas nesse âmbito, se restritivas de direitos fundamentais, têm de encontrar fonte de legitimação em lei parlamentar (ou decreto-lei autorizado) e respeitar os limites materiais enunciados no artigo 18.º da Constituição.

As palavras seguintes pretendem discutir a admissibilidade, em contexto de normalidade constitucional, de medidas de isolamento individual destinadas a evitar a disseminação de doença contagiosa. A lealdade para com o leitor obriga a uma advertência: não se espere encontrar nestas linhas mais do que um desprezioso exercício de exegese jurisprudencial, uma espécie de glosa a uma seleção de acórdãos do Tribunal Constitucional.

A primeira lição que a «jurisprudência pandémica» permitiu colher situa-se no plano *formal-orgânico*: a restrição de direitos fundamentais para acudir a crises de saúde pública em tempos de normalidade constitucional não é legítima se não existir uma prévia lei parlamentar que forneça o adequado enquadramento normativo à atuação do Governo. Estando em discussão um Anteprojeto de Lei de Proteção em Emergência de Saúde Pública<sup>2</sup>, empreendeu-se já um tímido primeiro passo no caminho para afastar os problemas apontados em dezenas de acórdãos do Tribunal Constitucional.

Para não se tornar num simples repetitório jurisprudencial ou num mero retalho de memória histórica, estas notas marginais privilegiam o tópico da eventual inconstitucionalidade *material* de medidas de confinamento individual de doentes / infetados e isolamento profilático de contactos de risco – como as que, ao abrigo daquela lei, poderão vir a ser adotadas no futuro. Não tanto, obviamente, a inconstitucionalidade material que possa resultar de uma eventual violação do princípio da proporcionalidade (cf. artigo 18.º da CRP). Essa só pode ser aferida perante um retrato completo da norma

<sup>1</sup> Cf. artigo 8.º da Lei de Bases da Proteção Civil (Lei n.º 27/2006, de 3 de julho).

<sup>2</sup> O texto do Anteprojeto pode ser consultado em <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc23/comunicacao/documento?i=anteprojeto-de-lei-de-protecao-em-emergencia-de-saude-publica>.

restritiva, o que implica o conhecimento quer do exato recorte normativo das disposições da lei de emergência sanitária que preveem medidas de isolamento ou confinamento (ainda em discussão), quer do sentido e alcance que em definitivo lhes seja atribuído no momento da sua densificação e aplicação concreta (a que apenas poderá aceder-se perante uma situação de emergência real). E daí que a nossa análise se cinja à questão da possibilidade mesma, à luz da Constituição em vigor, de medidas individuais de confinamento ou isolamento profilático por razões de saúde pública. Uma discussão que se situa, portanto, a *montante* daquela outra referida ao respeito pelo princípio da proporcionalidade e que dela é *pressuposto*.

Colocada em termos simples, a pergunta a que importa dar resposta é a seguinte: a Constituição admite, na atual configuração das suas normas, que uma pessoa doente ou infetada por doença contagiosa, ou simplesmente suspeita de infeção, possa ser obrigada a permanecer no seu domicílio, num quarto de hotel ou numa unidade de saúde, como forma de prevenir a disseminação da patologia?

A resposta a esta pergunta supõe que se identifique, primeiro, qual de entre os direitos fundamentais imediatamente convocáveis – o direito à liberdade pessoal ou o direito de deslocação – servirá, em definitivo, de parâmetro à apreciação (II). Concluindo-se ser esta uma medida limitativa da liberdade pessoal, teremos de enfrentar nova interrogação: toda a limitação da liberdade monta a privação dela ou admitem-se restrições da liberdade (permitidas se proporcionais) ao lado das privações (proibidas fora dos casos tipificados) (III)? E sendo o caso de uma verdadeira privação da liberdade, encontrará ela fundamento em alguma das alíneas do artigo 27.º, n.º 3, da CRP (IV)? Tudo isto para concluir se se impõe ou não a previsão específica, em sede de revisão constitucional, da possibilidade de confinamento ou internamento de portador de doença infetocontagiosa (V).

## II. O parâmetro material de aferição: direito à liberdade pessoal (artigo 27.º) ou direito de deslocação (artigo 44.º)?

Nas decisões que se pronunciam sobre a (in)constitucionalidade material das medidas de confinamento e isolamento pós-estado de emergência (todas da 2.ª secção), são discerníveis dois entendimentos diferentes sobre o sentido e alcance do direito de deslocação a que se refere o artigo 44.º da CRP.

Para um – o acolhido pelos acórdãos n.ºs 489/2022 e 490/2022 –, o direito de deslocação seria um corolário do direito de liberdade, que o legislador constituinte teria individualizado como direito autónomo.

