

Data enia

REVISTA JURÍDICA DIGITAL

11 2020



Publicação científico-jurídica
em formato digital
ISSN 2182-8242

Periodicidade anual
N.º 11 — Ano 2020

Propriedade e Edição:
© DataVenia
Marca Registada n.º 486523 – INPI

Internet:
www.datavenia.pt
Contacto: correio@datavenia.pt

A Data Venia é uma revista científico-jurídica em formato digital, tendo por objeto a publicação de doutrina, artigos, estudos, ensaios, teses, pareceres, crítica legislativa e jurisprudencial, apoiando igualmente os trabalhos de *legal research* e de *legal writing*, visando o aprofundamento do conhecimento técnico, a livre e fundamentada discussão de temas inéditos, a partilha de experiências, reflexões e/ou investigação.

As opiniões expressas são da exclusiva responsabilidade dos respetivos autores e não traduzem necessariamente a opinião dos demais autores da *Data Venia* nem da sua administração.

A citação, transcrição ou reprodução dos conteúdos desta revista estão sujeitas ao Código de Direito de Autor e Direitos Conexos.

É proibida a reprodução ou compilação de conteúdos para fins comerciais ou publicitários, sem a expressa e prévia autorização da Administração da Data Venia e dos respetivos Autores.

A Polícia Administrativa e as novas perspetivas de atuação policial perante a declaração de estado de emergência

A EXPERIÊNCIA COM A PANDEMIA COVID-19

João Duarte

Madalena Almeida

Alunos da Nova School of Law (*)

RESUMO:

Desempenhando tradicionalmente as polícias, enquanto ramo da Administração Pública, um papel fulcral no controlo e manutenção da ordem na sociedade, impõe-se perceber quer o nível de relevância, quer o papel desempenhado pelas forças e serviços de segurança na tarefa de proteção e promoção da segurança sanitária perante tão gravosos períodos de exceção e necessidade na pendência das declarações do estado de emergência (de 18 de março a 2 de maio de 2020; Decretos presidenciais n.º 14-A/2020, de 18 de março, 17-A/2020, de 2 de abril, e 20-A/2020, de 17 de abril).

PALAVRAS-CHAVE

Polícias; administração pública; estado de emergência; segurança sanitária; covid19.

(*) Trabalho realizado na disciplina de Direito Administrativo Especial (Docente: Prof. Doutor Pedro Velez), no 3.º ano da Nova School of Law 2019/2020

Nota Introdutória

Num tempo de aceleração gradual após a paragem que a epidemia de proporções globais COVID-19 forçou nas nossas vidas, e ainda num período de raciocínios e reflexões comunitárias dirigidas à *reação* após este choque que afetou as mais variadas áreas nas nossas sociedades, da política às atividades económicas, da forma de trabalho aos nossos tempos livres ou à maneira de encarar as relações sociais, propomo-nos, por esta via, a um pequeno ensaio dedicado à atividade das autoridades policiais na pendência das declarações do estado de emergência (de 18 de março a 2 de maio de 2020; Decretos presidenciais n.º 14-A/2020, de 18 de março, 17-A/2020, de 2 de abril, e 20-A/2020, de 17 de abril).

Com efeito, desempenhando tradicionalmente as polícias, enquanto ramo da Administração Pública, um papel fulcral no *controlo* e manutenção da ordem na sociedade, impõe-se perceber quer o nível de relevância, quer o papel desempenhado pelas forças e serviços de segurança na tarefa de proteção e promoção da segurança sanitária perante tão gravosos períodos de exceção e necessidade.

Para tanto, numa tarefa que se empreende do *ponto 1.* ao *ponto 5.*, cumpre conceber as polícias administrativas no seu sentido material (aqui se incluindo uma análise tanto aos princípios constitucionais fundamentais que lhes são aplicáveis, como às suas características intrínsecas) e orgânico, para que, à luz desse entendimento, naquilo que se pode desenhar como uma *segunda parte* do presente texto (*ponto 6.* e seguintes), se possa avaliar a atuação policial *de jure condicto* e *de jure condendo*, situando-a no quadro de um estado de emergência constitucional (definindo-se a este respeito o conceito, a sua configuração jurídica e as imbricações com a atividade da Administração Pública).

maio de 2020

1. Do conceito de Polícia

1.1. Evolução histórica

Como bem aponta MARCELLO CAETANO, “a violação de certas normas constitui grave perigo social”, já que “há normas de conduta de cuja observância depende a paz, a segurança, a ordem, o desenvolvimento harmónico da colectividade”¹. “Por isso as sociedades bem organizadas não podem deixar a execução das leis pelos indivíduos entregue ao acaso do comportamento destes quando tal comportamento possa projetar-se nos interesses públicos dominantes da vida em colectividade”².

Daqui decorre a necessidade de um Estado se organizar administrativamente em torno - não só mas também - de uma atividade policial. O conceito de polícia, de definição importante para entender quais os ditames que sobrevivem hoje, mais a mais reportando-se o presente texto a um período de análise no qual vigorou um estado de exceção constitucional, vem sendo desenhado ao longo do tempo com várias mutações históricas de sentido. Com a emergência da noção de Estado de Direito nasce a polícia sobre as traves mestras que hoje conhecemos. Enfatizamos um longo caminho de compressão do espaço e missões dogmáticamente atribuídas à *função policial*, fixando-se esta a final naquilo a que genericamente nos podemos reportar como proteção e promoção da *ordem pública* e dos *interesses públicos*.

Atentemos agora na etimologia da palavra. O termo *polícia* é etimologicamente confundível com *política*. E, de facto, na Antiguidade Clássica a polícia era entendida como «a organização da comunidade política e da cidade-

¹ Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, 10.^a Ed., Almedina, 1991, p. 1150.

² M. Caetano, *Manual...*, *op. cit.*, *loc. cit.*

estado»³. Eram, portanto, ténues as fronteiras entre a atividade de polícia (hoje mais restrita) e a própria atividade administrativa (entendida na sua globalidade).

Inicialmente entendido, então, o conceito de polícia com um sentido amplíssimo, vai a partir da Idade Média sofrendo restrições de sentido sucessivas. Não obstante, ganha importância acrescida já no Estado Moderno, no seio do qual surge ligado a uma ideia de “promoção do bem-estar social” através do que era superiormente entendido (pelo Rei) como o bem comum⁴. O pináculo da intervenção policial dar-se-á no período final da era moderna, no quadro do designado *Estado de Polícia*. Como descreve JORGE SILVA SAMPAIO, “apenas os assuntos privados estavam sujeitos aos tribunais (...) visto só estes estarem submetidos ao Direito. As matérias ligadas à Administração e ao Estado, foram, assim, subtraídas ao Direito (...) e toda a atividade administrativa passou a identificar-se com a atividade de polícia”⁵.

Foi já no século XVIII, com a substituição do *Estado de Polícia* pelo *Estado de Direito* (e o paradigma do *Estado guarda-noturno*), que o princípio da separação de poderes de MONTESQUIEU veio dogmática e empiricamente comprimir a área de influência das funções de polícia, passando estas a estar ligadas em geral “apenas às tarefas de defesa perante os perigos”⁶, *i. e.*, à defesa da

³ Jorge Silva Sampaio, *O Dever de Proteção Policial de Direitos, Liberdades e Garantias*, 1.ª Ed., Coimbra Editora, 2012, p. 20.

⁴ J. Silva Sampaio, *O Dever de Proteção...*, *cit.*, p. 21; M. Caetano, *Manual...*, *cit.*, p. 1145: “o conceito de polícia surgia com um conteúdo muito semelhante ao que atualmente damos à expressão “administração pública”: era, então, toda a ação do Príncipe dirigida a promover o bem-estar e comodidade dos vassalos”.

⁵ J. Silva Sampaio, *op. cit.*, p. 23.

Num quadro em que “as providências que o Soberano e seus ministros adotassem para prevenir tais perturbações da ordem pública não estavam sujeitas à legalidade e eram sancionadas conforme aconselhasse o bem público ou impusesse a razão de Estado”. “Deste modo, o regime de polícia aparece-nos como um processo governativo eminentemente discricionário, subtraído à lei e regido pelas vicissitudes e circunstâncias do bem comum e da segurança pública”, M. Caetano, *Manual...*, *cit.*, p. 1147.

⁶ J. Silva Sampaio, *op. cit.*, p. 24.

ordem pública⁷, esquecendo estas outros interesses públicos como os económicos ou os sociais. Vislumbram-se *aqui* - ou a partir *daqui* - as primeiras restrições à livre atuação da polícia ou, se quisermos, uma redução da margem discricionária dos poderes estaduais (desde logo, pela sua submissão ao princípio da legalidade).

1.2. A definição hodierna

Ainda na pendência do Estado Novo em Portugal se aceitava tipicamente, segundo (à cabeça) os ensinamentos de MARCELLO CAETANO que a *polícia (administrativa)* se consubstanciava “[n]o modo de actuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das actividades individuais susceptíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objecto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que as leis procuram prevenir”⁸. A esta conceção está subjacente a aludida ideia de *ordem pública*. Polícia entendida como entidade administrativa típica competente para a proteção e repressão da *ordem pública* e dos *interesses sociais/públicos gerais*.

Assim, adotando a visão de JOÃO CAUPERS, a atividade policial é - ou seria - vista tradicionalmente como possuindo um “caráter autoritário de atuação”, levando a um “condicionamento do exercício de atividades individuais” sustentado por uma “natureza perigosa [para a ordem pública] das atividades em causa”⁹.

⁷ Aliás, viria mesmo de França a tradicional doutrina - porventura ultrapassada como se analisará *infra* - que entende a polícia como entidade responsável pela manutenção da *ordem pública*, interpretada como correspondendo a uma tripartição entre *segurança pública* (“inexistência de entraves ou riscos à circulação na via pública”), *tranquilidade pública* (“sossego e relativo silêncio nas ruas”) e *salubridade pública* (“cumprimento das regras de higiene nos lugares públicos e do respeito pelas medidas de prevenção das doenças e da sua transmissão”), in João Caupers e Vera Eiró, *Introdução ao Direito Administrativo*, 12ª Ed., Âncora Editora, 2016, p. 194.

⁸ M. Caetano, *Manual...*, *cit.*, p. 1150.

⁹ J. Caupers e V. Eiró, *Introdução...*, *cit.*, p. 194.

Ora, sem desprimor para com estes Autores, com o evoluir da *situação* jurídico-constitucional portuguesa, o novo texto fundamental parece ter alargado (ou, ao menos, alterado) a área de competência das polícias administrativas através de dois vetores fundamentais:

1. Por um lado, e segundo posição veiculada pelo famigerado Parecer n.º 162/2003 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, “a distinção [a que procede o art. 272.º, n.º 1 da CRP] entre defesa da legalidade democrática e garantia da segurança interna mostra que a primeira não coincide com a função tradicional de defesa da ‘ordem pública’, que abrangia a defesa da tranquilidade, da segurança e da salubridade. O sentido mais consentâneo com o contexto global do preceito estará, porventura, ligado à ideia de garantia de respeito e cumprimento das leis em geral, naquilo que concerne à vida da colectividade”¹⁰. Quer isto dizer que o móbil da atividade policial, ao menos em abstrato, por imposição constitucional, se não deve já voltar, em primeira análise, para a proteção e precaução dos riscos para a ordem pública (e subsequentes interesses gerais), como nos descreve MARCELLO CAETANO, mas antes para o estrito cumprimento da lei, *i. e.*, para a proteção estrita dos interesses que a lei contempla¹¹ (só assim parece existir um verdadeiro submetimento da polícia, como atividade típica da Administração, ao princípio da legalidade^{12/13}). Diga-se,

¹⁰ Citando Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 3.ª Ed., Coimbra Editora, 1993, p. 955.

¹¹ Bem assim, J. Caupers e V. Eiró, *Introdução...*, *cit.*, p. 196. Segundo estes Autores, a atividade da polícia administrativa deve visar um “interesse legalmente protegido”; destinar-se a uma “conduta individual potencialmente capaz de lesar tal interesse” (aspeto com o qual em parte se discordará a breve trecho); permitir uma “susceptibilidade de controlo de tal lesão através de uma intervenção administrativa”; e “intervenção policial”.

¹² Art. 266.º, n.º 2 da CRP e art. 3.º do CPA.

¹³ Nesta medida, deve entender-se com Sérvulo Correia que a CRP “autoriza portanto uma concepção ampla dos fins da polícia. Estes serão afinal todos aqueles interesses gerais, protegidos por lei, que possam ser sujeitos a um risco de dano por condutas individuais cuja perigosidade seja controlável através do exercício de competências administrativas”, Entrada *Polícia* in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. VI, Coimbra Editora, 1994, p. 402.

contudo, que esta *viragem* exegética não significa necessariamente uma transformação empírica ou prática já que parece poder suceder - e sucederá certamente, como se transmitirá *infra* (5.) - que onde há cumprimento dos interesses legais pela polícia haverá outrossim garantia da ordem pública. Saliente-se, portanto, que a intenção de respeito e proteção da ordem pública não desaparece¹⁴; antes se encontra agora, com a C1976, balizada pela exigência de legalidade, esse que é um princípio fundamental da atividade da Administração Pública.

2. Se se defendeu que este *aparecimento* do princípio da legalidade no lote de requisitos à atividade policial acaba por não excluir de todo a definição de MARCELLO CAETANO, outra *inovação* do art. 272.º, n.º 1 da nossa CRP existe que embora também não fazendo caducar o entendimento daquele Professor e, com ele, de certa forma, a tese *tradicional* da função imputada às polícias administrativas, faz perigar a viabilidade da teleologia desse entendimento. Com efeito, tipicamente se adota uma visão das polícias administrativas quase exclusivamente centrada no domínio dos comportamentos individuais e respetiva repressão ou controlo. Sucede, no entanto, que o art. 272.º, n.º 1 da CRP, vem exigir, para além de uma equiparação dos fins da polícia a todos os interesses protegidos por lei, uma obrigação de prestação positiva no sentido da defesa e *garantia* (nas palavras do artigo) dos *direitos dos cidadãos* - alguns Autores¹⁵

¹⁴ Mantêm-se, ainda, em parte relevantes tanto a conceção caetaniana como a doutrina tradicional francesa da *ordre public*. Neste sentido, também o próprio Parecer: “O n.º 1 do artigo 272.º da Constituição não deixará, todavia, de abranger a ordem pública na sua apontada dimensão tradicional (tranquilidade, segurança e salubridade). Considerou já, a este propósito, o Conselho Consultivo: «Numa fórmula breve, pode de facto dizer-se que a polícia administrativa representa o ‘conjunto das intervenções da Administração que tendem a impor à livre acção dos particulares a disciplina exigida pela vida em sociedade’, orientando-se pelo escopo referencial de ‘prevenir os atentados à ordem pública’”.

¹⁵ Entre todos, J. Silva Sampaio, *O Dever de Proteção...*, cit. e G. Canotilho e V. Moreira, *Constituição...*, cit. Entendem estes Autores que existe um dever público de proteção policial jusfundamental que, para além de limite, serviria também de fim da atuação de polícia. Este dever público pode buscar fundamento no próprio art. 27.º da CRP (dever geral de proteção estadual da segurança), que “constitui o Estado na obrigação de proteger os cidadãos contra a agressão de

acabam por entender tratar-se aqui de um verdadeiro *dever público* de proteção policial de direitos, liberdades e garantias (que tem como escopo proteger direitos fundamentais dos cidadãos). Esta tem sido uma matéria algo desconsiderada pela Doutrina nacional, tratamento esse que não reflete a importância da situação, porquanto se trata verdadeiramente de uma mudança de paradigma, com reflexos tremendos em variadíssimos aspetos, sendo um deles, sem margem para dúvidas, o comportamento das polícias administrativas em situação de necessidade constitucional. Pretende-se, por isso, explorar um pouco mais este ponto.

1.3. A conceção material para lá da funcional

De facto, a caracterização tradicional da noção (*funcional*) de polícia, orientada para um sentido *negativo* de operações jurídicas ou materiais que resultam numa maior ou menor restrição de direitos e liberdades não reflete a realidade constitucional e nem sequer a prática quotidiana das forças e serviços de segurança. Assim, atentando no escrito de MARCELLO CAETANO, segundo o qual polícia é todo aquele “modo de actuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das actividades individuais susceptíveis de fazer perigar interesses gerais¹⁶, e interpretando-o à luz do atual paradigma jurídico-constitucional, dir-se-á que aquele Autor confunde *medidas de polícia* com *fins da atividade policial*. *I. e.*, o objetivo primeiro das polícias não deve residir, face ao n.º 1 do art. 272.º da CRP, na intervenção *no exercício das actividades individuais susceptíveis de fazer perigar interesses gerais* mas antes - como também acaba por indicar M. CAETANO, embora não com o vigor que se exige hoje -, proteger *interesses gerais* (que no panorama jurídico-constitucional atual dizemos estarem contidos na lei), desse modo afastando, prevenindo ou precavendo *perigos* ou

terceiros aos seus direitos”, G. Canotilho e V. Moreira, *cit.*, Vol. II, 4.ª Ed., Coimbra Editora, 2010, p. 859.

¹⁶ Remete-se para a referência 9, *supra*.

danos sociais. A esta parte, diga-se que a restrição de direitos, liberdades e garantias ter-se-á apenas como o *instrumento* da Administração para garantir o cumprimento dos interesses legais, e outrossim dos direitos fundamentais dos cidadãos¹⁷.

Desta forma, como nos alerta JORGE SILVA SAMPAIO, para lá do sentido *funcional*, as nossas atenções devem voltar-se para o sentido *material* de polícia: “a atividade estadual relativa à segurança faz-se não apenas com um intuito primariamente individual, mas também com vista à salvaguarda de uma comunidade que cria o Estado para garantir a segurança (...)”¹⁸.

Diga-se que a dimensão positiva da atividade policial, que se apresentou *supra*, leva certa doutrina a entender que o conceito de polícia tem “ganho” novamente *espaço*¹⁹. É possível, nessa medida, argumentar, embora com bastantes reservas, que a atividade policial readquiriu uma certa carga de *promoção do bem-estar social* típica do Estado Moderno, embora aqui suportando a expressão um conteúdo diametralmente distinto. Desde logo, o *bem-estar social* tem necessariamente de se vincular ao prescrito pela lei (no cumprimento do princípio da legalidade).

Vejamos, então, em termos breves, o sentido e alcance deste dever público de proteção policial de direitos, liberdades e garantias resultante da vertente positiva da atividade policial que a parte final do n.º 1 do art. 272.º da CRP parece revelar.

¹⁷ Muito embora tratar-se a polícia de um tipo de Administração de autoridade, o uso da força e as intervenções ablatórias não são mais vistas como indispensáveis a uma atuação policial, tendo em conta a função que o art. 272.º CRP atribui às polícias. Neste sentido, J. Silva. Sampaio, *O Dever de Proteção...*, cit., p. 60.

¹⁸ J. Silva Sampaio, *O Dever de Proteção...*, cit., p. 37.

¹⁹ J. Silva Sampaio, *op. cit.*, p. 38, indica uma *revitalização* do conceito de polícia: “volta a dar-se um alargamento do conceito [de polícia], tendo em conta o emergir de uma *dimensão positiva* da atuação policial que antes não era tida em conta”.

Na verdade, no quadro do Estado Democrático e Social de Direito que a nossa CRP inaugura, tratando-se os direitos fundamentais de noções axiologicamente basilares da ordem jurídico-social em que se encontram²⁰, fazem impender sobre os poderes públicos um *dever geral de proteção de direitos fundamentais*. Isto é: os direitos fundamentais não são mais zonas vedadas na esfera jurídica dos cidadãos, às quais incumbe ao Estado que as não viole; são, pelo contrário, mandatos de maximização, ou, se quisermos, vetores que incumbe ao Estado proteger e garantir. Trata-se da dimensão positiva, para lá da negativa (subjéctiva).

É nesta medida que aderimos à posição de JORGE SILVA SAMPAIO²¹: mesmo que não existisse o art. 272.º da CRP e a consagração expressa da defesa e garantia dos direitos dos cidadãos, “tendo em conta os novos ventos objetivos que caracterizam a dogmática dos direitos fundamentais, o efeito objetivamente *irradiante* dos direitos fundamentais, levaria exatamente à mesma conclusão”.

Cabe, igualmente, uma transcrição do pensamento do jurista belga MAURICE-ANDRÉ FLAMME²²: “a passagem do Estado de polícia para um Estado providência fez com que a visão da polícia como um mero mecanismo de manutenção da “paz social”, de garante da inexistência de perturbações, passasse a ser insuficiente, porque a intervenção de cariz puramente negativo não conseguiria satisfazer todas as necessidades coletivas que a ordem pública moderna implica. Em suma, a complexidade do *ordenamento harmonioso da vida social* requeria muito mais”²³.

²⁰ Procedendo a um interessante enquadramento sobre a matéria, para o qual remetemos por nos ser inoportuno o tratamento aprofundado do tema nesta sede, J. S. Sampaio, *op. cit.*, pp. 88 e segs. Também, entre todos, Cristina Queiroz, *Direitos Fundamentais, Teoria Geral*, 2.ª Ed., Coimbra Editora, 2010, Cap. III.

²¹J. Silva Sampaio, *op. cit.*, p. 41.

²²*Apud.* J. Silva Sampaio, *op. cit.*, pp. 44 e 45.

²³ E, nesta medida, acompanhamos J. Silva Sampaio, *op. cit.*, p. 61: “É a própria força conformadora dos direitos fundamentais que impõe que os poderes públicos os protejam, não se

Assim, a dimensão positiva da atividade policial (ou dever policial de proteção de direitos, liberdades e garantias) implica que a par do afastamento de danos sociais, *rectius* da proteção dos interesses gerais (legais) surja uma preocupação pela proteção de direitos privados. Neste estado de coisas, a atuação policial corresponderá a um subtipo de administração de prestação cuja finalidade é satisfazer, através de prestações positivas (as próprias operações policiais, materiais ou jurídicas), o direito positivo à proteção plasmado no art. 272.º CRP, que pode ser qualificado como um *direito a prestações*²⁴. Posto que daqui poderia resultar um entendimento no sentido da diluição teleológica das polícias face aos restantes *serviços públicos* (o que não é verdade), diga-se que é a lógica da prevenção/afastamento de perigos²⁵ que faz afastar qualquer possível aparência de semelhança entre a atuação policial e qualquer outra atividade prestacional estatal (a título de exemplo, reside *aqui* a diferença entre uma ação de formação em favor da segurança rodoviária e uma aula da disciplina de Geografia do Ensino Básico)²⁶.

2. Fundamento da atuação policial

*Não há polícia sem lei ou à margem da lei e do Direito*²⁷.

retirando de lado algum do texto fundamental que a prevenção dos perigos se cinge aos provocados por condutas ilegais dos particulares”.

²⁴ J. Silva Sampaio, *op. cit.*, p. 39. Para uma teorização *jurídico-constitucional* do conceito, v. C. Queiroz, *Direitos...*, *cit.*, pp. 182 e segs.

²⁵ Num sentido lato, significando *gestão* do perigo e não apenas prevenção *stricto sensu* como, por exemplo, patrulhas em sítios perigosos.

²⁶ A propósito, e remetendo para o que se afirma *supra*, a propósito da referência 14, acaba muitas vezes por ser esta dimensão positiva da atividade policial a promover a ordem pública, já que resulta em imposições à “livre ação dos particulares da disciplina exigida pela vida em sociedade”. Pense-se na aludida ação de formação em favor da segurança rodoviária. É, portanto, como se sustentou *supra*, de não descuidar o vetor da promoção da ordem pública pelas polícias administrativas.

²⁷ António Francisco de Sousa, *A Polícia no Estado de Direito* (Tese de Doutoramento), Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2008, p. 263.

