

A Desobediência Convicta

Face a Medidas de Saúde Pública Intrusivas*

*Miguel Prata Roque***

Sumário: § 1. Conceito de liberdade negativa; § 2. Políticas públicas de promoção da saúde; § 3. Medidas de saúde individual; § 4. Medidas de saúde pública; § 5. O totalitarismo sanitário como instrumento de ódio social; § 6. O crime de desobediência; § 7. A objeção de consciência; § 8. A exclusão de ilicitude por exercício do direito de resistência.

§ 1. Conceito de liberdade negativa

Vivemos tempos estranhos.

Quem, outrora, combateu contra e impediu a coletivização dos meios de produção é, hoje, protagonista da maior coletivização das liberdades individuais cuja memória das últimas décadas nos permite, ainda, recordar. Preconiza-se, diariamente, o sacrifício individual (heteroimposto), em prol de um suposto “bem comum”.

Não falo (apenas) de pandemias. Felizmente, transitórias e episódicas.

Refiro-me, antes, a políticas públicas toldadas por uma ideologia excludente que pretende fazer dos indivíduos seres virtuosos e perfeitos¹. Em especial, as

* O presente texto corresponde, com algumas alterações e adaptações, a um estudo elaborado para efeitos de publicação nos «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Augusto Silva Dias».

** Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Associado-fundador e membro do Conselho Científico do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais. Associado do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas e Investigador do Centro de Investigação de Direito Público.

¹ Haveria, aqui, um deslumbramento e um desejo de regresso à ideia aristotélica de um “homem virtuoso”, que – ao invés de ser inato – se constrói, ao longo das experiências que vivencia e das decisões que toma. Em suma, é o Estado que se autoerege, agora, como construtor desse “homem virtuoso”, forçando a experienciar e a praticar a virtude; mesmo contra a sua vontade. Quanto mais o indivíduo praticar a (pretensa) virtude, mais virtuoso se tornará. Sobre o conceito de “homem virtuoso” e a necessidade de que o mesmo conduza a sua vida através da prática constante da

políticas públicas de saúde² que pretendem aplicar uma visão monopolista e monopolizadora sobre um único modo adequado e aceitável de viver.

Nos últimos tempos, sucederam-se as políticas públicas (pseudo) promotoras da saúde³, que pretendem – sob um manto de promoção do bem-estar – impor-nos uma visão paternalista sobre um modo único de viver. Desde a restrição do consumo de sal⁴ e de alimentos açucarados (em especial, nas escolas)⁵,

virtude, ver ARISTÓTELES, *Ética a Nicómano*, Quetzal Editores, 2019, *passim* e, em especial, § I 103a -15.

² Sobre as políticas públicas de saúde, ver PATRÍCIA LUCHESE (e outros), *Políticas Públicas em Saúde Pública*, Centro Latino-Americano e do Caribe de Informação em Ciências da Saúde, São Paulo, 2004; MARIANA VIEIRA DA SILVA, “Políticas públicas de saúde: tendências recentes”, in: *Sociologia – Problemas e Práticas*, 69 (2012), pp. 121-128; ADALBERTO CAMPOS FERNANDES, “A crise e as escolhas políticas em Saúde”, in: *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 1 (2013); IDEM, *Políticas Públicas e o papel do Estado no século XXI*, Instituto de Defesa Nacional, Lisboa, 2016; PEDRO PITA BARROS (e outros), *Políticas Públicas em Saúde: 2011 – 2014 Avaliação do Impacto* (relatório elaborado a pedido do XIX Governo), Lisboa, 2015; UMBERTO CATARINO PESSOTO (e outros), “O papel do Estado nas políticas públicas de saúde: um panorama sobre o debate do conceito de Estado e o caso brasileiro”, in: *Saúde Social*, 1 (2015), pp. 9-22.

