



REVISTA

de Direito e Segurança

Ano VII | Número 14
Julho | Dezembro de 2019

DIRETOR

JORGE BACELAR GOUVEIA

DIRETORES-ADJUNTOS

ANTÓNIO DUARTE AMARO
FRANCISCO PROENÇA GARCIA
LUÍS SALGADO DE MATOS
NELSON LOURENÇO
PEDRO CLEMENTE
RUI PEREIRA

FICHA TÉCNICA

RDeS – Revista de Direito e Segurança n.º 14

Propriedade e Sede

IDeS – Instituto de Direito e Segurança

www.ides.pt/rdes

E-mail: ides@sapo.pt

Periodicidade

Semestral

Indexador:

www.latindex.org (catálogo)

Depósito Legal

368113/13

ISSN

2182-8970 (em linha)



REVISTA

de Direito e Segurança

Ano VII | Número 14
Julho | Dezembro de 2019

DIRETOR

JORGE BACELAR GOUVEIA

DIRETORES-ADJUNTOS

ANTÓNIO DUARTE AMARO
FRANCISCO PROENÇA GARCIA
LUÍS SALGADO DE MATOS
NELSON LOURENÇO
PEDRO CLEMENTE
RUI PEREIRA

Índice Geral

I – DOUTRINA

David Freitas

A sinalização de indivíduos enquanto identificação de delinquentes 7

Edgar Gonçalves Fernandes

A tutela contraordenacional nas restrições ao direito de admissão e permanência em estabelecimentos comerciais 63

João Barata

An Approach to International Military Studies: Military Balance 2016 . . . 133

Luís Heleno Terrinha

A Suspensão de Direitos Fundamentais em Estado de Exceção Biopolítico 167

II – ATIVIDADE DO INSTITUTO DE DIREITO E SEGURANÇA 103

I CEDiSE – Curso de Especialização em Direito, Segurança e Emergência 217

Normas Técnicas da Revista de Direito e Segurança. 221

I - DOUTRINA

A sinalização de indivíduos enquanto identificação de delinquentes

DAVID FREITAS¹

Resumo: O presente artigo pretende demonstrar a existência de contrariedades e ambiguidades inerentes à atual identificação de delinquentes, que é designada pela Lei n.º 67/2017, de 09 de agosto, como identificação judiciária, realizada pelos órgãos de polícia criminal, e que consideramos de extrema importância na investigação criminal.

Pensamos que, perante o atual quadro, se impõe, com urgência, a revogação da atual lei, ou então, que o legislador processual penal, passasse a autonomizar esta figura no CPP, porventura na sequência do artigo 61.º (direitos e deveres do arguido), atribuindo-lhe uma nova terminologia: sinalização de indivíduos, à imagem do que é realizado em França.

Perante o exposto, pretendemos adiantar um esboço de definição de sinalização de indivíduos, na qual se propõe proceder à efetivação da fotografia técnico policial de identificação, a recolha das impressões digitais, palmares e plantares, das iris bem como do respetivo perfil genético, permitindo que tal mecanismo fosse efetivado de forma automática a todos os arguidos sem exceção.

Palavras-chave: *Crime, reincidência, investigação, informação e identificação.*

Abstract: This article aims to demonstrate the existence of setbacks and ambiguities inherent in the current identification of criminals, which is designated by Law n.º 67/2017, of August 9, as judicial identification, and which is carried out by the criminal police bodies, which identification, that we consider extremely important in criminal investigation.

We believe that in view of the current situation, it is urgent to repeal the current law, or else, that the criminal procedural legislator, start to make this figure autonomous in the CPP, perhaps following Article 61 (rights and duties of the accused) , giving it a new terminology: signaling individuals in the image of what is done in France.

¹ Inspetor da Polícia Judiciária, Doutor em Direito e Segurança.

In view of the foregoing, we intend to provide an outline of the definition of individual signage, in which it is proposed to carry out the police identification technical photograph, the collection of fingerprints, palm and plantar prints, of the iris as well as the respective genetic profile, allowing such a mechanism to be made automatically to all defendants without exception.

Keywords: *crime, recidivism, investigation, information and identification.*

Introdução

Quando falamos de sinalização de indivíduos, falamos de identificação de delinquentes, e claro está, que esta identificação é uma identificação humana, significa isto, que o que se procura, é promover de forma clara uma distinção entre cada ser, entre cada pessoa.

Assim, no âmbito de uma qualquer investigação criminal, os órgãos de polícia criminal (OPC), que coadjuvam a autoridade judiciária (AJ), visam proceder à identificação do/s delinquente/s, que praticaram determinado ilícito, e recolher o máximo de prova possível, para que este/s responda/m em sede de julgamento, e assim venha/m a cumprir a pena que lhe/s seja atribuída, obtendo-se desta forma a necessária justiça, e com ela a paz social.

Ora, a identificação de determinado delinquente, pode ser realizada de múltiplas formas, visando a sua identificação cabal e inequívoca, no entanto, um dos mecanismos mais preponderantes e eficientes é a chamada identificação judiciária, consagrada no artigo 2.º, alínea f), da Lei n.º 67/2017, de 9 de agosto², definida como o “processo de recolha, tratamento e comparação de elementos lofoscópicos e fotográficos, visando estabelecer a identidade de determinado indivíduo”.

Cerca de três anos após a aprovação da Lei n.º 67/2017, de 9 de agosto, o balanço é notoriamente negativo, revelando-se um diploma de uma gritante ineficácia, que não corresponde de forma alguma às necessidades da investigação criminal em particular e da sociedade

² Lei n.º 67/2017, *Diário da República*, 1.ª série, n.º 153, de 9 de agosto.

em geral, afinal o objetivo último da investigação criminal é servir o cidadão.

Importante para perceber as razões da grande ineficácia da Lei n.º 67/2017, de 9 de agosto, é que esta, surge por imposição do Tratado de Prüm, que foi celebrado a 27 de maio de 2005, entrando em vigor na nossa ordem jurídica por força da Decisão-Quadro 2008/615/JAI do Conselho, de 23 de junho de 2008, sendo que o legislador, promoveu um diploma extremamente restritivo, demonstrando uma preocupação concreta com as impressões lofoscópicas, afinal, o Tratado de Prüm, uma das medidas que visa, é a obtenção de um melhor intercâmbio de informações, sendo que um dos elementos dessa informação passa pelo citado elemento biométrico de identificação humana.

Desta forma, perdeu-se um momento excepcional para promover um diploma que desse resposta às necessidades da investigação criminal, dado que, desde 1945, não existia nenhum diploma jurídico que respondesse às expectativas da investigação criminal, e como temos vindo a dizer, não é, infelizmente a Lei n.º 67/2017, de 9 de agosto, que vai resolver o problema, muito pelo contrário veio agudiza-lo, o que é lamentável.

Como veremos, esta identificação de delinquentes, nasce com o DL n.º 35042 de 1945, sendo posteriormente revogado pelo DL n.º 458/82, cujo artigo 43.º, previa o “registo dos delinquentes declarados perigosos, sua identificação, antecedentes criminais, classificação criminológica e especialização quanto à natureza das infrações cometidas e ao modo da sua execução”.

Pensamos que a solução deste problema jurídico, passaria, em nosso entender, pelo legislador processual penal, eventualmente, autonomizar esta figura no Código de Processo Penal (CPP), à semelhança do direito alemão, porventura na sequência do disposto no artigo 61.º, que regula os direitos e deveres do arguido.

Esta identificação deveria ter um conjunto de características, a nosso ver fundamentais, a começar pela sua própria nomenclatura, ou seja, em vez de se chamar identificação judiciária, dever-se-ia designar como sinalização de indivíduos, terminologia que é utilizada no sistema jurídico francês e que nos parece mais consensual.

Esta sinalização de indivíduos deveria incidir sobre todos os arguidos em processo-crime, sem exceção, mas também no suspeito.

A arquitetura desta sinalização de indivíduos, deveria incidir na recolha dos seguintes elementos biométricos de identificação humana: a fotografia técnico policial de identificação, a recolha das impressões digitais, das palmares bem como das plantares, da íris e por último de células humanas, com o objetivo de estabelecer o respetivo perfil genético, situação que obrigaria, claro está, a uma articulação com a Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro³, com a posterior alteração promovida pela Lei n.º 90/2017, de 22 de agosto⁴.

Tal sinalização de indivíduos, tem de ser realizada por todos os OPC, aliás, como já se encontra estabelecido na Lei n.º 67/2017, de 9 de agosto, ficando a base de dados sob a alçada do Laboratório de Polícia Científica da Polícia Judiciária (LPCPJ), salientando-se, que os OPC devem alimentar e aceder à referida base de dados, em conformidade com as referidas restrições impostas pela Lei.

Noutro segmento, e com vista à necessária transparência, mas também para visar e acautelar a custódia da prova na recolha de vestígios, numa eventual cena de crime, deve-se proceder à recolha dos elementos biométricos de identificação humana, nomeadamente as impressões digitais, palmares e plantares, mas também o perfil genético de todos os funcionários do Estado que interagem com a investigação criminal, ou seja, todos os elementos das forças e serviços de segurança, todos os militares, mas também os profissionais nas áreas da saúde e da prevenção, como é o caso dos elementos ligados aos primeiros cuidados de saúde, tais como o Instituto Nacional de Emergência Médica (INEM) e os bombeiros, mas também os profissionais do Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses (INMLCF), acautelando-se os direitos fundamentais.

Outra característica não menos importante, em nosso entender, é o prazo que os dados pessoais recolhidos na sinalização de indivíduos devem perdurar nas bases de dados da Polícia, que pensamos, deveriam manter-se até à morte do seu titular.

³ DR, 1.ª série, n.º 30, de 12 de fevereiro.

⁴ DR, 1.ª série, n.º 161, de 22 de agosto.

Por último, esta sinalização de indivíduos, ao ser realizada, já deveria consagrar de forma clara a possibilidade da utilização da força estritamente necessária para a recolha dos citados elementos identificativos, pois, não faz qualquer sentido, que quem se recuse a fazê-lo, caia na simples tipificação de crime por desobediência, pois tal, é sem dúvida inútil e defrauda o objetivo último, que é – a identificação da população delinvente.

Não temos dúvidas, que tal sinalização de indivíduos realizada pela Polícia, estará intimamente ligada a uma questão constitucional extremamente sensível, que reside no equilíbrio harmonioso entre a liberdade e a segurança.

1. A identificação

A identificação⁵⁻⁶ de forma simples, nada mais é que o mecanismo de proceder à individualização de uma determinada identidade, sendo seguro afirmar que não “existe nada tão intrínseco à nossa espécie como a identificação humana, a não ser a própria vida”⁷.

A identidade representa a nossa essência, a nossa alma, é o próprio indivíduo em si, senão vejamos, se pudéssemos estalar os dedos e subitamente nos encontrássemos num local desconhecido, envolvido por outros desconhecidos, a preocupação subsequente após assegurarmos que estamos em segurança, é seguramente saber quem sou eu, quem são os outros, são amigos ou inimigos, posso confiar neles ou não? E isto, sempre foi assim ao longo da história do Homem, que, em

⁵ Cfr. “DIR. A I. consiste no tratamento de elementos individualizadores que permitam estabelecer a identidade de pessoas, animais ou objetos, distinguindo-os entre si”. Verbo. *Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*, vol. 15, 1999, p. 374.

⁶ “(...) a pessoa singular é identificada, em primeira linha, pelo respetivo nome, podendo ser complementada a sua identificação ou individualização por recurso a elementos naturais – como o sexo, cor dos olhos, altura, impressões digitais – e circunstâncias – como a filiação, estado civil, profissão”. *Dicionário Jurídico*, coord. Ana Prata, 2.^a ed., vol. II, *Direito Penal. Direito Processual Penal*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 249.

⁷ David Freitas, *A identificação Humana e a Investigação Criminal*, Diário de Bordo, 2020, p. 121.

termos de antropologia biológica, se presume existir há cerca de um milhão de anos⁸

Note-se, que a identidade pode ser entendida através de várias perspetivas, seja individual, familiar, coletiva, institucional, empresarial, enfim, uma multiplicidade de situações, mas a sua importância é deveras extraordinária, basta atentarmos à abordagem de Manuel Castells quando estabelece que esta é “a fonte de significado e experiência de um povo”⁹.

Pelo exposto, depreende-se que a identidade em si, é um conceito polimórfico, é sem dúvida um “delicate concept involving philosophical, psychological and practical viewpoints. Human identity is defined as the “the condition of being oneself and not another”¹⁰, isto é, eu sou eu e não sou o outro, eis, o objetivo pretendido na sinalização de indivíduos.

Ora, o cerne do presente artigo é demonstrar a importância transcendental, que a sinalização de indivíduos, representa na investigação criminal, isto porque o objetivo é distinguir o delinquente, o nosso ator principal, e porquê? Porque, em determinada cena de crime, o delinquente em causa, deixou vestígios, que resultam da permissão de Edmond Locard, segundo a qual “através do contacto entre dois itens, irá haver uma permuta”, pelo que compete à Polícia, detetar, identificar, recolher e processar todos os vestígios de forma a proceder à identificação do autor do ilícito.

⁸ “A combinação de caracteres detetados nos fósseis de TD-6 levou-nos a emitir a hipótese de que o Homo antecessor representa o último antepassado comum ao Homo sapiens e aos Neandertais. Segundo a nossa opinião, o Homo antecessor deve ser originário de África desde há cerca de um milhão de anos, como descendente de populações Homo ergaster”. Antonio Rosas, “Os fósseis humanos de Atapuerca e o modelo de evolução humana durante o último milhão de anos”, in Charles Susanne, Esther Rebato e Brunetto Chiarelli, *Antropologia Biológica. Evolução e Biologia Humana*, trad. Jorge Pinheiro, Lisboa, Piaget, 2014, pp. 269–270.

⁹ Manuel Castells, *A era da informação. Economia, Sociedade e Cultura*, 2.^a ed., vol. II, *O Poder da Identidade*, trad. Alexandra Lemos e Rita Espanha, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 2.

¹⁰ M. Luisa Massimo e Daniela Caprino, “Children’s Identity and Security”, in *Identity, Security and Democracy, The Wider Social and Ethical Implications of Automated Systems for Human Identification*, Amesterdão, IOS Press “NATO Science for peace and security. Series E”, 49, 2009, p. 27.

Quer isto dizer, que se os vestígios corresponderem à amostra problema¹¹, como é designado na ciência forense, teremos de ter amostras referência¹², que devem resultar da sinalização de indivíduos e da respetiva base de dados, para podermos assim, realizar ou obter a necessária confirmação ou hit¹³, como é designado na gíria policial, por outras palavras, identificamos o autor do ilícito de forma a poder ser responsabilizado pelos seus atos em sede de julgamento.

Afinal, como já esclarecemos na introdução, a sinalização de indivíduos visa a colheita de elementos biométricos de identificação humana, do delinquente, como é o caso da fotografia técnico policial de identificação, a recolha das impressões digitais, das palmares bem como das plantares, da íris e por último de células humanas, com o objetivo de estabelecer o respetivo perfil genético, por forma a obter uma base de dados consistente, fiável e rigorosa, da população delinquente.

Tal atividade, sendo da competência da Polícia, como atrás referimos, obriga-nos a aprofundar esta instituição, para termos uma melhor perceção das suas origens, qual a sua natureza, qual o impacto da mesma na sociedade, mas sobretudo, de entendermos a simbiose que existe entre esta e a sinalização de indivíduos.

2. A Polícia e a sinalização de indivíduos

Com o surgimento dos grandes aglomerados de pessoas (as cidades), surge, de forma natural e lógica, a Polícia e, corolário dessa mesma

¹¹ Utilizamos aqui, para exemplificar a terminologia utilizada pelo legislador no âmbito da identificação judiciária, regulamentada pela Lei n.º 67/2017, de 09 de agosto, artigo 2.º, “a) “Amostra-problema” qualquer vestígio lofoscópico obtido em objeto ou em local onde se proceda à recolha de meios de prova, bem como a impressão digital, preferencialmente correspondente ao dedo indicador direito, recolhida em cadáver ou de uma pessoa de identidade desconhecida”.

¹² Idem, “b) “Amostra-referência” as impressões lofoscópicas, ou seja, as impressões digitais ou palmares, recolhidas de uma pessoa de identidade conhecida, correspondentes ao desenho formado pelas linhas papilares dos dedos e das palmas das mãos”.

¹³ Idem, “g) “Hit” o resultado de comparação lofoscópica que estabeleça a identidade entre duas amostras”.

instituição, nasce o que designamos por sinalização de indivíduos ou identificação dos delinquentes.

Atente-se, que as razões da existência do próprio termo Polícia, radicam numa maior densidade populacional, pois etimologicamente, a palavra *polícia* provém do grego *politeia* e do latim *politia*, cuja raiz deriva do termo *polis* ou seja, cidade¹⁴.

Assim não temos dúvidas, no consenso que existe, ao afirmarmos que a “Polícia é tão antiga como a própria cidade ou, se quisermos, desde que exista uma sociedade perfeitamente organizada, com o respetivo poder instituído, tal implica paralelamente a existência de uma instituição com as características que reconhecemos na Polícia”¹⁵.

Noutra perspetiva, e na esteira do professor Nélson Lourenço, que nos refere que a “cidade é uma realidade em permanente mudança, influenciada pela inovação tecnológica e pelas dinâmicas sociais e económicas. Heterogénea na sua composição social, a cidade vive num equilíbrio precário e frágil como todos os sistemas sociais”¹⁶, ora, uma das suas fragilidades é sem dúvida a criminalidade, e neste segmento a Polícia representa sem sombra de dúvida o pilar estruturante da segurança.

Não tenhamos, pois, ilusões que, sem a Polícia, todas as outras atividades sociais pura e simplesmente não existem, razão pela qual a função de polícia é a mais importante em toda e qualquer sociedade estruturada.

¹⁴ “Cidade – CULT. Apesar das várias definições que têm sido dadas com base no número de habitantes considerado mínimo, nos caracteres jurídico-administrativos, no papel a história, a verdadeira noção de c. parece dever nascer da conjugação da sua importância no espaço e no tempo, com a percentagem dominante dos seus habitantes, possuidores de géneros de vida não rurais. Todavia, o facto de juntarmos à definição um critério socioprofissional nada afeta a principal característica da c. – a sua paisagem. Como facto geográfico que é, a c. fica em determinado sítio, i. e., ocupa um lugar preciso no espaço em ligação com a topografia do solo. Além disso, tem uma certa posição (ou situação), quer dizer apresenta-se integrada num amplo conjunto regional que teve importância na sua origem e lhe assegura a existência. A c. é comandada por uma função bem definida: militar, comercial, religiosa, etc.” Verbo. *Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*, vol. 6, 1998, pp. 1228–1229.

¹⁵ David Freitas *A identificação Humana e a Investigação Criminal*, op. cit., p. 71.

¹⁶ Nélson Lourenço, “Globalização, metropolização e insegurança: América Latina e África”, *Revista de Direito e Segurança*, Lisboa, ano I, n.º I, janeiro–junho de 2013, p. 95.

Curiosamente, apesar da sua importância transcendental, note-se que é uma instituição paradoxal, pois na verdade, qualquer um reconhece facilmente e sem reservas a sua importância, no entanto, ninguém gosta de estar ou ser sujeito às suas imposições, afinal, quem é que gosta de ser interpelado? Por exemplo, num excesso de velocidade ou outro tipo de contravenção, ser sujeito a uma coima, ou mediante a prática de um ilícito qualquer, poder vir a ser desprovido da sua liberdade ambulatória.

Perante esta abordagem, não poderíamos deixar de concordar com a célebre abordagem de Egon Bittner, quando refere que “Among the institutions of modern government, the police occupies a position of special interest: it is at once the best known and the least understood”¹⁷.

A Polícia representa a ordem, a tranquilidade e a paz social, e para tal como salienta Michel Foucault “deve adquirir o instrumento para uma vigilância permanente, exaustiva, omnipresente, capaz de tornar tudo visível, mas com a condição de se tornar ela mesmo invisível”¹⁸, assim um dos mecanismos que sempre esteve na génese da Polícia, é o reconhecimento da sua população delinvente, afinal qual é o caçador que consegue obter sucesso se desconhecer a sua presa.

A Polícia, tal como o Sol e a Lua, o dia e a noite, tem duas facetas, que são a prevenção e a repressão, sendo que a prevenção é a faceta mais importante, pois é nesta fase que a Polícia desempenha as suas funções de forma a prevenir eventuais crimes, não fosse a Polícia uma autêntica máquina de controlo social e o “símbolo mais visível do sistema formal de controlo, o mais presente no quotidiano dos cidadãos e, por via de regra, o first-line enforcer da lei criminal”¹⁹.

Nessa prevenção, facilmente se compreende o alcance que uma ferramenta, como a sinalização de indivíduos representa, na medida

¹⁷ Egon Bitner, “Florence Nightingale, in Pursuit of Willie Sutton: A Theory of the Police”, in *Policing*, ed. Robert Steiner, vol. 1, Aldershot, Ashgate/Dartmouth, 1996, p. 155.

¹⁸ Michel Foucault, *Vigiar e Punir. Nascimento da Prisão*, trad. Raquel Ramallete, 39.ª ed., Petrópolis, RJ, Vozes, 2011, p. 202 (título original, *Surveiller et punir*, 1975).

¹⁹ Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, *Criminologia. O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 443.

que possibilita a adoção de eventuais medidas que possam reduzir a criminalidade ou minimizar os impactos desta, mas também no âmbito da repressão, pois ao assegurar um conhecimento mais profundo do delincente, permite identificar, localizar e colocá-lo sob custódia policial.

2.1. A sinalização de indivíduos em Portugal

Em Portugal, podemos dizer de forma algo objetiva, que a sinalização de indivíduos, surge com o DL n.º 35042, de 20 de outubro de 1945, no seio da PIDE²⁰, posteriormente revogado pelo DL n.º 458/82, de 24 de novembro, que estabelecia, no artigo 42.º: “ao Arquivo Central de Registos e Informações compete o tratamento, registo e difusão, à escala nacional, de todas as informações relativas à prevenção e investigação criminal, nomeadamente das informações relativas à prevenção e investigação criminal”, este arquivo no seio da PJ era conhecido pelo seu acrónimo ACRI.

O artigo 43.º do DL n.º 458/82, de 24 de novembro, no que diz respeito à sinalização de indivíduos, definia as competências do ACRI da seguinte forma: “d) O registo dos delinquentes declarados perigosos, sua identificação, antecedentes criminais, classificação criminológica e especialização quanto à natureza das infrações cometidas e ao modo da sua execução; (...) j) A organização de ficheiro fotográfico dos delinquentes, elaborado segundo a natureza da infração e a perigosidade dos agentes; l) A recolha dos elementos necessários à completa identificação de arguidos ou suspeitos; (...) n) A recolha de quaisquer outros elementos e informações úteis à investigação criminal, incluindo o registo de características físicas, sinais particulares e outros”.

Posteriormente, veio o DL n.º 458/82, de 24 de novembro, a ser revogado pelo DL n.º 295-A/90, de 21 de setembro²¹, no qual o ACRI

²⁰ Polícia Internacional de Defesa do Estado.

²¹ DL n.º 275-A/2000, DR, 1.ª série-A, sup. n.º 259, de 9 de novembro, com as posteriores alterações promovidas pela Lei n.º 37/2008, DR, 1.ª série, n.º 151, de 6 de agosto, pelo DL n.º 42/2009, DR, 1.ª série, n.º 30, de 12 de fevereiro, e pelo DL n.º 81/2016, DR, 1.ª série, n.º 228, de 28 de novembro.

passou a ter a denominação de DCRIPC (Departamento Central de Registo de Informações e Prevenção Criminal).

Desta forma o DCRIPC, através do artigo 31.º, n.º 1, passou entre outras competências, a compreender: “a) O registo de tratamento da informação criminal; (...) d) A identificação judiciária”, constata-se que pouco ou nada foi alterado, no que diz respeito a este registo de delinquentes, como se pode verificar pelo artigo 33.º: “b) O registo dos delinquentes por tendência e imputáveis perigosos, sua identificação, antecedentes criminais, classificação criminológica e especialização quanto à natureza das infrações cometidas e ao *modus operandi*; c) registo dos elementos relativos à identificação dos agentes dos crimes, bem como à dos sujeitos a vigilância policial”; enquanto as alíneas *j*), *l*) e *n*) do DL n.º 458/82, de 24 de novembro, passaram nesta nova alteração legislativa, com o mesmo texto, a *e*), *g*) e *l*).

Após o DCRIPC, surge a UIIC, com as alterações preconizadas pelo DL n.º 42/2009, de 12 de fevereiro²², designadamente através do artigo 14.º, n.º 1, que define as competências da UIIC da PJ da seguinte forma: “A Unidade de Informação de Investigação Criminal, designada abreviadamente pela sigla UIIC, tem as seguintes competências: a) Centralizar, manter e assegurar a gestão nacional do sistema de informação criminal da PJ; b) Recolher, tratar, registar, analisar e difundir a informação relativa à criminalidade conhecida em articulação com os sistemas de informação legalmente previstos; c) Realizar ações de prevenção criminal e de deteção de pessoas desaparecidas”.

E é com a nova Lei n.º 67/2017, que veio regular a identificação judiciária, que se encontra a atual sinalização de indivíduos, sendo que o legislador veio de certa forma, manietar o recenseamento da população delincente, pois o mesmo tornou-se extremamente restrito, colocando em causa a sua própria existência.

3. Razões da sinalização de indivíduos

Poderíamos seguramente encontrar múltiplas razões para a existência da sinalização de indivíduos, no entanto, vamos limitar-nos àquelas que

²² DL n.º 42/2009, DR, 1.ª série, n.º 30, de 12 de fevereiro.

representam a sua estrutura fundamental, composta por um polígono de cinco faces, ou seja um pentágono, a saber: o delinquente, o crime, a reincidência criminal, a cena de crime e a informação.

3.1. *Arguido/delinquente*

O arguido, no nosso sistema jurídico, é visto de certa forma, como o delinquente²³, e claro, o nosso *ator* principal, como consagrou o nosso legislador no CPP, no artigo 57.º n.º 1 “Assume a qualidade de arguido todo aquele contra quem for deduzida acusação ou requerida instrução num processo penal”.

Em grande medida, o delinquente corresponde ao arguido no termo técnico atrás definido, no entanto, no âmbito da sinalização de indivíduos pensamos que faz todo o sentido incluir o suspeito, que como refere o CPP no seu artigo 1, alínea e), é “toda a pessoa relativamente à qual exista indício de que cometeu ou se prepara para cometer um crime, ou que nele participou ou se prepara para participar”.

A importância da inclusão desta figura é extraordinariamente importante, porque permite incluir o suspeito aquando da sua identificação no âmbito do artigo 250.º do CPP, veja-se que este artigo na primeira parte do número 1, determina que os OPC “podem proceder à identificação de qualquer pessoa encontrada em lugar público, aberto ao público ou sujeito a vigilância policial, sempre que sobre ela recaiam fundadas suspeitas da prática de crimes (...)”.

Tal desiderato, permitiria identificar no âmbito de uma mera rusga policial, um conjunto de cidadãos que normalmente são reconhecidos pelas forças da autoridade, como indivíduos que não têm qualquer atividade profissional, não realizam qualquer esforço para arranjar uma profissão, não estudam, ou pura e simplesmente não estão enquadrados no tecido social, o que como é sabido, são elementos que vivem no *underground*, na delinquência e que forçosamente têm e devem ser conhecidos das bases de dados policiais.

²³ “*Delinquente* (Do Lat. *Delinquens, -entis, part. Pres. de delinquere “errar”*). *Que comete qualquer espécie de crime ou de delito; que delinuiu. Está-se a tornar cada vez mais delinquente*”. *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa*, vol. I, Lisboa, Verbo, 2001, p. 1097.

É claro que, como referimos na introdução, a sinalização de indivíduos deve ser realizada a todos os arguidos sem exceção, passando para além dos indivíduos que atrás referimos, ou seja, pelos que se encontram no outro lado do espectro, falamos dos indivíduos de “colarinho branco”, ou dos que se encontram inseridos em organizações criminosas, afinal este tipo de indivíduos estão, “inserido socialmente (...) [e] usa, a seu “bel-prazer”, essa posição social, política e económica para a prática de crimes. Trata-se de um delinquente imune à estigmatização social. – Por outro lado, estas organizações caracterizam-se pelo elevado grau de organização interna, férrea disciplina, número elevado dos seus membros (...), elevada qualificação profissional de muitos deles (...)”²⁴.

Para termos uma ideia da importância da sinalização de indivíduos, veja-se, a título de curiosidade estatística, que existe um número de constituições de arguido que ronda anualmente os 104 000 cidadãos, sendo que desse número registado, constata-se uma condenação na ordem dos 64%, como se pode verificar pelos elementos fornecidos no site da Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ)²⁵, no entanto, a base de dados do LPC, atualmente o número de identificações judiciais ronda as 200.000, ora, se pensarmos em toda a atividade policial desde o 25 de abril de 1974, não há dúvidas que estamos perante números residuais.

²⁴ João Davin, *A Criminalidade Organizada Transnacional. A Cooperação Judiciária e Policial na UE*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 69.

²⁵ <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Arguidos-em-processos-crime-nos-tribunais-judiciais-de-1-instancia-.aspx> e <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Condenados-em-processos-crime-nos-tribunais-judiciais-de-1-instancia.aspx> Acedidos e consultados dia 24 de março de 2020.

2018	2017	2016	2015	2014	2013	2012	2011	2010	2009
72.551	81.879	89.936	94.281	84.608	115.557	125.060	124.311	127.243	128.026
48.203	53.966	59.201	62.115	55.328	74.154	82.422	80.521	79.727	79.734

Tabela. Na barra superior os anos, na barra intermédia o número de arguidos em processo crime e na barra inferior o número de condenados.

Convém referir que estes valores estatísticos, dizem respeito aos arguidos em processo crime nos tribunais de 1.^a instância, na década de 2009 a 2018, sendo que os valores de 2019, ainda não se encontram disponíveis, pois a última atualização foi realizada a 31 de outubro de 2019.

3.2. O crime

Como refere a professora Stela Barbas, “o crime é, foi e será uma constante da história da humanidade, dado estar presente em todos os cantos do mundo independentemente do tempo, espaço e grau civilizacional”²⁶.

A definição clássica, é a que a professora Teresa Beleza considera como conceito jurídico, ou seja, o crime “é toda a ação típica, ilícita e culposa”²⁷, já o nosso legislador processual penal define-o no artigo 1.º, alínea a), como sendo o “o conjunto de pressupostos de que depende a aplicação ao agente de uma pena ou de uma medida de segurança criminais”.

Acreditamos que o leitor estará em convergência com a nossa linha de raciocínio, ao afirmamos que o crime é um fenómeno indissociável da natureza humana, representando sem qualquer sombra de dúvida um perigo real para a harmonia social e a paz na comunidade.

Como o cancro tem vindo a ser combatido pela sociedade, o crime também deve ser visto como um combate que não cessa, e sobretudo, devemos aprender com a história de forma a evitarmos encargos para o erário público, mas sobretudo a potenciação de meios e recursos que são escassos.

Não há dúvida que a sinalização de indivíduos no âmbito da prevenção do crime, é uma extraordinária ferramenta, que tem de ser potenciada para promover toda sua eficácia.

3.3. A reincidência

A reincidência criminal, em nosso entender, é a pedra de toque no que toca á razão de ser da sinalização de indivíduos, é fácil percebermos que se não houvesse reincidência, não faria sentido estarmos

²⁶ Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, “O crime nas novas sociedades pós-industriais”, in *Coletânea de Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Francisco Lucas Pires*, Lisboa, Universidade Autónoma, 1999, pp. 257-264.

²⁷ Teresa Pizarro Beleza, *Direito Penal*, vol. I, 2.ª ed., reimp., Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito, 2003, p. 22.

preocupados em edificar uma base de dados, em que consta a inserção de todo e qualquer delinquente.

Da mesma forma que o crime sempre foi uma constante da humanidade, é natural que a sinalização de indivíduos, também ela se foi mantendo constante, sofrendo as adaptações decorrentes da ciência, afinal note-se que os primeiros métodos de sinalização, consistiam em “marcar a fuego al deliciente o, en su lugar, causar algún tipo de mutilación corporal característica que permitiera su rápida identificación”²⁸, hoje em dia “tal medio de identificación y reconocimiento de criminales ha sido sustituido por los denominados Registros Penales”²⁹.

A reincidência tem-nos acompanhado desde que existimos, estando espelhada (tirei a virgula) em ordenamentos jurídicos e em textos religiosos, como se verifica no direito tradicional chinês³⁰, no Manarva Dharma Sastra³¹, na Bíblia³² ou mesmo no Alcorão³³.

²⁸ Enrique Agudo Fernández, *Principio de culpabilidad y reincidencia en el derecho español*, Granada, Universidad de Granada, 2005, p. 10.

²⁹ Cf. Manuel Grosso Galvan, *Los antecedentes penales. Rehabilitación y control social*, Barcelona, Bosch, 1983.

³⁰ “Em 2285 a. C. o imperador Schun ordenava que fosse aplicada a pena de morte a crimes premeditados e a quem era reincidente”. Antonio Martinez de Zamora, *La reincidencia*, Múrcia, Universidad de Murcia, 1971, p. 17.

³¹ “O ladrão era punido quando apanhado pela primeira vez com o corte de um dos dedos da mão, à segunda vez com a amputação da mão e de um pé e à terceira com a morte”. Adela Asua Batarrita, *La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del siglo XIX*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1982 (livro IX-277).

³² Levítico 26:18 “E se nem mesmo assim Me obedecerdes, dar-vos-ei uma lição sete vezes maior, por causa dos vossos pecados.”; 26:21 “Se ainda vos opuserdes a Mim e não Me obedecerdes, castigar-vos-ei sete vezes mais, por causa dos vossos pecados.”; 26:23–24 “E se, apesar desses castigos, ainda não vos corrigirdes e continuardes a opor-vos a Mim, Eu também continuarei a ficar contra vós, e castigar-vos-ei sete vezes mais, por causa dos vossos pecados.” João 5:14 “Mais tarde, Jesus encontrou aquele homem no templo e disse-lhe: “Ficaste curado. Não peques de novo, para que não te aconteça alguma coisa pior.”; 8:11 “Ela respondeu: “Ninguém, Senhor”. Então Jesus disse: “Eu também não te condeno. Podes ir e não voltes a pecar””. *A Bíblia Sagrada. Edição Pastoral*, 8.^a ed., Lisboa, Paulus, 2012, pp. 173–174, 1526 e 1533.

³³ A Sura dos Rebanhos, versículo 28: “Mas mostrar-se-lhes-á o que, antes, escondiam; e, se os houvessem levado à vida terrena, haveriam reincidido no que foram coibidos. E, por certo, eles são mentirosos”. A Sura da Aderência, versículo 6: “Ora, por certo, o ser humano a tudo transgride”. *Nobre Alcorão para a Língua Portuguesa*.

O nosso legislador, debruçou-se sobre a reincidência através de vários artigos em diplomas distintos, é o caso do artigo 143.º do DL n.º 114/94, de 3 de maio³⁴, bem como os artigos 75.º e 76.º do CP, saliente-se o pressuposto material da reincidência, resultante do artigo 75.º do Penal CP e que nas palavras de Paulo Albuquerque, “consiste na culpa agravada do agente, por a anterior condenação não ter servido de suficiente advertência contra o crime”³⁵.

Efetivamente ser condenado a uma pena de prisão e o respetivo cumprimento, não significa que o indivíduo se ressocialize, veja-se em termos estatísticos, no nosso território nacional, e conforme dados da Provedoria da Justiça, revela que existe “uma taxa relativamente elevada de reincidentes (46%), com nítido predomínio no caso dos reclusos que se encontram em estabelecimentos centrais, onde são mesmo a maioria (51%)”³⁶, ou seja, a taxa de reincidência encontra-se nos 50%.

Um estudo que consideramos de enorme importância e, que apesar de ter sido realizado em 1972, em Filadélfia, nos Estados Unidos da América, parece-nos extremamente atual, o referido estudo foi desenvolvido por um conjunto de investigadores, nomeadamente Wolfgang e colaboradores³⁷, que lograram demonstrar que 16% de indivíduos jovens do sexo masculino eram responsáveis por 52% dos delitos.

Na mesma linha de convergência segue Maurice Cusson, ao concluir que “um dado constante é que quanto maior o número de delitos cometidos por um indivíduo no passado, mais elevado o risco de reincidência. A delinquência passada prevê a delinquência futura”³⁸,

³⁴ Código da Estrada, DL n.º 114/94, de 3 de maio, com as alterações, sendo a mais recente o DL n.º 40/2016, de 29 de julho.

³⁵ Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª ed., Lisboa, Universidade Católica, 2015, p. 373.

³⁶ Provedoria da Justiça, *Relatório sobre o Sistema Prisional*, Lisboa, 1996, p. 12. Disponível em:

<http://www.provedor-jus.pt/site/public/archive/doc/RelPrisoos1996.pdf>. Consultado a 27 de março de 2020.

³⁷ Disponível em: <http://www.statcan.gc.ca/pub/85-561-m/2007009/findings-resultats/4053987-eng.htm>. Consultado a 27 de março de 2020.

³⁸ Maurice Cusson, *Criminologia*, trad. Josefina Castro, 3.ª ed., Alfragide, Casa das Letras, 2011, p. 126.

podendo desta forma, afirmar-se que “o delinquente crónico existe”³⁹ e, com este, a reincidência.

Outra perspetiva, e não menos importante, prende-se com o género, no qual se constata de forma clara que mulheres têm uma intervenção mínima (tirei a virgula) na prática dos crimes, afinal, como refere Maurice Cusson o “crime é uma atividade sobretudo masculina... Pelo menos 80% dos crimes violentos e 70% das ofensas contra a propriedade são praticados por rapazes e homens adultos”⁴⁰.

Tal aspeto, tem sem dúvida a ver com o facto de o homem, ao assumir como papéis sociais, o papel de líder, na base familiar, de caçador, de guerreiro, que assistimos ao longo da evolução da espécie humana, manifesta de forma claríssima uma maior tendência para correr riscos do que a mulher⁴¹, pois este é mais agressivo.

E este facto é genético, pois o homem naturalmente sempre foi muito mais agressivo que a mulher e, tal aspeto não é exclusivo da nossa espécie, saliente-se que “os vertebrados, os machos são, quase sempre, o sexo mais agressivo”^{42 43}.

Para além das respostas fornecidas pela biologia, a própria neurociência, através de vários estudos tem permitido concluir que “o controlo deficiente dos impulsos é uma característica da maioria dos criminosos que se encontram no sistema prisional. Muitos delinquentes geralmente conseguem distinguir a diferença entre o que está certo e o que está errado, e compreendem a ameaça da pena, mas estão manietados pelo controlo deficiente dos impulsos”⁴⁴.

³⁹ *Ibidem*, p. 125.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 127.

⁴¹ Cfr. James Q. Wilson e Richard J. Herrnstein, *Crime and Human Nature*, Nova York, Simon & Schuster, 1985.

⁴² Henry Gleitman, Alan J. Fridlund e Daniel Reisberg, *Psicologia*, trad. Danilo R. Silva, 10.^a ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 554.

⁴³ “For example, only half the UK population is male but the majority of DNA profile records belong to men, because the majority of those arrested are male” – esta é outra curiosidade refletida no *Annual Report 2015/16*, do National DNA Database Strategy Board, National Police Chief’s Council, fevereiro de 2017, p. 10. Disponível em: www.gov.uk/government/publications. Consultado a 27 de março de 2020.

⁴⁴ David Eagleman, *O Cérebro. À Descoberta de Quem Somos*, trad. Jorge Nunes, Alfragide, Lua de Papel, 2017, p. 121.

Também, na área policial, se constata que existem áreas, ou carreiras criminológicas, que no fundo se encontram intimamente ligadas à personalidade do indivíduo, e que são bem demonstrativas da reincidência, é o caso do delinquente que vai infringindo de acordo com os seus estímulos, a título de exemplo temos o burlão, o assaltante, o traficante, o pedófilo, o agressor dentro da família (violência doméstica), o violador, o *serial killer*; o pirata informático.

Perante o exposto, pensamos ter deixado de forma objetiva e clara, a razão pela qual a Polícia tem de ter uma base de dados desta natureza, como é o caso da sinalização de indivíduos que temos vindo a desenvolver no presente artigo, afinal tal é algo intrínseco à sua própria genética, sendo translúcido, por outro lado, derivado da reincidência, que a inserção de determinado delinquente na base de dados deva perdurar até ao fim da vida desse mesmo indivíduo.

Não podemos esquecer, como refere John Mill, que “uma das funções inquestionáveis do governo é tomar precauções contra o crime antes de ter sido cometido, bem como investigá-lo e puni-lo depois”⁴⁵, sendo que uma das principais medidas a tomar contra a criminalidade é, sem dúvida o recenseamento da população delinquente.

3.4. A cena de crime

Eis-nos numa das razões mais importantes da existência da nossa sinalização de indivíduos, falamos da cena de crime, ou seja, o local onde foi praticado um crime, e a importância deste local é de tal forma extraordinário, que numa “certa perspetiva, podemos considerar este local, pela sua importância no âmbito de certos crimes (como é o caso do homicídio, do roubo, da violação, entre outros), como a alma da própria investigação criminal”⁴⁶.

É, de forma indubitável, o local onde a ciência entra em ação, e com ela o rigor, a excelência inerente ao conhecimento, isto porque

⁴⁵ John Stuart Mill, *Sobre a Liberdade*, trad. Pedro Madeira, Lisboa, Edições 70, 2015, p. 162.

⁴⁶ David Freitas *A identificação Humana e a Investigação Criminal*, op. cit., p. 163.

como refere de forma contundente Richard Saferstein, as “forensic sciences begins at the crime scene”⁴⁷.

A cena de crime, no nosso entender, é a demonstração cabal de que o crime perfeito não existe, existe sim uma investigação imperfeita, que não foi capaz de recolher a peça do *puzzle* mais importante para a resolução do crime.

Afinal na cena de crime trata-se de, no presente, analisarmos o passado de forma a que no futuro (julgamento), se possa atribuir a responsabilidade e determinação da pena ao/s seu/s autor/es, e assim realizar a justiça.

A importância da cena de crime reside, como constatou Edmond Locard que “através do contacto entre dois itens, irá haver uma permuta”, significa isso que qualquer criminoso quando interage com o local de crime, ao praticá-lo, vai deixar, porque é impossível não o fazer, vestígios, na medida em que cada contacto deixa o seu rasto⁴⁸, cabendo à equipa de cena de crime localizá-los e assegurar a respetiva custódia de prova, para que os mesmos sejam válidos em sede julgamento.

Uma referência quanto às equipas de cena de crime, estas atuam sob as indicações, do gestor do local de crime, ou seja, o investigador responsável pela investigação, estas equipas pertencem ao LPC, no caso da PJ e, como decorre da lei, esta atividade é designada por inspeção judiciária, conforme a definição do artigo 2.º, alínea i), da Lei n.º 67/2017, de 9 de agosto, às “diligências técnico-científicas levadas a cabo pelos órgãos de polícia criminal competentes, no âmbito de

⁴⁷ Richard Saferstein, *Criminalistics An Introduction to Forensic Science*, 8.ª ed., Saddle River, New Jersey, Pearson Education International, 2004, p. 34.

⁴⁸ Disponível em: <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/467289/police/260951/Crime-sceneinvestigation-and-forensic-sciences>. Consultado a 29 de março de 2020. “*The first police crime laboratory was established in 1910 in Lyon, France, by Edmond Locard. According to Locard’s “exchange principle,” it is impossible for criminals to escape a crime scene without leaving behind trace evidence that can be used to identify them. That principle gave rise to the forensic sciences, which are the accumulated methods for developing and analyzing physical evidence from crime scenes. Crime-scene investigation, which is often performed by experts known as crime-scene investigators (CSIs), involves the careful gathering of such evidence, which is then analyzed at a crime laboratory. In some cases evidence gathered by CSIs and analyzed by forensic experts is the only incontrovertible evidence presented at trial*”.

processo-crime, visando a obtenção de meios de prova através do exame de pessoas, lugares e objetos”.

Estas equipas de cena de crime, são especialistas em encontrar vestígios, que são como as “testemunhas seguras e mudas, as que nunca mentem, nem se enganam: impressões digitais, vestígios de passos, mordeduras de unhas e de dentes, documentos carbonizados onde se leem, formas das ferramentas de arrombamento, pedaços de vestuário ou de cabelos. Não são necessárias mais testemunhas: o assassino assinou o crime”⁴⁹.

Ora, este/s vestígio/s é/são designado/s como amostra/s problema/s, que por sua vez será/ão analisado/s de forma a constatar se existe alguma correspondência com amostras referência, amostras essas, que correspondem a uma base de dados, na qual se encontram inseridos elementos biométricos de identificação humana, que provém da sinalização de indivíduos.

Por último, e atendendo que numa cena de crime a maior parte das vezes estão presentes profissionais de várias valências que “atuam” na mesma, como é o caso do pessoal do INEM, os bombeiros, os OPC de proximidade, entre outros, é importantíssimo que todos os funcionários que possam interagir com cenas de crime derivado das suas funções profissionais, tenham as suas impressões lofoscópicas e perfil genético inserido na base de dados, de forma a eliminar eventuais contaminações, e com isto, reduzir custos ao erário público e agilizar a investigação.

3.5. A informação

Atualmente, nesta aldeia global, é recorrente afirmarmos que vivemos na época da informação ou, como salienta Manuel Castells, numa “sociedade em rede”⁵⁰, onde a informação é extraordinariamente importante, afinal como refere de forma contundente James Gleick “a informação é aquilo que faz mover o nosso mundo: o sangue e o

⁴⁹ Edmond Locard, *A Investigação Criminal e os Métodos Científicos*, trad. Fernando de Miranda, Coimbra, Arménio Amado, 1939.

⁵⁰ Manuel Castells, *A Era da Informação. Economia, Sociedade e Cultura*, *op. cit.*

combustível, o princípio vital. Impregna as ciências de cima a baixo, transformando todos os ramos do conhecimento”⁵¹.

Ora, a informação é essencial para a Polícia, pois como temos vindo a referir de forma recorrente, sem a sinalização de indivíduos, não pode exercer de forma conveniente as funções que lhe são atribuídas pela lei, falamos da prevenção a montante e, da posterior repressão a jusante.

É crucial a Polícia ter um conhecimento profundo do *underground*, e sobretudo dos delinquentes, sendo essa informação criminal, sem dúvida, um dos alicerces da informação policial, sem a qual a Polícia fica desorientada ou mesmo incapacitada.

Esta informação criminal, não deve ser guardada na gaveta de um qualquer investigador, ou na sua cabeça, mas sim numa base de dados policial que todos inserem, consultam, e efetuam a necessária análise, veja-se a abordagem da Egle Kazemikaitiene, sobre “definitions of criminalistics is information (...) In my opinion, for determining the definition of information, one can predict: 1) information is knowledge and facts about processes of life, both in the criminal world; it means criminalistically important knowledge; 2) such knowledge is accepted by living organisms, command machines, other information systems; 3) the aforementioned recipients of knowledge and facts accept it unintentionally of their wish and not only for keeping it in their minds, but for the purpose of processing and supplying information. Different information is used in separate human activities; it is determined by the character of human activity”⁵².

É perfeitamente claro, no nosso entender, o poder da informação resultante da sinalização de indivíduos, e as potencialidades que esta representa na investigação criminal em particular, e na segurança em geral.

⁵¹ James Gleick, *Informação. Uma História, Uma Teoria, Um Dilúvio*, trad. Artur Lopes Cardoso, Lisboa, Círculo de Leitores, 2012, p. 17.

⁵² Egle Kazemikaitiene, “Criminalistic Information and Data Bases. Importance of Crime Investigation and Prophylaxis”, *SIAK Journal: Zeitschrift für Polizeiwissenschaft und Polizeiliche Praxis*, março 2007, p. 26. Disponível em:

http://www.bmi.gv.at/cms/BMI_SIAK/4/2/1/2007/ausgabe_3/start.aspx.

4. Os elementos biométricos de identificação humana

Quando falamos de elementos biométricos, estamos a ter em conta a aplicação da matemática, pois a palavra “biometria” vem do grego “bios” (vida) e “metron” (medida), atualmente considerada uma ciência que tem como objetivo o reconhecimento e a individualização de determinada pessoa.

A biometria rapidamente começou a ser utilizada pelas Polícias em todo o mundo, pela sua capacidade e fiabilidade, note-se a título exemplificativo, que o FBI, refere que os dados biométricos “are the measurable biological (anatomical and physiological) or behavioral characteristics used for identification of an individual. Fingerprints are a common biometric modality, but others include things like DNA, irises, voice patterns, palmprints, and facial patterns. – Over the years, biometrics has been incredibly useful to the FBI and its partners in the law enforcement and intelligence communities – not only to authenticate an individual’s identity (you are who are say you are), but more importantly, to figure out who someone is (by a fingerprint left on a murder weapon or a bomb, for example), typically by scanning a database of records for a match”⁵³.

Esta ciência não tem limites no que diz respeito á capacidade de medir e de analisar características do corpo humano, pois atualmente é possível individualizar elementos biométricos, como as impressões lofoscópicas, retina, íris, DNA, padrões faciais, de voz, odores corporais, geometria da mão, pavilhão auricular e muitos outros.

A biometria enquanto ciência de individualização humana, surge com o cientista francês Alphonse Bertillon “who developed the first systematic biometric method for the identification of suspects and criminals, setting the stage for fingerprinting, which ultimately replaced it. The system, called anthropometry or bertillonage, used eleven body measurements along with descriptive information and photographs stored on a card, similar to modern fingerprint cards”⁵⁴.

⁵³ Disponível em: https://www.fbi.gov/about-us/cjis/fingerprints_biometrics. Consultado a 30 de março de 2020.

⁵⁴ Suzanne Bell, *Dictionary of Forensic Science*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 25.

Após esta ligeira abordagem sobre a biometria, vamos agora debruçar-nos sobre os nossos quatro elementos biométricos de identificação humana: a fotografia técnico policial de identificação, as impressões lofoscópicas, a íris e o DNA.

4.1. A fotografia técnico policial de identificação

Será consensual, porventura, considerarmos que a fotografia é um dos elementos de identificação humana mais importantes, ou senão o mais importante, para a sinalização de indivíduos, pois quem vive no meio policial, sabe que este é o elemento mais desejado por qualquer equipa de intervenção, ou de vigilância, na medida em que, a fotografia possibilita uma rápida diferenciação do *alvo* das demais pessoas.

De regresso ao nosso Bertillon, é com este cientista que surge o retrato judiciário que “constituía parte complementar (...) de um complexo sistema de identificação criminal baseado em três ramos adicionais: em primeiro lugar, a antropometria (...) considerada na época a mais importante inovação introduzida por Bertillon e que constituía a base de toda a “Bertillonage”, em segundo lugar o “retrato falado” e, por fim, o registo de marcas corporais (...). Este sistema incluía também um eficaz procedimento de indexação específica que facilitava a pesquisa de fotos, permitindo um método global, eficaz e sistemático de que a Polícia havia longamente carecido e que veio revolucionar a abordagem judiciária do problema da identificação criminal”⁵⁵.

Desta forma não temos dúvidas, de que com o nascimento da fotografia, nasce quase de imediato a verdadeira identificação de delinquentes em larga escala, na medida em que este elemento biométrico de identificação humana é o elemento mais natural de identificação, afinal, nós enquanto pessoas, assim que nascemos, é com a observação do rosto dos nossos progenitores que começamos por os individualizar do resto da sociedade.

⁵⁵ Leonor Sá, *Infâmia e Fama. O Mistério dos Primeiros Retratos Judiciários em Portugal (1869–1895)*, Lisboa, Edições 70, “Extra-coleção”, 2018, p. 42.

E, tal forma de diferenciar, constata-se ao longo de toda a vida de um indivíduo, pois em qualquer contato inicial, ou mesmo numa simples deambulação na via pública, é para a face que olhamos quase de forma automática de quem se cruza conosco, estes estímulos visuais permitem ao nosso cérebro realizar uma rápida análise, e com isto, tirarmos logo a subsequente ilação, gostamos ou não do que vemos, desconfiamos, somos indiferentes, enfim, toda uma multiplicidade de sensações acompanham o simples olhar.

Uma coisa é certa, estamos plenamente de acordo com Ray Evans, quando este refere que “the face is the most individually recognisable part of the human body, and it is generally accepted that no two faces are the same”⁵⁶.

Refira-se que a fotografia aqui em causa é a que se prende com um determinado ramo da antropologia, falamos da somatologia forense, entendido como a aplicação que é feita, “dos conhecimentos que a antropologia física tem dos caracteres visíveis macroscópicos (quantitativos e descritivos) que definem a estrutura corporal dos indivíduos. Entre estes caracteres, figuram a grandeza e a forma corporal, a morfologia das regiões cefálicas e faciais, a pigmentação e os dermatóglifos”⁵⁷.

Esta tipologia de fotografia encontra-se definida na Lei n.º 67/2017, no artigo 2.º, alínea e) a ““fotografia técnico-policial de identificação” o registo da imagem de pessoa identificada, em suporte de papel ou digital, com o objetivo de reconhecimento no âmbito da obtenção de prova criminal”.

Por sua vez o legislador remete para o artigo 6º, número 2, do mesmo diploma, estipulando que a fotografia técnico-policial de identificação corresponde ao alínea a) “cliché, conjunto de fotografias tiradas no ato de identificação judiciária, composto pelo registo fotográfico da pessoa em corpo inteiro, de perfil, a três quartos e de frente”, bem como a outros, conforme a alínea b), “registos fotográficos relevantes para a

⁵⁶ Ray Evans, “Image Analysis Forensic Facial Comparison: Issues and Misconceptions”, in Xanthé Mallett, Teri Blythe e Rachel Berry, *Advances in Forensic Human Identification*, Boca Raton, CRC Press, 2013, p. 213.

⁵⁷ Virgínia Galera, Juan López-Palafox e Lourdes Prieto, “Antropologia forense”, in *Antropologia Biológica. Evolução e Biologia Humana*, trad. Jorge Pinheiro, Lisboa, Piaget, 2014, p. 139.

identificação judiciária, nomeadamente sinais particulares, tatuagens e outros sinais suscetíveis de diferenciação”.

Perante o exposto, é translúcido e lógico, que em qualquer base de dados de sinalização de indivíduos, um dos elementos biométricos de identificação humana que deve constar é a fotografia técnico policial de identificação.

4.2. *As impressões lofoscópicas*

Outro meio de identificação humana e, provavelmente um dos mais utilizados a nível global pela Polícia, são as impressões lofoscópicas e, isto resulta pelo simples facto de este elemento biométrico de identificação humana, assim como a iris e o DNA, estarem *certificados* com o *Santo Graal* da identificação, falamos do tridente: a perenidade, a imutabilidade e a diversidade.

Veja-se um acórdão do Supremo Tribunal espanhol, que refere que “la técnica dactiloscópica está basada en que los dibujos de las crestas papilares son absolutamente diferentes en todos los individuos de la especie humana, son inmutables y perennes desde el sexto mes de la vida intrauterina y solo desaparecen cuando la putrefacción destruye los tejidos y, por último, la certeza de que las huellas dactilares son prácticamente infalsificables y proporcionan una certeza absoluta en la identificación”⁵⁸.