Neste tópico, importará concretizar que a *ratio* da atuação policial não deverá visar um conjunto de imposições aos particulares que estes não compreendem ou não podem com aquelas compactuar: como sabemos, a atuação policial é pró-ativa e a proteção dos direitos, liberdades e garantias que está na sua essência²⁸ deve ser considerada como consubstanciando direitos subjetivos dos particulares²⁹. Todavia, e com base nas finalidades de restabelecimento da ordem jurídica, não deixam as polícias de encontrar alguma maleabilidade nos seus limites, aqui surgindo como imperativa a compreensão da distinção entre discricionariedade e arbitrariedade.

Assim, como realçado por ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, discricionariedade será simplesmente “uma maior ou menor liberdade de conformação na aplicação da lei ao caso concreto, como forma de garantir a medida adequada no momento oportuno e, assim, não só a eficácia da ação policial, como também a justiça do caso concreto”. O Autor chega inclusive a dividir a noção de discricionariedade em discricionariedade policial, como meio de realização da lei, e discricionariedade funcional, que atende ao bom exercício próprio da função. Conclui-se que esta divisão bipartida faz com que a discricionariedade não despreze a vinculação jurídica, ao mesmo tempo que se exercita e exterioriza com expressão própria, dentro do que lhe é concedido e permitido.

Quanto aos limites colocados à atuação policial, não será também de desprezar a noção mais ampla, que cobre tanto as ações, como as omissões - no plano da inatividade estatal -, o que se dirá no caso de renúncia por parte da autoridade à proteção dos direitos ameaçados, dignos de proteção jurídica. É possível provocar, através de uma omissão, com a mesma gravidade que retiramos de uma ingerência, violações de intimidade da vida privada e integridade.

²⁸ Artigo 272.º, n.º 1, *in fine* da CRP.

²⁹ J. Silva Sampaio, *O Dever de Proteção...*, *cit.*, p. 120.

Mesmo perante uma atuação (em sentido estrito), haverá sempre que atender aos meios empregues, incorrendo-se em risco de ferir/restringir desproporcionadamente (e, assim, de forma inconstitucional) outros direitos fundamentais³⁰.

2.1. Princípio da legalidade democrática e a reserva de lei

Propomo-nos iniciar este tópico com o que se pode ler no Acórdão do TC n.º 479/94: “O princípio da tipicidade legal impõe que os actos de polícia além de terem um fundamento legal, devem traduzir-se em procedimentos individualizados e com conteúdo suficientemente definido na lei seja qual for a sua natureza: quer sejam regulamentos gerais emanados das autoridades de polícia, decisões concretas e particulares, medidas de coerção ou operações de vigilância, todas as medidas de polícia estão sujeitas ao princípio da precedência da lei e da tipicidade legal”. As autoridades policiais apenas têm a faculdade discricionária de apreciação das circunstâncias a fim de ajuizarem se se verificam os pressupostos legais para a aplicação da medida em causa³¹.

Este princípio está hoje consagrado na nossa Constituição, no seu art. 266.º, n.º 2: “os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei”³².

Numa pequena alusão ao Direito comparado neste campo, a Constituição alemã, ainda que adotando um princípio da subsidiariedade, utiliza a cláusula

³⁰ J. Silva Sampaio, *op. cit.*, p.122.

³¹ Nota: ao contrário da Polícia judiciária, a polícia administrativa previne perturbações de ordem pública e restabelece-a; de um ponto de vista institucional, ambas fazem parte da administração, recaindo a divisão sobre a natureza da atividade desenvolvida.

³² O conceito de legalidade democrática manifesta-se nos fins constitucionais de Polícia, demarcados no art. 272.º, mas não só: também, nomeadamente, nos artigos 3.º, n.º 2, 199.º, al, f), 202.º, n.º 2 e 219.º, n.º 1.

geral de polícia com dupla função: estabelece as finalidades da atuação policial, mas funciona em si como uma própria autorização à intervenção, como uma norma de atribuições³³.

Distinta do exemplo alemão, a experiência austríaca remete para uma cláusula geral que comporta a exigência de autorizações legais individuais, sob a égide do princípio da legalidade.

Relativamente ao caso português, não podemos afirmar que a cláusula geral foi colocada à luz de um princípio de subsidiariedade, isto é, de recurso possível quando esgotadas todas as possibilidades. Para vários autores, de entre os quais MARCELLO CAETANO, parece aceitar-se um princípio de precedência da lei nas atuações de polícia³⁴.

Como refere SOUSA BRITO em voto de vencido ao Acórdão do TC n.º 156/91³⁵, não será possível tipificar legalmente todos os pressupostos a que as medidas policiais devem obediência, o que é fruto da natural imprevisibilidade dos perigos.

RAUL MATEUS vai ainda mais longe no Acórdão do TC n.º 489/89, defendendo que o art. 272.º nem sequer se reconduz a esses pressupostos, pois é impossível fazê-lo. CATARINA SARMENTO E CASTRO concorda com essa impossibilidade, mas não é tão radical ao ponto de desconsiderar a presença do princípio da precedência de lei³⁶.

Por último, destaca-se a visão de PEDRO MACHETE sobre o art. 272.º, n.º 2 da CRP. Diz-nos o Autor que esta disposição se refere apenas à atuação por parte

³³ J. Silva Sampaio, *O Dever de Proteção... cit.*, pp. 123 e 124.

³⁴ *Apud.* J. Silva Sampaio, *op. cit.*, p. 125.

³⁵ Reafirmando a sua posição, também através de voto de vencido, nos Acs. do TC n.º 158/91 e 160/91.

³⁶ *Apud.* J. Silva Sampaio, *O Dever de Proteção..., cit.*, p. 126.

da polícia que interfira diretamente com o exercício de direitos, liberdades e garantias não estando nós, portanto, perante qualquer cláusula geral de atuação³⁷.

Modernamente, retira-se do art. 272.º, n.º 2 uma dupla condição³⁸:

a) preferência de lei (legalidade-limite): nenhum ato inferior à lei pode contrariar o bloco de legalidade³⁹.

b) reserva de lei (legalidade-fundamento): nenhum ato inferior à lei pode ser praticado sem fundamento no bloco da legalidade⁴⁰.

Nem faria sentido de outra forma, na qual não se vissem condicionados os limites da atuação policial, que assim ficaria à mercê, não da discricionariedade, mas da arbitrariedade: vejamos o exemplo do princípio do interesse público, consagrado no n.º 1 do art. 266.º da CRP. A Administração, “mesmo no uso de poderes discricionários, não pode prosseguir uma qualquer finalidade, mas apenas a finalidade considerada pela lei ou pela Constituição, que será sempre uma finalidade do interesse público”⁴¹.

A reserva de lei que a Constituição impõe quanto ao regime dos direitos, liberdades e garantias (art. 165.º, n.º 1, al. b)) pressupõe duas grandes válvulas de segurança⁴²: a exclusiva *aptidão* da lei para os restringir ou regular e, em sentido

³⁷ *Apud.* J. Silva Sampaio, *op. cit.*, p. 129.

³⁸ Que se poderia aplicar, também, em geral a toda Administração (da qual fazem parte integrante, naturalmente, as polícias).

³⁹ Acórdão do TC n.º 304/85, de 11/12/1985: “Ao exercitar a sua competência, a Administração aplica directamente a Constituição ou actua através de lei intermédia. Nesta segunda alternativa, à Administração é proibido desobedecer à lei por inconstitucionalidade, desde logo, porque tal controlo cabe unicamente aos tribunais, difusamente, e ao Tribunal Constitucional, centralizadamente (...)”.

⁴⁰ Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 3.ª Ed., Almedina, 2016, p.46.

⁴¹ G. Canotilho e V. Moreira, *Constituição..., cit.*, Vol. II, 3.ª Ed., 1993, p 922.

⁴² Acórdão do TC n.º 304/2008, de 30/05/2008: “Revelando, mais uma vez, uma preocupação com a possibilidade da actividade policial na prossecução dos seus fins — previstos no n.º 1 do artigo 272.º da CRP — poder interferir de forma especialmente intensa com direitos e liberdades

orgânico, a exclusiva competência da Assembleia da República, salvo autorização ao Governo, para legislar sobre este domínio, que assim atribui competência à polícia para restringir direitos, liberdades e garantias (*v.*, *e.g.*, a LSI, a LOGNR, a LOPSP ou a LOSEF) tendo em vista a salvaguarda da legalidade democrática, da segurança interna e os direitos dos cidadãos, por via de medidas de polícia⁴³. Contudo, não permite que o faça através de uma norma de competência de tal forma abstrata que possa funcionar como uma *cláusula geral* (art. 18.º, n.º 2 e 272.º, n.º 2).

A reserva de lei implica, portanto, uma especial densidade normativa da lei, isto é, a Administração deverá ter sempre em conta a intensidade mínima na reserva de função.

A maior parte da Doutrina jusadministrativa entende tradicionalmente que o princípio da legalidade comporta três exceções: a teoria do estado de necessidade, a teoria dos atos políticos e o poder discricionário da Administração⁴⁴.

a) A teoria do estado de necessidade⁴⁵ cobrirá os exemplos típicos de necessidade pública: guerra, estado de sítio ou calamidade natural. Torna-se impossível manter a eficácia da atuação de polícia fielmente guiada pelos procedimentos, o que não tem correlação com a necessidade de indemnizar os particulares que vejam os seus direitos sacrificados. Contudo, e dado que há uma verdadeira previsão de não cumprimento, MARCELO REBELO DE SOUSA e

fundamentais do cidadão, o legislador constitucional entendeu expressar a necessidade das «medidas de polícia» terem uma previsão na lei”.

⁴³ Contudo, o Tribunal Constitucional entendeu já, a propósito do Acórdão n.º 304/2008, que o Governo tem a possibilidade de legislar em matéria de organização interna das forças integradas na Administração Pública, pois que, sendo este o responsável politicamente pelo funcionamento dos serviços, forças e organizações, não deverá caber em primariamente à AR legislar nestes campos, tendo em conta uma noção restritiva do art. 272.º, n.º 4.

⁴⁴ D. Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo...*, *cit.*, p. 47.

⁴⁵ Também patente no artigo 3.º, n.º 2 do CPA.

ANDRÉ SALGADO MATOS, entendem dever falar-se antes de uma “legalidade excecional”, ao invés de se considerar ser esta modalidade uma verdadeira exceção à legalidade⁴⁶.

b) Também a teoria dos atos políticos não será uma exceção. Esta residirá no facto de que os atos políticos, ou atos de governo, por não serem de impugnação contenciosa perante os tribunais administrativos, poderiam ser ilegais⁴⁷. Mas isso não poderá ser aceite, dado que estes atos estão também subordinados à lei e à Constituição (art. 3.º, n.º 3 da CRP). O que acontece é não haver sanção jurisdicional que anule o ato.

c) Quanto ao poder discricionário, e pretendendo nós elaborar a questão isoladamente adiante, limitamo-nos a dizer que não constitui também verdadeira exceção, já que representa mesmo um modo de configuração da legalidade administrativa. Ressalva-se apenas, na esteira do propósito de não o considerarmos uma exceção, que não deixa de haver controlo jurisdicional quanto ao seu exercício.

2.2. Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade constitui uma manifestação essencial do princípio do Estado de Direito (art. 2.º da CRP).

Nas últimas décadas, não só em Portugal mas em toda a Europa e, em especial, na Alemanha, o princípio da proibição do excesso, ou a exigência de proporcionalidade na atuação policial, foi cada vez mais delimitado e explicitado, embora sendo igualmente valorizado de forma transversal a todas as áreas do Direito: “a facilidade de contaminação sucessiva de domínios materiais mais

⁴⁶ *Apud* D. Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo...*, cit., p. 48.

⁴⁷ D. Freitas do Amaral, *op. cit.*, p. 49.

extensos permitiu (...) assumir a natureza de princípio geral do direito” (VITALINO CANAS)⁴⁸.

Este princípio aplica-se a toda a Administração (art. 266.º, n.º 2 da CRP e art. 7.º, n.º 2 do CPA), sendo especificamente consagrado, a propósito das FSS, no n.º 2 do art. 272.º da CRP.

Também o facto de a Constituição prever expressamente o cumprimento do princípio da proporcionalidade nos indicia a existência uma preocupação em reconhecer no texto constitucional a necessidade de impor limites próprios ao exercício de poderes de polícia, que muitas vezes se podem manifestar sob a forma de coação direta⁴⁹.

A *ratio* da norma acaba por residir numa preocupação em evitar-se os abusos do antigo regime, mesmo apesar de hoje se consagrar uma polícia com função positiva de prestação, já que este artigo se aplica a qualquer tipo de excesso⁵⁰ (incluindo excesso de proteção - havendo inclusive o exemplo em Portugal quanto à intervenção da ASAE)⁵¹.

Podem destacar-se três subprincípios do princípio da proibição do excesso: (i) aptidão ou idoneidade (*Geeignetheit*), (ii) necessidade ou indispensabilidade (*Erforderlichkeit*), (iii) proporcionalidade em sentido estrito (*Proportionalität*):⁵²

a) O subprincípio da idoneidade responde à questão de saber se o meio empregue na intervenção policial era idóneo, de um ponto de vista da eficácia, a produzir o resultado de repelir o perigo.

⁴⁸ *Apud* D. Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo...*, cit., p. 112.

⁴⁹ Pedro Lomba, “Sobre a Teoria das Medidas de Polícia Administrativa”, in *Estudos de Direito de Polícia*, (Coord. Jorge Miranda), Vol. I, AAFDL, Lisboa, 2003, p. 199.

⁵⁰ Parecer da PGR n.º 162/2003, de 18/12/2003.

⁵¹ J. Silva Sampaio, *O Dever de Proteção...*, cit., p. 139.

⁵² J. Silva Sampaio, *op. cit.*, p. 138.

b) O subprincípio da necessidade questiona se o meio utilizado era de facto aquele que tinha de ser empregue, o indispensável, ou se haveria uma alternativa menos lesiva (artigo 7.º, n.º 2 do CPA). Lembrando a expressão de FLEINER, “não se deverá utilizar um canhão para atirar a pardais”. Segundo o STA, cabe “aferir se aquela medida que foi aplicada é uma daquelas que se devem aceitar como possíveis dentro do que é adequado ao caso concreto”⁵³.

c) No que respeita ao último subprincípio, o da proporcionalidade *stricto sensu*, que explicita o teor material da providência enquanto *conjunto atomístico de efeitos jurídicos ablativos para a esfera jurídica dos destinatários*⁵⁴, devemos perguntar-nos acerca da razoabilidade e tolerância da imposição daquele sacrifício em relação ao benefício retirado.

Há, por fim, que ressaltar os casos de direitos e liberdades intocáveis (todos aqueles que remontam a violações da dignidade da pessoa humana, como será o direito à vida e a intimidade da vida privada); e mesmo perante os *tocáveis*, “só devem [as polícias] ir até onde seja imprescindível para assegurar o interesse público em causa, sacrificando no mínimo os direitos dos cidadãos”⁵⁵.

Na opinião de JORGE SILVA SAMPAIO, o momento para se aferir o excesso deverá ser posterior ao momento de decisão de atuação, isto é, aquando da ponderação em sede de proporcionalidade *stricto sensu* ou avaliação dos pressupostos de responsabilidade civil extracontratual⁵⁶. O Autor justifica esta decisão face à iminência inesperada com que se praticam muitas vezes as intervenções policiais (claro está que aos olhos dos agentes, de acordo com o caso concreto, tomaram uma posição tendo em conta as valorações do momento,

⁵³ Ac. do STA de 05/04/2015, processo n.º 69591 (citado no Ac. do STA de 09/11/2017, processo n.º 0510/14).

⁵⁴ Jorge Bacelar Gouveia, *Estado de Exceção no Direito Constitucional*, 1.ª Ed., Almedina, 2020, p. 165.

⁵⁵ G. Canotilho e V. Moreira, *Constituição...*, cit., Vol. II, p. 956.

⁵⁶ J. Silva Sampaio, *O dever de proteção...*, cit., p. 140.

inclusive supondo a conduta como legal). No entanto, há que frisar que essa avaliação deverá ter em conta os critérios objetivos da proporcionalidade, considerados no olhar do homem diligente, honesto, razoável.

3. Margem de livre decisão no Estado de Direito

Segundo os ensinamentos de MARCELLO CAETANO, “a exigência da tipificação legal destes actos [de polícia] pretende limitar ao máximo a existência de espaços de discricionariedade na atuação da polícia, em áreas onde possam ser postos em causa direitos e liberdades dos cidadãos, enfatizando a exigência das leis restritivas do art. 18.º, n.º 2 e 3 da CRP, e alargando o seu âmbito a meras situações de perigo”⁵⁷.

Já vimos que a Administração está subordinada à lei, de acordo com o princípio da legalidade, mas vimos também ser impossível uma tipificação exaustiva dos modos de atuação policial perante todas as possíveis situações emergentes. Há cenários em que, efetivamente, será preferível habilitar a Administração a esse desenvolvimento prático. Com base nessa dicotomia precisão prática *vs.* precisão da lei, podemos dividir os atos da Administração entre atos vinculados e atos discricionários.

A margem de livre apreciação (discricionariedade), de que as autoridades policiais em particular dispõem na sua atuação, tem o seu âmbito de aplicação definido por JOÃO RAPOSO: “A discricionariedade pode, nomeadamente, respeitar à escolha do procedimento, dos meios a utilizar, do momento de actuar; mas, não tolera, nunca, comportamentos ilegais ou desviantes face aos interesses públicos que a polícia visa prosseguir, do mesmo modo que não coloca na

⁵⁷ M. Caetano, *Manual...*, *cit.*, p. 1145 e segs.

disponibilidade desta a escolha entre o exercício dos seus poderes ou a renúncia a tal exercício”⁵⁸.

Importa ter em atenção que a discricionariedade não se confunde com arbitrariedade: “as medidas limitativas [de] direitos que a polícia pode adoptar são apenas aquelas que o legislador tenha autorizado, e não todas as que os serviços ou agentes da polícia considerem necessárias e ajustadas ao caso”⁵⁹. Daí que se esteja em presença de uma verdadeira liberdade condicionada⁶⁰.

Todavia, ressalva DIOGO FREITAS DO AMARAL, devemos entender que os atos administrativos, todos eles, nascem de uma combinação entre o exercício de poderes vinculados e o exercício de poderes discricionários, pois não é possível falar em nenhuma situação de ato administrativo que não constitua uma combinação dos dois poderes⁶¹.

Em regra, se há uma vinculação quanto à competência, ao fim e quanto ao modo de atuar, não é evitável uma margem de apreciação na valoração do perigo. O perigo é um conceito jurídico aberto⁶², de modo que cabe a cada agente administrativo concretizar a hipótese legal à luz dos poderes discricionários, derivados da lei e com o fim que a lei os atribuir.

Mas, havendo uma margem livre de apreciação, a escolha entre as várias opções é livre?

⁵⁸ João Raposo, *Autoridade e Discricionariedade: a Conciliação Impossível?*, Lição Inaugural do Ano Letivo 2005/2006, Publicações do Instituto de Ciências Policiais e Segurança Interna, p. 10.

⁵⁹ Pedro Machete, “A polícia na Constituição da República Portuguesa”, in *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, 90 Anos*, Almedina, 2007, p. 1146.

⁶⁰ J. Raposo, *Autoridade e Discricionariedade...*, cit., p. 11.

⁶¹ D. Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo...*, cit., Vol. I, p. 68.

⁶² Pedro Lomba, *Sobre a Teoria das Medidas de Polícia...*, cit., p. 213.

Fruto do dever de boa administração a que a Administração Pública está obrigada (art. 5.º do CPA), a decisão administrativa tem de ser racional, não fruto da emoção ou do próprio interesse, mas do interesse público. Tratando-se de uma atividade eminentemente preventiva, as medidas de polícia envolvem uma prognose de perigo, que não pode apoiar-se num perigo ilusório. Mas, como essa avaliação acaba por ser muito mais cuidada por parte do agente que tem de agir diretamente sobre o perigo, entende-se que será bastante o seu próprio ponto de vista. Não obstante, este ponto de vista tem sempre de respeitar critérios de razoabilidade.

Contudo, o que as forças policiais não podem fazer é demitir-se de atuar uma vez verificada a necessidade de ação, sob pena de incorrerem em omissão relevante.

Relativamente ao controlo do exercício, temos, segundo D. FREITAS DO AMARAL⁶³, dois polos:

1. por um lado, os controlos de legalidade - visam aferir o desrespeito pela lei;

2. e os controlos de mérito - visam aferir o bem fundado das decisões da Administração, de um ponto de vista de conveniência e justiça. A justiça (art. 266.º, n.º 2 da CRP) de um ato administrativo reflete a harmonia entre o interesse público e os interesses protegidos dos particulares, ao passo que a conveniência reflete a justificação de se optar por *aquela* ato porque necessário à promoção dessa harmonia⁶⁴.

⁶³ D. Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo...*, cit., pp. 86-87.

⁶⁴ D. Freitas do Amaral, *Conceito e natureza do recurso hierárquico*, 2.ª Ed., Almedina, 2005, pp. 211-212.

3. por outro, os controlos administrativos - realizados por órgão administrativo. A *legalidade* de um ato administrativo pode ser controlada por tribunais administrativos, já o *mérito* de um ato administrativo só pode ser controlado pela Administração;

4. e os controlos jurisdicionais - realizados por tribunais.

4. Medidas de polícia e forças de segurança

A polícia administrativa pode repartir-se entre autoridades de polícia⁶⁵ e agentes de execução, sendo a atuação prosseguida com base na natureza autoritária e nas ideias de prevenção de perigo que abordaremos adiante. Tal como refere o art. 272.º, n.º 2, da CRP, a polícia faz uso das chamadas medidas de polícia. Para uma definição destas medidas, apresentam-se duas distintas correntes:

a. Restritiva (coloca as medidas a par dos restantes atos de polícia): MARCELLO CAETANO define as medidas de polícia como “providências limitativas da liberdade de certa pessoa ou do direito de propriedade de determinada entidade, aplicadas pelas autoridades administrativas independentemente da verificação e julgamento de transgressão ou contravenção ou da produção de outro acto concretamente delituoso, com o fim de evitar a produção de danos sociais cuja prevenção caiba no âmbito das atribuições da polícia”⁶⁶.

b. Ampla (todos os regulamentos, atos e operações materiais): segundo GOMES CANOTILHO, “o enunciado linguístico «medidas» abrange todos os meios — quer sejam de natureza fática quer de natureza jurídica — adequados,

⁶⁵ Artigo 26.º da LSI.

⁶⁶ M. Caetano, *Manual de Direito Administrativo...*, cit., p. 1170.

necessários e proporcionais (...). Nestes meios incluem-se medidas de natureza concreta e actos normativos (regulamentos, decretos, etc.)”⁶⁷.

Ao nosso ver, inclinando-nos para a concepção caetaniana, trata-se de atos jurídicos praticados pelas autoridades policiais, mas também de operações materiais, independentemente da verificação de um ilícito, com vista a prevenir a sua ocorrência ou a impedir a respetiva consumação. Como atos jurídicos, incluem ordens de polícia, licenças, advertências; como operações materiais, incluem operações de vigilância ou verificações de identidade⁶⁸.

O ponto comum entre todas as polícias administrativas liga-se na promoção dos valores coletivos e de ordem pública (genericamente identificados com o conteúdo do art. 272.º, n.º 1 da CRP), coabitando com a sempre inevitável restrição do exercício das liberdades individuais. Para promover esse equilíbrio em sociedade, as FSS são titulares de poderes de polícia. São estes poderes especiais que asseguram a tranquilidade da ordem pública, podendo envolver a coação direta/força física contra aqueles que desobedecerem às medidas aplicadas⁶⁹.

Os poderes de polícia são dotados de unilateralidade, isto é, apresentam-se como insuscetíveis de negociação; as mais das vezes, não estão sujeitos a regras procedimentais, dada a urgência da sua atuação (como se aprofundará *infra*, **8.1.1.**); e não é possível conceder estes poderes a particulares, sendo exclusivos destas autoridades. Posto isto, poderá dizer-se que possuem um carácter predominante público, o que em nada deverá excluir a necessária colaboração dos particulares, como sucede, *e.g.*, com o dever de denúncia de ilícitos.

⁶⁷ G. Canotilho e V. Moreira, *Constituição...*, *cit.*, Vol. II, p. 1162.