Corresponderia, em termos simples, «a um direito a livremente entrar e sair de locais públicos ou privados», conferindo ao seu titular as faculdades de «livre passagem e permanência em qualquer lugar», bem como de «circulação pelas vias públicas» – faculdades que sempre decorreriam do artigo 27.º da CRP<sup>3</sup>. Assim vistas as coisas, o direito de deslocação equivaleria a uma manifestação periférica (não nuclear) do direito à liberdade, admitindo, ao contrário deste, restrições por razões de saúde pública. Entre os artigos 27.º e 44.º da Constituição existiria uma relação de continuidade dogmática: todas as limitações do *ius ambulandi* seriam ou privações da liberdade (proibidas) ou restrições do direito de deslocação (permitidas), deixando de haver um espaço para se falar de restrições do direito à liberdade.

Noutro entendimento – assumido pelos acórdãos n.ºs 464/2022, 465/2022 e 466/2022 –, atribui-se ao direito de deslocação um âmbito de proteção específico, que não se confunde com a área de tutela própria do direito à liberdade. Apesar de respeitar também ao arbítrio de movimentos, o artigo 44.º introduziria uma forma de tutela «peculiar e diferente em essência»: não estaria já em causa «a liberdade física do ser humano e a defesa contra a imobilização do seu corpo», mas a garantia do direito a deslocar-se entre (e nas) várias unidades territoriais do país, proibindo-se a criação de fronteiras intranacionais, de barreiras ao livre-trânsito ou de zonas de exclusão<sup>4</sup>. Em consonância com o princípio da unidade territorial do Estado, proibem-se obstáculos à migração ou circulação dentro do território nacional, numa dupla vertente: pela negativa, ninguém pode ser «impedido de deslocar-se para certa região (ou dentro de certa região) ou de nela fixar residência»; pela positiva, ninguém pode ser «obrigado a fixar-se em determinado local ou região (proibição de “desterro” ou “residência fixa”)»<sup>5</sup>. Para esta compreensão, o direito de deslocação *pressupõe* a liberdade de movimentos – no sentido de que dele não goza a pessoa privada da liberdade –, mas não é em rigor uma sua derivação ou manifestação periférica. «É um *aliud*», como diz o Conselheiro Pedro Machete<sup>6</sup>. E a diferença seria clara: o direito de deslocação toma como critério a unidade territorial; o direito à liberdade, o espaço vital da pessoa.

<sup>3</sup> Acórdão n.º 489/2022 (n.º 19); Acórdão n.º 490/2022 (n.º 14).

<sup>4</sup> Acórdão n.º 464/2022 (n.º 11.1); Acórdão n.º 465/2022 (n.º 11.1); Acórdão n.º 466/2022 (n.º 10.1).

<sup>5</sup> J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, “Anotação ao Artigo 44.º”, in *Constituição da República Portuguesa anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 632, citado nos Acórdãos n.ºs 464/2022 e 465/2022 (n.º 10) e no Acórdão n.º 466/2022 (n.º 9).

<sup>6</sup> Declaração de voto ao Acórdão n.ºs 489/2022 (n.º 1.1.).

A nitidez do recorte conceptual esbate-se no momento da aplicação prática. Perante uma norma que proíbe a circulação entre concelhos ou estabelece um cordão sanitário, dir-se-ia ser apenas convocável o direito de deslocação, ainda que seja pequena a área geográfica de referência (p. ex., um bairro ou um quarteirão). Contudo, na perspetiva de quem se encontra na zona de acesso restrito e dela não pode sair, a medida não se distingue da que obrigue os passageiros provindos de países com taxas de contágio mais altas a um período probatório num *resort* hoteleiro ou da que (por hipótese académica!) institua um acampamento para infetados como as antigas gafarias ou lazaretos. O primeiro conjunto de restrições é definido em torno de uma unidade territorial, e não «por referência à pessoa humana que se encontre nas condições nela previstas»<sup>7</sup>, mas o motivo da proibição é o mesmo – a maior probabilidade de determinadas pessoas estarem infetadas –, igual o seu efeito – o impedimento de deslocações para fora da área delimitada – e o fim que a anima – travar o contágio. A imposição do dever de isolamento domiciliário de estudantes da escola onde ocorreu um surto infeccioso não difere do estabelecimento de um cordão sanitário em torno de nove torres de habitação em Melbourne<sup>8</sup>, pelo menos não a ponto de justificar um distinto enquadramento jus-constitucional. Por outro lado, os exemplos de escola de restrições à liberdade de deslocação e residência contemplam medidas construídas por referência à pessoa, às suas características ou às condições em que se encontre, e não apenas às singularidades de determinada parcela de território – é o caso da sanção penal de desterro<sup>9</sup>, da instituição de guetos para os judeus, ou da proibição de fixação de residência em determinadas zonas centrais de uma cidade por pessoas com título de residência há menos de “x” anos<sup>10</sup>.