A dactiloscopia, ciência que estuda a lofoscopia, iniciou-se em 1823, “pelo doutor Juan Evangelista Purkinge, quando professor de Anatomia da Faculdade de Medicina de Breslau (Polónia). Aí deu a conhecer as primeiras bases de um estilo científico dos desenhos digitais como fim identificativo, chamando a atenção para os caracteres essenciais dos diversos tipos de impressões digitais, começando por os classificar em

⁵⁸ Ac. STS (Espanha) de 20 de Outubro de 1986, n.º 5622/1986 (relator, Martín Jesus Rodriguez López). Disponível em:

[http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&data basematch=TS&reference=1174845&links=&optimize=20051011&publicinterface =true](http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&data basematch=TS&reference=1174845&links=&optimize=20051011&publicinterface=true), Consultado a 01 de abril de 2020.

nove grupos principais, perfeitamente definidos. Foi ele o verdadeiro fundador da dactiloscopia como método pessoal de identificação”⁵⁹.

Saliente-se que a primeira identificação efetuada através de uma impressão digital, no mundo policial, foi realizada em 1891 pelo argentino Vucetich “através de um vestígio digital impresso em sangue encontrado num local onde acontecera um crime de homicídio”⁶⁰, sendo que atualmente, e sem sombra de dúvida de que “fingerprints evidence remains a key component of the criminal justice system”⁶¹.

Convém referir, por uma questão de rigor, que no nosso ordenamento jurídico, para que seja admitida uma correspondência entre uma impressão lofoscópica recolhida e, por exemplo, as impressões de um suspeito, são necessários 12 pontos característicos, como decorre da Lei n.º 67/2017, artigo 12.º.

Para finalizar, entendemos que as impressões lofoscópicas que deverão ser recolhidas numa qualquer sinalização de indivíduos, são as impressões digitais referentes aos dedos das mãos, as palmares, correspondentes às palmas das mãos, e as plantares, respeitantes às plantas dos pés.

4.3. A íris

O olho é seguramente um dos elementos de identificação humana mais fiáveis, e a identificação através do globo ocular, pode ser realizada tanto através da íris como da retina, no entanto, vamos aqui debruçar-nos unicamente sobre a íris.

O olho é a *ferramenta* que nos permite ver o mundo que nos rodeia, mas é igualmente uma janela que permite perscrutar o nosso interior,

⁵⁹ António Francisco Viegas, “Aspetos lofoscópicos de identificação”, in *1.º Seminário de identificação judiciária*, Barro/Loures, Escola de Polícia Judiciária, 4 a 6 de março de 1987, p. 193.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 195.

⁶¹ Melanie Hargreaves-O’Kane e John Dixon, “Advances in fingerprint techniques”, in Xanthé Mallett, Teri Blythe e Rachel Berry, *Advances in Forensic Human Identification*, Boca Raton, CRC Press, 2013, p. 329.

afinal como refere Rebecca Gowland e Tim Thompson, os olhos “may be the “windows into the soul”⁶².

Também este elemento possui o tridente inerente à identificação e que referimos quando abordamos as impressões lofoscópicas, a saber, a perenidade, a imutabilidade e a diversidade. Sabe-se que a íris começa a formar-se no terceiro mês de gestação⁶³, atingindo a sua maturidade cerca dos dois anos de idade do indivíduo, mantendo-se ao longo da sua vida.

A íris é composta por vários anéis coloridos, que circundam a pupila do olho, sendo única como salienta José Braz, “têm uma textura muito complexa e diversiforme. Tal como nas impressões digitais, não existem duas íris oculares iguais, mesmo em gémeos monozigóticos”⁶⁴.

Uma das grandes vantagens do reconhecimento realizado através da íris, é a rapidez com que pode ser realizada, razão pela qual é adequada “para a identificação de um para muitos”⁶⁵, isto é, diferenciar uma qualquer pessoa de um grupo, outra vantagem é o facto de ser um elemento de identificação que não é necessário qualquer intrusão na pessoa em questão, pois basta o indivíduo em questão olhar para determinada câmara.

Como se constata, o reconhecimento através da íris, é um processo que é rápido e fácil de realizar, para se ter uma noção da rapidez, diga-se que “o tempo necessário para analisar e codificar a imagem de uma íris é, em média, 1 segundo”⁶⁶, para além dessa característica, existe outro elemento preponderante, o facto que as informações relativas à íris “podem ser armazenadas em 512 bytes”⁶⁷, por último, a capacidade das câmaras procederem à “capture the rich details of iris patterns,

⁶² Rebecca Gowland e Tim Thompson, *Human Identity and Identification*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 83.

⁶³ Cfr. Peter C. Kronfeld, “Gross Anatomy and Embryology of the Eye”, in *The Eye*, ed. Hugh Davson, vol. I, Nova Iorque, Academic Press, 1962, pp. 1-62.

⁶⁴ José Braz, *Ciência, Tecnologia e Investigação Criminal. Interdependências e Limites num Estado de Direito Democrático*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 100.

⁶⁵ Disponível em: http://www.gta.ufjr.br/grad/08_1/iris/. Consultado a 01 de abril de 2020.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*.

an imaging system should resolve a minimum of 70 pixels in iris radius”⁶⁸.

É claro que podem existir pessoas que nasceram sem íris, ou outras que no decorrer da sua vida, possam ter tido uma doença de foro oftalmológico ou então uma lesão que danificou a íris.

As capacidades biométricas de identificação da íris são indiscutíveis, por isso é que o FBI considera que “the iris of the eye gains momentum as a strong biometric capability, IR is poised to offer law enforcement a new tool to quickly and accurately determine identity. The NGI iris pilot follows the recommendations of the NGI stakeholders and evaluates the technology in an operational setting”⁶⁹.

Pelo exposto, faz todo o sentido que uma sinalização de indivíduos, tenha obrigatoriamente de proceder à recolha dos elementos da íris do indivíduo que está a ser sinalizado.

4.4. O DNA

At last but not the least, chegamos à figura mais poderosa e incontestável da identificação humana: o DNA⁷⁰, falamos do ácido desoxirribonucleico que, tão somente, contém toda a informação genética de um organismo, isto porque todas as células do corpo humano possuem estas moléculas de cadeia dupla, que são tidas como “a molécula informacional por excelência”⁷¹.

Numa breve incursão histórica, verificamos que é atribuído ao químico suíço Johann Mischer, o mérito da descoberta do DNA em 1869.

⁶⁸ John Daugman, “How Iris Recognition Works”, *IEE Transactions on Circuits and Systems for Video Technology*, vol. 14, n.º 1, janeiro de 2004, p. 21. Disponível em: <http://www.cl.cam.ac.uk/~jgd1000/csvt.pdf>. Consultado a 01 de abril de 2020, p. 22.

⁶⁹ Disponível em: https://www.fbi.gov/about-us/cjis/fingerprints_biometrics. Consultado a 01 de abril de 2020.

⁷⁰ “Deoxyribonucleic acid (DNA) is the biological structure that encodes all development and function within the human body. As a consequence, it is considered of enormous importance in terms of the identity and identification of human beings”. Rebecca Gowland e Tim Thompson, *op. cit.*, p. 133.

⁷¹ Fernando Regateiro, “Fisiopatologia e genética”, in *Fisiopatologia. Fundamentos e Aplicações*, coord. Anabela Mota Pinto, Lisboa, Grupo LIDEL, 2009, p. 169.

Mas é a obra de Mendel e do seu interesse na constituição fenotípica das plantas, que veio a permitir mais tarde, novas investigações, designadamente de James Watson e Francis Crick, em 1953⁷², que lograram descobrir assim a estrutura e as funções do DNA, descrevendo-o “como material genético constituído por uma dupla hélice, isto é, duas longas moléculas de nucleótidos em forma de espiral que se formam paralelamente”⁷³.

As potencialidades do DNA, enquanto elemento de identificação, são simplesmente avassaladoras, isto porque o DNA é “considerado como a pedra da Roseta da identidade humana, é o elemento-chave, definidor das características únicas de cada ser humano”⁷⁴, há que ter em linha de conta, que o ser humano é constituído por células, estas, por sua vez, encontram-se constituídas no seu núcleo de 46 cromossomas que estão emparelhados, implica assim que estamos perante 23 pares, sendo precisamente nestes que se localiza a informação, os genes, que nos foram atribuídos pelos nossos progenitores.

E, é precisamente esta informação, que constitui o código genético, cujas repercussões da sua descodificação são extraordinárias, permitindo ao Homem pulverizar a ideia de Deus, e ele próprio tornar-se uma divindade, esta descodificação iniciou-se com Har Gobind Khorana⁷⁵, cientista que logrou identificar os mecanismos que permitem a uma

⁷² “James Dewey Watson, (born April 6, 1928, Chicago, Ill., U.S.), American geneticist and biophysicist who played a crucial role in the discovery of the molecular structure of deoxyribonucleic acid (DNA), the substance that is the basis of heredity”. Disponível em: <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/637603/James-Dewey-Watson>. Consultado a 02 de abril de 2020.

⁷³ Susana Costa, *A Justiça em Laboratório. A Identificação por Perfis Genéticos de ADN. Entre a Harmonização Transnacional e a Apropriação Local*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 26.

⁷⁴ David Freitas, *DNA e a investigação criminal*, Loures, Diário de Bordo, 2014, pp. 95–96.

⁷⁵ “Har Gobind Khorana, (...) Indian-born American biochemist who shared the Nobel Prize in Physiology or Medicine in 1968 with Marshall W. Nirenberg and Robert W. Holley for research that helped to show how the nucleotides in nucleic acids, which carry the genetic code of the cell, control the cell’s synthesis of proteins”. Disponível em: <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/316846/Har-Gobind-Khorana>. Consultado a 02 de abril de 2020.

determinada sequência de aminoácidos, através das enzimas, definir a função das células no desenvolvimento genético.

Aliás, veja-se a espantosa abordagem de James Gleick sobre o DNA, ao afirmar que este representa “a quinta-essência da molécula de informação, o processador de mensagens mais avançado a nível celular – um alfabeto e um código, seis mil milhões de bits para formar um ser humano”⁷⁶.

4.4.1. A identificação genética ou DNA fingerprinting

Um dos aspetos que implicam que o DNA é seguramente a pedra de toque da identificação humana, reside na matemática, pois se dúvidas houvesse basta atentarmos ao facto que “a probabilidade de duas pessoas possuírem o mesmo código genético é, estatisticamente, de 1 para 50 triliões”⁷⁷, é caso para dizer: contra factos não há argumentos.

Podemos dizer, atendendo ao teor da estatística atrás referida, que a identificação humana visando a utilização do DNA, no âmbito da investigação criminal, é arrebatadora, não permitindo a sua contestação, pois ainda há bem pouco tempo, presumia-se que os gémeos univitelinos⁷⁸ eram exceção, no entanto, atualmente “sabe-se que também os gémeos monozigóticos apresentam pequenas diferenças no seu material genético que vão acumulando com o avançar da idade e que podem ser usadas na resolução de crimes”⁷⁹, ou seja, estamos perante a inexistência de dois seres humanos iguais.

⁷⁶ James Gleick, *op. cit.*, p. 17.

⁷⁷ Juan Miguel Mora Sánchez, *Aspectos substantivos y procesales de la tecnología del ADN*, Granada, Comares, 2001, p. 20.

⁷⁸ Disponível em: <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/611089/twin>. Consultado a 02 de abril de 2020, “*twin, either of two young who are simultaneously born from one mother. Twinning, common in many animals, is of two biological kinds: the one-egg (monozygotic), or identical, type and the two-egg (dizygotic), or fraternal, type. The latter type is more usual and can be thought of simply as a litter of two. In humans, psychological studies of sets of identical twins, since they are genetically identical, have provided much otherwise unobtainable information on the relative effects of genetic endowment and environment*”.

⁷⁹ Sílvia Curado, *Engenharia Genética. O Futuro já Começou*, Lisboa, Glaciari, 2017, p. 50.

É com Sir Alec Jeffreys⁸⁰, em 1985, que surge pela primeira vez a utilização da técnica de impressão genética e, que hoje é um mecanismo que se vulgarizou no âmbito da investigação criminal, passando a ser conhecida como o DNA *fingerprinting* ou impressão digital de DNA, definida como “a set of techniques intended to identify individuals, based on the base sequence of their DNA”⁸¹.

De ressaltar, que o DNA, como se depreende, não se cinge unicamente aos seres humanos, mas sim a todos os seres vivos, pois todos possuem DNA, quer isto dizer que numa determinada investigação, se necessário for, se poderá proceder à identificação genética de plantas ou animais através da recolha do respetivo DNA.

Assim, o gestor de uma determinada cena de crime, deverá preocupar-se com todos os vestígios biológicos de natureza humana, mas igualmente de animais ou plantas, pois estes, poderão vir a fornecer informações que permitam mais adiante deslindar o crime.

Outra perspetiva em termos de análise de cena de crime, é que as próprias impressões digitais podem ser passíveis de serem utilizadas “como fonte de DNA, em virtude da pele [sic] ser o maior órgão do corpo humano, chegando a pesar 15% do seu peso total. Na pele humana, existem células que, por serem nucleadas, poderão ser uma fonte de DNA nuclear”⁸².

⁸⁰ Foi na sequência do caso “*ENDERBY*”, respeitante a uma investigação de um crime de homicídio de uma jovem no mês de julho de 1986, que começaram a ser utilizadas as análises de DNA, com o objetivo de proceder à identificação de um suspeito. Nessa altura Sir ALEC JEFFREYS, enquanto diretor do laboratório de genética da Universidade de Leicester e da investigação da Polícia Judiciária de Reading, através da referida técnica ilibou uma jovem mentalmente perturbada que reivindicava a autoria do homicídio em investigação, após o que foi detido o verdadeiro homicida. Cfr. Alec Jeffreys, V. Wilson e S. L. Thein, “In Individual-Specific “Fingerprints” of Human DNA”, *Nature*, n.º 316, 1935, pp. 76–79. Disponível em: http://www.nature.com/search/executeSearch?spq=individualspecific+%22fingerprints%22+of+human+DNA&sp-p=all&pag-start=1&sp-c=25&sp-m=1&sp-s=date_descending&siteCode=default. Consultado a 02 de abril de 2020.

⁸¹ Ruth Hubbard e Elijah Wald, *Exploding The Gene Myth. How Genetic Information is Produced and Manipulated by Scientists, Physicians, Employers, Insurance Companies, Educators, and Law Enforcers*, Boston, Beacon Press, 1999, p. 203.

⁸² David Freitas, *op. cit.*, p. 112.

Por último, e porventura uma das mais poderosas potencialidades resultantes da capacidade do DNA, é o facto de atualmente a tecnologia permitir através de uma amostra de DNA, obter um género de retrato robot do suspeito, extraordinário, afinal a ciência permite atingir “níveis de previsão de características fisionómicas partindo de dados genómicos [começarem] a surpreender-nos: foi divulgado ser hoje possível, partindo da sequência de ADN de um indivíduo, *prever a sua altura, cor do cabelo, cor dos olhos. E ter uma ideia aproximada da sua face*”⁸³.

Saliente-se que, no nosso ordenamento jurídico, a identificação genética é realizada sob a alçada da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro⁸⁴, com as posteriores alterações, sendo a última promovida pela Lei n.º 90/2017, de 22 de agosto⁸⁵, ora, atendendo ao que atrás foi referido, da extraordinária capacidade que advém do DNA enquanto elemento de identificação, pensamos que seria de efetuar uma alteração à citada lei, de forma a permitir a realização automática de todo e qualquer arguido, numa sinalização de indivíduos.

5. Binómio Liberdade e Segurança

Num artigo desta natureza, não temos qualquer pretensão de realizar nenhuma incursão aprofundada sobre o impacto constitucional inerente à sinalização de indivíduos, mas não poderíamos deixar de abordar aqui dois conceitos que são fundamentais, a liberdade e a segurança, conceitos que derivam do artigo 27.º da CRP.

Quando falamos de liberdade e segurança, temos de ter em conta na linha do horizonte, a noção que de qualquer um destes conceitos, só por si, representam uma tarefa hercúlea de os delimitar, pois poderíamos passar séculos a escrever sobre os mesmos, e, mesmo assim ficaria muito por dizer.

Atualmente, estes representam, no nosso entender um autêntico barómetro de qualquer sociedade, pois quando analisamos o nível de

⁸³ Sílvia Curado, *op. cit.*, (o itálico é nosso), p. 195.

⁸⁴ Lei n.º 5/2008, DR, 1.ª série, n.º 30, de 12 de fevereiro.

⁸⁵ Lei n.º 90/2017, DR, 1.ª série, n.º 161, de 22 de agosto.

liberdade e de segurança que determinada sociedade promove, permite quase de imediato aferir que tipo de sociedade é que temos perante nós, se um estado de Polícia ou se um estado de Direito.

Ousamos pensar que estes dois conceitos são a face da mesma moeda, são gémeos siameses, tanto mais que numa rápida incursão por textos legislativos tão importantes, como é o caso da DUDH, da CEDH e da CRP, constatamos que os legisladores fizeram questão de os consagrar em simultâneo, como que querendo afirmar que um sem o outro não fazem qualquer sentido.

Veja-se que a DUDH no seu artigo 3.º determina que “todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”⁸⁶, em igual sentido segue a CEDH, pois no seu artigo 5.º, estabelece que “toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança”⁸⁷, o nosso legislador constitucional, também ele segue o mesmo diapasão, acolhendo estes artigos ao prever no artigo 27.º, que “todos têm direito à liberdade e à segurança”.

Curiosamente, os legisladores acolheram a palavra liberdade em primeiro lugar e a segurança a seguir, no entanto, como temos vindo a referir, os dois são inseparáveis, pois se efetuássemos um mero exercício de retórica, será que é possível ter liberdade sem segurança? E será possível ter segurança sem liberdade?

Pensamos que para qualquer leitor a resposta será consensual, pois ela é unânime nos nossos espíritos, NÃO, pois nenhum deles sobrevive sem o outro, é claro que é possível ter sociedades em que existe segurança e não temos qualquer liberdade, mas isso é viver? Noutra perspetiva, pensamos que é impossível ter uma sociedade com liberdade sem segurança.

Bem elucidativas as palavras de um dos génios da humanidade, Albert Einstein, quando referia de “um lado, liberdade dos indivíduos e segurança das comunidades. Do outro, servidão dos indivíduos e aniquilamento das civilizações nos ameaçam. Nosso destino será aquele que escolhermos”⁸⁸.

⁸⁶ Jorge Bacelar Gouveia, *Textos Fundamentais de Direito Internacional Público*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, p. 15.

⁸⁷ Jorge Bacelar Gouveia, *op. cit.*, p. 82.

⁸⁸ Albert Einstein, *Como Vejo o Mundo*, trad. H. P. de Andrade, 11.ª ed., Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1981, p. 34.

Enfim, o equilíbrio necessário para o binómio liberdade e segurança, é de tal forma delicado, que representa um autêntico paradoxo, pois o Homem “uma vez que tem necessidade de liberdade mas necessita, igualmente, de segurança tendo em conta os três estádios de vivência que o caracterizam: vida íntima, vida privada e vida pública”⁸⁹.

A obtenção de tal equilíbrio é, como refere de forma contundente John Mill, “uma das questões mais difíceis e complicadas da arte de governar é determinar o ponto em que começam os males, tão nocivos para a liberdade e para o desenvolvimento humanos, da aplicação coletiva da força da sociedade”⁹⁰.

5.1. A Liberdade

Da introdução efetuada ao binómio liberdade-segurança, constata-se que os dois são conceitos multifacetados, no que diz respeito à liberdade, veja-se a abordagem elucidativa de Soares Martínez, quando refere que a mesma, “pertence, indiscutivelmente, ao número daquelas que mais frequentemente se empregam, sem cuidar, muitas vezes, de apreender o respetivo sentido”⁹¹.

Na sua conceção lata, pensamos que este conceito é de fácil apreensão, qualquer um de nós tem uma ideia específica da liberdade, afinal a liberdade é intrínseca à natureza humana, pois como refere Jean-Paul Sartre: “Não existe qualquer determinismo, o homem é livre, sim, o homem é liberdade”⁹².

Ao longo da história, se há algo que os homens têm aprendido, é que a liberdade não se pode restringir, agrilhoar, isto porque quando tal sucede, o indivíduo a determinado momento revolta-se, destruindo a estrutura social em que se encontrava, dando origem a uma nova

⁸⁹ Manuel Domingos Antunes Dias, *Liberdade, Cidadania e Segurança*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 23.

⁹⁰ John Stuart Mill, *op. cit.*, p. 186.

⁹¹ Soares Martínez, *Filosofia do Direito*, 3.^a ed. rev., Coimbra, Almedina, 2003, p. 31.

⁹² Jean-Paul Sartre, *apud* Hans Küng, *O Princípio de Todas as Coisas*, Lisboa, Edições 70, 2012, p. 186.

sociedade, mais livre, pois como estabelece Sofia David a “liberdade é assegurada pela defesa do estatuto individual de cada um, que se proclama como de todos”⁹³.

Mas, apesar de entendermos que a liberdade é uma condição absolutamente necessária, para a realização em sociedade, todos sem exceção sabem que numa abordagem mais restrita da liberdade, esta tem obrigatoriamente limitações que resultam da própria vivência em sociedade, do tal pacto social que cada indivíduo *assina*, para poder ter uma sociedade funcional e pacífica, entre todos os indivíduos que compõem essa mesma sociedade.

O Estado, na sua organização social, tem necessariamente de restringir as liberdades individuais, já dizia Ronald Dworkin, “qualquer governo tem de comprometer um bem – a liberdade – para alcançar outros”⁹⁴, o que realmente é importante, é que estas restrições respeitem a lei sobre o qual a sociedade estruturou o seu Estado, falamos do Estado de Direito, que se encontra regulado no artigo 2.º da CRP.

Pois, presume-se de antemão que as leis são justas, na estrita medida em que derivam da vontade da própria sociedade, e esta conformidade é importantíssima, pois como refere de forma contundente Bacelar Gouveia, quando recorda a “velha máxima de que *lex injusta non est lex*. Esta foi uma busca magistralmente sintetizada, há muitos séculos atrás, por SANTO AGOSTINHO, ao perguntar: “afastada a Justiça, que são, na verdade, os reinos senão grandes quadrilhas de ladrões?”⁹⁵.

Ora, quando falamos de sinalização de indivíduos, percebe-se a abrangência e a importância de termos um mecanismo legal, claro e preciso para as necessidades da Polícia, não esqueçamos que, ao efetuarmos um paralelismo com a identificação humana, esta é intrínseca

⁹³ Disponível em: <https://sites.google.com/site/julgaronline/Home/numeros-publicados>. Consultado a 03 de abril de 2020, Sofia David, “Segurança social *versus* democracia política, social e participativa”, *Julgar*. Lisboa, n.º 8, maio-agosto de 2009, p. 179.

⁹⁴ Ronald Dworkin, *Justiça para Ouriços*, trad. Pedro Elói Duarte, Coimbra, Almedina, 2012, p. 376.

⁹⁵ *Apud* Jorge Bacelar Gouveia, *O Estado de Exceção no Direito Constitucional. Entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*, vol. II, Coimbra, Almedina, 1998, p. 1464.

à nossa sobrevivência, todos, como referimos anteriormente, queremos e necessitamos de ser reconhecidos, pois é essa a realidade que nos permite assumirmos a nossa existência social, caso contrário pura e simplesmente não passaríamos de fantasmas.

Desta forma, se o cidadão tem de ser perfeitamente reconhecido, muito mais nevrálgico e necessária será a identificação do delinquente.

Curiosamente vivemos tempos paradoxais, pois temos abordagens de vários quadrantes sociais, que levantam todo e qualquer problema, quando se fala de identificação de delinquentes, no entanto, cada vez mais, o indivíduo abdica da sua privacidade, não poderíamos perder a oportunidade, de trazer aqui à colação a abordagem de Zygmunt Bauman, quando este refere a “morte do anonimato” por cortesia da Internet... Submetemos os nossos direitos de privacidade à matança por vontade própria.”⁹⁶

Afinal, voltando ao início sobre o que é a liberdade, esta não passa de um conceito difuso, uma utopia, bem realçada por Yuval Harari, quando esclarece que o “termo sagrado de “liberdade” revela ser, tal como o da “alma”, um conceito desprovido de qualquer sentido perceptível. O livre arbítrio só existe nas histórias imaginárias que nós, humanos, inventamos”⁹⁷.

5.2. Segurança

Vamos à outra face da moeda, a segurança, este conceito também ele é polissémico, é certo que qualquer um de nós terá a sua perceção de segurança, mas como refere Barry Buzan, é “um conceito essencialmente contestável”⁹⁸.

⁹⁶ Zygmunt Bauman e Leonidas Donskis, *Cegueira Moral. A Perda da Sensibilidade na Modernidade Líquida*, trad. Carlos Alberto Medeiros, Lisboa, Relógio d'Água, 2016, pp. 39–40.

⁹⁷ Yuval Noah Harari, *Homo Deus. História Breve do Amanhã*, trad. Bruno Vieira Amaral, Amadora, Elsinore, 2017, p. 317.

⁹⁸ Barry Buzan, *People, States and Fear. An Agenda for International Security Studies in the Post-Cold War Era*, Nova Iorque ECPR Press, 2009 (1.ª ed., 1983), p. 35.

Ora, não há dúvidas de que estamos diante de um conceito camaleónico, no entanto, o presente artigo tem a ver com uma tipologia de identificação que se enquadra no âmbito da investigação criminal e, nesse enquadramento, surge-nos um conceito perfeitamente delineado, aquele que nos é estabelecido pela LSI⁹⁹, no artigo 1.º, n.º 1 a “segurança interna é a atividade desenvolvida pelo Estado para garantir a ordem, a segurança e a tranquilidade públicas, proteger pessoas e bens, prevenir e reprimir a criminalidade e contribuir para assegurar o normal funcionamento das instituições democráticas, o regular exercício dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos e o respeito pela legalidade democrática”.

A segurança interna é um dos tridentes das funções policiais que são adstritas à Polícia, situação que decore imediatamente do artigo 272.^{o100}, da CRP, que estabelece que “a Polícia tem por funções defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos”.

Só num espaço social em que existe segurança é que podemos explanar toda a nossa sociabilidade, podemos viver, pois sem esse elemento nada existe a não ser anarquia, um deserto de regras sociais, em que, a dúvida, o medo, a desorganização, passam a ser elementos do quotidiano.

Pelo que, estamos em perfeita sintonia com a posição do professor Nélson Lourenço, quando este refere que a segurança interna “é um elemento determinante da paz social e da preservação de um ambiente de legitimidade e de confiança no Estado, essencial ao progresso social e ao desenvolvimento económico. A segurança interna é hoje assumida como um fator crucial para a credibilidade dos Estados na ordem

⁹⁹ Lei n.º 53/2008, DR, 1.ª série, n.º 167, de 29 de agosto, com as posteriores alterações, sendo a última promovida pelo DL n.º 49/2017, DR, 1.ª série, n.º 100, de 24 de maio.

¹⁰⁰ Este artigo que define a Polícia teve como “pai” Jorge Miranda – “o preceito básico do artigo 272.º (que, desculpem-me a imodéstia, teve por origem uma proposta minha apresentada à V Comissão da Assembleia Constituinte)”. Jorge Miranda, *Constituição Portuguesa Anotada*, 2.ª ed. rev., atual. e ampl., t. i, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 459.

externa, essencial para o clima de confiança necessário à atração do investimento estrangeiro”¹⁰¹.

Ora, sabendo da importância da segurança, o legislador constitucional, fez questão, como já referimos, em determiná-la como um direito fundamental, refletido nas palavras do artigo 27.º.

A sinalização de indivíduos, enquanto elemento agregador e constitutivo da segurança, implica obviamente uma certa restrição de alguns direitos fundamentais, mas não há dúvidas que a segurança é, também ela, como estabelece um acórdão do STJ “um direito fundamental (artigo 27.º, n.º 1). Daí que importe salvaguardar um mínimo de eficácia à investigação criminal sob pena de muitos desses direitos fundamentais não lograrem efetiva proteção. Essa salvaguarda implica a necessária e proporcional compressão de alguns desses direitos, dentro dos limites que o legislador tem como suportáveis”¹⁰².

Na mesma linha de raciocínio e de coerência, segue o Tribunal Constitucional, como não poderia deixar de ser, afinal a segurança é uma função definidora do Estado, e a ele, e só a ele, tal função compete, pois como se pode constatar das palavras do acórdão do TC ao salientar que “só numa situação de segurança e ordem públicas podem os cidadãos exercer efetivamente os seus direitos fundamentais, em particular a sua liberdade”¹⁰³.

Daí a importância, em nosso entender, do legislador em determinado momento, ser chamado a alterar a Lei n.º 67/2017, de 09 de agosto, de forma a permitir que a Polícia tenha ao seu alcance, um mecanismo de identificação de delinquentes, como é o caso da sinalização de indivíduos.

¹⁰¹ Nélson Lourenço, *Sociedade, Segurança e Crime*, Luanda (cópia digitalizada), 2013, p. 25.

¹⁰² Extrato do Ac. STJ de 7 de abril de 2005 (relator, Pereira Madeira), Proc. N.º 05P767.

¹⁰³ Ac. TC n.º 479/1994 de 24 de agosto de 1994 (relator, Monteiro Diniz), Proc. N.º 208/94. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/>. Consultado a 03 de abril de 2020.

5.3. O tridente: identificação – liberdade – segurança

A sinalização de indivíduos como temos vindo a defender, é sem dúvida um elemento securitário fundamental para a sociedade em geral e para a Polícia em particular, no entanto, estamos plenamente receptivos ao facto de que este tipo de base de dados (pois uma sinalização de indivíduos, é antes de mais uma base de dados de elementos de identificação) como qualquer base de dados desta natureza, suscite uma enorme desconfiança de estarmos perante um verdadeiro Estado de Polícia, na realidade somos “victims of the illusory belief that personal identification per se threatens basic liberties, and infringes our private sphere. People are concerned that large scale systems for personal identification can turn democratic states into police states. (...) Yet there would be no rights, no liberty, without personal identities”¹⁰⁴.

Nada mais falso, há que esclarecer o cidadão do que está em causa, todos nós sabemos que sem documento de identificação, não conseguimos aceder à nossa vida social, afinal já pensou o leitor, o que conseguiria obter se não tivesse um documento de identificação?

Sim, tem razão ao pensar que não conseguiria nada, porque sem documentos de identificação, nós, pura e simplesmente desaparecemos da *grid* social, como está bem plasmado nas palavras de Erin Kruger, quando afirma que “no political, civil and social right can be enforced on anonymous people”¹⁰⁵.

A identidade de toda e qualquer pessoa, bem como a sua identificação é algo perfeitamente consensual, pelo que a identificação dos delinquentes, também tem de o ser, o que sugerimos é que a base de dados em causa, seja composta por um conjunto de elementos biométricos de identificação humana, como falámos no capítulo anterior.

¹⁰⁴ Emilio Mordini, “Preface: Life in a Jar”, in Emilio Mordini e Manfred Green, *Identity, Security and Democracy. The Wider Social and Ethical Implications of Automated Systems for Human Identification*, Amesterdão, IOS Press “NATO Science for peace and security. Series E”, 49, 2009, p. xii.

¹⁰⁵ Erin Kruger, Magnet Shoshana e Joost Van Loon, “Biometric Revisions of the “Body” in Airports and US Welfare Reform”, *Body and Society*, Londres, vol. 14, n.º 2, 2008, 99–121, p. xiii.

Compreendemos, que haja quem possa entender que estamos perante uma desumanização do indivíduo, quando falamos de biometria, a matemática aplicada à identificação, como se o indivíduo fosse visto “como um *lego*, algo inumano e sem alma, desprovido de sentimentos e de dignidade”¹⁰⁶, sobretudo quando falamos no elemento mais perturbador da identificação humana, a identificação genética, mas, muito pelo contrário, o que se pretende é que tal identificação seja realizada sob o âmbito da Lei, com toda a transparência e com os seus limites bem estabelecidos.

A imposição da Lei é obrigatória, e só assim, é que a Polícia, tem a sua legitimidade conferida e aceite pelos cidadãos que vigia, num verdadeiro Estado de direito, que como salienta Bacelar Gouveia, significa que “o poder político estadual se submete materialmente ao direito e que este efetivamente contém o respetivo poder”¹⁰⁷.

No mesmo segmento segue Norberto Bobbio, quando se refere à Polícia e à utilização da força, sendo que essa força tem de estar perfeitamente delimitada no direito, caso contrário, essa força é cega, curiosamente o inverso também tem consequências, na medida em que a Polícia sem força não tem qualquer significado, é vazia¹⁰⁸.

A vigilância dos delinquentes tem de ser uma prática corrente, como sempre sucedeu no seio policial, não faz qualquer sentido uma Polícia que não conheça a sua delinquência, afinal a expectativa que qualquer cidadão tem da sua Polícia, é que esta o guarde, que seja “os seus leais e fiéis cães de guarda”.

Ora, como estamos em sociedades reflexivas, em que cada vez mais, o cidadão tem acesso à informação, é necessário que o desempenho policial seja realizado em toda a legalidade, pois “(...) até que ponto a segurança pode ser alcançada depende da nossa própria vigilância, garantida por instituições que nos ajudam a vigiar – isto é, por instituições democráticas que sejam concebidas (para usar a linguagem

¹⁰⁶ David Freitas, *A identificação Humana e a Investigação Criminal*, op. cit., p. 95.

¹⁰⁷ Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Constitucional*, 6.ª ed. rev. e atual., I, Coimbra, Almedina, 2016, p. 229.

¹⁰⁸ Cfr. Norberto Bobbio, *Teoria Geral da Política. A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*, org. Michelangelo Bovero, trad. Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro, Elsevier, 2000, p. 240.

platónica) para permitir à manada vigiar, e julgar, os seus cães de guarda”¹⁰⁹.

Esta imposição ou o reinado da Lei, tem de imperar na sinalização de indivíduos, transportando esta identificação para patamares de excelência, e, em que a dignidade da pessoa humana seja o seu primado, mas tendo no horizonte a resposta às necessidades da Polícia, no que diz respeito à identificação dos delinquentes, promovendo assim um direito fundamental à liberdade e segurança, na verdadeira aceção da palavra.

Finalizamos este capítulo, manifestando a nossa total concordância com Guedes Valente, quando este refere que no “domínio da investigação criminal projeta-se na ideia de que há necessidade de um sistema de informação criminal moderno, essencial à prevenção e repressão da criminalidade, que promova a troca de informações criminais de forma transversal, partilhado por todos os órgãos de polícia criminal, em articulação com organizações internacionais e organismos e serviços estrangeiros homólogos”¹¹⁰.

6. A eventual ineficácia da Lei n.º 67/2017 e o seu impacto na sinalização de indivíduos

Como temos vindo a referir, a sinalização de indivíduos, que antes se encontrava tipificada de *forma frágil*, na lei orgânica da PJ, veio agora a conhecer a *luz do dia* através da Lei n.º 67/2017, que foi aprovada a 23 de junho de 2017, este diploma teve como embrião o comunicado do Conselho de Ministros do dia 16 de março de 2017¹¹¹, que determinou que a “presente lei vem regulamentar o ficheiro central de dados de impressões digitais do Laboratório de Polícia Científica da

¹⁰⁹ Karl Popper, *A Sociedade Aberta e os Seus Inimigos*, vol. I: O Sortilégio de Platão, pref. de João Carlos Espada, trad. Miguel Freitas da Costa, Lisboa, Edições 70, 2015, p. 476.

¹¹⁰ Manuel Monteiro Guedes Valente, *Segurança. Um Tópico Jurídico em Reconstrução*, Lisboa, Âncora, 2013, p. 67.

¹¹¹ Disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/pt/o-governo/cm/comunicados/20170316-com-cm.aspx>. Consultado a 04 de abril de 2020.

Polícia Judiciária para fins de investigação e de prevenção criminal, de modo a permitir a centralização e partilha dos dados recolhidos pelos diversos órgãos nacionais de polícia criminal”.

O principal objetivo da Lei n.º 67/2017, foi “dar resposta a obrigações internacionais do Estado português em sede de cooperação policial e judiciária internacional em matéria penal para efeitos de prevenção e investigação criminal, regulamentar a transmissão de dados dactiloscópicos no âmbito da cooperação transfronteiras, em particular no domínio da luta contra o terrorismo e da criminalidade transnacional”.

Ora, essas obrigações nascem do Tratado de Prüm, que impôs aos Estados-membros da UE a realização de um “intercâmbio de informações para efeitos de prevenção e investigação de infrações penais e de manutenção da ordem e segurança públicas, nomeadamente em sede de dados dactiloscópicos”.

E, o nosso legislador fez questão de o sublinhar, ao estabelecer que a Lei n.º 67/2017, designadamente no artigo 1.º, n.º 2, visa adaptar “(...) a ordem jurídica interna às Decisões 2008/615/JAI do Conselho, de 23 de junho de 2008, relativa ao aprofundamento da cooperação transfronteiras, em particular na luta contra o terrorismo e a criminalidade transfronteiras e 2008/616/JAI do Conselho, de 23 de junho de 2008, que a executa, quanto ao intercâmbio de dados dactiloscópicos”.

Por outro lado, no mesmo artigo, mas no seu n.º 1, consagra que a “presente lei regula a identificação judiciária lofoscópica e fotográfica para efeitos de prevenção e investigação criminal, bem como o tratamento da informação respetiva, em especial quanto ao ficheiro central de dados lofoscópicos (FCDL)”.

E, em larga medida, esta imposição acaba por ser o seu verdadeiro *calcanhar de Aquiles*, pois se estávamos à espera desta oportunidade, para que o legislador resolvesse o problema da sinalização de indivíduos, rapidamente percecionamos, que para além de não ter dado resposta à problemática da identificação do delinquente, veio sobretudo agudizar o problema.

A Lei n.º 67/2017, é constituída por 21 artigos, distribuídos por quatro capítulos, que se encontram escalonados da seguinte forma: o primeiro capítulo compreende as disposições gerais e é composto

pelos artigos 1.º e 2.º; o segundo, diz respeito à identificação judiciária, sendo estruturado pelos artigos 3.º a 6.º; quanto ao terceiro capítulo é respeitante ao FCDL, que inclui os artigos 7.º a 20.º; o último capítulo correspondente ao último artigo, nomeadamente o 21.º, regula a disposição final.

Da composição ou estruturação da Lei n.º 67/2017, compreendemos que, como foi dito pelo legislador, o objetivo é a identificação judiciária realizada no espectro das impressões lofoscópicas, afinal, dos 21 artigos, 17 dedicam-se em larga medida a regular a identificação judiciária e o FCDL, saliente-se para mais, que o último capítulo diz unicamente respeito à promulgação.

Outro dos problemas, em nosso entender, respeitante a este diploma, é a própria terminologia empregue, nomeadamente na designação “identificação judiciária”, pois constata-se com a provação desta lei, que esta identificação é agora, realmente judiciária, isto é, realizada no plano da autoridade judiciária.

Como temos vindo a referir, uma sinalização de indivíduos tem sempre de ser realizada a nível policial, no nosso entender no âmbito do CPP, designadamente na constituição de arguido, e aí, como determina o artigo 58.º, n.º 3 do CPP, a autoridade judiciária é chamada a apreciar a citada constituição “em ordem à sua validação”.

Continuando a nossa análise à Lei n.º 67/2017, volta-se a constatar a predominância do FCDL, pois o legislador consagra a recolha de dois elementos biométricos de identificação humana, a saber, as impressões lofoscópicas e a fotografia técnico policial de identificação (FTPI), mas determina que quanto ao segundo elemento e em conformidade com o artigo 6.º, n.º 1 estas “*Podem* ser obtidas e utilizadas pelos órgãos de polícia criminal fotografias técnico-policiais *como meio complementar de identificação*” (o itálico é nosso).

Isto é, não existe imposição legal para a recolha ou realização da FTPI, sem sequer foi previsto o ficheiro central da FTPI (FCFTPI), na medida em que o legislador só consagrou no artigo 7.º, n.º 1 o FCDL que tem por finalidade “registar, armazenar, manter atualizada e disponibilizar a informação que resultar da identificação judiciária e da recolha de vestígios lofoscópicos”, nada dizendo quanto a um eventual FCFTPI.

Convém esclarecer que o FCFTPI deve existir, pois sem ele não se consegue realizar uma diligência processual de enorme relevância, como é o caso do reconhecimento fotográfico, que o legislador consagrou no CPP, nomeadamente no artigo 147.º, n.º 5.

Quanto ao artigo 2.º, alínea *c*) veja-se a falta de rigor do legislador ao se ter esquecido das palmares, veja-se o artigo 4.º, n.º 4, alínea *b*), pois o legislador estabelece que na resenha lofoscópica são só “recolhidas as impressões digitais dos arguidos e condenados”.

Outro problema de realce, deriva diretamente do simples facto que, a identificação judiciária de acordo com o artigo 2.º, alínea *f*), corresponde ao “processo de recolha, tratamento e comparação de elementos lofoscópicos e fotográficos, visando estabelecer a identidade de determinado indivíduo”, depreendendo-se que o que está em causa é a identificação do indivíduo, e não, o eventual acautelar de recolha de elementos biométricos de identificação humana, tendo no horizonte a reincidência.

O artigo 3.º e seguinte, consagra-se no n.º 1, que são “sujeitos a identificação judiciária os indivíduos: a) Constituídos arguidos em processo-crime: i) Quando existam dúvidas quanto à sua identidade; ou ii) Na sequência de aplicação de medida de coação privativa da liberdade; ou iii) Mediante despacho judicial, ponderadas as necessidades de prova (...)”.

A subalínea *i*), é uma redundância afinal o legislador já tinha previsto a identificação de suspeito e pedido de informações no âmbito do artigo 250.º do CPP.

A subalínea *ii*), parece-nos em termos práticos, pouco útil, senão completamente ineficaz, por um lado, a maioria dos tribunais não se encontra apetrechada com salas próprias para a realização da identificação judiciária, por outro lado, temos sérias dúvidas que os magistrados, estejam sensibilizados para esta identificação.

A terceira e última subalínea *iii*), nova redundância, pois o artigo 61.º, n.º 3, alínea *d*), do CPP já impõe ao arguido o dever de se sujeitar “a diligências de prova e medidas de coação”.

Passando agora à análise da alínea *b*), coloca-se aqui uma questão pertinente, que se prende com o princípio de presunção da inocência, o arguido, afinal como sabemos é inocente até a sentença transitar em julgado...

Obviamente que nem todo o diploma apresenta aspetos negativos, o legislador esteve muito bem ao prever a identificação de inimputáveis, conforme decorre do artigo 3.º, n.º 1, alínea *c*). O mesmo sucede no artigo 3.º, n.º 2, em que o legislador manifesta a possibilidade de se proceder à identificação fora do âmbito criminal, ou seja, perante cenários de catástrofe ou de indivíduos de identidade desconhecida.

Na quarta e última alínea do artigo 3.º, estamos perante uma nova redundância, mais uma vez, a disposição em concreto, já se encontrava prevista pelo artigo 250.º, n.º 6, do CPP.

Um problema sério levantado pelo legislador, é o facto de o artigo 4.º, n.º 2, obrigar ao consentimento por parte do visado, saliente-se que consentimento obriga a que este seja sério, livre e esclarecido, conforme disposição do artigo 38.º do CP, o que não faz qualquer sentido, pois este tipo de identificação não pode de maneira alguma, estar na esfera jurídica do visado.

Aliás, veja-se que logo a seguir, ou seja, no artigo 4.º, n.º 3, em caso de recusa a diligência pode ser ordenada pela autoridade judiciária competente, o que reflete alguma incongruência por parte do legislador.

Outra curiosidade, resulta do artigo 4.º, n.º 6, “(...) a amostra recolhida é destruída logo que possível, não podendo exceder 30 dias contados a partir do conhecimento formal do resultado da comparação”, é caso para perguntar: como é que se confirma tal imposição?

No artigo 5.º surge mais um aspeto positivo, pois o legislador previu claramente a recolha de vestígios, em cenas de crime bem como locais conexos, assim como objetos, o que é muitíssimo importante para a investigação criminal.

O legislador e muito bem, atribuiu a responsabilidade do FCDL à PJ, designadamente ao LPC, como corrobora o artigo 7.º, n.º 3, afinal este serviço de segurança sempre esteve na vanguarda da identificação humana, tendo tido sempre na sua estrutura as bases de dados de identificação humana, o caso do AFIS, n.º 6, do artigo 7.º e há algum tempo atrás o CODIS, no que diz respeito ao DNA, base que foi retirada, aquando da lei n.º 5/2008, passando para o INMLCF.

Outro aspeto positivo, refletido no artigo 7.º, n.º 7, é o facto do legislador ter estipulado, que a identificação judiciária é acedida e provisionada por todos os OPC, é ainda provisionado pelos serviços

de identificação criminal conforme o n.º 8. Refira-se que o acesso “é efetuado em tempo real”, conforme disposição do artigo 18.º, n.º 1.

Continuando no artigo 7.º, desta vez no n.º 9, constata-se que no âmbito da cooperação judiciária e policial internacional, pelo que é “permitida a consulta automatizada de dados lofoscópicos, devendo as respostas corresponder a hit ou no hit”, isto é, é permitida a consulta, mas não são enviadas as impressões lofoscópicas, ora sabemos bem que nem todos os países corroboram o nosso artigo 12.º, n.º 3, em que se considera “confirmação e identificação positiva a que resulte da comparação entre duas amostras que estabeleça a existência de pelo menos 12 pontos característicos comuns, sem nenhuma divergência”, pois existem países que consideram mais ou menos pontos, não existindo um protocolo homogêneo a nível internacional.

Refira-se, noutra perspetiva, a abordagem bastante pertinente que o legislador efetuou, ao consagrar no artigo 12.º n.º 4, a necessidade de pelo menos dois peritos para validar a identificação de amostras lofoscópicas.

Uma curiosidade ressalta do artigo 8.º, n.º 3, no qual o legislador de forma clara e, a nosso ver de forma inteligente, refere que a Lei n.º 67/2017, não revoga o DL n.º 352/99¹¹², na medida em que dispõe que o FCDL complementa “o ficheiro biográfico descrito no artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 352/99, de 3 de setembro”, dito de outra forma, o legislador abre a porta, de forma contundente para a sinalização de indivíduos, pois não consagra a identificação judiciária, como sendo a identificação de delinquentes por excelência.

O artigo 9.º regula a conservação das amostras no FCDL, e aí o legislador não esteve nos seus melhores dias, seguramente, pois os prazos são a nosso ver ridículos, isto se tivermos em linha de conta uma real identificação da população de delinquentes por um lado, e a reincidência por outro, como abordámos anteriormente, os criminosos fazem o seu percurso no mundo do crime, como outros percorrem uma determinada via académica a vida inteira, e bem sabemos como é difícil, ou senão fugirmos à nossa natureza, à nossa genética, razão

¹¹² DL n.º 352/99, DR n.º 206/1999, Série I-A de 03 de setembro, que regula o regime jurídico dos ficheiros informáticos da Polícia Judiciária.

pela qual entendemos que os dados de identificação humana, deveriam manter-se até à data do óbito do visado ou, no mínimo por um período de 30 anos, estipulado no DL n.º 352/99.

Nos artigos 10.º, 16.º e 19.º o legislador estruturou a segurança da base de dados do FCDL e, a nosso ver efetuou um excelente trabalho, pois não há dúvida que os dados se encontram bem salvaguardados.

Outra celeuma, nasce da disposição do artigo 14.º, onde se nota demasiada preocupação com os dados pessoais, o que em nosso entender não faz sentido, pois estamos a falar de dados transmitidos e recebidos a nível da cooperação policial.

Dando um exemplo prático, em que determinado Estado membro solicita a Portugal informações sobre um cidadão português que foi intercetado, as nossas autoridades irão responder como é claro, mas os dados lofoscópicos, ficarão nesse Estado membro e nunca serão inseridos na base nacional, o que em nosso entender não faz qualquer sentido.

O legislador fez refletir, como não poderia deixar de ser, o artigo 35.º da CRP, na Lei n.º 67/2017, nomeadamente no artigo 15.º, ao permitir ao cidadão o acesso ao conteúdo dos seus dados pessoais e um conjunto de direitos, a nosso ver muito bem, refletindo desta forma a necessária transparência exigida a um Estado de direito.

Por último, o artigo 20.º, é o corolário lógico, na medida em que a PJ é o serviço de segurança responsável pelo FCDL, fazendo deste modo todo o sentido que o legislador disponha que a PJ “através do Laboratório de Polícia Científica, é o ponto nacional de contacto técnico-científico para efeitos de transmissão de dados lofoscópicos, no âmbito da cooperação judiciária e policial internacional em matéria penal”.

6.1. Eventual proposta de resolução

Perante o que atrás foi dito, não temos dúvidas em afirmar que a Lei n.º 67/2017, nada tem a ver com a identificação de delinquentes, como temos vindo a defini-la, mas tão só com obrigações de direito internacional público, ou seja, com o acatar das disposições do Tratado

de Prüm, afinal *pacta sunt servanda*, os pactos são para cumprir, como deriva do artigo 8.º da CRP.

Ora, o problema da sinalização de indivíduos, no nosso entender, deveria ser dirimido da seguinte forma, a realização da identificação a todos os arguidos e suspeitos (sendo certo que o suspeito é constituído arguido), utilizando para tal, a disposição legal do artigo 61.º, n.º 3, com o acrescentar da alínea f), com a seguinte descrição: “Após a constituição de arguido, o mesmo deverá ser sujeito à recolha dos seguintes elementos biométricos de identificação humana: fotografias técnico-policiais de identificação, impressões digitais, palmares e plantares, fotografia da íris e realização de uma zaragatoa bucal, com o intuito de proceder à recolha de material biológico para identificar o respetivo perfil genético.

Esta colheita, tem como objetivo a introdução dos respetivos elementos na base de dados, designada por sinalização de indivíduos, de carácter estritamente policial. Caso o arguido se recuse, a diligência será realizada de forma coativa, utilizando para tal, a força estritamente necessária, com total respeito pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da proibição do excesso”.

Conclusão

Chegados ao fim do presente artigo, importa realçar algumas conclusões, em nosso entender as mais pertinentes e delicadas, respeitantes à identificação que aqui abordamos.

Logo à partida, parece-nos consensual a importância da sinalização de indivíduos no âmbito tanto da prevenção como da repressão criminal, isto claro, se interpretarmos a reincidência como se tratando de um fenómeno reconhecido cientificamente, sendo inquestionável o impacto e a pertinência que a mesma representa no combate ao crime.

Noutra perspetiva, é crucial percebermos que em todo o local onde é praticado um crime, no mundo policial conhecido como a cena de crime, aplica-se a premissa de Edmond Locard, segundo a qual “cada contacto deixa o seu rasto”, e esse rasto é constituído por elementos biométricos de identificação humana, vestígios biológicos,

lofoscópicos e outros, que na posterior investigação, irão permitir a identificação do seu autor e dessa forma, que o mesmo seja presente às autoridades competentes.

Mas, para que tal aconteça, é necessário que exista uma base de dados de arguidos/suspeitos que contenha tais elementos biométricos de identificação humana: a fotografia técnico-policial de identificação, impressões digitais, íris e perfil genético, que com estas características é extraordinariamente vital para a investigação criminal, sendo sem dúvida um pilar essencial para a segurança.

Claro está, que quando falamos de segurança, surge de imediato no lado *oposto* da barricada a liberdade, o eterno binómio segurança-liberdade, que como vimos não são assim tão distintos um do outro, bem pelo contrário.

O problema da identificação humana, prende-se sobretudo com outras duas figuras, a ciência e o direito, que como sabemos rodam a velocidades diferentes, a primeira para além de não conhecer limites, possui uma velocidade *estonteante*, já o direito, tem os limites que derivam da sociedade e tem por tendência, uma velocidade reduzida, quase parecendo que teima em ficar estático.

É sabido que a ciência, no plano da identificação humana, tem desbloqueado e trazido para a luz do dia, uma imensidão de possibilidades que podem ser utilizadas nesse domínio específico do conhecimento, ora já o direito, tem sempre no horizonte a preocupação da defesa dos direitos liberdades e garantias dos cidadãos.

Outra conclusão a que chegámos, prende-se com a própria terminologia empregue, pois ao longo das últimas décadas esta identificação de delinquentes, era conhecida por identificação judiciária, no entanto com a Lei n.º 67/2017, esta identificação já não responde às necessidades da investigação, pelo que entendemos que a melhor que se adapta é a sinalização de indivíduos.

Sinalização de indivíduos que deve estar consagrada no artigo 61.º, n.º 3, do CPP, com o acrescentar da alínea *f*), e que é, em nosso entender, a melhor maneira de responder às expectativas de um procedimento transparente e respeitador dos direitos liberdades e garantias.

Um segundo aspeto, prende-se com o facto de a identificação humana dever ser realizada tanto ao arguido como ao suspeito.

Mas, e atendendo à custódia da prova, é premente que todos os funcionários ligados à segurança tenham os seus elementos biométricos, nomeadamente as impressões lofoscópicas e o perfil genético, inserido na base de dados, falamos dos militares, polícias, seguranças, funcionários do LPCPJ e do INMLCF, assim como o pessoal responsável pelos cuidados de saúde em cenas de crime, é o caso dos funcionários do INEM, das ambulâncias e bombeiros.

Esta tipologia de sinalização de indivíduos deve ser realizada, leia-se inserção de dados e consulta, por todos os OPC (relacionados com a investigação criminal), sendo a responsabilidade desta base de dados entregue como está atualmente, a cargo do LPCPJ.

Outra conclusão a que chegámos, diz respeito ao prazo que esses dados devem perdurar na base de dados, que em nosso entender, deverá ter um prazo mínimo de 30 anos, como refletido no DL n.º 352/99, artigo 6.º, n.º 7, mas o ideal seria, em todo o caso, até à morte do titular dos dados.

Concluimos igualmente que na recolha de elementos biométricos de identificação humana, deve estar prevista a utilização da força estritamente necessária, isto perante a recusa do visado, pois não faz qualquer sentido, perante a recusa, que o visado seja acusado de crime de desobediência.

Finalizamos deixando vincado, que o que norteou a nossa chamada de atenção para a sinalização de indivíduos, foi o facto de entendermos que a identificação da população delincente é algo absolutamente essencial, para a Polícia em geral mas para o cidadão em particular, e esta identificação tem de ser realizada sob o manto da legalidade e da legitimidade, pois na aldeia global em que vivemos, a sociedade é cada vez mais reflexiva e informada.

É caso para trazer à colação a frase de Jeremy Bentham, que refere que “toda a lei é um mal, porque toda a lei é uma ofensa à liberdade”¹¹³, afinal esta frase repercute toda a problemática inerente à sinalização de indivíduos e ao inerente equilíbrio entre a liberdade e a segurança.

¹¹³ M. Jeremy Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, trad. E. Dumont, Paris, Bossange, Masson et Besson, 1802, p. 79.