⁶⁸ J. Raposo, “Breves considerações acerca do regime jurídico das ordens policiais”, in *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Almedina, 2010, p. 23.

⁶⁹ J. Raposo, *op. cit.*, *loc. cit.*

As medidas de polícia podem ser distinguidas, segundo PEDRO LOMBA⁷⁰, em medidas limitativas, medidas ampliativas (as autorizações de polícia), regulamentos de polícia, medidas de controlo e, finalmente, medidas de reação (estado de necessidade e coação direta).

a) As medidas limitativas referem-se a direitos, liberdades e garantias, controlando atividades suscetíveis de gerar riscos para a sociedade, *e.g.* a ordem de dispersão de uma manifestação ou a ordem de demolição de uma construção.

b) Quanto às medidas ampliativas/de autorização, essas marcam uma relação de permissão, associada à função de vigilância da administração (por exemplo, autorização do uso e posse de arma).

Os regulamentos de polícia encontram-se subordinados à lei (art. 136.º do CPA). Mantendo-se nos limites da lei, as medidas de polícia sob a forma de regulamentos podem fundar-se em regras de comportamento não estritamente jurídicos (*e.g.*, os regulamentos relativos a animais domésticos).

c) As medidas de polícia de controlo contemplam toda a gestão do maior ou menor perigo que decorre das atividades particulares.

d) Por último, as medidas de reação (estado de necessidade e coação direta), essencialmente desprocedimentalizadas, são impostas pela urgência e pela necessidade pública, controladas através dos critérios objetivos de proporcionalidade. As medidas de polícia “não devem exceder o campo da prevenção⁷¹ de comportamentos ilícitos”. Têm sempre *apenas* uma “função de garantia”⁷². Mesmo “quando assumam natureza repressiva (*v. g.*, dispersão pela força de uma assuada), não revestem natureza sancionatória ou punitiva”. A

⁷⁰ P. Lomba, *Sobre a Teoria...*, *cit.*, p. 217.

⁷¹ Declaração de voto do Juiz Conselheiro Nunes de Almeida ao Acórdão do TC n.º 295/91, de 30/06/91: «As medidas de polícia (...) visam actuar sobre um perigo, por forma a evitar a produção de um dano».

⁷² Parecer da PGR n.º 162/2003, de 18/12/2003.

“aplicação de sanções exige um procedimento justo, de acordo com as pertinentes regras constitucionais, e um juízo sancionatório que não cabe nas funções constitucionais da polícia”⁷³.

Assegurar uma ordeira e eficaz força policial cabe, não apenas ao Governo (art. 182.º da CRP), como também às regiões autónomas (art. 227.º, n.º 1, al. g)) e ao poder local (art. 237.º, n.º 3), sendo que estas últimas, em virtude do art. 272.º n.º 4, têm de respeitar as competências das autoridades nacionais, assim como o seu âmbito nacional de atuação⁷⁴.

No âmbito do DL n.º 169-B/2019, que aprova o regime da organização e funcionamento do (atual) XXII Governo Constitucional, fica claro, no art. 19.º, referente à Administração Interna, que as FSS são colocadas na dependência daquela pasta, fazendo parte integrante, portanto, da orgânica da Administração Pública. O Ministro da Administração Interna exerce as competências destinadas à promoção da ‘boa administração’ por parte das forças de segurança, Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, e outras que não caberão neste estudo.

4.1. Lei de Segurança Interna (LSI)

No art. 27.º da CRP encontramos consagrado o direito à liberdade e à segurança, entendido numa dupla vertente: negativa quanto ao direito subjetivo à defesa contra agressões de poderes públicos, e positiva de proteção contra as agressões ou ameaças de outrem⁷⁵.

Segundo ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, a função de polícia passa pela segurança pública de bens individuais e coletivos, onde se inclui *a defesa do*

⁷³ *Op. cit., loc. cit.*

⁷⁴ G. Canotilho e V. Moreira, *Constituição..., cit.*, Vol. I, pp. 858 e segs.

⁷⁵ G. Canotilho e V. Moreira, *op. cit.*, p. 479.

*funcionamento do Estado e das suas instituições e a ordem pública*⁷⁶. A alteração do art. 272.º na Revisão Constitucional de 1982 visou vincar a divisão funcional entre FSS e FA, pois que àquelas cabe a segurança interna e a estas a segurança externa (distinção visível a propósito do n.º 4 do mencionado artigo; art. 273.º e segs. da CRP).

A LSI define no seu art. 1.º a função do Estado de manutenção da tranquilidade da ordem pública e normal funcionamento das instituições democráticas. Como se vem deixando patente, a Doutrina atual concebe esta definição como um conceito antiquado e pobre, contemplando a segurança interna como a atividade principal da Polícia.

Para executar a política de segurança interna definida pelo Governo, cooperam entre si a PSP (corpo civil dependente do Governo), a GNR (estrutura militar), a PJ (corpo civil), o SEF e os Serviços de Informação e Segurança que atuam visando o interesse público, princípio esse que une as medidas aplicadas por estes órgãos, com respeito pelos arts. 266.º, n.º 1 e 272.º, n.º 2 da CRP, e arts. 2.º e 30.º da LSI.

O art. 5.º dispõe sobre deveres gerais e especiais de colaboração que os cidadãos devem seguir face às medidas por parte das autoridades competentes. Dentro destes, o dever de acatamento de ordens e mandados legítimos, não obstruindo o normal exercício das competências dos funcionários e agentes das forças e dos serviços de segurança (art. 35.º).

Para além do Conselho Superior e de acordo com o art. 11.º, são órgãos do sistema de Segurança Interna, o Secretário-geral do Sistema de Segurança Interna com competências de coordenação, direção, controlo e comando operacional, destacando-se as funções no âmbito da articulação das forças e serviços de

⁷⁶ António Francisco de Sousa, “Função constitucional da Polícia”, separata da *Revista do Ministério Público*, n.º 95, Lisboa, 2003, pp. 25-30.

segurança, como a gestão de incidentes *tácito-políciais* (arts. 14.º-18.º) e o Gabinete Coordenador de Segurança (art. 21.º).

No âmbito das suas competências de coordenação (art. 16.º), o Secretário-Geral do Sistema de Segurança Interna tem os poderes necessários à concertação de medidas, planos ou operações entre as diversas forças e serviços de segurança, à articulação entre estas e outros serviços ou entidades públicas ou privadas e à cooperação com os organismos congéneres internacionais ou estrangeiros, de acordo com o plano de coordenação, controlo e comando operacional das forças e dos serviços de segurança.

Segundo PEDRO CLEMENTE, o sistema policial português situa-se entre o dualismo puro e o pluralismo moderado, apresentando-se “dinâmico” e “dualista”⁷⁷.

O capítulo V do diploma incide sobre as medidas de polícia, observando-se no art. 28.º uma enumeração das várias medidas gerais: a identificação de pessoas suspeitas, no âmbito dos poderes de vigilância policial (al. a)), a interdição temporária de acesso e circulação de pessoas e transportes (al. b)), e a evacuação ou abandono de locais ou transportes (al. c)). O n.º 2 remete para a remoção de objetos/obstáculos que obstruem a passagem.

O art. 29.º enuncia as medidas especiais: as revistas e buscas de objetos proibidos, e respetiva apreensão (als. a) e b)), ações de fiscalização em estabelecimentos e outros locais públicos (al. c)), ações de vistoria (al. d)), encerramentos temporários e definitivos (als. e), f) e g)), a cessação de atividade de empresas que se dediquem ao crime (al. h)) e a cessação da atividade de determinados equipamentos de telecomunicações (al. i)).

⁷⁷ Pedro Clemente, *A Polícia em Portugal, Políticas Públicas*, Cadernos INA, Oeiras, 2006, p. 50.

4.1.1. Polícia de Segurança Pública (PSP)

A PSP é uma estrutura ou serviço administrativo organizado para a fiscalização dos comportamentos dos particulares, uniformizado e armado (art. 1.º, n.º 1 da LOPSP), de acordo com os objetivos consagrados no art. 272.º da CRP.

O âmbito da sua atuação, na dependência do Governo, entende-se como abrangendo todo o território nacional (art. 2.º), o que aliás surge disposto para todas as forças de segurança, a propósito do n.º 4 do art. 272.º da CRP.

De entre as atribuições policiais conferidas à PSP, patentes no extenso art. 3.º, n.º 2 da LOPSP, encontramos funções de polícia administrativa geral, especial e de polícia judiciária, podendo destacar-se: a prevenção da criminalidade em geral, em coordenação com as demais FSS (al. c)); a participação no controlo da entrada e saída de pessoas e bens no território nacional (al. h)); a proteção, socorro e auxílio dos cidadãos e defesa e preservação dos bens que se encontrem em situações de risco (al. i)); a contribuição para a formação e informação em matéria de segurança dos cidadãos (al. p).

4.1.2. Guarda Nacional Republicana (GNR)

A GNR é uma força de segurança de natureza militar, composta por um corpo de tropas, neste ponto diferindo da PSP. Aplica-se-lhe a qualificação de força de segurança interna, em tudo semelhante à PSP, para lá dos fins definidos no art. 272.º da CRP (é o que resulta do art. 25.º da LSI).

Na LOGNR encontramos a densificação do âmbito das finalidades da GNR (art. 1.º, n.º 2): *assegurar a legalidade democrática, garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos, bem como colaborar na execução da política de defesa nacional, nos termos da Constituição e da lei.*

No art. 3.º encontramos atribuições de polícia administrativa geral, especial e de polícia judiciária, destacando-se a fiscalização do uso e posse de armas e outros objetos proibidos, que não sejam, obviamente, de outras forças de segurança; garantir a segurança nos espetáculos, incluindo os desportivos, e noutras atividades de recreação e lazer, nos termos da lei. Verifica-se, ainda, a assunção pela GNR da função de proteção e conservação da natureza e do ambiente, numa importante demonstração de relevância dos designados bens jurídicos coletivos (art. 3.º, n.º 2, al. a)). Tal como a PSP, a GNR atua como órgão de polícia criminal, por exemplo quanto ao desenvolvimento de investigação criminal, na medida e dependência da autorização da autoridade judiciária competente (art. 3.º, n.º 1, al. e)).

4.1.3. Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF)

Foram surgindo, ao longo da década de 90, novos condicionalismos que impuseram o surgimento do SEF: o início de um terceiro ciclo de fluxos migratórios tendo Portugal como destino; o crescimento anormal do fenómeno da imigração ilegal; a absorção de mão de obra não qualificada, essencialmente constituída por cidadãos estrangeiros, especialmente no setor de construção civil; novas diretivas comunitárias no campo da imigração, aliadas, portanto, a um novo conceito de cooperação internacional; regularização extraordinária de imigrantes ilegais.

Como prevê o art. 1.º da LOSEF, o SEF é um organismo de carácter civil, composto por um corpo especial de funções policiais que contempla o pessoal dirigente, o pessoal de fiscalização e investigação criminal e o pessoal de vigilância e segurança e um corpo geral de apoio, constituído por pessoal de informática, auxiliar e operário, dotado de autonomia administrativa e organizado hierarquicamente na dependência do Ministro da Administração Interna.

Às dificuldades e condicionalismos apontados, veio juntar-se ainda a assunção de novas atribuições (art. 2.º): *e.g.*, analisar e dar parecer sobre os

pedidos de concessão de estatutos de igualdade formulados pelos cidadãos estrangeiros abrangidos por convenções internacionais; assegurar as relações de cooperação com todos os órgãos e serviços do Estado, nomeadamente com os demais serviços e forças de segurança, bem como com organizações não-governamentais legalmente reconhecidas; assegurar, por determinação do Governo, a representação do Estado Português a nível da União Europeia no Comité Estratégico Imigração, Fronteiras e Asilo e no Grupo de Alto Nível de Asilo Migração, no Grupo de Budapeste e noutras organizações internacionais, bem como participar nos grupos de trabalho de cooperação policial que versem sobre matérias relacionadas com as atribuições do SEF.

Atua como polícia administrativa especial, controlando a circulação de pessoas nas fronteiras, a permanência e atividades de estrangeiros em território nacional e, como polícia judiciária, atuando no processo, nos termos da lei processual penal, sob a direção e em dependência funcional da autoridade judiciária competente, com incidência na investigação dos crimes de auxílio à imigração ilegal.

5. O conceito de perigo como motor da atuação policial

Ficou já expressa *supra* (1.) a evolução do conceito de polícia até aos nossos dias, que urge hodiernamente que seja desenhado tendo em conta a constante mudança que se vem observando nos tempos mais recentes, vincada pelas imposições de modernidade democrática, com o exercício efetivo e diário dos direitos e liberdades fundamentais consagrados na Constituição, que originam novas necessidades, *e.g.* a proteção ambiental, a qualidade alimentar, o funcionamento do mercado, o urbanismo, etc.⁷⁸.

⁷⁸ Manuel Monteiro Guedes Valente, *Os Desafios Emergentes de uma Polícia de um Estado de direito e democrático*, 9.^a Ed., Politeia, 2012, p. 256.

Note-se novamente que o conceito de polícia houve de sofrer várias mutações, muito por conta das correntes filosófico-políticas de cada época - havendo que destacar o contexto da Revolução Francesa e a transição para o Estado de Direito - num longo exercício histórico do qual resulta o mandamento legal (princípio da legalidade) de atribuição às polícias de tarefas de promoção da prevenção dos perigos entendidos como constitucionalmente relevantes (ao ponto de se entender combatível policialmente a sua concretização), de mãos dadas com o recurso a meios estritamente necessários à restrição dos direitos, liberdades e garantias. Nesta combinação que outrora pareceria inconcebível, nasce o critério da proporcionalidade⁷⁹.

A Doutrina tradicional portuguesa assenta nos critérios teleológico e funcional, prosseguindo a proteção dos bens coletivos, sujeitos a um risco de dano por condutas individuais cuja perigosidade seja controlável através do exercício de competências administrativas⁸⁰, e estritamente relacionadas com os meios empregues e às limitações sujeitas ao supramencionado princípio da proporcionalidade. Cabe-nos concluir por um fenómeno de subjetivação do direito de polícia, que não se pauta por critérios objetivos (: perigo efetivo), mas subjetivos: a mera representação do perigo implica atuação policial.

JORGE SILVA SAMPAIO define perigo como eminência mais ou menos atual de dano para bens sociais gerais juridicamente protegidos; um conceito algo indeterminado que fica ao critério de uma certa discricionariedade de cada força policial para ser preenchido em cada momento (um juízo de prognose da Administração, adotando a típica terminologia)⁸¹.

⁷⁹ Miguel Nogueira de Brito, *Direito de Polícia*, in Paulo Otero e Pedro Gonçalves, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. I, Almedina, 2009, p. 289.

⁸⁰ Sérvulo Correia, entrada *Polícia*, in *Dicionário Jurídico...*, cit., p. 402.

⁸¹ J. Silva Sampaio, *O dever de proteção...* cit., p.63 e 64.

Sabemos que o conceito “perigo” remete para uma situação ou conduta passível de lesar bens jurídicos cuja defesa é exigida pela ordem jurídica, daí que se afira a *probabilidade de lesão (wahrscheinlichkeit)*⁸². Devemos atender a um sentido amplo de *lesão atual*: mesmo a aparência ou suspeita de perigo deverá fazer acionar a intervenção policial, até porque, normalmente, será necessário conhecer a dimensão do perigo para ponderar a melhor forma de minimizar os danos, não tomando medidas que girem apenas à volta do perigo, mas que promovam a sua efetiva diminuição. É esta atividade preventiva e de assunção de riscos que consubstancia a finalidade dos atos de polícia em sentido material, ao que chamamos de controlo de perigos. Esta atividade não parte de um sentido de controlo de perigos criados por indivíduos, sendo uma vinculação para estes do controlo de qualquer perigo⁸³.

Ora, saber se existe alguma probabilidade de lesão envolve uma prognose de perigo⁸⁴, isto é, antecipação enquanto há tempo de reagir de forma eficaz, mas apenas quando exista, claro está, uma forte probabilidade. Neste âmbito, é de fácil aceitação que uma medida policial de internamento compulsivo de um indivíduo infetado com a COVID-19 integre o conceito de polícia em sentido material que ora se confere, já que aí se verifica a finalidade de controlo de perigos (*in casu*, de propagação do contágio pela doença pandémica, o que, em todo o caso, como é do senso comum, requer medidas gravosas e céleres, visando a mitigação do contágio na sociedade).

Temos vindo a verificar o aumento da margem de aplicabilidade do direito administrativo de segurança e ordem públicas, que contemplam uma prevenção

⁸² M. Nogueira de Brito, *Direito de Polícia...*, cit., pp. 357 e 358.

⁸³ J. Silva Sampaio, *O Dever de Proteção...*, cit., p. 64.

⁸⁴ Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coleção Teses, Almedina, 2004, pp. 119 e 127 e segs.

(naturalmente, prévia à lesão fáctica), fazendo assim demarcar-se o direito penal para o seu lugar de *ultima ratio*⁸⁵.

A este respeito, GERMANO MARQUES DA SILVA afirma que “a dogmática penal tem vindo a ser desvirtuada com medidas de vigilância policial e de prevenção que se vão alargando, justificadas pela necessidade de prevenir de forma célere ao ponto de se ter legislado no sentido de permitir que o crime mais grave previsto no Código Penal fosse submetido a julgamento sumário”⁸⁶.

Importa distinguir entre o que é um perigo concreto e um perigo abstrato, dando-nos MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO um bom exemplo⁸⁷ nesse sentido: um depósito de combustível para aquecimento que não tenha sido sujeito a tratamento prévio e que venha a ser instalado em casa de uma pessoa é um perigo concreto; abstrata será a representação de todos os depósitos que não sejam sujeitos a esse tratamento. A distinção reside na existência, nesta, de uma conceção hipotética de antecipação do perigo e efetiva lesão, ao passo que naquela, há a confirmação do risco em concreto, sendo suficiente para uma intervenção policial imediata.

A propósito, JORGE SILVA SAMPAIO leva-nos a uma distinção relevante entre perigo e risco: devemos entender por risco os danos colaterais/indiretos produzidos como consequências de condutas primariamente lícitas⁸⁸, implicando menor certeza quanto à avaliação do grau de probabilidade de prejuízo, e por isso, considerado ‘prévio ao perigo’, para grande parte da doutrina, servindo de alerta para situações posteriores de perigo efetivo.

⁸⁵ Germano Marques de Silva, “Populismo e Direito Penal – crise permanente”, in *Revista do CEJ*, nº 1, 2014, p. 322.

⁸⁶ G. Marques de Silva, *op. cit.*, p. 327.

⁸⁷ M. Nogueira de Brito, *Direito de Polícia...*, *cit.*, p. 361.

⁸⁸ J. Silva Sampaio, *O Dever de Proteção...*, *cit.*, p. 69.

Igualmente, pode distinguir-se entre perigo putativo, perigo aparente e suspeita de perigo, o que acaba por jogar com o conceito de risco e das probabilidades de perigo:

a) o perigo de putativo é caracterizado “pela circunstância de a polícia ter subjectivamente por provável a ocorrência de um dano, sem que esta aceitação tenha um suficiente apoio na situação de facto”⁸⁹;

b) o perigo aparente reconduz-se à objetiva de aptidão para um dano;

c) a suspeita de perigo, que ocorre quando a “autoridade administrativa (...) está consciente de uma determinada insegurança ou incerteza no diagnóstico da situação de facto ou no prognóstico do seu curso causal, tornando-se assim mais difícil a sua decisão sobre a probabilidade da ocorrência de um dano”⁹⁰.

O que deve, a final, suceder para que exista atuação policial de teor preventivo é, aquando da verificação da prognose do perigo, a existência de fundamentação para a realização de ações de modo a afastar de forma efetiva o perigo. Indo mais longe⁹¹: defendemos a regra do *in dubio pro accione*. Com efeito, não é necessária a existência de uma *certeza absoluta*, bastando que, no momento da intervenção, fosse possível antecipar umnexo causal entre a situação perigosa e o potencial dano (muito embora se não deva obliterar, neste raciocínio, os imperativos de proporcionalidade). É por esta razão que a maior parte da doutrina considera que a função primordial da polícia passa pela vigilância e pelo dito popular “antes prevenir do que remediar”, decompondo-se assim a função da polícia em dois claros pontos de situação: a montante, e desejavelmente, a prevenção do perigo e, a jusante, a repressão da lesão que objetivamente decorreu do perigo detetado.

⁸⁹ M. Nogueira de Brito, *Direito de Polícia...*, cit., p. 364.

⁹⁰ M. Nogueira de Brito, *op. cit.*, loc. cit.

⁹¹ Acompanhando J. Silva Sampaio, *O Dever de Proteção...*, cit., p. 68.

A ideia de precaução, ligada a prevenção de *possíveis* perigos, tem vindo igualmente a ganhar espaço, sobretudo em áreas como o Direito do Ambiente, em que a probabilidade do dano pode ser mais remota. Basta pensarmos no exemplo de JORGE SILVA SAMPAIO⁹², a propósito do caso do acidente nuclear de Chernobyl, cujas consequências se manifestam ainda nos dias de hoje e, certamente, por mais anos de forma indefinida.

Em suma, parece emergir, pelo progresso tecnológico e social, explanado à luz do moderno e abrangente Estado Social de Direito, o *sistema de gestão de riscos*, exigindo-se, como resposta, por parte da Administração e, em especial, das polícias administrativas, a um tempo uma resposta cada vez melhor, sobretudo em termos qualitativos (: atempada) e um reforço do dever de fundamentação dos atos policiais, inclusive sobre a *decisão de não atuar*.

6. O Estado de emergência constitucional

6.1. Uma aproximação ao conceito

*A alma do Estado está em perigo e é preciso salvá-la*⁹³.

O surto epidémico por COVID-19 revelou, em Portugal como em muitos outros Estados, o chamado *estado de necessidade (constitucional)*, ao fazer instalar uma situação de “crise ou emergência que constitu[i] uma ameaça para a organização da vida da comunidade a cargo do Estado”⁹⁴. Perante tal situação,

⁹² J. Silva Sampaio, *op. cit.*, p.75.

⁹³ D. Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo...*, *cit.*, p 467.

⁹⁴ G. Canotilho e V. Moreira, *Constituição...*, Vol. I, p. 399. Neste sentido, também a Comunicação da Sr.ª Provedora de Justiça, Maria Lúcia Amaral de 20/03/2020, segundo a qual o estado de emergência é um “instrumento excepcional de ordenação das relações sociais”.

Em J. Bacelar Gouveia, *Estado de Exceção...*, *cit.*, p. 32, pode ler-se que o estado de exceção tem como causa de decretação um “fenómeno de *lesão material d[a] ordem jurídica*, em que ocorra dano para a mesma”. Não basta uma *mera* situação de ilicitude constitucional, pois que, nas palavras do

nada se fazendo a nível constitucional, acabar-se-ia por colocar em causa a própria ordem jurídico-constitucional. É por essa razão que se entende necessário “submeter as situações de crise e de emergência [de entre as quais se contando as *calamidades públicas*⁹⁵] à própria Constituição, «constitucionalizando» o recurso a meios excepcionais, necessários, adequados e proporcionais, para se obter o “restabelecimento da normalidade constitucional”⁹⁶.

É neste sentido que se afirma que mesmo uma situação de *exceção* pode - e deve - ser resolvida sem ofensa dos princípios máximos enformadores da ordem jurídico-social na qual brota esse mesmo cenário de necessidade⁹⁷. Derroga-se parcialmente o direito, mas a respetiva autorização surge pormenorizadamente conformada pela ordem jurídica (constitucional)⁹⁸, *i. e.*, as medidas de suspensão

Autor, esta figura é *reductora* (“porque a noção de ilicitude não pode adequar-se a factos jurídicos não humanos”) e *excessiva* (“porque nem toda a ilicitude constitucional configura o pressuposto do estado de exceção”).