³ É importante ter sempre presente que o conceito de saúde não pode deixar de englobar a saúde psíquica. Ora, não raras vezes, a imposição de políticas públicas de promoção da saúde acabam por conduzir a uma notória degradação da saúde mental; seja pela ansiedade criada nos que não conseguem acompanhar essas práticas saudáveis (ex: compulsões alimentares; fumadores; falta de prática de exercício físico, seja pela imposição coerciva de práticas supostamente indutoras de saúde (ex: confinamentos obrigatórios; proibição de práticas individuais; vacinação obrigatória). Noto que, de acordo com os dados fornecido pela Sociedade Portuguesa de Psiquiatria e Saúde Mental : i) 12% das doenças, em todo o mundo, são do foro mental, subindo para 23% nos países mais desenvolvidos; ii) as perturbações por depressão são, hoje, a terceira causa de doença, no mundo, e a primeira, nos países mais desenvolvidas; iii) mais de um quinto dos portugueses (ou seja, 22,9%) dos portugueses sofre de uma perturbação psiquiátrica; iv) Portugal é o segundo país europeu com a mais elevada taxa de doenças psiquiátricas, apenas suplantado pela Irlanda do Norte, que atinge os 23,1% (dados disponíveis in <https://www.sppsm.org/informemente/guia-essencial-para-jornalistas/perturbacao-mental-em-numeros/>). Sobre o fenómeno contemporâneo de degradação da saúde mental, ver JOÃO PALHA/FILIPA PALHA, “Perspetiva sobre a saúde mental em Portugal”, in: *Gazeta Médica*, 2 (Abril-Junho 2016), pp. 6-12.

⁴ Tais proibições têm sido impostas mediante recurso ao poder regulamentar governamental. Por exemplo, foi o que sucedeu com o Despacho n.º 7516-A/2016, do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde, que determinou a limitação de produtos alimentares com teor adicionado de sal e de açúcar, por serem prejudiciais à saúde, nas máquinas de venda automática, disponíveis nas instituições do Ministério da Saúde, e o Despacho n.º 11391/2017, do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde, que determina a limitação de produtos alimentares com teor adicionado de sal e de açúcar, por serem prejudiciais à saúde nos espaços destinados à exploração de bares, cafetarias e bufetes, pelas instituições do Ministério da Saúde.

⁵ Recentemente, a Estratégia Integrada para a Promoção de uma Alimentação Saudável, tal como aprovada pelo Despacho Conjunto n.º 11418/2017, publicado no «Diário da República», IIª Série, n.º 249/2017, de 29 de dezembro de 2017. Ora, nos termos daquela Estratégia: a) incentiva-se o consumo de fruta, de hortícolas e de leite (cfr. Eixo 1, § 12); b) alarga-se as boas práticas nos refeitórios escolares (cfr. Eixo 1, § 16); c) promove-se o recurso à Dieta Mediterrânica (cfr. Eixo 3, § 2); d) divulgação e aumento do consumo de pescado nas ementas escolares (cfr. Eixo 4, § 1). Nesse

passando pelo combate ao fumo de tabaco⁶ e de outras substâncias equiparadas⁷, continuando pela punição fiscal do consumo de bebidas açucaradas⁸, pela fixação como obrigatória da avaliação do desempenho na disciplina de Educação Física por alunos que pretendem aceder ao Ensino Superior⁹, até às máscaras filtradoras de partículas expelidas pela expiração respiratória¹⁰, os legisladores europeus e nacionais não refreiam a sua ânsia sanitária. E já nem as entidades infraestaduais têm pejo em impor tais medidas – através do seu poder normativo, de tipo regulamentar¹¹ –, mesmo quando não dispõem de qualquer cobertura legal ou constitucional (!).

sentido, as escolas limitam, hoje, o consumo de produtos açucarados, incluindo de chocolate e bebidas achocolatadas.

⁶ Refiro-me, obviamente, à proibição de exposição de terceiros ao fumo de tabaco em espaços fechados e em alguns locais públicos ao ar livre, resultante do artigo 4.º da Lei contra a Exposição Involuntária ao Fumo do Tabaco (aprovada pela Lei n.º 37/2007, de 14 de agosto, de acordo com a última redação, que lhe foi conferida pela Lei n.º 63/2017, de 3 de agosto).

⁷ Apesar da sua descriminalização, ainda se proíbe o consumo de substâncias estupefacientes, com fins meramente recreativos, associando-lhe uma punição contraordenacional (*vide* artigos 2.º, 16.º, 17.º e 18.º da Lei n.º 30/2000, de 29 de novembro). Recentemente, permitiu-se, porém, o consumo (incluindo, o fumo) de “*cannabis*”, desde que com fins terapêuticos ou paliativos.

⁸ Pela primeira vez, a Lei do Orçamento para 2017 (aprovada pela Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro), criou um Imposto Especial sobre o Consumo de Bebidas Açucaradas e Adicionadas de Edulcorantes, com vista a diminuir o consumo de tais bebidas.