BIBLIOGRAFIA

- A Bíblia Sagrada. Edição Pastoral*, 8.^a ed., Lisboa, Paulus, 2012.
- Nobre Alcorão para a Língua Portuguesa*. Trad. de Helmi Nasr. Medina: Complexo de Impressão do Rei Fahd, [s.d.].
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.^a ed., Lisboa, Universidade Católica, 2015.
- AGUDO FERNÁNDEZ, Enrique. *Principio de culpabilidad y reincidencia en el derecho español*, Granada, Universidad de Granada, 2005.
- ASUA BATARRITA, Adela. *La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del siglo xix*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1982 (livro ix-277).
- BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. “O crime nas novas sociedades pós-industriais”, in *Coletânea de Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Francisco Lucas Pires*, Lisboa, Universidade Autónoma, 1999.
- BAUMAN, Zigmunt e DONSKIS, Leonidas. *Cegueira Moral. A Perda da Sensibilidade na Modernidade Líquida*, trad. Carlos Alberto Medeiros, Lisboa, Relógio d’Água, 2016.
- BELEZA, Teresa Pizarro. *Direito Penal*, vol. i, 2.^a ed., reimp., Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito, 2003.
- BELL, Suzanne, *Dictionary of Forensic Science*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- BENTHAM, M. Jeremy. *Traité de législation civile et pénale*, trad. E. Dumont, Paris, Bossange, Masson et Besson, 1802.
- BITNER, Egon. “Florence Nightingale, in Pursuit of Willie Sutton: A Theory of the Police”, in *Policing*, ed. Robert Steiner, vol. i, Aldershot, Ashgate/Dartmouth, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política. A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*, org. Michelangelo Bovero, trad. Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro, Elsevier, 2000.
- BRAZ, José. *Ciência, Tecnologia e Investigação Criminal. Interdependências e Limites num Estado de Direito Democrático*, Coimbra, Almedina, 2015.
- BUZAN, Barry. *People, States and Fear. An Agenda for International Security Studies in the Post-Cold War Era*, Nova Iorque ECPR Press, 2009 (1.^a ed., 1983).

- CASTELLS, Manuel. *A Era da informação. Economia, Sociedade e Cultura*, 2.^a ed., vol. ii, *O Poder da Identidade*, trad. Alexandra Lemos e Rita Espanha, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- COSTA, Susana. *A Justiça em Laboratório. A Identificação por Perfis Genéticos de ADN. Entre a Harmonização Transnacional e a Apropriação Local*, Coimbra, Almedina, 2003.
- CURADO, Sílvia. *Engenharia Genética. O Futuro já Começou*, Lisboa, Glaciar, 2017.
- CUSSON, Maurice. *Criminologia*. trad. Josefina Castro, 3.^a ed., Alfragide, Casa das Letras, 2011.
- DAUGMAN, John. “How Iris Recognition Works”, *IEE Transactions on Circuits and Systems for Video Technology*, vol. 14, n.º 1, janeiro de 2004.
- DAVID, Sofia. “Segurança social versus democracia política, social e participativa”, *Julgar*. Lisboa, n.º 8, maio–agosto de 2009.
- DAVIN, João. *A Criminalidade Organizada Transnacional. A Cooperação Judiciária e Policial na UE*, Coimbra, Almedina, 2004.
- DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia. O Homem Delincente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992.
- DIAS, Manuel Domingos Antunes. *Liberdade, Cidadania e Segurança*, Coimbra, Almedina, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Justiça para Ouriços*, trad. Pedro Elói Duarte, Coimbra, Almedina, 2012.
- EAGLEMAN, David. *O Cérebro. À Descoberta de Quem Somos*, trad. Jorge Nunes, Alfragide, Lua de Papel, 2017.
- EINSTEIN, Albert. *Como Vejo o Mundo*, trad. H. P. de Andrade, 11.^a ed., Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1981.
- EVANS, Ray. “Image Analysis Forensic Facial Comparison: Issues and Misconceptions”, in Xanthé Mallett, Teri Blythe e Rachel Berry, *Advances in Forensic Human Identification*, Boca Raton, CRC Press, 2013.
- FREITAS, David. *DNA e a investigação criminal*, Loures, Diário de Bordo, 2014.
- _____. *A identificação Humana e a Investigação Criminal*, Diário de Bordo, 2020.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir. Nascimento da Prisão*, trad. Raquel Ramalhete, 39.^a ed., Petrópolis, RJ, Vozes, 2011, p. 202 (título original, *Surveiller et punir*, 1975).

- GALERA, Virgínia, LÓPEZ-PALAFIX, Juan, PRIETO, Lourdes. “Antropologia forense”, in *Antropologia Biológica. Evolução e Biologia Humana*, trad. Jorge Pinheiro, Lisboa, Piaget, 2014.
- GLEICK, James. *Informação. Uma História, Uma Teoria, Um Dilúvio*, trad. Artur Lopes Cardoso, Lisboa, Círculo de Leitores, 2012.
- GLEITMAN, Henry. FRIDLUND, Alan J. e REISBERG, Daniel, *Psicologia*, trad. Danilo R. Silva, 10.^a ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.
- GOWLAND, Rebecca e THOMPSON, Tim. *Human Identity and Identification*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O Estado de Exceção no Direito Constitucional. Entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*, vol. II, Coimbra, Almedina, 1998.
- _____. *Textos Fundamentais de Direito Internacional Público*, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2016.
- _____. *Manual de Direito Constitucional*, 6.^a ed. rev. e atual., I, Coimbra, Almedina, 2016.
- GROSSO GALVAN, Manuel. *Los antecedentes penales. Rehabilitación y control social*, Barcelona, Bosch, 1983.
- HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus. História Breve do Amanhã*, trad. Bruno Vieira Amaral, Amadora, Elsinore, 2017.
- HARGREAVES-O’KANE, Melanie, DIXON, John. “Advances in fingerprint techniques”, in Xanthé Mallett, Teri Blythe e Rachel Berry, *Advances in Forensic Human Identification*, Boca Raton, CRC Press, 2013.
- HUBBARD, Ruth e WALD, Elijah. *Exploding The Gene Myth. How Genetic Information is Produced and Manipulated by Scientists, Physicians, Employers, Insurance Companies, Educators, and Law Enforcers*, Boston, Beacon Press, 1999.
- KAZEMIKAITIENE, Egle. “Criminalistic Information and Data Bases. Importance of Crime Investigation and Prophylaxis”, *SIAK Journal: Zeitschrift für Polizeiwissenschaft und Polizeiliche Praxis*, março 2007.
- KRONFIELD, Peter C. “Gross Anatomy and Embryology of the Eye”, in *The Eye*, ed. Hugh Davson, vol. I, Nova Iorque, Academic Press, 1962.
- KRUGER, Erin, SHOSHANA, Magnet e VAN LOON, Joost. “Biometric Revisions of the “Body” in Airports and US Welfare Reform”, *Body and Society*, Londres, vol. 14, n.º 2, 2008, 99–121.

- JEFFREYS, Alec, WILSON, V. e THEIN, S. L. “In Individual-Specific “Fingerprints” of Human DNA”, *Nature*, n.º 316, 1935.
- LOCARD, Edmond. *A Investigação Criminal e os Métodos Científicos*, trad. Fernando de Miranda, Coimbra, Arménio Amado, 1939.
- LOURENÇO, Néilson. “Globalização, metropolização e insegurança: América Latina e África”, *Revista de Direito e Segurança*, Lisboa, ano i, n.º i, janeiro–junho de 2013.
- _____. *Sociedade, Segurança e Crime*, Luanda (cópia digitalizada), 2013.
- MARTÍNEZ DE ZAMORA, António. *La reincidencia*, Múrcia, Universidad de Murcia, 1971.
- MARTINEZ, Soares. *Filosofia do Direito*, 3.ª ed. rev., Coimbra, Almedina, 2003.
- MASSIMO, M. Luisa e CAPRINO, Daniela. “Children’s Identity and Security”, in *Identity, Security and Democracy. The Wider Social and Ethical Implications of Automated Systems for Human Identification*, Amesterdão, IOS Press “NATO Science for peace and security. Series E”, 49, 2009.
- MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*, trad. Pedro Madeira, Lisboa, Edições 70, 2015.
- MIRANDA, Jorge. *Constituição Portuguesa Anotada*, 2.ª ed. rev., atual. e ampl., t. i, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- MORA SÁNCHEZ, Juan Miguel. *Aspectos substantivos y procesales de la tecnología del ADN*, Granada, Comares, 2001.
- MORDINI, Emilio. “Preface: Life in a Jar”, in Emilio Mordini e Manfred Green, *Identity, Security and Democracy. The Wider Social and Ethical Implications of Automated Systems for Human Identification*, Amesterdão, IOS Press “NATO Science for peace and security. Series E”, 49, 2009.
- POPPER, Karl. *A Sociedade Aberta e os Seus Inimigos*, vol. I: *O Sortilégio de Platão*, pref. de João Carlos Espada, trad. Miguel Freitas da Costa, Lisboa, Edições 70, 2015.
- REGATEIRO, Fernando. “Fisiopatologia e genética”, in *Fisiopatologia. Fundamentos e Aplicações*, coord. Anabela Mota Pinto, Lisboa, Grupo LIDEL, 2009.
- ROSAS, António. “Os fósseis humanos de Atapuerca e o modelo de evolução humana durante o último milhão de anos”, in Charles Susanne, Esther Rebato e Brunetto Chiarelli, *Antropologia Biológica. Evolução e Biologia Humana*, trad. Jorge Pinheiro, Lisboa, Piaget, 2014.

- SAFERSTEIN, Richard. *Criminalistics An Introduction to Forensic Science*, 8.^a ed., Saddle River, New Jersey, Pearson Education International, 2004.
- SÁ, Leonor. *Infâmia e Fama. O Mistério dos Primeiros Retratos Judiciários em Portugal (1869–1895)*, Lisboa, Edições 70, “Extra-coleção”, 2018.
- SARTRE, Jean-Paul. *apud* Hans Küng, *O Princípio de Todas as Coisas*, Lisboa, Edições 70, 2012.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Segurança. Um Tópico Jurídico em Reconstrução*, Lisboa, Âncora, 2013.
- VIEGAS, António Francisco. “Aspetos lofoscópicos de identificação”, in 1.^o *Seminário de identificação judiciária*, Barro/Loures, Escola de Polícia Judiciária, 4 a 6 de março de 1987.
- WILSON, James Q. e HERNSTEIN, Richard J. *Crime and Human Nature*, Nova York, Simon & Schuster, 1985.

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CIDeS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Segurança,
Lisboa, Portugal.

E-mail: ides@sapo.pt

A tutela¹ contraordenacional nas restrições ao direito de admissão e permanência em estabelecimentos comerciais²

EDGAR GONÇALVES FERNANDES³

Resumo: O presente artigo tem como objetivo verificar a suficiência da tutela contraordenacional na proteção de alguns direitos fundamentais, designadamente, o direito à liberdade, concretizado no livre acesso (e permanência) a determinados estabelecimentos comerciais (mormente, estabelecimentos de restauração ou de bebidas). Para tal apresentar-se-á um regime especial – Regime Jurídico de Acesso e Exercício de Atividades de Comércio, Serviços e Restauração (RJACSR) – que se confrontará com a Constituição da República Portuguesa (CRP), nomeadamente, com o seu artigo 27.º (direito à liberdade e à segurança), artigos 61.º e 62.º (direito à propriedade privada), artigo 13.º (princípio da igualdade) e artigo 21.º (direito de resistência). Serão analisadas as questões de alteração de ordem pública e (in) segurança atinentes ao citado regime especial, derivadas sobretudo das disposições privativas dos estabelecimentos, bem com a (in) suficiência da tutela contraordenacional na salvaguarda de direitos fundamentais.

Palavras-chave: *Liberdade. Segurança. Direitos Fundamentais. Autonomia Privada. Contraordenações.*

Abstract: This article aims to verify whether the supervisory legal framework has the capacity to safekeep all fundamental rights, namely the right to freedom, substantiated on freedom of access (and permanence) in commercial establishments (in particular, catering and beverage establishments).

For this purpose, we will address the Legal Regime for Access and Exercise of Trade, Services, and Restoration Activities (RJACSR) – which confronts the Constitution of the Portuguese Republic (CRP), namely, with its article 27. (right

¹ Palavra utilizada no sentido de “proteção”.

² O presente artigo corresponde a uma síntese e atualização do trabalho apresentado no âmbito da Unidade Curricular de Direito Constitucional, inserida no Doutorado de Direito e Segurança, da NOVA School of Law.

³ Doutorando em Direito e Segurança. Colaborador do CEDIS

to freedom and security), articles 61 and 62 (right to private property), article 13 (principle of prohibition), and finally, article 21 (right of resistance).

We will analyze some applications of this legislation on the restraint of customer rights by the commercial establishment and its possible effects such as alteration of public order and degradation of security in general, as well as the lack of oversight and efficiency by the supervisory entity in safeguarding the fundamental rights.

Keywords: *Freedom. Safety. Fundamental rights. Private Autonomy. Offenses.*

1. Introdução

A Constituição da República Portuguesa (CRP) é a lei das leis.

O texto constitucional inicia com os princípios fundamentais que regem o Estado, materializados em 11 artigos. Logo de seguida são apresentados os direitos e deveres fundamentais, sendo estes precedidos de princípios gerais. É com base nessa lógica que EHRHARDT SOARES (2008, p. 28)⁴ entende toda a CRP como um “conjunto de princípios fundamentais do governo”.

A análise e interpretação das normas constitucionais é da responsabilidade do Direito Constitucional. BACELAR GOUVEIA (2013, p. 593)⁵ distingue interpretação constitucional de interpretação conforme à Constituição. A primeira significa a “busca de um sentido normativo que esteja insito ou fique subjacente às fontes normativas por que tenha de partir-se para o encontro de uma solução para um problema a ser resolvido pelo Direito Constitucional”. A segunda trata das relações entre o Direito Constitucional e o Direito Infraconstitucional. Nesta, segundo o autor, pretende-se o reconhecimento do “carácter supremo do texto constitucional, que como tal se impõe como ditame cujo respeito é forçoso como igualmente se mostra passível de ser um elemento auxiliar na tarefa interpretativa das fontes infra-constitucionais (...)”.

⁴ SOARES, Rogério Ehrhardt – Direito Público e Sociedade Técnica. Coimbra: Edições Tenacitas, 2008.

⁵ GOUVEIA, Jorge Bacelar – Manual de Direito Constitucional. Vol I. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2013.

O Direito Constitucional é um direito estratificado, ou melhor, estratificável. BACELAR GOUVEIA (2013, p. 41) divide-o por níveis, designadamente, em Direito Constitucional material, económico, financeiro, fiscal e garantístico. Dentro destes, são englobados, segundo o autor, vários direitos, onde se incluem, a título de exemplo e ao que nesta sede importa, o Direito Constitucional de Segurança, que diz respeito à organização as Forças Armadas e de Segurança e o Direito Constitucional Penal, enquanto “*critério e limite do ius puniendi do estado a partir dos princípios e valores constitucionais*”.

Compete ao Direito Constitucional, na esteira de BACELAR GOUVEIA (2013, p. 41 e 42), estabelecer “*as grandes opções do Ordenamento Jurídico*”, o que o torna conexo com múltiplos ramos do Direito. Todavia, tal sucede de forma mais intensa com os ramos do Direito Público, pelo seu estatuto de poder público, como são exemplo o Direito Administrativo, o Direito Internacional Público, o Direito da União Europeia, o Direito Penal, o Direito Contraordenacional, o Direito Judiciário, o Direito Processual, o Direito Financeiro, o Direito Fiscal, o Direito da Religião, o Direito da Economia e o Direito da Segurança.

Apesar “*desta maior intensidade*” de contacto com o Direito Público, o Direito Constitucional entra também pelo Direito Privado, pois há princípios que, como se verá ao longo do artigo, vinculam entidades privadas, fazendo ceder, porventura, outros princípios, igualmente vinculativos.

O último ramo apresentado por BACELAR GOUVEIA (2013, p. 41 e 42) (não sendo a sua posição diretamente proporcional à importância dada pela Constituição, muito pelo contrário) assenta nas questões de segurança. Nas palavras de RUI PEREIRA (2012, p. 418 a 420)⁶ a segurança “*não é hoje um tema ignorado pelo legislador*”, pois: é um pressuposto e uma cláusula a essencial no contrato social; é uma obrigação primordial do Estado, é um direito fundamental no sentido da Constituição; e um fator relevante de coesão social.

⁶ PEREIRA, Rui. A segurança na Constituição – Estudos de Direito e Segurança, Volume II. Coimbra: Almedina, 2012.

Já sobre o Direito Contraordenacional, a conexão deste com a Constituição, tal como afirma BACELAR GOUVEIA (2013, p. 46), sucede “*num nível menos dramático*” cabendo a este direito “*a tipificação de comportamentos ilícitos, mas em que a sua fraca ilicitude apenas determina a aplicação de sanções pecuniárias ou outras de cariz acessório, nunca privativas de liberdade, cabendo, contudo, ao Direito Constitucional a sua definição, numa lógica secundária em relação ao Direito Penal*”.

Todavia, a doutrina recente, como é exemplo SILVA DIAS (2019)⁷ tem considerado o direito das contraordenações como autónomo (em sentido formal⁸). E tudo aponta para isso. As contraordenações que eram aplicadas para reprimir “bagatelas”, hoje são cada mais usadas para punir determinados comportamentos aos quais podem ser imputadas coimas de milhões de euros, como são exemplo o Código do Valores Mobiliários (coimas até € 5 000 000) e Lei da Proteção de Dados Pessoais (coimas até a € 20 000 000). Porém – e é este o objeto do artigo – se for usada a sanção contraordenacional (onde se incluem as sanções acessórias) para reprimir um comportamento violador de direitos fundamentais protegidos pela CRP? Será essa forma de repressão suficiente?

Será com base no “carácter supremo” da CRP que se desenrolará o presente artigo e se analisará um regime aprovado pelo legislador ordinário⁹ – o RJACSR.

⁷ DIAS, Augusto Silva – Direito das Contra-ordenações – Coimbra: Almedina, 2019.

⁸ A dúvida mantém-se ainda na autonomia dogmática do direito das contraordenações.

⁹ A questão também se coloca em outros regimes. Veja-se o caso do Regulamento Geral do Ruído, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 9/2007, de 17 de janeiro, onde no ruído de vizinhança se colocam frente a frente o direito ao repouso e o *jus fruendi* (por exemplo tocar um instrumento), estando estes direitos sob a alçada da tutela contraordenacional.

I – Direitos Fundamentais e suas restrições

1. Noção e previsão

As revoluções liberais que devastaram os Estados absolutistas, fizeram emergir novos direitos, muito assentes na ideia de “liberdades”. Não tardou muito até que surgisse a necessidade de estas serem controladas. Na linha de pensamento de EHRHARDT SOARES (2008), o “*novo mundo*”, beliscou a organização do Estado, deixando a ciência do Direito Público de se preocupar com a temática da separação de poderes trazida por MONTESQUIEU¹⁰, transformando-se num critério técnico de organização do Estado, cabendo-lhe garantir a liberdade “*no contexto dum Estado e duma pluralidade de grupos*” através de um “equilibrador”.

Estes “novos” direitos são apelidados de direitos fundamentais. JORGE MIRANDA (1986)¹¹ entende-os como “*direitos ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material*”. Esta divisão é reconhecida, como evidencia o autor, pela própria CRP, como se extrai dos exemplos: artigo 16.º, n.º 1, em que os direitos fundamentais aqui consagrados “*não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional*” ; e do artigo 17.º onde se extrai que o regime dos “*direitos, liberdades e garantias [se] aplica aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga*”. Mais tarde¹², afirma este autor que só há direitos fundamentais

¹⁰ No pensamento do autor esta temática era desenvolvida numa dualidade de momentos: primeiramente como uma ideia liberal, de garantia de liberdade dos cidadãos através de “uma balança de poderes”; posteriormente, através da repartição do poder por vários pretendentes.

¹¹ MIRANDA, Jorge. Os Direitos Fundamentais na Ordem Constitucional Portuguesa. Revista Española de Derecho Constitucional, Año 6. Núm. 18. Septiembre-Diciembre, 1986.

¹² MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 5ª ed. 2012 p.16.

quando “o Estado e a pessoa, a autoridade e a liberdade se distinguem e até, em maior ou menor medida se contrapõem”.

VIERA DE ANDRADE (2019, p. 15)¹³ analisa os direitos fundamentais em três perspetivas: filosófica ou jusnaturalista, na qual são vistos como direitos naturais de todos os homens, independentemente dos tempos e dos lugares; perspetiva estadual ou constitucional, formando aqui os direitos mais importantes das pessoas, num determinado tempo e lugar; e a perspetiva universalista ou internacionalista, onde são considerados como direitos essenciais das pessoas num certo tempo e em (quase) todos os lugares.

Esta tipologia de direitos, segundo JORGE MIRANDA (1986), baseia-se em dois pressupostos: não existem sem o reconhecimento “*duma esfera própria das pessoas, mais ou menos ampla, frente ao poder político*”; e sem que as pessoas “*estejam em relação imediata com o Estado, dotadas do mesmo estatuto e não sujeitas a estatutos específicos consoante os grupos ou as condições em que se integrem*”, chegando a afirmar que dependem das “*filosofias políticas, sociais e económicas e das circunstâncias de cada época e lugar*”. Neste desenvolvimento, para REIS NOVAIS (2010, p. 125)¹⁴, uma norma de direito fundamental impõe sempre ao Estado um “*dever jurídico relativo à proteção de um bem, de onde resulta, directa ou indirectamente, uma garantia efectiva ou potencial de acesso, por parte dos cidadãos, ao bem protegido pela norma*”.

Os direitos fundamentais por vezes são confundidos com figuras que lhe são afins. JORGE MIRANDA (2012) elenca como tal, os direitos subjetivos públicos, de âmbito mais abrangente, como aqueles que são atribuídos por normas de Direito Público, em contraposição aos atribuídos por normas de Direito Privado. Também os direitos de personalidade, como sendo “*posições jurídicas fundamentais do homem que ele tem pelo simples facto de nascer e viver*”, que pressupõem

¹³ ANDRADE, José Carlos Viera. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2019.

¹⁴ NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora (Wolters Kluwer), 2010. Trata-se de uma profunda e desenvolvida obra, onde foram extraídos apenas alguns aspetos relevantes.

“*relações de igualdade*”, em contraposição aos direitos fundamentais que pressupõem “*relações de poder*”. Para este autor, os direitos de personalidade possuem uma “*incidência privatística, ainda que sobreposta ou subposta à dos direitos fundamentais*”, colocando-os no domínio do Direito Civil e contrariamente, os direitos fundamentais, no domínio do Direito Constitucional. Todavia, alguns direitos de personalidade coincidem com direitos fundamentais.

A Parte I da CRP (artigos 12.º a 79.º) apresenta os direitos e deveres fundamentais, sendo os primeiros artigos reservados para a explanação de princípios gerais. Na opinião de JORGE MIRANDA (1986) aqui se denota a “*preocupação tanto de enumerar os direitos como de definir o seu conteúdo, reduzindo ao mínimo a discricionariedade do legislador ordinário, como ainda de estabelecer as suas garantias e condições de efectivação*”. Segundo este autor, a sistematização adotada pela CRP permite a garantia “*dos direitos fundamentais antes e independentemente de qualquer regulamentação da vida económica, não os subalterniza ou instrumentaliza por causa de qualquer tarefa cometida ao Estado*”. Já GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 309)¹⁵ referem que existe uma falta de “homogeneidade sistemática” sobretudo no Título II, pois consideram que cada um dos termos – direitos, liberdades e garantias – deveria corresponder a um tipo particular de direitos fundamentais, tal como sucede no Título III.

Nesta Parte da CRP observa-se também uma dicotomia entre direitos, liberdades e garantias (Título II) e direitos económicos, sociais e culturais (Título III). Para JORGE MIRANDA (1986) os primeiros são direitos de “*autonomia, de manifestação, de individualização: revelam a essência da pessoa; têm por contrapartida uma posição de respeito pela esfera própria da pessoa pelo Estado e pelas demais entidades públicas (e, em certos casos, privadas); traduzem-se em limitações que o poder público se impõe e que impõe a outros poderes*”. Os segundos são direitos de “*necessidade e, ao mesmo tempo, de comunicação: têm que*

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital Martins – Constituição da República Portuguesa Anotada – Artigos 1º a 107.º. Vol I 4ª ed. Revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007

ver com as condições de existência da pessoa; têm por contrapartida a prestação de bens e de serviços; dependem de uma ação modificadora das estruturas económicas, sociais e culturais”.

A CRP não define os conceitos de direitos, liberdades e garantias. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 310 e 311) entendem por “direitos” os direitos naturais e os direitos políticos, liberdades-participação, direitos do cidadão; por “liberdades” aquelas que estão ligadas ao *status negativus*, visando defender os cidadãos do Estado; e por “garantias” o direito de se exigir aos poderes públicos a proteção dos seus direitos. Todavia, para estes autores esta distinção é irrelevante pois qualquer categoria a que pertençam os direitos fundamentais, todos gozam do mesmo regime jurídico.

A outra trilogia de direitos – direitos económicos, sociais e culturais – são tidos por CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 316) como: “direitos e deveres económicos”, os que têm a ver com o estatuto económico das pessoas; os “direitos e deveres sociais” aqueles que são relativos às condições de vida fundamentais e a certas categorias sociais; “direitos e deveres culturais”, aqueles que respeitam a bens culturais fundamentais, bem como aqueles que se referem às instituições por tal desiderato interessadas.

Ainda estes autores referem que estes direitos não são um compartimento isolado dentro da CRP, mas “*parte integrante da ordem constitucional, estando organicamente ligados aos restantes domínios constitucionais*”. Nestes termos, defendem que a ordem constitucional dos direitos fundamentais está ligada à constituição política e ao princípio democrático e funcionalmente, à Constituição económica e ao princípio de democracia económica e social que a informa. Admitem ainda direitos fundamentais “fora do catálogo” supra apresentado (Parte I da CRP), designadamente, os artigos 124.º, 264.º, n.º 2, 215.º, 269.º, n.º 3, 271.º, n.º 3, 113.º, 276.º, n.º 7, 94.º, n.º 1, 103.º, n.º 3, 268.º, n.º 4 e 5 e 276.º, n.º 1. Também, na sequência do enunciado artigo 16.º, n.º 1 da CRP, acolhem ainda a existência de direitos fundamentais “*sem registo constitucional*”, tratando-se de uma “*cláusula aberta*” a futuros novos direitos, mas aos quais se deve sempre aplicar uma lógica de equiparação pelo seu “objeto e pela sua importância” aos direitos fundamentais de “*grau constitucional*”.

Concomitantemente, o artigo 16.º, n.º 2 da CRP refere que os preceitos constitucionais e legais relativos a estes direitos devem ser “*interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem*”. Aqui, JORGE MIRANDA (2012) encontra uma *ratio* tríplice: clarificar e alargar o catálogo de direitos, reforçar a sua tutela e abrir para horizontes de universalismo.

Esta Declaração aprovada pelas Nações Unidas três anos após a criação desta Organização e ainda no rescaldo da II Guerra Mundial, delinea um conjunto de direitos humanos mínimos, com base na “*fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres*” como se lê no seu preâmbulo. Na opinião de JORGE MIRANDA (1986) procede-se por esta via à receção formal de conjunto de princípios gerais de direito internacional. Para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 367) este preceito deve ser interpretado com cautela pois a CRP não efetua uma receção da Declaração enquanto Direito Constitucional, mas sim uma remissão como parâmetro exterior, devendo-se em primeiro lugar recorrer à ordem constitucional dos direitos fundamentais.

Posteriormente, este instrumento internacional foi desenvolvido a nível regional, surgindo outros mecanismos, como são exemplo a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Mais tarde, entre outros, surgiu a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, documento que visa reforçar a “*proteção dos direitos fundamentais, à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica*”, como se lê nos seus considerandos. MELO ALEXANDRINO (2010)¹⁶ entende que os direitos nesta Carta nem “*são direitos fundamentais (porque não descrevem uma relação da pessoa com o Estado assente na Constituição), nem perturbam os direitos fundamentais da Constituição (pois estes reentram nos princípios fundamentais do Estado de direito democrático referidos nos artigos 7.º, n.º 6 e 8.º, n.º 4, da CRP)*”.

¹⁶ ALEXANDRINO, José de Melo. Os direitos fundamentais na CRP de 1976: zonas de diferença no confronto com a constituição federal Brasileira de 1988, 2010.

A Lei Fundamental eleva a um plano superior, as matérias referentes a direitos, liberdades e garantias, tornando-as, por força do artigo 18.º, n.º 1, “*diretamente aplicáveis*”. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 382 e 383) entendem que os direitos, liberdades e garantias possuem um regime próprio, não estando dependentes de lei concretizadora, o que os torna então “*diretamente aplicáveis*”. Todavia, não significa, segundo estes autores, que dispensem a investigação dos pressupostos de aplicabilidade direta, ou seja, que constituam direitos subjetivos absolutos e autónomos e que se eximam de ser determináveis. Estes direitos, liberdades e garantias transportam direitos subjetivos que permitem invocar as normas na ausência de lei, bem como a invalidade dos normativos que não respeitem estes preceitos. Também, vinculam entidades públicas, sendo o primeiro destas entidades, o Estado – “*quer enquanto legislador, quer enquanto administração, quer enquanto juiz*” – e entidades privadas, como melhor se verá no Título seguinte.

O primeiro princípio geral que arranca com esta temática dentro da CRP é o princípio da universalidade em que, nos termos do artigo 12.º, n.º 1, todos os cidadãos “*gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição*”. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 332) consideram que este princípio deve ser lido em consonância com o Direito da União Europeia, pois por um lado, um dos princípios básicos da União Europeia é a extensão dos direitos a todos os cidadãos de Estados-Membros e por outro, o princípio da presença comunitária equipara cidadãos do Estados-membros a cidadãos nacionais. É com base neste princípio que os direitos fundamentais são direitos relativos, como se verá já de seguida.

2. Restrições

Os direitos fundamentais não são direitos absolutos.

JORGE MIRANDA (2012, p. 133 a 135) afirma que os direitos fundamentais são sempre relativos (ao contrário dos direitos de personalidade), ainda que em termos diversos do Direito Privado, pois em virtude do princípio da universalidade, “*não pressupõem uma certa e determinada relação entre dois sujeitos: são todas as pessoas dentro*

de uma comunidade jurídico-política, cada um por si, que está em relação com o Estado”.

O artigo 18.º, n.º 2 e 3 da CRP limita as restrições de direitos, liberdades e garantias às referências expressas desse diploma e sempre contrabalançadas com outros direitos ou interesses também aí previstos. A CRP não apresenta um conceito de restrição, considerando-a REBELO DE SOUSA e MELO ALEXANDRINO (2000, p. 98)¹⁷ como a *“compressão do conteúdo de um direito, isto é, de redução de faculdades ou âmbitos de proteção que, em abstrato, nele estariam compreendidos”*. Já REIS NOVAIS (2010) entende-a como a *“acção ou omissão estatal que afecta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental, seja porque se eliminam, reduzem ou dificultam as vias de acesso ao bem nele protegido e as possibilidades da sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental seja porque se enfraquecem os deveres e obrigações, em sentido lato, que da necessidade da sua garantia e promoção resultam para o Estado”*. Este último autor explica a diferença entre restrição e limite. A primeira reporta-se a uma supressão ou diminuição de algo e a segunda, o sentido de extrema, de fronteira.

JORGE MIRANDA (2012) classifica as restrições em comuns (para todas as pessoas), particulares (só afetam direitos a certas categorias de pessoas, como são exemplo o artigo 269.º, n.º 4 e 270.º) e especiais (direito das pessoas que se encontrem em certas situações, exemplo do artigo 30.º, n.º 2 e 4).

Estas restrições estão sujeitas a *“vários e severos requisitos”*, segundo GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 388, 391 a 393): que a restrição esteja expressamente admitida (exemplos: artigos 35.º, n.º 4, 47.º, n.º 1, 49.º, n.º 1 e 270.º) ou imposta (exemplo dos artigos 27.º, n.º 3 e 34.º, n.º 2 e 4) pela CRP, ou seja, que nela encontre *“expressão suficiente e adequada”*; que a restrição vise salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido, ou seja, que o sacrifício de um direito fundamental não seja *“arbitrário, gratuito e desmotivado”*; que a restrição seja apta para o efeito e limitada à

¹⁷ SOUSA, Marcelo Rebelo e ALEXANDRINO, José de Melo – Constituição da República Portuguesa Comentada – Lisboa: LEX, 2000.

medida necessária para atingir o objetivo, ou seja, sujeita ao princípio da proporcionalidade ou proibição do excesso; que a restrição não aniquile o direito em causa, devendo ser sempre garantido um “*resto substancial de direito, liberdade e garantia, que assegure a sua utilidade constitucional*”.

Estes autores reforçam que para além destes requisitos materiais, a validade das leis que aplicam estas restrições depende ainda dos seguintes requisitos: lei geral e abstrata, quer formal, quer materialmente; lei sem efeito retroativo (retroatividade autêntica e alguns casos de inautêntica); reserva de lei material (lei e não regulamento) e formal (ser uma lei da Assembleia da República e apenas Decreto-Lei se autorizado). Este último requisito garante que os direitos, liberdades e garantias não fiquem à disposição do poder regulamentar da Administração.

Nesta linha, JORGE MIRANDA (2012) entende das limitações determinadas na 2.^a parte do artigo 18.º, n.º 2 da CRP, que o segmento “direitos” se refere aos limites de exercício estabelecidos no artigo 29.º, n.º 2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e os “*interesses constitucionalmente protegidos*”, às restrições. Este autor aponta algumas presentes no articulado constitucional, das quais se destaca a restrição à propriedade (artigo 62.º, n.º 2) e as restrições à iniciativa económica privada tendo em conta o interesse geral [artigo 61.º, n.º 1 e 81.º, alínea f)], a intervenção do Estado na gestão de empresas (artigo 86.º, n.º 2) e a vedação de acesso a setores básicos (artigo 86.º, n.º 3). GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 392) sublinham ainda que nem todos os interesses constitucionalmente garantidos, mormente, aqueles que possuem cláusulas demasiado vagas, são adequados para justificar a restrição.

REIS NOVAIS (2010, p. 125) preocupando-se com a fundamentação dogmática das restrições dos direitos fundamentais, apresenta três modelos, a teoria externa, a teoria interna e o modelo dos direitos fundamentais enquanto princípios. Acabando por não aderir plenamente a nenhum, patenteia como metodologia necessária e constitucionalmente adequada para a compreensão dos direitos fundamentais e suas restrições a “teoria alexiana”¹⁸, baseada sobretudo, na ponderação.

¹⁸ Seguindo Robert Alexy *in* Theorie der Grundrechte, Baden-Baden, Nomos, 1985.

Este último autor, apresenta ainda a distinção entre as restrições dos direitos fundamentais da regulamentação do exercício destes direitos. A primeira assenta na afetação desvantajosa do próprio conteúdo de um direito fundamental e a segunda na *“regulação dos pormenores práticos do exercício de um direito em ordem a facilitar ou adequar a sua efetivação nas condições complexas das relações de vida”*. Apesar de na teoria a distinção ser pacífica, tal não sucede na prática. A regulamentação é considerada pelo autor como uma categoria do desenvolvimento dos direitos fundamentais, visando ajudar o exercício dos mesmos, mas claro, com uma intenção restritiva, o que traz o problema de saber a partir de quando se passa para o regime das restrições.

Paralelamente, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 388 e 389) distinguem a figura da restrição do exercício de direitos fundamentais da de delimitação do âmbito do próprio direito fundamental. Importa em primeiro lugar definir o conteúdo do direito fundamental e depois avaliar em que medida pode ser restringido. Estes autores apresentem três possibilidades: a CRP por ela própria estabelece um limite ao âmbito potencial de um direito fundamental, podendo a lei aclará-lo, como são exemplos os artigos 46.º, n.º 4 e 62.º, n.º 1; a CRP remeter para a lei apenas a delimitação de um aspeto específico, como são exemplos os artigos 35.º, n.º 2 e 40.º, n.º 1; e a CRP remeter para a lei, o que sucede na generalidade dos casos, a delimitação geral do âmbito de um direito, como são exemplos os artigos 52.º, n.º 3, 56.º, n.º 3, 61.º, n.º 1 e n.º 5.

A doutrina tem acrescentado outro tipo de restrições que GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 388) entendem como intervenções restritivas. Estas consistem, segundo os autores, em *“atos ou atuações das autoridades públicas restritivamente incidentes, de modo concreto e imediato, sobre um direito, liberdade garantia ou direito de natureza análoga”*, como sejam uma decisão judicial de prisão preventiva, uma decisão administrativa de proibição de manifestação e uma decisão de requisição em caso de greve.

Ainda GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 389) falam das restrições não expressamente autorizadas ou os limites imanentes. Estes operam perante a colisão de direitos e apenas se

extraem implicitamente do texto constitucional, o que leva os autores a alertar para a exigência e rigor na admissão deste tipo de limites, elencando três requisitos obrigatórios: “*que a lei se limite a “revelar” ou a concretizar limites de algum modo presentes na Constituição (...)”*; que a definição “*de tais limites seja o único meio de resolver conflitos de outro modo insuperáveis entre direitos constitucionais de idêntica natureza*”; e que “*tais limites reduzam o âmbito do direito ou direitos atingidos apenas na medida estritamente necessária à superação do conflito (...)”*”.

Mas não ficam por aqui. Estes autores fazem ainda a distinção entre leis restritivas e leis de garantia do exercício de direitos fundamentais. São estas últimas que garantem um ou mais aspetos do exercício dos direitos previstos na CRP, exemplificando os autores com os artigos 26.º, n.º 2, 55.º, n.º 6, 54.º, n.º 5 e 56.º. Apontam ainda as leis de ampliação de direitos constitucionais, como diferentes de leis restritivas, considerando-as como aquelas em que são acrescentados requisitos diferentes dos constitucionalmente permitidos.

Para além das restrições operadas pelo artigo 18.º, n.º 2 da CRP, por força do artigo 16.º, n.º 2 da CRP, são apresentadas outras que advêm do artigo 29.º, n.º 2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e inseridas, segundo JORGE MIRANDA (2012), ao nível da regulamentação (ao contrário do artigo 18.º, n.º 2 que diz respeito a certos direitos e afeta o seu conteúdo), englobando as “*condições gerais que incidem sobre todos os direitos e que têm a ver com o seu exercício*”. Como se lê no citado número, no “*exercício destes direitos e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática*”. Aqui o autor considera a referência a “justas exigências”, como se tratando de um conceito de justiça e um “limite absoluto aos limites”, pois as “*regras sobre o exercício dos direitos fundamentais são sempre necessárias*”.

Mas então quando devem prevalecer os direitos fundamentais sobre as restrições? Ou vice-versa? É que muitos dos direitos fundamentais, especialmente aqueles que são referentes ao direito de liberdade, possuem

grandes pontos de contacto com outros direitos fundamentais. Nada mais se está a falar do que a concorrência de direitos fundamentais. Perante este confronto, qual o direito fundamental que deve prevalecer?

Segundo REIS NOVAIS (2010, p. 387) a doutrina dominante defende, em caso de não concorrência não ultrapassável, a prevalência de aplicação do direito fundamental “*menos limitável, máxime do direito fundamental sem reservas e, logo, da proibição absoluta de restrições, mesmo quando o Estado disponha de possibilidades de intervenção restritiva no comportamento individual em causa se perspectivado exclusivamente na sua subsunção a um direito provido de limites*”. Assim, parte-se da ideia básica de existência de “*uma ordem de valores constitucional em que a liberdade individual e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade ocupam lugar supremo e central*”, ou seja, uma presunção em favor da liberdade – *in dubio pro libertate* – que determina a aplicação do direito individual mais forte. Todavia, segundo o autor, o paradigma está a mudar pois a validade absoluta deste princípio é cada vez menos reconhecida.

REIS NOVAIS (2010) teoriza também sobre o abuso do direito, instituto primeiramente do Direito Civil, mas que também pode ser considerado em sede de direitos fundamentais. Para este autor, há abuso sempre que houver desvio de exercício, ou seja, sempre que o direito fundamental “*seja exercido para fins alheios à ratio que presidiu à sua consagração constitucional*”, que admite, ser de difícil prestação no domínio dos direitos fundamentais. Também considera que tal sucede quando existe um exercício “malicioso”, com intenção fraudulenta ou de aproveitamento “mal-intencionado”, no intuito de obter “*utilidades ou ganhos diversos do que se contêm nos bens protegidos pelo respectivo direito fundamental*”. No entanto, a fórmula de abuso dos direitos fundamentais necessita de concretização, não podendo ser demasiado geral e abstrata. Para este autor aquilo que o legislador pode fazer é regular as formas de prevenção ou sanção do abuso que a “*Administração ou o poder judicial devem executar, e, eventualmente, antecipar e proibir algumas modalidades típicas sem poder, porém, esgotar extensivamente a sua previsão*”.

Em suma, considera-se que deve prevalecer o direito que causar menores repercussões na esfera jurídica dos intervenientes, sendo que estes, quando mais fortes, devem imperar sobre as restrições.

Nesta perspetiva, vejamos como será nos dois direitos fundamentais que se seguem.

3. Direito fundamental à liberdade e à segurança – acesso a bens ou serviços em particular

Desde o Estado Novo que é “livre” o acesso a bens ou serviços. Lia-se no artigo 5.º da Constituição de 1933 que a República se baseava no “*livre acesso de todas as classes aos benefícios da civilização*”.

O Tratado que instituiu a Comunidade Europeia auxilia na distinção entre “bens” e “serviços”. Sobre os primeiros não dispõe de qualquer referência direta, no entanto, devem ser entendidos na aceção das disposições relativas à livre circulação de “*mercadorias, pessoas, serviços e capitais*”. Já os “serviços” possuem consagração expressa no artigo 50.º do Tratado, entende-os este documento como “*prestações realizadas normalmente mediante remuneração, na medida em que não sejam reguladas pelas disposições relativas à livre circulação de mercadorias, de capitais e de pessoas*”, compreendendo as atividades de natureza industrial, comercial e as atividades artesanais e das profissões liberais.

Esta liberdade de acesso a bens e serviços insere-se no direito fundamental de catálogo, “*direito à liberdade e à segurança*” do artigo 27.º da CRP. O seu n.º 1 refere que todos “*têm direito à liberdade e à segurança*”. O número seguinte que “*ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança*”. Esta norma, como se pode extrair do Acórdão do Tribunal Constitucional (TC) n.º 471/01, tem o seu campo de aplicação “*inserido no direito processual penal, onde alcançará a sua plena justificação, não tendo sequer qualquer reflexo no domínio da liberdade contratual e nas normas que disciplinam esse princípio, nomeadamente no tocante aos art.ºs. 405 e 406 do Cód. Civil*”.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 478) consideram estes dois direitos – liberdade e segurança – distintos, mas simultaneamente, “*intimamente*” ligados, desde a sua formulação nas constituições liberais. Estes autores têm como direito à liberdade, o direito à “*liberdade física, à liberdade de movimentos*”, não garantindo uma liberdade em geral, mas “*as principais liberdades em que ele se analisa*”. Tal como expresso no citado Acórdão do TC é a liberdade “*física de ‘ir e vir’ da pessoa que está em causa e que, como tal, deve ser compreendida, de harmonia, aliás, com o estatuído no artigo 5º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, entendimento que a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem por firme*”.

Já o direito à segurança significa para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 478), a “*garantia de exercício seguro e tranquilo de direitos, liberto de ameaças e agressões*”.

Todavia, alertam estes autores que o direito à liberdade não é um direito absoluto, admitindo restrições, mas só aquelas que estão previstas no artigo 27.º, n.ºs 2 e 3 da CRP, não podendo a lei criar mais, entendendo que este preceito constitui um princípio da “*tipicidade constitucional das medidas privativas da liberdade*”. Estes autores distinguem ainda, a privação total de liberdade (exemplo da pena de prisão) da privação parcial da liberdade (exemplo da proibição de entrada em determinados locais), mas apenas admitem esta distinção enquadrada no princípio da proporcionalidade. Também, para estes as medidas privativas da liberdade estão sujeitas a uma dupla reserva de lei e de decisão judicial.

O Acórdão do TC n.º 479/94 estabelece a dicotomia entre privação da liberdade e mera restrição ou limitação desta, sendo que a primeira atinge “*directamente uma dimensão da dignidade da pessoa humana*” e a segunda apenas “*condiciona o pleno desenvolvimento dessa dimensão*”. Esta aresto citando MAUNZ-DURIG, elucida ainda que a primeira “*existe quando alguém, contra a sua vontade, é confinado, coactivamente, através do poder público, a um local delimitado, de modo que a liberdade corporal-espacial de movimento lhe é subtraída*” e a segunda quando “*alguém é impedido, contra a sua vontade, de aceder a um certo local que lhe seria jurídica e facticamente acessível ou de permanecer num certo espaço*”.

Continua o aresto ainda a estabelecer destrição referindo que privação da liberdade se traduz numa “*perturbação do âmbito do direito à liberdade física, à liberdade de alguém se movimentar e circular sem estar confinado a um determinado local, sendo a essência do direito atingida por um determinado tempo (que pode ser, aliás, de duração muito reduzida)*” e a limitação ou restrição da liberdade se concretiza “*através de uma perturbação periférica daquele direito, mantendo-se, no entanto, a possibilidade de exercício das faculdades fundamentais que o integram*”.

Mas será que pode alguém ver negado o acesso a determinado bem ou que lhe seja recusado uma prestação de serviços?

As relações entre prestadores de bens ou serviços e consumidores encontram-se protegidas. Desde logo, o legislador constituinte, no artigo 60.º, n.º 1 salvaguardou (com mais intensidade) os direitos dos segundos, sendo-lhes garantido o “*direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos*”. O legislador ordinário, nesta sequência, aprovou a Lei n.º 24/96, de 31 de julho, onde estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores. O artigo 2.º, n.º 1 desta Lei (na sua atual redação) considera como consumidor “*todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios*”. Os direitos destes são os previstos no artigo 3.º do citado diploma.

Outro preceito constitucional que pode ser invocado é o da igualdade, previsto no artigo 13.º, segundo princípio geral que a CRP elenca no cardápio dos direitos e deveres fundamentais, mas também disperso por diversas normas, como são exemplo o artigo 9.º, alínea d) e h), 47.º, n.º 2, 58.º, alínea b), entre outros. Este princípio reza que todos “*os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei*” (n.º 1), não podendo ninguém ser “*privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual*” (n.º 2). Mas será que se pode (ou

deve) nivelar todas as pessoas por igual, no acesso a bens e serviços? Por exemplo, não poderá proprietário de um restaurante negar a entrada a trabalhadores da construção civil com a roupa toda suja? Ou aos trabalhadores da recolha de lixo que se apresentem com um mau cheiro? Ora aqui começa o confronto com o outro direito fundamental, que se analisará no capítulo seguinte.

A legislação nacional, muito por influência comunitária, tem vindo a combater determinadas discriminações. A Diretiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de junho aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica, no estrito objetivo de “*estabelecer um quadro jurídico para o combate à discriminação*”. Segundo o seu artigo 3.º, n.º 1 alínea h) é aplicável ao “*acesso e fornecimento de bens e prestação de serviços postos à disposição do público, incluindo a habitação*” vinculando tanto o setor público, como privado. Esta Diretiva foi transposta para a ordem jurídica nacional pela Lei n.º 18/2004, de 11 de maio.

Em paralelo, no ordenamento jurídico interno, a Lei n.º 93/17, de 23 de agosto (herdeira da Lei n.º 134/99, de 28 de agosto) estabelece o regime jurídico da prevenção, da proibição e do combate à discriminação, em razão da origem racial e étnica, cor, nacionalidade, ascendência e território de origem. No seu artigo 4.º, n.º 2 alínea a) é considerada pratica discriminatória a “*recusa de fornecimento ou impedimento de fruição de bens ou serviços, colocados à disposição do público*”.

Também a Lei n.º 14/08, de 12 de março, veio proibir e sancionar a discriminação em função do sexo no acesso a bens e serviços e seu fornecimento, na sequência da Diretiva n.º 2004/113/CE, do Conselho, de 13 de dezembro. No artigo 4.º desta Lei é previsto o princípio da igualdade e proibição da discriminação em função do sexo, sendo proibida a discriminação assente em “*ações, omissões ou cláusulas contratuais no âmbito do acesso a bens e serviços e seu fornecimento*”. Repare-se que nos termos do artigo 2.º, n.º 1 do citado diploma aplica-se às “*entidades públicas e privadas que forneçam bens e prestem serviços disponíveis ao público a título gratuito ou oneroso*”.

Ainda neste âmbito, a Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto que proíbe e pune a discriminação em razão da deficiência e da existência de risco agravado de saúde. Segundo o artigo 4.º, alínea a) deste diploma

constitui prática discriminatória contra pessoas com deficiência “*a recusa de fornecimento ou o impedimento de fruição de bens ou serviços*”.

Mas então e a autonomia privada? Não poderá o proprietário do restaurante ter o seu modelo de negócio e proibir o acesso a esse bem e serviço? Avancemos.

4. Direito fundamental à liberdade de iniciativa económica

O artigo 61.º, n.º 1 da CRP refere que a iniciativa económica privada se exerce “*livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral*”, ou seja, é aqui estabelecido precisamente, o princípio da liberdade de iniciativa económica. Também o artigo seguinte da Lei fundamental estabelece que a “*todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição*”.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 788) consideram que a CRP vê a liberdade de iniciativa económica privada como um direito fundamental, apesar de não estar inserido diretamente entre os direitos, liberdades e garantias ou nas palavras de REBELO DE SOUSA e MELO ALEXANDRINO (2000, p. 167) direitos fundamentais de “natureza análoga”. O mesmo entendem do artigo 62.º da CRP. Estes últimos autores decalcam o conceito de liberdade de iniciativa económica da seguinte forma: em sentido estrito, na dimensão de liberdade de produção, que consiste na liberdade de “*organizar a produção e na liberdade de atuação das empresas*” (o que a liga ao citado artigo 62.º); numa perspetiva dinâmica através de “*um ato de impulso de um novo processo produtivo e o consequente desenvolvimento e direção de uma determinada atividade económica*”; e que dela podem gozar pessoas singulares ou coletivas. Já GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 790) consideram que a liberdade de iniciativa privada tem um duplo sentido: por um lado, um direito pessoal – liberdade de iniciar uma atividade económica; e por outro, um direito institucional – liberdade de organização, gestão e atividade da empresa. Nestes termos, entendem que o reconhecimento constitucional do direito de iniciativa privada está em consonância com

o estatuto quer das empresas, quer do setor privado. No entanto, para os autores, ambas as vertentes, podem ser limitadas ou restringidas, como se extrai do artigo 61.º, n.º 1 da CRP – “nos quadros definidos pela Constituição”. Sucede que as restrições por força do das palavras anteriores – “exerce-se livremente” – terão que obedecer ao princípio da proporcionalidade e respeitar o já escrutinado artigo 18.º da CRP, ficando condicionada ao “interesse geral”. Este último conceito, trata-se, na ótica dos autores, do típico conceito constitucional indeterminado, destinando-se a *“funcionar como fator de legitimação constitucional da intervenção legislativa na liberdade de iniciativa (...) cuja «densificação» deve arrancar, em primeiro lugar, das determinantes heterónomas fornecidas pela própria lei fundamental”*. Por outro lado, este interesse geral deve gerar nas empresas a preocupação com a *“responsabilidade social”*.

Os tribunais têm sido chamados a se pronunciar sobre esta temática. Do Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, emanado no Processo n.º 382/07.3BECBR, de 09-11-2012 (Relator Carlos Luís Medeiros de Carvalho), extrai-se que direito à livre iniciativa económica constitui *“um direito fundamental (não apenas um mero princípio programático ou um princípio objetivo da organização económica) e, especificamente, configura-se como um direito de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias do título II da parte I da Constituição, pese embora se mostre interligado ou conexionado com alguns dos direitos económicos, sociais e culturais e com os quais pode interferir/interagir, mormente, no caso em presença com o direito à saúde e à sua proteção (cfr. art. 64.º da CRP)”*. Mas, alerta este aresto que este direito *“não constitui um direito absoluto mas antes um direito que, quer em termos constitucionais quer em termos legais, se mostra e pode ser objeto de introdução pelo Estado de limites e de restrições decorrentes, mormente, do “interesse geral” e do “assegurar, nas instituições de saúde de adequados padrões de eficiência e de qualidade (...)”*.

Idêntica posição já havia sido seguida pelo Acórdão do TC n.º 289/04, que se pronuncia sobre o regime dos horários de funcionamento dos estabelecimentos comerciais, após pedido de fiscalização abstrata da constitucionalidade de normas do citado regime pelo Provedor de Justiça. Neste é invocada jurisprudência anterior daquele Tribunal,

designadamente o Acórdão n.º 328/94, em que “(...) o direito de liberdade de iniciativa económica privada, como facilmente deflui do aludido preceito constitucional, não é um direito absoluto (ele exerce-se, nas palavras do Diploma Básico, nos quadros da Constituição e da lei, devendo ter em conta o interesse geral). Não o sendo – e nem sequer tendo limites expressamente garantidos pela Constituição (muito embora lhe tenha, necessariamente, de ser reconhecido um conteúdo mínimo, sob pena de ficar esvaziada a sua consagração constitucional) – fácil é concluir que a liberdade de conformação do legislador, neste campo, não deixa de ter uma ampla margem de manobra”.

Ainda se extrai do aresto que a norma constitucional remete para a lei a “definição dos quadros nos quais se exerce a liberdade de iniciativa económica privada”, considerando assim uma “previsão constitucional de uma delimitação pelo legislador do próprio âmbito do direito fundamental – da previsão de uma “reserva legal de conformação” (a Constituição recebe um quadro legal de caracterização do conteúdo do direito fundamental, que reconhece). A lei definidora daqueles quadros deve ser considerada, não como lei restritiva verdadeira e própria, mas sim como lei conformadora do conteúdo do direito”.

Mais recentemente, o Supremo Tribunal de Justiça, no seu Acórdão de 18 de outubro de 2018, emanado no Processo n.º 3499/11.6TJVN.F. G1.S2 (relator Rosa Tching) afirma que em caso de colisão de direitos, a “chave para uma tomada de decisão por parte do juiz sobre qual dos direitos deve prevalecer e do modo como devem ser harmonizados os direitos em causa está no princípio da proporcionalidade, consagrado na parte final do n.º 2 do art. 18.º da Constituição da República Portuguesa, que, por via dos seus três subprincípios da adequação, da exigibilidade e da justa medida, fornece uma estrutura formal tripartida à ponderação, a fazer em concreto e casuisticamente, entre os fins prosseguidos pelas normas, os bens, interesses e valores em conflito, as medidas possíveis e os seus efeitos, por forma a estabelece uma relação equilibrada entre os direitos em confronto”.

Ora, quer o direito fundamental à liberdade e à segurança apresentado no capítulo anterior, quer o direito fundamental à liberdade de iniciativa económica, à semelhança de outros direitos fundamentais, não são absolutos, ambos podem ceder. Em confronto, qual deverá

prevalecer? Avança-se desde já, que qualquer um poderá sobrepor-se ao outro. Mas antes de dar o passo decisivo para o objeto do artigo, analisar-se-á a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, pois é neste domínio que surge – restringido – maioritariamente o “acesso a bens ou serviços” proporcionados pelos estabelecimentos comerciais.

II – Direitos Fundamentais e a sua aplicação às relações privadas

1. Vinculação das entidades privadas

As relações que se estabelecem entre particulares estão sujeitas ao Direito Privado. É este, segundo FREITAS DO AMARAL (2004)¹⁹, que disciplina os interesses privados dos particulares. Também aqui, valores como a liberdade e a igualdade caminham juntos, ganhando especial enfoque nesta tipologia de relações, a autonomia e livre iniciativa privada.

Mas será que a autonomia do Direito Privado poderá ficar indiferente à restante CRP?