⁹⁵ J. Bacelar Gouveia, *op. cit.*, pp. 51 e 52, indica que a inclusão nos textos constitucionais das causas sociais (*e.g.*, uma calamidade pública) como *desbloqueadoras* de um estado de exceção “vem a constituir um dos reflexos mais importantes do Estado Social de Direito, por contraposição à experiência meramente político-territorial que ocorreu no período do século XIX”. Acaba refletindo “uma ordem constitucional que acompanhou o alargamento dos fins do Estado (...): aos fins de segurança e de justiça, típicos do Estado Liberal, vem juntar-se a preocupação pelo bem-estar, do Estado Social”.

⁹⁶ Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 6.ª Ed., Almedina, 1993, p.1145.

⁹⁷ Bem assim, D. Freitas do Amaral e Maria da Glória Garcia, *O Estado de Necessidade e a Urgência em Direito Administrativo*, 1998, pp. 471 e 472; também G. Canotilho, *Direito Constitucional...*, *cit.*, p. 1155: “É certo que pela sua própria natureza, não é possível «constitucionalizar», de forma global e pormenorizada, estados imprevistos e imprevisíveis, cuja disciplina depende das situações histórico-concretas. Todavia, uma coisa é reconhecer as dificuldades de configurar juridicamente uma constituição de necessidade, aperfeiçoada e desenvolvida, e outra é a de tomar essas dificuldades como «pretexto» e lançar as situações de necessidades para os «espaços livres da Constituição». O direito de necessidade do Estado só é compatível com um Estado de direito democrático, constitucionalmente conformado, quando na própria lei fundamental se fixarem os pressupostos, as competências, os instrumentos, os procedimentos e as consequências jurídicas da «Constituição de exceção»”.

⁹⁸ No mesmo sentido, G. Canotilho, *op. cit.*, p. 1146.

de direitos fundamentais, mesmo suspendendo certa parte do direito, são encaradas como dele fazendo parte.

Indica J. BACELAR GOUVEIA, num bom remate desta primeira ideia, que o estado de exceção constitucional é dotado de *normatividade*, no sentido em que a CRP sujeita o poder de exceção “ao próprio Direito Constitucional (...), prevenindo o seu uso arbitrário”⁹⁹. Introduce-se uma *legalidade constitucional de exceção*, o que não deve nem pode ser confundido com uma suspensão global da ordem jurídica vigente ou da Constituição.

É por meio deste “estado de coisas” que surge, a 18 de março de 2020, o Decreto presidencial n.º 14/2020 que declara o estado de emergência a nível nacional. Num primeiro olhar, atentando nos seus efeitos *materiais*, o Decreto contém em si a novidade jurídica da suspensão do exercício pelos cidadãos de alguns direitos fundamentais, através da paralisação (pelo(s) Decreto(s)) dos efeitos das normas constitucionais sobre esses direitos fundamentais.

6.2. A proporcionalidade como elemento teleológico

Em abstrato, o estado de exceção deve ser interpretado teleologicamente à luz de uma lógica transversal de proporcionalidade, por meio da qual se chegue à conclusão de que:

1. Os direitos fundamentais cujo exercício é suspenso são somente os *necessários* tendo em conta a eliminação da ameaça existente;
2. O estado de exceção, e designadamente o estado de emergência “não aparece, no panorama das alterações constitucionais, como autorizando uma

Também Rui Medeiros (em artigo de opinião ao Semanário Expresso, publicado a 01/05/2020): “a suspensão de direitos fundamentais num Estado de Direito deve obedecer a um procedimento especialmente garantístico e não ficar nas mãos de um qualquer Governo”.

⁹⁹ J. Bacelar Gouveia, *Estado de Exceção...*, cit., p. 15. No mesmo sentido, D. Freitas do Amaral e M.ª da Glória Garcia, *O Estado de Necessidade...*, cit., pp. 468 e 469.

qualquer finalidade, mas com a incumbência específica de fazer apagar as situações que lhe permitem agir na ordem constitucional, as quais afetam a subsistência desta [defesa da ordem constitucional]”¹⁰⁰;

3. Tratando-se do instrumento mais *gravoso* ou *radical* para debelar uma situação de crise, porque só ele permite suspender *tout court* direitos fundamentais, deve aplicar-se unicamente quando se revele indispensável (sendo, por isso, de teor subsidiário), em face do grau da *efetividade*, ou *iminência*, da lesão, partindo-se aí já do pressuposto de que é idóneo¹⁰¹. Ou seja, as mais das vezes, existem situações de ofensa à ordem constitucional cuja solução não passe pela afetação desse extremo nível de juridicidade, em face, designadamente, da insuficiência de relevância da lesão (outros mecanismos havendo, a nível administrativo, como os contidos na LBPC¹⁰² mais apropriados ao solucionamento da situação). Não se dirigiu neste último sentido a atuação dos órgãos de soberania nacionais.

A nossa CRP (e, a nível infraconstitucional, a LRESEE) procede a uma discriminação pormenorizada do âmbito de aplicação, da legitimidade, dos requisitos, das competências, do procedimento impostos ao surgimento dos estados de exceção constitucional¹⁰³. Os imperativos de proporcionalidade decorrem diretamente desta conformação constitucional-legal de regime, nessa lógica aparecendo como aspetos mais salientes os elencados no art. 19.º. Aqui se

¹⁰⁰ J. Bacelar Gouveia, *Estado de Exceção...*, *cit.*, p. 34.

¹⁰¹ J. Bacelar Gouveia, *op. cit.*, pp. 35 e 36.

¹⁰² Arts. 13.º a 30.º: situação de alerta, situação de contingência, situação de calamidade.

¹⁰³ G. Canotilho e V. Moreira, *Constituição...*, *cit.*, Vol. I, p. 405. O tema dos estados de exceção aparece na Constituição a propósito dos artigos 19.º, 134.º al. d), 138.º, 140.º, n.º 1, 161.º al. l), 164.º, al. e), 166.º, n.º 5, 172.º, 179.º, n.º 3, al. f), 197.º, n.º 1, al. f) e 289.º.

observa uma rígida imposição, em vários momentos, do princípio constitucional fundamental da proporcionalidade¹⁰⁴:

- a) decretação do estado de exceção apenas por razões excepcionais, gravosas, urgentes, de *calamidade pública* (n.º 2);
- b) proibição da suspensão de certos direitos, liberdades e garantias (os chamados *direitos invioláveis*, n.º 6¹⁰⁵);
- c) sendo que, dentro desses, em estado de emergência apenas *alguns* são suspensos (n.º 3) - os estritamente necessários (n.º 4, aqui expressamente se consagrando o princípio da proporcionalidade quanto à duração¹⁰⁶, extensão e meios utilizados).

Consagra-se, ainda, a proibição da suspensão dos órgãos de soberania, das suas atribuições e competências e, necessariamente, a proibição da violação do princípio da separação de poderes (n.º 7)¹⁰⁷.

¹⁰⁴ A este respeito, J. Bacelar Gouveia, *Estado de Exceção...*, *cit.*, p. 25, entende o princípio da proporcionalidade não como “elemento definidor do estado de exceção”, mas antes como “fator de contenção”, de “regulação do respetivo exercício” do poder (nas suas mais variadas demonstrações, desde logo legislativa e executiva) de exceção. Uma conceção que entendemos dever ser seguida.

¹⁰⁵ Na medida em que estes direitos, tipicamente vedados, concretizam ou transportam consigo outros valores e bens constitucionalmente admitidos, deve entender-se que o elenco não é taxativo. Ainda assim se devendo proceder de forma *cautelosa* à abertura da cláusula de forma a não tornar *impotente* o regime constitucional de exceção. Para um interessante desenvolvimento deste bosquejo: J. Bacelar Gouveia, *op. cit.*, pp. 177 e 188.

¹⁰⁶ De 15 dias (prorrogáveis), segundo o n.º 5 do mesmo artigo e o art. 5.º, n.º 1 da LRESEE.

¹⁰⁷ A repartição de competências entre os vários órgãos de soberania (Presidente da República declara o estado de emergência - art. 134.º, al. d) da CRP e 10.º, n.º 1 da LRESEE, sob referenda e audição do Governo - arts. 138.º, n.º 1, 140.º, n.º 1 e 197.º, n.º 1, al. f) da CRP e art. 11.º da LRESEE, e pedido à AR - art. 138.º, n.º 1 da CRP e art. 23.º da LRESEE; a Assembleia da República aprova - art. 161.º, al. l) da CRP e art. 15.º, n.º 1 da LRESEE; e o Governo da República executa - art. 19.º, n.º 8 da CRP, e art. 17.º da LRESEE) tem a vantagem de dotar a decisão político-constitucional de uma legitimidade deveras reforçada, que é, aliás, útil em momentos sensíveis de crise como o que é nesta sede analisado. Neste sentido, G. Canotilho, *Direito Constitucional...*, *cit.*, p. 1161: “Pretendeu-se aqui um mecanismo complexo de interdependência, não afastando nenhum dos órgãos de soberania com tarefas políticas de intervenção e responsabilidade em situações de necessidade”.

A lógica que perpassa todo o regime é a do *regresso à normalidade* jurídico-constitucional¹⁰⁸ e a superação da situação de necessidade (n.º 4, *in fine*). Todas as medidas tomadas têm como propósito o alcance de tal cenário, devendo ter-se como as mais *proporcionadas* para o atingir¹⁰⁹. Este regime é reafirmado e aprofundado no arts. 2.º e 3.º da LRESEE. Do art. 9.º, n.º 2 retira-se um desenvolvimento de relevo face ao regime constitucional: da declaração do estado de emergência apenas pode resultar uma *suspensão parcial* do exercício de direitos, liberdades e garantias¹¹⁰.

Quanto ao n.º 8 do art. 19.º, ao invés do n.º 4, não se dirige formalmente ao princípio da proporcionalidade como um todo, antes referindo expressamente apenas os subprincípios da necessidade e adequação. Ainda assim, o melhor entendimento será o que se posiciona no sentido de não deslindar qualquer intenção do legislador constituinte em diminuir aqui a proteção do princípio da proporcionalidade, devendo este aplicar-se, na sua versão *integral*, às FSS, devendo estas ser entendidas como *autoridades administrativas*: designadamente, o Governo e os órgãos, serviços e outras pessoas coletivas distintas daquela na sua intendência¹¹¹ (naturalmente, aqui se incluindo as FSS).

¹⁰⁸ Pois que, caso contrário, teríamos uma mudança definitiva da ordem constitucional, desaparecendo o propósito do regime de exceção (defesa da ordem constitucional vigente). Tratar-se-ia, na expressão de Carl Schmitt, um dos maiores estudiosos da *exceção* no Direito Constitucional, da passagem de uma “ditadura comissarial” (que visa *tão-só* preservar a ordem constitucional) a uma “ditadura soberana” (que assim pretende substituí-la por outra distinta). *Vide* Carl Schmitt, *La Dictature* (versão em língua francesa), Points, 2015.

Neste sentido, não acerca do art. 19.º da CRP em específico, mas em abstrato sobre o *fim* do estado de exceção, D. Freitas do Amaral e M.ª da Glória Garcia, *O Estado de Necessidade...*, *cit.*, p. 469.

¹⁰⁹ J. Bacelar Gouveia, *O Estado de Exceção...*, *cit.*, p. 118: o princípio da proporcionalidade, no regime dos estados de exceção, é “reconhecido de forma muito ampla”.

¹¹⁰ Havendo, quanto a este ponto, uma crítica a apontar, *infra* (8.2.1).

¹¹¹ Neste sentido, também J. Bacelar Gouveia, *op. cit.*, pp. 165 e 166.

6.3. Emergência

J. J. GOMES CANOTILHO categoriza um estado de emergência instituído por razões sanitárias como *estado de exceção interno de natureza civil*¹¹² (“grave ameaça de perturbação da ordem constitucional democrática ou calamidade pública [sublinhado nosso]”). “Por calamidade pública entendem-se [de entre outras que o Autor descreve] as catástrofes naturais (terramotos, vulcões, tempestades, inundações e epidemias (...)) [novamente, sublinhado nosso]”¹¹³.

Especificamente em relação à categoria de “emergência” por contraposição ao “estado de sítio”, estamos perante um *minus* daquele face a este. Um estado de exceção à partida menos gravoso em relação à suspensão de direitos fundamentais, em termos quantitativos (número de direitos cujo exercício é suspenso) e qualitativos (intensidade da suspensão). Assim ditam os arts. 19.º, n.º 3 da CRP, e 9.º, n.º 1 da LRESEE. Neste sentido, dando cumprimento à lógica do princípio da proporcionalidade como limite intrínseco à discricionariedade sempre inevitável do órgão decisor (Presidente da República) da decretação do regime do estado de exceção¹¹⁴ (estado de sítio ou estado de emergência) dado que este é composto por cláusulas gerais e conceitos indeterminados (*e.g.*, desde logo, a “calamidade pública”), a *opção* pelo estado de emergência ao invés do estado de sítio corresponde a um juízo de proporcionalidade em sentido estrito¹¹⁵ efetuado pelos poderes públicos, determinando-se que um estado de exceção nos termos do estado de emergência constitucional, que permite o solucionar de situações de crise com um número e uma intensidade de suspensão do exercício de posições subjetivas fundamentais menos acentuados é *bastante* para enfrentar o cenário de ofensa à ordem constitucional.

¹¹² G. Canotilho, *Direito Constitucional...*, *cit.*, p. 1156.

¹¹³ G. Canotilho, *op. cit.*, p. 1158. Devemos auxiliar-nos pelo art. 2.º, n.º 3 da LBPC.

¹¹⁴ J. Bacelar Gouveia, *Estado de Exceção...*, *cit.*, pp. 121 e 122.

¹¹⁵ J. Bacelar Gouveia, *op. cit.*, p. 169.

7. Impacto da *emergência* na Administração Pública

7.1. Delimitação da *relação*

A relação da Administração com as estruturas constitucionais de exceção apresenta-se fluida: o estado de emergência constitucional tem, ele próprio, repercussões ao nível da atuação administrativa. Em nome da proteção da segurança sanitária (e superação da situação de crise), e, com isso, da própria sobrevivência do Estado¹¹⁶, introduz-se uma *administração de exceção* que surge expandida, no sentido em que se lhe conferem poderes excepcionais, de relevo¹¹⁷.

Na expressão de J. BACELAR GOUVEIA, que suportamos, “o teor das alterações que se operam na ordem constitucional com o estado de exceção vem a precisar-se num conjunto de efeitos que se reúnem segundo um desígnio essencial - o *reforço do poder público*, normalmente dos seus órgãos estaduais máximos”¹¹⁸.

Com efeito, como se preconiza logo no preâmbulo do Decreto da Presidência do Conselho de Ministros n.º 2-A/2020, de 20 de março, “a situação excecional que se vive e a proliferação de casos registados de contágio de COVID-19 exige a aplicação de medidas extraordinárias e de carácter urgente de restrição de direitos e liberdades, em especial no que respeita aos direitos de circulação e

¹¹⁶ A este propósito, configurando esta situação como uma “clara ilustração de que a vida e o bem comum da coletividade têm um valor prevacente sobre a liberdade e a vontade individuais”, Paulo Otero (em artigo de opinião ao Jornal Público, publicado a 19/03/2020).

¹¹⁷ Nas palavras de G. Canotilho e V. Moreira, *Constituição..., cit.*, Vol. I, p. 403: “os estados de exceção constitucional implicam outras “providências necessárias” e adequadas ao restabelecimento da normalidade constitucional, (...) podendo elas dividir-se, em abstrato, em dois tipos de medidas: estabelecimento de encargos ou obrigações para os cidadãos; alterações das normais atribuições dentro da Administração” (sublinhado nosso).

Também J. Bacelar Gouveia, *Estado de Exceção..., cit.*, p. 121: “Em termos essenciais, a atuação do poder de exceção manifesta-se no poder administrativo (...)”.

¹¹⁸ J. Bacelar Gouveia, *op. cit.*, p. 29.

às liberdades económicas, (...) com vista a prevenir a transmissão do vírus”; “Estas medidas devem (...), por um lado, limitar-se ao estritamente necessário e, por outro, (...) os seus efeitos devem cessar assim que retomada a normalidade.”

Estas decisões legais de exceção (ou, numa fórmula mais ampla, esta *legalidade excepcional*), fundadas (ou impostas, pode mesmo dizer-se) nos decretos de declaração de emergência constitucional, não deixam de revelar, contudo, uma “situação nítida de *discricionariedade de estipulação*”¹¹⁹ em favor da Administração, que se concretiza “na seleção das providências administrativas que o poder público considera indicadas para enfrentar a situação de crise, reforçando os meios de atuação do Estado”¹²⁰, já que o art. 19.º, n.º 8 da CRP e correspondente art. 19.º da LRESEE são silentes quanto às *providências* a adotar¹²¹.

Entre nós, o regime do estado de emergência constitucional, de um ponto de vista organizatório, é sobretudo *administrativizado*¹²², *i. e.*, acaba observando-se uma concentração no órgão de soberania Governo da República das funções atinentes à execução da declaração do estado de emergência, aparecendo este dotado de uma *centralidade* face aos restantes poderes públicos, numa decisiva demonstração de força e pujança do Estado-Administração¹²³. Com efeito, é

¹¹⁹ J. Bacelar Gouveia, *op. cit.*, pp. 158 e 159.

¹²⁰ J. Bacelar Gouveia, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹²¹ É de lamentar que a LRESEE milite nesta indefinição de figuras (“autoridades”; “providências”), sem que cumpra, com isso, o seu verdadeiro papel: concretização do desenho constitucional do regime do estado de exceção (e não a sua repetição...).

¹²² J. Bacelar Gouveia, *Estado de Exceção...*, *cit.*, p. 190: “*situação de crise de índole administrativa quanto à respetiva execução*”.

¹²³ Note-se que apenas as funções de execução são *centralizadas* no Governo, não podendo falar-se aqui em contradição com o preceituado no art. 19.º, n.º 7 da CRP, pois que se desenvolve uma manutenção geral da separação dos poderes. Nas palavras de G. Canotilho, *Direito Constitucional...*, *cit.*, p. 1165: “a declaração do estado de sítio e do estado de emergência não perturba o esquema organizatório-funcional do Estado”. Também neste sentido, embora não tão categórico, J. Bacelar Gouveia, *Estado de Exceção...*, *cit.*, pp. 119 e 121.

função do Governo, enquanto órgão máximo da Administração Pública, tomar providências no sentido de *reorganizar* a sociedade em ordem à superação o quanto antes da situação de crise. É o Governo o órgão executor da exceção entretanto constitucionalizada. A esse respeito, é a sua função legislativa (em sentido muito amplo) essencial enquanto expressão da *execução* da declaração e subsequente delimitação dos moldes do agir excepcional das várias entidades administrativas, de entre as quais as polícias.

Decisivamente, o poder executivo (e, subsequentemente, *ex vi* do art. 182.º da CRP, da Administração Pública), aparece reforçado nos espaços deixados *em aberto* (com as devidas reservas da expressão)¹²⁴, no que concerne a alguns direitos fundamentais¹²⁵ (suspensão parcial do seu exercício), pelos decretos presidenciais (de decretação) e governamentais (de execução) do estado de emergência constitucional.

Está em causa, nas *felizes* palavras de J. BACELAR GOUVEIA, um “fenómeno de intensificação do poder público [executivo], em que se reorienta o respetivo exercício, dotando-o de uma maior capacidade de ação perante a situação de crise que se quer combater”¹²⁶. Aí, aparecerá naturalmente, de forma *privilegiada*, o Governo, como “protagonista da execução do estado de exceção” dado que é nesse preciso órgão que se encontra “o poder ativo que se exerce todos os dias e dispõe dos meios mais adequados à repressão das crises”¹²⁷.

Esta conformação de regime resulta, como se viu, do n.º 8 do art. 19.º da CRP (“cláusula constitucional geral de execução administrativa do estado de

¹²⁴ Numa reformulação organizatória excepcional, ao nível, sobretudo, da *facilitação de procedimentos de atuação* e da *diminuição de limitações materiais*. Nesta linha, J. Bacelar Gouveia, *op. cit.*, p. 54.

¹²⁵ J. Bacelar Gouveia, *op. cit.*, pp. 100 e 101.

¹²⁶ J. Bacelar Gouveia, *op. cit.*, p. 56.

¹²⁷ J. Bacelar Gouveia, *op. cit.*, *loc. cit.*

exceção”¹²⁸), e dos arts. 17.º, primeira parte, e 19.º, *in fine*, da LRESEE. No que concerne, especificamente, às FSS, sendo estas órgãos da Administração Pública, e o Governo “o órgão superior da Administração Pública” (art. 182.º da CRP), indica o art. 8.º, n.º 2 da LSI que “compete ao Conselho de Ministros: (al. a)) definir as linhas gerais da política de segurança interna e as orientações sobre a sua execução e (al. b)) programar e assegurar os meios destinados à execução da política de segurança interna. Ainda que o Governo, em circunstância alguma, tenha invocado esta disposição, pode entender-se que a atuação das FSS na função de fiscalização da execução do disposto nos Decretos de execução busca aqui algum fundamento. Com efeito, está em causa uma situação de *segurança (sanitária) interna*, que cumpre às FSS auxiliar à promoção.

Diga-se, ainda, que o art. 9.º, n.º 2 da LRESEE prevê expressamente o “reforço dos poderes das autoridades administrativas civis”, “se necessário”¹²⁹, no Decreto de declaração do estado de emergência, na sequência da norma do art. 19.º, n.º 8 da CRP (que é confirmada pelo art. 19.º da LRESEE)¹³⁰. A opção tomada não recaiu na previsão de uma cláusula consagrando expressamente este reforço, o que, aliás, recomenda a prudência, em nome da proteção do princípio

¹²⁸ J. Bacelar Gouveia, *op. cit.*, p. 260.

Alguns outros postulados na CRP parecem apontar neste sentido: desde logo, e ainda que se destine ao *direito de normalidade* e tenha um caráter algo residual, o art. 199.º, al. g) (de resto, a única norma invocada pelo Governo no primeiro Decreto de execução do estado de emergência, que viria depois a “emendar a mão”, invocando nos dois decretos subsequentes, a par daquela, o art. 17.º da Lei 44/86 - o que deveria ter sucedido *ab initio*...); de forma conexa com o art. 17.º da referida Lei, o art. 200.º, n.º 1, al. g) da CRP; o art. 134.º, al. g), por interpretação *a contrario*; podendo também retirar-se certo grau de legitimidade da cláusula geral do art. 182.º.

¹²⁹ Entendendo-se necessário, cumpre determinar, na declaração, o grau desse reforço (art. 14.º, n.º 1, al. f) da LRESEE).

¹³⁰ Aqui se vai empregando o termo *autoridades*, sempre de difícil elucubração. Deve entender-se, com J. Bacelar Gouveia, *Estado de Exceção...*, *cit.*, p. 190, que se trata de pessoas coletivas e órgãos que exerçam funções públicas, dispondo de poder público, que, interpretadas no contexto do regime do estado de exceção, devemos reduzir ao Governo e outros órgãos e eventualmente pessoas coletivas distintas na sua dependência (*Administração Pública*).

da proporcionalidade¹³¹. Não obstante, o alargamento de competência da Administração surge de forma direta ao ser a estas entregue a tarefa de execução das previsões de suspensão dos direitos, liberdades e garantias. Neste sentido, pode ler-se, a título de exemplo, nos Decretos Presidenciais de declaração do estado de emergência:

a) em relação à suspensão do direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional (art. 4.º, al. a) dos Decretos n.º 14-A/2020, n.º 17-A/2020 e n.º 20-A/2020¹³²): “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 (...)”;

b) relativamente à suspensão do direito de propriedade e da liberdade de iniciativa económica privada (art. 4.º, al. b) dos Decretos n.º 14-A/2020, n.º 17-A/2020 e n.º 20-A/2020): “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 (...)”;

c) no que concerne aos direitos dos trabalhadores (art. 4.º, al. c)): “pode ser determinado pelas autoridades públicas competentes que quaisquer colaboradores de entidades públicas ou privadas, independentemente do tipo de vínculo, se apresentem ao serviço e, se necessário, passem a desempenhar funções

¹³¹ Que, nesse sentido, em face atuação discricionária que sempre envolve o processo de decretação do estado de exceção e correspondente execução, ganha importância vital como limitação àquela.