Cientes da dificuldade da distinção prática, os acórdãos n.ºs 464/2022, 465/2022 e 466/2022 acabam por capitular no seu esforço conceptual, admitindo que medidas como as cercas sanitárias ou a proibição de circulação entre concelhos, à primeira vista qualificáveis como restrições da liberdade de deslocação, possam afinal corresponder a restrições não-privativas da liberdade (na perspetiva das pessoas que estão fora e pretendem deslocar-se

<sup>7</sup> Acórdão n.º 464/2022 (n.º 11.1); Acórdão n.º 465/2022 (n.º 11.1); Acórdão n.º 466/2022 (n.º 10.1).

<sup>8</sup> O exemplo é real e foi descrito em REBEKAH MCWHIRTER, “The right to Liberty in a pandemic”, *University of Queensland Law Journal* 40 (n.º 2) (2021), p. 163.

<sup>9</sup> J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, “Anotação ao Artigo 44.º”, cit., p. 632.

<sup>10</sup> MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, “Liberdade de circulação”, in Paulo Pinto de Albuquerque (org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Vol. III, Lisboa: UCE, 2020, p. 227.3.

para o espaço “x”), ou mesmo privações da liberdade (na ótica de quem está dentro do espaço “x” e é dele proibido de sair)<sup>11</sup>. Não relevaria já o enfoque pessoal ou territorial da medida, mas a gravidade da afetação da liberdade por ela ocasionada à luz da situação concreta da(s) pessoa(s) atingida(s).

Sem prejuízo da autonomia dogmática do direito à liberdade e do direito de deslocação – sem a qual não se compreenderia a sua consagração em normas constitucionais distintas – existe entre eles uma íntima conexão evidente e uma ampla margem de sobreposição normativa. Não é pensável uma situação em que alguém goze do direito de deslocação e fixação de residência sem a concomitante liberdade de mover-se segundo o próprio arbítrio, podendo dizer-se que, na prática, o direito à liberdade «perde autonomia» e as faculdades de atuação individual que o integram são «integralmente consumida[s] pelo direito à deslocação»<sup>12</sup>. Do mesmo modo, todas as restrições do direito de deslocação correspondem *in re ipsa* a uma compressão do direito à liberdade, seja qual for a natureza ou o fundamento da providência em causa. As decisões judiciais que proíbem o toxicómano de frequentar o centro de Amesterdão onde se vendem drogas, o pirómano de entrar em áreas de mata protegida ou o namorado violento de se fixar na freguesia de residência da vítima; as providências administrativas gerais que interditam a circulação na zona crítica de um atentado terrorista, de uma descarga poluente ou da instabilidade de uma arriba; as normas que proíbem a circulação entre concelhos ou estabelecem um cordão sanitário em torno de determinada localidade – todas ilustram uma restrição da liberdade de deslocação e uma concomitante compressão da liberdade ambulatória.

Porém, nem todas as restrições do direito de deslocação configuram (felizmente!) autênticas *privações* da liberdade, garantia especificamente assegurada pelo n.º 2 do artigo 27.º. É nesta dimensão negativa de defesa contra o Estado que o direito à liberdade se destaca como garantia eidética: a de que ninguém pode ser «detido, aprisionado, ou de qualquer modo fisicamente confinado a um determinado espaço, ou impedido de se movimentar»<sup>13</sup>. Toda a intromissão dos poderes públicos deverá deixar ao indivíduo este reduto mínimo de liberdade ambulatória.

A distinção verdadeiramente decisiva estabelece-se, portanto, entre privações da liberdade e restrições não-privativas da liberdade. Quando se afirma que as quarentenas territoriais e as cercas sanitárias, «embora afetem a liberdade pessoal, respeitam especificamente (...) ao direito de deslocação e fixação em

<sup>11</sup> Acórdão n.º 464/2022 (n.º 11.1); Acórdão n.º 465/2022 (n.º 11.1); Acórdão n.º 466/2022 (n.º 10.1).

<sup>12</sup> Declaração de voto de Pedro Machete ao Acórdão n.º 489/2022 (n.º 1.1.).