⁹ Desde o ano letivo 2018/2019, a disciplina de Educação Física passou a contar para a média de acesso ao Ensino Superior, nos termos dos artigos 11.º, n.º 1, 14.º, n.º 1, e Anexo VI do Decreto-Lei n.º 55/2018, de 6 de julho. Tal decisão insere-se numa lógica de valorização do bem estar físico e da prática desportiva.

¹⁰ No âmbito das medidas de prevenção e de combate à Covid-19, o artigo 13.º-B do Decreto-Lei n.º 20/2020, de 1 de maio, impôs – ainda que (nas suas palavras) temporariamente – o uso de máscaras (e de viseiras) em estabelecimentos comerciais, em serviços e edifícios de atendimento ao público e em creches e estabelecimentos de ensino. Mais uma vez, regista-se a inconstitucionalidade orgânica dessa norma, na medida em que a imposição do uso de máscara consubstancia uma restrição à liberdade de livre desenvolvimento da pessoa (cfr. artigo 26.º da CRP) e da liberdade de expressão, mediante escolha do uso de vestuário que cada indivíduo entende envergar (cfr. artigo 37.º, n.º 1, da CRP), pelo que apenas poderia ter ocorrido por via de lei parlamentar [cfr. artigo 165.º, n.º 1, alínea b), da CRP]. Por sua vez, a Lei n.º 62-A/2020, de 27 de outubro, estabeleceu um dever jurídico de uso de máscara em espaços públicos, que foi prorrogado pela Lei n.º 75-D/2020, de 31 de dezembro. Devo notar que esse dever jurídico só é aplicável quando não seja possível cumprir a distância mínima de segurança fixada pelas autoridades de saúde, o que pode suscitar dúvidas quer quanto à exatidão da norma, por referência ao princípio da legalidade administrativa, quer quanto à eventual falta de consciência da ilicitude dos indivíduos, em virtude da ausência de norma regulamentar expressa aprovada pela Direção-Geral de Saúde. Acresce que, apesar de alegadamente transitório, este dever tem vindo a ser sucessivamente prorrogado, o que suscita dúvidas quanto ao seu respeito pelo princípio da proporcionalidade (cfr. artigo 18.º, n.º 2, da CRP).

¹¹ Noto que é inaceitável que órgãos de entidades infraestaduais procurem impor regras de conduta restritivas de direitos fundamentais, mediante recurso (criativo, decerto) a comunicados,

Todos saudáveis, todos insanos¹².

É fundamental, portanto, ponderar acerca dos limites das políticas públicas de saúde, na perspectiva da sua intrusão numa esfera muito ténue de liberdade individual. Constituindo a liberdade de agir – na sua dimensão de livre desenvolvimento da personalidade (cfr. artigo 26.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP))¹³ – um direito fundamental especialmente ligado à ideia de dignidade da pessoa humana, importa ter presente de que modo pode o decisor político cercear tal liberdade; em especial, mediante criminalização ou punição sancionatória não penal¹⁴, de condutas que sejam contrárias a tais políticas públicas.

orientações e outras circulares, que apenas se subsumem a regulamentos administrativos. Ora, a restrição dos direitos fundamentais está sujeita à “reserva de lei” (cfr. artigo 18.º, n.º 3, da CRP), pelo que jamais pode ser determinada por norma inovadora criada por entidades administrativas sem competência legislativa. Nesse sentido, é inconstitucional – a mero título de exemplo – o Despacho n.º 241/2020, de 21 de setembro de 2020, proferido pelo Reitor da Universidade de Lisboa (cfr. <http://www.igot.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2020/09/Despacho-n%C2%BA-241-Proibic%C3%A7%C3%A3o-de-praxes-e-uso-de-m%C3%A1scaras-na-ULisboa.pdf>), nos termos do qual se impõe o uso de máscara em espaços públicos que integrem o “campus” universitário, que, ainda por cima, comina como ilícito disciplinar o seu não uso. Assim como são inconstitucionais quaisquer determinações avulsas de circulação em espaços públicos, tais como praias, paredões, passeios ribeirinhos e marítimos que têm vindo a ser decretados por decisões camarárias, sem qualquer prévia habilitação em lei parlamentar restritiva. Evidentemente, essa flagrante inconstitucionalidade afigurar-se-á deveras relevante, para efeitos de exclusão da tipicidade do crime de desobediência pública (cfr. § 6 do presente estudo) ou de exercício do direito de resistência (cfr. § 8 do presente estudo), sempre que os indivíduos não acatem ordem, presencial ou automatizada (por exemplo, vertida em cartaz informativo ou em placard eletrónico).