¹³² Embora neste último com uma formulação mais *avançada*, talvez se tentando dissipar quaisquer dúvidas anteriores de constitucionalidade de algumas *opções* adotadas pelo Governo: “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 reduzir o risco de contágio e executar as medidas de prevenção e combate à epidemia (...)” (sublinhados nossos).

em local diverso, em entidade diversa e em condições e horários de trabalho diversos dos que correspondem ao vínculo existente (...)”.

Neste sentido, constante dos decretos de execução do Governo da República, surgem as medidas expressas de suspensão de direitos, liberdades e garantias, que traduzem essa aludida expansão da área de atuação (que em direito de normalidade se teria como ilegítima) da Administração Pública, na área, no seguimento dos exemplos apresentados *supra*:

a) das restrições ao direito de livre circulação (*e.g.*, estabelece-se nos arts. 20.º do Decreto de execução n.º 2-A/2020; art. 30.º do Decreto n.º 2-B/2020; e art. 33.º do Decreto n.º 2-C/2020 que “o membro do Governo responsável pela área da administração interna, com faculdade de delegação determina (al. a)) o encerramento da circulação rodoviária e ferroviária (...) ou a restrição à circulação de determinados tipos de veículos”;

b) dos constrangimentos ao direito de propriedade e à liberdade de iniciativa económica privada (*e.g.*, o art. 19.º do Decreto n.º 2-A/2020; art. 28.º do Decreto n.º 2-B/2020; e art. 30.º do Decreto n.º 2-C/2020 que “o membro do Governo responsável pela área da saúde, com faculdade de delegação, determina (als. b) e e), respetivamente) a requisição temporária de indústrias, fábricas, oficinas, explorações ou instalações de qualquer natureza (...)”;

c) das imposições de condicionalismos à atividade laboral (*e.g.*, fixam os arts. 15.º, n.º 3 do Decreto n.º 2-A/2020; art. 22.º, n.º 3 do Decreto n.º 2-B/2020; art. 24.º, n.º 3 do Decreto n.º 2-C/2020 que cabe ao membro do Governo responsável pela área da Administração Pública, com faculdade de delegação (...) (als. a)) a definição de orientações sobre teletrabalho, designadamente sobre as situações que impõem a presença dos trabalhadores da Administração Pública nos seus locais de trabalho, bem como sobre a compatibilidade das funções com o teletrabalho”.

7.2. Um estado de necessidade administrativa

Parecem estar reunidos, por conseguinte, os pressupostos abstratos para que se vislumbre, na decorrência do *estado de necessidade constitucional* descrito *supra*, porque “o direito administrativo é direito constitucional concretizado”¹³³, também perante um verdadeiro *estado de necessidade administrativa*¹³⁴. De facto, como nos ensina D. FREITAS DO AMARAL: “o estado de necessidade (...) importa, quando configurado na realidade, a legitimação de atuações que, à luz das normas consagradas para os casos-regra, seriam inválidas”¹³⁵ (*necessitas facit justum quod de iure non est licitum*). Pode mesmo falar-se numa *obrigação de atuar em necessidade* decorrente da decretação presidencial do estado de emergência constitucional¹³⁶.

¹³³ Uma *feliz* expressão contida no Parecer de D. Freitas do Amaral e M.^a da Glória Garcia, *O Estado de Necessidade...*, *cit.*, p. 489.

¹³⁴ D. Freitas do Amaral e M.^a da Glória Garcia, *op. cit.*, p. 487: “pressupostos de verificação do estado de necessidade administrativa: a *excepcionalidade da situação*, caracterizada pela desarticulação social inconciliável com o uso dos poderes públicos normais; a *urgência ou natureza inadiável* das atuações administrativas; a *natureza imperiosa do interesse público* suscetível de sacrificar o interesse da legalidade”.

Refira-se, ainda, que o próprio art. 23.º, n.º 2 da LBPC (ainda que numa situação que se queda fora de um contexto de estado de exceção constitucional) estabelece que “Os atos jurídicos ou operações materiais adotadas em execução da declaração de situação de calamidade para reagir contra os efeitos de acidente ou catástrofe *presumem-se praticados em estado de necessidade*” (itálico nosso). Diga-se, portanto, que, por identidade de razão (estando em jogo o mesmo móbil, a *calamidade pública*) a solução deve ser conduzida no sentido do reconhecimento do nascimento, ao menos de forma implícita, de uma *administração de exceção* ou de um *estado de necessidade administrativa*.

¹³⁵ D. Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo...*, *cit.*, Vol. II, p. 305.

¹³⁶ Pela razão de que “as estruturas administrativas, na execução do estado de exceção, apresentam-se, não tanto como um poder administrativo autónomo, mas como o braço prático dos poderes constitucionais decisores do estado de exceção”. J. Bacelar Gouveia, *Estado de Exceção...*, *cit.*, pp. 194 e 196.

Bem assim, no sentido desta interdependência: D. Freitas do Amaral e M.^a da Glória Garcia, *O Estado de Necessidade...*, *cit.*, p. 486: “Com base no paralelo constitucional, a excepcionalidade da situação em direito administrativo tem de resultar de uma *ausência de regular funcionamento do*

Ora, urge, face ao exposto, destacar que a Administração Pública, fazendo face à situação de crise, e tentando extingui-la, nos termos do art. 19.º, n.º 8 da CRP e 19.º da LRESEE, mas sobretudo dos Decretos presidenciais e das competências que lhe são cometidas, revela um *poder de direção* da execução (administrativa) do estado de emergência, aí procedendo a um quadro de ação que se funda no emanar:

a) dos aludidos *decretos* de execução do estado de exceção (uma figura, aliás, um pouco estranha ao texto constitucional, apenas referida lateralmente a propósito do art. 197.º, n.º 2 da CRP);

b) verificando-se uma importante tarefa da Administração de *gestão de crise* nas políticas públicas, de outros atos legislativos de teor excepcional que, embora fundados na competência legislativa *de normalidade* do Governo (art. 198.º da CRP), se reconduzem à maximização de imperativos subjacentes aos Decretos de execução e presidenciais. No âmbito daquela tarefa se descortina também a vital produção de regulamentos administrativos de execução (não exclusivamente de polícia, como poderia eventualmente conceber-se)¹³⁷ no sentido de concretizar normas contidas nos decretos de execução do estado de emergência (que desempenham a função de lei habilitante, nos termos do art. 136.º do CPA). Apontando os exemplos da saúde, do emprego e da educação, veja-se, *e.g.*:

i) o Despacho n.º 3427-B/2020, de 18 de março, que regulamenta questões específicas relacionadas com a suspensão das atividades letivas e não letivas e formativas presenciais (foi publicado antes de entrar em vigor o estado de emergência, visando regulamentar o Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março,

aparelho administrativo e, mesmo, estadual, de uma desarticulação da própria sociedade com a organização administrativa, inconciliável com o uso de poderes públicos forjados na normalidade”.

¹³⁷ Com efeito, num moderno Estado Social de Direito, o fulcro da atividade da Administração não se pode *resumir* à restrição de direitos e liberdades, devendo, ao invés, recair sobre a *reorganização* da vida em comunidade.

também este destinado à gestão da crise, mas foi *ratificado* ao abrigo do art. 7.º do Decreto presidencial n.º 14-A/2020);

ii) o Decreto-Lei n.º 10-G/2020, de 26 de março, que estabelece medidas de proteção dos postos de trabalho (destinado à gestão da crise, invocando os Decretos presidencial n.º 14-A/2020 e governamental n.º 2-A/2020);

iii) a Portaria 90-A/2020, de 9 de abril, que cria um regime de prescrição eletrónica de medicamentos e respetiva receita médica (regulamentando o art. 28.º, n.º 2, al. b) do Decreto de execução n.º 2-B/2020).

c) na decorrência destes, os atos administrativos, que são frequentemente de tipo *ablativo*, consubstanciados na aplicação de medidas de polícia (ainda que na impossibilidade de tomadas na decorrência de um ato administrativo exequendo, como se abordará *infra*). Em virtude de residir neste ponto o fulcro da investigação, dedicar-se-lhe-á, abaixo, um tópico autónomo.

Refira-se que, a propósito do estado de necessidade administrativa descortinado, ainda assim se observam duas notáveis nuances face às situações *típicas* de estado de necessidade:

1. em geral, não há uma preterição *total* das regras legais do procedimento (circunstância que resulta do art. 3.º, n.º 2 do CPA) no emanar de atos e regulamentos administrativos, havendo em geral uma compressão de regras, mas podendo falar-se até na previsão de outras excecionais em sentido distinto, aí se falando num autêntico respeito por regras legais (excecionais) de procedimento administrativo, ainda que não as previstas no CPA e apresentando um teor *simplificado*. Veja-se, a título de exemplo, o tão polémico art. 24.º do Decreto de execução n.º 2-B/2020, de 2 de abril (e o sucedâneo art. 26.º do Decreto de execução n.º 2-C/2020, de 17 de abril), do qual consta a *inovação procedimental*

(ainda que de caráter simplificado) do n.º 1, *in fine*, e, por contraposição, a *compressão procedimental* da al. a) do n.º 3¹³⁸;

2. e, em certo sentido aqui buscando fundamento o aspeto elencado em 1., trata-se de uma necessidade não incidental ou eventual (como substancialmente sucede em situações de típico estado de necessidade¹³⁹), mas ordinária, isto é, provém de um ato administrativo prévio (com conteúdo normativo primário relevante) do Governo (Conselho de Ministros) enquanto órgão máximo da Administração¹⁴⁰. Ou seja, ainda que a atuação administrativa se tenha como

¹³⁸ A este respeito, diga-se, acompanhando J. Bacelar Gouveia, *Estado de Exceção...*, cit., p. 56, que é “admissível que o reforço de poder administrativo se dê quanto a outros órgãos administrativos, integrados noutras modalidades de Administração, como a indireta e a autónoma (...)”.

Outros exemplos, nos vários sentidos elencados: preterição da necessidade de licença para confecção destinada a consumo fora do estabelecimento ou entrega no domicílio (art. 9.º, n.º 3 do Decreto n.º 2-A e art. 11.º, n.º 3 dos decretos n.º 2-B e 2-C/2020); atos procedimentais excecionais vários (art. 19.º do Decreto n.º 2-A, art. 28.º dos Decreto n.º 2-B e art. 30.º do Decreto n.º 2-C/2020); derrogações temporárias ao regime geral de gestão de resíduos (art. 36.º do Decreto n.º 2-B e art. 39.º do Decreto n.º 2-C/2020); regime excecional relativo à disponibilização do livro de reclamações no formato físico (art. 15.º do Decreto n.º 2-C/2020); suspensão da obrigatoriedade de publicação no Boletim do Trabalho e Emprego (art. 32.º do Decreto n.º 2-C/2020).

¹³⁹ À luz dos quais, por “falta de intermediação legislativa”, “a Administração se vê diretamente confrontada com a Constituição” e com os valores e bens jurídico-constitucionais (D. Freitas do Amaral e M.ª da Glória Garcia, *O Estado de Necessidade...*, cit., p. 307). É que, como aí se diz: “o princípio do direito de necessidade da Administração Pública (...) funda-se também no n.º 2 do art. 266.º da Constituição, ao consagrar o princípio da sujeição da Administração primeiro à Constituição e só depois à lei” (D. Freitas do Amaral e M.ª da Glória, *op. cit.*, p. 481). Pense-se no caso de um incêndio que deflagra numa habitação cujo dono se encontra ausente, circunstância que obriga a corporação de bombeiros a arrombar a porta de entrada. Este ato da Administração, lesivo do património do administrado, estará em princípio coberto pelo estado de necessidade.

¹⁴⁰ Com efeito, as medidas que visam executar diretamente o estado de exceção devem ser interpretadas como abrangidas pela competência administrativa do Governo (art. 199.º da CRP), uma vez que é nesse âmbito que a CRP e a LRESEE, embora por caminhos textuais sinuosos, se dirigirem ao Governo. Nessa medida, não deve, como não sucedeu, *legislar* o Governo sobre tais matérias, emanando Decretos-Leis (caso em que extrapolaria as competências que lhe haviam sido cometidas) Neste sentido, J. Bacelar Gouveia, *Estado de Exceção...*, cit., pp. 261 e 262.

O Governo mantém, no entanto, segundo o mesmo Autor (*op. cit.*, p. 197), a sua competência legislativa em relação a questões conexas, que se não esgotem na execução dos Decretos presidenciais, já que o poder legislativo - governamental e parlamentar - “não sofre qualquer outra vicissitude, a não ser a que decorre da concessão temporária de um maior campo de intervenção ao Estado-Poder”.

necessária de forma *imediata e urgente*, não resulta de ponderações de momento (*juízos de prognose*), raciocínios reflexivos globais de juridicidade em ordem a decidir sobre qual o bem jurídico a ter como mais *essencial* no caso concreto. Pelo contrário, tal empresa surge pré-dada pelo legislador (em sentido amplo, isto é, pelo poder executivo a propósito dos decretos de execução). Estamos perante, portanto, uma espécie de *estado de necessidade generalizado* ou *latente*, à luz do qual se pode descortinar uma legalidade excecional que molda a atuação administrativa. As entidades administrativas, nas quais se incluindo as polícias, limitam-se aí à tarefa de *resolver* a situação de necessidade e não já a descortiná-la (em tudo o que concerne, naturalmente, ao contexto da pandemia).

Não se diga, a este respeito, que por existir lei habilitante expressa (em sentido muito amplo) deixa de haver lugar a estado de necessidade administrativa, existindo antes uma “realidade ordinária”¹⁴¹, prevista em lei prévia, que eventualmente reconduziria a *situação* à figura da *urgência administrativa*. Com efeito, por um lado, a própria noção de *estado de necessidade* é por alguns Autores definida, precisamente, como uma *legalidade excecional* que se busca nos grandes espaços valorativos da Constituição¹⁴² (e não uma fuga *tout court* à lei); por outro, e sobretudo, o estado de necessidade encontra-se também a montante, na fase conformativa, executora, pelo Governo da República, da declaração de estado de emergência constitucional, nas quais são preconizadas medidas (comandos à Administração em sentido orgânico) de efetiva natureza excecional, urgente, e necessária (aqui, em sentido não técnico-jurídico). Isto é, a(s) própria(s) lei(s) habilitante(s) surgem *ab initio* logo como de teor excecional (o que manifestamente não sucede a propósito da figura da urgência)¹⁴³.

¹⁴¹ D. Freitas do Amaral e M.^a da Glória Garcia, *O Estado de Necessidade...*, cit., p. 490 e segs.

¹⁴² Desde logo, D. Freitas do Amaral, como demonstrado *supra* a propósito da referência 139.

¹⁴³ Ao abrigo da qual surgirá uma legislação *especial*, mas nunca, jamais, *excecional*, pelo simples motivo de a ação urgente não ter a finalidade de reposição da situação de normalidade. Para uma

Pode, à guisa de conclusão, entender-se que a Administração, perante esta situação excecional de calamidade pública por pandemia, se vê autorizada - e, em certos casos, obrigada - a agir em estado de necessidade, investindo-se de poderes reforçados, extraordinários (inadmitidos em direito de normalidade) de conformação da vida em sociedade, com vista à superação com sucesso do cenário de crise.

À luz de tal panorama geral, de que forma se enquadram as FSS e os respetivos poderes de polícia?

8. Reflexos da *emergência* na atuação da polícia administrativa

8.1. Abordagem descritiva

8.1.1. A especificidade policial

As polícias administrativas constituem um caso especial dentro da Administração Pública já que, mesmo em tempo de normalidade, possuem uma característica intrínseca que lhes permite desviarem-se dos atos procedimentais definidos no CPA.

Com efeito, as típicas medidas policiais de ação direta, bem como outras operações materiais que se impõem ao exercício das entidades de polícia, em função do seu imperativo constitucional de promoção da segurança interna e dos direitos dos cidadãos, não são suscetíveis de estar sujeitas, atendendo à sua natureza, a qualquer atividade procedimental tal qual definida no CPA, (sendo que não pode “a lei prever - tipificando - todos os modos de atuação da polícia”¹⁴⁴,

apreensão desta figura, *vide*, entre todos, D. Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo...*, *cit.*, Vol. II, pp. 304 e segs.

¹⁴⁴ Henrique Dias da Silva, “O Código de Procedimento Administrativo e a atividade de polícia”, in *Jurismat*, n.º 2, 2013, pp. 161-198, p. 191.

pois cabe à polícia “fazer o que for necessário para assegurar”¹⁴⁵ o cumprimento das funções que lhe são cometidas constitucionalmente). Assim, pode defender-se que o CPA não é passível de se aplicar à atividade policial nestes termos, ficando esta diretamente vinculada, para além das designadas Leis Orgânicas das respetivas forças e serviços, aos mandamentos constitucionais (designadamente, aos arts. 266.º, n.º 2 e 272.º da CRP, que funcionam como cláusulas gerais)¹⁴⁶, também vertidos nas normas iniciais do CPA (arts. 3.º a 19.º, que são diretamente aplicáveis às entidades policiais por meio do art. 2.º, n.º 3). Como nos indicam J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA: “os princípios materiais e constitucionais de polícia (...) são *medidas normativas* de orientação das próprias *medidas* de polícia”¹⁴⁷ (itálico não nosso).

É um facto que as típicas medidas de polícia, como sejam as ações de execução em ação direta (ou *incidentes de polícia*) relacionadas com a coação física ou o uso de armas (pense-se numa detenção de um indivíduo que está a causar distúrbios na via pública) têm naturalmente de ser adotadas no momento, sem que seja possível a realização da detalhada formalização do *iter* procedimental descrito no CPA. Estas podem, contudo, distinguir-se das medidas policiais que visam dar concretização a um ato administrativo prévio (o ato exequendo), aí se podendo defender que essa *previêdade* se insere já num tipo de procedimento administrativo, ainda que naturalmente menos robusto (pense-se no cumprimento policial de um mandato de captura).

Ainda assim, a certeza é a de que se deve proceder a uma interpretação teleológica do art. 2.º, n.º 1 do CPA, de modo a que dele não tomem parte as entidades administrativas policiais, se não sempre, ao menos quando ajam em ação direta.

¹⁴⁵ H. Dias da Silva, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁴⁶ H. Dias da Silva, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁴⁷ G. Canotilho e V. Moreira, *Constituição..., cit.*, Vol. II, p. 861.

Destarte, se, mesmo em tempo de normalidade, as mais das vezes, não é possível aplicar os postulados normativos da Parte III do CPA à atividade policial, não se pode dizer que o estado de necessidade administrativo decorrente da calamidade pública importe às polícias uma alteração relevante do paradigma procedimental. Nem no sentido da supressão de atos do procedimento, nem, muito menos, no sentido inverso, da expansão. As polícias mantêm a sua condição intrínseca de aplicação de medidas sem precedência de procedimento (administrativo). Pode até dizer-se que tal aspeto assume agora relevância decisiva, face à situação de crise sanitária que promove a necessidade de respostas urgentes, em tempo útil, aos comportamentos dos cidadãos que se mostrem atentatórios da segurança sanitária e do direito à saúde dos portugueses (bens jurídico-constitucionalmente relevantes - art. 9.º, al. b) e art. 64.º da CRP).

8.1.2. A emergência de *novas* atribuições policiais

*A pressão dos factos demanda uma diferente compreensão do ordenamento jurídico*¹⁴⁸.

O fator anteriormente exposto acaba por explicar a expansão de competências conferida às polícias administrativas (forças e serviços de segurança), promovida à semelhança do que aconteceu, como se viu em 7.1, com outros setores da Administração. Sem que haja violação do princípio da tipicidade (art. 272.º, n.º 2 da CRP), pois que às Leis Orgânicas das típicas forças e serviços de segurança se juntam, agora, as normas consagradas nos decretos de execução, que fundamentam (a este ponto da análise, de um prisma estritamente formal-legal) a legitimidade das *novas* medidas adotadas pelas polícias em tempos de exceção¹⁴⁹, os decretos de execução do estado de emergência integram

¹⁴⁸ D. Freitas do Amaral e M.ª da Glória Garcia, *O Estado de Necessidade...*, cit., p. 456.

¹⁴⁹ Com efeito, como aponta o 1.º Relatório da EMEE, p. 42: “com a declaração do estado de emergência e respetiva regulamentação, as forças e serviços de segurança (FSS) adotaram

competências inovadoras a atribuir às forças e serviços de polícia¹⁵⁰ (ainda que de natureza excepcional, naturalmente) no sentido de as munir de meios práticos capazes de restringir a ação dos cidadãos quando esta colida com a proteção dos bens jurídico-constitucionais e sociais fundamentais que se encontram em risco, contribuindo para a sua degradação, designadamente a saúde pública e a segurança sanitária. Aí, os meios de coercibilidade que lhes são conferidos (a acrescentar aos de que dispõem em tempo de normalidade) e a sempre inevitável margem de discricionariedade imputada ao funcionamento policial parecem conferir-lhes instrumentos bastantes para uma ação tempestiva, adequada e, conseqüentemente, eficaz.

Aliás, diga-se que é pressuposto da existência de um estado de exceção constitucional a insuficiência da “ameaça ou lesão de bens constitucionais que possam ser defendidos através de medidas normais de polícia”¹⁵¹. A ameaça “deve ser de tal modo “grave” que não é possível combatê-la a não ser através dos meios extraordinários do estado de sítio ou do estado de emergência”¹⁵², devendo, portanto, entender-se que o extravasamento das competências normais das entidades policiais administrativas deve *acompanhar* de perto a declaração do estado de emergência constitucional.

Quando o Governo convoca as forças policiais para a repressão da situação de crise constitucional-social está, nas palavras de J. BACELAR GOUVEIA, a fazer “uso do poder administrativo civil”¹⁵³, no quadro daquilo a que apelida de

procedimentos e montaram operações de grande envergadura e exigência operacional, no sentido da implementação e fiscalização do cumprimento das regras e medidas do referido Decreto (...).”

¹⁵⁰ Esta circunstância resulta igualmente, ainda que a escolha de palavras do legislador não seja de aplaudir, do art. 19.º da LRESEE.

¹⁵¹ G. Canotilho, *Direito Constitucional...*, cit., p. 1159.

¹⁵² G. Canotilho, *op. cit., loc. cit.*

¹⁵³ J. Bacelar Gouveia, *Estado de Exceção...*, cit., p. 56.

estado de exceção policial (por contraposição ao *militar*, porventura este último tendo cabimento numa situação de decretação do estado de sítio¹⁵⁴).

8.1.3 As medidas policiais no Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de março

Neste sentido, pode observar-se no Decreto de execução n.º 2-A/2020, de 20 de março, a consagração expressa, excecional de várias medidas de polícia, a propósito do art. 32.º:

a) desde logo, o encerramento compulsivo dos estabelecimentos¹⁵⁵ e o cessamento das atividades previstas no Anexo I (al. a)). Trata-se de um verdadeiro ato jurídico (administrativo) limitativo de teor repressivo, traduzido numa ordem policial.

b) depois, a detenção pelo crime de desobediência por violação do disposto nos arts. 3.º, e 7.º a 9.º¹⁵⁶ (al. b)). A qualificação desta medida difere da que foi dada à medida anterior, já que aqui, tratando-se ainda de um ato jurídico limitativo-repressivo, está em causa uma medida policial *de reação* (coação direta), tratando-se de uma *detenção* do cidadão prevaricador no caso de violação do art. 3.º ou uma *detenção* do proprietário ou responsável pelo estabelecimento em relação aos arts. 7.º a 9.º. Este deve ser encarado como um poder de natureza *subsidiária*, pois que, em relação aos estabelecimentos e atividades, só se deve

¹⁵⁴ Art. 8.º, n.º 2 e art. 14.º, n.º 1, al. e), ambos da LRESEE.

¹⁵⁵ Destacado no relatório setorial da PSP anexo ao *1.º Relatório* da EMEE, p. 74. Da mesma forma, o relatório setorial da GNR, p. 64.