VIERA DE ANDRADE (2019, p. 248) responde negativamente a esta questão, referindo que a autonomia deste direito não significa independência em relação à CRP, o que faz com que os preceitos relativos aos direitos fundamentais determinem a inconstitucionalidade das normas de direito privado que os contrariem. REBELO DE SOUSA e MELO ALEXANDRINO (2000, p. 167) na caracterização que efetuam sobre o conceito de liberdade de iniciativa económica esclarecem que os limites podem ser definidos por lei, que se enquadre na CRP. Também sobre o direito à propriedade referem que este é conformado por “*numerosas regras e princípios dispersos*” constitucionais, podendo também sê-lo por via da lei.

As matérias referentes a direitos, liberdades e garantias por força do artigo 18.º, n.º 1 da CRP são como se disse “*diretamente aplicáveis*” e

¹⁹ AMARAL, Diogo Freitas. Manual de Introdução ao Direito Vol I. Coimbra Almedina, 2004. 616 p.

ainda “*vinculam as entidades públicas e privadas*”. Nesta parte final da norma reside uma questão controversa. Alguns autores como REBELO DE SOUSA e MELO ALEXANDRINO (2000, p. 97) consideram esta equiparação aparente, defendendo a sua posição com base no seguinte: a vinculação das entidades privadas a direitos, liberdades e garantias não implica uma aceitação de eficácia direta, pois esta vinculação não funciona nos mesmos termos, sendo necessários instrumentos mediadores; exigência de soluções diferenciadas para harmonização dos direitos, liberdades e garantias e a autonomia privada; esta última não pode prevalecer sobre direitos absolutos nem lesar outros direitos, liberdades e garantias. Todavia, não deixam os autores de alertar que é possível sustentar a eficácia direta para a autonomia privada. Já para VIERA DE ANDRADE (2019, p. 239) e para SOUSA RIBEIRO (2007)²⁰ a CRP não diz em que termos e em que grau se processa essa vinculação, nem se consegue extrair se “*entidades*” se referem a “*todos e quaisquer indivíduos*” ou apenas a pessoas coletivas e individuais “*poderosas*”.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 381) veem nesta norma uma transformação da Constituição num “*estatuto fundamental da ordem jurídica geral, das relações sociais em geral e, não apenas da ordem jurídica do Estado e das suas relações com a sociedade*”. Assim, esta eficácia dos direitos fundamentais também nas relações entre particulares é segundo os autores, incompatível com a tese liberal que assentava apenas na defesa dos direitos subjetivos dos particulares contra o Estado. VIERA DE ANDRADE (2019) sobre a história deste “problema” defende que a mudança se deveu à diferenciação dos direitos fundamentais. Na ótica deste autor, a regra formal de liberdade não é por si só suficiente para garantir a “*felicidade dos indivíduos e a prosperidade das nações*”, tendo por vezes, aliás, o efeito contrário. Por isso foi necessário que o Estado tomasse parte ativa na regulação da sociedade, garantindo “*justiça e bem-estar*”, o que tornou complexo o sistema de direitos fundamentais.

²⁰ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Direito dos Contratos. Estudos. Coimbra Editora, 2007. 408 p.

Este último autor põe o problema da validade dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados em duas direções concorrentes. Por um lado, em ordem à unidade do sistema jurídico, os direitos fundamentais enquanto princípios e valores constitucionais têm de se aplicar a toda a ordem jurídica, incluindo, portanto, as áreas do Direito Privado. Por outro lado, há necessidade de proteção dos particulares “*não apenas perante o Estado, mas também através do Estado, perante outros particulares, pelo menos, perante indivíduos ou entidades privadas que sobre eles exercem ou estão em condições de exercer verdadeiros poderes, jurídicos ou de facto*”.

Ainda para este autor existem duas posições na doutrina tradicional, sobretudo de influência alemã, a monista e a dualista. A primeira defende a aplicabilidade imediata dos preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados, visando dar “*maior proteção aos indivíduos em face dos grupos privados ou indivíduos poderosos, revelando uma especial sensibilidade às relações de desigualdade (...)*” e a segunda, só admite a aplicabilidade mediata ou a relevância indireta, procurando defender “*uma margem de liberdade de ação para os particulares, tentando evitar que, através de um intervencionismo asfixiante ou de igualitarismo extremo, se afete o sentimento de liberdade, a iniciativa e a capacidade de realização dos indivíduos concretos*”, privilegiando a autonomia privada, o livre desenvolvimento da personalidade e a liberdade negocial.

Ora é esta segunda a mais seguida, no entanto uma outra se começa a retirar desta, a teoria do dever de proteção estadual dos direitos fundamentais, que vale perante os poderes públicos e privados. O autor elenca nesta senda, o “*princípio da proteção do défice*”, entendido como um princípio orientador.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 381) rejeitam a referência da doutrina a “*eficácia externa*” ou “*eficácia em relação a terceiros*” pois tal não pode vigorar na eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, pois estes não são “terceiros” nem “externos” à referida eficácia. JORGE MIRANDA (2012) considera esta “*eficácia externa*” como um “*dever universal de respeito que recai sobre quaisquer cidadãos em face aos direitos dos outros*”. Os primeiros autores discutem sobre a contraposição da eficácia imediata

ou mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, concluindo pela primeira, ou seja, a vinculação de entidades privadas decorre de *“forma direta e necessária”* dos direitos constitucionalmente garantidos, aplicando-se também às relações entre particulares e, em princípio, de forma idêntica entre as reações entre os particulares e o Estado.

Esta “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais sujeita as entidades privadas a um dever de *“não perturbar ou impedir o exercício dos direitos fundamentais”*, ressalvando as situações em que não *“sejam de todos exequíveis por si mesmos e necessitem de concretização legislativa”*. Aqui é contrariado, segundo os autores, a já referida teoria liberal clássica, em que as entidades privadas só *“estavam obrigadas a respeitar os direitos fundamentais alheios de forma indireta, quando a lei os traduzisse em direitos e obrigações privadas”*.

Estes autores discutem ainda se a eficácia dos direitos, liberdades e garantias vale para todos eles e para todas as relações privadas, ou se pelo contrário, apenas se limitassem as relações análogas ao dos indivíduos com o Estado, em que vigoram as relações de poder ou dependência. Para estes, alguns ordenamentos constitucionais estrangeiros sem reconhecimento expresso da vinculação das entidades privadas adotam uma conceção restritiva, evitando *“uma amputação da autonomia privada ou até do direito privado como tal”*. Contrariamente, a CRP (de modo ímpar) faz aplicar, de forma expressa, os direitos fundamentais às relações entre entidades privadas. Desse modo, a aplicação destes às relações entre particulares *“só não tem lugar caso daqueles direitos que, expressamente ou pela sua própria natureza, só podem valer perante o Estado (...) e só pode ser restringida legalmente nos mesmos termos em que o pode ser nas relações entre os particulares e o estado ou outras entidades públicas, podendo o princípio da autonomia negocial privada, na medida em que seja um bem constitucionalmente protegido, funcionar como fundamento dessa restrição”*. Por outro lado, SOUSA RIBEIRO (2007, p. 24) defende que a CRP *“quando bem entendida”* deixa uma adequada margem de autonomia para as entidades privadas *“exprimirem as suas opções pessoais de vida”*.

O princípio da vinculação de entidades privadas, para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 386), só tem autonomia

fora dos casos previstos na CRP. Nestes casos os “*negócios jurídicos, os actos privados, os comportamentos das entidades privadas considerados violadores de normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias, serão reprimidos não porque os sujeitos de direito privado estejam submetidos à sua vinculação imediata mas porque o Estado tem de assumir o dever de protecção (Schutzpflicht) desses direitos, liberdades e garantias perante terceiros que os violam ou ameaçam violar*”. É neste imperativo de tutela do Estado, que SOUSA RIBEIRO (2007) considera que para além de os dever respeitar, deve também fazê-los respeitar, intervindo nas relações-jurídico privadas, para “*em protecção da parte mais fraca, estabelecer um regime limitativo da liberdade contratual do mais forte*”.

Para a resolução dos conflitos, VIERA DE ANDRADE (2019, p. 252) propõe que a CRP seja interpretada no sentido de consagrar o princípio da liberdade enquanto regra das relações entre indivíduos iguais. O autor coloca a dignidade da pessoa humana enquanto conteúdo essencial absoluto do direito, nunca podendo ser afetada, considerando esta como a “garantia mínima” da CRP. Sobre o princípio da igualdade o autor defende que não é aplicável nas relações privadas “*enquanto proibição do arbitrio ou imperativo de racionalidade de atuação*”. A liberdade tem de prevalecer sobre a igualdade. Todavia, refere que o princípio da igualdade terá que ser aplicado enquanto “*proibição de discriminações que atinjam intoleravelmente a dignidade humana dos discriminados, máxime, que impliquem uma violação dos seus direitos de personalidade*”, ou no pensamento de SOUSA RIBEIRO (2007) como proibição de condutas negociais discriminatórias. Para FREITAS DO AMARAL (2004) este princípio permite aos indivíduos “*escolher livremente os fins a prosseguir e os meios a utilizar na sua vida*” e às pessoas coletivas privadas “*escolher livremente os meios de realização dos seus fins estatutários*”, sumariando dizendo que “*tudo que não for proibido é permitido*”.

Apesar da previsão de vinculação de entidades privadas operada pela CRP não ter par no Direito Europeu, quer a Diretiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de junho (princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas), quer a Diretiva n.º 2004/113/CE, do Conselho, de 13 de dezembro (proíbe e sanciona a discriminação em função do sexo

no acesso a bens e serviços e seu fornecimento) consignam que estas se aplicam a entidades públicas e privadas, revelando fortes indícios da direção que se começa a seguir.

2. Contrato de prestação de serviços

Um ramo do Direito Privado que regula as relações entre particulares é o Direito Civil. Para FREITAS DO AMARAL (2004, p. 304) este direito é o mais antigo ramo do direito, sendo constituído pelo “*sistema de normas jurídicas que regulam a generalidade dos actos e actividades em que se desenvolve a vida privada dos particulares, tanto na sua esfera pessoal como patrimonial*”. Dentro deste direito, a primeira das fontes das obrigações e a mais importante, nas palavras de ANTUNES VARELA (2000, p. 216)²¹ a surgir, são os contratos. Para este autor um contrato consiste num “*acordo vinculativo de vontades opostas, mas harmonizáveis entre si*”, onde reina o mútuo consenso. E é a prepósito desta fonte das obrigações que surge a liberdade contratual. Para o citado autor os princípios fundamentais que regem a disciplina dos contratos, em primeiro lugar, são precisamente, a autonomia privada, depois o princípio da confiança e o princípio da justiça comutativa ou da equivalência objetiva.

O artigo 405.º, n.º 1 do Código Civil (CC), sob a epígrafe, “liberdade contratual” expõe que “*dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver*”. ANTUNES VARELA (2000, p. 230) considera esta liberdade contratual o corolário da autonomia privada (sendo esta última mais ampla), em que as partes são livres de contratar na “*medida em que podem seguir os impulsos da sua razão, sem estarem aprisionados pela jaula das normas legais*”. Em paralelo à liberdade de contratar, o autor destaca que cabe aqui também a escolha do contraente, ou seja, eleger livremente a pessoa com quem se quer fechar contrato, embora respeitando os limites da lei.

²¹ VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral. Vol. I. 10ª Ed. Coimbra: Almedina Editora. 962 p.

Já o artigo 406.º, n.º 1 do CC refere que o “*contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei*”. O número seguinte aborda a eficácia dos contratos em relação a terceiros, sendo que este “*só produz efeitos nos casos e termos especialmente previstos na lei*”. Daqui se extrai um princípio basilar, a relatividade dos contratos, em que só ficam vinculadas as partes, princípio decorrente precisamente, da autonomia privada.

É nesta esfera contratual que se levantam as questões de solução “*mais espinhosa*”, segundo SOUSA RIBEIRO (2007), no seu capítulo dedicado à constitucionalização do Direito Civil. Este direito, devido à consagração constitucional de direitos fundamentais, tem obrigatoriamente de consagrar também “*princípios ordenadores das situações pessoais e patrimoniais que formam o campo vivencial do sujeito das relações civis*”, tendo em conta a unidade do sistema jurídico. Assim, as normas de direito civil devem acatar as proibições e respeitar os limites constitucionalmente fixados, sob pena de “*perderem a sua eficácia ordenadora dentro do sistema*”.

Dentro dos contratos em especial, encontra-se o “contrato de prestação de serviço”. O artigo 1154.º do CC define-o como aquele “*em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição*”. Trata-se de um contrato atípico que possui três modalidades típicas que não esgotam o seu conteúdo (mandato, depósito e empreitada), tendo por objeto, segundo MENEZES LEITÃO (2009), o resultado “*trabalho intelectual ou manual*”, em que o prestador de serviços atua com independência em relação à outra parte.

Ora, atendendo à autonomia privada, poderão ser celebrados qualquer tipo de contratos de prestação de serviços?

O regime jurídico das cláusulas contratuais gerais surgiu precisamente nesse pressuposto, conforme se pode ler no seu preâmbulo, em que numa “*perspectiva jurídica, ninguém é obrigado a aderir a esquemas negociais de antemão fixados para uma série indefinida de relações concretas. E, fazendo-o, exerce uma autonomia que o direito reconhece e tutela. A realidade pode, todavia, ser diversa. Motivos de celeridade e de precisão, a existência de monopólios, oligopólios, e outras formas*

de concertação entre as empresas, aliados à mera impossibilidade, por parte dos destinatários, de um conhecimento rigoroso de todas as implicações dos textos a que adiram, ou as hipóteses alternativas que tal adesão comporte, tornam viáveis situações abusivas e inconvenientes". Nesta senda, o Estado decidiu intervir, muito influenciado pelo Direito Europeu e limitar a autonomia privada, pois poderiam surgir posições abusivas. Desde logo, proíbe o artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia o abuso de "*uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste*", elencando como práticas abusivas: imposição, de forma direta ou indireta, de preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas; limitação da produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; aplicação relativamente a parceiros comerciais, de condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; subordinação a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

Este "abuso da posição dominante", ganhou corpo no ordenamento jurídico interno através da Lei n.º 19/2012, de 08 de maio, que aprovou o regime da concorrência, sendo logo de seguida disciplinado, com a criação de uma pessoa coletiva de direito público, a Autoridade da Concorrência, através do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro.

Assim os contratos terão que se enquadrar "dentro dos limites da lei". Mas será o único requisito? Por exemplo, se um indivíduo sadomasoquista contratar alguém para lhe fazer cortes num braço, o contrato será válido? No mínimo ofenderá os princípios da ordem pública.

GALVÃO TELLES (2002)²² afirma que os limites da lei expostos no artigo 405.º do CC devem respeitar as normas injuntivas, dando exemplo da venda "a retro", que o Código define como "*aquela em que se reconhece ao vendedor a faculdade de resolver o contrato (art.*

²² TELLES, Inocêncio Galvão. Manual dos contratos em geral. Refundido e atualizado. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. 551 p.

927.º), não poderá estipular-se o pagamento de dinheiro ao comprador ou qualquer outra vantagem para este, como contrapartida da resolução, ou a obrigação de o vendedor restituir, em caso de resolução, preço superior ao fixado para a venda (normas imperativas) sendo pois nulas semelhantes estipulações (art. 928.º)”.

Por outro lado, poderá haver uma obrigação ou recusa de contratar? Como melhor se verá na apresentação do regime setorial (Título IV), poderá, por exemplo, o único estabelecimento de diversão noturna de determinada área geográfica, negar a entrada (prestação de um serviço) a potenciais clientes?

ANTUNES VARELA (2000, p. 233) defende que as pessoas são livres na decisão de contratar ou não contratar, livres na escolha de quem vão contratar e na retratação enquanto a proposta não chegar ao destinatário. Não obstante, liberdade de contratar pode sofrer limitações ou restrições, desde logo pelo dever jurídico de contratar que acontece nas seguintes situações: promessa negocial de contratar, como é exemplo o contrato-promessa; dever de contratar relativo a serviços públicos, o que sucede nas empresas concessionárias e serviços públicos; profissões de exercício condicionado, como é o caso dos médicos que devem prestar assistência (embora com algumas exceções); e a venda de bens essenciais à vida das pessoas. Neste último ponto o autor coloca a questão: “*não haverá uma obrigação de contratar, por exemplo, quanto aos estabelecimentos fornecedores de bens destinados a satisfazer necessidades vitais do cliente? E quanto à empresa proprietária da única sala de espectáculos ou do único restaurante existente na localidade; terá ela liberdade de recusar a entrada a qualquer pessoa, cuja presença lhe não agrade?*”.

O autor responde afirmando que a doutrina se divide em que, por um lado, há quem opte pela solução restritiva de liberdade de contratar (LARENZ), ou pelas situações de monopólio, ou pela importância vital dos bens. Por outro lado, outros evocam o abuso de direito (VAZ SERRA). Já na ótica do autor, estas restrições ao artigo 405.º do CC, só deviam ser válidas quando a lei as estabelece, implícita ou explicitamente, sem violação dos princípios constitucionais, onde destaca o princípio da igualdade, que segundo o autor parece condenar toda a recusa de contratar com carácter discriminatório.

Neste ponto, não deixa de ser importante dar nota da evolução da legislação das práticas individuais restritivas de comércio. O Decreto-Lei n.º 422/83, de 03 de dezembro, que estabeleceu as disposições relativas à defesa da concorrência no mercado nacional, considerava prática restritiva da concorrência a recusa de venda de bens ou prestação de serviços, ainda que não essenciais. Este diploma, revogado expressamente, deu lugar ao Decreto-Lei n.º 370/93, de 29 de outubro, que sofreu algumas alterações, até que foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 166/2013, de 27 de dezembro. Este último diploma, que aprova precisamente o regime aplicável às práticas individuais restritivas do comércio, aplica-se à compra e venda de bens e as prestações de serviços (que não estejam sujeitas a regulação setorial), mas deixou cair o artigo referente à recusa de venda de bens ou de prestação de serviços (artigo 6.º), pela alteração dada pelo Decreto-Lei n.º 128/2019, de 29 de agosto, por forma a garantir uma *“maior harmonia entre o presente decreto-lei e a Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, na sua redação atual, que aprova o regime jurídico da concorrência”*, como se lê no seu preâmbulo. Ora, esta eliminação deve ter algum significado, que se vislumbra relacionado com a autonomia privada.

Outras limitações ou restrições da liberdade de contratar apresentadas por ANTUNES VARELA (2000, p. 240) são: proibição de contratar com certas pessoas, por exemplo a entrada de menores em estabelecimentos de diversão noturna; renovação ou transmissão do contrato imposta a um dos contraentes, como é exemplo o contrato de locação; necessidade de consentimento, assentimento, ou aprovação de outrem, nomeadamente nas situações dos maiores acompanhados.

Pelo dito, não se poderá afirmar que o Direito Civil é Direito Constitucional concretizado, no entanto, na linha de SOUSA RIBEIRO (2007), o enquadramento constitucional fornece bases ao Direito Civil de forma a que este não acolha *“soluções contrastantes com os valores das pessoas que, em primeira linha, deve servir”*. E de outra forma não poderia ser.

III – Preceitos constitucionais sobre contraordenações

1. *Prolegómenos*

O Direito de mera ordenação social para HENRIQUES EIRAS e GUILHERMINA FORTES (2016, p. 142)²³ é um ramo do direito novo, que compreende ilícitos de carácter não criminal “subtraídos ao Direito Penal”, ou seja, as contraordenações²⁴. Segundo estes autores, aqueles que “*violem as respetivas normas preceativas não são aplicáveis sanções de natureza criminal, mas apenas sanções pecuniárias ou meras advertências, designadas por coimas*”. Nestas, podem ainda ser aplicadas sanções acessórias.

O artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, que aprova o Regime Geral das Contraordenações, na sua atual redação, refere que constitui contraordenação “*todo o facto ilícito e subjectivamente censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima*”. Nas palavras de SILVA DIAS (2019, p. 90) para existir contraordenação é necessário que o “*facto praticado seja típico, ilícito e censurável e por fim projetável numa moldura de coima previamente definida na estatuição típica*”. HENRIQUES EIRAS e GUILHERMINA FORTES (2016, p. 87) consideram que a contraordenação é, para o “*direito de mera ordenação social, o que é crime para o direito criminal e contraordenação ou transgressão para o direito contravençional*”.

No preâmbulo do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro admite-se que urgia “conferir efetividade” ao direito de ordenação social, tornando-o “distinto e autónomo do direito penal”, sendo estas transformações iniciadas no ordenamento jurídico português, no

²³ EIRAS, Henriques e FORTES, Guilhermina – Dicionário de Direito Penal e Processo Penal. 2ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2006.

²⁴ A palavra contraordenação, deixou de ser “contra-ordenação” por força do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990 aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 26/91, e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 43/91, ambos de 23 de agosto de 1991, com alterações posteriores aprovadas pela Retificação n.º 19/91, de 7 de novembro. Tratava-se de uma formação por prefixação, no qual se deixou de empregar o hífen, nos termos do Anexo I, Base XVI, da citada resolução.

quadro onde deveriam ser iniciadas, o jurídico-constitucional, como infra se verá.

Ainda do citado preâmbulo se pode extrair que “o novo Código Penal, ao optar por uma política equilibrada da descriminalização, deixa aberto um vasto campo ao direito de ordenação social naquelas áreas em que as condutas, apesar de socialmente intoleráveis, não atingem a dignidade penal”. Destaca ainda que são as “necessárias reformas em domínios como as práticas restritivas da concorrência, as infracções contra a economia nacional e o ambiente, bem como a protecção dos consumidores, que tornam o regime das contra-ordenações verdadeiramente imprescindível”.

Ora, partindo, face ao que antecede, da premissa que atualmente o direito das contraordenações assume uma posição autónoma, procurar-se-á neste capítulo, referenciar as normas constantes no texto Constitucional com referências expressas ou indiretas ao direito das contraordenações em geral e às contraordenações em particular.

2. Referências expressas

A CRP possui apenas cinco artigos onde o direito das contraordenações é referenciado: artigo 32.º, n.º 10, artigo 37.º, n.º 3, artigo 165.º, n.º 1, alínea d), artigo 227.º, n.º 1, alínea q) e artigo 282.º, n.º 3, que se infra analisam.

2.1. Artigo 32.º, n.º 10

A palavra “contraordenação” apenas surge em concreto na CRP neste artigo, em que “[n]os processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa”. Como ponto de partida, pode afirmar-se que neste artigo a CRP, apesar da epígrafe se referias às “garantias de processo criminal” distingue três tipos de processos: o criminal (logo no n.º 1), o processo de contraordenação e “quaisquer” outros processos sancionatórios.

Este número contou com duas alterações: o artigo 18.º da Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de julho, que reviu a CRP pela segunda vez, adita um novo n.º 8, designadamente, “*nos processos por contra-ordenação são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa*”; já a quarta revisão constitucional operada pela Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro, no seu artigo 15.º, n.º 3 adita dois novos n.ºs 6 e 7, empurrando o n.º 8 para n.º 10. O n.º 5 deste mesmo artigo ao então n.º 10 do artigo 32.º, adita a expressão “bem como em quaisquer processos sancionatórios” entre “contra-ordenação” e “são assegurados”, chegando-se assim à redação atual.

Este artigo insere-se no Título II, da Parte I, da CRP (artigos 24.º a 57.º) – Direitos, liberdades e garantias – designadamente no capítulo I – Direitos, liberdades e garantias pessoais – o que lhe atribui a força jurídica prevista no já exposto artigo 18.º, n.º 1.

Mais ainda, o artigo 18.º, n.º 2 da CRP, como se pode ler no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, consagra expressamente um dos princípios que doutrina penal defende, o princípio da subsidiariedade do direito criminal, assente numa lógica de proporcionalidade, só entrando o direito penal se outros direitos sancionatórios “inferiores” não forem suficientes. Aqui sustenta-se que o direito criminal deve “*apenas ser utilizado como a ultima ratio da política criminal, destinado a punir as ofensas intoleráveis aos valores ou interesses fundamentais à convivência humana, não sendo lícito recorrer a ele para sancionar infracções de não comprovada dignidade penal*”.

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (2005, p. 363) referem perentoriamente que é inconstitucional a aplicação de qualquer tipo de sanção contraordenacional, administrativa, fiscal, laboral, ou qualquer outra, sem a prévia audiência do arguido e sua possibilidade de defesa, pressupondo esta última uma acusação. Este “direito de se defender” aparece para estes autores como uma “*exigência fundamental do Estado de Direito material*”.

As garantias audiência e defesa do arguido surgem por excelência no processo criminal, como se extrai da própria epígrafe do artigo. Todavia, a jurisprudência Constitucional já admitiu que tais garantias valem para outros processos sancionatórios. É exemplo o Acórdão do TC

n.º 516/03 onde se entende que as referências aos direitos de “audiência e defesa” constantes neste número (e no n.º 3 do artigo 269.º da CRP, como se verá) se pode “*fazer derivar um princípio análogo em matéria de processo de contra-ordenações e de processo disciplinar*”. Ainda, são exemplos desta articulação (sem prejuízo de outros), o Acórdão do TC n.º 469/97 (processo de contraordenação laboral), o Acórdão do TC n.º 50/99 (prova em processo contraordenacional), o Acórdão do TC n.º 278/99 (ilícito de mera ordenação social), o Acórdão do TC n.º 303/99 (contraordenações/recursos), o Acórdão do TC n.º 395/02 (processo de contraordenação/prazo/férias judiciais), Acórdão do TC n.º 62/03 e mais recentemente, o Acórdão do TC n.º 299/13. Os dois primeiros Acórdãos elencados revelam a linha do TC sobre a natureza do ilícito contraordenacional, sendo que “*não deve acolher-se uma estrita equiparação entre esse ilícito e o ilícito criminal*”, mas “*sem deixar de sublinhar a necessidade de serem observados determinados princípios comuns que o legislador contra-ordenacional será chamado a concretizar dentro de um poder de conformação mais aberto do que aquele que lhe caberá em matérias de processo penal*”.

O Acórdão do TC n.º 469/97 chega a admitir claramente que um desses princípios é o da “audiência e correlativa defesa do arguido”, que devem ser “comuns a todos os processos sancionatórios”. O mesmo se extrai do Acórdão do TC n.º 278/99, embora admitindo uma “certa maleabilização do exercício do contraditório” fora da audiência de julgamento e os atos instrutórios (artigo 32.º, n.º 5 da CRP) e dada a “menor ressonância ética do ilícito contra-ordenacional” o contraditório admite plasticização pelo legislador ordinário.

O artigo 50.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro expressa precisamente essa ideia, cuja a epígrafe é “Direito de audição e defesa do arguido” em que “*não é permitida a aplicação de uma coima ou de uma sanção acessória sem antes se ter assegurado ao arguido a possibilidade de, num prazo razoável, se pronunciar sobre a contra-ordenação que lhe é imputada e sobre a sanção ou sanções em que incorre*”.

É relevante verificar que o artigo 32.º deste diploma aplica, como direito subsidiário, as normas do Código Penal, bem como de forma idêntica no processo, o Código de Processo Penal.

2.2. Artigo 37.º, n.º 3

Este artigo com a epígrafe “Liberdade de expressão e informação” refere que as *“infrações cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respetivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei”*. A versão originária deste número não “entregava” as infrações aos princípios dos dois direitos sancionatórios agora contidos, referindo apenas que *“as infracções cometidas no exercício destes direitos ficarão submetidas ao regime de punição da lei geral, sendo a sua apreciação da competência dos tribunais judiciais”*. A Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de setembro, através do seu artigo 29.º, altera a norma para *“as infracções cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal, sendo a sua apreciação da competência dos tribunais judiciais”*. Só através do artigo 20.º da Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro é que é aditada a expressão “ou do ilícito de mera ordenação social”.

Para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 571, 572 e 575) este artigo faz parte da “constituição da informação” (juntamente com os artigos 38.º a 40.º), consistindo num direito universal. O n.º 3, para estes autores, estabelece precisamente os limites do impreciso n.º 1 *in fine* – “sem impedimentos nem discriminações” – visando salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, cuja infração *“pode conduzir a punição criminal ou administrativa”*. Reforçam ainda estes autores que as infrações ficam sujeitas aos princípios gerais do direito criminal ou do direito de mera ordenação social, proibindo-se assim um “direito penal de exceção”. Estes princípios gerais do direito criminal são entendidos pelos autores como a Constituição penal (27.º a 32.º) e os princípios da legislação penal comum (exemplo do Código Penal), não se pronunciando sobre os princípios gerais do ilícito de mera ordenação social. Consideram ainda como “entidade administrativa independente” como a Entidade Reguladora da Comunicação Social (artigo 39.º).

Esta artigo está também inserido no capítulo I – Direitos, liberdades e garantias pessoais do Título II, da Parte, da CRP, o que lhe atribui a já exposta força jurídica.

Para JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (2005, p. 430 e 431) o n.º 3 prevê uma dupla garantia: substantiva, pela sujeição os princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, o que segundo eles, veda a existência de um regime especial de crimes de liberdade de imprensa; e uma garantia adjetiva, em que os julgamentos das infrações criminais são efetuadas pelos tribunais judiciais e a apreciação das contraordenações por entidade independente, nos termos do artigo 267.º da CRP e com possibilidade de recurso da decisão para os tribunais.

2.3. Artigo 165.º, n.º 1, al. d)

O artigo 165.º da CRP está inserido no Título III, da Parte II – Assembleia da República, Capítulo 2 – Competência. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2010, p. 308)²⁵ dividem a competência legislativa da Assembleia da República em três esferas: um domínio absolutamente reservado, em que só esta pode legislar; uma área relativamente reservada, em que a Assembleia pode o autorizar o Governo a legislar; e outra em que o Governo pode legislar concorrentemente com a Assembleia. REBELO DE SOUSA e MELO ALEXANDRINO (2000, p. 279) a propósito do artigo 164.º da CRP, seguindo JORGE MIRANDA, referem que sempre que a CRP não se refira a “bases”, “bases gerais” ou “regime geral” a matéria em questão pertence na totalidade à Assembleia da República.

Este artigo insere-se na reserva relativa de competência legislativa. A sua génese adveio dos artigos 167.º e 168.º da CRP de 1976, sob as epígrafes, “Reserva de competência legislativa” e “autorizações legislativas”. Com a Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de setembro sofrem

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital Martins – Constituição da República Portuguesa Anotada – Artigos 108.º a 296.º. Vol II 4ª ed. Revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. 1085 p.

uma fusão e através do seu artigo 128.º, n.º 6 desta Lei Constitucional, são aditadas ao n.º 1 do novo 128.º, nove alíneas, entre elas a alínea d), com a seguinte redação: “*Regime geral de punição das infracções disciplinares, bem como dos actos ilícitos de mera ordenação social e do respectivo processo*”. Só na quarta revisão Constitucional, operada através da Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro, é que, nos termos do seu artigo 109.º, o artigo 168.º passa a artigo 165.º, mantendo-se até aos dias de hoje. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2010, p. 324) dividem em três grupos as alíneas do n.º 1, designadamente, a a h – matérias respeitantes a direitos fundamentais; alíneas i a p, u, v e x, a matérias respeitantes à Constituição económica; e p, q, r, s, v e aa), a matérias respeitantes à organização política e administrativa do Estado.

A este propósito sempre se poderá abordar o problema da reserva de lei, atendendo na previsão do artigo 18.º, n.º 3 da CRP, onde parece existir uma obrigação de reserva de lei para a criação de contraordenações. A reserva de lei para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 395) tem um duplo sentido enquanto requisito da legitimidade constitucional das restrições de direitos, liberdades e garantias, nomeadamente: reserva de lei material, em que estas restrições apenas podem ser efetuadas por lei nunca por regulamento; e reserva de lei formal, em que é exigida lei da Assembleia da República, ou decreto governamental devidamente autorizado.

Ora, na norma em escrutínio [165.º, n.º 1, alínea d)] a reserva de lei vislumbra-se obrigatória apenas para o “regime geral”, não para as infracções singulares. Tal opinião é defendida por SILVA DIAS (2019, p. 68 e 69), acrescentando ainda que a previsão “lei” – princípio da legalidade – do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro tanto pode ser uma lei parlamentar, como Decreto-Lei, Decreto Regional, um Regulamento ministerial ou emanada pela Administração Local. Este entendimento é reforçado pelo Acórdão do TC n.º 41/04 onde se considera que Constituição não consagra reserva de lei parlamentar quanto à tipificação dos concretos ilícitos de mera ordenação social, admitindo assim “*uma inerente flexibilidade quanto às fontes normativas de tais ilícitos, as quais poderão ter, em última análise, a natureza de fontes regulamentares*”.

No entanto, alerta SILVA DIAS (2019, p. 70) que não se pode desconsiderar o princípio da proporcionalidade presente no artigo 18.º, n.º 2 da CRP, designadamente, quanto mais gravosas foram as coimas e sanções acessórias, maior deve ser a “relevância e solenidade do ato legislativo que as cria”. Assim, o autor admite que face às contraordenações “modernas” com coimas “*elevadíssimas e/ou sanções acessórias altamente gravosas*”, devem estar sujeitas a reserva de lei formal, em contraposição às infrações “tradicionais”.

Outro problema de reserva de lei, marcou o início da era das contraordenações. O Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de julho que institui o ilícito de mera ordenação social, no seu artigo 1.º, n.º 1 entendia como contraordenação “*todo o facto ilícito e subjectivamente censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima*”. Por sua vez, o n.º 3 deste artigo e diploma dispunha que “*são equiparáveis às contra-ordenações as contravenções ou transgressões previstas pela lei vigente a que sejam aplicadas sanções pecuniárias*”, o que levou as contravenções punidas com multa a passar a constituir, nas palavras de SILVA DIAS (2019, p. 27) a “*primeira legião de infrações à qual era aplicável a disciplina prevista no diploma*”. Já o n.º 4 previa que ao “*mesmo regime podem ser submetidos os casos indicados na lei*”.

Volvidos pouco mais de dois meses, estes dois números foram revogados pelo Decreto-lei n.º 411-A/79, de 1 de outubro, sendo que como se pode ler no seu preâmbulo, a “*publicação do Decreto-Lei 232/79, de 24 de julho, consagrando embora a criação de um «direito de mera ordenação social» cuja falta se faz sentir, suscitou problemas vários de aplicação prática, para além de dúvidas sobre a sua constitucionalidade*”. A Administração ainda não estava preparada para esta mudança sendo necessário “*uma prévia readaptação das entidades intervenientes, com exacta identificação dos problemas que teriam de ser enfrentados*”, como se pode ler no citado preâmbulo. Com a revogação destes dois números o Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de julho ficou esvaziado, sendo que segundo SILVA DIAS (2019, p. 28) era mantido o “edifício” desta nova forma de ilícito, “*mas desaparecia o «recheio»*”, ou seja, a “*matéria contra-ordenacional à qual pudesse ser aplicado o novo regime*”.

Outro ponto de vista que se pode extrair desta revogação é a própria constitucionalidade do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de julho, pois este diploma despenalizou as contravenções, retirando-as do domínio penal, colocando-se então a questão, atentado ao teor do artigo 167.º, n.º 1 alínea e) da CRP de 1976, em que era reserva de competência legislativa da Assembleia da República a “*definição dos crimes, penas e medidas de segurança e processo criminal, salvo o disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 148*”, se não se verificava uma inconstitucionalidade orgânica. SILVA DIAS (2019, p. 29) defendeu que havia boas razões em prol da tese de inconstitucionalidade, uma vez que o “*princípio da divisão de poderes e exigências de segurança jurídica impõem que a decisão político-criminal acerca da composição da matéria penal em cada momento caiba aos representantes dos cidadãos livremente eleitos*”.

Precisamente por subsistirem essas dúvidas, o Presidente da Assembleia da República em 31 de agosto de 1979, bem como do Procurador-Geral da República (quatro dias mais tarde), solicitaram ao Conselho da Revolução a apreciação e declaração de inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de julho, do qual resultou o Parecer da Comissão Constitucional n.º 4/81. Como se pode extrair deste Parecer, a solicitação do Presidente da Assembleia da República foi motivada pelo requerimento de dois deputados, fundamentando a inconstitucionalidade na violação das alíneas e) e j) do artigo 167.º da Constituição, pois o Governo tinha aprovado um diploma que desqualificou “*como crimes e penas infracções e sanções que até aí como tais eram consideradas, alterando a competência dos tribunais em matéria criminal*”. Já o Procurador-Geral da República argumentou o vício da inconstitucionalidade orgânica apenas com a alínea j) do citado artigo, pois considerava que os artigos 1.º, n.º 3, e 30.º a 66.º do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de julho eram violadores de tal preceito, pois “*retirou-se competência aos tribunais de comarca para conhecerem, em primeira instância, de tais contravenções ou transgressões, competência que lhes fora atribuída designadamente pelo artigo 54.º da Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais*”, à altura, Lei n.º 82/77, de 6 de dezembro.

Este Parecer, antes de ir à questão do conteúdo do diploma faz uma referência à “*constitucionalidade de diplomas legislativos elaborados*

por um Governo e que foram promulgados e publicados após a exoneração do mesmo Governo, mas antes ainda da nomeação de novo Primeiro-Ministro". É que o Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de julho foi aprovado pelo IV Governo Constitucional que pela exoneração do Primeiro Ministro cessou funções, e foi promulgado e publicado antes da tomada de posse do V Governo Constitucional. Após citar a Doutrina dominante à altura, foi entendido pela Comissão Constitucional que o diploma "*não sofre globalmente de qualquer Inconstitucionalidade*".

A Comissão sobre o artigo 1.º, n.º 3 por ter sido revogado de imediato pelo Decreto-lei n.º 411-A/79, de 1 de outubro não considerou necessário averiguar detalhadamente a inconstitucionalidade, pois não houve conhecimento de nenhuma declaração de incompetência dos tribunais, sendo que aliás, em grande parte do tempo de vigência do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de julho, estava-se em férias judiciais e, ainda, os ministérios não tinham criado qualquer regulamentação para aplicação das coimas.

Sobre a inconstitucionalidade orgânica, a Comissão conclui que "*visando absorver em si a maior parte das contravenções conhecidas na nossa ordem jurídica, pode dizer-se que o direito de mera ordenação social não deve ser visto como direito criminal de justiça, definidor de crimes, não se verificando, por isso, razões substanciais que permitam concluir que deve ser abrangido pela reserva de competência legislativa exclusiva da Assembleia da República, no âmbito da alínea e) do artigo 167.º da Constituição, interpretada extensivamente*". Para a Comissão Constitucional o Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de julho não era mais do que uma "lei quadro" que só terá aplicação quando "o legislador for criando contra-ordenações em legislação posterior".

Posteriormente, através do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, foi instituído "novamente" o ilícito de mera ordenação social e respetivo processo, este diploma sim, curiosamente (ou não), precedido de uma lei de autorização legislativa, a Lei n.º 24/82, de 23 de agosto.

2.4. Artigo 227.º, n.º 1, al. q)

Deste artigo resulta que as regiões autónomas são "*pessoas coletivas territoriais e têm os seguintes poderes, a definir nos respetivos estatutos*:"

definir atos ilícitos de mera ordenação social e respectivas sanções, sem prejuízo do disposto na alínea d) do n.º 1 do artigo 165.º”.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2010, p. 658) retiram da expressão “pessoas coletivas territoriais”, pessoas coletivas de direito público interno, com regime e poderes que relevam apenas no âmbito interno do Estado. Estes autores dividem os poderes atribuídos pela CRP às regiões autónomas em dois grupos: aqueles em que consistem na prática de atos de competência própria (que também é dividido em dois conjuntos, competência política e normativa e competência administrativa); e aqueles que consistem na participação de atos da competência de órgãos de Estado. É neste último que os autores inserem a alínea q).

O artigo 227.º da CRP segundo REBELO DE SOUSA e MELO ALEXANDRINO (2000, p. 360) compreende os vastos poderes políticos, legislativos e administrativos das regiões autónomas, alargados em 1997, no domínio da legislação própria. No texto primitivo este artigo correspondia ao artigo 229.º, que ainda não previa a definição dos atos ilícitos de mera ordenação social. Com a Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de setembro, foi introduzida a alínea m), ainda do artigo 229.º, que já instituiu este poder. A Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de julho, alterou e aditou alíneas, passando a anterior alínea m) para alínea p). Já a Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro converte o artigo 229.º no artigo 227.º, alterando e aditando também alíneas, passando a alínea p) para q), mantendo-se atualmente, apesar da Lei Constitucional n.º 1/04, de 24 de julho, vir a alterar bastantes alíneas do n.º 1.

REBELO DE SOUSA e MELO ALEXANDRINO (2000, p. 360) destacam as inovações dos atos normativos trazidas pelo artigo 112.º, n.º 4 da CRP os em que os decretos legislativos regionais devem respeitar os “*princípios fundamentais das leis gerais da República*” e tratar apenas de matérias de interesse específico e que não invadam a competência da Assembleia da República ou Governo.

Nestes termos, constata-se que um decreto legislativo regional pode estabelecer um regime contraordenacional. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2010, p. 679) admitem que o poder “*definir atos ilícitos de mera ordenação social e respectivas sanções*” cabe exclusivamente

às Assembleias Legislativas no quadro do regime geral determinado pela Assembleia da República para o ilícito contraordenacional. A este propósito os autores referem que a CRP reconhece apenas três figuras sancionatórias: o direito penal, o direito das contraordenações e o direito disciplinar.

2.5. Artigo 282.º, n.º 3

O artigo 282.º da CRP estabelece os efeitos da declaração de inconstitucionalidade e de ilegalidade determinada pelo TC, na sequência do artigo antecedente – fiscalização abstrata sucessiva. Nos termos do seu n.º 1, a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos “*desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a reprivatização das normas que ela, eventualmente, haja revogado*”.

REBELO DE SOUSA e MELO ALEXANDRINO (2000, p. 437) consideram a declaração de inconstitucionalidade como uma nulidade atípica, atendendo à “*prevalência do princípio da constitucionalidade sobre o princípio da certeza jurídica*”.

O n.º 3 deste artigo reza que “*ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido*”. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2010, p. 976) referem que este número contém uma exceção à regra dos “*efeitos gerais retroativos da declaração de constitucionalidade*” e uma “*exceção da exceção*”. Também REBELO DE SOUSA e MELO ALEXANDRINO (2000, p. 437) defendem que a primeira ressalva opera automaticamente, contrariamente à não exclusão, segunda ressalva, que depende de decisão “*explícita e concretizada*” do TC.

Para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2010, p. 977) a exceção – “*ficam ressalvado os casos julgados*” – não implica a “*revogação ou modificação das aplicações concretas que tiverem sido feitas da norma considerada inconstitucional (ou ilegal)*”, desde que tenha ganho forma “*definitiva e irretratável*”. Já a exceção da exceção

– “salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional” – tem como sentido para estes autores: a declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade, à partida, não implica “revisão” dos casos julgados que se tenha aplicado essa norma; no entanto estes podem ser revistos se daí resultar um decisão de conteúdo mais favorável ao arguido, remetendo para o artigo 24.º, n.º 4 da CRP; e a revisão de sentenças constitutivas de caso julgado em matéria penal ou “equiparada” não é automática. Para estes autores é limitado o princípio do caso julgado pelo princípio da norma penal (ou equiparada).

Ainda segundo estes autores, o princípio do tratamento mais favorável ao arguido abrange os três domínios sancionatórios constitucionalmente previstos: ilícito criminal, ilícito disciplinar, ilícito de mera ordenação. Este artigo inclui para além do direito material sancionatório, o direito substantivo. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (2005, p. 331) defendem que este artigo reforça também a tese da aplicação da lei mais favorável ao ilícito contraordenacional.

3. *Referências indiretas*

Para além dos subsídeos até aqui mencionados, a CRP não indica expressamente que outras normas ou princípios constitucionais são aplicáveis ao direito das contraordenações. Mas será que existem normas e princípios constitucionais em matéria penal (ou outros) que lhe podem ser aplicáveis? Refletir-se-á, sumariamente, infra.

3.1. *Artigo 20.º, n.º 4*

Este número, tal como o número seguinte, é inspirado no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, como destacam REBELO DE SOUSA e MELO ALEXANDRINO (2000, p. 103). Segundo este preceito todos “*têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo*”.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 415) defendem que para o processo seja equitativo tem de compreender todos os

direitos, designadamente, direito de ação, direito ao processo, direito à decisão e direito à execução da decisão. Estes autores consideram que a CRP densifica este direito no artigo 32.º. Ainda estes autores referem que a doutrina e a jurisprudência interligam este princípio com outros princípios: direito à igualdade de armas, direito de defesa e do contraditório, direito dos prazos razoáveis de ação ou de recurso, direito à fundamentação das decisões, direito à decisão em prazo razoável, direito ao conhecimento dos dados processuais, direito à prova e direito orientado para a justiça material. Sobre o direito à decisão da causa em prazo razoável estes autores pressupõem “*uma formatação processual temporalmente adequada feita pelo legislador*”.

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (2005, p. 192) referem que a CRP não concretiza o conceito de prazo razoável. Segundo estes autores o processo equitativo aqui consignado postula a efetividade do “direito de defesa no processo, bem como dos princípios do contraditório e da igualdade de armas”, nas palavras de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 415) um “prazo cômgruo”.

SILVA DIAS (2019, p. 45) admite a sua aplicação à fase administrativa do processo contraordenacional, admitindo que sem o mesmo “vigor e grau de realização” do processo penal.

3.2. *Artigo 29.º*

Este artigo aborda a temática da aplicação da lei penal, inserido, a par do artigo 32.º, no capítulo dos direitos, liberdades e garantias pessoais. Para REBELO DE SOUSA e MELO ALEXANDRINO (2000, p. 116) este preceito alberga os princípios essenciais do Direito Criminal, destacando a sua quase inalterabilidade desde o texto originário da Constituição. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 493) mencionam que este artigo reitera “*os grandes princípios em matéria penal das primeiras constituições liberais*”, dando o exemplo do princípio da legalidade e da tipicidade dos crimes e das penas e não retroatividade da lei penal e da aplicação retroativa da lei penal mais favorável.

Para estes autores, este artigo não patenteia um critério que traga uma “obrigação constitucional de penalização”, ou ao contrário,

“proibição constitucional de penalização”. Todavia, alertam que só “*podem ser objeto de proteção penal os direitos e interesses constitucionalmente previstos*”, pois apenas é neles que reside a justificação da restrição de direitos dada pela punição penal. Estes autores vão mais longe dizendo que a punição penal é subsidiária em relação a outras formas de punição, designadamente, as contraordenações, punição disciplinar e responsabilidade civil (a não ser que sejam impróprias ou insuficientes). Assim, colocam então a questão de saber se estes princípios são extensíveis a outros domínios sancionatórios, como sejam o ilícito de mera ordenação social e o ilícito disciplinar, considerando que a epígrafe do artigo refere expressamente “aplicação da lei criminal”. Estes autores dão resposta afirmativa, concluindo que na parte pertinente, devem valer por analogia.

Na jurisprudência constitucional, designadamente, do Acórdão do TC n.º 41/04 extrai-se que nem este artigo se aplica imediatamente ao ilícito de mera ordenação social, nem o artigo 165.º confere a este ilícito o mesmo grau de controlo parlamentar que atribui aos crimes. Todavia, está consolidado no “*pensamento constitucional que o direito sancionatório público, enquanto restrição relevante de direitos fundamentais, participa do essencial das garantias consagradas explicitamente para o direito penal, isto é, do núcleo de garantias relativas à segurança, certeza, confiança e previsibilidade dos cidadãos*”. Alertando ainda que se assim não fosse, sempre seria, pela imposição dada pelo princípio do Estado de direito consagrado no artigo 2.º da CRP.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 494) enunciam quatro princípios básicos em matéria de punição criminal: o princípio da legalidade, o princípio da tipicidade, o princípio da não retroatividade da lei penal e o princípio aplicação retroativa da lei penal mais favorável, que infra se decalcarão. Do artigo 29.º da CRP extrai-se ainda o princípio *nom bis in idem* (n.º 5), abaixo exposto.

3.2.1. Princípio da legalidade

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (2005, p. 325) referem que este artigo consagra o princípio da legalidade penal, surgindo pela

necessidade de preservar a dignidade da pessoa humana, dento de um Estado de Direito.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 494 e 495) analisam o princípio da legalidade com base: na reserva de lei da Assembleia da República em matérias de crimes, penas ou medidas de segurança [ou Governo mediante autorização – artigo 165, n.º 1, alínea c)], mesmo os advenientes do direito internacional ou comunitário, embora prevalecendo sobre o direito interno; proibição de regulamentos penais delegados; e proibição de definição de crimes ou punições penais através do direito consuetudinário. Estes autores admitem que o princípio da legalidade *latu sensu* aplica-se ao ilícito de mera ordenação social.

No mesmo sentido, a jurisprudência mais recente do TC, como é exemplo o Acórdão do TC n.º 76/2016, que afirma que o princípio da legalidade da sanção, decorrente dos artigos 29.º, n.ºs 1 e 3, e 30.º, n.º 1, da Constituição, é aplicável ao direito de mera ordenação social.

O artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, dá corpo a este princípio em que só “*será punido como contra-ordenação o facto descrito e declarado passível de coima por lei anterior ao momento da sua prática*”, artigo em tudo idêntico (trocando coima por crime) ao artigo 1.º, n.º 1 do Código Penal.

Não se poderá deixar de referir que este princípio na âmbito do direito das contraordenações apresenta uma maior flexibilidade, exigindo-se a lei formal apenas para o regime geral, ou, na linha de SILVA DIAS (2019), para as contraordenações modernas (com coimas “elevadíssimas”), tal como já exposto nas considerações sobre o artigo 165.º, n.º 1, al. d) da CRP. Assim, não serão inconstitucionais os regulamentos municipais ou paroquais.

3.2.2. Princípio da tipicidade

Este princípio tem como requisitos, no entendimento de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 495): especificação “suficiente” do tipo de crime ou pressupostos das medidas de segurança e conseqüente proibição da analogia; exigência legal da “*determinação*

de qual o tipo de pena que cabe a cada crime”. Exclui “tanto as fórmulas vagas na descrição dos tipos legais de crime, como as penas indefinidas ou de moldura tão ampla que em tal redunde”. Para estes autores, este princípio não vale por analogia para o direito das contraordenações.

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (2005, p. 327 e 328) ajuízam que este é o corolário do princípio que antecede, considerando a exigência da determinabilidade do conteúdo da lei criminal – *nullum crimen sine lege certa* – ou seja, a lei deve descrever em pormenor a conduta a qualificar como crime, evitando arbitrariedade judicial, razão pela qual também, é proibida aplicação analógica em Direito Penal.

Da jurisprudência constitucional, encontra-se o Acórdão do TC n.º 76/2016, referente a um processo de contraordenação laboral, em que este princípio implica que a lei “*especifique suficientemente os factos que constituem o tipo legal de crime ou contraordenação (ou que constituem os seus pressupostos) e que efetue a necessária conexão entre o crime ou contraordenação e o tipo de pena ou coima que lhe corresponde*”. Este aresto defende ainda que a tipicidade impede que o legislador (e o “regulamentador”) “*utilize fórmulas vagas na descrição dos tipos legais de crime ou contraordenação, ou preveja penas indefinidas ou com uma moldura penal de tal modo ampla que torne indeterminável a pena a aplicar em concreto*”.

Este princípio constitui assim, uma “*garantia de certeza e de segurança na determinação das condutas humanas que relevam do direito criminal*”.

3.2.3. Princípio da não retroatividade

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 495) entendem que o princípio da não retroatividade da lei penal significa por razões de racionalidade e razoabilidade que: a lei penal vale para futuro e que a lei “*não pode aplicar a crimes anteriores penas mais graves*”. Consideram estes autores que o princípio da não retroatividade se aplica ao ilícito de mera ordenação social.

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (2005, p. 325 a 331) referem que o n.º 1 do artigo 29.º da CRP estabelece a proibição da

retroatividade da lei incriminadora, ou seja, ninguém pode ser punido ou aplicada medida de segurança se o facto for praticado antes da lei que qualifique a conduta como crime – *nullum crimen sine lege praevia*. Aqui referem claramente que o mesmo se aplica na hipótese de um facto não ser anteriormente considerado como ilícito, quer seja civil, disciplinar ou contraordenacional e o venha a ser, ou então, ainda que seja contraordenação ou outro ilícito não poderá ser criminalizado sem lei anterior.

Os autores questionam-se se não haverá qualquer critério-limitação à criminalização das condutas, concluindo que há de facto um critério constitucional sobre a criminalização, o artigo 18.º, n.º 2 da CRP. Nestes termos, a criminalização só é constitucionalmente legítima, quando a conduta *“lesar ou puser em perigo direitos ou valores previstos e protegidos pela Constituição”*. Este pressuposto-dimensão costuma designar-se de dignidade penal. Apresentam estes autores, ainda outro pressuposto, o da necessidade penal, ou seja, a proteção dos bens não ser possível sem recurso da aplicação de penas ou medidas de segurança. Segundo este critério de necessidade penal é que se pode afirmar que não existe uma *“imposição constitucional de criminalização”*, ou seja, por muito valioso que seja o valor ou bem jurídico, se houver outras sanções como sejam as contraordenacionais, se forem adequadas à sua proteção é a estas que se deve recorrer.

3.2.4. Princípio da aplicação retroativa da lei penal mais favorável

Segundo este princípio, quando o legislador deixa de considerar uma conduta crime, ou pune-a com menos intensidade, no entendimento de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 495 e 496) a *“nova valorização legislativa”* deve aproveitar a todos, mesmo aqueles que tinham praticado o crime em momento anterior e até (com algumas reservas) aos casos julgados. Estes autores admitem que o princípio da aplicação retroativa da lei mais favorável aplica-se ao ilícito de mera ordenação social.

Para JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (2005, p. 330) este princípio surge devido à consagração do princípio constitucional de

mínima intervenção nos direitos e liberdades fundamentais (artigo 18.º, n.º 2 da CRP), associada “à atribuição político-criminal às penas de um fim de prevenção”. Para estes autores o limite do caso julgado, estabelecido no artigo 2.º, n.º 4 do Código Penal, deve ser considerado inconstitucional. Afirmam ainda, que este princípio se aplica ao direito de mera ordenação social e direito disciplinar, tal como aponta também o artigo 282.º, n.º 3 da CRP.

Não obstante, não se poderá ter o mesmo raciocínio referente ao valor das coimas, que, com o avançar do tempo, terão que ser atualizadas e adequadas à realidade social vigente.

3.2.5. Princípio *nom bis in idem*

Este princípio para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 497 e 498) comporta duas dimensões: como direito subjetivo fundamental, “garante ao cidadão o direito de não ser julgado mais do que uma vez pelo mesmo facto”; como princípio constitucional, que “obriga o legislador à conformação do direito processual e à definição do caso julgado material”, impedindo a existência de vários julgamentos pelo mesmo facto. Para estes autores a CRP proíbe “rigorosamente o duplo julgamento e não a dupla penalização”. Ainda destacam que “não se reconduz à «prática de mesmo crime» o sancionamento de uma conduta como infração disciplinar e como crime e como crime e contraordenação”.

Como se consigna no Acórdão do TC n.º 263/94, a propósito do ilícito criminal e ilícito disciplinar é “evidente que a problemática do princípio de *non bis in idem* se põe relativamente a cada direito sancionatório, sendo certo que só no plano do direito criminal o princípio tem expressa consagração constitucional. Poder-se-á sustentar, é claro, que o princípio é aplicável também por analogia nos outros direitos sancionatórios públicos, no âmbito interno respectivo”.

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (2005, p. 330 e 331) consideram errado invocar este princípio como argumento a favor da “intangibilidade do caso julgado penal”. Este princípio nada tem a ver com a aplicação da lei nova mais favorável constituindo sim uma

garantia contra a arbitrariedade das repetições de julgamentos, ou seja, o que se pretende proteger com este princípio é a dupla punição pelo mesmo crime e não impedir a revisão da pena aplicada.