<sup>13</sup> J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, “Anotação ao Artigo 44.º”, cit., p. 478.

qualquer parte do território nacional»<sup>14</sup>, ensaia-se na verdade uma aproximação à distinção entre privações e simples restrições da liberdade: dizer que as medidas que limitam o espaço de ação pessoal em função de uma determinada parcela do território convocam em primeira linha o artigo 44.º equivale a afirmar que essas medidas não são *prima facie* privações da liberdade. Quando se distingue a proibição de voo para os Açores da obrigação de, aí chegado, permanecer num quarto de hotel, dizendo-se ser aquela antes de mais uma restrição do direito de deslocação e esta uma compressão do direito à liberdade<sup>15</sup>, opera-se uma decisiva redução da complexidade e faz-se um primeiro recorte normativo da realidade: a primeira situação não tem, à partida, o caráter de uma privação da liberdade; a segunda poderá bem sê-lo. No fundo, a eleição do parâmetro constitucional de análise, situando-o prioritariamente no artigo 44.º ou no artigo 27.º, é apenas uma antecipação intuitiva e provisória à distinção entre privações da liberdade (proibidas) e restrições não-privativas da liberdade (permitidas).

Mas a ser assim, não seria preferível reconduzir as providências limitativas da liberdade ambulatória a privações do direito à liberdade (artigo 27.º) ou a restrições do direito de deslocação (artigo 44.º), seguindo a opção metodológica dos acórdãos n.ºs 489/2022 e 490/2022? Este é, de resto, o caminho trilhado pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) que interpreta o artigo 5.º da Convenção como garantia contra privações arbitrárias da liberdade pessoal (*right to liberty*)<sup>16</sup>, não sendo relevantes para esse efeito as «simples restrições da liberdade de movimentos» (*freedom of movement*), que são reguladas pelo artigo 2.º do Protocolo n.º 4<sup>17</sup>. A estrita separação e não sobreposição entre o âmbito normativo de cada um dos direitos é uma consequência do princípio *pacta sunt servanda*. Uma vez que nem todos os Estados signatários da Convenção ratificaram o Protocolo n.º 4, o direito à liberdade não pode ser lido como incluindo o conjunto dos deveres negativos e positivos que integram o direito de deslocação<sup>18</sup>, mas apenas a defesa contra privações da liberdade *stricto sensu*, ou seja, aquelas que se traduzam em prisão, detenção ou confinamento físico equivalente<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> JORGE REIS NOVAIS, “Direitos fundamentais e inconstitucionalidade em situação de crise – a propósito da epidemia COVID-19”, *e-pública – Revista Eletrónica de Direito Público* 7 (n.º 1) (2020), p. 96, disponível em <https://scielo.pt/pdf/epub/v7n1/v7n1a05.pdf>.

<sup>15</sup> JORGE REIS NOVAIS, “Direitos fundamentais e inconstitucionalidade em situação de crise”, *op. cit.*, p. 99.

<sup>16</sup> *Engel c. Países Baixos*, 1976, § 58.

<sup>17</sup> *Engel c. Países Baixos*, 1976, § 57; *De Tommaso c. Itália* [GC], 2017, § 80.

<sup>18</sup> *Austin e Outros c. Reino Unido* [GC], 2012, § 55.

<sup>19</sup> Voto de vencido do Juiz Gerald Fitzmaurice em *Guzzardi c. Itália*, 1980, n.ºs 6 e 7.

No plano interno não se coloca semelhante constrangimento interpretativo, ou seja, nada obsta – e, pelo contrário, tudo aconselha – a que se atribua ao artigo 27.º da CRP um programa normativo mais amplo, que compreenda a tutela contra todas as formas de compressão da liberdade física, mesmo as não reconduzíveis a privações dessa mesma liberdade.

Em suma, a admissibilidade constitucional de medidas de isolamento ou confinamento individual, à semelhança do que sucede com a proibição de circulação entre concelhos, a interdição de determinadas zonas críticas ou a imposição de cordões sanitários, deve aferir-se à luz de um duplo parâmetro: o direito à liberdade do artigo 27.º e o direito à deslocação do artigo 44.º. O preliminar enquadramento da medida como afetação do direito de deslocação constitui apenas um indício de que se está perante uma restrição não-privativa da liberdade, mas não dispensa a consideração atenta da norma do caso – que poderá conduzir a conclusão diversa.

### III. Privações da liberdade v. restrições da liberdade

Na conceção acolhida pelos acórdãos n.ºs 489/2022 e 490/2022, todas as limitações do direito à liberdade correspondem a privações dela e apenas são legítimas nos casos tipificados no n.º 3 do artigo 27.º da CRP. Existem, claro, outras restrições permitidas do *ius ambulandi*: as reconduzíveis à compressão do direito de deslocação (artigo 44.º), entendido como manifestação periférica do direito à liberdade (artigo 27.º).

Pelo contrário, os acórdãos n.ºs 464/2022, 465/2022 e 466/2022 reconhecem um tríptico de medidas compressivas da liberdade de movimentos: as privações da liberdade, as restrições não-privativas da liberdade e as restrições do direito de deslocação, embora seja pouco claro o critério que permite (em abstrato) distingui-las. E idêntica trilogia é admitida, ainda que à luz de diferente critério de delimitação, nas declarações de voto do conselheiro Pedro Machete a todos os referidos acórdãos.