¹⁵⁶ Como consta do relatório setorial da PSP anexo ao *1.º Relatório* da EMEE, p. 74. Da mesma forma, o relatório setorial da GNR, pp. 63 e 64.

Quanto à violação do dever de proteção especial (art. 4.º) e do dever geral de recolhimento domiciliário (art. 5.º), não abrangidos pela al. b) do n.º 1 do art. 32.º do Decreto de execução n.º 2-A/2020 (nem pelos dois subsequentes Decretos, diga-se), gerou-se a dúvida quanto à respetiva punição. A esse respeito, conforme se pode ler no *1.º Relatório* da EMEE (p. 46), “as FSS seguiram o entendimento que a violação dos deveres consagrados nos artigos 4.º e 5.º está, igualmente, sujeita à punição por desobediência, o qual nem sempre teve acolhimento pelos órgãos judiciais”.

proceder à detenção do proprietário ou responsável pelo estabelecimento ou atividade quando este se recusa voluntariamente a encerrar aquele ou esta (devendo, antes, caber lugar à aplicação da medida cominada na alínea anterior, aqui se fundamentando a alusão à figura da *reação*, pois que se trata de uma *reação policial* ao não acatamento da *ordem* policial; este mesmo raciocínio vale, *mutatis mutandis*, para o cenário seguinte); no que concerne aos cidadãos, a solução é semelhante: as entidades policiais deverão, primeiro, emanar “ordens legítimas” (primeira parte da al. b)) no sentido do recolhimento do cidadão prevaricador, e só depois proceder à respetiva detenção por violação do art. 3.º, 4.º ou 5.º, em caso de não acatamento. Far-se-á, a propósito da abordagem ao Decreto n.º 2-B/2020, uma análise um pouco mais funda destas “ordens legítimas”.

c) em seguida, o “aconselhamento da não concentração de pessoas na via pública” e a “recomendação a todos os cidadãos do cumprimento do dever geral do recolhimento domiciliário” (als. c) e d)). Na verdade, tratam-se de medidas de polícia ainda de teor limitativo, embora este tome aqui menor intensidade. Configuram aquilo a que podemos chamar de atos jurídicos de advertência, que abrem espaço, ainda, a que o cidadão possa ter o poder de se decidir pelo respetivo acatamento ou desrespeito. Estes “aconselhamentos” e “recomendações”, de teor eminentemente *pedagógico* ou *cívico* constituíram a *pedra-de-toque* da estratégia governamental no combate à calamidade pública¹⁵⁷. Com efeito, já em tempos de normalidade se vem impondo esta específica atribuição às FSS, designadamente à PSP e à GNR, em cujas LO podemos observar, em ambas nos termos do art. 3.º, n.º 2, al. q), que: “constituem atribuições [da PSP e da GNR] contribuir para a formação e informação em matéria de segurança dos cidadãos”. Naturalmente, só os atos jurídico-policiais (administrativos) que consistam em “recomendações” ou “aconselhamentos”, ou

¹⁵⁷ Como se pode ler no *1.º Relatório* da EMEE, p. 41, “o Governo optou por uma abordagem pedagógica, assente em informação verdadeira e esclarecida, por uma comunicação constante sobre a evolução da situação epidemiológica, sobre as medidas de contenção e as restrições adotadas, alertando igualmente para as eventuais consequências do seu incumprimento”.

outras designações paralelas, podem concorrer para a prossecução com sucesso desta atribuição (nunca uma ordem policial de detenção, por exemplo). Atribuição essa que, uma vez verificada, pode também ela concorrer para a prossecução de várias outras (pense-se no caso de um agente da PSP que, fora do quadro do estado de emergência, aconselha um automobilista a ir por *esta* estrada em vez *daquela*, já que na segunda se encontra uma árvore na iminência de cair para a estrada. Neste caso, para além de dar cumprimento, nos termos gerais da LOPSP, à al. p) do n.º 2 do art. 3.º, o agente promove “a segurança e a proteção das pessoas” (al. b)) e garante “as condições de segurança que permit[e]m o exercício dos direitos e liberdades [no caso, a liberdade de circulação, ou o direito de deslocação (art. 44.º, n.º 1 da CRP)]” (al. a)). Acrescente-se, ainda, que, não raras vezes, a emissão, em substituição, de recomendações ou aconselhamentos, face a ordens policiais de detenção, ou outro tipo de ordens, acaba por ser decisiva para dar cumprimento ao princípio da proporcionalidade. De facto, quando fosse manifesto, *e. g.*, que o motivo da violação por um qualquer cidadão do dever geral de recolhimento domiciliário decorresse somente de falta de informação não censurável ou *descuido* (por exemplo, uma saída para praticar exercício físico que, nos termos dos arts. 4.º, n.º 2, al. d) dos Decretos n.º 2-A, 2-B e 2-C/2020, ultrapasse a *curta duração*) e o agente policial percebesse pelo contexto e abordagem do cidadão que este não iria oferecer problemas de maior em relação a voltar a recolher-se em casa, qualquer medida policial tomada que não a *mera* recomendação sempre se terá como excessiva e, com isso, violadora do princípio da proporcionalidade (pois que a pedagogia, uma vez eficaz, sempre se preferirá à coerção¹⁵⁸ - subprincípio da idoneidade). Residirá aqui a magna importância dos atos jurídicos policiais relacionados com a figura da *advertência*.

¹⁵⁸ Neste sentido, e bem, se pode ler no *1.º Relatório* da EMEE, p. 47, que: “(...) o Governo considera preferível, se se mantiver eficaz, o aconselhamento em vez da punição; a adesão em vez de repressão”. Questiona-se o emprego do termo *punição*, já que, como indicado no texto, a recomendação ou o aconselhamento constituem já (dependendo, naturalmente, do contexto

Daqui decorre, como se exaltar *infra* (8.2), a atividade de polícia desenvolvida na pendência do estado de emergência veio demonstrar a viabilidade da dimensão positiva (prestacional, se quisermos) exposta *supra* (1.3), e que decorre, aqui, da adoção de atos dirigidos à *adesão* do cidadão e não *meramente* autoritários, repressivos ou punitivos. Com efeito, vinculando a CRP as autoridades policiais à *defesa e garantia dos direitos dos cidadãos*, não se deve olhar para os poderes públicos policiais (FSS) como *meros* repressores de danos sociais, mas como, para além disso, promotores de direitos privados. Nesse sentido, deve entender-se que ao preencher o conteúdo positivo da atuação policial, as “atuações positivas de caráter informativo e assistencial”¹⁵⁹, de que são exemplos acabados as medidas de *recomendação e aconselhamento* desenvolvidas à luz dos decretos governamentais de execução do estado de emergência, devem aí tomar parte integrante.

Existem, ainda, medidas que podem eventualmente decorrer de forma indireta de certas disposições dos decretos de execução (de todos os três, não apenas deste primeiro)¹⁶⁰ (sem que se coloque em causa a sua legitimidade formal, pelas razões indicadas a propósito da configuração do princípio da tipicidade) como é o caso:

prático e sobretudo do *animus* policial, mas parte-se deste princípio) um ato jurídico policial limitativo (e, por isso, em certo sentido uma *punição*), na modalidade de *advertência*.

¹⁵⁹ J. Silva Sampaio, *O Dever de proteção...*, cit., p. 48.

¹⁶⁰ Neste sentido, o 1.º Relatório da EMEE, p. 42: “Foram desenvolvidas diversas ações de fiscalização de trânsito nos principais eixos rodoviários da área de responsabilidade de cada uma das forças de segurança, especialmente direcionadas para a fiscalização da finalidade das deslocações dos condutores, (...). Procedeu-se a uma monitorização dos locais que propiciam normalmente a aglomeração de pessoas, tais como parques públicos, praças das principais cidades, a orla marítima ou zonas fluviais, estações rodoviárias e ferroviárias, em especial as gares e interfaces de maior dimensão destinadas às viagens de médio e longo curso, bem como à fiscalização de estabelecimentos comerciais em laboração”.

a) das medidas policiais de controlo, como as operações materiais de vigilância (as aludidas patrulhas)¹⁶¹ do cumprimento dos deveres¹⁶² postulados nos arts. 3.º a 5.º, ou verificação da identidade dos transeuntes (de modo a descortinar se, tendo em conta os registos dos infetados, se está perante uma violação do confinamento obrigatório¹⁶³, por exemplo) ou o destino dos condutores (de modo a perceber se cumprem as exceções ao dever geral de recolhimento domiciliário ou o dever especial de proteção)¹⁶⁴;

¹⁶¹ Nos termos do relatório setorial da GNR constante do *1.º Relatório* da EMEE, p. 65, contam-se como exemplos de atuações policiais daquele órgão: “o emprego de meios de vigilância aérea não tripulados para comunicar mensagens de som à população por todo o País e para reforçar as operações de vigilância na fronteira terrestre e na cerca sanitária de Ovar; o empenhamento de binómios cinotécnicos e o patrulhamento a cavalo nos locais habituais de passeio e de maior ajuntamento populacional, com especial incidência aos fins-de-semana; a realização de ações de acompanhamento e desembaraçamento de trânsito por forma a garantir a segurança dos cidadãos e a eficácia do fluxo de material crítico até ao seu local de destino”.

Quanto à PSP, o respetivo relatório (pp. 74 e 75) setorial destaca, *e.g.*: “desenvolver operações de fiscalização de trânsito nos principais eixos rodoviários da área de responsabilidade da PSP, devidamente planeadas e especialmente direcionadas para a fiscalização das finalidades intrínsecas às deslocações dos condutores; monitorização dos locais que propiciam normalmente a aglomeração de pessoas, tais como parques públicos, praças das principais cidades, a orla marítima ou zonas fluviais; monitorização de estações rodoviárias e ferroviárias, em especial as gares e interfaces de maior dimensão e destinadas às viagens de médio e longo curso”.

¹⁶² Em termos dogmáticos, J. Bacelar Gouveia, *Estado de Exceção...*, *cit.*, p. 55, enquadra estes deveres (*de caráter geral*) - embora a eles se não referindo diretamente, naturalmente - como um tipo de “intervenção material de atenuação (...) das normas que defendem a esfera comunitária [face aos poderes públicos]”.

¹⁶³ “Neste sentido, foi operacionalizada a elaboração pelas autoridades de saúde de listas nominativas de pessoas sujeitas a confinamento obrigatório, nos termos do n.º 1 do artigo 3.º do Decreto n.º 2- A/2020, de 20 de março. As referidas listas destinam-se, tão-só, a serem do conhecimento das forças e serviços de segurança e somente para efeitos de fiscalização” (*1.º Relatório* da EMEE, p. 56).

¹⁶⁴ Na pendência da primeira fase de estado de emergência, segundo o *1.º Relatório* da EMEE, p. 56, foi “debatida a necessidade de se criar um sistema declarativo, semelhante ao existente noutros países europeus, que servisse de prova dos motivos justificativos das deslocações da população e de fundamento à punição dos prevaricadores (...). Contudo, prevaleceu [por esta altura, já que se viria, já na segunda fase do estado de emergência, a mudar de orientação] o entendimento segundo o qual se mostra inadequada a duplicação de soluções estranhas, descontextualizando-as dos princípios orientadores dos respetivos ordenamentos jurídicos”.

b) das medidas policiais de controlo, como as operações materiais de vigilância do cumprimento dos deveres fixados no art. 17.º, n.º 2.

c) da “reposição do controlo documental de pessoas nas fronteiras internas [terrestres]”, como refere o SEF no seu relatório setorial anexo ao 1.º Relatório da EMEE. Está em causa um reforço intenso de poderes de polícia do SEF, face ao paradigma de normalidade (o art. 28.º do Regulamento (UE) 2016/399), traduzido numa autorização excecional para a prática de medidas policiais de tipo limitativo, consubstanciadas em operações materiais de verificação da identidade (e outros documentos) que tem como fundamento a Resolução do Conselho de Ministros n.º 10-B/2020, de 16 março (que não perdeu validade em face da decretação do estado de emergência constitucional que veio a ocorrer dois dias depois, quer através da *ratificação*¹⁶⁵ expressa do Presidente da República nos termos do art. 7.º do Decreto presidencial n.º 14-A/2020, de 18 de março, quer por meio do art. 34.º do Decreto de execução do estado de emergência n.º 2-A/2020, de 20 de março.

8.1.4. O Decreto n.º 2-B/2020 e o reforço de competências

No que tange ao Decreto de execução n.º 2-B/2020, de 2 de abril, podem verificar-se algumas importantes alterações. As competências para a emanação de ordens policiais no sentido do encerramento de estabelecimentos, cessação de atividades e detenção pelo crime de desobediência vêm agora referidas nas als. b) e d) do n.º 1 do art. 43.º, o que não coíbe o legislador de exceção de muscular os *poderes* de polícia (já de si reforçados a propósito do Decreto antecedente). Verifica-se, nesses termos:

¹⁶⁵ Deixamos à consideração dos especialistas as teses acerca da validade jurídico-constitucional desta *ratificação*...

a) apesar da igual manutenção da lógica *pedagógica* (al. a), al. e) e f) do n.º 1), uma inovação na segunda parte da al. e), podendo esta interpretar-se seguindo duas distintas vias: como se passando a *permitir*, de forma expressa, pequenos aglomerados até 5 pessoas (nesse sentido, uma “restrição” menos intensa (face à “homónima” al. c) do n.º 1 do art. 32.º do Decreto de execução precedente) do direito de reunião, na medida em que é apontado um *quantum* de tolerância, direito esse por esta data suspenso (parcialmente) nos termos do art. 4.º, al. e) do Decreto presidencial n.º 17-A/2020, de 2 de abril). A *tolerância* policial alarga-se face a aglomerados superiores a 5 pessoas conquanto pertençam estas a um mesmo agregado familiar; por outro lado, na medida em que na al. e) do n.º 1 do art. 43.º (por oposição à homónima alínea do Decreto anterior, na qual o legislador é silente) se prevê a *dispersão* de aglomerados que extravasem as cinco pessoas, pode configurar-se aqui a atribuição de um novo *poder* policial. Às polícias é agora permitida expressamente a prática de atos jurídicos limitativos-repressivos (emanação de ordens policiais) no sentido da *dissolução* de concentrações superiores a cinco pessoas. Somos de entender que deve ser esta segunda via interpretativa a prevalecer, pois que muito embora sabendo que não tem de existir uma configuração exaustiva das medidas policiais, trata-se aqui de uma atribuição específica, pormenorizada (configurando o legislador o próprio número acima do qual podem as polícias proceder à ordem policial de dispersão) que, por via disso mesmo, nem do próprio *espírito* do Decreto antecedente podia ser retirada (como poderia “entregar-se” o *condão* de determinar o número acima do qual estariam habilitadas a proceder às ordens de dispersão, sem que com tanto se violasse o princípio da tipicidade?). Tratar-se-ia, caso contrário, da atribuição de uma margem inadmissível de discricionariedade às autoridades policiais. Estas, ao abrigo da al. c) do art. 32.º, n.º 1 do Decreto n.º 2-A/2020, deparando-se com concentrações de cidadãos, poderiam *somente* proceder aos atos jurídicos de advertência (emanação de recomendações, recomendações estas que, uma vez não acatadas, legitimariam as FSS a proceder às detenções). Esta interpretação ganha força, diga-se, quando sobreposta ao paradigma da *atividade policial*

pedagógica, à luz da qual, como se viu, será sempre preferível, se viável, a recomendação à coerção;

b) um *controle policial* intensificado em termos de quantidade, alargando-se o leque de entidades competentes para a fiscalização da execução do Decreto às polícias municipais (epígrafe do n.º 1)¹⁶⁶ e, ainda, às juntas de freguesia (n.º 2, competências à base do aconselhamento e recomendação junto dos cidadãos, e comunicação com as FSS para que estas possam praticar as medidas que apenas a si competem, designadamente o encerramento de estabelecimentos e a cessação de atividades mencionadas no Anexo I do Decreto - al. c) do n.º 2);

c) a propósito da al. c) do n.º 1 do art. 43.º, resulta de uma separação face ao disposto na al. d) do presente Decreto (na versão antecedente, estavam as duas alíneas aglutinadas numa só). Neste caso, as razões serão, provavelmente, não mais do que de clareza linguística. Trata-se de um *poder* de polícia que estava já tipificado no Decreto n.º 2-A/2020, que agora se analisa de forma mais detalhada. Aplica-se em geral a toda a atividade de polícia relacionada com a reação perante a violação pelos cidadãos do dever especial de proteção, do dever geral de recolhimento obrigatório e do dever de confinamento obrigatório. Está em causa uma medida de polícia que se pode qualificar como um ato jurídico limitativo-repressivo, consubstanciado numa *ordem* policial atinente ao regresso do cidadão prevaricador ao respetivo domicílio¹⁶⁷, repondo assim o cumprimento do seu dever (seja ele de que natureza for). Esta é uma atuação *intermédia* das FSS, pois que se coloca entre as *advertências* (recomendações ou aconselhamentos) e as

¹⁶⁶ Que, embora não constituindo tradicionalmente FSS (aparecem de forma sistemática fora dessa *zona* na CRP), o art. 25.º da LSI a elas não se refere, e na respetiva LO, art. 2.º, n.º 2 diz-se que estas *apenas* “cooperam com as forças de segurança”.

¹⁶⁷ A grande diferença face às ordens policiais de *dispersão* constantes da análise da alínea a) reside precisamente no aspeto de que aquelas não implicam, necessariamente, um mandamento policial de recolha ao domicílio. A ordem policial, sendo de *mera dispersão*, esgota-se na adoção pelos cidadãos de comportamentos que permitam denotar a dissolução da concentração de pessoas existente no momento da emanção da ordem policial.

detenções (medidas de reação em coação direta). De notar que as “ordens legítimas” não devem ser aplicadas com o mesmo *animus* policial face a todos os deveres referidos. Estando em causa uma situação de violação do dever de confinamento obrigatório, porque esse facto importa, à partida, um perigo acentuado para a saúde pública, o agente policial poderá passar mais *rapidamente* da ordem policial de recolhimento ao domicílio para a detenção. Nesse sentido, nem sequer passará pela *fase* da advertência, que se situa no início da *cadeia*¹⁶⁸, verificada a *urgência* da eliminação de violação do dever que incumbe ao agente, em função da proteção da saúde pública. Como se disse, as “ordens legítimas” situam-se *antes* das detenções pelo crime de desobediência, sendo esta a medida policial a aplicar quando o cidadão não respeite (pelo menos reiteradamente) a ordem policial de recolha ao respetivo domicílio¹⁶⁹. Esta *sequência* deve aplicar-se com relação aos três deveres aludidos e não apenas ao dever de confinamento obrigatório¹⁷⁰. Termina-se esta análise afirmando-se que, no cumprimento daquela *sequência ordenada* a que se aludiu (advertência - ordem - detenção) a aplicação desta al. c) do n.º 1 do art. 43.º deve ser muito bem temperada com a al. a) (que, numa leitura sistemática, contrapondo-a à al. f), se parece aplicar também a todos os tipos de deveres de *recolha domiciliária* que vinculam os cidadãos), pois que, como defendido, a coerção (e, em geral, atos jurídicos de índole mais

¹⁶⁸ Exemplo disto mesmo é a referência do Governo da República no 2.º *Relatório* da EMEE, p. 47: “(...) foi cometida às forças e serviços de segurança e à polícia municipal a competência de aconselhamento, recomendação, emanação de ordens legítimas e encerramento de estabelecimentos, com vista a fazer cumprir o normativo imposto, sob pena de, em caso de não acatamento das ordens emanadas pelas autoridades, os cidadãos incorrerem no crime de desobediência”.

¹⁶⁹ Nos termos do art. 5.º, n.º 1 da LSI, “Os cidadãos têm o dever de colaborar na prossecução dos fins de segurança interna, (...) acatando ordens e mandados legítimos das autoridades (...)”. Disposição reforçada, em tempos de exceção, pelos arts. 33.º, 44.º e 47.º dos Decretos de execução n.º 2-A, 2-B e 2-C, respetivamente, em que se diz, no essencial, que “durante o período de vigência do estado de emergência os cidadãos e demais entidades têm o dever de colaboração, nomeadamente no cumprimento de ordens ou instruções dos órgãos e agentes responsáveis pela segurança, proteção civil e saúde pública (...)” (formulação do art. 47.º do terceiro e último Decreto de execução).

¹⁷⁰ Neste sentido, o próprio espírito do art. 7.º da LRESEE.

limitativa e autoritária do que a *mera* advertência) só deve caber quando a *recomendação* ou o *aconselhamento* se não revelarem eficazes.

Verifica-se, portanto, com o advento do Decreto n.º 2-B/2020, um reforço geral dos poderes de polícia (que estavam já reforçados, em face do contexto de crise), pelas razões expostas em a) e b), sem se descuidar, contudo, a *vertente pedagógica*, pois que continuam a estar bem latentes, na economia do art. 43.º, as als. a), e) e f), que nos elucubram para essa ordem de preferência que se entendeu dever (e bem) comandar a atuação policial: onde cabe a informação e a colaboração, não deve (não pode, acrescentamos) haver lugar ao uso de meios mais autoritários, como as ordens policiais ou o uso da força (coaçoão (física) direta)¹⁷¹.

Nota, ainda, para o art. 6.º do Decreto n.º 2-B/2020, que resultou na imposição de uma proibição geral (admitiu exceções) à circulação dos cidadãos envolvendo a saída do concelho de residência habitual entre as 00H do dia 9 de abril e as 00H do dia 13 de abril. Esta medida legislativa, visando conter os perigos de uma violação em massa do confinamento pelos cidadãos tendo em conta o período pascal (reencontro dos membros dos agregados familiares), tem como efeito automático o reforço das medidas policiais de controlo e vigilância pelas FSS¹⁷² (referidas *supra* a propósito das medidas *indiretas* decorrentes do postulado nos Decretos de execução).

¹⁷¹ Isto mesmo surge comprovado, *e.g.*, no relatório setorial da GNR anexo ao 2.º Relatório da EMEE, p. 93: Na sequência do Decreto n.º 2-B/2020, de 02 de abril, a GNR planeou e implementou a Operação COVID-19 Recolhimento Geral, de 03 a 08 de abril 2020, com os seguintes objetivos: (...) O incremento de ações de sensibilização e de aconselhamento à comunidade local sobre o dever especial de proteção e do dever geral de recolhimento (...)."

¹⁷² Leia-se, novamente, o relatório setorial da GNR anexo ao 2.º Relatório da EMEE, p. 94: "Ações de fiscalização nos principais eixos rodoviários de acesso a locais nacionais de culto religioso cristão durante o Domingo de Ramos, a 05 de abril de 2020 (...)", ou a própria operação específica *COVID-19 Páscoa em Casa* que a GNR montou face às celebrações pascais, entre 9 e 13 de abril (p. 96), com uma série de atuações aí descritas, resultando em 6 153 ações de patrulhamento, dos mais diversos tipos, e 74 314 cidadãos fiscalizados (pp. 98 e 99).