¹² Conforme demonstrou AUGUSTO SILVA DIAS, é, precisamente, a tentativa de impor condutas (tidas como) normalizadas e padronizadas a cada indivíduo que é gerador de um fenómeno de subjugação e de humilhação, que nega a individualidade do outro e que, a final, o priva da saúde psíquica: «Se “Ego” humilha, subjuga, ou menospreza “Alter”, negando-lhe o reconhecimento que ele busca para se realizar como pessoa, provoca-lhe dessa forma lesões morais e sofrimento. Lesões e sofrimento que se traduzem no tipo de relações que nos interessa, na perda do auto-respeito e da auto-estima, na aquisição de uma imagem negativa de si, e que produzem na pessoa afectada patologias ou distúrbios psíquicos relacionais e comportamentais de vária ordem» (AUGUSTO SILVA DIAS, *Crimes Culturalmente Motivados – O Direito Penal ante a “Estranha Multiplicidade” das Sociedades Contemporâneas*, Almedina, 2018, p. 137).

¹³ A propósito de uma conexão evidente entre a liberdade de agir (cfr. artigo 26.º, n.º 1, da CRP) e a busca da felicidade individual, ver MIGUEL PRATA ROQUE, “O direito fundamental à felicidade”, in: *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, Volume I, Almedina, pp. 306-307.

¹⁴ Sobre a multiplicidade de sanções não penais e a sua distinção face à metódica penal, ver MIGUEL PRATA ROQUE, “O Direito Sancionatório Público enquanto bissetriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo: a pretexto de alguma jurisprudência constitucional”, in: *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 14-15 (abr.-set. 2013), pp. 105-173; INÊS FERREIRA LEITE, “A

Comecemos por estabelecer conceitos.

A noção de “liberdade negativa” foi definitivamente moldada por ISAIAH BERLIN¹⁵. Ela corresponde à permissão constitucional de ir em busca (ou “*right to pursue*”) de um modo de vida permita ao indivíduo autorrealizar-se e atingir níveis mínimos de satisfação das suas necessidades quotidianas; sejam elas materiais, intelectuais ou espirituais. Também pressupõe um mandado de abstenção, dirigido ao Estado e a terceiros, de modo a que nada nem ninguém o perturbe ou impeça de buscar essa autorrealização. É isto que se designa por “*liberdade negativa*”¹⁶.

Por conseguinte, a “*liberdade negativa*”, corresponde, invariavelmente, a uma “*liberdade contra*” (“*freedom from*”). No fundo, ela corresponde a uma verdadeira liberdade relacional ou a uma liberdade em relação, visto que é sempre exercida relativamente aos outros ou, até melhor, apesar dos outros. Ela não se confunde com um “*direito a estar só*” (ou “*right to be alone*”), pois a dimensão social do indivíduo implica um dever de solidariedade geral – refletido por exemplo na

autonomização do direito sancionatório público, em especial, o direito contraordenacional”, in: *Regime Geral das Contraordenações e as Contraordenações Administrativas e Fiscais* (ebook), CEJ, Lisboa, 2015, pp. 27-58.

¹⁵ Obviamente a noção de “*liberdade positiva*” (ou “*status positivus*”), que a ele se contrapõe, já remontava à Antiguidade Clássica, enquanto pertença do indivíduo à respetiva comunidade e encerrando uma ideia de socialidade e de dever para com aquela. Por sua vez, o conceito de “*liberdade negativa*” (ou “*status negativus*”) também já se notava no pensamento de inúmeros filósofos liberais (por exemplo, ALEXIS DE TOCQUEVILLE, BENJAMIN CONSTANT, MONTESQUIEU, JOHN LOCK, DAVID HUME e JOHN STUART MILL). Porém, foi, de facto, através de ISAIAH BERLIN que estes conceitos antagónicos de liberdade se celebrizaram e difundiram. Na sua lição inaugural do ano letivo, na Universidade de Oxford, em 31 de outubro de 1958, BERLIN dissertou sobre as diferenças destas duas modalidades de liberdade. A transcrição integral da lição pode ser consultada em “The Isaiah Berlin Virtual Library”: ISAIAH BERLIN, *Two Concepts of Liberty – Original Dictation (A)*, disponível in http://berlin.wolf.ox.ac.uk/published_works/tcl/tcl-a.pdf. Mais tarde, o autor viria a publicar uma versão escrita da lição inaugural, que se tornou a versão mais difundida do seu pensamento (e que seguirei, de ora em diante): ISAIAH BERLIN, “Two Concepts of Liberty”, in: *Four Essays on Liberty*, Clarendon Press, Oxford, 1969.