Parece-me correta esta tripartição das medidas limitativas da liberdade de movimentos. A par das limitações admissíveis ao direito de deslocação, também o direito à liberdade pessoal é suscetível de restrição, como qualquer outro direito<sup>20</sup>. Como sublinha REIS NOVAIS, a evidência de todos os dias basta para comprová-lo: sempre que um automobilista é obrigado a parar ao sinal vermelho em observância de regras rodoviárias, sempre que o cumprimento

<sup>20</sup> Por todos, J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, “Anotação ao Artigo 27.º”, in *Constituição da República Portuguesa anotada... op. cit.*, p. 479.

de uma obrigação legal obriga à presença e permanência num determinado serviço, temos restrições (legítimas) da liberdade física ou ambulatória. No n.º 2 do artigo 27.º consagra-se «uma outra garantia dirigida a proteger contra as restrições mais graves e extremas à liberdade, contra a “privação total ou parcial da liberdade” e essa outra garantia já é tratada de forma substancialmente distinta pela Constituição»<sup>21</sup>. É consagrada com um carácter preciso, definitivo, absoluto: ninguém pode ser, total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser nas condições taxativamente enunciadas no n.º 3 do artigo 27.º. Será, assim, de presumir que o legislador constituinte adotou deliberadamente os termos *privação / privado* para se referir às medidas mais gravemente compressivas da liberdade, deixando para as outras a designação comum: *restrições*.

A distinção entre restrições da liberdade (admissíveis) e privações dela (*prima facie* proibidas) tem colocado dificuldades particularmente espinhosas à doutrina e à jurisprudência constitucional. Creio que o critério mais adequado não pode deixar de tomar como referente o elenco de hipóteses em que se admite, a título excecional, a privação da liberdade. Cada um dos casos referidos no n.º 3 do artigo 27.º representa, na ótica do legislador constituinte, uma privação da liberdade, se bem que excecionalmente permitida. Identificado o pivô aglutinador comum a cada uma das exceções, estaria encontrado o critério operativo adequado a discernir, de entre todas as medidas limitativas do *ius ambulandi*, as configuráveis como autênticas privações da liberdade. Se não é mais interessante do que a norma – como disse CARL SCHMITT a outro propósito –, a exceção pelo menos dá a conhecer e confirma a norma<sup>22</sup>.

É seguro que não pode erigir-se o contexto penal ou processual penal a critério agregador, sobretudo tendo em conta que o elenco do n.º 3 do artigo 27.º inclui também medidas puramente administrativas como a expulsão de estrangeiros (al. *c*)) ou o internamento compulsivo do portador de anomalia psíquica (al. *h*)), assim como medidas de natureza tutelar educativa (al. *e*)). A condenação judicial em pena de prisão ou medida de segurança é ainda o paradigma das privações legítimas da liberdade, explicando a localização sistemática do preceito imediatamente antes das garantias fundamentais em matéria penal, mas não as esgota<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> JORGE REIS NOVAIS, “Direitos Fundamentais e inconstitucionalidade em situação de crise”, *op. cit.*, p. 103.

<sup>22</sup> CARL SCHMITT, *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von den Souveränität*, Berlin: Duncker & Humblot, 1922, p. 49.

<sup>23</sup> Contra, MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, “Pensar no estado da exceção na sua exigência”, *Observatório Alameda*, 7 de abril de 2020, disponível em: <https://observatorio.alameda.net/index.php/2020/04/02/pensar-no-estado-da-excecao-na-sua-exigencia/>.

Creemos que não servirá igualmente o critério da institucionalização, de que lançaram mão os acórdãos n.ºs 489/2022 e 490/2022. Não se põe em causa que «o enquadramento institucional levanta diversos problemas, no plano dos direitos fundamentais: a pessoa institucionalizada fica isolada da sua comunidade, ao mesmo tempo que é forçada a conviver com os outros sujeitos que se encontram nas mesmas circunstâncias; perde um grau significativo de controlo sobre a própria vida, e fica impossibilitada de tomar livremente uma série de decisões que a afetam; além disso, no contexto de institucionalização, as exigências da organização prevalecem, em regra, sobre as necessidades e desejos individualizados de cada pessoa. Estar institucionalizado implica, pois, perder uma importante parte da liberdade de decisão sobre si mesmo, nas pequenas e grandes coisas: a pessoa institucionalizada não escolhe o que come, não define os seus horários ou rotinas, nem as visitas que pode ou não receber, não estabelece livremente os percursos de deslocação dentro da instituição, vê significativamente limitados os seus direitos à privacidade e à intimidade»<sup>24</sup>.