8.1.5. A renovação na continuidade pelo Decreto n.º 2-C/2020

Em relação ao último Decreto governamental que deu execução à (terceira) declaração de estado de emergência, o Decreto n.º 2-C/2020, de 17 de abril, este manteve praticamente inalteradas as atribuições de polícia, com dois aspetos *salientes*:

a) em primeiro lugar, a formulação da al. e) do n.º 1 do art. 46.º contém uma *nova* exceção ao exercício do poder policial de *dispersão das concentrações superiores a cinco pessoas*: trata-se de uma exceção *importante* na medida em o legislador remete para uma formulação algo aberta, ainda que de teor residual: “outras atividades de natureza análoga ou por outros motivos de força maior ou necessidade impreterível, desde que devidamente justificados” (art. 5.º, n.º 1, al. u), para o qual remete a al. e) do n.º 1 do art. 46.º);

b) depois, *ex vi* do n.º 6 do citado art. 46.º, às FSS são atribuídas competências no sentido de co-organizar e co-determinar (em cooperação com as centrais sindicais), atendendo às normas de proteção e promoção da segurança sanitária “a participação dos cidadãos nas atividades relativas à celebração do Dia do Trabalhador”. Entender-se-ia que, na decorrência do contexto (em que a manifestação em causa assenta numa realidade social não abstraída da crise sanitária) e do próprio espírito do Decreto n.º 2-C/2020 que (à semelhança dos seus antecedentes) se destina a regular e mitigar todas as situações da vida social que contribuam para o agravar da saúde pública, as polícias administrativas não necessitariam desta previsão expressa de ação neste específico dia 1 de maio de 2020. Ainda assim, trata-se de uma norma *relevante* que passa à sociedade a ideia (caso esta ainda a não tenha apreendido...) de que as *novas* regras de exceção, face à crise sanitária em que mergulhamos, - e muito embora tenha sido permitida, pelo art. 5.º, n.º 1, al. t), a participação dos cidadãos nas cerimónias do Dia do Trabalhador -, são para ser cumpridas, independentemente do contexto exterior-social que as envolva. Assim, desenvolveram as polícias, a propósito das

comemorações mencionadas, importantes tarefas de controlo, vigilância, patrulha, e eventuais outras medidas de polícias, necessárias, como ordens policiais de dispersão, recolha ao domicílio ou mesmo medidas policiais de reação (designadamente, detenções).

Refira-se que a competência das FSS para desenvolver as atividades policiais pode interpretar-se como ainda encontrando respaldo nas próprias LO. Atente-se, em relação à GNR, no art. 3.º, n.º 2, al. g) da LOGNR (e até no próprio n.º 1, al. q), do mesmo artigo, ainda que se pareça tratar de uma norma residual e sempre seja necessário o sopesamento do critério da proporcionalidade (em sentido amplo, art. 272.º, n.º 2 da CRP) do comando legal, não bastando à entidade policial o mero seguimento *cego* daquele). Quanto à PSP, a respetiva LO é mais clara, estabelecendo o legislador, no n.º 1 do art. 3.º, uma distinção de normatividade aplicável à PSP, consoante estejamos em período de *normalidade institucional* ou, pelo contrário, em *situações de exceção*. A propósito destas últimas, as atribuições da PSP são “as resultantes da legislação sobre a defesa nacional e sobre o estado de sítio e de emergência”. O que não nos impede, não obstante, tal como praticado a propósito da GNR, de encontrar ecos, previsões aproximadas, destinadas a vigorar na *normalidade*, das competências que foram acometidas à PSP na pendência do estado de emergência. De facto, sempre constitui competência da PSP, ainda que agora aparecendo revestida por maior músculo, em função das circunstâncias ligadas à crise sanitária e do subsequente decretar de estado de emergência, “garantir a ordem e a tranquilidade públicas e a segurança e a protecção das pessoas e dos bens” (art. 3.º, n.º 2, al. b)). Em relação ao SEF, pode apontar-se o art. 2.º, n.º 1, al. c) da LOSEF.

8.1.6. Os princípios fundamentais como importante temperamento das competências excecionais

Sempre se tem como necessário, subjacente a todo este complexo emaranhado, descortinar a manutenção dos designados *princípios fundamentais* da atividade policial.

Refira-se aí, sem dúvida, a exigência de cumprimento do princípio da tipicidade (n.º 2 do art. 272.º da CRP), que em certo sentido se vem já mencionando. Não houve lugar à preterição do princípio da tipicidade: as medidas de polícia continuam a apresentar-se em geral como *típicas*, porque fundadas em ato normativo prévio, ainda que esteja em causa uma legalidade excecional (tanto as medidas em si mesmas consideradas como os pressupostos legais de aplicação). As autoridades policiais parecem continuar *somente* a ter a seu cargo, tal qual em situação de normalidade, a *faculdade* de apreciar discricionariamente (desde que não de modo *excessivo*) as circunstâncias concretas de forma a avaliar a verificação dos pressupostos legais de aplicação da medida de polícia em causa.

Não se descure, de resto, como se teve a oportunidade de clarificar *supra*, que a tipicidade não é - não pode ser - exaustiva, no sentido de levar à determinação de todas as medidas de polícia de exercício possível. Com efeito, “dada a imprevisibilidade de todas as circunstâncias em que perigos de tais ofensas exigem ações policiais preventivas, a natureza das coisas impede uma tipificação normativa que ligue todas as formas da conduta policial a pressupostos determinados” (sublinhado nosso)¹⁷³. Ainda assim, deve a *precedência de lei* materializar-se em atribuições com “conteúdo suficientemente definido na lei”¹⁷⁴,

¹⁷³ Votos de vencido do Juiz Conselheiro Sousa Brito aos Acs. do TC n.º 156/91, 158/91 e 160/91, de 24/04/1991.

¹⁷⁴ G. Canotilho e V. Moreira, *Constituição...*, cit., Vol. II, p. 860; Ac. do TC n.º 479/94, de 07/07/1994.

no sentido em que, adotando as FSS atuações policiais que não estejam expressamente previstas nos decretos de execução, têm estas de buscar fundamento substancial nas normas que contenham medidas policiais abstrata e globalmente consideradas, precisamente assim contempladas de modo a considerar a intrínseca condição policial de *submissão à imprevisibilidade*. É o caso da aludida norma que prevê a dispersão de grupos superiores de 5 pessoas (art. 43.º, n.º 1, al. e) do Decreto do Governo n.º 2-A/2020): as medidas policiais que sejam tomadas a esse título ainda se encontram cobertas pela tipicidade legal (ou precedência de lei).

Uma nota, no entanto, para a *queda* na subjetividade que ainda se pôde observar em alguns momentos na consagração das normas constantes dos decretos governamentais de execução. Aponte-se o exemplo da permissão de deslocções de *curta duração*, para efeitos de fruição de momentos ao ar livre e de atividade física¹⁷⁵ (art. 4.º, n.º 2, al. d), dos decretos n.º 2-A, 2-B e 2-C/2020). A escolha da expressão “curta duração” sem que se proceda a um qualquer tipo de balizamento temporal pode tornar a conseqüente medida policial de controlo, ou, ao menos, o *animus* policial com o qual são tomadas as medidas excessivamente subjetivo, o que acaba minando o princípio da tipicidade, podendo até ter propiciado o dimanar de ordens *ilegais* já que, abrindo-se de tal forma, com toda esta subjetividade, caminho à discricionariedade policial, a via fica aberta a que

¹⁷⁵ O “problema” não é descortinado por nós, mas antes expressamente apontado no relatório setorial da PSP anexo ao 2.º Relatório da EMEE, p. 135: “Na atuação policial foi sentida a necessidade de uma definição mais objetiva das restrições quanto às exceções previstas nos artigos 4.º e 5.º do Decreto n.º 2-B/2020 de 2 de abril, por exemplo nas deslocções de curta duração, para efeitos de fruição de momentos ao ar livre e nas deslocções de curta duração para efeitos de atividade física, sendo proibido o exercício de atividade física coletiva (como se aferia a curta duração em ambas as situações?)”.

Outros exemplos podem apontar-se: é o caso das “outras atividades de natureza análoga ou por outros motivos de força maior ou necessidade impreterível, desde que devidamente justificados [o legislador parece confiar demasiado no *bom senso* das autoridades policiais na tarefa de elucubração desses “motivos de força maior ou necessidade impreterível” e conseqüente justificação]” (art. 4.º, n.º 2, al. f.) dos três decretos).

existam medidas tomadas para lá dos limites legais (podendo, aqui, falar-se, em virtude da eventual *infeliz* linguística do legislador, até de um ultrapassar do espírito deste).

Uma parte substancial das atribuições de competências às FSS nos termos dos Decretos governamentais de execução constam da LSI tipificadas como medidas de polícia. Destacam-se, *ex vi* do art. 28.º, “a identificação de pessoas suspeitas que se encontrem ou circulem em lugar público, aberto ao público ou sujeito a vigilância policial (al. a)); a interdição temporária de acesso e circulação de pessoas e meios de transporte a local, via terrestre, fluvial, marítima ou aérea (al. b)); “a evacuação ou abandono temporários de locais ou meios de transporte (al. c))”, ou, nos termos do art. 29.º, al. c) (sendo considerada uma *medida especial de polícia*), “a realização de acções de fiscalização em estabelecimentos e outros locais públicos ou abertos ao público”.

Ainda assim, trata-se de medidas que, em circunstâncias de normalidade, dado restringirem intensamente direitos, liberdades e garantias, não seriam admitidas. Necessitam, portanto, de uma *forte* base jurídico-constitucional (a decretação e respetiva execução por Decreto do estado de emergência constitucional) sendo que ainda aí se não dispensa o imperativo de proporcionalidade (art. 19.º, n.º 4 e n.º 8 da CRP e n.º 2, *in fine*, do art. 272.º da CRP, e art. 19.º da LRESEE), que devem aliás maximizar¹⁷⁶. É nesse sentido que se deve entender que as FSS continuam, no desenvolver da sua função, naturalmente adstritas ao cumprimento do art. 272.º, n.º 2, *in fine* da CRP, pois que o instaurar do próprio regime do estado de exceção constitucional pressupõe,

¹⁷⁶ E não se oblitere que, mesmo em estado de necessidade, independentemente da existência dos postulados do n.º 4 e 8 do art. 19.º da CRP e do art. 19.º da LRESEE, a Administração sempre vê obrigada a tomar medidas “adequadas às circunstâncias factuais, adequação que deve ser vista em razão do tempo [urgência: *urge* não cumprir as regras legais-formais de procedimento em face do *perigo atual e iminente* que ameaça o bem jurídico de interesse público] e do espaço - princípio da proporcionalidade na sua faceta de adequação”, D. Freitas do Amaral e M.ª da Glória Garcia, *O Estado de Necessidade...*, cit., p. 474.

como se viu, a não eliminação do critério da proporcionalidade na adoção dos *meios utilizados* (ou a utilizar) para a *execução* (recorrendo à formulação textual do n.º 4 do art. 19.º da CRP) do estado de emergência.

A própria LSI indica, desenvolvendo o mandamento constitucional do art. 272.º, n.º 2, que “as medidas de polícia são as previstas na lei, não devendo ser utilizadas para além do estritamente necessário e obedecendo a exigências de adequação e proporcionalidade” (art. 2.º, n.º 2) e que “as medidas de polícia só são aplicáveis (...) sempre que tal se revele necessário, pelo período de tempo estritamente indispensável para garantir a segurança e a protecção de pessoas e bens e desde que haja indícios fundados de preparação de atividade criminosa ou de perturbação séria ou violenta da ordem pública (art. 30.º)”.

A LSI concretiza, em nosso entender de forma *feliz*, a exigência de proporcionalidade, que mesmo em tempos de exceção se deve aplicar à atividade excepcional (pois que o próprio espírito da LSI se destina a dispor sobre *ameaças graves* - como é sem dúvida esta com que nos deparamos - *à segurança interna*: veja-se, *e.g.*, o seu art. 13.º, n.º 1). Ficamos a saber, numa formulação mais clara do que o disposto constitucionalmente - e por isso menos dada a dissensos interpretativos -, que se devem aplicar à atividade policial - em qualquer circunstância - os três subprincípios desenvolvidos classicamente pela doutrina e jurisprudência (*necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito*), para além de tomarmos contacto com *exigências* que poderiam não “saltar à vista” de uma interpretação menos detida do art. 272.º, n.º 2 da CRP: para além de a dimensão temporal ser relevante para efeitos da elucubração da proporcionalidade (aqui, em sentido amplo) da medida emanada pela autoridade policial, para que uma (qualquer) medida de polícia seja emanada têm de existir “indícios fundados de preparação de atividade criminosa ou de perturbação séria ou violenta da ordem pública” (art. 30.º, *in fine*, da LSI). Este é um aspeto relevantíssimo, que importa consequências de grande monta na atividade policial de reação à ameaça do COVID-19, à luz do estado de emergência constitucional

por calamidade de saúde pública. Com efeito, este requisito obriga à adoção policial de uma medida de teor predominantemente *pedagógico*, não repressivo, sempre que possível, pois que se o cidadão prevaricador, muito embora violando um comando legal, não demonstra *indícios fundados de preparação de atividade criminosa ou de perturbação séria ou violenta da ordem pública*, toda a aplicação de uma típica medida de polícia não tem fundamento legal porque o art. 30.º da LSI expressamente a proíbe. Neste sentido, pode afirmar-se sem dúvida, se coloca o espírito dos Decretos de execução e a própria *vontade* dos poderes públicos (*maxime*, do Governo).

Mesmo que assim não sucedesse, desenvolvendo os Decretos de execução um espírito *policial repressivo*, sempre se diria, (como se dirá, de forma mais desenvolvida, no ponto *infra*) que essas medidas, uma vez aplicadas de forma *excessiva* (e.g., não se cominava a *fase* da ordem policial de recolha ao domicílio, *passando-se diretamente para a fase* da ordem policial de detenção pelo crime de desobediência), violariam o princípio (que, em primeira fase, é constitucional) da proporcionalidade. Seriam, também aí, ilegítimas e intoleradas face ao ordenamento jurídico vigente.

Trata-se de uma decorrência incontornável: haveria, nestes termos, violação do princípio da proporcionalidade, houvesse ou não a previsão do art. 30.º da LSI. A medida em causa não se teria, à partida, adequada, provando-se que a ordem policial de recolha do cidadão ao respetivo domicílio já evitava, só por si - sem mais -, o resultado previsto.

De forma conexas com o princípio da proporcionalidade, a LSI procede ainda a uma exigência relevante: o art. 34.º, n.º 1 alude aos *meios coercivos* (uso da força, armas de fogo, explosivos, etc.), indicando que as FSS só podem a eles recorrer “para repelir uma agressão actual e ilícita de interesses juridicamente protegidos, em defesa própria ou de terceiros” (al. a)), e “para vencer resistência à execução de um serviço no exercício das suas funções, depois de ter feito aos resistentes

intimação formal de obediência e esgotados os outros meios para o conseguir” (al. b))¹⁷⁷. Nesta medida, as FSS, num caso em que um cidadão viola o dever geral de recolhimento domiciliário, não poderão nunca dimanar uma ordem policial de recolha ao domicílio recorrendo à coação através do emprego de uma arma se o cidadão não tiver fornecido um indício suficientemente relevante de que irá oferecer resistência.

No que tange em específico a cada força policial, daquelas sobre as quais nos debruçamos nesta sede, em relação à GNR, esta exigência de proporcionalidade surge em contexto de normalidade a propósito do art. 14.º, n.º 1 da respetiva LO; em relação à PSP, a LOPSP procede a semelhante referência nos termos do seu art. 12.º, n.º 1; relativamente ao SEF, a respetiva LO refere-se a este requisito no art. 61.º, n.º 1.

8.2. Abordagem analítica

Já no século XX entendia MARCELLO CAETANO que “a atividade policial é, na verdade, um processo jurídico de desenvolvimento da Administração Pública, e não uma forma de pura afirmação de força”¹⁷⁸. Nesse âmbito, também “o estado de sítio [e o estado de emergência, podemos acrescentar] não é um regime de arbítrio ou de prepotência, mas simples atuação imposta pelo estado de necessidade em que todos os interesses são subordinados ao interesse supremo da salvação pública, prevalecendo as medidas de polícia indispensáveis à sua preservação”¹⁷⁹ (sublinhado nosso).

¹⁷⁷ Exigências reforçadas, em relação à GNR e à PSP, no art. 8.º do Código Deontológico do Serviço Policial (Resolução do Conselho de Ministros n.º 37/2002, de 28 de fevereiro).

¹⁷⁸ M. Caetano, *Manual...*, cit., p. 1160.

¹⁷⁹ M. Caetano, *op. cit.*, loc. cit.

O paradigma de atuação policial que se defende nesta exposição, alicerçado na formulação do art. 272.º da CRP contribui decisivamente “para uma melhor e maior proteção dos direitos fundamentais, visto a atividade de afastamento de perigos começar um pouco antes do que é habitual na atuação policial”¹⁸⁰.

Sem dúvida, a *viragem constitucional* para um Estado Social de Direito, aliada à consagração, no art. 272.º, n.º 1 da CRP, do objetivo policial de defesa e garantia dos direitos dos cidadãos gera sobre as FSS um imperativo de dimensão positiva que abre o leque de possibilidades de intervenção policial, desprendendo-a dos restritos espaços da repressão e/ou punição dos comportamentos sociais periclitantes ou desviantes.

Acresce a própria lógica da precaução e prevenção do perigo exposta *supra* (5.), daqui resultando um oceano de opções que se abrem às forças policiais dentro deste contexto de atuação prestacional em ordem à promoção da legalidade democrática e dos direitos dos cidadãos. Destacam-se duas específicas vias que se vêm denotando firmemente no comportamento adotado pelas FSS no quadro de normalidade: desde logo, a abordagem pedagógica através de políticas de sensibilização, que podem ser desdobradas, num elenco que naturalmente não é taxativo, em campanhas de informação junto dos cidadãos mais suscetíveis, ações educativas junto de jovens, ou ações destinadas à formação e autoproteção dos idosos. É neste sentido que tipicamente nos deparamos com painéis publicitários nos quais se lê *se beber, não conduza* (ou frase equivalente) ou tomamos conhecimento, pelos serviços noticiosos televisivos, de ações de formação de agentes da GNR, nas zonas mais isoladas, no sentido de munir os idosos de conhecimentos que os permitam evitar burlas. Esta vertente pode ser realizada por várias outras formas, desde logo através de comunicação via *internet* (*site* ou redes sociais das forças e serviços de segurança).

¹⁸⁰ J. Silva Sampaio, *O Dever de Proteção...*, cit., p. 47.

Só um exercício de exegese desligado do panorama e da realidade social atual pode levar a que se não considere este paradigma positivo, de pedagogia, educação, formação do cidadão. Tratam-se de *políticas* que promovem a aproximação entre agente e cidadão, isso contribuindo para um maior sentimento de segurança da comunidade e, ainda, um elevar do prestígio das forças e serviços de segurança (nem sempre historicamente nos melhores níveis).

No sentido desta aproximação elenca-se, em segundo lugar, o *policciamento de proximidade*. A noção de proximidade relaciona-se intimamente com a lógica de prevenção da criminalidade e subsequente defesa dos direitos dos cidadãos (e da legalidade democrática) já que dirige o seu foco para uma fase anterior à ocorrência do *problema*¹⁸¹, pugnando assim pela manutenção do bem-estar da comunidade. O conceito chave é, então, a prevenção, ao invés da reação. O foco são as causas e não os efeitos. E porque a intervenção policial surge mais *cedo* do que o habitual, prevenindo-se ao invés de se reprimir, a proteção aos direitos fundamentais é indubitavelmente maior (assim se maximizando o imperativo constitucional do art. 272.º, n.º 1, *in fine*). Neste “estado de coisas”, a polícia não é meramente “profissional”, mas antes educativa, *próxima*. Observa-se, portanto, uma intervenção claramente positiva (ou prestacional) já que a iniciativa deriva das FSS, numa ideia de *proatividade policial* que “leva a que lhe caiba a procura dos problemas locais e a recolha de informação para a descoberta da solução mais adequada”¹⁸².

O sentimento de segurança também sai reforçado já que é indispensável uma estreita conexão entre o polícia e o cidadão, nos termos da qual aquele assegura “uma presença personalizada, regular”¹⁸³ e este “participa ativamente nas soluções

¹⁸¹ Eduardo Romeu de Oliveira Lérias, “Policciamento de Proximidade - Um caso de boas práticas”, in *Revista de Direito e Segurança*, n.º 9, 2017, pp. 147-186, p. 155.

¹⁸² E. R. de Oliveira Lérias, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁸³ E. R. de Oliveira Lérias, *op. cit.*, *loc. cit.*

encontradas para a resolução de problemas, validando ou não a atuação policial¹⁸⁴.

O policiamento de proximidade é uma realidade entre as nossas FSS: desde logo, através das ações de patrulhamento¹⁸⁵, mas também outro tipo de atividades conexas, direcionadas a setores específicos da sociedade: em relação à GNR, os Programas Especiais de Policiamento de Proximidade (PEPP) contêm variadíssimas iniciativas neste âmbito, desde o *Farmácia Segura* (destinado a minimizar os riscos a que se expõem quer os profissionais, quer os utentes dos estabelecimentos farmacêuticos) ao *Turismo Seguro* (promover o apoio, a segurança e o combate ao crime contra o turista), passando pelo *Idosos em Segurança* (e.g., reforço de policiamento dos locais públicos mais frequentados por idosos)¹⁸⁶; relativamente à PSP, que apresenta o Modelo Integrado de Policiamento de Proximidade (MIPP), pode destacar-se (de entre vários) o famigerado *Escola Segura*, programa através do qual a PSP promove a segurança e vigilância das áreas escolares, prevenindo designadamente a delinquência juvenil¹⁸⁷.

Tudo isto representa um paradigma assaz distinto daquele que se possa à vista desarmada pincelar a propósito da atividade policial típica. Não obstante, num quadrante de Estado Social de Direito, é este o caminho, a maximizar, para as forças e serviços de segurança. A forma como se alcança a proteção da legalidade democrática e da segurança interna está constitucionalmente subordinada à garantia dos direitos dos cidadãos, desse modo se espoletando um efeito vinculador para as polícias administrativas no sentido da atuação

¹⁸⁴ E. R. de Oliveira Lérias, *op. cit.*, p. 157.

¹⁸⁵ A título de exemplo, em relação à GNR, reguladas pelo art. 6.º, n.º 2 (que bem atesta do espírito preventivo do patrulhamento) e art. 161.º do Regulamento Geral do Serviço da GNR (Despacho n.º 10393/2010).

¹⁸⁶ Informações retiradas do sítio eletrónico oficial da GNR disponível em: www.gnr.pt.

¹⁸⁷ Informações retiradas do sítio eletrónico oficial da PSP disponível em: www.psp.pt.

preventiva, proativa e não meramente reativa, controlando o risco e o perigo. Às polícias são exigidas atuações positivas, autênticas prestações policiais no sentido de neutralizar, evitando, perigos iminentes para a vida em comunidade.

É neste âmbito que surgem programas e ações como os descritos *supra*. Neste domínio, não existem necessariamente restrições às liberdades individuais (o que tipicamente se apontava como requisito das medidas policiais)¹⁸⁸, ou, pelo menos, não aparece esse como sendo o objetivo primeiro da medida policial, ainda assim, que se não tenha dúvidas de que, do ponto de vista teórico, se está perante medidas e atividade de polícia: surge como indiscutível a minimização ou prevenção de perigos sociais existentes ou iminentes¹⁸⁹.

Decididamente, “o mandato da Polícia não se pode esgotar na sua atividade de combate ao crime. Tem de haver, em simultâneo, um mandato social, isto é, a Polícia deve desempenhar funções de tranquilização e de fortalecimento da comunidade”¹⁹⁰.

A *atitude* preventiva que da interpretação do art. 272.º, n.º 1 da CRP deve resultar como de necessária imputação às FSS leva a que, em geral, se promova o respeito pelo princípio da proporcionalidade na atividade policial (n.º 2, *in fine*, do art. 272.º e art. 266.º, n.º 2 da CRP). Não obstante ser o princípio da proporcionalidade um critério relacional concreto que nos transporta automaticamente para o momento prático da contraposição de bens e opções a tomar, não é de especial exigência o raciocínio de que, uma vez vinculada ao uso de meios *estritamente necessários*, a polícia, “usando” da prevenção (designadamente nos termos que temos observado, através da sensibilização) ao invés da repressão (eventualmente dimanar de ordens policiais ou detenções

¹⁸⁸ Remete-se, entre todos, para o pensamento de Marcello Caetano (referência 9).

¹⁸⁹ Se quisermos, o “afastamento dos danos sociais”, como elenca M. Caetano (*op. cit., loc. cit.*).

¹⁹⁰ Nuno Jorge de Lima Ferreira, “A Comunicação de Crise: Contributo para a atividade operacional da Polícia”, 2017, ISCPSI (Dissertação de Mestrado em Ciências Policiais), p. 31.

envolvendo a coação direta através do uso de armas), e mantendo a eficácia da sua atividade, dá naturalmente cumprimento ao princípio da proporcionalidade, porque demonstrou que o meio da informação, ou pedagogia, se revelou não só adequado como proporcional face às exigências da situação.