¹⁶ É o próprio ISAIAH BERLIN que atribui a ANTIFONTE, O Sofista – discípulo da escola cirenaica (e, portanto, familiarizado com o hedonismo) – e ao persa OTANES, a paternidade do conceito de “*liberdade negativa*”, que se oporia à concepção aristotélica de liberdade enquanto dever cívico, de intervenção na cidade-estado. Referindo-se a Otanes, o filósofo liberal atribui-lhe a temperança de não querer governar, nem ser governado, buscando antes a tranquilidade de uma vida feliz: “*Quanto a Otanes, ele nem desejou governar, nem ser governado – o exato oposto da noção aristotélica de verdadeira liberdade cívica. (...) [tal ideal] permanece circunscrito e, até Epicuro, subdesenvolvido, a noção ainda não tinha emergido explicitamente*” (cfr. ISAIAH BERLIN, “Five Essays on Liberty: An Introduction”, in: *Liberty*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 33-34).

exigência de auxílio em caso de acidente ou catástrofe, cuja preterição origina a prática de crime de omissão de auxílio (cfr. artigo 200.º do Código Penal)¹⁷. Esta dimensão socializadora que impregna a esfera individual de uma exigência comunitária de solidariedade mínima será bastante relevante e útil, *infra*, quando forem abordados os limites dessa “*liberdade negativa*” e a necessidade de imposição de políticas públicas destinadas a garantir a saúde pública.

Por ora, resta dizer que a “*liberdade negativa*” encerra, em si, uma visão liberal e personalista, através da qual o indivíduo constrói um reduto inatingível – no fundo, um santuário¹⁸ –, dentro do qual pode agir sem ser forçado e, portanto, livre de constrangimentos¹⁹. Conforme já demonstrei, noutra sede²⁰, essa garantia de não constrangimento – pelos poderes públicos e por terceiros – é essencial à efetiva concretização do próprio direito à (busca da) felicidade e é essencial à construção de um espaço reflexivo de individualidade e de intimidade²¹. Para que cada indivíduo possa formar a sua personalidade²², de modo livre, é fundamental

¹⁷ AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, “Comentário ao Artigo 308.º (Omissão de Auxílio)”, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra Editora, 1999, pp. 1233-1255.

¹⁸ Não será, decerto, por coincidência que os defensores deste reduto inatingível do indivíduo tenham sempre sido aqueles que mais têm combatido contra as várias formas de totalitarismo. Uma das mais notáveis vozes a reclamar, para cada indivíduo, esse espaço de recolhimento foi, precisamente, HANNAH ARENDT: “*E não só o coração humano é um lugar de escuridão que, com certeza, nenhum olhar humano consegue penetrar; as qualidades do coração precisam de escuridão e de proteção contra a luz do público, para que cresçam e que permaneçam aquilo para o qual foram pensadas: como as razões mais íntimas e profundas que não estão ao dispor do público*” (cfr. HANNAH ARENDT, *On Revolution*, Penguin Books, New York, 2006, p. 26).

¹⁹ ISAAH BERLIN, “Two Concepts of Liberty”, cit., p. 122.

²⁰ Para uma análise exaustiva sobre a proteção constitucional conferida à busca dos indivíduos pela felicidade, ver MIGUEL PRATA ROQUE, “O direito fundamental à felicidade”, cit., pp. 265-329.

²¹ Esta conceção da felicidade enquanto realização de um profundo desejo de que nos deixem em paz, encontra reflexo em algumas culturas, que valorizam e proteger a individualidade de cada qual. É, assim, que alguns qualificam um certo espírito bretão: “*No centro do espírito inglês está a felicidade, uma profunda fonte de contentamento com a vida, o que explica o desejo mais profundo do inglês, que o deixem em paz, e a sua disposição para deixar os outros em paz, desde que eles não perturbem o seu repouso*”. (A. L. ROWSE, *The English Spirit: Essays in History and Literature*, Macmillan, London, 1945, p. 36, com tradução minha).