Sendo indiscutível que a institucionalização comporta uma limitação particularmente grave da liberdade, não pode relevar para este efeito a intromissão noutras áreas de autodeterminação alheias à liberdade de movimentos. E a verdade é que nem todas as exceções do n.º 3 do artigo 27.º implicam o enquadramento institucional: basta pensar na detenção em flagrante delito (al. *a*) ou por crime doloso punível com pena de prisão superior a três anos (al. *b*)), ou na detenção para comparência perante autoridade judiciária (al. *f*) ou para estritos fins de investigação (al. *g*)). Em cada uma destas hipóteses de limitação precária da liberdade, que não implicam (pela sua natureza) inserção institucional, temos indubitavelmente privações da liberdade – que são legítimas porque as admite a Constituição. O que as singulariza das meras restrições da liberdade e é comum às medidas a cumprir em contexto institucional é a circunstância de a pessoa ser constringida a permanecer em determinado lugar e a sua sujeição a custódia pública. Numa prisão, num centro educativo, num hospital psiquiátrico, na esquadra da polícia enquanto decorrem os procedimentos de identificação ou a condução ao juiz, a pessoa visada está confinada a um espaço fisicamente delimitado e impedida de o abandonar por meio de obstáculos físicos. Nas palavras do Conselheiro Pedro Machete, «dir-se-á que a pessoa privada da sua liberdade só pode abandonar o local fechado em que se encontra, vencendo ou superando (...) as barreiras físicas ou materiais que os poderes públicos

<sup>24</sup> Acórdão n.º 489/2022 (n.º 21); Acórdão n.º 490/2022 (n.º 17).

colocaram, tendo em vista impedir fisicamente o movimento dessa pessoa para fora do local em causa: a vontade natural de sair não basta»<sup>25</sup>.

A subtração da liberdade de movimentos em termos tais que a pessoa deve dizer-se privada da liberdade pode decorrer da atuação de privados: pense-se no rapto ou sequestro. Também aqui não basta que a liberdade de locomoção da vítima seja afetada. Constranger uma pessoa a abandonar certo lugar ou impedi-la de se dirigir para esse lugar não equivale a detê-la, prendê-la, mantê-la detida<sup>26</sup>; para que haja sequestro é necessário que a pessoa seja obrigada a permanecer em determinado local e que a sua liberdade de movimentação seja restringida por algum obstáculo físico ou outro de efeito análogo, obrigando-a a vencê-lo para se libertar<sup>27</sup>.

Segundo tal entendimento, são dois os elementos que caracterizam a privação da liberdade: (a) «a supressão da liberdade de movimentos de uma pessoa em todas as direções, confinando-a a um espaço fisicamente delimitado»<sup>28</sup>; e (b) a existência de um elemento limitador da liberdade de movimentos que transcenda o efeito coativo resultante da simples proibição de se deslocar. Uma norma que proíba o acesso ou a permanência num local (de outra forma) fáctica ou juridicamente acessível restringe a liberdade de movimentos, mas não representa uma privação da liberdade. E o mesmo se diga da medida que se limite a impor o dever de permanecer em determinado lugar. «A realidade já será diferente naqueles casos em que à proibição de abandono do local se associe um qualquer obstáculo dirigido especificamente à pessoa, tendo em vista garantir que ela permaneça no mesmo (por exemplo, as grades nas janelas, a porta trancada ou um guarda à porta, ou, inclusivamente, uma vigilância ativa e individualizada, seja por via eletrónica ou por qualquer outro meio, como telefonemas não pré-anunciados, visitas-surpresa ou rondas aleatórias). Nestes casos, (...) a saída do local implica, da parte do visado, a vontade suplementar de “quebrar” tais obstáculos, sinalizando tal oposição ativa, desde logo, uma “fuga” ou “reconquista” da liberdade de movimentos, confirmativa de que esta anteriormente se encontrava tolhida». A situação das

<sup>25</sup> Declarações de voto ao Acórdão n.ºs 464/2022 (n.º 2.3.) e ao Acórdão n.º 489/2022 (n.º 1.3.2.).

<sup>26</sup> AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, «Anotação ao Artigo 158.º», in Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense ao Código Penal, Tomo I*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 644.

<sup>27</sup> A afirmação não pretende estabelecer uma equação linear entre os conceitos de privação da liberdade no artigo 27.º, n.ºs 2 e 3, da CRP, e no artigo 158.º, n.º 1, do CP. É à dogmática penal, e não à teoria dos direitos fundamentais, que cabe densificar, para efeitos de preenchimento do tipo, o sentido das expressões «detiver, prender, manter presa ou detida outra pessoa ou de qualquer forma a privar da liberdade» e concretizar que meios devem ser tidos como relevantes para concretizar a ação privadora da liberdade.