A professora FERNANDA PALMA (2011, p. 133 a 135)²⁶ no relatório das provas de agregação em 2005 com a apresentação da Unidade Curricular “Direito Constitucional Penal” abordou a questão de saber até que ponto as sanções penais podem ser acompanhadas de outras sanções (disciplinares ou administrativas), sem que o mesmo facto seja “duplamente punido”. Para esta autora, a “solução constitucional tradicional” apresentada assenta na diferente natureza do ilícito como justificação da autonomia das sanções, bem como da sua cumulação. Todavia, alerta que cumulando o direito penal com outro ramo do direito sancionatório público estar-se-á a contrariar o princípio da necessidade da pena e a proibição constitucional do excesso, sobretudo se “*a sanção disciplinar ou administrativa cumprir a função preventiva e protetora semelhante à da sanção penal*”. O artigo 20.º do Decreto-Lei 433/82, de 27 de outubro, onde é previsto o concurso de infrações (crime e contraordenação), o agente é punido a título do crime, segundo a autora é redigido precisamente na lógica de *non bis*.

Sobre esta temática, a autora questiona ainda se certas sanções contraordenacionais ou disciplinares não atingem, pela sua gravidade uma verdadeira “natureza penal”. É que para a autora, o direito contraordenacional e o direito penal apresentam “sanções materialmente idênticas”, dando o exemplo das sanções pecuniárias e demissões e acrescentando que “*verdadeiramente só a pena de prisão para as pessoas singulares e pena de dissolução para as pessoas coletivas, não proibida pela CRP, são sanções penais específicas*”.

3.3. Artigo 30.º, n.º 1 e n.º 4

Este artigo estabelece os limites das penas e das medidas de segurança como indica a sua epígrafe, em que “[n]ão pode haver penas nem

²⁶ PALMA, Maria Fernanda. Direito Constitucional Penal. Coimbra: Almedina, 2011.

medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida”.

Para REBELO DE SOUSA e MELO ALEXANDRINO (2000, p. 118) este número parece ter exceção no artigo 33.º, n.º 5 da CRP. Para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 502) este número que evoca a natureza temporária, limitada e definida das penas é expressão do direito à liberdade (artigo 27.º da CRP), da proibição de penas cruéis (artigo 25.º, n.º 2 da CRP) e da proteção da segurança (artigo 2.º da CRP). Para estes autores, para além das penas privativas da liberdade a CRP não define quais podem ser as outras penas, ou melhor, quais “*os direitos, bens ou valores cuja perda ou restrição pode constituir uma pena*”. Afirmam que à exceção do n.º 4, não é aqui expressamente estabelecido nenhum limite, a CRP fá-lo sim, noutros artigos, como por exemplo nos artigos 24.º n.º 2 e 26.º.

Tal como já afirmado, a jurisprudência mais recente do TC, como é exemplo o Acórdão do TC n.º 76/2016, refere que o princípio da legalidade da sanção, decorrente dos artigos 29.º, n.ºs 1 e 3, e 30.º, n.º 1, da Constituição, é aplicável ao direito de mera ordenação social.

Na linha de pensamento de JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (2005, p. 333) este artigo ocupa-se dos limites das sanções criminais, sendo o n.º 1 (e em parte, n.º 2) responsável pelos limites temporais. Estes autores admitem que estes “princípios-garantia” têm sido aplicados a sanções de outros ramos do direito sancionatório, posição também por eles entendida, alertando, no entanto, que se têm que adequar ao autónomo relevo dos fins dos outros ramos sancionatórios. Estes autores referem concretamente que “*os princípios previstos nesta norma não devem ser entendidos como princípios estritamente referentes às sanções, privativas ou restritivas de liberdade, criminais, mas sim como referentes a qualquer sanção*”, independentemente de ser crime ou integrar qualquer ramo de direito sancionatório público.

Também do n.º 4, deste artigo em que “[n]enhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos”, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 504) defendem que o que aqui se pretende é proibir que à condenação em certas penas se acrescente de forma “automática” e “mecânica”, independentemente de decisão judicial, por efeito direto da lei, uma

pena desta natureza. Nesta linha, para estes autores a teleologia desta norma é retirar as penas “*efeitos estigmatizantes, impossibilitadores de readaptação social do delinquente*”, ou seja, que se decreta uma “morte civil”. É exemplo de um direito civil o direito de condução de veículos automóveis. Estes autores problematizam em saber “se e em que medida” é que os princípios enunciados aplicam a outros domínios sancionatórios, como o ilícito contraordenacional, acabando por admitindo que o n.º 4 é aplicável.

3.4. *Artigo 269.º, n.º 3*

Este artigo insere-se no Título IX, da Parte II, da CRP, subordinado à Administração Pública. Para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2010, p. 837) os princípios fundamentais da função pública não poderiam deixar de ser de natureza constitucional.

Inserido neste regime, a CRP estabelece em matéria de processo disciplinar, a garantia de audiência e defesa ao arguido. REBELO DE SOUSA e MELO ALEXANDRINO (2000, p. 403) alertam que se está a falar de garantias do procedimento e não processo devido à terminologia entretanto adotada pelo Código do Procedimento Administrativo. Repare-se que este número se mantém desde a versão originária da CRP (anterior artigo 270.º, n.º 3) e o artigo apenas sofreu uma alteração (n.ºs 1 e 2) pela Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de setembro.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2010, p. 841) referem que este direito deve considerar-se um direito fundamental fora do catálogo, com natureza análoga dos direitos, liberdades e garantias, por força do artigo 17.º da CRP, devendo ser-lhe aplicável o artigo 18.º da CRP. Deste número deve entender-se que o processo disciplinar terá que ser um “processo justo”, devendo aplicar-se, quando possível, as “*regras ou princípios de defesa constitucionalmente estabelecidos para o processo penal*”.

O Acórdão do TC n.º 516/03 admite que deste número “*se pode fazer derivar um princípio análogo em matéria de processo de contra-ordenações*”. Como se referiu (análise do artigo 32.º, n.º 10), o artigo

50.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro expressa concretamente este “*Direito de audição e defesa do arguido*”.

IV – Um regime setorial – RJACSR

1. *Prolegómenos*

O regime que se apresentará já de seguida reúne as matérias até aqui abordadas. Por um lado, os direitos fundamentais – direito à liberdade e à segurança e direito à liberdade de iniciativa económica – que se interrelacionam como se de pratos de balança se tratassem, em que por vezes pesa mais um que o outro, mas ambos sujeitos a restrições. Por outro lado, o regime contraordenacional que sanciona determinados comportamentos, devendo também operar com base nos princípios constitucionais.

Introduz-se neste Título as questões de segurança resultantes da “colisão” dos direitos fundamentais supra elencados, numa perspetiva prática, que por vezes, longe da doutrina e jurisprudência, sucedem e provocam graves problemas de ordem pública.

Lançando-se a seguinte questão, tratar-se-á do objeto do artigo: Será que os proprietários de estabelecimentos comerciais podem gerir o seu negócio da maneira que entenderem, sem quaisquer limites?

2. *RJACSR*

O RJACSR foi aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 10/2015, de 16 de janeiro. Este diploma foi precedido de autorização legislativa concedida pela Lei n.º 29/2014, de 19 de maio. E será que era necessária?

Conforme desenvolvido no Capítulo 2, do Título III, a reserva de Lei tem-se como obrigatória apenas para o “regime geral” das contraordenações, não para regimes setoriais, nos termos do preceituado no artigo 165.º, n.º 1, alínea d), da CRP. Todavia, segue-se a linha de pensamento de SILVA DIAS (2019, p. 70) em que, atendendo, por um lado, ao princípio da proporcionalidade presente no artigo

18.º, n.º 2 da CRP e por outro, a que o RJACSR incorpora restrições de direitos fundamentais, terá que se atender à “solenidade do ato legislativo” e deverá o diploma ser uma Lei da Assembleia da República (ou Decreto-Lei do Governo, mediante autorização legislativa, como é o caso do presente regime).

Como se lê no preâmbulo do RJACSR, este documento serviu para sistematizar alguns diplomas que se encontravam dispersos. O artigo 3.º, sob a epígrafe “*Liberdade de acesso e exercício de atividades de comércio, serviços e restauração*”, estabelece no seu n.º 1 que o “*acesso e exercício às atividades de comércio, serviços e restauração abrangidas pelo presente decreto-lei, bem como o exercício dessas atividades em regime de livre prestação, não estão sujeitos a qualquer permissão administrativa que vise especificamente a atividade em causa, salvo em situações excecionais expressamente previstas*”. Este artigo (bem como grande parte do diploma) surge para contrariar a grande morosidade sentida no procedimento atinente a concessão de autorização para iniciar uma atividade neste âmbito, vigorando agora “meras comunicações prévias”, no âmbito do “licenciamento zero”. Estas comunicações, como se lê também no preâmbulo do diploma, são “*destinadas apenas a permitir às autoridades um conhecimento sobre o tecido económico português*”, garantindo um início “rápido” da atividade sem delongas e esperas por inspeções e autorizações.

Este articulado dá assim voz ao direito fundamental de liberdade de iniciativa económica privada, principalmente à vertente de “direito pessoal” citada por GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 790), designadamente, à liberdade de iniciar uma atividade económica, que antes deste regime sofria sérias restrições pelos tempos de espera.

O RJACSR no seu Título II – Exercício das atividades de comércio, serviços e restauração, Capítulo II – Requisitos especiais de exercício e Secção III – Atividades de restauração ou de bebidas estabelece uma série de requisitos, regras e deveres. Um deles é o artigo 131.º, em que no seu n.º 1 se dispõe que é “*livre o acesso aos estabelecimentos de restauração ou de bebidas, salvo o disposto nos números seguintes*”. O seu n.º 2 expõe que pode “*ser recusado o acesso ou a permanência nos estabelecimentos a quem perturbe o seu funcionamento normal,*

designadamente por se recusar a cumprir as normas de funcionamento impostas por disposições legais ou privativas do estabelecimento, desde que essas restrições sejam devidamente publicitadas”.

Este RJACSR possui um Título reservado ao “Regime sancionatório e preventivo” – Título IV – correspondente aos artigos 142.º a 147.º.

O artigo 123.º, n.º 1 do RJACSR refere que os estabelecimentos de restauração ou de bebidas “*devem observar requisitos específicos, referidos nos artigos 124.º a 135.º, que abrangem (...) h) Regras de acesso aos estabelecimentos*”. A violação deste requisito, nos termos do n.º 2 constitui contraordenação grave. De acordo como artigo 143.º, n.º 1 e n.º 2, alínea b), a contraordenação grave é sancionada: tratando-se de pessoa singular, de (euro) 1 200,00 a (euro) 3 000,00; tratando-se de microempresa, de (euro) 3 200,00 a (euro) 6 000,00; tratando-se de pequena empresa, de (euro) 8 200,00 a (euro) 16 000,00; tratando-se de média empresa, de (euro) 16 200,00 a (euro) 32 000,00; tratando-se de grande empresa, de (euro) 24 200,00 a (euro) 48 000,00. Poderá ser aplicada ainda sanção acessória (artigo 144.º).

Assim, considerando estas previsões sancionatórias, se for violada a previsão do artigo 131.º do RJACSR, designadamente, o “livre acesso” aos estabelecimentos de restauração ou de bebidas, está-se perante um ilícito cuja a sanção é uma contraordenação, com faculdade de ser aplicada sanção acessória. Repare-se ainda que a legislação subsidiária nos processos de contraordenação deste regime, nos termos do seu artigo 145.º, é o regime jurídico do ilícito de mera ordenação social, o citado Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, podendo apenas, também, subsidiariamente, chegar-se ao regime adjetivo, o Código de Processo Penal.

Já no país vizinho, o direito de admissão é entendido pela *Ley 14/2010, de 3 de diciembre*, referente aos espetáculos públicos, atividades recreativas e estabelecimentos públicos, como “*la facultad de los titulares o prestadores para determinar las condiciones de acceso y permanencia en un establecimiento público de acuerdo con los límites fijados por la normativa en vigor*”, de acordo com o artigo 31.º, n.º 2. Apesar das semelhanças ao RJACSR, o artigo 31.º, n.º 6 deste diploma prevê que o “*ejercicio del derecho de admisión no podrá implicar ningún tipo de discriminación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14*

de la Constitución española”, sendo punido, também com sanção pecuniária o “*ejercicio del derecho de admisión de forma arbitraria, discriminatoria o abusiva*”.

3. *RJACSR, a CRP e a Segurança*

O artigo 131.º, n.º 1 do RJACSR tal como já exposto, menciona que é livre o acesso aos estabelecimentos de restauração ou de bebidas. Significa isto dizer que não pode ser vedada a entrada em qualquer estabelecimento deste género em razão de uma deficiência física, cor da pele, sexo, religião ou indumentária. Assim, por um lado, está-se perante um direito de liberdade, ou seja, entrar em estabelecimentos, circular, movimentar-se, aceder a bens e serviços, bem como, liberdade de escolha, seleccionar onde se quer entrar. Por outro lado, esta norma ancora no princípio da igualdade, em que todos, sem qualquer discriminação, poderão aceder, ser potenciais clientes, ou seja, ser “parte” de um contrato. Mas nem sempre foi assim. Basta recuar ao Estado Novo onde era “reservado o direito de admissão” em determinados estabelecimentos a determinadas elites, vendo outras pessoas vedado esse direito.

Sucedeu que o artigo 131.º, n.º 1 in fine do RJACSR garante um regime de exceção como supra descrito, podendo ser recusado (n.º 2) o acesso ou permanência a quem perturbe o normal funcionamento. Este número através do advérbio de modo “designadamente” exemplifica que o funcionamento normal do estabelecimento é perturbado por quem recusar cumprir as normas de funcionamento impostas legalmente ou ainda, recusar aquelas que são determinadas pela gerência no âmbito da sua autonomia privada. Para além destes exemplos expressos, o citado advérbio deixa margem para outras restrições.

Vejam-se alguns exemplos das disposições legais e privativas.

3.1. *Disposições legais*

Uma recente imposição legal que pode condicionar a permanência nos estabelecimentos comerciais é a restrição dos animais de companhia não poderem circular livremente, nos termos do artigo 132.º-A, n.º 2 do

RJACSR, pelos estabelecimentos. O artigo 131.º, n.º 4 deste diploma permitiu a entrada de animais de companhia em espaços fechados “*mediante autorização da entidade exploradora do estabelecimento expressa através de dístico visível afixado à entrada do estabelecimento*”, situação que antes não era possível. No entanto é imposto aos detentores dos animais que os vigiem, não permitindo a sua livre circulação pelo estabelecimento, sob pena “perturbarem o normal funcionamento” e lhes ser vedada a permanência no estabelecimento. O que se compreende. Quem está num momento de descontração numa “pausa para um café” ou até num almoço ou jantar, tem o direito de não ser incomodado por um cão ou por um gato a tocar-lhe nos pés. Também quem está com filhos pequenos, tem o direito de usufruir do estabelecimento sem os ver assustados. Ainda, não se restringindo os animais de companhia a cães e gatos, não seria agradável ver uma cobra ou uma aranha a circular livremente por um estabelecimento.

Assim vê-se restringido o direito à liberdade por parte dos detentores dos animais, mas tais restrições encontram “*expressão suficiente e adequada*”, seguindo o pensamento de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007), na CRP, pois são proporcionais, não excessivas e não aniquilam os direitos em causa. Seguindo a “teoria alexiana” de REIS NOVAIS (2010, p. 125) estão também assentes em critério de ponderação.

E nos casos em que os estabelecimentos não autorizam a entrada de pessoas acompanhadas de animais de companhia? Violam alguma disposição? O RJACSR é claro na resposta, como se viu. Os proprietários podem não permitir a entrada de animais de companhia. É a liberdade de iniciativa económica que tem mais peso nestes “pratos da balança”. Se os proprietários, pelo tipo de clientela, ou pelo modelo de negócio, ou por qualquer outra razão, não permitirem a entrada de animais de companhia estão a “exercer livremente” os seus direitos.

3.2. Disposições legais operadas pela pandemia

Apesar de não se tratar de verdadeiras restrições legais ao direito de acesso, nos termos do RJACSR, não se poderia deixar de tecer breves notas sobre o estado atual dos estabelecimentos comerciais.

O Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, estabeleceu medidas excepcionais e temporárias relativas à situação epidemiológica do novo Coronavírus – SARS-CoV-2. Uma das restrições (que se manteve ao longo das alterações a este diploma) foi precisamente a de acesso a estabelecimentos comerciais. Através do artigo 12.º do citado diploma foi suspenso o acesso ao público aos estabelecimentos de restauração ou de bebidas que dispusessem de espaços destinados a dança ou onde habitualmente se dance. Os restantes, ficaram sujeitas às regras de ocupação estabelecidas na Portaria n.º 71/2020, de 15 de março, designadamente, para os espaços comerciais uma “*regra de ocupação máxima indicativa de 0,04 pessoas por metro quadrado de área*” e estabelecimentos de restauração ou de bebidas a um terço da sua capacidade, tal como definida no artigo 133.º do RJACSR.

No dia seguinte, 14 de março de 2020, ainda sob vigência do estado de alerta (Lei de Bases de Proteção Civil) e de emergência de saúde pública (Lei de Bases da Saúde), pelo Despacho n.º 3299/2020, conjunto, foi determinado o encerramento dos bares todos os dias a partir das 21 horas. Quatro dias volvidos, foi por Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março, declarado o estado de emergência, com fundamento na verificação de uma situação de calamidade pública.

O Decreto n.º 2-A/2020 de 20 de março que procedeu à execução da declaração do estado de emergência, no artigo 7.º determinou que fossem encerradas as instalações e estabelecimentos referidos no seu anexo I. Tal proibição manteve-se nos Decreto n.º 2-B/2020, de 02 abril e Decreto n.º 2-C/2020, de 17 de abril que regulamentaram a prorrogação do estado de emergência (artigo 9.º). Todavia, de acordo com o artigo 20.º, n.º 2 alínea b) do Decreto n.º 2-C/2020, de 17 de abril poderia o membro do Governo responsável pela área da economia, mediante despacho permitir a abertura de algumas instalações ou estabelecimentos referidos no anexo I ao presente decreto.

A sétima alteração ao Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, foi operada pelo Decreto-Lei n.º 20/2020, de 1 de maio. O artigo 12.º, n.º 2 foi alterado no sentido de ser enxertado “os serviços”, que também veriam as regras de ocupação serem definidas portaria. Tornou-se obrigatório o uso de máscaras ou viseiras para o acesso ou

permanência nos espaços e estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços, reforçando-se tal dever pelo Decreto-Lei n.º 28-B/2020, de 26 de junho, que estabeleceu o regime contraordenacional, no âmbito da situação de calamidade, contingência e alerta.

Neste contexto, um leque alargado de estabelecimentos manteve-se encerrado conforme determinado pelas Resolução do Conselho de Ministros n.º 33-A/2020, de 30 de abril, Resolução do Conselho de Ministros n.º 38/2020, de 17 de maio, Resolução do Conselho de Ministros n.º 40-A/2020, de 29 de maio, Resolução do Conselho de Ministros n.º 43-B/2020, de 12 de junho (estado de calamidade), bem como, pelas Resolução do Conselho de Ministros n.º 51-A/2020, de 26 de junho e Resolução do Conselho de Ministros n.º 53-A/2020, de 14 de julho (calamidade, contingência e alerta).

Estas restrições legais estão suportadas no controlo da propagação da doença, garantindo o distanciamento social. É certo que restringiram o direito de acesso, bem como o direito à autonomia privada, mas de outra forma não poderia ser. Paulatinamente, as restrições estão a ser levantadas, exceção feita aos estabelecimentos de bebidas e os espaços para dança, que terão que ficar em último lugar, apesar do descontentamento, compreensível, do setor, que tem sido incansável na apresentação de propostas ao Governo, tendo até constituído grupos de trabalho para o efeito. Para já, foram autorizados a funcionar como cafés e pastelarias sem necessidade de alteração da classificação de atividade económica, mas sem utilizar os espaços para dança, conforme resulta das Resolução do Conselho de Ministros n.º 55-A/2020, de 31 de julho, que declara a situação de contingência e alerta, Resolução do Conselho de Ministros n.º 63-A/2020, de 14 de agosto (prorrogação) e da Resolução do Conselho de Ministros n.º 70-A/2020, de 11 de setembro (situação de contingência).

Também esta ausência de “diversão noturna” tem deslocado os jovens para outros estabelecimentos, como sejam os casinos, para além de que, tem trazido algumas alterações de ordem pública devido às festas ilegais que se vão realizando em locais improvisados, levando já algumas autarquias a tomar medidas para impedir estes ajuntamentos. Um pouco mais de resiliência, para o bem coletivo.

3.3. *Disposições privativas*

Para além das disposições legais, pode ser recusado o acesso ou permanência no estabelecimento, por disposições “privativas do estabelecimento”. Uma delas, principalmente nos estabelecimentos de bebidas, é a referência “Estamos Lotados”. É verdade que o artigo 131.º, n.º 6 do RJACSR determina que as “*entidades exploradoras dos estabelecimentos de restauração ou de bebidas não podem permitir o acesso a um número de clientes superior ao da respetiva capacidade*”, sendo tal comportamento sancionado como contraordenação grave (punida com os valores supra expostos), nos termos do artigo 123.º, n.º 1, alínea j) e n.º 2 do RJACSR. Situação diferente sucede quando realmente o estabelecimento não está lotado, mas utiliza este argumento para restringir o acesso a pessoas “não desejadas”. Perante este cenário, muitas vezes associados a preconceitos racistas, que direitos subsistem aos potenciais clientes? Para além da reclamação em livro de reclamações, apenas solicitar a presença das forças de segurança. E à chegada destas, o que as mesmas mais podem fazer? Apenas levantar auto de contraordenação caso a restrição não esteja publicitada. E caso esteja publicitada e os clientes que se encontrem no interior não “lotarem” o estabelecimento? Podem as forças de segurança obrigar a deixar entrar o cliente reclamante? Tal não se vislumbra legal.

Situação similar que se poderá abordar é a questão das “festas privadas”, embora também solucionada pelo artigo 131.º, n.º 3 do RJACSR, em que, novamente, desde que devidamente publicitado, os “*estabelecimentos de restauração ou de bebidas podem ainda: a) Ser afetos, total ou parcialmente, à utilização exclusiva por associados, beneficiários ou clientes das entidades proprietária ou exploradora; b) Ser objeto de reserva temporária de parte ou da totalidade dos estabelecimentos*”. Mais uma vez, se tal não corresponder à verdade e for apenas uma forma camuflada de restringir o direito de acesso aos estabelecimentos? O que se poderá fazer? Estar-se-á perante um abuso de direito?

Outra restrição frequente é inflacionar os valores de entrada ou de consumo mínimo. Resulta do artigo 131.º, n.º 1, alínea e) do RJACSR, referente às informações a disponibilizar ao público, que deve ser afixado “*em local destacado, junto à entrada do estabelecimento*”

a “*exigência de consumo ou despesa mínima obrigatória, quando existente, nos estabelecimentos com salas ou espaços destinados a dança ou espetáculo*”.

Daqui se extrai que perante a não regulamentação e com base na autonomia privada, podem ser exigidos quaisquer valores. Mais uma vez se coloca a situação de quando tais valores sirvam apenas de fachada para restringir o direito de acesso. E então se for o único estabelecimento na zona? Pode praticar os preços que entender? Neste caso, já terá que ser chamado o regime legal da concorrência que sanciona, como contraordenação, as práticas de abuso da posição dominante.

Aqui chegados, importa ponderar os efeitos que estas restrições podem causar. A comunicação social tem veiculado muitas notícias sobre alterações de ordem pública em discotecas – estabelecimentos de bebidas – potenciadas sobretudo por proibições de entrada ou então, expulsões desses estabelecimentos, ou seja, precisamente, direito de acesso e permanência a/nos estabelecimentos comerciais. Por um lado, quem não entra por vezes, tenta “vingança” com quem não deixa entrar, maioritariamente, elementos de segurança privada ou colaboradores, sendo frequentes casos de represálias, agressões, arremesso de objetos e disparos com armas de fogo, que já culminaram em mortes. Por outro lado, os elementos da segurança privada, face a “quem perturbe o normal funcionamento” do estabelecimento, tem que estabelecer frequentemente contacto físico pois o verbal por vezes não é suficiente, sendo que, alienado ao consumo de bebidas alcoólicas por parte dos clientes característico destes estabelecimentos e a sua vontade de permanecer, potenciam um uso excessivo de força, verificando-se por vezes, humilhações e agressões violentas. A estas é respondido com retaliação e mais violência.

Uma nota para o Parecer n.º 49/2009, de 26 de maio de 2010, da Procuradoria Geral da República. Este foi emitido na sequência da solicitação do Ministro da Administração Interna sobre uma “criação de uma lista nominal de pessoas” que tenham “*cometido ilícitos nesses estabelecimentos e a quem possa ser vedado o acesso e a permanência nesses espaços por perturbarem o seu funcionamento e provocarem desacatos*”. O documento dá indicações claras sobre as restrições à liberdade de acesso, apesar de não ter escrutinado o atual RJACSR.

Ora, este Parecer inicia referindo que “os condicionamentos à liberdade de acesso que, na óptica do legislador, vieram a mostrar-se necessários por razões de segurança e ordem pública”, principalmente dos que dispunham de salas ou espaços destinados a dança. Sobre a citada lista, o Parecer menciona que os proprietários e responsáveis pelos estabelecimentos com base no princípio legal de liberdade de acesso aos estabelecimentos, não podem recusar o acesso e permanência com referência a uma lista, apenas o podem, “em abstrato”, a Guarda Nacional Republicana e a Polícia de Segurança Pública, nos termos das leis que aprovam a sua orgânica. Assim, não poderia deixar de ser pois são estas forças que estão legitimadas para o exercício de poderes de autoridade e de intervenção, usando a força, se necessário.

Este Parecer escalpela nesta sede o artigo 27.º, n.º 1 e 2 da CRP, fazendo uma distinção entre a privação da liberdade e a mera limitação da liberdade, com base no já citado Acórdão do TC n.º 479/94. Transpondo para a realidade do RJACSR, a proibição de acesso ou de permanência em estabelecimentos de restauração ou de bebidas constitui “*uma privação parcial do direito à liberdade constitucionalmente consagrado ou, noutra formulação, uma limitação ou restrição desse mesmo direito*”, tal como já entretanto concluído. Daí se compreende que tais restrições só possam estar na reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, de acordo com o artigo 165.º, n.º 1 alínea b) da CRP, pois constituem restrições do direito à liberdade consagrado no n.º 1 do artigo 27.º da CRP. Lê-se ainda neste Parecer não “*quer isso dizer que esteja vedada pela Lei Fundamental a imposição da proibição de acesso e de permanência em determinados locais, que poderão ser estabelecimentos de restauração ou de bebidas. O facto de a lei vigente não prever alguma pena principal ou acessória com esse conteúdo não significa de forma nenhuma que esteja impedida de a estatuir, se o legislador entender necessária ou conveniente essa medida*”. O problema daqui adveniente é que o artigo 27.º, n.º 3 da CRP é fechado, sendo que as privações enunciadas só serão admissíveis se “*for determinada por sentença judicial condenatória ou por decisão judicial que aplique medida de segurança*”.

Este Parecer entende que a “*administração pode aplicar medidas sancionatórias – nomeadamente no âmbito do ilícito contra-ordenacional e*

do ilícito disciplinar”, mas está-lhe “constitucionalmente vedado aplicar medidas de privação, ainda que parcial, do direito à liberdade”. Daqui resulta que não podem os “órgãos administrativos proibir a alguma pessoa o acesso e a permanência em estabelecimento de restauração ou de bebidas com base apenas no facto de essa pessoa estar referenciada em uma lista de que disponham as autoridades policiais hipoteticamente encarregadas de dar aplicação a essa proibição. Muito menos será permitido aos particulares – no caso, proprietários ou responsáveis pelos estabelecimentos – impor essa proibição”. Compreende-se esta decisão, numa lógica de liberdade e segurança.

Mas não são estas as únicas restrições operadas por disposições privativas. Por exemplo, alguns estabelecimentos de restauração proíbem a entrada de crianças, de forma a que os clientes possam usufruir de uma refeição “sossegada”. De seguida elencam-se mais duas, que felizmente, não são as mais frequentes.

3.2.1. Proibição de entrada de pessoas com mobilidade reduzida

Será que algum estabelecimento poderá impedir o acesso a alguém com mobilidade reduzida? À partida parece corresponder a um comportamento discriminatório, conforme se extrai dos diplomas já enunciados: Diretiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de junho, Lei n.º 93/17, de 23 de agosto, e principalmente a Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto. Esta última Lei que proíbe e pune a discriminação em razão da deficiência, enquadra como prática discriminatória contra pessoas com deficiência “a recusa de fornecimento ou o impedimento de fruição de bens ou serviços”. Todavia, terá que se atender ao estabelecimento em concreto. Ora se o espaço for exíguo, parece compreensível limitar o acesso a estas pessoas, por uma questão de bem-estar para elas próprias e para os restantes clientes, bem como, por questões de segurança, pois em locais com muita concentração de pessoas, a deslocação torna-se bastante difícil, senão impossível. Outro exemplo são as próprias entradas e saídas (normais ou de emergência) não possuírem condições para tais pessoas entrarem, ou a própria configuração do edifício não permitir o acesso sem recurso ao apoio de terceiros.

Também se compreende a limitação de entrada a pessoas que usem bengala ou qualquer tipo de andarilho, para se deslocarem. Este apoio pode ser usado como arma de agressão, ainda que sem intenção para tal, pois o facto de uma bengala “acompanhar” uma dança pode ofender a integridade física de terceiros que também estejam a usufruir do espaço. No entanto, sendo essa a única forma de se deslocarem, deverão ser discriminados e não lhes ser permitida a entrada? Parece que a resposta deve ser negativa, ou seja, deve pautar pela permissão de entrada. Depois, se algo não correr bem, os proprietários dos estabelecimentos terão sempre a faculdade de lhes negar a permanência.

Situação diferente será recusar o acesso a pessoas com mobilidade reduzida sem qualquer fundamento, apenas com a publicitação dessa restrição. Será tal possível?

Atentando no princípio da proporcionalidade e da igualdade, o direito fundamental à liberdade deve prevalecer sobre a direito à liberdade de iniciativa económica, pois é o “menos limitável”, conforme entende REIS NOVAIS (2010). A não ser pelas razões apontadas, não deve ser vedado o acesso a pessoas com mobilidade reduzida, pois tal configura uma discriminação. É que aqui também se está a falar de dignidade da pessoa humana, o que, seguindo o entendimento de VIERA DE ANDRADE (2019, p. 252) nunca pode ser afetada, devendo ser uma “garantia mínima” da CRP. Mas se assim acontecer que mecanismos dispõem estas pessoas?

Para além da reclamação em livro de reclamações, dois caminhos poderão ser seguidos e ambos de tutela contraordenacional. Se a restrição não estiver publicitada e for vedado o acesso com a justificação de ser portador de mobilidade reduzida, resta apenas solicitar a presença das autoridades policiais, que levantarão auto de contraordenação por infração ao disposto no 123.º, n.º 1, punido pelo artigo 143.º, n.º 1 e n.º 2, alínea b), ambos do RJACSR. No entanto, estas autoridades não poderão obrigar o proprietário a deixar entrar a pessoa retida, sob pena de violarem o direito à iniciativa económica privada, o que parece também resultar do Parecer n.º 49/2009, de 26 de maio de 2010, da Procuradoria Geral da República.

Se estiver publicitada e for recusado o acesso, não há qualquer violação ao RJACSR. O outro caminho será então recorrer à Lei

n.º 46/2006, de 28 de agosto (também é suscetível de ser seguido na primeira situação). Poderá ser feita uma queixa pela vítima do ato discriminatório ao Secretariado Nacional para a Reabilitação e Integração das Pessoas com Deficiência e ser também pelas forças policiais levantado auto de contraordenação nos termos do artigo 9.º da citada Lei. Este diploma permite ainda indemnização civil englobando danos patrimoniais e não patrimoniais.

Em qualquer das soluções a pessoa não passará da porta do estabelecimento.

3.2.2. Proibição de leitura

Pode (e é em alguns estabelecimentos) ser estabelecida a proibição de ler numa esplanada, a todo o tempo ou por termo determinado. Cumprido o dever de publicitação desta restrição, os estabelecimentos podem proibir a leitura por partes dos seus clientes, no âmbito da sua autonomia privada e liberdade de iniciativa económica. A motivação desta proibição será sobretudo de cariz financeiro, no sentido de evitar que as pessoas ocupem lugares por uma duração superior ao “normal”, não trazendo rendimento aos proprietários ao consumirem, por exemplo, apenas um café, bem como, por outro lado, não permitirem que outra ou outras pessoas ocupem esse lugar e lhe tragam mais rendimento. Mas será que tal medida não será excessiva? A autonomia privada poderá impor-se à liberdade que a pessoa tem de ler num espaço privado, mas de acesso público?

Aqui entram em confronto o direito à liberdade e à segurança e o direito à liberdade de iniciativa económica. Sistemáticamente, é certo que o primeiro direito sai reforçado, já que se insere no Capítulo I, do Título II, “Direitos, liberdades e garantias pessoais” da CRP, aplicando-se diretamente pela sua força jurídica e vinculando “entidades públicas e privadas”, por força do artigo 18.º, n.º 1 da CRP, tal como já frisado.

Mas também livre é a iniciativa privada. O artigo 61.º, n.º 1 da CRP, apesar de inserido no Título III “Direitos e deveres económicos, sociais e culturais”, como abordado pela doutrina apresentada no presente trabalho, é um direito fundamental, em que a iniciativa económica

privada se exerce “livremente”, em sintonia com a CRP, com a lei e “tendo em conta o interesse geral”.

Ambos são direitos relativos, sujeitos a restrições. O primeiro admite restrições na linha de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007), quer através da privação total de liberdade, quer através de privação parcial. O segundo também admite e com mais intensidade, pois para além da obediência à CRP, deve ter em conta o citado interesse geral, que apesar de ser conceito indeterminado, deve seguir o princípio da proporcionalidade.

Nesta perspetiva, as restrições presentes no artigo 131.º, n.º 2 e 3 do RJACSR não são mais que restrições parciais de liberdade, permitidas pela CRP. No entanto, outro requisito também emerge, o elencado princípio da proporcionalidade. No caso da proibição de leitura, conjugando os preceitos constitucionais enunciados, deve prevalecer a liberdade de ler.

Ademais, as disposições “privativas do estabelecimento” são mesmo isso, de origem privada, criadas de forma arbitrária em prol de um modelo de negócio ou mesmo de conservação da identidade do estabelecimento. Não existe uma regulamentação para o efeito, o que logo aqui complica o papel dos agentes de fiscalização. No presente exemplo, as autoridades policiais não podem impedir tais práticas, pois não se verifica qualquer norma violada.

Mas então se as forças de segurança forem solicitadas ao estabelecimento e o cliente continuar a ler? Mesmo depois de advertido por estes? Será que tal comportamento legitima uma detenção pelo crime de desobediência, previsto no artigo 348.º do Código Penal? Este artigo dispõe que quem “*faltar à obediência devida a ordem ou a mandado legítimos, regularmente comunicados e emanados de autoridade ou funcionário competente, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias*”, de onde se extrai a ordem legítima. Mas será?

Paralelamente, sempre se poderá dizer que a qualquer cidadão tem o direito de resistir, ou seja, outro direito fundamental, o Direito de resistência, previsto no artigo 21.º da CRP, em todos “*têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública*”. GOMES CANOTILHO e

VITAL MOREIRA (2007, p. 421) entendem que o direito de resistência existe apenas quando se “*verifiquem comportamentos dos cidadãos que, normalmente e em si mesmos, são ilícitos e inconstitucionais, e que apenas em virtude do direito de resistência beneficiam de uma causa de justificação*”.

Proibir alguém de ler, é mais do que um abuso de direito. Esta disposições privativas são excessivas e violam o princípio da proporcionalidade. Nos dias que correm, é cultural pegar no telemóvel, no computador ou *tablet* e navegar pela internet. É quase uma necessidade em “tempos mortos”. E poderá um estabelecimento restringir este direito fundamental à liberdade? Crê-se que não na grande maioria dos casos.

Todavia, tais restrições vão sendo impostas por alguns estabelecimentos. Assim, se defende que nesta situação em concreto deve existir uma aplicabilidade imediata, por força do artigo 18.º, n.º 1 da CRP, dos preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais – direito à liberdade – enquanto direitos naturais de todos os homens na perspetiva jusnaturalista de VIERA DE ANDRADE (2019), nas relações entre estes sujeitos privados, proibindo e sancionado-se o recurso a esta disposição privativa dos estabelecimentos.

O contrato estabelecido de prestação de serviços, não pode violar a CRP, devendo o Estado, nas palavras de SOUSA RIBEIRO (2007) “*em proteção da parte mais fraca, estabelecer um regime limitativo da liberdade contratual do mais forte*”.

V – Conclusões

O Direito Constitucional enquanto Direito Público não deixa de ter ligação ao Direito Privado. As entidades privadas podem ver limitada a sua liberdade de iniciativa económica, que apesar de consistir num direito fundamental, é um direito relativo, como todos os outros, podendo colidir ou concorrer com outros de igual importância e ter que ceder.

O livre acesso aos estabelecimentos de restauração ou de bebidas, pode ser restringido sem violar a CRP, pois aqui encontra expressão suficiente e adequada, inserindo-se nas privações parciais do direito à

liberdade, onde alavanca o direito à autonomia privada, ganhando este, superioridade. Mas, deve olhar-se ao princípio da proporcionalidade e proibição do excesso, não devendo ser o sacrifício arbitrário, gratuito e desmotivado. Daqui resulta que são conformes à CRP as referências “estamos lotados”, “festa privada”, “não entram animais”, “consumo mínimo 250€”, no entanto, não será tanto assim, na proibição de entrada a pessoas com deficiência e não de todo, na proibição de ler numa esplanada. É que também está em causa a dignidade da pessoa humana, este sim direito absoluto, sem quaisquer reservas.

As restrições de acesso e permanência que na origem foram impostas por razões de segurança e ordem pública, hoje espoletam litígios que muitas vezes se traduzem em graves alterações de ordem pública, estando-lhe associado um sentimento de insegurança, de exclusão social e discriminação, num cenário que se pretendia livre. Nestes termos, a tutela contraordenacional, apesar de a CRP admitir uma construção do direito das contraordenações como uma categoria autónoma do ponto de vista formal, atribuindo-lhe princípios próprios, revela-se insuficiente para proteger estes bens jurídicos.

As soluções que se apresentam como corolário para mitigar os efeitos destas restrições são duas. A primeira, criminalizar comportamentos que violem desmedidamente o direito fundamental à liberdade, criando um tipo legal de crime cujo o bem jurídico protegido seria a liberdade de locomoção (idêntico ao crime de sequestro), ou seja, ser chamado, apesar da sua intervenção mínima, o Direito Penal. A segunda, as disposições “privativas do estabelecimento” passarem a serem alvo de regulamentação, estabelecendo-se limites à autonomia privada, materializando assim o dever de proteção e tutela do Estado, baseado no interesse geral.

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CIDeS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Segurança,
Lisboa, Portugal.

E-mail: ides@sapo.pt

An Approach to International Military Studies: Military Balance 2016

Uma Abordagem para um Estudo Internacional Militar: Balanço Militar 2016

JOÃO BARATA¹

Abstract: The last resort for sovereignty over Democratic countries relies on military capabilities. As military measures impose allocating forces, this article intends to propose a possible approach on comparing international military power, unfolding strategy defense policies and quantitative analysis on military personnel and equipment. This relative comparison paves the way to a possible correlation between assumed geopolitics and distribution of forces rationale through the three branches of the Armed Forces.

Key words: *Military Balance; Qualitative; Quantitative; Relative Comparison.*

Resumo: As Nações Democráticas assumem as capacidades militares como último recurso na manutenção da sua soberania. Este artigo fornece uma abordagem possível para uma atribuição de capacidades e forças militares internacionalmente, clarificando as políticas de defesa e os quantitativos de pessoal e equipamento militares. Esta análise condicional oferece uma perspetiva de compreensão da possível correlação entre geopolítica e o racional na alocação das forças militares nos três ramos das Forças Armadas.

Palavras-chave: *Balanço Militar; Qualitativa; Quantitativa; Comparação Militar.*

¹ Doutorando em Direito e Segurança da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

Introduction

Military strength is the ultimate source of power of a certain nation when comparing interstate military capacity measures. It relies upon different types of resources available: the defense budget, the manpower quality and quantity, the defense industrial base, the warfighting inventory support and conversion capability.

A country's military power is, this way, inherent to conceptual, physical and moral factors. This article not only concerns how domestic guidelines determine assumed policies taken for defense investments, including expenditures approval, but the physical quantitative analysis on weapons, material and personnel distribution each branch, in order to fully understand the way a certain country has in account its geographic constraints, regarding the need to consider internal and external factors.

Previous academic investigational work about geopolitical impact on maritime security² confirmed that "*in no means politics and policies are determined by geography but that geographical factors need to be taken into account in the list of explanatory factors along with other material, structural and ideational factors*"³.

An introductory and innovative study proposal on how to compare or evaluate strategies is hence proposed, referring, namely the allocation of military equipment and personnel according geographical issues⁴, interrelating each country⁵ within their domestic policies.

It will be entailed a brief summary on each domestic strategy and conceptual explanation for national defense under each Constitutional hierarchy, wherein the historic and Constitutional ties, being so different

² United Kingdom recognizes the maritime territory and territorial waters to be demanding greater interest of response for Russian acts; in paragraph 3.20 of the Her Majesty Government, "*National Security Strategy and Security Review 2015*", 2015, pp.18.

³ Germond, Basil, "*The geopolitical dimension of maritime security*", Vol 54, 2015, pp. 138.

⁴ Elden, Stuart, Contingent Sovereignty, "*Territorial Integrity and the Sanctity of borders*", SAIS Review, Project Muse, 2016.

⁵ For this study, it was considered Angola, France, Germany, Portugal and United Kingdom.

throughout the selected countries, may determine the percipience of the Armed Forces role.

Not especially focused on economic purposes concerning security, this article aims to find how conceptual qualitative analysis on each country's security strategies influences the quantitative interpretation of geographical and material constraints, such as: land boundaries and areas, coastlines, maritime domains, and military equipment or personnel. It will then be related how surveillance and the correspondent number of military effective personnel is attributed each Armed Forces branch, along with individually available material means to enforce the aforementioned purpose.

In the forth paragraph it will be explained the systematic comprehension on each policy, according each country. The fifth chapter, after the figure responsible for uncovering all the available data per category and weapon, gets inductive and deductive quantitative comparison amongst geographical details, being then correlated with military personnel and equipment numbers, not only in absolute, but also relative numbers.

The conclusions on the sixth chapter, provide us the information of whether there can be traced any possible relation over the previously referred policies and a certain state's geography elements. Further clues to promote more investigation on this topic are furthermore addressed in this final chapter, once this essay is mainly focused on being a starting point giving the first steps of possible analysis to come.

Methodology

The Constitutional history and further bureaucratic budget military expenses approval, regards different ways of dealing with budgetary concerns and military investment.

This way, the proposed investigational methodology will firstly consist of an exposition on the different policies and domestic analysis on administrative organizations for military expenditures approval. Secondly, it will be quantified the military personnel, the military equipment and geography characteristics. The quantitative examination regards DATA from the International Institute of Strategic Studies

(IISS), the CIA World Factbook, the GlobalFirepower (GFP) portal, and the website *searounds.com*.

A new ratio determination is hence proposed, by dividing each geography factor by either the number of military personnel or equipment for the correspondent branch (e.g. for EEZ, it should be considered the number of ships and sailors).

Being exposed quantitative data, there are although some factors not addressed in this work that may need additional appreciation: the difference of force mixes or the levels of modernization and readiness, the personnel training and experience, the equipment's age and correspondent autonomy level, as well as functionality or the total usage years. Due to the high complexity and dissimilar types of military equipment, it was assumed as basic premises the main battle tanks as enough to quantify military army power; patrol ships, frigates and destroyers to naval power and combat capable and surveillance aircrafts to quantify air force power. Despite some states having developed strategies improving flexibility and combined operation, this competence was neither considered nor quantified. Thus, being restricted to numbers when it comes to military personnel and equipment evaluation, this study provides a good insight into quantitative dissimilarities for the selected nation's Armed Forces.

International policy and strategies

Angola

Angola is an outlier when big geographic and military power is at stake, for example, with Portugal⁶ ⁷ or United Kingdom. Angola has even defined its strategy as a political activity deeply interested on providing peace not out, but inner borders, being deeply involved

⁶ As shown in ch.IV, despite reaching the top down when it comes to coastline extension, Angola (1.600Km), Angolan total land area lead the proposed comparison (1,246,700 Km²), when facing countries like Portugal (92,096Km²) or United Kingdom (243,610Km²).

⁷ According José Mendonça da Luz, "*Forças Armadas angolanas: natureza, contingentes e estruturas*", Janus, 2013, pp.84.

in demining operations⁸, essential to assure basic security issues, habitational development, agricultural and touristic exploitation of main traffic lines, and healthcare programs implementation (HIV). The current objectives of National Political Defense⁹ are, nevertheless, similar to those of Portugal: *sovereignty assurance, national independency, territorial integrity and the fundamental values of constitutional order assuring freedom and population security and national patrimony, assuring also the free will of the sovereignty institutions, regulating the democratic institutions and the essential State tasks.*

Having to deal with recent phenomena of internal instability, Angola has converged regional alliances sharing mutual interests, spaces, goals, sovereignty, and the same political and strategic responsibilities admittance. The African regional organizations such as the African Union (AU), the Economic Community of Central African States (ECCAS)¹⁰ and the Southern African Development Community (SADC) have been constituted. Improving previous relations, as it was evident, a new initiative should be built to deal with relevance for security, once that without peace and political-social stability, there would be no place for sustained development increasingly shared and cooperative. Angola has further raised its interest for the new African Peace and Security architecture (APSA)¹¹, meeting international supports and opportunities for military training¹² and the security sector¹³, including the promotion of democratic practices, good governance, respect for human rights, humanitarian relief and disaster management. Angola is subdivided into six military regions for land defense (Cabinda, Luanda,

⁸ Armindo Bravo da Rosa, *Política de Defesa de Angola*, 2010, pp.75.

⁹ According number 1, article 206, *Constituição Angolana*, 2010.

¹⁰ Created upon political will with African representatives, deeply concerns the security issues through the Mutual Security Pact in Central Africa (COPAX).

¹¹ The Peace and Security Council of the African Union is a standing decision making for the prevention, management and conflicts resolution promoting peace and stability, including peace support operations and intervention (, providing partnerships between AU and other international organizations such as the UN.

¹² Joint and combined training includes the *Dolphin e Zambeze Azul* for the SADC initiative and *Kwanza* for the ECCAS.

¹³ According African Peace and Security Architecture (APSA) 2010 Assessment study, ANNEX I pp.81-86,

North, Centre, East and South), three for aerial defense (North, Centre and South) and two Naval regions, North and South.

France

Since 1958, the Constitution in force for the 5th Republic configured a certain institutional stability, which values and principles are deeply identified with those of the Gaullism, conferring the patriotic prominence and the strong role of the state the sovereignty for the people who identify themselves with a leader¹⁴.

As key powers, the elected President has an important role on foreign policy sharing responsibility with government. Besides ensuring the respected for the Constitution, he must confirm that the *public authorities* assure *proper functioning* under the *continuity of the State*¹⁵. The Prime Minister, appointed by the President of the Republic, is responsible for National Defense¹⁶. The Parliament makes legislation about defense organization and finance laws on the military annual budget.

France designations are peaceful. Regardless of neither declared enemies nor expansionist needs, France mainly concerns with peacekeeping and peacemaking operations, as well as its territory sovereignty maintenance. Its purpose to improve international and European stability is mandatory to assure relevance upon European Union (EU) background, restructuring economic and strategic incentives¹⁷.

One can confirm deterrence to be the main key aspect of French Defense. Not only on its own, but France develops with neighboring countries good relationships in order to meet its commitments even beside EU. However, the uncertainty (Présidence de la République, 2017,

¹⁴ General de Gaulle also proposed a key role on institutional reform, by introducing the election of the President as direct universal suffrage as an amendment in 1962.

¹⁵ According the Constitution in force, 5th article. He accumulates also the Commander-in-Chief of the Armed Forces, according article 15th.

¹⁶ *Ibid*, art. 21st.

¹⁷ The various ties under different organizations are strategic to link France and other countries such as the EU, NATO, OSCE and UN.

p. 5) of today's conflicts as a connector with weapon proliferation¹⁸, has an impact on French strategic considering's. This way, there is a need to deter an aggressor against the vital interests by prior winning the proportionality and necessity balances at a certain conflict. This equilibrium is required to prevent serious or catastrophic violent acts (terrorism or war). Not only nuclear but also conventional power is then justifiable to expeditionary action in¹⁹ or outer borders.

French Armed Forces are separated through the Atlantic, Northeast and the Mediterranean Regions, being subdivided into eight military defense districts, constituting the military territorial organization for situations of crisis or war.

The Navy spreads its coastline defense infrastructures over the Atlantic Maritime Region, with headquarters in Brest, subdivided into three maritime areas (Cherbourg, Brest and Lorient).

The French overseas territories are distributed over five joint responsibility zones located at West Indies, Guyana, French Polynesia, New Caledonia, South Indian Ocean.

The decentralization is hereafter to be made out for each part of the country, regarding all population from every sector, where stability and organization, even in peacetime, is to be directed and coordinated by the government. The Prime Minister is the responsible entity for national defense regarding global aspects, even controlling how measures get implemented by the Secretariate/ General for National Defense participates on his decisions. The Minister of Defense prepares and executes the defense measures to be carried out by his department accounting with: a civil servant to assist him, the Joint Armed Forces Chief of Staff to prepare the future and international military relations, the General Delegate for Armament²⁰ on research, investigation and

¹⁸ Including weapons of mass destruction (WMD).

¹⁹ Terrorism has lead to deploy of about 10,000 troops to public areas around the country. The Guardian, "Paris attacks: 10,000 troops deployed as France hunts for accomplices", [theguardian.com](https://www.theguardian.com/world/2015/jan/12/paris-attacks-france-guard-vulnerable-locations-hayat-boumeddiene), 2015, obtained in February 5, 2018, from <https://www.theguardian.com/world/2015/jan/12/paris-attacks-france-guard-vulnerable-locations-hayat-boumeddiene>.

²⁰ Integrating a land based, naval, aeronautical and tactical missile program accounting with field specialists, representatives of the Armed Forces staffs in an

development; the Financial Services Directorate, the personnel function directorate and the juridical affairs directorate.

Germany

Later on its admission to NATO after 1950, the reunification of the German Armed Forces on the *Bundeswehr* in 2nd October, 1990, announced a constant personnel reduction to be given at the end of the cold war.

The German Armed Forces were subject to NATO's guidance and direction, paving the way to operational, equipment and strategies' framework. A defense posture to deter and attack deeply was deeply overarched by the Warsaw Pact. Thus, only an effective deterrence posture would effectively prevent the failure to maintain its territory integrity, preventing the Eastern Germany from being the stage of a nuclear threat (mainly under the need to Soviet Union containment).

"*Grundgesetz*", the German Constitution adopted since 1949, combined in a democratic and social Federal Republic, focused more on economic power than on the Armed Forces, when in came to relation to foreign policy²¹ issues. It were reunited sixteen Lander states (Hamburg, Bremen and Berlin) at the German Federal Republic, that got together the lessons from German experience with the Wiemar Republic and the National Socialist State on behalf of the Western powers.

Following the NATO's Eastern enlargement after the end of the cold war, Germany's pacifism principle increased notably. The effective military personnel reduction from 600.000 to 370.000 was determinant to the need to improve economic development²².

integrated program team. They approve and meet the regulation criteria for testing each specific equipment weapon each branch.

²¹ Solsten E., *Germany: A Country Study*, Library of the Congress, Washington DC, 1999, pp.418

²² Dean J., *New Components of the European Security System: The Roles of CFE, NATO, EC, and the CSCE*, J.Philip Rogers, in "The Future of European Security. Macmillan, London, 1991, pp.109.

The surveys made about public satisfaction about the German military forces intervention have negatively influenced domestic defense investment²³. Consequently, the increasing presence and readiness state improvement through different mission profiles (such as transport of relief goods) have contributed to upturn public *Bundeswehr* recognition²⁴. However, the German executive demands previous vote to allow German intervention abroad whenever required demonstrating, in turn, a restrictively high dependency on legislative bodies, at whatever time a fast intervention is required. NATO allies see the previous fact as a matter of concern.

After its proven ineffectiveness²⁵, Germany has not yet considered the military power as Clausewitz interpretation by achieving political ends, but by strengthening civil capabilities for crisis prevention and management.

The White Paper refers to the collective defense development, the international crisis management and cooperative security, as foreseen in the NATO Strategic concept of 2010. National defense missions should also integrate homeland counterterrorism operations, defense of its allies, and protection of sea-lanes, guiding promoting peacekeeping operations and humanitarian rescue missions amongst the UN.

German planning guidelines derived from the previous approval of the *Bundeswehr* Concept (*Bundeswehr-Konzeption*), materializing the defined military strategic concept (*Militärpolitische Zielsetzung*),

²³ Considered “*political issues*”, founded on “*affective and cognitive*” components, German public opinion tends to favor peacekeeping and security assistance military interventions. Rüdiger Fiebi, *Factual Knowledge and Public Support for German Military Operations: The Case of the German ISAF Mission in Afghanistan*, 2013, pp.1-12; and investment, despite being possible to occur inconsistency concerns, between public policy and opinion; Joel E. Brooks, “The Opinion-Policy Nexus in Germany, *Public Opinion Quarterly*, Vol.54, 1990, pp. 517-523.

²⁴ Such as in the Balkans, in 1995, where Germany has contributed with more than 5000 soldiers to the Peace implementation force and afterwards in the stabilization force in Bosnia and Herzegovina.

²⁵ Germany abstained in the March 2011 UN Security Council vote on erecting a no-fly zone in Libya that was supposed to protect the civilian population against the atrocities committed by Moammar Gadhafi. The operation became NATO-led. It escalated into a war that ousted Gadhafi, which turned into a civil war.

providing the military needs to equipment and weapons systems. The German fundamental law establishes the purposes to defense as to be compelling with the organizational structure numbers in accordance with the approved budget²⁶. The *Bundeswehr* Plan (*Bundeswehrplanung*) is fixed, regarding the Annual Budget Estimate²⁷ schedule.

Germany considers a new way of public thinking about extended security. It's not just about the absence of a military threat. The current non-military concerns, integrate broad security challenges to be considered as truly relevant for security in a resilient way.

As confirmed by the chancellor Angela Merkel, *We would not have believed it possible that borders would be redrawn by military force and in breach of international law in Europe in the 21st century. Wars and conflicts are raging on Europe's doorstep.*²⁸. Referring to the immigrant instability that poses a great threat to Germany's security, the Islamist terrorism, the cyber challenge and the relationship shifts amongst international partners, such as Russia, in combination with Germany disinvestment on the Armed Forces, makes the need for cooperation as a mandatory issue. NATO meets this security declaration for security policy.