²² A paternidade da ideia de autodeterminação tem sido atribuída ao filósofo estoico grego, CRÍSIPO DE SOLOS. Este, fervoroso defensor do estoicismo, defendida o uso da razão, enquanto instrumento de governo da vida, de modo a libertar o sábio das emoções fortes (como a ira e a paixão). De modo a dominar as emoções, o homem sábio deveria estar preparado, de antemão, para avaliar essas emoções e para lhes aplicar um método racionalizador, compreendo o mal que aquelas geram e dirigindo a sua ação para o domínio das mesmas. Atribuindo-lhe essa paternidade, ver ISAAH BERLIN, “Liberty”, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 171 e 260.

que o mesmo possa refletir, serenar, experimentar – e, sim, errar (!) –, sem que esse processo de significação emocional e intelectual possa ser conhecido pelos restantes membros da comunidade.

Em suma, mesmo quando haja um interesse geral a acautelar, nenhuma política pública pode ser de tal forma intrusiva e totalitária que esmague esse reduto inatingível de “liberdade negativa”.

§ 2. Políticas públicas de promoção da saúde

O princípio da boa administração (cfr. artigo 5.º do Código do Procedimento Administrativo)²³ obriga a que os poderes públicos tomem as opções mais eficazes²⁴ – isto é, aptas a atingir um fim –, mais eficientes²⁵ – ou seja, capazes de usar os meios que melhor perseguem determinado objetivo – e mais economizadoras²⁶ – no sentido, em que devem atingir os fins do modo menos dispendioso –, em termos de promoção da saúde.

²³ Para um maior desenvolvimento sobre o princípio da boa administração, ver MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular”, in: *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, 1ª edição, AAFDL Editora, Lisboa, 2015, pp. 151-188; MIGUEL PRATA ROQUE, *Manual de Governação Administrativa* (ebook), Lisboa, 2020, §§ 40 a 48 (disponível in https://elearning.ulisboa.pt/pluginfile.php/494939/mod_resource/content/1/2020%2003%2020Manual%20de%20Governa%C3%A7%C3%A3o%20Administrativa_MPR%20%28provis%C3%B3rio%20.pdf).

²⁴ A eficácia traduz-se no grau de alcance de determinado objetivo; ou seja, na capacidade de determinada medida ser bem sucedida. Usualmente, no discurso empresarial e de gestão, é usual afirmar-se que ser eficaz é concretizar as coisas certas, enquanto que ser eficiente é fazer certo as coisas. Em inglês, a distinção entre eficácia e eficiência traduz-se na diferença entre “*do the right thing*” e “*do things right*”. Nesse sentido, ver ERIK SUNDQVISTA/FREDRIK BACKLUNDA/DIANA CHRONÉER, *What is project efficiency and effectiveness?*, in «Procedia - Social and Behavioral Sciences» 119 (2014), p. 281; MIGUEL PRATA ROQUE, *Manual de Governação Administrativa* (ebook), cit., § 41.

²⁵ Por sua vez, a eficiência já é medido em função do sucesso na alocação de recursos públicos a uma certa atividade, de modo a que determinada tarefa seja prosseguida da melhor maneira possível; isto é com o menor desperdício de recursos públicos. Assim, ver JOÃO CARLOS LOUREIRO, *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares (algumas considerações)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 124; ONOFRE ALVES BATISTA JÚNIOR, *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*, Belo Horizonte, 2004, pp. 213-214 MIGUEL PRATA ROQUE, *Manual de Governação Administrativa* (ebook), cit., § 42.

²⁶ Sobre o conceito de “economicidade”, ver ONOFRE ALVES BATISTA JÚNIOR, *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*, cit., pp. 228-229; PAULO OTERO, *Direito do Procedimento*

O bem jurídico “saúde” decorre não só de uma ideia de intervenção pública garantidora do acesso universal a meios de diagnóstico, de terapêutica, de educação e de prevenção face a doenças e outros sofrimentos físicos e psíquicos – que está patente na ideia de que existe um direito social à prestação de cuidados de saúde (cfr. artigo 64.º da Constituição da República Portuguesa) –, mas também da exigência de um espaço de contenção dos poderes públicos face ao reduto mais pessoal do indivíduo²⁷ – não matarás (cfr. artigo 24.º da Constituição); não agredirás (cfr. artigo 25.º da Constituição).