Os mesmíssimos excogitos resultam para a situação da atividade policial ao abrigo do estado de emergência constitucional. Porque a exceção constitucional não é uma fuga à Constituição, quer as funções constitucionalmente acometidas quer o princípio da proporcionalidade não deixam, como se demonstrou, durante este tempo, de se aplicar à função policial. Nessa medida, a lógica da atividade policial não se altera, devendo ser conferida, tanto quanto possível, uma *preferência* à via da sensibilização, da comunicação, da proximidade, da pedagogia, como via mais proporcionada ao controlo do perigo (*in casu*, adveniente dos riscos de contágio pela doença pandémica).

Deve entender-se que as FSS, por relação às atribuições policiais que lhe foram conferidas pelos decretos governamentais de execução do estado de emergência, ficaram investidas de garantir a proteção desse enormíssimo valor constitucional e simultaneamente direito fundamental dos cidadãos: a saúde (pública). A abordagem tem de ser a que se vem referindo para tempos de normalidade: aposta no combate à prevenção dos perigos contra a saúde pública, abordagem essa que apenas se consegue eficazmente mediante a pedagogia. A opção do Governo da República (que, em rigor, corresponde a uma obrigação jurídico-constitucional) recaiu, de forma sempre preferencial (até ao limiar da eficácia), como houve oportunidade de se demonstrar, sobre o emanar de recomendações, informações ou aconselhamentos, através dos quais as polícias visam moldar comportamentos, neles intervindo positiva ou negativamente. Trata-se de medidas em linha com as políticas de sensibilização dos tempos de normalidade, alterando-se somente o *tema*.

Como pode ler-se no 1.º Relatório da EMEE, “o Governo optou por uma abordagem pedagógica, informativa e de aconselhamento, para levar os cidadãos a adotar as melhores práticas no cumprimento das regras de exceção impostas. Para tal desígnio em muito tem contribuído a pronta e eficaz resposta das forças e serviços de segurança no contacto diário com as populações”¹⁹¹. “De um modo geral, a atuação das FSS pautou-se por uma presença visível e constante de aconselhamento e sensibilização dos cidadãos para os deveres impostos no Decreto de execução da declaração do estado de emergência (...)”¹⁹².

Reveste-se de importância vital a “estreita cooperação mantida entre a GNR, a PSP e o SEF a nível operacional e da troca de informação, nomeadamente no controlo efetuado nos nove pontos de passagem autorizados ao longo da fronteira terrestre e na identificação de casos de contágio em comunidades de imigrantes”¹⁹³, deveres que, aliás, logo derivam do art. 6.º das LOGNR e LOPSP, do art. 5.º, n.º 1 da LOSEF e do art. 6.º, n.º 2 da LSI.

Os resultados desta abordagem houveram de ser interpretados como positivos: “na pendência do período de estado de emergência em análise (22 de março a 2 de abril) as FSS registaram 108 detenções pelo crime de desobediência e foram encerrados 1.708 estabelecimentos comerciais, demonstrando um elevado grau de acatamento das regras impostas no estado de emergência por parte da população em geral”¹⁹⁴. “As forças e serviços de segurança, de forma consistente, deram nota de um acatamento generalizado da legislação adotada no contexto do estado de emergência”¹⁹⁵. “No segundo período de aplicação do estado de emergência, que decorreu entre 3 e 17 de abril, registaram-se 184

¹⁹¹ 1.º Relatório da EMEE, pp. 41 e 42.

¹⁹² 1.º Relatório da EMEE, p. 43.

¹⁹³ 1.º Relatório da EMEE, *loc. cit.*

¹⁹⁴ 1.º Relatório da EMEE, p. 47.

¹⁹⁵ 1.º Relatório da EMEE, p. 55.

detenções por crime de desobediência e o encerramento de 432 estabelecimentos”¹⁹⁶.

Visando pôr em prática a política de sensibilização para a adoção das medidas constantes dos decretos de execução do estado de emergência, as FSS recorreram a uma “utilização intensiva das redes sociais e tecnologias de informação, bem como da profícua relação com os órgãos de comunicação social, [que] permitiram apelar à consciência cívica e espírito de cidadania dos portugueses, contribuindo para um elevado nível de acatamento das imposições legais, em prol da saúde pública”¹⁹⁷. Neste sentido, foram também utilizados “alertas sonoros com os altifalantes das viaturas e dos meios de vigilância aérea não tripulados “drones”, divulgando mensagens pedagógicas e de sensibilização, apelando à adoção dos cuidados a ter e dos procedimentos inerentes ao cumprimento das restrições legais impostas”¹⁹⁸.

Quanto ao policiamento de proximidade, o patrulhamento revelou-se “um elemento crucial que permitiu manter o vigor na prevenção, na consciencialização e na repressão de comportamentos de risco pela população, com particular cuidado com a comunidade sénior e mais fragilizada no interior do País”¹⁹⁹.

A adoção de todos estes mecanismos, que se traduziu na emanção pelas FSS de medidas policiais dirigidas à prevenção dos riscos para a saúde pública, se vem a revelar salutar e, repetimos, a única via possível. De um ponto de vista de *mera* análise sociológica, grassando a incerteza (mesmo entre a comunidade científica), é, todavia, possível perceber que os impactos da epidemia por COVID-19 se apresentam enormes e difusos. É precisamente por esta razão que a ótica deve

¹⁹⁶ 2.º Relatório da EMEE, p. 55.

¹⁹⁷ 1.º Relatório da EMEE, p. 66.

¹⁹⁸ 1.º Relatório da EMEE, *loc. cit.*

¹⁹⁹ 2.º Relatório da EMEE, p. 86.

estar em antecipar e precaver com a maior acuidade possível toda a danosidade social²⁰⁰.

Concluindo, a lógica sensibilizadora e preventiva que as FSS têm adotado em tempos de normalidade que nos permite afirmar que atualmente o móbil das polícias não será já a prevenção da ordem pública, mas sim a prevenção do desconhecido, dos riscos incertos, voláteis e quase sempre em constante mutação²⁰¹. Assim, em tempos em que se desconhecia o alcance contagioso potencial do vírus, o impacto e a sua duração (questionando-nos se ainda ao dia de hoje conhecemos...), cabe à atividade policial, enquanto órgão da Administração Pública, a função de proteção dos direitos dos cidadãos, segundo os ditames constitucionais e no quadro do Estado Social de Direito. É sob este ponto de vista que se justifica uma ação concertada e firme das forças e serviços de segurança, sempre, e ainda assim, balizada pelo princípio-chave da proporcionalidade (só assim se pode assegurar o princípio democrático, mesmo em tempos de exceção), o que resulta, precisamente, numa lógica de ação antecipada, preventiva, mas simultaneamente não *excessiva*, antes sensibilizadora, dissuasora da prevaricação, informadora, pedagógica²⁰².

²⁰⁰ “A incerteza é o eixo em torno do qual o princípio [da precaução] é organizado” (Nicolas de Sadeleer). *Apud.* J. Silva Sampaio, *O Dever de Proteção..., cit.*, referência 210.

²⁰¹ A este respeito, cite-se J. Silva Sampaio, *op. cit.*, p. 77, segundo o qual “o risco deixou de ser considerado como excepcional e relacionado com determinados âmbitos, para passar a ser encarado como geral, como uma ameaça genérica sobretudo em matéria de saúde pública e meio ambiente”.

²⁰² J. Silva Sampaio, *op. cit.*, p. 78: “quando o resultado final da avaliação do risco é um estado de incerteza científica sobre o risco concreto, os responsáveis políticos terão a difícil tarefa de atuar ou abster se de atuar, em função de considerarem que existe uma afetação ou ameaça do nível de proteção assumido de um determinado bem jurídico”. “Quanto mais importante for o bem jurídico protegido e mais irreversíveis forem os potenciais prejuízos, menor é o nível de tolerância do risco e maior o intervencionismo público”.

8.2.1. Em especial, o direito de resistência

Cumprir terminar por uma especial reflexão acerca da relação normativo-fática do cidadão com o conteúdo dos decretos de execução: como demonstrado, houve um acatamento geral pelos cidadãos das regras impostas na pendência do estado de emergência, mas e se tal não tivesse sucedido nesse sentido? Referimo-nos às situações em que o cidadão alvo das gravosas medidas de exceção resiste aos poderes públicos (*rectius*, autoridades policiais) no caso de aquelas extrapolarem as competências (em muitos casos, para além de *inovadoras, alargadas*) das entidades administrativas. Se se entendeu, por um lado, que se está perante um estado de necessidade fundado nos decretos de execução (e nas opções político-legislativas que daqueles constam), deve *a fortiori* considerar-se que a ação da Administração se encontra *balizada*, limitada, também pelos parâmetros constantes dos decretos de execução.

O cidadão sempre deve dispor, mesmo no quadro de uma situação de exceção, do seu direito de resistência face a ordens ilegítimas dimanadas dos poderes públicos. Em sentido inverso se colocou o Decreto Presidencial n.º 14-A/2020, de 18 de março, através do art. 4.º, al. g), suspendendo o direito de resistência (art. 21.º da CRP)²⁰³. Podendo, aliás, discutir-se a vinculatividade desse

²⁰³ Nos Decretos subsequentes, através, em ambos, do art. 5.º, o direito de resistência é suspenso quanto a atos “de resistência ativa ou passiva exclusivamente dirigido às ordens legítimas emanadas pelas autoridades públicas competentes (...)”. Inócua referência esta (no mínimo), pois que o exercício do direito de resistência será sempre inválido se dirigido a ordens legítimas da Administração. Na verdade, este direito pode/deve ser utilizado apenas em situações extremas, não bastando uma mera *dúvida* do cidadão quanto à legitimidade da ordem emanada pelo poder público. Portanto, deve entender-se que o direito de resistência esteve ilegitimamente suspenso entre 18 de março e 2 de abril de 2020 (data de entrada em vigor do segundo Decreto presidencial). A disposição de execução do art. 5.º dos Decretos presidenciais é, no Decreto 2.º-B, o art. 43.º, n.º 6 e, no Decreto 2.º-C, o art. 46.º, n.º 7. Uma nota, ainda, para a “natural” omissão desta circunstância no ponto 5.7, pp. 38 e 39, do 1.º Relatório sobre a aplicação da declaração do estado de emergência, da autoria da EMEE (criada pelo Governo dando cumprimento ao art. 28.º, n.º 1 da LRESEE). O que, contudo, acaba por não obstar, ao que parece, a que o Governo adote *de facto* um raciocínio relacionado com a interpretação da obliteração do direito de resistência *apenas* face a ordens legítimas. Assim, *e.g.* (pp. 46 e 47): “(...) foi entendido que o desrespeito pelos deveres instituídos pelos artigos 4.º e artigo 5.º legitima a emissão de uma ordem por parte dos elementos das Forças e

postulado, já que não veio a ser contemplado no respectivo Decreto de execução n.º 2-A/2020, de 20 de março. Somos de entender que com o Decreto presidencial de declaração de estado de exceção surge desde logo uma normatividade primária relevante; o mesmo é dizer: o direito de resistência foi efetivamente precludido entre nós, independentemente de menção expressa nesse sentido (que não veio a suceder) no respectivo Decreto de execução.

Cabe, portanto, um posicionamento crítico quanto a essa obliteração, que no essencial se reduz à reprodução das palavras da Doutrina mais qualificada na matéria: «em relação às medidas que afetem os direitos, liberdades e garantias e (...) que excedam os termos da declaração [de estado de emergência constitucional], os cidadãos gozam naturalmente dos mesmos meios de defesa que têm contra ofensas efetuadas fora do estado de exceção, começando pelos meios judiciais (art. 20.º) e terminando no direito de resistência (art. 21.º), os quais, pela sua própria natureza instrumental, devem considerar-se fora da ação do estado de exceção» (sublinhado nosso)²⁰⁴. Referindo-nos nestes termos, em relação às *medidas* (legislativas) que afetem os direitos, liberdades e garantias dos administrados, a solução deverá ser semelhante, por maioria de razão, quanto aos atos e operações materiais praticados pela Administração. Com efeito, é esta situação jurídica ativa que se gera na esfera do cidadão, a última defesa que lhe resta contra a arbitrariedade dos poderes públicos (decisivamente relevante no confronto com as ordens policiais (ilegítimas), ficando este reduzido a nada, indefeso, na circunstância da sua suspensão.

Pense-se na hipotética situação de uma medida policial de ação direta sobre um cidadão no sentido da sua detenção por crime de desobediência por o agente

Serviços de Segurança tendente ao seu cumprimento, o que, em caso de recusa por parte do cidadão advertido, não sendo invocável o direito de resistência por se tratar de uma ordem legítima emanada por autoridade pública na vigência do estado de emergência, resulta necessariamente na prática do crime de desobediência, por parte do cidadão.” (sublinhado nosso).

²⁰⁴ G. Canotilho e V. Moreira, *Constituição...*, cit., Vol. I, p. 404. Também neste sentido, J. Bacelar Gouveia, *Estado de Exceção...*, cit., p. 293.

policial estar absolutamente convicto de que aquele está infetado com a COVID-19 (violação do confinamento obrigatório - artigos 3.º, n.º 1, a. a) e 32.º, n.º 1, al. b) do Decreto de execução n.º 2-A/2020, de 18 de março), o que não corresponde à verdade. Ora, não podendo o cidadão dispor do seu direito de resistência - como não puderam todos os cidadãos - não teria o poder de resistir à ordem do agente policial, ainda que esta se revista de uma ilegitimidade saliente. Neste caso, de extremo, nem sequer estaria em causa objetivamente a saúde pública. Trata-se de uma lesão assaz profunda tanto à ideia de Justiça como à de Dignidade da pessoa concretamente considerada, ambos princípios constitucionais fundamentais (e, por isso, aplicáveis à Administração) e que não devem poder conhecer derrogações, mesmo em tempos de exceção.

Reforce-se, terminando, que a suspensão, sem mais, deste direito de resistência (art. 20.º da CRP) torna-se ilegal face ao postulado na parte inicial do art. 9.º, n.º 2 da LRESEE, que proíbe suspensões *totais* de direitos, liberdades e garantias.

Referências Bibliográficas

ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, “A Polícia no Estado de Direito”, 2008, Faculdade de Direito da Universidade do Porto (Tese de Doutoramento).

ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, “Função constitucional da Polícia”, separata da *Revista do Ministério Público*, n.º 95, Lisboa, 2003.

CRISTINA QUEIROZ, *Direitos Fundamentais, Teoria Geral*, 2.ª Ed., Coimbra Editora, 2010.

DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 3.ª Ed., Almedina, 2016.

DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Conceito e Natureza do Recurso Hierárquico*, 2.ª Ed., Almedina, 2005.

DIOGO FREITAS DO AMARAL e MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *O Estado de Necessidade e a Urgência em Direito Administrativo*, 1998 (Parecer solicitado pela Câmara Municipal de Ourique, disponível no Portal online da Ordem dos Advogados em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B5ec9da1-a3e8-4a96-b682-e12f439d2d88%7D.pdf>).

EDUARDO ROMEU DE OLIVEIRA LÉRIAS, “Policimento de Proximidade - Um caso de boas práticas”, in *Revista de Direito e Segurança*, n.º 9, Faculdade de Direito da Universidade NOVA de Lisboa, 2017.

GERMANO MARQUES DA SILVA, “Populismo e Direito Penal – crise permanente”, in *Revista do CEJ*, n.º 1, 2014.

HENRIQUE DIAS DA SILVA, “O Código de Procedimento Administrativo e a atividade de polícia”, in *Jurismat*, n.º 2, 2013, pp. 161-198.

JOÃO CAUPERS e VERA EIRÓ, *Introdução ao Direito Administrativo*, 12ª Ed., Âncora Editora, 2016.

JOÃO RAPOSO, “Breves considerações acerca do regime jurídico das ordens policiais”, in *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Almedina, 2010.

JOÃO RAPOSO, *Autoridade e Discricionabilidade: a Conciliação Impossível?*, Lição Inaugural do Ano Letivo 2005/2006, Publicações do Instituto de Ciências Policiais e Segurança Interna.

JORGE BACELAR GOUVEIA, *Estado de Exceção no Direito Constitucional*, 1.ª Ed., Almedina, 2020.

JORGE SILVA SAMPAIO, *O Dever de Proteção Policial de Direitos, Liberdades e Garantias*, 1.ª Ed., Coimbra Editora, 2012.

SÉRVULO CORREIA, *Entrada Polícia in Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. VI, Coimbra Editora, 1994.

SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coleção Teses, Almedina, 2004,

J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 6.^a Ed., Almedina, 1993.

J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.^a Ed., Coimbra Editora, 2010.

J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4.^a Ed., Coimbra Editora, 2010.

MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, 10.^a Ed., Almedina, 1991.

MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Direito de Polícia*, in PAULO OTERO e PEDRO GONÇALVES, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. I, Almedina, 2009.

MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Os Desafios Emergentes de uma Polícia de um Estado de direito e democrático*, 9.^a Ed., Politeia, 2012.

NUNO JORGE DE LIMA FERREIRA, “A Comunicação de Crise: Contributo para a atividade operacional da Polícia”, 2017, Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna (Dissertação de Mestrado em Ciências Policiais).

PEDRO LOMBA, *Sobre a Teoria das Medidas de Polícia Administrativa*, in Estudos de Direito de Polícia, (Coord. Jorge Miranda), Vol. I, AAFDL, Lisboa, 2003.

PEDRO CLEMENTE, *A Polícia em Portugal, Políticas Públicas*, Cadernos INA, Oeiras, 2006.

PEDRO MACHETE, “A polícia na Constituição da República Portuguesa”, in *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, 90 Anos*, Almedina, 2007.

Jurisprudência

Tribunal Constitucional

- Acórdão n.º 304/85, de 11/12/1985. Processo n.º 29/85 (Raul Mateus).
- Acórdão n.º 489/89, de 13/07/1989. Processo n.º 305/88 (Martins da Fonseca).
- Acórdão n.º 156/91, de 24/04/1991. Processo n.º 97/90 (Mário de Brito).

- Acórdão n.º 158/91, de 24/04/1991. Processo n.º 235/90 (Mário de Brito).
- Acórdão n.º 160/91, de 24/04/1991. Processo n.º 303/89 (Messias Bento).
- Acórdão n.º 295/91, de 01/07/1991. Processo n.º 338/90 (Ribeiro Mendes).
- Acórdão n.º 479/94, de 07/07/1994. Processo n.º 208/94 (Monteiro Diniz).
- Acórdão n.º 304/2008, de 30/05/2008. Processo n.º 428/08 (Cura Mariano).

Supremo Tribunal Administrativo

- Acórdão de 09/11/2017. Processo n.º 0510/14 (Teresa de Sousa).

Outros

Parecer n.º 162/2003 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, de 18/12/2003 (Esteves Remédio).

Relatório da Estrutura de Monitorização do Estado de Emergência sobre a aplicação da 1.ª declaração do estado de emergência, de 13 de abril de 2020, disponível no sítio eletrónico do Governo da República em: <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=356942e0-b872-4659-9309-c4cdfd760622>.

Relatório da Estrutura de Monitorização do Estado de Emergência sobre a aplicação da 2.ª declaração do estado de emergência, de 27 de abril, disponível no sítio eletrónico do Governo da República em: <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=08529dcd-625a-4b64-ac6a-64db6172f200>.

Comunicação da Sr.ª Provedora de Justiça, MARIA LÚCIA AMARAL, de 20/03/2020 (“Declaração da Provedora de Justiça sobre o estado de emergência/Covid-19”, disponível no Portal *online* da Provedoria de Justiça: <http://www.provedor-jus.pt/?fbclid=IwAR0o1xxrYXvuVfQVEGvo20gkpJWuRvq4X8C8-RvuXp-yOfgCyFxW4L4Fhng&idc=136&idi=18228>). Citada na referência 94.

Artigo de opinião de RUI MEDEIROS ao Semanário Expresso, publicado a 01/05/2020 (“A força normativa da covid-19”, disponível em: <https://expresso.pt/opinioao/2020-05-01-A-forca-normativa-da-covid-19>). Citado na referência 98.

Artigo de opinião de PAULO OTERO ao Jornal Público, publicado a 19/03/2020 (“Estado de emergência: efeitos públicos e efeitos privados”, disponível em: <https://www.publico.pt/2020/03/19/politica/opinioao/estado-emergencia-efeitos-publicos-efeitos-privados-1908428>). Citado na referência 116.

Abreviaturas

Ac. – Acórdão

Acs. – Acórdãos

AR - Assembleia da República

ASAE - Autoridade de Segurança Alimentar e Económica

C1976 - Constituição da República Portuguesa de 1976

CPA - Código do Procedimento Administrativo (Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro)

CRP - Constituição da República Portuguesa

DL - Decreto-Lei

EMEE - Estrutura de Monitorização do Estado de Emergência (Instituída pelo Despacho n.º 35/45/2020, de 21 de março)

FA – Forças Armadas

FSS - Forças e Serviços de Segurança

GNR - Guarda Nacional Republicana

LBPC - Lei de Bases da Proteção Civil (Lei n.º 27/2006, de 3 de março)

LO - Lei Orgânica

LOGNR - Lei Orgânica da Guarda Nacional Republicana (Lei n.º 63/2007, de 6 de novembro)

LOPSP - Lei Orgânica da Polícia de Segurança Pública (Lei n.º 53/2007, de 31 de agosto)

LOSEF - Lei Orgânica do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (Decreto-Lei n.º 252/2000, de 16 de outubro)

LRESEE - Lei do Regime do Estado de Sítio e do Estado de Emergência (Lei n.º 44/86, de 30 de setembro)

LSI - Lei de Segurança Interna (Lei n.º 53/2008, de 29 de agosto)

PGR – Procuradoria-Geral da República

PSP - Polícia de Segurança Pública

SEF - Serviço de Estrangeiros e Fronteiras

STA - Supremo Tribunal Administrativo

TC - Tribunal Constitucional

ÍNDICE

1. Do conceito de Polícia	469
1.1. Evolução histórica.....	469
1.2. A definição hodierna	471
1.3. A conceção material para lá da funcional	474
2. Fundamento da atuação policial	477
2.1. Princípio da legalidade democrática e a reserva de lei.....	479
2.2. Princípio da proporcionalidade.....	483
3. Margem de livre decisão no Estado de Direito.....	486
4. Medidas de polícia e forças de segurança	489
4.1. Lei de Segurança Interna (LSI).....	492
4.1.1. Polícia de Segurança Pública (PSP)	495
4.1.2. Guarda Nacional Republicana (GNR)	495
4.1.3. Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF)	496
5. O conceito de perigo como motor da atuação policial	497
6. O Estado de emergência constitucional	502
6.1. Uma aproximação ao conceito	502
6.2. A proporcionalidade como elemento teleológico	504
6.3. <i>Emergência</i>	508
7. Impacto da <i>emergência</i> na Administração Pública	509
7.1. Delimitação da <i>relação</i>	509
7.2. Um <i>estado de necessidade administrativa</i>	515
8. Reflexos da <i>emergência</i> na atuação da polícia administrativa	520
8.1. Abordagem descritiva	520
8.1.1. A especificidade policial	520
8.1.2. A emergência de <i>novas</i> atribuições policiais	522
8.1.3. As medidas policiais no Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de março	524

8.1.4. O Decreto n.º 2-B/2020 e o reforço de competências	529
8.1.5. A renovação na continuidade pelo Decreto n.º 2-C/2020	534
8.1.6. Os princípios fundamentais como importante temperamento das competências excecionais	536
8.2. Abordagem analítica	541
8.2.1. Em especial, o direito de resistência	550
Referências Bibliográficas.....	553
Jurisprudência	554
Outros.....	555
Abreviaturas	556

Data  **enia**

REVISTA JURÍDICA DIGITAL
ISSN 2182-6242

Ano 8 • N.º 11 • dezembro 2020