<sup>28</sup> Acórdão n.º 464/2022 (n.º 9.2); Acórdão n.º 465/2022 (n.º 9.2); Acórdão n.º 466/2022 (n.º 8.2).

peçoas colocadas sob vigilância ou custódia pública não é, do ponto de vista da liberdade pessoal, «idêntica à das peçoas que se podem movimentar sem que previamente tenham de se opor ativamente (fisicamente) aos obstáculos materiais tendentes a confiná-las num dado local. As primeiras encontram-se numa situação de privação de liberdade pessoal, enquanto as segundas, não»<sup>29</sup>.

Apesar de admitir flutuações em função das circunstâncias do caso, também o TEDH toma em consideração a existência ou não de vigilância individual como critério na qualificação de determinada medida como privação do direito à liberdade (artigo 5.º da CEDH) ou, antes, como restrição da liberdade de movimentos (artigo 2.º do Protocolo n.º 4) – assim, por exemplo, no caso *Terhes c. Roménia*, entendeu-se não ser privativa da liberdade uma medida de confinamento geral (*lockdown*) de que resultou para o queixoso uma situação de confinamento domiciliário por 52 dias, sem vigilância individual, com liberdade de sair de casa por vários motivos e para diferentes lugares, a qualquer hora do dia<sup>30</sup>.

Não se está, todavia, como tem entendido o Tribunal de Estrasburgo, perante uma diferença quantitativa («de intensidade ou de grau»<sup>31</sup>). As condições em que a restrição da liberdade física ocorre (o local, a duração, a disponibilidade de um espaço circulatório mínimo, a permissão de saída por períodos curtos ou por concretos motivos) não relevam para a concretização da medida como privativa ou restritiva da liberdade – embora condicionem o juízo de proporcionalidade da restrição nos termos do artigo 18.º da CRP. Podemos ter *privações* da liberdade por períodos curtos, com hiatos temporais, no domicílio pessoal ou numa zona insular aberta e com razoável liberdade de movimentos, como aconteceu a Napoleão no seu exílio em Santa Helena ou a Guzzardi na quase ignota Asinara<sup>32</sup>. São as privações parciais da liberdade. E podemos ter *restrições* da liberdade ininterruptas, por períodos mais longos ou

não determinados à partida, sem previsão de condições de desconstrangimento circulatório mínimo. Serão, provavelmente, desproporcionais, mas não se convertem, por esse motivo, em privações da liberdade, a menos que o visado esteja sujeito a custódia pública ou a vigilância individual.

#### IV. A tipicidade constitucional das medidas privativas da liberdade

As medidas de confinamento em estabelecimento de saúde ou com vigilância efetiva das autoridades públicas configuram, como vimos, situações de privação da liberdade. Encontrarão respaldo em alguma das alíneas do n.º 3 do artigo 27.º?

Não obstante a aceitação do princípio da tipicidade constitucional das medidas privativas da liberdade<sup>33</sup>, há quem cogite interpretação extensiva da alínea *h*) do n.º 3 no sentido de tornar legítimo o internamento em estabelecimento de saúde ou mediante vigilância de portadores de agentes patogénicos que sinalizem indicadores de perigo público de alcance idêntico<sup>34</sup>. Outra corrente de opinião enquadra o internamento ou confinamento de doentes e infetados como «medida de segurança não sancionatória», cabível no espectro normativo do n.º 2 do artigo 27.º<sup>35</sup>. Estas leituras parecem-nos, todavia, dificilmente compatíveis com o sentido da previsão de um elenco fechado de exceções, recortadas de forma clara e precisa, por um legislador constituinte que terá preferido antecipar todas as ponderações e predeterminar os casos em que aos poderes públicos é legítimo impor privações da liberdade<sup>36</sup>.

#### V. Revisão constitucional

Se o confinamento com vigilância ativa ou enquadramento institucional não é admitido à luz da atual redação das normas e a matéria está sujeita a reserva de Constituição, será oportuno o alargamento do elenco de situações

<sup>29</sup> Declarações de voto do Conselheiro Pedro Machete ao Acórdão n.ºs 464/2022 (n.º 2.3.) e ao Acórdão n.º 489/2022 (n.º 1.3.2.).

<sup>30</sup> *Terhes c. Roménia*, 2021, §§ 41-45.

<sup>31</sup> *Guzzardi c. Itália*, 1980, §§ 92-93; *De Tommaso c. Itália* [GC], 2017, § 80.