With an integrative premise, Germany recognizes the need to proactive behavior on its own defense and that of its allies. To meet this concern, Germany has presented the intention to recruit more soldiers to expand throughout the country's land. The White paper actually concerns the protection of the German "*territorial integrity as well as its citizens*" as Germany's Security Interests²⁹.

²⁶ According n.º1, 87th article of the Basic Law for the Federal Republic of Germany, Deutscher Bundestag, 1949 (amended in 2014).

²⁷ Prepared in December by the Federal Ministry of Defense, it accounts with the Ministry of Finance budget guidelines in late December. Until March, the Armaments Directorate submits budget needs to prepare a consolidated budget for the issue addressed before. After the Finance ministry of defense budget directorate submitted the draft, the coordination for defense budget to the Federal cabinet is perceived.

²⁸ In relation to the German White Paper announcement, obtained at 27th January, 2018, from: <https://www.thinkdefense.co.uk/2016/07/german-security-policy-white-paper/>,

²⁹ German Federal Government, "*White Paper 2016 – On German Security policy and the future of the Bundeswehr*", Germany, 2016, pp.24; Currently the 10th paper

Portugal

Portugal has lost much in 1755's (since 15th and 16th centuries) earthquake, the further Napoleonic occupation and the later Brazil independence in 1822. Following the 1910 revolution to depose monarchy, and further repressive governments running the country until 1916, in 1975, the vast democratic reforms granted independence to all of its African colonies. Portugal is a founding member of NATO and joined the European Community (now the EU) in 1986.

Portugal follows NATO impositions straightforwardly, harmonizing the Lisbon Treaty over the National Strategic Concept in force³⁰, bearing in mind the financial issues repeatedly aimed on strategic documents. A vision of more efficiency and new ways of employing forces by integrating the different branches is then mandatory³¹ to be pursued. The Armed Forces employment follows essentially peacekeeping operations or humanitarian response³², as well as a deep mutual assistance through African countries cooperation, being stated as “*very important to the Portuguese goals*”³³ since 2013.

The National Defense Strategic interest is perceived by the Armed Forces, having recently added new forms of improved response: the immediate reaction force (FRI), the permanent forces under sovereignty action (FPAS), and the set of modular forces (FND). Assumedly as autonomous, combined or cooperative national responses, the referred military forces organizations have the purpose of solving complex and emergency situations³⁴.

Under the Portuguese Government direction and supervision, the Ministry of Defense (MOD) elaborates an annual report reported

produced, the 2016 White paper accounted for 10 expert workshops with more than 6500 participants and various nations

³⁰ *Defesa 2020, 19th Ministers' Council Resolution*, Portuguese Republic Diary, 1st series, Lisbon Lisboa, 2013, pp.15.

³¹ *Ibid*, preamble.

³² *Ibid*, annex, chapter II.

³³ Pinto, L. V., “*A cooperação técnico-militar portuguesa*”, Janus, 2013, pp. 100-101.

³⁴ *Defesa 2020*, under the Ministers' Council Resolution, 19/2013”, Portuguese Republic Diary, 1stseries, April 5, 2013, pp.9.

to the previous, current and resulting year's military expenditures³⁵. Articulating with the MOD, the Chief of the General Staff of the Armed Forces (CEMGFA) and the chiefs of staff, he assures military expenditures³⁶ guidance. The Superior Military Counsel³⁷ elaborates the expenditures law proposal to forward Portuguese Republic Assembly approval.

United Kingdom

After politically reunited in 1707, The Kingdom of Great Britain resulted from the Kingdom of England and the Kingdom of Scotland³⁸. United Kingdom is an historical country leading research and development for democracy³⁹, featuring amongst the world's top investment leaders⁴⁰. UK is one of the five permanent members of the UN Security Council and a founding member of NATO, assuming interests clearly beyond internal borders⁴¹.

³⁵ *Conceito Estratégico de Defesa Nacional* articles 2nd and 3rd of the.

³⁶ *Ibid*, 16th and 17th articles.

³⁷ Prime-Minister, the Vice-Minister; MOD, Minister of Foreign Affairs, Internal Administration and Finances; CEMGFA, the joint staff, the Presidents for the Portuguese Republic Assembly for the National Defense, for Madeira and Azores islands and two deputies under choice. At 16th article of the Organic law 1-A/2009, July 7.

³⁸ Act of Union, "*ACT Ratifying and Approving Treaty of the Two Kingdoms of Scotland and England*", 1707.

³⁹ Despite having any written or codified Constitution (Deeply relying on statute and common law, parliamentary conventions and works of authority), UK shares the same legislature, executive and judiciary values existent in written Constitutions. King's College London, "*Mapping the Path to Codifying – or not Codifying – the UK's Constitution*", Centre for Political & Constitutional Studies, London, 2012.

⁴⁰ The World Bank, IBRD-IDA, "*Research and development expenditure (% of GDP)*", United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization (UNESCO) Institute for Statistics, obtained from <https://data.worldbank.org/indicator/GB.XPD.RSDV.GD.ZS> at February 11, 2018.

⁴¹ Assuming the irreducible national values "*constant over time, whereas interests assume more specific and historically contingent ways of preserving them*". Jamie Gaskarth, "*The National Interest and Britain's Role in the World*", in *British Foreign Policy and the National Interest*. Ed. Timothy Edmunds, Jamie Gaskarth & Robin Porter, 2014, pp.42-48.

Being a founding member of Commonwealth⁴², UK considered the devolution process from the centre to sub-national units: the National Assembly for Wales, the Scottish Parliament and the Northern Ireland Assembly; all constitutionally subordinated to the UK Parliament, since 1999⁴³.

The Ministry of Defense (MOD) defines the strategy in order to maximize the deterrence and threat, assuring the correct resources allocation to its dependent territories, promoting UK's interests, such as the freedom of democratic institutions, free trade promotion through international prestige and influence. The MOD produces two different integrations, considering both Political and Military issues.

The acquisition process follows the procurement cycle considered since mid-1980. The Strategic Defense and Security Review starts by defining the different phases attached to the project life cycle. The formal approval points are measured and the risk evaluated when there are overstepped interruptions in a certain project discourse. The same document announces how procurement and acquisitions are to be settled. In 2013, the Defense Acquisition programme provided general guidelines to improve the way UK procurement and support Defense equipment was to occur, under the Acquisition Organization Review.

What distinguishes most the United Kingdom's public organization and all the others, has to deal with how investment and approved expenditures are considered in order to meet the country's needs (The Unified budget statement is indicated annually, providing details to 3 years further, through each government's department). The civil service, composed by administrative personnel or public administrators from national and local government, even though politically independent,

⁴² UK's dominions states and territory was stated as "(...)equal in status, in no way subordinate to another in any aspect of their domestic or external affairs, though united by a common allegiance to the Crown are freely associated as members of the British Commonwealth of Nations", according United Kingdom Inter-Imperial Relations Committee. "Balfour declaration 1926." London:(Report, proceedings and memoranda), 1926.

⁴³ Fully completed in 2010, the devolution process considered since 1999 the Scotland Act 1998, the Government of Wales Act 1998 and the Northern Ireland Act 1998. Matthew Leeke, Chris Sear and Oonagh Gay, "An Introduction to devolution in the UK", House of Commons, Research Paper 03/84, November 17, 2003.

have a very close connection with their ministers. They not only advise for political policies, under their traditional view of civil servants, but also deeply influence the executive decisions taken by the ministers and the parliament. Thus, policy issues and administration get a blurred way of inter relation.

Being responsible for the Armed Forces and its expenditure, the Ministry of Defense is assisted by the appointed General Chief of Defense Staff. Uk's Defense policy deeply concerns sovereignty and their people, by assuming British citizens protections not only on overseas territory, but also abroad⁴⁴. Nuclear deterrence and diplomacy action, not disconsidering external compromises such as NATO, indeed certifies their awareness on maintaining an active role on collective defense.

QUANTITATIVE ANALYSIS

45

Figure 1 – Forces in comparison: States in 2016

Category/Weapon	Angola	France	Germany	Portugal	United Kingdom
DEFENSE BUDGET (2010, Bi US dollars)	3.72	52.0	42.3	3.01	58.2
DEFENSE BUDGET (2015, Bi US dollars)	4.43	46.8	36.7	2.18	56.2
/ % GDP per capita	4,062	37,728	41,267	18,984	44,118
<u>GEOGRAPHY</u> ⁴⁵					
Land boundaries (km)	5,369	2,889 1,183(Met.)	3,790	1,224	443 360(Ireland)

⁴⁴ According paragraphs 4.1 to 4.13, in National Security and Strategic Defense Review 2015, “*A secure and prosperous United Kingdom, Her Majesty Government*”, Crown,2015,pp.23-25.

⁴⁵ France and the United Kingdom measuring, included overseas territories under the metropolitan country's administration.

		643,801			
Total Land area (km ²)	1,246,700	551,500(Met.)	357,022	92,090	243,610
		4,853			
Coastline (km)	1,600	3,427(Met.)	2,389	1,793	12,429
Economic Exclusive Zone (EEZ) (km ²)	518,433	10,300,000 349,000(Met.)	56,464	1,727,408	6,805,586 773,676(Met.)
Mobilization Base (total population%)					
People aged 0-14	42.9	18.6	12.9	15.7	11.4
People aged 15-64	54	62.6	65.8	65.5	64.9
People aged 65+	3	18.8	21.5	18.9	17.7
PERSONNEL EXPENDITURES (Million US dollars)	-	747	542	309	913
<u>MANPOWER</u>					
<u>(TOTAL)</u>					
Total Active	107,000	208,950	178,600	32,850	154,700
Total Reserve	0	27,650	31,700	211,950	84,000
Total	107,000	236,6	210,300	244,800	238,700
Total Paramilitary	10,000	103,400	11,900?	0	?
<u>LAND FORCES</u>					
Active Manpower	100,000	111,650	60,450	17,800	88,300
Reserve Manpower	0	15,400	8,700	210,000	27,500
Total Active and Reserve Manpower	100,000	127,05	69,150	227,800	115,800
Main Battle tanks	300	200	306	58	227
AIFV'S s/Armoured Cars/Lt. Tanks	250+	630	492	0	400
APC's/RECCE/Scouts	1,038	4,515	1,605	468	2,250
ATGM Launchers	500	325	64	256	14
SP Artillery	16+	114	99	40	89
Towed artillery	552	43	64	75	90
MRLs	90+	13	38	0	35
Mortars	750	128+	86	249	360

Fixed Wing Aircraft	0	13	-	0	0
Helicopters					0
Attack	0	51	37	0	0
Other	0	403	180	0	0
UAV	0	20	84	0	8
<hr/>					
Category/Weapon	Angola	France	Germany	Portugal	United Kingdom
<hr/>					
<u>AIR & AIR DEFENSE</u>					
<u>FORCES</u>					
Active Air Force	6,000	43,600	28,600	6,350	33,900
Manpower					
Air Force Reserve	0	4,350	4,000	700	2,400
Manpower					
Air Force Total	0	47,950	32,600	7,050	36,300
Manpower					
Aircraft Total Combat	83	281	235	41	254
Capable					
Fighter	34	40	129	30	0
FGA/Fighter	87	217	106	0	0
FGA	63	177	86	0	194
RECCE	0	5	-	0	0
Airborne Early Warning	0	4	0	0	6
(AEW)					
Electronic Warfare	1 (ELINT)	2 (ELINT)	20	0	2 (ELINT)
(EW)					
Tanker	0	34	4	0	12
Transport /TRG	157	226	234	34	254
Helicopters Attack/Armed	44	0	20	0	5
SAR/ASW	52	37	15	12	-
Transport & Other	8	75	134	6	3
UAV	0	9	0	0	10
Total	104	121	169	18	18
<u>NAVAL FORCES</u>					
Active Manpower	1,000	36,050	16,150	8,700	32,500

Reserve Manpower	-	4,850	1,400	1,250	3,100
Total Manpower	-	40,900	17,550	9,950	35,600
Naval Commandos/ Marines	-	2,000	?	1,450	7,050
Submarines	0	10	5	2	10
Destroyers/Frigates/ Corvettes	6	22	15	5	19
Missile	6	21	15	5	19
Other	0	1	0	0	0
Missile Patrol	0	9	6	7	0
Coastal/Inshore Patrol	22	11	12	15	22
Mine	0	7	34	0	16
Amphibious Ships	0	3	2	0	3
Landing Craft/Light Support	0	79	0	0	0
Fixed-Wing Combat capable Aircraft	0	79	8	0	12
FGA	0	60	0	0	-
AEW	0	3	0	0	0
Transport/TRG	0	55	2	0	21
MR/MPA/ASW	0	15	8	5 ⁽¹⁾	0
ASW/Combat Helicopter	0	35	22	5	75
Other Helicopters	0	51	21	0	12+ 9AEW

Source: All data (except Geography) was obtained from various editions of the *International Institute for Strategic Studies (IISS), Military Balance*. Geography was attained from the Central Intelligence Agency, *CIA World Factbook 2016*, Skyhorse Publishing and seaaroundus.org.

France and United Kingdom clearly have the largest number of forces, with Germany ranking third before Portugal and finally, Angola.

Along the total active military personnel, a cursory illation is clear to outcome, when it approaches reserve personnel forces and equipment. Germany, for instance, has the lowest number of military reservists,

despite having been the latest to abolish conscription. Germany suspended conscription in 2011⁴⁶ ; Portugal since 2004⁴⁷; France, 2001⁴⁸; United Kingdom since 1960⁴⁹; and Angola still consider it to be mandatory. Hence, despite different timelines to abolish conscription, Portugal states the highest difference, summing up to almost 15 times the relation between active military personnel and reservists⁵⁰.

An examination on military equipment and each country's history of warfare demanded a different mix of arms within each Armed Forces branch. In part due to history of combat, or just different investment priorities, such as technology or the forces duality quantity vs force quality, all factors were taken into account along with geopolitical issues in matter. This comparison considered overseas maritime territories (EEZ's) for the cases of France and United Kingdom, in spite of not taking into account the land under their administrative control. It also ignores the fact that Angola still has to pave the way in order to get closer into those Western countries in comparison, even though being shown exactly what kind of measures they should follow in order to assure sovereignty under its borders in a near future.

The following geography relative comparison had to deal with different measurement units.

In order to meet an effective and comprehensive comparison throughout this analysis, the distances measured in kilometers (Land boundaries and coastline) maintained the same numerical order, whereas the squared kilometers (Total Land Areas and EEZ's) were divided by 1000.

⁴⁶ Marigee Bacolod & Stefan Koenigsmark , *When Germany Ended Conscription, and an Era: Effects on Composition*, Journal of Defense Management, 2017.

⁴⁷ Law 174/1999, Law on Military Service, Portuguese Republic Diary, IstSeries, 1999.

⁴⁸ BBC NEWS, *France salutes end of military service*, November 29, 2001. Obtained in January 28, 2018 from <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/1682777.stm>

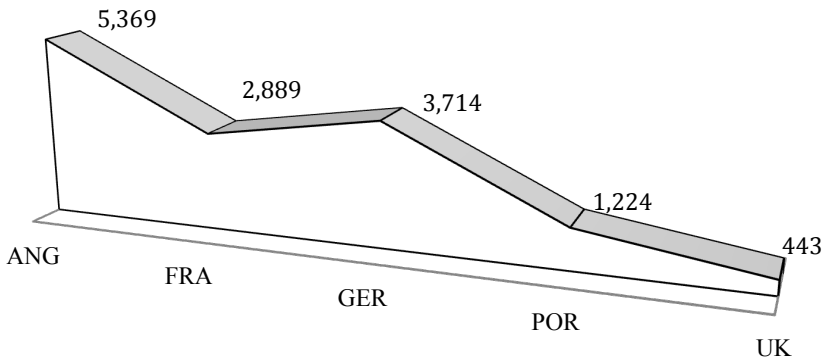
⁴⁹ The Guardian, *National Service: Conscription in Britain 1945-1963* by Richard Vinen – review, obtained in January 28, 2018, from <https://www.theguardian.com/books/2014/aug/20/national-service-conscription-britain-richard-vinen-review>

⁵⁰ The reservists indicated above that used to be distinguished as “*regular, general or para-military*”, did no longer received additional military training, against solid procedures implemented by France, Germany and United Kingdom. US Army War College, “*Reserve Forces of the NATO Armies*”, 1991, pp. 29-80

Borders extension and land areas

The need to secure internal borders is quintessential to accomplish sovereignty⁵¹. Land borders (measured in Km/1000) provide important information about territorial responsibilities⁵². Figure 2 reveals Angola and Germany as nations to necessarily assume highest responsibilities respecting land borders surveillance and patrol.

Figure 2 - Land Boundaries Comparison (Km/1000)



Source: Central Intelligence Agency World Factbook 2016.

For the considered countries, Metropolitan France and Germany assume 9 border countries; Angola 4 (Democratic Republic of the Congo, Republic of the Congo, Namibia and Zambia); UK and Portugal

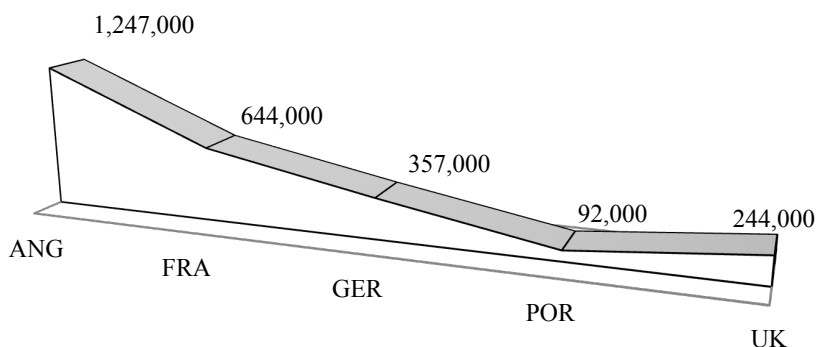
⁵¹ These responsibilities are deeply “associated with group identity and access to resources (...) often rooted in deep cultural and historical factors (...) as well as in governments obligations to provide security for their people”, in Uk army doctrine, “Land Warfare Development Centre”, Army Doctrine Publication AC 71940, British Ministry of Defense Crown, 2017

⁵² Not only for territory surveillance and control, it must also be assured posterior maintenance levels of “social order, peace and cohesion”, in International Organization for Migration (IOM), Border Security, Migration Governance and Sovereignty, Switzerland, 2017, pp.2.

share only one, respectively, Ireland and Spain. Angola meets the highest distance on land borders, despite the fact of both France and Germany sharing lands with a higher number of foreign countries, as deduced from Figure 2. This physical or conceptual wall is of full importance to study along with the total land areas.

Meeting hypothetically the highest needs for a strong army, regarding the total land areas, according Figure 3, Angola reached the highest with 1,246,700 km², preceding France 551,500 km², Germany 357,022 km², UK 243,610 km² and Portugal 92,090 km².

Figure 3 - Land Area Comparison (Km²)



Source: Central Intelligence Agency World Factbook 2016.

France, in turn, leads the highest active duty military personnel quantitative to protect land areas (Army), summing up to 111,000 troops; Angola, 100,000; United Kingdom, 88,300; Germany, 60,000(95,000)⁵³; and Portugal, 17,800. To better identify the number of squared meters in relation to the army, we propose the personnel

⁵³ To be considered 95,000 instead of 60,000, according paragraph a), 4th rule of the 87th article of the German Fundamental Law, where the army demands civilian combating on armed insurgents directing the federal border police with an effective of “(...) *approximately 40,000 staff*” which of those, “(...) *35,000 highly trained law enforcement officers*”, in Federal Ministry of Interior, *The Federal Police, Bundespolizei*, 2017.

ratio (ACT.PERSONNEL/AREA), where a different outset takes place: Angola assumed a huge discrepancy in relation to the other countries, with a ratio of soldier per km² of 0.080, France 0.172, Portugal 0.193, Germany 0.266, and UK 0.361.

When it comes to military equipment, assuming the main battle tanks as a premise representing military army equipment, a different ordering sequence follows: Germany 306 (ratio 0.857); Angola 300 (0.240); UK 227 (0.93); France 200 (0.310); and Portugal, 58 (0.630). The investment on ultimate technological means for surveillance and military operations has even considered the recent additional use of drones⁵⁴, where Germany takes the lead with 84; France, 20 and United Kingdom 8 (Both Angola and Portugal didn't provide any numbers). In relation to respective ratios of personnel, France, Portugal and Angola meet the lowest values when MBT are considered to assure land sovereignty.

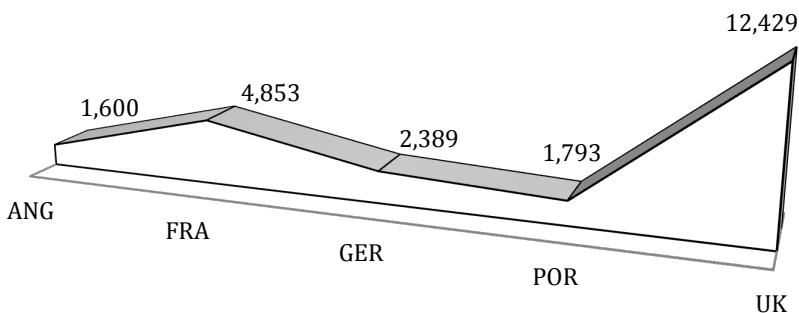
Maritime eez's and coastline

In this study, France and UK's EEZ's included administrative domains overseas under associated metropolitan countries⁵⁵.

⁵⁴ Entailing advantage on land operations they combine “*a new aerial surveillance and killing system with capabilities previously not offered by conventional air power, coupled with an older cosmic view of air mastery through technological speed, verticality, and vision*”, in Tyler Wall, & Torin Monahan, “Surveillance and violence from afar: The politics of drones and liminal security-scapes”, Vol 15, 2011, pp. 241. The French white paper even assumes the “*Drones for surveillance and combat drones are in great demand for air-land operations*”, in the “*French White Paper on defense and national security*”, 2017, pp.12

⁵⁵ United Kingdom metropole includes Rockall and the Isle of Man, 773,676 km², summing Anguilla (92,178 km²), Ascension Island (441,658 km²), Bermuda (450,370 km²), British Indian Ocean Territory (638,568 km²) disputed with Mauritius, the British Virgin Islands (80,117), Cayman Islands (119,137 km²), Channel Islands (11,658 km²), Falkland Islands (550,872 km²) disputed with Argentina, Gibraltar (426 km²) disputed with Spain Montserrat (7,582 km²), Pitcairn Island (836,108), Saint Helena (444,916 km²), South Georgia and the South Sandwich Islands (1,449,532 km²) disputed with Argentina, Tristan da Cunha archipelago (754,720 km²) Turks and Caicos Islands (154,068 km²).

Figure 4 - Coastline Comparison (Km)



Source: searoundus.org, obtained in February 12, 2018, from <http://www.searoundus.org/data/#/eez>

When it comes to analyze the numbers of personnel and means of navigation to protect maritime areas, it is necessary to understand that physically distant maritime areas demand more resources for surveillance and deterrence by military presence⁵⁶, contributing also to peacekeeping operations and unplanned Search and Rescue (SAR) missions⁵⁷.

Apart from metropolitan France 349,000 km², it accounts with New Caledonia (1,364,000 km²), Wallis and Futuna (266,000 km²), French Polynesia (4,804,000 km²), Mayotte (62,000 km²), Reunion island (304,000 km²), French Southern and Antarctic Territories (2,500,000 km²), French Guyana (126,000 km²) Clipperton (434,000 km²) Saint Barthélemy (4,000 km²), Saint Martin (1,000 km²) Martinique (47,000 km²), Guadaleoupe (86,000 km²) and Saint Pierre and Miquelon (10,000 km²). According IUCN French Committee, Protected Areas in France – A diversity tools for the conservation of biodiversity, 2013, Paris, pp.7, UK Hydrographic office, *UK Overseas Territories and UK Crown Dependencies Maritime Limits and Law of the Sea*, (2014), and <http://www.seaaroundus.org/data/#/eez> and IUCN French Committee, Protected Areas in France – A diversity tools for the conservation of biodiversity, 2013, Paris, pp.7

⁵⁶ International maritime security raised relevance after September 11, 2001 terrorist attacks, according Centre for Strategy & Evaluation Services, “*Maritime Security and Surveillance – Case Study – Ex-post Evaluation of PASR Activities in the field of Security and Interim Evaluation of FP7 Security Research*”, United Kingdom, 2011, pp.2.

⁵⁷ According paragraph 5.5.10, not only warships but also Ships or fishing vessels may be asked to divert(...)", in IMO/ICAO, “*IAMSAR Manual – International*

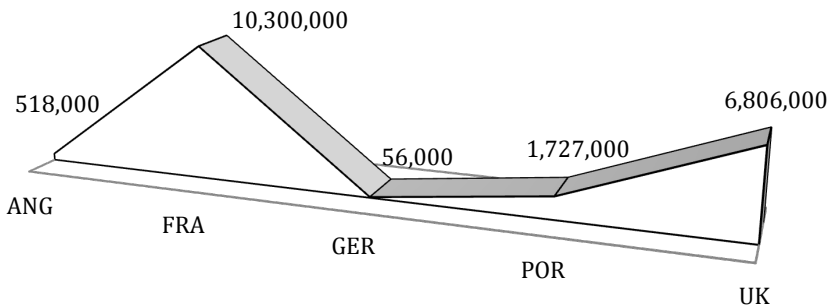
Referring to each countries' coastline extension, United Kingdom reaches 12,429 km, France; 4,853 km; Germany, 2,389 km; Portugal, 1,793; and Angola 1,600 km (Figure 4).

On due respect to maritime domains under responsibility, France has 10,300,000 km², UK 6,805,586 km², Portugal 1,727,408 km², Angola 518,433 km² and Germany 56,464 km².

Regarding naval manpower on active duty per country: France adds 36,050 sailors; UK 32,500; Germany 16,150; Portugal, 8,700; and Angola, 1,000 active military personnel on duty service.

To better understand the ratio of the number of naval military personnel in relation to economic exclusive zone (ACT.PERSONNEL/EEZ), a different comprehension takes place: Germany, 0.288; Portugal, 0.005; UK, 0.004; France, 0.003; Angola 0.001.

Figure 5 - Maritime Economic Exclusive Zone Comparison (EEZ's in thousands Km²)



Source: Central Intelligence Agency World Factbook 2016.

As visually esteemed for France, United Kingdom and Portugal⁵⁸, they actually feature amongst the biggest EEZ's in the world (1st, 5th and the 20th, respectively). The ships to follow surveillance and deterrence strategies should also be quantified, in order to materialize

Aeronautical and Maritime Search and Rescue Manual VOL II", London/Montreal, 2003 pp.5-11.

⁵⁸ Considering France and UK to benefit from the fact that numerous overseas departments and territories are scattered through all oceans of the planet.

the maritime coverage a certain country needs its ships to assume. Regarding frigates, destroyers, corvettes or patrol ships: France, sums 42; UK, 41; Germany, 33; Angola, 28; and Portugal 27.

When comparing maritime coverages along with naval platforms available to assure patrol and surveillance activities, the same ratio was not considered, not only because of the high maritime area extension, but also due to identical number of ships.

The Air Force⁵⁹ can be considered to have an important and additional role on maritime domain for surveillance and further maritime security and military operations⁶⁰, and was not considered to this study.

Regarding once more the air force personnel each country, France has 43,600; United Kingdom, 33,900; Germany, 28,600; Portugal 6,300; and Angola 6,000. Following each considered ratios (ACT. PERSONNEL/EEZ): Portugal has the least air force military personnel per area: 0.003, following France and UK 0.004; Angola 0.011; and Germany.

Concerning the aircrafts each country to war support (aircraft total combat capable), France takes the lead with 281; United Kingdom 254, Germany 235; Angola 83 and Portugal 41. To their maritime areas demanding surveillance, the total numbers of aircraft and helicopters capable for the designated support, guide us through the following numbers: Germany summing 403 aircrafts/helicopters; France 356 (including 9 UAV's); United Kingdom 282 (including 10 UAV's); Angola 229; and Portugal 52.

For the esteemed ratios concerning maritime EEZ's and combat capable aircraft's/helicopters (AIRCRAFTS' OR HELICOPTERS/EEZ), other consideration may be issued: Portugal, 3⁻⁵, France, 3.4⁻⁵, United Kingdom, 4.1⁻⁵, Angola, 4.4⁻⁴ Km²; and Germany 0.007.

⁵⁹ 5th Number of "The French White Paper", 2017, pp.6;

⁶⁰ According topics 73, 94 and 114 from the Wise Pen Final Report, *Maritime Surveillance in Support of CSDP*, 2010; and concerning the fact that as *core air power attributes* the ability of reaching about (...)70% of the Earth's surface water, in NATO *ALLIED JOINT DOCTRINE FOR AIR AND SPACE OPERATIONS-AJP-3.3*, NATO, 2016, pp. 1-3,1-4.

Comparison on geography, military personnel and equipment

Figures 6 and 7 infer possible assumptions on absolute numbers regarding military personnel and geography.

Figure 6 - Geography

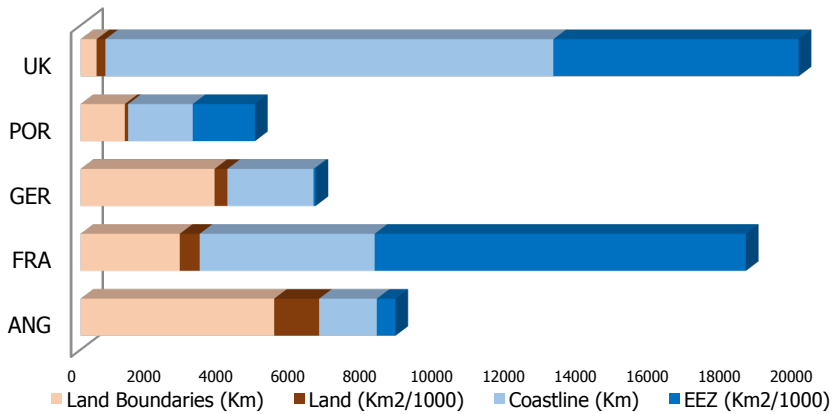
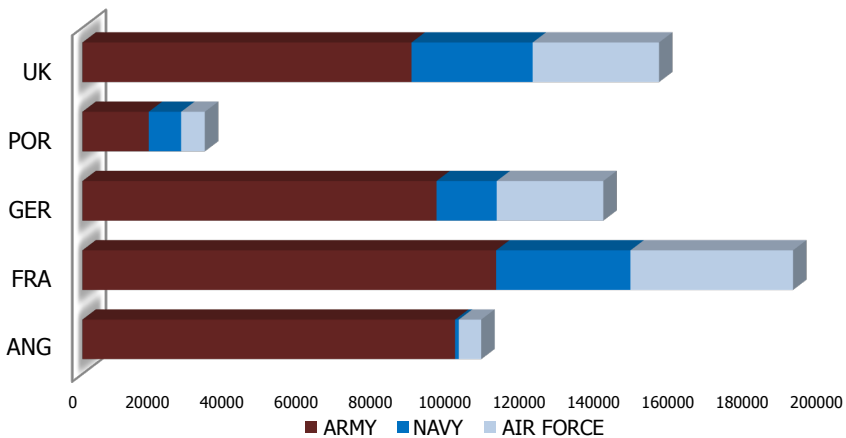


Figure 7- Military Personnel per branch



The method in this assumption regarded the absolute quantitative military personnel available each branch, including possible relative conclusions to be mentioned. For the Army, France assumes a clear advantage when it comes to quantify the land forces military personnel.

Despite Germany's lead on land borders distance, its dependence upon the federal border police⁶¹ may result in a lack of readiness, when a quick response is demanded.

Portugal has a similar ratio of soldier per squared kilometer of land (5,17 km²) to France.

For the Navy, it is clear a relation to be reflected when connecting the total maritime areas under responsibility and the hierarchy of personnel for France and United Kingdom. Even though Portugal ranks third with an EEZ summing up to 1,727,408 km² and Germany 56,464 km², the number of military in this branch did not follow the same rationale. Despite ranking forth when it comes to maritime EEZ's, Angola clearly has to pave the way in order to reach the average military correlated with maritime space under its domain.

For the Air Force, France, United Kingdom and Germany maintained neighboring numbers, quite different of those of Portugal and Angola. It is assumable that coastline's extensions may deduce highest numbers of personnel.

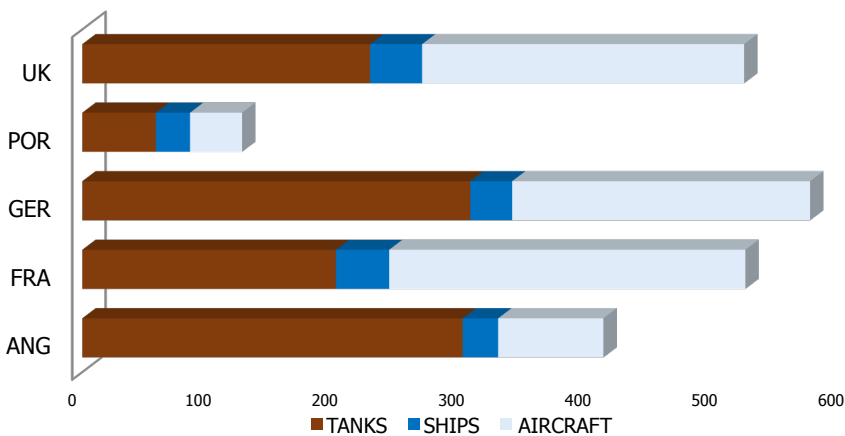
The figure above may not be enough to conclude efficiency nor efficacy. Other competences, as well as equipment also have a very important role for military forces comparison. Personnel management development, training and experience are not quite easily quantifiable, and may be reasonable to consider quite dissimilar, or in some cases, opposite values, where certainly, quantity does not mean quality⁶². The gap existing over the ranks of a certain country and incentives involving promotion, may also have an indirect impact on military operations. Germany, for example, with a high demand on federal border police under the army's guidance, may suffer from the lack of military specific training and operations. Angola, for instance, should

⁶¹ Footnote 53.

⁶² Such as the demand imposed for personnel promotion, and other values like trust, autonomy and initiative given to junior officers and technicians.

strengthen its cultural, blood and academic ties with Portugal in order to better qualify its military personnel, bringing on better professionalism and improve shared competences.

Figure 8 - Military Equipment



Huge differences related to tactics or even prior strategies adopted, may, in turn, provide opposite capabilities in a given scenario, due to different possible combinations of forces, technologies or different readiness states. Nevertheless, the quantitative analysis may provide important information to equipment comparison even if not by type or quality, to later conclude a qualitative analysis across land forces.

Light army equipment such as multiple rocket launchers (MRL), self-propelled artillery, or other gunfire support was not considered. Figure 8 measured, considering as a premise, the main battle tanks as essential and necessary to undertake further conclusions. For the Navy, the need for surveillance and patrol areas under responsibility summed the number of corvettes, frigates, destroyers and coastal patrol boats. Disembarkation military equipment⁶³ was not considered.

⁶³ France assumed 82 landing crafts/light support or amphibious ships to assure border disembarkation. United Kingdom follows with 3 and Germany 2. Portugal,

The Air Force, considered the number of combat capable aircrafts and helicopters able to basic surveillance and patrol activities.

For the Army, Angola misses the 1st place for Germany with a symbolic advantage of just 6 battle tanks. Considering previous military role and the conspicuous Angolan location, the Angolan preference on Army forces rather than Navy or Air Force may raise several concerns. France clearly points out a preference on Air Force able to be deployed by ships rather than the main battle tanks.

For the Navy, France and United Kingdom lead the number of military means to patrol the seas in accordance with the biggest areas to assure surveillance activities. Portugal, following at third place, assumed fewer means to assure sovereignty over its seas, considering the expected extension demanding surveillance.

For the Air Force, France deeply relies on naval aviation, summing up to almost a quarter of the total combat capable aircrafts⁶⁴. The same concept would possibly apply to United Kingdom, reaching nearly 10%; but fewer to Germany's 3%. Angola meets the highest discrepancy amongst Army forces and Air forces.

Conclusions

It can be determined that the complexity of this study is evident on the attempt to compare the military power, that renders different policies and strategies across the selected countries. It is important to mention the distinct data available in relation to various factors, starting from the lack of transparence on the arms trade or even military budgetary concerns States decide to maintain covert. Moreover, the inexistence of a specific methodology in this essay, announces the possible lack of correlation between the military policies and the aforementioned

following The Portuguese Strategic Concept considers a new mix of allocation of forces to foresee disembarkation operations from its ships under the "*light and fast*" concept.

⁶⁴ France has *committed to dealing with crises that are simultaneous, complex, and geographically spread out* ", in République Française, "*France Defence Strategic review – 2017 Key Points*, pp.2.

factors, amongst many others, that may have relevance to esteem military responses in the perfect balance requested for a certain country.

Moreover, it was clear that through some countries in this article, it were identified dissimilar mechanisms to allocate and manage efficiently the defense expenditures, in order to better accomplish either domestic or external compromises.

For considered consolidated democracies⁶⁵: France, Germany, Portugal and United Kingdom; the administrative process is legally defined and clearly structured, even if quite diverse.

However, despite those differences, citizens' and territorial sovereignty assurance is a common priority for democratic consolidated nations. Angola may, consecutively take advantage from Portuguese policy and strategy, by assuming Portuguese mediation powers, when it comes, for example, to military forces allocation per branch and expenditures estimation, by reinforcing the blood and cultural ties.

In relation to geography attributes that help shaping policies, it may seem reasonable to assume a certain degree of dependency upon the proposed ratios of military personnel and equipment *vs* geography and further nation's priorities, entailed in historic apprehensions.

The separation between military equipment and personnel is this way, binding, so as to make possible that quantification and historic negative impacts suffered from other nations won't be repeated once again.

Further studies, considering various certain details in particular, in order to help assisting policies and strategies concerning National Defense (efficacy and efficiency) are essential to keep on track. Firstly, by getting deeper into qualitative/quantitative policy and strategy studies on defense ideals and ideas, amongst democratic consolidated and non-consolidated countries. Secondly, by focusing a certain aspect amongst a proposed comparison, for example, how the reservists number is shaped by different policies, taking into account that decisions assumed today will be noticeable about twenty to forty years later depending on the military statute.

⁶⁵ Susan D Hyde, *The Pseudo democrats Dilema – Why Election Became an International Norm*, Cornell University Press, Ithaca and London, 2011, pp.220.

The need to distinguish quantification between specific military personnel or equipment aspects is thus essential to mitigate or aware each government about the crisis effects facing high defense budgetary constraints, in accordance with proposed chronology and established goals. Above and beyond, the lack of interest over this matter, may even raise additional problems over military capabilities and the compliance with security and territorial sovereignty goals for the Armed Forces and its people's needs.

BIBLIOGRAPHY

- African Peace and Security Architecture (ASPA). (2010). *2010 Assessment Study*. Zanzibar, Tanzania.
- Basil, G. (2015). The geopolitical dimension of maritime security. *Marine Policy*, 137-142.
- British Ministry of Defence Crown. (2017). *Land Warfare Development Centre – Army Doctrine Publication AC 71940*.
- Brools, J. E. (1990). *The Opinion-policy nexus in Germany* (Vol. 54). Public Opinion Quarterly.
- Burns, S. K. (2017). *Pathfinder* (Vol. 8). Canberra: Air Power development Centre.
- Centre for Strategy and Evaluation Services (CSES). (2011). Maritime Security and Surveillance – Case Study. *Ex-post Evaluation of PASR Activities in the field of Security and Interim Evaluation of FP7 Security Research*, 24.
- Conférence au Sommet des Chefs d'Etat et de Gouvernement. (1999). *Décision N.º 001 Y/FEV/1999 Relative à la creation d'un mecanisme de promotion, de maintien et de consolidation de la Paix et de la Sécurité en Afrique Centrale*. Journal Officiel de la Communauté Economique des Etats de l'Afrque Centrale (CEEAC).
- Dean, J. (1991). New Components of the European Security System: The Roles of CFE, NATO, EC, and the CSCE. In J. Rogers, *The Future of European Security* (pp. 105-122). London: Macmillan.
- Decreto-Lei 235-B/96, de 12 de Dezembro – Cria a EMPORDEF – Empresa Portuguesa de Defesa (SGPS)*. (1996). Lisboa: Diário da República, Série I.

- Decreto-lei 46/88, de 11 de Fevereiro – Lei de Defesa Nacional e das Forças Armadas.* (1988). Lisboa: Diário da República, I Série.
- Deutscher Bundestag. (1949 (Amended in 2014)). *Basic Law for the Federal Republic of Germany.*
- E.Tripp, L. C. (1991). Reserve Forces of the NATO Armies. *NATO Defense College* , 65-69.
- Elden, S. (2016). *Contingent Sovereignty, Territorial Integrity and the Sanctity of Borders* (Vol. XXVI). Project Muse, SAIS Review.
- Fiebig, R. (n.d.). Factual Knowledge and Public Support for German Military Operations: The Case of the German ISAF Mission in Afghanistan. In G. Kummel, B. Giergerich, & S. d. Bundeswehr (Ed.), *The Armed Forces: Towards a Post-Interventionist Era?* (pp. 93-109). Wiesbaden: Springer.
- German Federal Ministry of Interior. (2017). *The Federal Police.* (Bundespolizei, Ed.) Retrieved from <https://www.bmi.bund.de/EN/topics/security/federal-police/federal-police-node.html>
- German Ministry of Defence. (2011). *Defence Policy Guidelines Safeguarding National Interests – Assuming International Responsibility Shaping Security Together.* Berlin.
- Germond, B. (2015). The geopolitical dimension of maritime security. *Marine Policy* , 137-142.
- Hartley , T., & Russet, B. (1992). Public Opinion and the common Defense: Who governs military spending in the United States. *American Political Science Review*, 905-915.
- Heads of State and Government of the Member States of the African Union. (2002). *Protocol Relating to the Establishment of the Peace and Security Council of the African Union (PSC).* Durban.
- Hyde, S. D. (2011). *The Pseudo Democrat’s Dilemma – Why Election Became an International Norm.* Ithaca and London: Cornell University Press.
- IMO/ICAO. (2003). *IAMSAR Manual – International Aeronautical and Maritime Search and Rescue Manual* (Vols. II (Mission Co-ordination)). London/Montreal.
- International Organization for Migration (IOM). (2017). *Border Security, Migration Governace and Sovereignty.* Switzerland: Migration Research leaders syndicate in support of the global compact on migration .
- Lei Orgânica n.º 1-A/2009, de 7 de Julho – Lei Orgânica de Bases da Organização das Forças Armadas. (n.d.). Lisboa: Diário da República, I Série.

- Lei Orgânica n.º 4/2006 – Lei de Programação Militar.* (2006). Lisboa: Diário da República, Série I.
- Luz, J. M., & Matias, J. (2013). *Forças Armadas angolanas: natureza, contingentes e estruturas.* Lisboa: Janus.
- Matthew Leeke, C. S. (2003). *An introduction to devolution in the UK.* Parliament and Constituion Centre: House of Commons Library.
- National Security Strategy and Strategic Defence and Security Review 2015 – A Secure and Prosperous UK.* (2015). United Kingdom: HM Government.
- NATO (NATO STANDARDIZATION OFFICE). (2016). *ALLIED JOINT DOCTRINE FOR AIR AND SPACE OPERATIONS AJP-3.3.*
- Pinto, L. V. (2013). *A cooperação técnico-militar portuguesa.* Janus.
- Premier Ministre. (2015). National strategy for the security of maritime areas. *Adopted by the inter-ministerial sea committee on 22 October 2015*, 58.
- Présidence de la Ré. (n.d.).
- Présidence de la République. (2017). The French White Paper on defence and national security. 16.
- República de Angola. (2010). *Constituição da República de Angola.* Assembleia Constituinte Angolana.
- Resolução do Conselho de Ministros n.º 19/2013 – Conceito Estratégico de Defesa Nacional (CEDN).* (2013). Lisboa: Diário da República.
- Resolução do Conselho de Ministros n.º 26/2013, de 11 de Abril – Defesa 2020.* (2013). Lisboa: Diário da República, Série I.
- Rosa, A. B. (2010). *Política de Defesa de Angola.* Nação e Defesa, N.º 125 – 4.ª Série.
- Solsten, E. (1999). *Germany: A Country Study.* Washington DC: Library of the Congress.
- UICN France. (2013). *Protected Areas in France – A diversity of tools for the conservation of biodiversity.* Paris.
- UK Hydrographic Office. (2014). *UK Overseas Territories and UK Crown Dependencies Maritime Limits and Law of the Sea.* Retrieved from <https://www.gov.uk/guidance/uk-maritime-limits-and-law-of-the-sea>
- United Kindgom Inter-Imperial Relations Committee. (n.d.). *Balfour Declaration 1926.* London: (Report, Proceedings and Memoranda).
- Wall, T., & Monahan, T. (2011). Surveillance and violence from afar: The politics of drones and liminal security-scapes. *SAGE*, 239-242.

White Paper on Defence and National Security 2013. (n.d.). Retrieved January 15, 2018, from Ministère des Armes: <http://www.defense.gouv.fr/english/dgris/defence-policy/white-paper-2013/white-paper-2013#>

Wise Pen Final Report. (2010). *Maritime Surveillance in Support of CSDP – The Wise Pen Team Final Report to EDA Steering Board*.

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CIDeS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Segurança,
Lisboa, Portugal.

E-mail: ides@sapo.pt

A Suspensão de Direitos Fundamentais em Estado de Exceção Biopolítico

The Suspension of Fundamental Rights in a Biopolitical State of Exception

LUÍS HELENO TERRINHA¹

Resumo: Este artigo analisa, de uma perspetiva jurídico-constitucional, o estado de exceção declarado e executado em Portugal para fazer face à pandemia da COVID-19. Sujeita-se, assim, a uma avaliação crítica os principais diplomas emanados pelos órgãos de soberania durante esse período. Em especial, procura-se: (i) propor uma abordagem teórica biopolítica ao presente estado de exceção; (ii) explicar o conceito de suspensão do exercício de direitos fundamentais enquanto forma de viabilizar a introdução de uma regulação jurídica não vinculada pelas normas de direitos fundamentais; (iii) criticar o desenho normativo dos decretos presidenciais ao seguirem um modelo autorizante ou habilitante; (iv) identificar e avaliar as respetivas consequências jurídicas.

Palavras-chave: *estado de exceção / estado de emergência / direito constitucional / direitos fundamentais / suspensão de direitos.*

Abstract: This article analyzes, from a constitutional law perspective, the state of exception declared and executed in Portugal in the wake of the COVID-19 pandemic. Its purpose is to critically evaluate the decrees enacted by the different State organs during such period. In particular, I seek to: (i) propose a biopolitical theoretical approach to the current state of exception; (ii) explain the concept of suspension of fundamental rights as allowing for the enactment of legal regulation not bound by fundamental rights' norms; (iii) criticize the authorizing

¹ Professor Convidado da Católica Global School of Law, Universidade Católica Portuguesa. Doutor em Direito Público (Universidade de Lisboa). LL.M. (Yale Law School). Contacto: terrinha@aya.yale.edu. Agradeço a Pedro Lomba os comentários críticos a uma versão inicial deste artigo.

normative design of the presidential decrees; (iv) identify and evaluate its legal consequences.

Keywords: state of exception / state of emergency / constitutional law / fundamental rights / suspension of rights.

1. Introdução: o estado de exceção constitucional biopolítico

Pela primeira vez na sua história democrática pós-1976, Portugal atravessou recentemente um período em *estado de exceção*.

Foi uma exceção constitucional atípica, causada por uma pandemia e não pelas circunstâncias tradicionais de guerra ou agressão estrangeira iminente, insurreição ou desordem internas, e catástrofe natural.² O seu referente não foi a *soberania* (no sentido da afirmação da autonomia de uma comunidade), mas sim a *biopolítica*: a gestão política da vida, o exercício de poder sobre o “corpo-espécie”, o emprego de controlos reguladores e disciplinares sobre a população.³

A conotação *biopolítica* relativiza a adequação de um conjunto largo de reflexões em torno do estado de exceção constitucional (seja relativamente ao poder de quem o declara, à sua roupagem securitária moderna, ou aos receios da sua normalização).⁴ Quando o Estado se

² Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 1100 ss., e Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1999, pp. 300 ss.

³ Cf. Michel Foucault, *História da Sexualidade I. A Vontade de Saber*, tradução de Pedro Tamen, Lisboa: Relógio d'Água, 1994, pp. 139-142. Sobre o impacto da “revolução disciplinar” no direito público, *vd.* Martin Loughlin, *The Foundations of Public Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 407 ss.

⁴ Com exposição das teses de Schmitt e Agamben (certeiramente movendo a este último a crítica de que as suas “pré-compreensões” o impediram de apreciar adequadamente o impacto da situação pandémica), *vd.* Miguel Nogueira de Brito, “Pensar no estado da exceção na sua exigência”, *Observatório Alameda*, 2 de Abril de 2020, §1 (disponível em: <https://observatorio.alameda.net/index.php/2020/04/02/pensar-no-estado-da-excecao-na-sua-exigencia/>). Cf., também, Giorgio Agamben, “Contágio”, 11 de Março de 2020 (disponível em: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-contagio>).

encontra a adotar medidas de reação a um *vírus*, é duvidoso que a usual legitimação dos estados de exceção por apelo à linguagem da respetiva transitoriedade ordenada ao restabelecimento da ordem constitucional⁵ seja ajustada à tarefa. Desde logo porque, como notou Foucault, “um poder que tem por tarefa tomar a seu cargo a vida terá necessidade de mecanismos contínuos, reguladores e correctivos”.⁶ Emerge, então, uma evidente tensão com as frequentes salvaguardas temporais dos estados de exceção constitucionais.⁷

Em face da hostilidade biológica do nosso meio ambiente, é o sentido da dicotomia *normalidade-exceção* que soçobra: os “pressupostos de vigência da norma”⁸ perdem o seu *pré-suposto*, obrigando à redefinição de normalidade e excecionalidade em contexto viral adverso. O que fica em evidência é a disjunção, senão oposição, entre normalidade jurídica e normalidade biológica.⁹

É bem possível que nos falte ainda um vocabulário¹⁰ jurídico para lidar com a *exceção constitucional biopolítica*, decorrente de uma urgência sanitária que – pela sua extensão e intensão – redefina os termos em que podemos viver.¹¹ O desafio é o de “pensar a norma

⁵ Cf. Gonçalo Almeida Ribeiro, “O estado de exceção constitucional”, *Observador*, 25 de Março de 2020 (disponível em: <https://observador.pt/especiais/o-estado-de-excecao-constitucional/>).

⁶ Cf. Foucault, *História da Sexualidade I*, p. 146.

⁷ Como acontece, entre nós, com o limite temporal dos 15 dias (renováveis) previsto no artigo 19.º da Constituição.

⁸ Cf. Gonçalo Almeida Ribeiro, “O estado de exceção constitucional”, *Observador*, 25 de Março de 2020 (disponível em: <https://observador.pt/especiais/o-estado-de-excecao-constitucional/>): “O estado de exceção vigora enquanto as condições pressupostas pela vigência da norma – o estado de normalidade – não forem restauradas”.

⁹ Cf. Roberto Esposito, *Bios. Biopolítica e Filosofia*, tradução de Freitas da Costa, Lisboa: Edições 70, 2010 (2004), pp. 268-269.

¹⁰ Cf. Richard Rorty, *Contingency, irony, and solidarity*, Cambridge: Cambridge University Press, 1989, pp. 3-22.

¹¹ De tal sorte que se afigura plausível ser afinal a via legislativa *normal* o caminho mais adequado para com ela lidar, a exemplo do “estado de urgência sanitária” introduzido no código de saúde pública francês ou da *Infektionsschutzgesetz* alemã. O que se concebe e admite é que a excecionalidade biopolítica negue vários dos pressupostos em que assenta o tradicional estado de exceção constitucional. Cf. John Ferejohn, Pasquale Pasquino, “The law of the exception: A typology of emergency powers”, *J•CON* 2 (2004), pp. 210-239 (228).

ao mesmo tempo que a vida – não *sobre* a vida, nem *a partir* da vida, mas *na* vida, isto é, na constituição biológica do organismo vivo”.¹²

Desta vez, não existiu inimigo estrangeiro (estatal ou terrorista), grupo rebelde, ou terramoto que fizesse perigar a *nostra* comunidade, ordem constitucional, axiologia ou organização política.¹³ A ameaça somos radicalmente nós, com a vulnerabilidade ao vírus,¹⁴ lembrados que fomos, pela natureza, da contingência e fragilidade das condições biológicas do ser humano.

Por isso, se o estado de exceção clássico remete para um “paradigma de comunidade”, o estado de exceção biopolítico apenas se compreende no quadro de um “paradigma de imunização” que interliga vida, política e direito.¹⁵ A imunização nega a comunidade para a conservar: “[a]quilo que é imunizado [...] é a própria comunidade, de uma forma que conjuntamente a conserva e a nega – ou melhor, a conserva através da negação do seu originário horizonte de sentido”¹⁶ (que é, designadamente, a relação entre os membros).¹⁷ Logo, ante a falha da imunização natural a um vírus, o Estado atua no sentido de ativar o contrário à vida ou de conter a sua intensidade (*v.g.*, através de quarentenas e confinamentos): “[p]ara ser conservada, a vida tem de renunciar a qualquer coisa que faz parte integrante, e constitui mesmo o vetor predominante, da sua potência expansiva”.¹⁸

Faz até pouco sentido falar aqui de ajuridicidade ou extra-legalidade do estado de exceção.¹⁹ Afinal, não tinha já explicado Luhmann que

¹² Esposito, *Bios*, p. 203 (itálicos conforme ao original).

¹³ Cf. Ferejohn / Pasquino, “The law of the exception...”, pp. 231-232.

¹⁴ Como nota certeira Esposito, *Bios*, p. 51: “O que está em causa [...] já não é a distribuição do poder ou a sua subordinação à lei, o tipo de regime ou o consenso que recolhe – a dialéctica que até uma certa fase temos denominado com os termos de liberdade, igualdade, democracia, ou, pelo contrário, com os de tirania, imposição, domínio: mas qualquer coisa que a precede porque diz respeito à sua ‘matéria-prima’”.

¹⁵ Cf. Esposito, *Bios*, pp. 73-74.

¹⁶ Cf. Esposito, *Bios*, p. 82.

¹⁷ Cf. Esposito, *Bios*, p. 80.

¹⁸ Esposito, *Bios*, p. 92.

¹⁹ Cfr., criticamente, Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Wien: Verlag Österreichische Staatsdruckerei, 1993 (1925), p. 157, e Giorgio Agamben, *State of Exception*, trad. Kevin Attel, Chicago: University of Chicago Press, 2005 (2003), pp. 23 ss.

o Direito se afigura “o sistema imunitário da sociedade”?²⁰ Nessa medida, a constitucionalização dos estados de exceção surge como dispositivo imunitário do próprio sistema jurídico-constitucional, com o que (auto-)assegura a sua adaptação auto-reprodutiva a um devir incerto.²¹ E no plano ordinário, a confirmação da impressiva, avassaladora e instrumental *presença* do direito é dada por uma simples consulta ao índice cronológico da produção normativo-jurídica relativa à COVID-19.²²

Donde se intui que a exceção *constitucional biopolítica* não é inteiramente natural, no sentido de que não é o resultado linear ou causal de um qualquer singular agente externo (aqui, um vírus). Ela é ativamente produzida pelo Estado, seja ao identificar um perigo normativamente relevante, ao desencadear os mecanismos de reação, ou ao disciplinar os comportamentos dos cidadãos.²³ Isto é, o Estado co-constitui os elementos de que depende a transição da ordem jurídica constitucional para um estado de exceção.²⁴ Isso é particularmente evidente no caso da COVID-19. Ao longo da história, outras doenças e pandemias (inclusivamente mais mortíferas) não conduziram aos *lockdowns* ou quarentenas globais a que assistimos em 2020.²⁵ As restrições e suspensões de direitos fundamentais em larga escala são consequência das decisões das autoridades públicas e são o efeito da seleção de certas estratégias para lidar com a pandemia (em detrimento

²⁰ Cf. Niklas Luhmann, *Soziale Systeme – Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987, pp. 509 ss., e Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, pp. 565 ss.