De todo o modo, hoje, é certo, pelo menos entre a doutrina mais contemporânea e esclarecida²⁸, que nem os direitos sociais se cingem a uma dimensão positiva, nem tão pouco os direitos de liberdade se limitam a exigir uma conduta abstencionista dos poderes públicos. Ao exigir o respeito pelo direito à vida e o respeito pelo direito à integridade física e psíquica, a Lei Fundamental também impõe que o Estado adote e implemente políticas públicas efetivas que promovam essa vida com dignidade – por exemplo, através de políticas de promoção da parentalidade consciente ou de disponibilização de cuidados médicos reprodutivos (em especial, no domínio da reprodução medicamente assistida) –, e que sejam indutoras do bem-estar e da saúde individual – por exemplo, a concessão de benefícios fiscais que desonerem custos com o desporto,

Administrativo, Volume I, Almedina, 2016, pp. 107-108; MIGUEL PRATA ROQUE, *Manual de Governação Administrativa* (ebook), cit., § 43.

²⁷ Destacando a circunstância de o direito à saúde compreender não só uma vertente positiva – mais próxima da natureza prestacional dos direitos sociais –, mas também uma dimensão negativa, que exige que os poderes públicos se abstenham de afetar a saúde de cada indivíduo, já se pronunciou o Tribunal Constitucional, através do Acórdão n.º 423/2008 (Ana Guerra Martins). Em sentido idêntico, ver SÉRVULO CORREIA, “Introdução ao Direito da Saúde”, in: *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1991, p. 48; Carla Amado Gomes, *Defesa da Saúde vs. Liberdade Individual – Casos da vida de um médico de saúde pública*, ICJP, Lisboa, 1999, pp. 10-11; DONATELLA MORANA, *La Salute nella Costituzione Italiana – Profili Sistemati*, Giuffrè Editore, Milano, 2002, em especial, pp. 36-61; JORGE PEREIRA DA SILVA, *Dever de Legislar e Protecção Jurisdiccional contra Omissões Legislativas*, UCP, Lisboa, 2003, p. 40.

²⁸ Nesse sentido, demonstrando que coexiste uma dimensão negativa e positiva em todos os direitos fundamentais, sejam eles direitos de liberdade ou direitos sociais, ver JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais*, 2.ª edição, AAFDL Editora, Lisboa, 2017, pp. 141-144 e 310-317; MIGUEL PRATA ROQUE, “O direito fundamental à felicidade”, cit., pp. 311-312.

o lazer e o bem-estar, a promoção e apoio à prática desportiva; o acesso a cuidados médicos e técnicos em matéria de saúde mental).

Assim sendo, tornou-se contemporaneamente inegável que cabe aos poderes públicos (Estado e demais entidades públicas, incluindo as autarquias locais) adotar políticas públicas que promovam uma defesa omnicompreensiva da saúde comunitária e do bem-estar²⁹, que não se centre (ou reduza) à prestação de cuidados médicos curativos. Também aqui, a lógica preventiva se afigura um traço da governação moderna.

Não é de estranhar, portanto, que os poderes públicos (nacionais, estrangeiros e transnacionais) tenham vindo a adotar e implementar políticas públicas de promoção da saúde individual e coletiva. A mero título de exemplo, salientam-se:

- Inclusão da educação para a saúde e para a prática desportiva nos planos curriculares do ensino obrigatório;
- Generalização do desporto escolar e do apoio às associações desportivas amadoras;
- Disseminação do planeamento familiar e da educação sexual;
- Progressiva disponibilização de acompanhamento psicológico especializado (em especial, das vítimas de acidentes e de catástrofes);
- Políticas tributárias que incentivam práticas individuais promotoras de saúde e que penalizam as práticas contrárias;
- Promoção e favorecimento do transporte coletivo e do transporte individual ecológico, sem consumo de combustíveis fósseis;
- Redução da pegada ecológica, em matéria alimentar, com estímulo ao consumo de produtos locais e biológicos;
- Diversidade das ementas escolares e em ambiente hospitalar, com redução do consumo de carne, de produtos e bebidas açucaradas e de sal;

²⁹ Relacionando a prestação de cuidados de saúde com o incremento do bem-estar e a maximização do direito à felicidade, ver MIGUEL PRATA ROQUE, “O direito fundamental à felicidade”, cit., p. 312.

- Medidas de combate à exposição involuntária ao fumo do tabaco (e a outras fontes de emissão de fumo tóxico).

Evidentemente, tal como quaisquer outras políticas públicas implementadas num regime político pluralista, estas são sempre revisíveis, em função da salutar discussão e mudança democrática dos titulares de cargos políticos³⁰. Porém, sempre que tais políticas públicas sejam implementadas, a sua regressão exige uma particular cautela e uma fundamentação político-legislativa acrescida, sob pena da sua inconstitucionalidade, por restrição desproporcionada de direitos, entretanto adquiridos.