<sup>32</sup> *Guzzardi* foi sujeito a uma medida de supervisão especial a cumprir na pequena ilha de Asinara, a noroeste da Sardenha. Estava obrigado a permanecer no domicílio durante a noite e a apresentar-se às autoridades diariamente, mas podia circular livremente na ilha durante o dia numa área aproximada de 2,5 km<sup>2</sup> e, se houvesse motivo justificativo, poderia ser autorizado a deslocar-se à Sardenha. Chegou a residir com a família e manteve os contactos sociais por telefone e correio postal. A área reduzida da ilha e as suas fronteiras físicas naturais distinguem o caso de *De Tommaso c. Itália* [GC], 2017, em que se considerou estar apenas em causa uma restrição da liberdade de movimentos (artigo 2.º do Protocolo n.º 4, entretanto ratificado pela República italiana). Estas diferenças não foram suficientes para convencer Paulo Pinto de Albuquerque (e os juízes que acompanharam o seu voto de vencido) da razoabilidade da decisão.

<sup>33</sup> J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, “Anotação ao Artigo 27.º”, *op. cit.*, p. 479; na jurisprudência, vejam-se os Acórdãos do TC n.ºs 479/94, 363/00 e 161/05.

<sup>34</sup> Vide ANDRÉ DIAS PEREIRA, “Sida, Toxicodependência e Esquizofrenia: estudo jurídico sobre o Internamento Compulsivo”, *Lex Medicinæ* 7 (n.º 14) (2010), pp. 63-79.

<sup>35</sup> Este entendimento, de origem jurisprudencial, foi acolhido por ANA PAULA GUIMARÃES / FERNANDA REBELO, “Fundamentos da privação da liberdade II”, in Paulo Pinto de Albuquerque (Org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, *op. cit.*, pp. 830-831.

<sup>36</sup> Cf. JORGE REIS NOVAIS, “Direitos fundamentais e inconstitucionalidade em situação de crise”, *op. cit.*, pp. 104-105; e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “Sobre os poderes normativos do Presidente da República e do Governo em estado de exceção”, *Revista da Ordem dos Advogados* 81 (n.ºs 3-4) (2021), p. 789. Contudo, evidenciando os paradoxos da interpretação das (de algumas) normas de direitos fundamentais como traduzindo uma ponderação antecipada de possíveis colisões, cf. GONÇALO ALMEIDA RIBEIRO, “What is constitutional interpretation?”, *International Journal of Constitutional Law* 20 (n.º 3) (2022), pp. 1135-1137 e 1142-1146.

típicas em que é consentida a privação total ou parcial da liberdade no sentido de se albergar, também, o internamento ou confinamento de portadores de doença contagiosa? Propostas desse tipo, com recorte e âmbito diferente, foram apresentadas pelo PSD e pelo PS<sup>37</sup>.

Existe, todavia, um risco evidente. Pensadas em torno da COVID-19, qual «fato à medida», estas exceções rapidamente sofrerão a erosão do tempo, tornando-se insuficientes para responder a futuras e potenciais emergências, impondo ao legislador constituinte que, de tempos a tempos, acorde do seu estado de hibernação para acudir à preocupação do momento. A mais de insuficiente, a intervenção do legislador constituinte pode revelar-se contraproducente por converter o n.º 3 do artigo 27.º numa amálgama normativa que dificilmente deixará discernir o critério de unidade das várias exceções, inviabilizando-se, do mesmo passo, uma distinção clara – como a que hoje ainda é possível fazer – entre restrições (permitidas) e privações (proibidas da liberdade).

Mais avisado seria reestruturar por completo o artigo 27.º, estabelecendo-se uma cláusula aberta de fundamentos de privação da liberdade, compensada com a previsão de requisitos formais e materiais mais exigentes, designadamente a intervenção necessária de juiz. É assim na Alemanha, onde a Constituição prevê, sem as especificar, medidas limitadoras da liberdade pessoal (*Freiheitsbeschränkungen*) e medidas privativas da liberdade (*Freiheitsentziehungen*), sujeitando-as a diferentes pressupostos de admissibilidade. As privações de liberdade são entendidas, neste contexto, como manifestações especiais de limitação da liberdade pessoal, distinguindo-se umas e outras em função da severidade da ingerência<sup>38</sup>, num sistema que se afigura, assim, mais flexível, evolutivo e amigo do intérprete. Longe de potenciar ambiguidades e abrir a porta ao arbítrio, a solução favorece a criação de correntes jurisprudenciais estáveis, numa dinâmica de aproximação a um critério unívoco de distinção entre limitações da liberdade contrárias e conformes à Constituição. Um resultado que o método da enumeração taxativa não foi, manifestamente, capaz de produzir – como se vê das severas clivagens geradas, em Portugal, dentro de uma mesma secção do Tribunal Constitucional.

---

<sup>37</sup> Os projetos de revisão constitucional podem ser encontrados em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/IniciativasLegislativas.aspx>.

<sup>38</sup> MICHAEL SACHS, *Verfassungsrecht II – Grundrechte*, Springer, 2000, p. 216.