²¹ Cf. Luhmann, *Soziale Systeme*, p. 507, quando explica que: “Das System immunisiert sich *nicht gegen das Nein*, sondern mit *Hilfe des Neins*; es schützt sich *nicht gegen Änderungen*, sondern mit *Hilfe von Änderungen* gegen Erstarrung in eingefahrenen, aber nicht mehr umweltadäquaten Verhaltensmustern. Das Immunsystem schützt nicht die Struktur, es schützt die Autopoiesis, die geschlossene Selbstreproduktion des Systems. Oder um es mit einer alten Unterscheidung zu sagen: es schützt durch Negation von Annihilation.” (itálicos conforme ao original).

²² Cf. <https://dre.pt/legislacao-covid-19-upo>.

²³ Ao agir, no fundo, como “segundo dispositivo imunitário”. Cf. Esposito, *Bios*, p. 92.

²⁴ Cf. Agamben, *State of Exception*, p. 29.

²⁵ Por todos, Frank M. Snowden, *Epidemics and Society. From the Black Death to the Present*, New Haven: Yale University Press, 2019.

de alternativas). Por exemplo, as limitações à circulação visaram sobretudo reduzir a taxa de contágio para assegurar a capacidade de resposta dos sistemas públicos de saúde.²⁶ Não se trata, pois, de reconhecer a bruta “força dos factos”²⁷ (uma espécie de exterior dado ou que se impõe), senão de reconhecer a sua *construção como exceção constitucional* enquanto recurso ou dispositivo ao serviço do poder e dos fins que ele fixa.²⁸

Esta é uma forma de colocar em perspetiva a opção de decretar o estado de emergência em Portugal. Em particular porque cumprirá à classe política e aos juristas averiguar, em tempos considerados *normais*, a bondade do seu propósito (e a proporcionalidade das suas medidas) e se foi o tipo de resposta adequada ao problema pandémico.

Nessa reflexão, importará, de uma banda, analisar a prestação das regras do estado de emergência e da suspensão do exercício de direitos fundamentais em face do teste a que foram sujeitas. De outra banda, relevará estudar se mecanismos diferentes poderiam ser mais apropriados ao fim visado (*v.g.*, disposições legais de saúde pública).

Neste escrito, focar-nos-emos sobretudo numa comparação entre o *dever-ser* e o *ser* do estado de emergência e da suspensão do exercício de direitos fundamentais, à luz da experiência portuguesa. Pelo que, primeiro, prestaremos atenção em abstrato às regras constitucionais e legais e, depois, avaliaremos criticamente a respetiva prática e implementação pelos órgãos de soberania.

2. Emergência e direitos fundamentais: o antagonismo

O artigo 19.º da Constituição da República Portuguesa de 1976 (doravante: CRP) prevê a possibilidade de proceder à *suspensão* do

²⁶ Como enfatizado por Oliver Lepsius, “Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie”, *Verfassungsblog*, 6 de Abril 2020 (disponível em: <https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/>).

²⁷ Cf. Gonçalo Almeida Ribeiro, “O estado de exceção constitucional”, *Observador*, 25 de Março de 2020 (disponível em: <https://observador.pt/especiais/o-estado-de-excecao-constitucional/>).

²⁸ Cf. Agamben, *State of Exception*, pp. 29-30.

exercício de direitos, liberdades e garantias, mediante decretação do estado de sítio ou do estado de emergência nos termos constitucional e legalmente prescritos.²⁹

Cumpre, desde logo, apurar o que é e em que se traduz uma *suspensão do exercício de direitos fundamentais*. Mas a abordagem mais prática focada no conceito e regime jurídico da suspensão deve ser antecedida de uma breve análise que contextualizante de tal disposição na economia de um texto constitucional democrático como o português. Tanto que a consagração da possibilidade de suspender o exercício de direitos fundamentais está marcada pela sua *contingência*.³⁰ Tratou-se, pois, de uma opção do nosso legislador constituinte,³¹ não configurando ela um elemento necessário de um direito constitucional da exceção.³² De resto, muito embora não seja uma singularidade portuguesa,³³ a

²⁹ Em geral, na doutrina, J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.^a edição revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 397-405.

³⁰ Sobre a contingência no Direito, em geral, e no Direito Constitucional, em particular, *vd.* Luís Heleno Terrinha, “Direito e Contingência: *com e para além* de Ulrich Beck”, *in* Carla Amado Gomes / Luís Heleno Terrinha (Coord.), *In Memoriam Ulrich Beck – Atas do Colóquio promovido pelo ICJP e pelo CIDP*, Lisboa: ICJP, 2016, pp. 17 a 53 (disponível em: http://icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_ulrichbeck_0.pdf), e Luís Heleno Terrinha, “Os limites materiais da revisão constitucional: reflexividade, reflexão e contingência do sistema jurídico-constitucional”, *in* Manuel Afonso Vaz / Catarina Santos Botelho / Luís Heleno Terrinha / Pedro Coutinho (Eds.), *Jornadas nos 40 anos da Constituição da República Portuguesa*, Porto: UCE, 2017, pp. 213-242.

³¹ Uma rápida pesquisa aos debates da Assembleia Constituinte não revelou uma discussão especialmente aturada sobre a suspensão do exercício de direitos fundamentais (a dado passo dá-se até como discutida e votada uma disposição que aparentemente não o foi). Essa documentação pode ser consultada em: <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dac/01/01/01>.

³² Cf. Christian Bjørnskov / Stefan Voigt, “The architecture of emergency constitutions”, *I•CON* 16 (2018), pp. 101-127 (110-111).

³³ Por exemplo, a suspensão vem também prevista no artigo 55.º da Constituição Espanhola de 1978 (consultada em: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)). De resto, em Espanha, a suspensão pode ter carácter geral ou individual. Cf. Eduardo Vígala Foruria, “La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamento español”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 40 (1994), pp. 61-132.

verdade é que não deixam de se encontrar ordens jurídicas que activa e conscientemente recusaram tal figura.³⁴

O ponto de partida da discussão pode ser dado por um aspeto nuclear do estado de emergência: a sua identidade assenta na respetiva *oposição ao exercício de direitos fundamentais*. Com efeito, a CRP estabelece conceptualmente os estados de exceção (estado de sítio ou estado de emergência) enquanto situações constitucionais que implicam a ausência do exercício de posições subjetivas jusfundamentais.³⁵

Fá-lo, é certo, à luz da respetiva virtuosidade funcional de disciplinarem o exercício de poderes públicos agressivos e de contribuírem – ainda no quadro da juridicidade – para a sobrevivência da ordem constitucional tal como a conhecemos *normalmente*.³⁶ A tese dominante é a de que, com o estado de sítio ou estado de emergência, e não obstante as suas implicações, é ainda a Constituição a *garantir-se* e é ainda a ordem constitucional a *defender-se* da perturbação disruptiva – o que, em última análise, funciona em prol da comunidade política.³⁷ Dir-se-á que o sacrifício (posições subjetivas fundamentais) se justifica por um bem maior (preservar a pretensão de durabilidade do ordenamento constitucional).³⁸

Mas o que há a sublinhar, em tensão com o referido desiderato, é que ao introduzir a possibilidade de suspensão do exercício de direitos fundamentais, bem como ao conceptualmente ligar essa suspensão aos estados de sítio e de emergência, a CRP apresenta os direitos fundamentais como potenciais *inimigos* do retorno à normalidade

³⁴ Cfr. David Dyzenhaus, “States of Emergency”, in Michel Rosenfeld / Andrés Sajó (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 442-462 (449).

³⁵ Cf. Jorge Bacelar Gouveia, *Estado de Exceção no Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 2020, p. 121. Ainda que essa ausência de exercício nunca seja total, por haver um conjunto de direitos fundamentais que não são suspendíveis. A que se soma um conjunto de vinculações jurídicas indisponíveis (designadamente o respeito pelo princípio da proporcionalidade).

³⁶ Cf. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, p. 302.

³⁷ Cf. Canotilho, *Direito Constitucional*, pp. 1085 ff., e Francisco Fernandez Segado, “Naturaleza y régimen legal de la suspensión general de los derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Político* 18-19 (1983), pp. 31-58 (32).

³⁸ Cf. Segado, “Naturaleza y régimen legal de la suspensión...”, p. 34.

constitucional.³⁹ Com o que se causa a impressão de que o exercício de direitos fundamentais é privilégio de tempos e circunstâncias regulares, tornando-se os mesmos antagônicos da ordem instituída assim que esta enfrenta desafios que ela própria toma por existenciais, no sentido de ameaçarem a sua eventual subsistência.⁴⁰ Na ponderação entre a manutenção ou durabilidade da ordem instituída e os direitos fundamentais do indivíduo, aquela deu-se a si mesma preponderância e primazia. Eis porque o exercício dos direitos fundamentais pode ser *suspensio*: emergência (a perturbação da ordem instituída e o objetivo de regressar à normalidade) não se compadece com jusfundamentalidade.⁴¹

Em conclusão, a constitucionalização dos estados de exceção é o veículo através do qual o Estado se auto-habilita constitucionalmente a não respeitar os direitos constitucionais dos cidadãos.⁴² Encontramos aqui a expressão maior da ideia básica, mas essencial, de que o direito (constitucional) possibilita e reforça o poder.⁴³ Se a função dos direitos fundamentais é garantir a autonomia das esferas sociais diferenciadas,⁴⁴

³⁹ Cf. Segado, “Naturaleza y régimen legal de la suspensión...”, p. 34. Ainda que sem extrair daí ilações teóricas, também Paloma Requejo Rodríguez, “¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?”, *Revista de Derecho Político* 51 (2001), pp. 105-137 (116), reconhece que a suspensão de direitos fundamentais é prevista “por [se] considerar que o seu exercício pode impedir ou dificultar o restabelecimento da normalidade no caso concreto”.

⁴⁰ Sublinhando, a este propósito, a natureza paradoxal das disposições constitucionais de emergência, cf. Bjørnskov / Voigt, “The architecture of emergency constitutions...”, p. 103: “[...] emergency constitutions are paradoxical documents: Their declared goal is to re-establish constitutional order by temporarily suspending it.”

⁴¹ Cfr. Loughlin, *Foundations of Public Law*, pp. 397-398 (quando se refere a um “high-modernist model of government” para o qual “entrenched private rights should never be allowed to override the exercise of governmental power aimed at the realization of the common good”).

⁴² Sobre a reflexividade inerente ao processo constitucional, cf. Gunther Teubner, *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012, pp. 159 ss., e Luís Heleno Terrinha, “Da Sociedade da Constituição à Constituição da Sociedade. O constitucionalismo societal e os seus contributos para a compreensão do Direito Constitucional como sistema comunicativo mundial”, *Revista Jurídica AAFDL* 30 (2016), pp. 297-377. Convergentemente, Bjørnskov / Voigt, “The architecture of emergency constitutions...”, p. 103.

⁴³ Cf. Loughlin, *Foundations of Public Law*, p. 231.

⁴⁴ Na famosa leitura de Niklas Luhmann, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, 5.^a edição, Berlin: Duncker & Humblot, 2009. Leia-se

então a respetiva suspensão em estado de exceção é a forma de permitir, circunstancialmente, uma (re)politização total da sociedade.

Rigorosamente, não se pode ignorar aquele conjunto de direitos fundamentais que a CRP estabelece como inatacáveis e invioláveis mesmo em estado de exceção e que constam do n.º 5 do artigo 19.º.⁴⁵ Dir-se-á que sempre resta um núcleo de posições jusfundamentais cujo exercício não se revela incompatível com a pretensão de manutenção da ordem instituída. E que, com tanto, resultará assegurado o mínimo indispensável de legitimação material ou substantiva à ordem jurídica constitucional de exceção.⁴⁶

Porém, outras interrogações surgem. Dizem sobretudo respeito à distinção que por essa via se faz entre direitos fundamentais *suspendíveis* e direitos fundamentais *não-suspendíveis*.

Uma primeira leitura poderia apontar para a existência de diferentes níveis de jusfundamentalidade entre os direitos fundamentais da Constituição:⁴⁷ alguns direitos fundamentais são *direitos fundamentais de normalidade e de exceção*, enquanto outros apenas são *direitos fundamentais de normalidade*. Recorrendo a um paralelo corrente, se os direitos económicos, sociais e culturais são considerados *direitos fundamentais sob reserva do possível*,⁴⁸ então afinal também há *direitos, liberdades e garantias sob reserva do possível*: precisamente aqueles que, nos termos constitucionais, são suspendíveis em situações de estado de sítio ou de emergência.

Uma segunda leitura pergunta, mais radicalmente, qual a compreensão de direitos fundamentais ínsita numa Constituição que os consagra,

ainda Luís Heleno Terrinha, *Direitos Fundamentais e Ordem Colectiva. Teorias não subjectivistas da jusfundamentalidade*, Porto: UCE, 2018, pp. 27-37.

⁴⁵ Cf. Canotilho / Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, p. 402, e Gouveia, *Estado de Exceção*, pp. 177 ss.

⁴⁶ Cf. Chris Thornhill, “Towards a historical sociology of constitutional legitimacy”, *Theory and Society* 37 (2008), pp. 161-197.

⁴⁷ Já nem referimos o facto de o artigo 19.º, n.º 1, omitir por completo qualquer referência aos direitos económicos, sociais e culturais. Cf. Carlos Blanco de Moraes, *Curso de Direito Constitucional*, Tomo II, Vol. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 582-583.

⁴⁸ Cf. Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 88 ss.

mas os considera passíveis de suspensão. Em particular: são os direitos fundamentais afinal *concedidos* ou *reconhecidos* pela Constituição? Uma Constituição que estabelece a possibilidade de suspensão do exercício de direitos fundamentais, colocando-os dessa forma na disponibilidade do poder público, sugere que os concebe enquanto posições que decorrem de *outorga do poder* (logo sujeitos a suspensão assim que se revela a sua incompatibilidade com a manutenção do poder).⁴⁹ A este raciocínio escaparia tão-somente o núcleo dos direitos fundamentais declaradamente intangíveis (art. 19.º, n.º 5 da CRP).

Este tipo de observações enfatiza a sensibilidade do tema, o cuidado que tem de ser posto na sua reflexão e as salvaguardas que devem ser adotadas para que a liberdade dos indivíduos não seja descaracterizada pelo poder.

3. A suspensão do exercício de direitos fundamentais

3.1. *Conceito e efeitos da suspensão*

Não é unívoco em que consiste a *suspensão* do exercício de direitos fundamentais.⁵⁰ Com efeito, a doutrina está habituada a trabalhar – e tratou de desenvolver – sobretudo a noção de *restrição* de direitos fundamentais,⁵¹ tal como disciplinada no artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da CRP em circunstâncias de *normalidade* constitucional.

O que parece certo, sob pena de redundância conceptual e jurídica, é que uma *suspensão* não é rigorosamente uma *restrição* de direitos

⁴⁹ Cf. Loughlin, *Foundations of Public Law*, pp. 369-370 (contextualizando historicamente o processo pelo qual “[a]ll constitutional rights become conditional – conditional on a perception of their utility in ensuring the realization of the public aspiration of the political nation”).

⁵⁰ Já José de Melo Alexandrino, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2006, p. 435, nota 1840.

⁵¹ Cf. Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, pp. 249 ss.

fundamentais⁵² (da mesma forma que uma *restrição* não pode equivaler a uma *suspensão*).⁵³

Não o é, desde logo, por referência ao contexto institucional em que ambas operam: a suspensão acontece em estado de emergência e é determinada pelo Presidente da República (doravante: PR) na sequência de autorização da Assembleia da República (doravante: AR) e de audição do Governo [art. 134.º, al. d) 138.º da CRP]; a restrição acontece em período de normalidade constitucional mediante lei restritiva da AR ou decreto-lei autorizado restritivo do Governo [art. 18.º, n.º 2; art. 165.º, b), da CRP]. Mas também não o é por referência à respetiva disciplina jurídico-constitucional: a suspensão é necessariamente limitada no tempo e observa requisitos de fundamentação, especificação e proporcionalidade, designadamente na vertente de proibição do excesso (art. 19.º, n.º 4 e 5 da CRP); a restrição observa requisitos de expressa previsão constitucional somada à generalidade, abstração, não-retroatividade e respeito pelo conteúdo essencial dos direitos fundamentais pela lei (art. 18.º, n.º 2 e 3 da CRP).⁵⁴

O que mais interessa, porém, é dilucidar o conteúdo jurídico do conceito de *suspensão do exercício* de direitos fundamentais.

⁵² Como se acentuará ainda, a lógica da suspensão de direitos fundamentais é precisamente a de possibilitar a sua afetação sem ter de os restringir (em sentido técnico-jurídico). Tanto lógica como juridicamente, é difícil perceber como se poderia *restringir* o que está *suspensio* (designadamente se por *suspensio* se entende a não produção de efeitos jurídicos ou, no caso, a impossibilidade juridicamente determinada de exercer as liberdades, poderes e faculdades decorrentes de normas de direitos fundamentais), ou que efeito útil haveria sequer nisso. Ademais, também não se pode asseverar, sob pena de contradição, que o modo de operar a *suspensão* é por *restrição*. É verdade que a *restrição* de direitos pode ser de tal ordem e intensidade que corresponde a uma *suspensão* – mas tal raciocínio, para ser inteligível, tem de partir da premissa indisponível de que tais direitos não estavam antecedentemente (validamente) suspensos. Do mesmo modo, a ideia de que uma *suspensão* pode redundar afinal numa *restrição* assenta na premissa igualmente indisponível de que a suspensão não havia sido validamente decretada.

⁵³ A afinidade estrutural entre as duas será, porventura, mais evidente no plano da situação jurídica em que ficam colocados os comportamentos *restringidos* e os comportamentos *suspensos*. Em ambos os casos, nenhum goza de proteção jusfundamental.

⁵⁴ Cf. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 328 ss.

O entendimento intuitivo da *suspensão* de efeitos jurídicos aponta, facilmente, para uma não produção temporária de efeitos jurídicos por parte de uma norma ou de um ato jurídico que antes se encontrava regularmente a produzi-los.⁵⁵ Em tal caso, não se afeta a validade da norma ou do ato, mas sim a sua *eficácia* por um determinado período de tempo.⁵⁶

Convém começar por notar que o n.º 1 do artigo 19.º da CRP permite a suspensão do *exercício* de direitos fundamentais. Donde parece extrair-se que a norma objetiva de direitos fundamentais queda intocada e continua existente no ordenamento jurídico português, tanto mais que não pode ela ser eliminada ou modificada.⁵⁷ Por isso, recusamos falar aqui de qualquer operação de desconstitucionalização ou desfundamentalização da norma de direito fundamental, como por vezes ocorre na doutrina espanhola a propósito do n.º 1 do artigo 55.º da Constituição espanhola de 1978 (ao determinar que há direitos fundamentais que “podem ser suspensos” na sequência de declaração de “estado de exceção ou de sítio”).⁵⁸⁻⁵⁹ Precisamente por causa do concreto

⁵⁵ Cf. Jorge Reis Novais, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 193, nota 328 (ao referir-se a uma “inibição temporária e transitória de exercício de alguns direitos fundamentais ou de algumas faculdades neles contidas”, implicando “uma impossibilidade geral e transitória do exercício do direito ou de algumas das faculdades que ele facultava”).

⁵⁶ Cf. Gouveia, *Estado de Exceção*, p. 172, e Segado, “Naturaleza y régimen legal de la suspensión...”, p. 40.

⁵⁷ Cf. Gouveia, *Estado de Exceção*, p. 172, e Segado, “Naturaleza y régimen legal de la suspensión...”, p. 39.

⁵⁸ O texto da disposição é: “Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción.” Por conveniência, e para evitar dispersão, não nos referiremos aqui à possibilidade, acolhida no art. 55.º, n.º 2, da suspensão individual de direitos fundamentais.

⁵⁹ Por exemplo, Benito Aláez Corral, “El concepto de suspensión general de los derechos fundamentales”, in Luis López Guerra / Eduardo Espín Templado, *La Defensa del Estado*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 233-245, discute duas possíveis formas de interpretar a referida disposição da Constituição espanhola: ou se

enunciado linguístico, também não parece poder concluir-se que a suspensão subtrai ao cidadão a *titularidade* do direito fundamental,⁶⁰ mesmo que apenas temporariamente.⁶¹ Semelhantemente, a suspensão, devido à sua transitoriedade, não equivale a uma supressão.⁶²

Assumindo genericamente a suspensão enquanto ato que determina a não-produção temporária dos normais efeitos jurídicos de um outro ato ou norma, o que estará em causa é que, com a suspensão do exercício de direitos fundamentais, o cidadão deixa de beneficiar dos concretos poderes, faculdades ou vantagens que as normas de direitos fundamentais lhe atribuem.⁶³ Nessa medida, o cidadão que pretenda atualizá-los não obterá qualquer tutela jurídica *no plano normativo do*

entende que a suspensão de direitos fundamentais implica a “desfundamentalização” da posição jurídica subjacente (ou seja, o direito fundamental perderia exatamente a sua fundamentalidade), ou se entende que a suspensão conduz a uma “autêntica desconstitucionalização temporal” dos direitos fundamentais. Na perspetiva do autor, enquanto a tese da “desfundamentalização” permitiria ao poder público “afectar o âmbito de liberdade sem necessidade de respeitar o seu conteúdo essencial” (ainda que continuasse sujeito a um princípio de proporcionalidade), a tese da “desconstitucionalização” permitiria ao poder público “regular o âmbito de liberdade como se não estivesse protegido por uma norma iusfundamental” (na medida em que a mesma “havia perdido temporalmente a sua vigência em razão da suspensão”, assim afastando até a aplicação constitucional do princípio da proporcionalidade). Na opinião de Benito Aláez Corral, a boa interpretação do n.º 1 do artigo 55.º e da suspensão de direitos fundamentais na Constituição espanhola, é a de que se trata de admitir uma “desconstitucionalização” da norma de direitos fundamentais decorrente da respetiva “supressão de vigência”. Noutra linguagem, Rodríguez, “¿Suspensión o supresión...”, pp. 112-113 (incluindo nota 10), entende que a suspensão de direitos fundamentais não é equivalente à sua “supressão”, mas reconhece que por seu intermédio os poderes públicos deixam de estar vinculados ao respeito pelo conteúdo essencial do direito, de tal sorte que a sua atuação pode com ele interferir ou mesmo sacrificá-lo. Com isso, entende, “desconstitucionaliza-se de certa maneira o conteúdo do direito”, sem prejuízo de as ações dos poderes públicos continuarem subordinadas ao direito e até a controlo jurisdicional: seja quanto à observância do princípio da proporcionalidade, seja quanto à observância dos requisitos de decretação do estado de exceção ou de sítio tal como estabelecidos na Constituição espanhola.

⁶⁰ Cf. Alexandrino, *A Estruturação*, II, pp. 435-436, nota 1840.

⁶¹ Isso não prejudica que se acompanhe Alexandrino, *A Estruturação*, II, pp. 435-436, nota 1840, ao considerar que se utiliza “exercício” em sentido amplo ou impróprio, abrangendo estados jusfundamentais activos e passivos.

⁶² Cf. Gouveia, *Estado de Exceção*, p. 172.

⁶³ Cf. Gouveia, *Estado de Exceção*, p. 172.

direito fundamental (exatamente porque os comportamentos tipicamente subsumíveis no âmbito material da norma de direitos fundamentais deixam agora, por força da suspensão de exercício, de lograr qualquer proteção jusfundamental).⁶⁴⁻⁶⁵

Note-se que não resulta daí nenhuma intolerável indefinição jurídica. *A suspensão é a definição jurídica* da nova situação gerada. E, como se explicou, trata-se de uma definição jurídica que assenta imediatamente: *i)* ora na não-produção dos efeitos jurídicos típicos da norma de direito fundamental, *ii)* ora na subtração de proteção jusfundamental aos comportamentos humanos subsumíveis no âmbito material da norma de direito fundamental.⁶⁶⁻⁶⁷ Disto não resulta diretamente uma proibição de comportamentos.⁶⁸

⁶⁴ Cf. Gouveia, *Estado de Exceção*, p. 172 (referindo-se a um efeito ablativo fulminante dos direitos).

⁶⁵ Tomando por referência uma versão inicial deste escrito, Pedro Moniz Lopes, “Significado e alcance da «suspensão» do exercício de direitos fundamentais na declaração de estado de emergência”, *E-Pública* 7 (2020), pp. 118-152 (129-130), criticou a apresentada definição de suspensão pela sua suposta “ambiguidade”. Mas, descontado o aparato lógico-analítico usado pelo Autor, não parece que o seu entendimento de suspensão seja essencialmente diferente daquele que aqui se defende (designadamente quando escreve que “[o] efeito jurídico paralisador, que decorre da «suspensão», retira a dimensão «protegida» da «liberdade»” ou que o “Estado deixa [...] de estar «proibido» de interferir com as condições fácticas de realização da liberdade dos cidadãos”).

⁶⁶ Um exemplo evidente: o cidadão que não poderia ser proibido pela polícia de circular entre as 2 e as 6 horas da manhã, deixa agora de poder invocar o direito fundamental (que não pode exercer, por força da suspensão) para se eximir ao cumprimento de um comando dado nesse sentido no quadro do estado de emergência ou estado de sítio.

⁶⁷ Moniz Lopes, “Significado e alcance da «suspensão»...” pp. 132 ss., pretende identificar a este propósito uma “contradição” na posição exposta. Mas essa crítica baseia-se no facto de o Autor ignorar o sentido com que explicitamente usamos o termo “definição jurídica” (imputando-lhe ele um outro). Como ficou claro, não nos referimos – como parece ser o caso de Moniz Lopes – a uma definição jurídica “positiva” enquanto novo regime material regulador dos comportamentos individuais (que é subsequente à suspensão e que, por isso, o ato de suspensão obviamente não contém). Referimo-nos, tão-só, a uma definição jurídica decorrente das modificações jurídicas operadas pela própria suspensão (traduzida, usando a terminologia de Moniz Lopes, na subtração da dimensão protegida da liberdade, negando a proibição do Estado interferir na esfera dos cidadãos).

⁶⁸ Cf. Gouveia, *Estado de Exceção*, p. 173.

3.2. Consequências da suspensão

A suspensão associada à decretação do estado de emergência também não cria – nem deve criar – um vazio jurídico.⁶⁹ Na verdade, ao afastar transitoriamente a proteção jusfundamental anteriormente concedida, a suspensão cria o espaço para a *emanação de uma nova regulação jurídica dos comportamentos em causa*. É nisso que consiste o seu efeito principal e a sua mais-valia funcional: viabilizar a introdução na ordem jurídica, a título temporário (pelo período de vigência do estado de emergência), de uma disciplina legislativa ou administrativa não constrangida pelas vinculações das normas de direitos fundamentais cujo exercício haja sido suspenso.⁷⁰⁻⁷¹

Assim sendo, o cidadão não poderá apelar ao parâmetro jusfundamental para se defender de agressões ou compressões da sua esfera

⁶⁹ O que, mesmo para autores de orientação normativista, não pode levantar problemas: afinal, ainda no quadro do positivismo kelseniano, restará sempre uma qualquer disciplina jurídica através da conveniente permissão normativa geral. Cf. Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1979, pp. 106-107. *Vd.*, ainda, Gouveia, *Estado de Exceção*, p. 173.

⁷⁰ Cf. Segado, “Naturaleza y régimen legal de la suspensión...”, p. 40, Rodríguez, “¿Suspensión o supresión...”, p. 112, e Corral, “El concepto de suspensión...”, pp. 241. Entre nós, *vd.* Gouveia, *Estado de Exceção*, pp. 172-173.

⁷¹ Numa versão inicial deste estudo, aparecia “permitir” onde agora surge “viabilizar”. A modificação deve-se a uma crítica pertinente de Pedro Moniz Lopes, “Significado e alcance da «suspensão»...” p. 133, segundo a qual não é a suspensão ela mesma (enquanto ato de paralisação de eficácia das normas) que contém a permissão da (subsequente) emanação da disciplina jurídica derogatória dos direitos fundamentais. De outros locais deste estudo, designadamente *infra* quando discutimos as competências do Governo e do PR, já resultava clara a nossa convergência com Moniz Lopes neste concreto ponto (muito embora a linguagem usada neste trecho pudesse ser tida por imprecisa). Aliás, a crítica até nem era inteiramente justa: (i) seja porque o próprio Moniz Lopes, na sua p. 152, alude a como o “efeito suspensivo [...] *abre caminho* [...] à permissão forte de regulação” (itálicos conforme original); (ii) seja porque, no nosso entender, “efeito suspensivo” e “permissão forte de regulação” implicam-se reciprocamente no quadro global do regime do estado de emergência. Como se explicitará adiante, onde divergimos marcadamente de Moniz Lopes é na identificação da fonte dessa permissão.

jurídica. Ao invés, surgirá – *rectius*, deverá surgir⁷² – um regime jurídico próprio constitutivamente configurador da esfera jurídica do cidadão (dos seus direitos e deveres) e que não está submetido às exigências de validade postas pelas normas de direitos fundamentais afetadas pela suspensão.⁷³ É dizer, pois, que a configuração e extensão dos direitos e obrigações dos cidadãos passam a ser dadas pela disciplina legal ou administrativa que as autoridades emanem, e já não pelos direitos fundamentais cujo exercício haja sido suspenso⁷⁴ (o que não significa, como se explicará, que as compressões que se imporão aos cidadãos não estão sujeitas a certas limitações jurídicas e até constitucionais).

Em qualquer caso, o inescapável maior ou menor aumento de insegurança jurídica induzido pela decretação do estado de emergência, com suspensão do exercício de direitos fundamentais, é o preço natural a pagar exatamente pela transição deliberada para um estado de emergência – o que, de uma banda, sublinha o especial papel da respetiva normatividade implementadora e, de outra banda, enfatiza a imperiosidade de circunscrever os estados de exceção constitucional a circunstâncias que indubitável e efetivamente os exigem.⁷⁵

Em suma, a suspensão do exercício de direitos fundamentais apenas se compreende enquanto forma constitucional de, concomitantemente, habilitar os poderes públicos a introduzir, a título transitório, uma disciplina jurídica de comportamentos jusfundamentais que está isenta de respeitar as normas de direitos fundamentais. Comportamentos *normalmente* jusfundamentais passam estar, então, sob reserva de

⁷² Cf. Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre la Suspensión o Restricción de las Garantías Constitucionales”, *Revista de Derecho Público* 37 (1989), pp. 5-25 (21).

⁷³ Cf. Gouveia, *Estado de Exceção*, p. 173 (ao referir-se a uma expansão do poder público “potencial”), e Corral, “El concepto de suspensión...”, p. 243.

⁷⁴ É isso que pretende acentuar Rodríguez, “¿Suspensión o supresión...”, p. 113, quando refere que “qualquer direito [fundamental] objeto de suspensão terá exclusivamente o conteúdo que o legislador queira dar-lhe de forma provisória”. Em sentido convergente, Gouveia, *Estado de Exceção*, pp. 173-174, e Brewer-Carías, “Consideraciones sobre la Suspensión...”, p. 12.

⁷⁵ Cf. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, p. 316.

uma regulação *excepcionalmente* infraconstitucional e derogatória do programa normativo da norma de direitos fundamentais.⁷⁶

Consequentemente, o regime constitucional aplicável à *restrição* de direitos, liberdades e garantias (em tempos de *normalidade*) – tal como definido, em especial, no art. 18.º da CRP – não vale durante um período de estado de emergência, relativamente aos direitos fundamentais cujo exercício haja sido suspenso. Na verdade, *a suspensão é a forma de obviar aos requisitos da restrição*.⁷⁷

Fica assim prejudicada, desde logo, a reserva de ato legislativo estabelecida no n.º 2 do artigo 18.º da CRP, bem como a própria reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República [artigo 165.º, n.º 1, al. b)].⁷⁸ Com efeito, a nova disciplina normativa a introduzir poderá resultar de legislação do Governo sem qualquer prévia autorização legislativa ou de medidas administrativas do Governo. Adicionalmente, deixam as autoridades de estar limitadas pela imposição de acautelar o “conteúdo essencial”⁷⁹ das normas de

⁷⁶ Apenas lá onde essa disciplina jurídico-legal não surja (subsequentemente à suspensão), é que se poderá falar de alguma indefinição jurídica. Haverá, todavia, certeza quanto à suspensão do exercício de direitos fundamentais (posta em decreto). Logo, os comportamentos que deixam, por essa via, de gozar da proteção da norma de direitos fundamentais estarão cobertos por uma norma de permissão geral sujeita, em termos amplos e generosos, a comandos de sinal contrário pelas autoridades públicas. Isto é, se o decreto de estado de emergência apenas cuida de suspender o exercício da liberdade fundamental de circulação, sem que subsequentemente seja introduzida uma disciplina jurídico-legal acerca dos termos em que se poderá efetuar a circulação, isso não significa que todos os cidadãos estão *proibidos de circular*, mas apenas que, se circularem, não poderão invocar a proteção da norma de direitos fundamentais para o efeito. Nessa medida, ficam sujeitos, casuística ou concretamente, a determinações de sinal contrário pelas autoridades públicas, que somente terão de observar as limitações próprias e tendencialmente principiológicas estabelecidas pelo regime que cuida do exercício de poderes públicos em estado de emergência. Impressionantemente, acerca do potencial para abuso de poder sempre que a suspensão não seja seguida de uma definição legal dos novos contornos da posição jurídica do cidadão, *vd.* Brewer-Carías, “Consideraciones sobre la Suspensión...”, pp. 20-21.

⁷⁷ Cf. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre la Suspensión...”, p. 7.

⁷⁸ Cf. Canotilho / Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, pp. 395-396.

⁷⁹ Sobre o conceito, cf. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, pp. 267 ss., e Canotilho / Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, p. 395.

direitos fundamentais: é a regulação que venha a ser introduzida – na sequência da decretação do estado de emergência com suspensão do exercício de direitos fundamentais – que determinará os concretos contornos da posição jurídica dos cidadãos, sem que àquela regulação possam ser opostas, como parâmetro de validade, ora o conteúdo dos direitos fundamentais cujo exercício haja sido suspenso, ora as garantias normais quanto à sua restrição.⁸⁰

3.3. *Disciplina jurídica da suspensão*

Sem prejuízo dessa derrogação temporária das garantias normais de restrição de direitos fundamentais, o nosso ordenamento jurídico providencia uma normatividade constitucional e legal reguladora do estado de emergência, composta pelo artigo 19.º da CRP e, muito especialmente, pela Lei n.º 44/86, de 30 de Setembro (cujo carácter de lei orgânica deve ser imediatamente sublinhado).⁸¹

São esses textos que assumem a função crucial de ordenar substantivamente – constitucional e legalmente (com valor reforçado) – ora aspetos da decretação de estado de emergência, ora a regulação jurídica emanada na sequência da suspensão do exercício de direitos fundamentais.⁸²

No plano da Constituição, o essencial desse regime⁸³ retira-se da subordinação das autoridades competentes – na seleção entre estado de sítio ou estado de emergência, no conteúdo da declaração e na execução (ao nível da respetiva extensão, duração e meios) – a um *princípio da proporcionalidade* (sub-diferenciado nos elementos de

⁸⁰ No mesmo sentido, Brewer-Carías, “Consideraciones sobre la Suspensión...”, p. 7, e Rodríguez, “¿Suspensión o supresión...”, p. 112, nota 10.

⁸¹ Com as alterações introduzidas pelas Lei n.º 1/2011, de 30 de Novembro, e Lei n.º 1/2012, de 11 de Maio.

⁸² Cf. Canotilho / Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, pp. 400-402. Para o caso espanhol, veja-se Segado, “Naturaleza y régimen legal de la suspensión...”, pp. 48-49.

⁸³ Omitiremos aqui os aspetos organizatórios e procedimentais.

legitimidade do fim, adequação, necessidade e ponderação)⁸⁴ e a uma *limitação ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional* (artigo 19.º, n.º 4 da CRP).⁸⁵ Estes são, pois, os principais parâmetros substantivos de validade constitucional: proporcionalidade e escopo de restabelecimento da normalidade.⁸⁶

No plano legislativo (com valor reforçado), a Lei n.º 44/86, de 30 de Setembro, na sua versão atual, para além de replicar esses parâmetros constitucionais (artigos 3.º e 19.º), complementa-os com um conjunto de garantias relativas à suspensão do exercício de direitos fundamentais. Essas garantias consubstanciam regras específicas aplicáveis à privação de liberdade, à recolha de prova, à liberdade de circulação, à imprensa e às reuniões de órgãos de certas associações (artigo 2.º, n.º 2).⁸⁷ A que se soma uma pretensão ressarcitória sempre que os cidadãos sejam afetados desfavoravelmente “por declaração do estado de sítio ou do estado de emergência, ou por providência adotada na sua vigência, ferida de inconstitucionalidade ou ilegalidade” (artigo 2.º, n.º 3).

4. O modelo de interação normativa entre os órgãos de soberania na decretação e execução do estado de emergência

4.1. *Regime constitucional e legal*

A análise jurídica da implementação prática do estado de emergência, designadamente tal como ocorreu no nosso país a partir de Março de

⁸⁴ Cf. Bernhard Schlink, “Proportionality (1)”, in Michel Rosenfeld / Andrés Sajó (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 718-737, e Aharon Barak, “Proportionality (2)”, in Michel Rosenfeld / Andrés Sajó (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 738-755. Entre nós, sublinhe-se a monografia de Vitalino Canas, *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos*, Coimbra: Almedina, 2017. Vd., ainda, Gouveia, *Estado de Exceção*, pp. 162 ss.

⁸⁵ Cf. Canotilho / Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, pp. 401-402.

⁸⁶ Veja-se, também, Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, p. 303.

⁸⁷ Uma comparação com leis estrangeiras sugere que as garantias em causa poderiam estar reguladas com maior detalhe. Veja-se, em Espanha, a Lei Orgânica 4/1981, de 1 de Junho e, em França, a Lei 55-385, de 3 de Abril.

2020, depende do conhecimento das normas jurídicas que se ocupam abstratamente de o regular. Em especial, é crucial dilucidar o modelo de interação normativa entre órgãos de soberania na decretação e execução do estado de emergência.⁸⁸ Esses dados extraem-se não apenas dos artigos 19.º e 138.º da CRP, como ainda da Lei n.º 44/86, de 30 de Setembro (com as suas alterações). Só através deles se poderá ganhar um parâmetro de avaliação das práticas entretanto seguidas.

A Constituição atribui ao Presidente da República a competência de decretar o estado de emergência [artigo 134.º, al. d) da CRP], para o que deverá ouvir o Governo e obter autorização da Assembleia da República (artigo 138.º, n.º 1 da CRP).⁸⁹ Trata-se, na terminologia constitucional, de uma competência para a prática de atos próprios, cujo exercício será formalizado através de Decreto do Presidente da República⁹⁰ [doravante: DPR] (artigo 11.º da Lei n.º 44/86).

De acordo com o n.º 2 do artigo 19.º da CRP, a decretação do estado de emergência (enquanto consequência ou estatuição jurídica) está dependente da ocorrência de uma factualidade subsumível nos conceitos de “agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras”, “grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática” ou “calamidade pública” (enquanto hipótese ou *factispecies* normativa).⁹¹

Cada um dos órgãos constitucionais participantes no procedimento de decretação do estado de emergência é responsável por interpretar esses conceitos indeterminados e por aferir da relação entre a realidade das coisas e a previsão normativa. E isso na medida em que tal decretação convoca um juízo próprio de cada um deles: ora do Governo que *opina*, ora da Assembleia da República que *autoriza*, ora do Presidente

⁸⁸ Para uma visão geral das variadas hipóteses de relacionamento inter-orgânico, cf. Bjørnskov / Voigt, “The architecture of emergency constitutions...”, pp. 106 ff. Com uma avaliação positiva do tipo de modelo consagrado em Portugal, cf. Dyzenhaus, “States of Emergency...”, pp. 459-461.

⁸⁹ Cf. Canotilho, *Direito Constitucional*, pp. 1104-1105, e Gouveia, *Estado de Exceção*, pp. 225 ss.

⁹⁰ Sobre esse tipo de ato jurídico, *vd.* Canotilho, *Direito Constitucional*, pp. 849-850.

⁹¹ Cf. Canotilho / Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, p. 399, caracterizando-as como “perigos graves para a existência do Estado, a segurança e a organização da colectividade”.

da República que *decreta*.⁹² Em qualquer caso, o decreto de estado de emergência não fica assim transformado num ato complexo: pelo contrário, trata-se de um ato de autoria singular e que é produto do exercício de uma competência própria.⁹³ O facto de ser um ato singular do PR⁹⁴ explica, por um lado, que não se permita à AR introduzir alterações ao seu conteúdo no momento da autorização (art. 16.º, n.º 2 da Lei n.º 44/86)⁹⁵ e, por outro lado, que o PR possa revogar o seu decreto sem ter de *ouvir* previamente o Governo ou obter *autorização* da AR (como explicita o artigo 26.º, n.º 2 da Lei n.º 44/86).⁹⁶

Quanto à respetiva incidência jufundamental, e descontando o facto de ela ter de ser menor em estado de emergência do que em estado de sítio (artigo 19.º, n.º 3 da CRP e artigo 9.º, n.º 2 da Lei n.º 44/86),⁹⁷ o PR está adstrito a observar um princípio de proporcionalidade orientado pelo escopo de restabelecimento da normalidade (artigo 19.º, n.º 4 da CRP).⁹⁸

⁹² Cf. Gouveia, *Estado de Exceção*, p. 122.

⁹³ Cf. J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, 4ª edição revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 192, sublinhando a autonomia do PR.

⁹⁴ Sem prejuízo, naturalmente, de ele representar o culminar de um “complexo de atos” (cf. Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 1104).

⁹⁵ Cf. Gouveia, *Estado de Exceção*, p. 242.

⁹⁶ Cf. Gouveia, *Estado de Exceção*, p. 278. Ademais, como bem nota Carlos Blanco de Moraes, *O Estado de Exceção*, Lisboa: Cognitio, 1984, p. 68, a AR também não poderá fazer cessar parlamentarmente o estado de emergência.

⁹⁷ Sublinhe-se que o enunciado constitucional determina que em estado de emergência apenas podem ser suspensos “alguns” direitos, liberdades e garantias (por oposição à admissível suspensão de “todos” os direitos suspensíveis em estado de sítio). Cf. Canotilho / Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, pp. 402-403. Criticamente, deve notar-se que a extrema indeterminação linguística desse conceito levanta problemas ao nível do seu preenchimento e da sua harmonização com postulados de certeza e segurança jurídicas. A medida dos problemas gerados pelo conceito de “alguns” é dada pelas discussões em torno do chamado “paradoxo sorites”. Cf. Diana Raffman, “Vagueness in Law. Placing the Blame Where It’s Due”, in Geert Keil / Ralf Poscher, *Vagueness and Law. Philosophical and Legal Perspectives*, Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 49-63.

⁹⁸ Cf. Canotilho / Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, p. 401.

Estabelece-se, ademais, o requisito constitucional de que o decreto presidencial contenha a “especificação dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso” [artigo 19.º, n.º 5 da CRP, replicado na al. d) do n.º 1 do artigo 14.º da Lei n.º 44/86]. Este requisito aponta para uma explicitação e enumeração dos concretos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso.⁹⁹ Tal dever de “especificação” sugere que serão de indicar os artigos e números das normas de direitos fundamentais cujo exercício fica suspenso.

Não se pede nem se comete mais ao Presidente da República: o seu papel está delimitado por uma competência de decretação do estado de emergência e por um poder de seleção dos direitos fundamentais cujo exercício fica suspenso.¹⁰⁰ Tudo indica, portanto, à semelhança do que é a prática internacional em situações de estado de exceção, que o decreto presidencial de estado de emergência será um documento curto e sucinto. No plano jusfundamental em particular, focar-se-á, pois, na enunciação “clara e expressa” das normas de direitos fundamentais cujo exercício fica suspenso total ou parcialmente.¹⁰¹

Depois de estabelecidas as balizas pelo Presidente da República (quanto à decretação de estado de emergência e quanto ao seu âmbito temporal, territorial e jusfundamental), determina o art. 17.º da Lei n.º 44/86 que a execução da declaração do estado de emergência “competete ao Governo”, o qual fica habilitado para a “tomada das providências e medidas necessárias e adequadas ao pronto restabelecimento da normalidade” (art. 19.º da Lei n.º 44/86).

4.2. Ilações

Estas disposições permitem extrair algumas ilações.

Desde logo, delas se retira que – após a especificação pelo PR dos direitos fundamentais cujo exercício fica suspenso – caberá ao Governo,

⁹⁹ Cf. Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 1106.

¹⁰⁰ Sobre as normas de competência, *vd.* Eugenio Bulygin, “On Norms of Competence”, *Law and Philosophy* 11 (1992), pp. 201-216.

¹⁰¹ Sem prejuízo dos demais elementos que o decreto presidencial deve conter, de acordo com o artigo 14.º da Lei n.º 44/86.

dentro dos contornos da suspensão, introduzir as medidas que passam a regular os comportamentos dos cidadãos (comportamentos que, como se explicou anteriormente, deixam agora de gozar da sua típica proteção jusfundamental). Nessa medida, é da responsabilidade do Governo definir e emanar a disciplina jurídica que constitutivamente se aplicará na ausência de eficácia das normas de direitos fundamentais (sempre a título transitório e limitado pelo que haja sido objeto de suspensão).¹⁰²

Depois, o artigo 17.º da Lei n.º 44/86 sugere uma natural e expectável concentração da execução da declaração de estado de emergência no Governo (sem prejuízo das especificidades regionais e locais concretizadas no artigo 20.º do mesmo diploma), em linha com o n.º 8 do artigo 19.º da CRP. O efeito jurídico é evidente: o preceito confere ao Governo o poder de estabelecer a regulação jurídica substitutiva do programa normativo jusfundamental suspenso, permitindo-lhe assim reconfigurar constitutivamente a posição jurídica dos cidadãos. Mas parece haver também um efeito negativo: o preceito impede outros órgãos de soberania de se imiscuírem nessa competência exclusivamente atribuída ao Governo.¹⁰³ Em particular, muito embora a AR possa (e deva) continuar a exercer normalmente o seu poder legislativo cremos ser defensável que, não o poderá fazer relativamente à execução de declaração de estado de emergência sob pena de ilegalidade (por violação de lei com valor reforçado) e inconstitucionalidade. Seguindo-se tal raciocínio, a AR não poderá por via legislativa sobrepor-se ao ou sequer conflitar com o Governo no tocante às medidas deste que validamente atualizem e densifiquem a suspensão do exercício de direitos fundamentais especificados no decreto de estado de emergência. O âmbito das matérias pertença do Governo é dado pelo conteúdo do decreto presidencial: será execução aquilo que se traduza em medidas diretamente relacionadas com a regulação dos âmbitos jusfundamentais objeto de suspensão.

A proeminência do Governo não pode espantar: as emergências, por razões funcionais e de eficácia, são usualmente consideradas a

¹⁰² Cf. Gouveia, *Estado de Exceção*, pp. 191-192.

¹⁰³ Cf. Otero, *Direito Constitucional Português*, II, p. 52.

hora do poder executivo.¹⁰⁴ De resto, a generalidade das disposições constitucionais de emergência tem como fito, precisamente, o reforço das competências dos órgãos executivos.¹⁰⁵

De qualquer modo, para além das salvaguardas organizatórias e procedimentais, a atuação do Governo está limitada ainda pela observância de um princípio de proporcionalidade e por um escopo de restabelecimento da normalidade constitucional (artigo 19.º, n.º 4 e n.º 8 da CRP, e artigo 19.º da Lei n.º 44/86). A que se junta, aliás, a responsabilidade do Estado caso sejam cometidas inconstitucionalidades ou ilegalidades (artigo 2.º, n.º 3 da Lei n.º 44/86).

5. A declaração presidencial do estado de emergência e a execução pelo Governo – avaliação crítica

5.1. A decisão presidencial de declaração do estado de emergência

Tendo por referência o enquadramento jurídico citado e referenciado, empreende-se agora uma avaliação crítica da prática constitucional entretanto seguida.

A República Portuguesa passou a estar constitucionalmente em estado de emergência no dia 19 de Março de 2020, na sequência do DPR n.º 14-A/2020, de 18 de Março. Cumpre notar que o estado de emergência foi depois renovado pelo DPR n.º 17-A/2020, de 2 de Abril, e pelo DPR n.º 20-A/2020, de 17 de Abril. Os três decretos adoptam o mesmo estilo formal, pelo que para a análise da respetiva concordância com a letra e espírito da Constituição e da lei poderemos focar-nos apenas no primeiro deles.

No DPR n.º 14-A/2020, o PR começa por estabelecer que uma pandemia, tal como declarada pela Organização Mundial de Saúde, é subsumível no conceito constitucional de “calamidade pública”, assim

¹⁰⁴ Detetando tal ideia já no pensamento de John Locke, *vd.* Dyzenhaus, “States of Emergency...”, p. 443.

¹⁰⁵ Sobre a afetação do princípio da separação de poderes em favor do poder executivo, cf. Bjørnskov / Voigt, “The architecture of emergency constitutions...”, p. 102.

dando por preenchida a hipótese normativa que permite a decretação do estado de emergência. Não há, a este respeito, qualquer argumentação ou explicitação do iter cognoscitivo seguido na densificação do conceito.¹⁰⁶ O Presidente cinge-se a uma qualificação apodítica: uma pandemia “constitui” uma calamidade pública.¹⁰⁷

Não nos interessa aqui discutir se a pandemia deve ou não ser considerada uma calamidade pública.¹⁰⁸ A vagueza qualitativa deste último conceito implica exatamente que haja casos relativamente aos quais é duvidosa a sua aplicação, pelo que o órgão decisor retém uma liberdade apreciável no respetivo preenchimento.¹⁰⁹ Na verdade, é até de aceitar que não existirá uma explicação cabal da forma como se preenche o conceito¹¹⁰ (o que, pelo menos, coloca em perspetiva a apontada apoditicidade da equivalência entre pandemia e calamidade pública). De igual modo, é difícil aferir, no plano abstrato dos princípios jurídicos, se a declaração do estado de emergência era a resposta proporcional aos concretos efeitos da pandemia.¹¹¹

O observador crítico fica, assim, motivado a olhar para outros elementos passíveis de terem influído no resultado interpretativo: seja o contexto (social e político) da decisão, sejam as consequências práticas associadas às diferentes hipóteses de preenchimento.¹¹²

¹⁰⁶ Focando as questões atinentes à sindicância jurisdicional da decisão de declarar uma emergência, cf. Dyzenhaus, “States of Emergency...”, p. 456.

¹⁰⁷ Sobre a apoditicidade, cf. Fernando Gil, *Tratado da Evidência*, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1996, p. 15: “Apodítico é o que não pode ser senão o que é.”

¹⁰⁸ Cf. Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 1102, incluindo as epidemias no âmbito normativo de calamidade pública. Cf., também, Gouveia, *Estado de Exceção*, pp. 143 ss.

¹⁰⁹ Cf. Geert Keil / Ralf Poscher, “Vagueness and Law. Philosophical and Legal Perspectives”, in Geert Keil / Ralf Poscher, *Vagueness and Law. Philosophical and Legal Perspectives*, Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 1-20 (3). *Vd.*, também, Gouveia, *Estado de Exceção*, pp. 154 ss.

¹¹⁰ Cf. Keil / Poscher, “Vagueness and Law...”, p. 13.

¹¹¹ Sobre a proporcionalidade na decisão de declaração do estado de emergência, cf. Gouveia, *Estado de Exceção*, pp. 167 ss.

¹¹² Cf. Nikola Kompa, “The Role of Vagueness and Context Sensitivity in Legal Interpretation”, in Geert Keil / Ralf Poscher, *Vagueness and Law. Philosophical and Legal Perspectives*, Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 205-227, e Brian H. Bix, “Vagueness and Political Choice in Law”, in Geert Keil / Ralf Poscher, *Vagueness*

Com efeito, quanto ao contexto social e político da decisão, não pode ignorar-se a pressão que se fez sentir na opinião pública a favor da decretação do estado de emergência,¹¹³ associada à própria geração espontânea de uma espécie de norma social de reclusão e confinamento por parte dos cidadãos logo após os primeiros casos de doença em Portugal (emblematicamente vertida no *hashtag* “#stayhome”).¹¹⁴ A esse ambiente social somou-se a circunstância de o PR, depois de um conjunto de comportamentos que subestimaram a gravidade e impacto comunitário da doença, ter entrado num período de quarentena mal compreendido pelos portugueses. Isso refletiu-se numa queda da sua popularidade.¹¹⁵ A decretação do estado de emergência parece ter sido o veículo de reencontro entre Presidente e população, permitindo-lhe responder finalmente aos anseios e ansiedades desta e reposicionar-se – depois da ausência – no combate ao flagelo de saúde pública entretanto constatado.

Quanto a considerações consequencialistas¹¹⁶ na interpretação do conceito constitucional de “calamidade pública” (no sentido de abranger uma pandemia), não é preciso conjeturar. Basta notar que o preâmbulo do DPR n.º 14-A/2020 invoca a necessidade de “reforçar a cobertura constitucional a medidas mais abrangentes”. Ou seja, o estado de emergência – em comparação com outros instrumentos – oferecia vantagens como dispositivo de resposta à pandemia, uma vez que legitimava constitucionalmente a afetação dos direitos

and Law. Philosophical and Legal Perspectives, Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 247-259.

¹¹³ Veja-se, por exemplo, Catarina Santos Botelho, “Declaração de emergência ou da emergência da declaração?”, *Público*, 18 de Março de 2020 (disponível em: <https://www.publico.pt/2020/03/18/politica/noticia/declaracao-emergencia-emergencia-declaracao-1908266>).

¹¹⁴ Notada até por Peter Wise, “How Portugal turned back coronavirus tide that swamped its neighbour”, *Financial Times*, 3 de Maio de 2020.

¹¹⁵ Cf. “Covid-19. Costa ganha popularidade com gestão da pandemia, Marcelo sai penalizado, aponta sondagem”, *Expresso*, 24 de Março de 2020 (disponível em: <https://expresso.pt/coronavirus/2020-03-24-Covid-19.-Costa-ganha-popularidade-com-gestao-da-pandemia-Marcelo-sai-penalizado-aponta-sondagem>).

¹¹⁶ Cf. Klaus Mathis, “Consequentialism in Law”, in Klaus Mathis (Ed.), *Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations*, Dordrecht: Springer, 2011, pp. 3-30.

fundamentais que se seguiria e, com tanto, afastava os efeitos (factuais e jurídicos) indesejáveis que adviriam de adotar as mesmas medidas sem tal fundamento.¹¹⁷

5.2. O desenho normativo dos decretos presidenciais de declaração do estado de emergência

5.2.1. Incoerência lógica

De um ponto de vista formal, os decretos presidenciais de declaração do estado de emergência levantam um conjunto de dúvidas sérias. No que concerne ao respetivo âmbito jusfundamental, adotou-se um desenho normativo traduzido numa combinação estranha entre uma determinação de “suspensão” e uma “habilitação de restrição” ao Governo.

Com efeito, o DPR n.º 14-A/2020,¹¹⁸ no seu artigo 4.º, estabelece que “fica parcialmente suspenso o exercício” de certos direitos fundamentais e enumera-os de seguida (ainda que o faça por tipos e não por remissão para o concreto artigo da Constituição). Porém, em vez de se cingir

¹¹⁷ O que isto permite concluir é que, à semelhança de muitos outros países em que os estados de exceção constitucionais mais severos não foram declarados, a decretação de estado de emergência em Portugal não era nem algo de evidente nem algo de intrinsecamente necessário. A este respeito, o que tem de se refletir é se a República foi conduzida a utilizar um estado de exceção constitucional em razão da inadequação da sua legislação infraconstitucional e da falta de diligência dos órgãos constitucionais em introduzir uma apropriada lei de saúde pública que definisse as restrições a direitos fundamentais passíveis de serem impostas em caso de epidemia. A este respeito, basta ver que a França fez alterações ao seu código de saúde pública para lidar com a COVID-19 (aditando um capítulo intitulado “estado de urgência sanitária”) e a Alemanha atuou a coberto do *Infektionsschutzgesetz*. Isso mesmo contrasta com a ausência de uma moderna Lei de Saúde Pública no nosso país e, porventura mais gravemente, com a caducidade, em 24 de Outubro de 2019, da iniciativa legislativa que a deveria ter aprovado (veja-se: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=40898>). Veja-se, novamente, o modelo legislativo de emergência exposto por Ferejohn / Pasquino, “The law of the exception...”, pp. 217 ss.

¹¹⁸ Utilizaremos este decreto como modelo de base para a crítica que empreendemos, atendendo à comunhão de características entre os três decretos de estado de emergência.

a essa mesma indicação, o Presidente da República acoplou a cada direito fundamental – cujo exercício declara que fica suspenso – uma espécie de permissão normativa de restrição dirigida ao Governo e demais autoridades administrativas (“pode ser” imposto, determinado, estabelecido, etc.), através da qual aproveita para delinear e concretizar os termos em que a “restrição” poderá ser feita.

As dúvidas são, desde logo, de índole lógica. Não se compreende como é que se poderá *restringir* algo que está *suspenso*. Tanto mais que a inibição de efeitos jurídicos decorre direta e imediatamente da declaração de estado de emergência, não carecendo da interposição de qualquer ato.¹¹⁹ Nessa medida, se a norma de direitos fundamentais não está a produzir os seus efeitos jurídicos normais na sequência da declaração do PR, não há nenhum objeto passível de restrição. Isto é, uma *restrição* apenas é concebível enquanto restrição dos efeitos de algo que está a produzir efeitos – precisamente o que se nega com uma *suspensão*, cujo único propósito é a inibição temporária de produção de efeitos. É por isso que *a suspensão é a forma de obviar à restrição* (ou seja, de afastar a aplicação dos requisitos típicos da restrição de direitos fundamentais). Logo, uma determinação de suspensão não casa logicamente com uma subsequente habilitação de restrição.¹²⁰

5.2.2. Problemas jurídicos

A precedente incoerência lógica conduz, então, à questão jurídica maior de apreciar com que fundamento, constitucional ou legal, pode o PR estabelecer os termos – por via da imprópria habilitação de

¹¹⁹ Assim Gouveia, *Estado de Exceção*, p. 173, quando nota que o “efeito ablativo” sobre os direitos fundamentais é produzido pela declaração de estado de emergência e não carece de mediação.

¹²⁰ O próprio decreto dá conta da diferenciação em causa. Fá-lo quando, relativamente aos direitos dos trabalhadores [art. 4.º, al. d)], distingue uma permissão normativa de restrição na primeira frase (“pode ser determinado pelas autoridades públicas competentes...”) e uma determinação direta de suspensão na segunda frase (“Fica suspenso o exercício do direito à greve...”). Logo, o decreto mostra saber que uma suspensão não se confunde com uma habilitação de restrição e que, consequentemente, a suspensão opera imediatamente sem necessidade de qualquer ato mediador.

restrição – em que o Governo e demais autoridades regularão os âmbitos jusfundamentais aos quais foi subtraída eficácia jurídica pelo decreto de estado de emergência (a saber: direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional; propriedade e iniciativa económica privada; direitos dos trabalhadores; circulação internacional; direito de reunião e de manifestação; liberdade de culto, na sua dimensão coletiva).

A resposta parece ser a de que não há qualquer fundamento constitucional e legal.

Desde logo, a Constituição e a lei, como se verificou antes, atribuem ao PR a competência de *suspender* o exercício de direitos fundamentais devidamente especificados.¹²¹ Não lhe atribuem nenhuma competência de habilitação ao Governo de restrições jusfundamentais (no que sempre subsistiria a incoerência lógica de se pretender restringir o que está suspenso).¹²²

Com efeito, o que se afigura sobremaneira estranho é que o Presidente parece ter adotado um modelo de *lei de autorização legislativa*, na medida em que os decretos de declaração do estado de emergência preocupam-se em definir o *sentido* e a *extensão* da intervenção do Governo (art. 165.º, n.º 2 da CRP).¹²³

Esse modelo é, porém, desprovido de sentido e fundamento jurídicos quando se trata da decretação do estado de emergência.

Desde logo, o Presidente não tem, nem *normalmente* nem *excepcionalmente*, qualquer competência legislativa no nosso ordenamento jurídico-constitucional.¹²⁴ As regras constitucionais e legais de decretação do estado de emergência também não operam qualquer transformação do Presidente em órgão de autorização legislativa.

Acresce que a habilitação do Governo e demais autoridades administrativas para a adoção das medidas necessárias – após a especificação, pelo Presidente, dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica

¹²¹ Sublinhando a taxatividade constitucional dos poderes do PR, cf. Paulo Otero, *Direito Constitucional Português*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2010, p. 50 (incluindo nota 48).

¹²² E, como explica Otero, *Direito Constitucional Português*, II, p. 52, a competência não pode ser modificada por vontade do próprio órgão.

¹²³ Cf. Canotilho, *Direito Constitucional*, pp. 761 ss.

¹²⁴ Cf. Canotilho, *Direito Constitucional*, pp. 621 ss.

suspensão – decorre da Constituição (artigo 19.º, n.º 8) e de uma lei orgânica com valor reforçado (artigos 17.º e 19.º da Lei n.º 44/86). Não é por efeito do decreto de estado de emergência que o PR se torna o *comandante* da respetiva execução.¹²⁵

À luz dos normativos constitucionais e legais citados, e do seu efeito negativo, tendemos a considerar que não é mesmo permitido ao PR condicionar o Governo quanto às medidas a adotar:¹²⁶ se na esfera presidencial está o poder de decidir *que* direitos fundamentais terão a sua eficácia suspensa (total ou parcialmente), na esfera governamental está o poder de definir o conteúdo e a oportunidade das medidas que disciplinarão *ex novo* e transitoriamente os comportamentos dos cidadãos (no âmbito anteriormente protegido pelos direitos fundamentais).¹²⁷

¹²⁵ De resto, como sublinhado por Gouveia, *Estado de Exceção*, p. 192, é ao Governo que pertence a “direção da execução do estado de exceção”.

¹²⁶ Cf., a propósito dos efeitos das regras de competência, Otero, *Direito Constitucional Português*, II, p. 52. A tentativa de *indirizzo* da execução do estado de emergência fica patente na indicação que o PR dá relativa à realização das celebrações do 1.º de Maio, no preâmbulo do DPR n.º 20-A/2020, de 17 de Abril.

¹²⁷ A defesa de posição diametralmente oposta à do texto encontra-se em Moniz Lopes, “Significado e alcance da «suspensão»...”, pp. 135-136. Contrariamente à crítica que aqui se aduz, Moniz Lopes oferece a mais perfeita racionalização jurídica do figurino dos decretos presidenciais de emergência e do associado estado de coisas. Fá-lo, porém, ora sem argumentos logicamente defensáveis, ora sem argumentos juridicamente convincentes. Moniz Lopes começa, algo apodicticamente, por avançar com a ideia de que “o conceito normativo de «declaração de E[stado de] E[mergência]» utilizado no [...] enunciado constitucional não se reporta exclusivamente à «suspensão» de direitos fundamentais”, antes “inclui a positivação de normas habilitantes e permissivas de interferência do Governo com as condições fácticas do exercício de «liberdades» e, ainda, a restrição do exercício de determinadas «liberdades» cuja dimensão «protegida» não tenha sido suspensa”. Contra todos os elementos textuais e literais constitucionais, Moniz Lopes postula que afinal a declaração de estado de emergência comporta “necessariamente uma dimensão reguladora normativa” e que, por isso, se trata de uma competência presidencial que “não é meramente decisória e não é meramente suspensiva”. Isto é: muito embora o enunciado constitucional diga apenas que cabe ao PR suspender especificados direitos fundamentais ao declarar o estado de emergência (art. 19.º), Moniz Lopes entende que o PR pode também restringir diretamente direitos (em vez de suspender) e habilitar o Governo a restringir (retornando aqui à obscura relação entre as concomitantes suspensão e habilitação de restrição). Onde a Constituição diz *suspender*, Moniz Lopes considera que é *suspender*, *restringir* ou *habilitar*. Dir-se-á que, mesmo sem qualquer adesão textual, a posição é sedutora por racionalizar a prática presidencial seguida e, assim, legitimar

juridicamente os conteúdos suspensivos, restritivos e habilitantes dos decretos de estado de emergência. Mas quais são os argumentos de Moniz Lopes? É afinal só um, falacioso e logicamente insustentável: o argumento do conteúdo dos próprios decretos presidenciais (!). Surpreendentemente (especialmente porque advindo de um “jurista lógico”), Moniz Lopes sustenta o “conceito normativo” de declaração de estado de emergência” (inclusive de dimensões “suspensivas”, “dispositivas” e “restritivas”) não com dados constitucionais, mas com a própria configuração que o PR deu aos seus decretos (o que se extrai de asserções como: “A dimensão normativa aludida resulta [...] perfeitamente clara do conteúdo do Decreto do Presidente” ou, depois de retirar exemplos do decreto, “Não há como negar que [...] comporta o exercício de uma competência normativa pelo Presidente”). É a apoteose da força normativa dos factos, em que *ser e dever-ser* são afinal unos: para Moniz Lopes, o PR *pode* (= é permitido) suspender, restringir e habilitar *porque* o PR suspendeu, restringiu e habilitou. Subordinadamente, Moniz Lopes acaba a socorrer-se (através de discreta nota de rodapé) da estranha redação da alínea d) do n.º 1 do art. 14.º da Lei n.º 44/86, ao aludir à “especificação dos direitos cujo exercício fica suspenso ou *restringido*”. A menção a direitos restringidos não encontra qualquer respaldo constitucional, na medida em que as normas constitucionais apenas se referem a suspensão de direitos. E, recorde-se, que o princípio é o da interpretação das leis em conformidade com a Constituição (e não da Constituição em conformidade com as leis...). Nessa medida, assume-se que o legislador procurou na lei somente diferenciar entre casos de suspensão total e de suspensão parcial. Está é claramente muito longe de se encontrar a habilitar – e logo por via legal – o PR a “restringir” direitos fundamentais (algo que nem sequer faria sentido: seja porque o essencial do regime de estado de emergência resulta da Constituição, seja porque a letra da alínea d) do n.º 1 da Lei n.º 44/86 parece pressupor uma competência – que existe constitucionalmente para a suspensão, mas não para a restrição). O conjunto destas observações demonstra que não colhem, consequentemente, as teses de Moniz Lopes (i) de que é ao PR – por via da alínea d) do art. 134.º em conjugação com o art. 19.º, ambos da CRP – que cabe a “definição jurídica positiva” dos termos em que se procederá à afetação ou interferência nas liberdades suspensas dos cidadãos (p. 134) e (ii) de que o Governo está ora dependente da outorga pelo PR de habilitação ou norma de competência para atuar em estado de emergência, ora vinculado às condições que este último ponha relativamente a essa atuação (p. 141). Como defendemos no corpo do texto: (i) a competência do Governo extrai-se diretamente do n.º 8 do art. 19.º da CRP e do art. 17.º da Lei n.º 44/86 (aliás, replicando as técnicas argumentativas de Moniz Lopes, sempre poderíamos notar que o Governo, nos seus decretos de execução do estado de emergência, nunca invocou o respetivo decreto presidencial como norma de competência); (ii) na medida em que as habilitações ou condições habilitativas extravasam a competência do PR, elas nem sequer vinculam o Governo. Assim, a discussão a que Moniz Lopes procede em torno da “natureza supra-constitucional” da competência do PR parece-nos injustificada, impertinente e infrutífera (p. 138). É que, da nossa parte, aceitamos que a “mera

Note-se, por exemplo, como os dados constitucionais e legais portugueses divergem marcadamente da opção espanhola de exigir – na al. b) do n.º 2 do art. 13.º da Lei Orgânica 4/1981, de 1 de Junho – que a solicitação de uma autorização para decretação de “estado de exceção” (equivalente ao nosso estado de emergência) seja acompanhada da “relação das medidas a adotar referidas aos direitos cuja suspensão especificamente se solicita”.¹²⁸ Por um lado, isso comprova que uma coisa é a *especificação dos direitos fundamentais cujo exercício se suspende* [art. 13.º, n.º 2, al. a)] e outra as *medidas a introduzir quanto a esse âmbito* [art. 13.º, n.º 2, al. b)]. Por outro lado, a opção espanhola compreende-se pelo facto de se atribuir competência ao governo para decretar o estado de emergência e para solicitar a respetiva autorização ao Congresso dos Deputados. Nesse contexto, e pelo menos ao tempo do pedido, o governo espanhol – enquanto órgão que simultaneamente pretende e decretará o estado de emergência – estará certamente em condições favoráveis de apresentar igualmente o conjunto de medidas que tenciona adotar na sequência da suspensão da eficácia das normas de direitos fundamentais.

Ao invés, num regime como o português, em que decretação e execução de estado de emergência estão organicamente dissociadas, a tentativa de o órgão de decretação estabelecer e impor a “relação de medidas” ao órgão de execução não encontra respaldo constitucional ou legal.¹²⁹

introdução de uma premissa falsa (ou uma contradição) numa cadeia de raciocínio pode levar a que se demonstre que qualquer coisa é verdadeira” e, de facto, no campo dos direitos fundamentais, cumpre “obstar, dentro do possível, que qualquer um demonstre, a respeito de uma matéria tão importante, que qualquer coisa é verdadeira” (p. 129). No caso das posições de Moniz Lopes, restam então duas hipóteses: se foram demonstradas, não são verdadeiras; se são verdadeiras, não foram demonstradas.

¹²⁸ Na doutrina, cf. Segado, “Naturaleza y régimen legal de la suspensión...”, pp. 55-56, sublinhando a discricionariedade de que gozam as autoridades administrativas na fixação dessas medidas.

¹²⁹ Um juízo possível é o de que aquilo que o regime português ganha em segurança contra derivas autoritárias ou anti-democráticas (cometendo ao PR a decretação de estado de emergência) envolve um correlativo sacrifício da previsibilidade das concretas medidas a adotar (que serão definidas pelo Governo subseqüentemente à decretação).

Acresce que o desenho normativo do decreto presidencial também não faz sentido funcionalmente, do ponto de vista da flexibilidade e eficácia de atuação que é suposto as autoridades administrativas ganharem em estado de emergência.¹³⁰ Na verdade, pode até gerar-se, desnecessariamente, uma situação de maior incerteza e insegurança jurídicas.¹³¹

5.2.3. Incerteza e insegurança jurídicas

É isso mesmo, aliás, que se consegue identificar já no caso português.

Desde logo, a incerteza jurídica criada por medidas “possibilitadas” pelo decreto presidencial no seu estilo habilitador, mas aparentemente não concretizadas nem colocadas em prática pelo Governo.¹³² Estamos aqui perante um estranho conjunto de *permissões normativas de emergência não usadas pelo Governo* – o que, no limite, sempre sugeriria a respetiva desnecessidade e, com isso, a violação dos parâmetros constitucionais e legais da proporcionalidade e do escopo de restabelecimento da normalidade na decretação.

Depois, a incerteza e instabilidade jurídicas – conteudística e temporalmente – inerentes à opção por um desenho normativo habilitador fechado ou taxativo que vai além da especificação dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício se suspende. Dando como certo que a realidade e dinâmica dos factos ultrapassará em muito a capacidade de previsão normativa do órgão presidencial,¹³³ haverá uma grande

¹³⁰ Cf. Gouveia, *Estado de Exceção*, pp. 191-192.

¹³¹ Salientando a importância desses valores em contexto de estado de emergência, *vd.* Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, p. 315. Desenvolvidamente sobre o tema, por todos, Andreas von Arnould, *Rechtssicherheit. Perspektivische Annäherungen an eine idée directrice des Rechts*, Tübingen: Mohr, 2006.

¹³² Cf. Pedro Lomba, “The Constitutionalized State of Emergency – The Case of Portugal”, *Verfassungsblog*, 15 de Abril de 2020 (disponível em: <https://verfassungsblog.de/the-constitutionalized-state-of-emergency/>).

¹³³ Daí, de resto, a sábia opção da Constituição (artigo 19.º, n.º 8) e da Lei n.º 44/86 (artigo 19.º) por cláusulas de polícia, essencialmente gerais e abertas. Sobre o carácter pragmático da vagueza, leia-se Ralf Poscher, “An Intentionalist Account of Vagueness. A Legal Perspective”, *in* Geert Keil / Ralf Poscher, *Vagueness and*

probabilidade *ou* de as entidades administrativas carecerem de adotar medidas que não encontram cobertura na permissão habilitadora do decreto presidencial (muito embora digam respeito ao âmbito de um direito fundamental cujo exercício foi suspenso), *ou* de – especialmente em casos de renovação de estado de emergência – haver frequentes alterações de pormenor nos sucessivos decretos presidenciais (alterações que não modificam o âmbito dos direitos fundamentais cujo exercício foi suspenso, mas que alteram os contornos da imprópria habilitação normativa anteriormente dada – o que levantará dúvidas concernentes ao estatuto jurídico de medidas administrativas anteriormente tomadas e à interpretação dos decretos presidenciais anteriores).¹³⁴

O que se escreve é facilmente ilustrável através de uma comparação sucessiva do conteúdo dos decretos presidenciais de estado de emergência, a saber: o DPR n.º 14-A/2020, de 18 de Março; o DPR n.º 17-A/2020, de 2 de Abril;¹³⁵ e o DPR n.º 20-A/2020, de 17 de

Law. Philosophical and Legal Perspectives, Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 65-93 (75-77).

¹³⁴ Talvez isso ajude a explicar as disposições estranhas pelas quais o PR procede à ratificação de medidas anteriores do Governo. Não só não lhe está atribuída nenhuma competência do género, como se trata de uma intenção e técnica apenas compreensíveis no quadro da lógica de decretos presidenciais pseudo-habilitantes. Defendendo acertadamente a inconstitucionalidade dessas disposições, *vd.* Jorge Reis Novais, “Estado de Emergência – Quatro notas jurídico-constitucionais sobre o Decreto Presidencial”, *Observatório Almedina*, 19 de Março de 2020 (disponível em: <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/03/19/estado-de-emergencia-quatro-notas-juridico-constitucionais-sobre-o-decreto-presidencial/>).

¹³⁵ O DPR n.º 17-A/2020, de 2 de Abril, introduz as modificações que de seguida se assinalam a *itálico* e se sublinham (por comparação com o precedente DPR n.º 14-A/2020):

“4.º

Fica parcialmente suspenso o exercício dos seguintes direitos:

a) Direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional: podem ser impostas pelas autoridades públicas competentes as restrições necessárias para reduzir o risco de contágio e executar as medidas de prevenção e combate à epidemia, incluindo o confinamento compulsivo no domicílio, em estabelecimento de saúde *ou noutro local definido pelas autoridades competentes*, o estabelecimento de cercas sanitárias, assim como, na medida do estritamente necessário e de forma proporcional, a interdição das deslocações e da permanência na via pública que não sejam justificadas, designadamente pelo desempenho de atividades profissionais, pela obtenção de cuidados de saúde, pela assistência a terceiros, pela produção e

pelo abastecimento de bens e serviços e por outras razões ponderosas, cabendo ao Governo, nesta eventualidade, especificar as situações e finalidades em que a liberdade de circulação individual, preferencialmente desacompanhada, se mantém;

b) Propriedade e iniciativa económica privada: pode ser requisitada pelas autoridades públicas competentes a prestação de quaisquer serviços e a utilização de bens móveis e imóveis, de unidades de prestação de cuidados de saúde, de estabelecimentos comerciais e industriais, de empresas e outras unidades produtivas, assim como pode ser determinada a obrigatoriedade de abertura, laboração e funcionamento de empresas, serviços, estabelecimentos e meios de produção ou o seu encerramento e impostas outras limitações ou modificações à respetiva atividade, *incluindo limitações aos despedimentos*, alterações à quantidade, natureza ou preço dos bens produzidos e comercializados ou aos respetivos procedimentos e circuitos de distribuição e comercialização, *designadamente para efeitos de aquisição centralizada, por ajuste direto, com caráter prioritário ou em exclusivo, de estoques ou da produção nacional de certos bens essenciais*, bem como alterações ao regime de funcionamento *de empresas, estabelecimentos e unidades produtivas; podem ser adotadas medidas de controlo de preços e combate à especulação ou ao açambarcamento de determinados produtos ou materiais; podem ser temporariamente modificados os termos e condições de contratos de execução duradoura ou dispensada a exigibilidade de determinadas prestações, bem como limitado o direito à reposição do equilíbrio financeiro de concessões em virtude de uma quebra na respetiva utilização decorrente das medidas adotadas no quadro do estado de emergência; pode ser reduzida ou diferida, sem penalização, a percepção de rendas, juros, dividendos e outros rendimentos prediais ou de capital*.

c) Direitos dos trabalhadores: pode ser determinado pelas autoridades públicas competentes que quaisquer colaboradores de entidades públicas, privadas *ou do setor social*, independentemente do tipo de vínculo, se apresentem ao serviço e, se necessário, passem a desempenhar funções em local diverso, em entidade diversa e em condições e horários de trabalho diversos dos que correspondem ao vínculo existente, designadamente no caso de trabalhadores dos setores da saúde, proteção civil, segurança e defesa e ainda de outras atividades necessárias ao tratamento de doentes, *ao apoio a populações vulneráveis, pessoas idosas, pessoas com deficiência, crianças e jovens em risco, em estruturas residenciais, apoio domiciliário ou de rua*, à prevenção e combate à propagação da epidemia, à produção, distribuição e abastecimento de bens e serviços essenciais, ao funcionamento de setores vitais da economia, à operacionalidade de redes e infraestruturas críticas e à manutenção da ordem pública e do Estado de Direito democrático, *podendo ser limitada a possibilidade de cessação das respetivas relações laborais ou de cumulação de funções entre o setor público e o setor privado. Pode ser alargado e simplificado o regime de redução temporária do período normal de trabalho ou suspensão do contrato de trabalho por facto respeitante ao empregador. Fica suspenso o direito das comissões de trabalhadores, associações sindicais e associações de empregadores de participação na elaboração da legislação do trabalho, na medida em que o exercício de tal direito possa representar demora na entrada em vigor de medidas legislativas urgentes para os efeitos previstos neste Decreto*. Fica

suspensão o exercício do direito à greve na medida em que possa comprometer o funcionamento de infraestruturas críticas, de unidades de prestação de cuidados de saúde *e de serviços públicos essenciais*, bem como em setores económicos vitais para a produção, abastecimento e fornecimento de bens e serviços essenciais à população;

d) Circulação internacional: podem ser estabelecidos pelas autoridades públicas competentes, em articulação com as autoridades europeias e em estrito respeito pelos Tratados da União Europeia, controlos fronteiriços de pessoas e bens, incluindo controlos sanitários *e fitossanitários* em portos e aeroportos, com a finalidade de impedir a entrada em território nacional ou de condicionar essa entrada à observância das condições necessárias a evitar o risco de propagação da epidemia ou de sobrecarga dos recursos afetos ao seu combate, designadamente impondo o confinamento compulsivo de pessoas *em local definido pelas autoridades competentes*. Podem igualmente ser tomadas as medidas necessárias a assegurar a circulação internacional de bens e serviços essenciais;

e) Direito de reunião e de manifestação: podem ser impostas pelas autoridades públicas competentes, com base na posição da Autoridade de Saúde Nacional, as restrições necessárias para reduzir o risco de contágio e executar as medidas de prevenção e combate à epidemia, incluindo a limitação ou proibição de realização de reuniões ou manifestações que, pelo número de pessoas envolvidas, potenciem a transmissão do novo coronavírus;

f) Liberdade de culto, na sua dimensão coletiva: podem ser impostas pelas autoridades públicas competentes as restrições necessárias para reduzir o risco de contágio e executar as medidas de prevenção e combate à epidemia, incluindo a limitação ou proibição de realização de celebrações de cariz religioso e de outros eventos de culto que impliquem uma aglomeração de pessoas;

g) Liberdade de aprender e ensinar: podem ser impostas pelas autoridades públicas competentes as restrições necessárias para reduzir o risco de contágio e executar as medidas de prevenção e combate à epidemia, incluindo a proibição ou limitação de aulas presenciais, a imposição do ensino à distância por meios telemáticos (com recurso à internet ou à televisão), o adiamento ou prolongamento de períodos letivos, o ajustamento de métodos de avaliação e a suspensão ou recalendrarização de provas de exame ou da abertura do ano letivo, bem como eventuais ajustes ao modelo de acesso ao ensino superior;

h) *Direito à proteção de dados pessoais: as autoridades públicas competentes podem determinar que os operadores de telecomunicações enviem aos respetivos clientes mensagens escritas (SMS) com alertas da Direção-Geral da Saúde ou outras relacionadas com o combate à epidemia.*

5.º

Fica impedido todo e qualquer ato de resistência ativa ou passiva *exclusivamente dirigido* às ordens legítimas emanadas pelas autoridades públicas competentes em execução do presente estado de emergência, *podendo incorrer os seus autores, nos termos da lei, em crime de desobediência.*

Abril.¹³⁶ Essa comparação mostra alterações que dificilmente se compaginam com a função e o efeito de decretos presidenciais de exceção constitucional. Ao mesmo tempo, criam-se dúvidas sobre a validade de medidas que possam ter sido adotadas num sentido consagrado pelo segundo (ou terceiro) decreto, mas que não estavam previstas expressamente no primeiro (ou no segundo).¹³⁷⁻¹³⁸

6.º

Podem ser tomadas medidas excepcionais e urgentes de proteção dos cidadãos privados de liberdade em execução de decisão condenatória, bem como do pessoal que exerce funções nos estabelecimentos prisionais, com vista à redução da vulnerabilidade das pessoas que se encontrem nestes estabelecimentos à doença COVID-19.”

¹³⁶ O DPR n.º 20-A/2020, de 17 de Abril, para além de eliminar o artigo 6.º do decreto que o precedeu, faz apenas algumas alterações ao anterior artigo 4.º:

“4.º

a) [...] podem ser impostas pelas autoridades públicas competentes as restrições *simétricas ou assimétricas, designadamente em relação a pessoas e grupos etários ou locais de residência, que, sem cariz discriminatório, sejam adequadas à situação epidemiológica e justificadas pela necessidade de [...]*;

b) [...] bem como limitado o direito à reposição do equilíbrio financeiro de concessões *ou de prestações de serviços* em virtude de [...];

c) [...] *O direito das comissões de trabalhadores, associações sindicais e associações de empregadores de participação na elaboração da legislação do trabalho, na medida em que o exercício de tal direito possa representar demora na entrada em vigor de medidas legislativas urgentes para os efeitos previstos neste Decreto, pode ser limitado nos prazos e condições de consulta [...]*.”

¹³⁷ Ilustrativamente, pergunta-se que sentido faz que o PR: (i) estabeleça os locais em que um confinamento compulsivo pode ser cumprido, de tal sorte que, no primeiro decreto, pode ser no domicílio ou em estabelecimento de saúde e, no segundo decreto, também já pode ser em local definido pelas autoridades competentes?; (ii) concretize o tipo de controlos fronteiriços de pessoas e bens que podem ser efetuados, de tal sorte que, no primeiro decreto, estão incluídos apenas controlos sanitários e, no segundo decreto, já se admitem também controlos fitossanitários?; (iii) venha habilitar o Governo e o respetivo Ministério da Educação a adiar ou prolongar períodos letivos, ajustar métodos de avaliação ou recalendarizar provas de exame?; (iv) ou, atendendo a que a Lei n.º 44/86 estabelece um crime de desobediência para quem violar a declaração e execução do estado de emergência (art. 7.º), que estabeleça a proibição de qualquer ato de resistência activa ou passiva que se dirija, no primeiro decreto, contra as ordens emanadas pelas autoridades e, no segundo decreto, “exclusivamente” contra as ordens “legítimas” dessas mesmas autoridades?.

¹³⁸ Para nem mencionar as (problemáticas) medidas “possibilitadas” a partir do segundo decreto presidencial, mas apenas governamentalmente emanadas no período de vigência do terceiro decreto presidencial, embora com retroação de efeitos ao início

Em suma, qualquer decreto presidencial de estado de emergência deve cingir-se ao núcleo essencial do estatuto da exceção constitucional: fundamentação do estado de emergência, âmbito territorial, duração e especificação dos direitos fundamentais cujo exercício fica suspenso. É essa competência que a Constituição e a lei lhe atribuem.¹³⁹ A definição das medidas administrativas e a regulação jurídica dos âmbitos que ficam jusfundamentalmente desprotegidos são competência do Governo, o qual estará sempre limitado: pelo prazo do estado de emergência, pelo dever de observar o princípio da proporcionalidade e escopo de restabelecimento da normalidade (artigo 19.º, n.º 4 da CRP), pelo dever de informar o PR e a AR das medidas adotadas (art. 17.º da Lei n.º 44/86), pela eventual revogação do decreto de estado de emergência pelo PR (art. 13.º da Lei n.º 44/86), pelo acesso dos cidadãos lesados aos tribunais (artigo 19.º, n.º 6 da CRP e artigo 6.º da Lei n.º 44/86),¹⁴⁰ e até pelo princípio da responsabilidade patrimonial relativamente aos atos inconstitucional ou ilegalmente praticados (artigo 2.º, n.º 3 da Lei n.º 44/86).

5.2.4. Reflexos na execução pelo Governo

O *supra* descrito e criticado desenho normativo seguido pelo decreto presidencial permite compreender determinados aspetos formais na atuação subsequente do Governo.

Desde logo, muito embora a Constituição e a lei se refiram à “execução” da declaração do estado de emergência,¹⁴¹ o Governo intitula

de vigência do decreto presidencial anterior. Veja-se o Decreto-Lei n.º 19-A/2020, de 30 de Abril.

¹³⁹ Nessa medida, a prática constitucional seguida parece apontar para uma (tentativa de) *presidencialização* do regime do estado de emergência. Ao estipular e densificar habilitações normativas ao Governo que não encontram respaldo constitucional e legal, o Presidente sugere que procura assumir-se como diretor da execução do estado de emergência. O que potencialmente acarreta a consequência politicamente indesejável de expor desnecessariamente o Chefe de Estado às máculas da atuação administrativa em emergência.

¹⁴⁰ Cf. Gouveia, *Estado de Exceção*, p. 287.

¹⁴¹ É apontado, na doutrina, que a execução da declaração de estado de emergência deve operar formalmente através de diploma de natureza administrativa (por

os seus decretos de execução como procedendo à “regulamentação” da aplicação do estado de emergência (o que evoca, necessariamente, a relação umbilical entre o poder regulamentar e um precedente ato legislativo habilitante).¹⁴²

Mas se, do ponto de vista semântico, o Governo se apresenta numa posição estritamente administrativa e hierarquicamente subordinada relativamente ao decreto presidencial, já não o faz do ponto de vista dos fundamentos jurídicos. O primeiro decreto governamental de execução do estado de emergência, o Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de Março, limita-se a invocar como norma de competência a al. g) do art. 199.º.

Por um lado, isso é curioso por duas razões: primeiro, porque, ao fazê-lo, o Governo informa que se encontra a sustentar a sua Acção numa competência administrativa típica de períodos de *normalidade constitucional*, orientada para a promoção do desenvolvimento económico-social e satisfação das necessidades coletivas¹⁴³ (muito embora os efeitos jurídicos da sua Acção, designadamente no que concerne aos direitos

exemplo, Gouveia, *Estado de Exceção*, p. 261, defende, a este propósito, o recurso à Resolução do Conselho de Ministros). Percebe-se a razão. Mas cumprirá não esquecer a atipicidade do sistema jurídico-constitucional português em conceder competência legislativa normal ao Governo (artigo 198.º da CRP). Não se encontrando nenhuma disposição constitucional ou legal que literalmente aponte para o contrário, diríamos que não estaria o Governo impedido de usar o decreto-lei. Tanto mais que, como ficou demonstrado, a sucessão torrencial de diplomas provocada direta e indiretamente por circunstâncias de estado de emergência – em que o Governo acaba a agir por via de decretos, despachos e decretos-leis – pode gerar antinomias normativas indesejadas que, em atenção à diferente posição hierárquica de cada um dos instrumentos, dificilmente serão resolúveis pela aplicação, designadamente, do princípio *lex posterior derogat priori*. De resto, não pode militar contra isso simplesmente uma interpretação estrita do vocábulo “execução”, ultrapassadas que estão as teses dos órgãos administrativos como autómatos da implementação de uma vontade alheia (cf., em especial, Luís Heleno Terrinha, *O Direito Administrativo na Sociedade. Função, prestação e reflexão do sistema jurídico-administrativo*, Porto: Universidade Católica Editora, 2017, pp. 716 ss.). Aliás, em situação de estado de emergência, a atividade do Governo distingue-se precisamente pelo seu carácter criativo e inovador face ao decreto presidencial.

¹⁴² Cf. Canotilho, *Direito Constitucional*, pp. 835 ss.

¹⁴³ Cf. Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à legalidade*, Coimbra: Almedina, 2007 (2003), pp. 736-737.

fundamentais, extravasem o que lhe seria permitido na ausência da emergência decretada pelo PR); segundo, porque o Governo indica estar a agir regulamentarmente com habilitação direta por norma constitucional, o que problemáticamente convoca a tradicional discussão doutrinal acerca dos regulamentos independentes do Governo fundados na Constituição.¹⁴⁴

Por outro lado, é estranho porque o Governo parece ignorar que a sua competência de execução de um estado de emergência, em período de exceção constitucional, decorre ora do disposto no n.º 8 do artigo 19.º da CRP, ora do disposto nos artigos 17.º e 19.º da Lei n.º 44/86. São estas disposições, bem como as outras que lhe estão associadas em termos de regime jurídico constitucional e legal do estado de emergência, que simultaneamente *fundam e disciplinam* o poder de atuação do Governo, designadamente com a submissão das medidas à observância do princípio da proporcionalidade e do escopo de restabelecimento da normalidade constitucional.¹⁴⁵ Dando conta disso mesmo, o Governo acaba por invocar o artigo 17.º da Lei n.º 44/86 nos decretos de execução subsequentes (v.g., o Decreto n.º 2-B/2020, de 2 de Abril).

5.3. *Problemas jurídico-constitucionais subsequentes*

A concretização prática das normas constitucionais e legais atinentes ao estado de emergência podem suscitar dúvidas e problemas constitucionais práticos, em particular por causa do criticado desenho normativo do decreto presidencial (isto é, do seu formato autorizante ou habilitante da atuação do Governo).

Repare-se que, numa primeira leitura não integrante das observações que entretanto expusemos, poderia mesmo pensar-se que – ao habilitar

¹⁴⁴ Sobre a (in)admissibilidade dos regulamentos independentes fundados na Constituição, *vd.* Canotilho, *Direito Constitucional*, pp. 838-839. Admitindo-os e notando que eles deverão observar forma de decreto regulamentar, *cf.* Otero, *Direito Constitucional Português*, II, p. 402.

¹⁴⁵ *Cf.* Gouveia, *Estado de Exceção*, pp. 162 ss.

a atuação do Governo nos termos em que o fez – o PR estaria a violar as regras constitucionais e legais que salvaguardam que a declaração do estado de emergência não pode “afectar a aplicação das regras constitucionais relativas à competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania” (artigo 19.º, n.º 7 da CRP e artigo 3.º, n.º 2 da Lei n.º 44/86).¹⁴⁶ A violação resultaria dos termos amplos em que a habilitação é concedida e da margem de densificação concedida ao Governo. Tal interpretação – que, em linha com o decreto presidencial, parece também não se desprender do modelo e requisitos associados a uma lei de autorização legislativa – tende a partir da premissa de que o Presidente seria responsável por uma qualquer densificação normativa total dos termos práticos em que se traduziria a suspensão.

Porém, dando-se como boa a leitura fundamentada que acima fizemos das disposições constitucionais e legais, não só o Presidente não deve como não pode estabelecer o tipo, a extensão ou o sentido das medidas que o Governo adotar. Com efeito, ao Presidente apenas é atribuída competência para estabelecer quais os direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso (com uma capacidade de modelação que oscila entre a suspensão total e a suspensão parcial). Mas, como se explicou, a definição e implementação da regulação jurídica que se seguirá, relativamente a esses âmbitos afetados, é responsabilidade constitucional e legal do Governo.¹⁴⁷

Da nossa interpretação resultam, portanto, duas consequências jurídico-constitucionais relevantes.

Em primeiro lugar, em termos gerais, não pode ser assacada ao PR uma violação da distribuição constitucional de competências *por* excesso de delegação normativa no Governo, pois que não lhe cabia à partida fazer ou deixar de fazer delegação alguma. Não havendo sequer base constitucional e legal para as (impróprias) habilitações normativas concedidas pelo Presidente, não podem pois elas ser usadas enquanto

¹⁴⁶ Sobre essa disposição, cf. Gouveia, *Estado de Exceção*, pp. 197 ss.

¹⁴⁷ Cf. Gouveia, *Estado de Exceção*, pp. 191-192.

argumento de que se concedeu uma margem de liberdade demasiado ampla ao Governo.¹⁴⁸

Em segundo lugar, dando como assente que o Presidente extravasou as suas próprias competências constitucionais e legais (ao estabelecer o tipo, sentido e a extensão das medidas administrativas a adotar), conclui-se logicamente que invadiu a esfera competencial do Governo. Assim, os termos das habilitações normativas postas nos decretos presidenciais – em tudo o que não se relacione com a especificação dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica total ou parcialmente suspenso – são juridicamente inoperantes.¹⁴⁹ Isso tem um significado duplo: de uma banda, não pode a tentativa de o Presidente fixar o sentido e a extensão das medidas governamentais de execução do estado de emergência servir judicialmente para atacar a validade destas últimas;¹⁵⁰ de outra banda, sempre pode o Governo adotar medidas que não se encontrem cobertas pelos termos das referidas pseudo-habilitações normativas (mas que exibam conexão ao âmbito material ou jusfundamental do estado de emergência), devendo a respetiva validade ser aferida à luz do n.º 8 do artigo 19.º da CRP e dos artigos 17.º e 19.º da Lei n.º 44/86 (ou seja, à luz da competência de execução do Governo por referência aos direitos cujo exercício foi suspenso,

¹⁴⁸ De resto, o facto de várias pseudo-habilitações normativas serem semanticamente abertas concorre para comprovar um argumento anterior: o de que o PR não está em condições institucionais, no momento da declaração do estado de emergência, de prever ou antecipar *quais* as medidas que o Governo necessitará de adotar.

¹⁴⁹ Cf. Otero, *Direito Constitucional Português*, II, p. 52, quando explica que: “se um órgão [...] invade a área material de competência pertencente a um outro órgão, praticando atos sobre os poderes deste, ele não produz qualquer modificação da competência”.

¹⁵⁰ Dois exemplos pragmáticos seriam os seguintes: (i) deve entender-se que a ordem de confinamento compulsivo *em local a definir pelas autoridades competentes* já estava admitida pelo primeiro decreto presidencial que suspendeu o direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional, muito embora essa hipótese concreta apenas tenha sido aditada no segundo decreto presidencial [al. a) do artigo 4.º]; (ii) semelhantemente, deve entender-se que os controlos fitossanitários em portos e aeroportos já estavam admitidos pelo primeiro decreto presidencial que suspendeu o direito de circulação internacional, muito embora essa hipótese concreta apenas tenha sido aditada no segundo decreto presidencial [al. d) do artigo 4.º].

bem como à luz da proporcionalidade e escopo de restabelecimento da normalidade das medidas adotadas).

Note-se que, em qualquer caso, o que se escreve não impede nem dispensa a apreciação da validade jurídica tanto do decreto presidencial como das medidas de execução, à luz dos referidos parâmetros constitucionais e legais que os vinculam.

Desde logo, justifica-se uma apreciação do modo como o PR cumpre o seu dever de especificação dos direitos fundamentais cujo exercício fica suspenso. Importa, designadamente, avaliar a *certeza jurídica da suspensão* numa dupla dimensão: uma relativa à natureza efetiva de *suspensão* e outra relativa ao *âmbito* da suspensão.

Um bom exemplo a este propósito é o do direito das comissões de trabalhadores, associações sindicais e associações de empregadores a participarem na elaboração da legislação do trabalho. No DPR n.º 17-A/2020, de 2 de Abril de 2020, estabelece-se que tal direito fica suspenso “*na medida em que* [o seu exercício] possa representar demora na entrada em vigor de medidas legislativas urgentes” [al. c) do art. 4.º] (itálico nosso). Cremos que há duas formas de interpretar a disposição: ou se considera tratar-se de uma suspensão *condicional*, algo que gerará incerteza jurídica (pois que significará que a operatividade jurídica da suspensão está dependente da antecedente verificação da hipótese factual – “representar demora” – a que foi subordinada) e, por isso, levará a questionar se o Presidente cumpriu os seus deveres constitucionais e legais de “especificação” da suspensão; ou se considera que os referidos direitos resultam efetivamente suspensos pelo decreto e que a condicionalidade aposta não é senão expressão do que sempre decorreria da observância do princípio da proporcionalidade na nova configuração daquelas posições jurídicas (caso em que o seu valor, no decreto, é essencialmente declaratório). Cremos ser de favorecer a segunda interpretação. A disposição em referência foi, porém, modificada no DPR n.º 20-A/2020, de 17 de Abril, eliminando-se a determinação inicial de que o direito “fica suspenso” e, estabelecendo-se, ao invés, que ele “pode ser limitado nos prazos e condições de consulta” [al. c) do art. 4.º]. O problema que daqui resulta é que, rigorosamente, não estamos então perante uma *suspensão* do exercício de direitos fundamentais. Com efeito, na formulação em causa, o Presidente

não inibe a produção de efeitos da norma de direitos fundamentais. Desse modo, qualquer intervenção dos poderes públicos no referido âmbito jusfundamental terá de ser apreciada fora desse enquadramento (enquanto restrição e de acordo com o artigo 18.º da CRP). Este tipo de previsões não tem, pois, lugar no decreto de declaração de estado de emergência.

Depois, justifica-se uma apreciação das disposições que tenham sido inseridas no decreto presidencial ou nos diplomas de execução e que possam eventualmente não cumprir com a exigida proporcionalidade e finalidade de restabelecer a normalidade constitucional.¹⁵¹

Um exemplo que merece discussão é o da al. b) do art. 4.º do DPR n.º 17-A/2020, mantida com alterações no DPR n.º 20-A/2020, na qual se estabelece que: “podem ser temporariamente modificados os termos e condições de contratos de execução duradoura ou dispensada a exigibilidade de determinadas prestações, bem como limitado o direito à reposição do equilíbrio financeiro de concessões [ou de prestações de serviços] em virtude de uma quebra na respetiva utilização [dos bens concessionados] decorrente das medidas adotadas no quadro do estado de emergência”. Desde logo, não se percebe que relação existe entre essa previsão e a suspensão de direitos fundamentais num decreto de estado de emergência, pois que trata-se de prosseguir um concreto interesse estatal na modificação do regime substantivo dos contratos administrativos. É verdade que afeta direitos e interesses dos concessionários, mas esses terão sobretudo natureza legal e contratual. Depois, com igual gravidade, não se percebe que relação existe entre a introdução de uma nova e temporária disciplina jurídica da reposição do equilíbrio financeiro das concessões e a finalidade de assegurar o

¹⁵¹ Não daremos aqui especial atenção à hipótese de violação da liberdade religiosa por via da suspensão da liberdade de culto na sua dimensão coletiva (atendendo a que a liberdade de religião surge mencionada como intangível no artigo 19.º, n.º 6). Não cremos que tal opção esteja ferida de inconstitucionalidade (como sustenta Gouveia, Jorge Bacelar, “Questões para a renovação do estado de emergência”, *Público*, 1 de Abril de 2020 (disponível em: <https://www.publico.pt/2020/04/01/politica/opiniaio/questoes-renovacao-estado-emergencia-1910132>). Como bem faz notar Adragão, Paulo Pulido, *A Liberdade Religiosa e o Estado*, Coimbra: Almedina, 2002, p. 371, convirá não confundir liberdade de religião com liberdade de culto (pois que esta última pode ser suspensa).

“pronto restabelecimento da normalidade constitucional” – finalidade esta que vincula constitucional e legalmente (com valor reforçado) a declaração e execução do estado de emergência.¹⁵² Com efeito, parece claro que às modificações visadas subjaz, exclusivamente, uma finalidade de acautelar a posição financeira do Estado enquanto co-contratante nas concessões, com o que intenta – através do uso dos seus poderes públicos – derrogar aspetos do regime geral dos contratos administrativos que, circunstancialmente, perceciona como lhe sendo desfavoráveis. O que não surge como defensável é pretender que o estado de emergência oferece uma cobertura jurídica inatacável a esse tipo de medidas.

6. Conclusão

Este estudo permitiu concluir que a prática constitucional seguida na decretação e implementação do estado de emergência, bem como a respetiva suspensão do exercício de direitos fundamentais, diverge em vários pontos do que se encontra estabelecido no texto constitucional e na lei orgânica.¹⁵³

Tal constatação será de incluir na reflexão alargada a emprender quanto a esta primeira experiência de Portugal em estado de emergência, seja ao nível dos relacionamentos inter-orgânicos estabelecidos, do cumprimento das regras constitucionais, do desenho das normas jurídicas de emergência, ou até de eventuais reformas a introduzir.

Importará sempre assegurar que os estados de emergência não servem de chapéu a um “vale tudo” do ponto de vista jurídico.¹⁵⁴

¹⁵² Cf. Gouveia, *Estado de Exceção*, p. 195.

¹⁵³ Aliás, como assinalam Bjørnskov / Voigt, “The architecture of emergency constitutions...”, p. 126: “It is [...] unlikely that politicians always meticulously stick to the constraints laid down in the respective emergency provisions and it would be interesting to analyze differences between the de jure and the de facto emergency constitution more systematically.”

¹⁵⁴ Desse ponto de vista, o Decreto-Lei n.º 19-A/2020, de 30 de Abril, é o exemplo mais gritante de uma tentativa de moldar o Direito aos interesses particulares do Estado.

Não vale. A exceção constitucional tem a virtualidade de substituir parâmetros normativos mais exigentes por outros temporariamente mais flexíveis e menos densos. Mas não pode o recurso a ela – mormente a sua prática e implementação – configurar uma *exceção à exceção constitucional*. Esta última será irremediavelmente a negação do Direito.

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CIDeS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Segurança,
Lisboa, Portugal.

E-mail: ides@sapo.pt

II - ATIVIDADE DO INSTITUTO DE DIREITO E SEGURANÇA

I CEDiSE – CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO, SEGURANÇA E EMERGÊNCIA

23.XI.2020-4.XII.2020 (18h30-21h30, zoom)

Coordenador: Prof. Doutor Jorge Bacelar Gouveia
(jorgebacelargouveia@live.com)

1. **Calendário/Horário:** 30 horas, 23 de novembro a 4 de dezembro de 2020, 18h30-21h30 (online, videoconferência)
2. **Programa-síntese e Preletores**
 1. Sessão inaugural – Sua Ex^a o Secretário de Estado da Administração Interna do XXII Governo Constitucional, Juiz Desembargador Antero Luís (23.XI.2020)
 2. Segurança, Estado e Constituição – Prof. Doutor Jorge Bacelar Gouveia/Prof. Doutor Pedro Clemente (3 horas) (23.XI.2020)
 3. Segurança, Direito e Globalização – Prof. Doutor José Manuel Anes/Dr. João Paulo Ventura (3 horas) (24.XI.2020)
 4. Defesa Nacional e Forças Armadas – Prof. Doutor Francisco Proença Garcia (3 horas) (25.XI.2020)
 5. Segurança Interna e Forças de Segurança – Prof. Doutor José Fontes (3 horas) (26.XI.2020)
 6. Segurança do Estado e Administração Pública – Prof. Doutor Jorge Bacelar Gouveia/Mestra Alice Feiteira (3 horas) (27.XI.2020)

7. Justiça Penal e Investigação Criminal – Prof. Dr. Rui Pereira/
Mestre Miguel Silva (3 horas) (30.XI.2020)
8. Segurança Comunitária e Proteção Civil – Prof. Doutor António
Duarte Amaro (3 horas) (1.XII.2020)
9. Emergência e Socorro em Proteção Civil – Dr. Duarte Caldeira
(3 horas) (2.XII.2020)
10. Segurança do Ciberespaço – Mestre Lino Santos (3 horas)
(3.XII.2020)
11. Segurança Sanitária de Emergência e Segurança Privada – (3 horas)
– Prof. Doutor Jorge Bacelar Gouveia/Dr. Bruno Costa Teixeira
(4.XII.2020)
12. Sessão de Encerramento – Sua Ex^a a Secretária-Geral do Sistema
de Segurança Interna, Dr^a Helena Fazenda (4.XII.2020)

Organização:

Instituto de Direito e Segurança (ww.ides.pt); Associação Portuguesa
de Criminologia (www.apcriminologia.com); Centro de Estudos e
Intervenção em Proteção Civil (www.ceipcivil.com)

Preço:

100 euros em geral; alunos – 75 euros; descontos para organismos

Participantes:

para quem tem o ensino secundário, não sendo necessário frequentar
o ensino superior

Inscrições:

ides@sapo.pt

Pagamento:

IBAN PT50 0035 0841 00000557 530 05 (devendo o comprovativo da transferência ser enviado para este email ides@sapo.pt até ao início do curso)

Certificado de presença:

com 80% de presenças online, podendo o curso não ser realizado por insuficiência de inscrições

Apoio:

UAL – Universidade Autónoma de Lisboa; Liga dos Bombeiros Portugueses; OSCOT – Observatório de Segurança, Criminalidade Organizada e Terrorismo; OSI – Observatório de Segurança Interna; Justiça TV; Sindicato Nacional dos Polícias Municipais; Nova Law Students Union;



NORMAS TÉCNICAS DA REVISTA DE DIREITO E SEGURANÇA

1. Apresentação dos originais inéditos

Envio para o e-mail para ides@sapo.pt, em duas versões, uma com a identificação do autor e a outra não. Programa elegível: *Winword*. Os textos em português devem ser entregues segundo as normas do Acordo Ortográfico de 1990.

Os textos devem ser inéditos e apresentar, no início, um resumo em português e em inglês, além de cinco palavras-chave, em português e em inglês.

A redação aceita propostas de textos enviados pelos autores e compromete-se a uma resposta, quanto à sua aceitação, no prazo de 120 dias, não se responsabilizando pela devolução dos originais não solicitados.

A seleção dos textos entregues é feita mediante um sistema de *blind peer review*, através da consulta de especialistas nas respetivas áreas temáticas, a designar pelo Diretor, e sem prévia identificação do autor.

2. Limites dos textos

Artigos: 100 000 caracteres (= 55 pp. de 30 lin. de 60 caracteres)

Recensões: 7 500 caracteres (= 4 pp. de 30 lin. de 60 caracteres)

Comentários: 15 000 caracteres (= 8 pp. de 30 lin. de 60 caracteres)

3. Citações bibliográficas

É obrigatória a observância das seguintes normas editoriais, no caso de citações:

Primeiras citações – exemplos:

- Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Internacional Público*, I, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2008, pp. 29 e ss.
- António José Telo, *História Contemporânea de Portugal – do 25 de Abril à actualidade*, I, Lisboa, Editorial Presença, 2007, pp. 11 e ss.

- Valério de Oliveira Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 25 e ss.

Citações seguintes – exemplos:

- Jorge Bacelar Gouveia, *Manual...*, cit., pp. 155 e ss.

4. Tabela de preços de publicidade

A *Revista de Direito e Segurança* aceita publicidade adequada ao tipo de publicação.

Tabela de preços: página – 1 500 €.

5. Normas de edição

É obrigatória a observância das normas editoriais da Revista, a que obedece o presente número e explicitam-se algumas dessas normas:

- fazem-se parágrafos nas notas;
- apenas se usa **negrito** nos títulos;
- o destaque é feito pelo itálico (e não pelo **negrito** ou sublinhado).
- toda a frase deve terminar por pontuação (ponto, reticências, exclamação, interrogação).

Exemplos de grafias aceites e de grafias rejeitadas, desde que, na língua portuguesa, seguindo já o Acordo Ortográfico de 1990, em vigor:

ACEITE	NÃO ACEITE
“ ”	« »
”.	.”
não?	não ?
diz ¹ .	diz ² .
” ³	” ⁴
“Esta decisão”, diz Gouveia	“ <i>Esta decisão</i> ”, diz Gouveia
“poder”	“ poder ”
art.	art. ^o

6. Revisão das provas

A revisão de provas será feita pela Redação. Só excepcionalmente será pedida a colaboração dos autores, os quais também só excepcionalmente poderão alterar os originais entregues.

7. Redação da Revista de Direito e Segurança

Instituto de Direito e Segurança:

E-mail: ides@sapo.pt

Sítio eletrónico: www.ides.pt

RDeS – REVISTA DE DIREITO E SEGURANÇA

Conselho Científico

Por ordem alfabética do primeiro nome

Prof. Doutor Amadeu Recasens i Brunet

Prof. Doutor Armando Marques Guedes

Prof. Doutor Carlos Feijó

Prof.^a Doutora Cristina Montalvão Sarmento

Prof.^a Doutora Cristina Queiroz

Prof. Doutor Daniel Frazão

Prof. Doutor David López Jiménez

Prof. Doutor Fernando Horta Tavares

Prof. Doutor Francisco Pereira Coutinho

Prof. Doutor Hermenegildo Avelino

Prof. Doutor Joanisval Brito Gonçalves

Prof. Doutor José Fontes

Prof. Doutor José Octávio Serra Van-Dúnem

Prof. Doutor José João Abrantes

Prof. Doutor José Manuel Anes

Professor Doutor Luciano Lourenço

Prof. Doutor Nuno Parreira da Silva

Prof. Doutor Pedro Daniel

Prof. Doutor Raúl Araújo

Prof. Doutor Rosângelo Rodrigues de Miranda

Prof. Doutor Sebastien Roché

Prof.^a Doutora Sofia Santos

I - DOUTRINA

David Freitas

A sinalização de indivíduos enquanto identificação de delinquentes

Edgar Gonçalves Fernandes

A tutela contraordenacional nas restrições ao direito de admissão e permanência em estabelecimentos comerciais

João Barata

An Approach to International Military Studies: Military Balance 2016

Luís Heleno Terrinha

A Suspensão de Direitos Fundamentais em Estado de Exceção Biopolítico

II - ATIVIDADE DO INSTITUTO DE DIREITO E SEGURANÇA

I CEDiSE – Curso de Especialização em Direito, Segurança e Emergência