Noto, porém, que a implementação de políticas públicas que favoreçam a saúde individual e coletiva não pode desconsiderar os direitos das minorias (por exemplo, os carnívoros, os fumadores, os obesos, os portadores de perturbações alimentares)³¹ de manterem o seu modo de vida, ainda que autolesivo. Deve, aliás, notar-se que, frequentemente, se ouvem vozes (inclementes)³² que advogam uma espécie de “*capitis diminutio*” daqueles que não se conformam com estas políticas públicas maioritárias³³. Para aqueles, um viciado em gordura animal, em sal ou em

³⁰ Sobre a questão da revisibilidade das medidas político-legislativas e a sua relação com o retrocesso de direitos fundamentais – em especial, em caso de ocorrência de crises económicas cíclicas e conjunturais –, ver MIGUEL PRATA ROQUE, “Juízos precários de constitucionalidade – O Tribunal Constitucional perante a crise do modelo social europeu e o retrocesso dos direitos fundamentais”, in: *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Volume II, Coimbra Editora, 2013, §§ 4 e 5.

³¹ Sobre a conceção dos direitos fundamentais, enquanto trunfos das minorias, ver RONALD DWORKIN, “Rights as trumps”, in: *Theories of Rights* (edição de J. Waldron), Oxford University Press, Oxford, 1984, pp. 153-167; JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*, Coimbra Editora, 2006.

³² Sustentando que os comportamentos de risco devem penalizar os respetivos autores, impedindo-os de beneficiar de serviços de saúde ou responsabilizando-os pelos respetivos custos (o que, atento o elevado valor dos custos de saúde, pode, afinal, impedi-los do acesso a tratamentos médicos), ver JOHN H. KNOWLES, “The Responsibility of the Individual”, in: *Daedalus*, 106 (1977), pp. 57-80; ROBERT M. VEATCH, “Voluntary Risks to Health: The Ethical Issues”, in: *JAMA: Journal of American Medical Association*, 243 (1980), pp. 50-55; DAVID R. BUCHANAN, “Should people with unhealthy lifestyles pay higher health insurance premiums?”, in: *Journal of Primary Prevention*, 32 (2011), pp. 17-21.

³³ De certo modo – e num sentido muito lato –, assoma, aqui, a lógica das “*cultural offences*”, estudada por AUGUSTO SILVA DIAS, a propósito dos crimes culturalmente motivados, como “*um facto praticado por um membro de uma minoria cultural, que é considerado punível pelo sistema jurídico da cultura dominante. Esse mesmo facto é, no entanto, dentro do grupo cultural do infractor, tolerado ou aceite como comportamento normal, aprovado ou mesmo promovido e incentivado na situação concreta*” (cfr. AUGUSTO SILVA DIAS, *Crimes Culturalmente Motivados*, cit., pp. 16-17. Sem prejuízo da especificidade dos crimes culturalmente motivados, certo é que o ambiente social e a vivência

açúcar não deveria poder beneficiar do Sistema Nacional de Saúde do mesmo modo que um cidadão desportista e nutricionalmente regrado. Daí até à defesa de que os saudáveis (e bem comportados) não devem pagar impostos que financiem os vícios dos que incumprem tais políticas públicas, vai um passo mínimo³⁴.

As políticas públicas devem funcionar como instrumento de mentalização e de influência dos comportamentos individuais. Mas não podem transformar-se naquilo que não são: um comando normativo concreto que afeta e restringe o conteúdo essencial e nuclear das liberdades individuais.

§ 3. Medidas de saúde individual

No plano das medidas governativas concretas a adotar, importa ter sempre presente que a intervenção do poder executivo visa, predominantemente, a prevenção de condutas lesivas de bens jurídicos e, assim contrárias, ao Direito. Nesse sentido, o Direito Administrativo distingue-se do Direito Penal por, na maioria das vezes, visar um efeito preventivo, ao contrário do efeito repressivo, que norteia o último daqueles ramos jurídicos³⁵. Sucede, porém, que – conforme, aliás,

cultural em que se inserem certas categorias de indivíduos não deixam de influenciar as suas condutas, em matéria de práticas autolesivas da sua saúde (ex: cumprimento de períodos de jejum; preferências gastronómicas; impedimento de prática de atividade física e desportiva em público; etc.).

³⁴ De modo preocupante, já há mesmo quem expressamente advogue este direito à isenção de pagamento de impostos que sejam canalizados para suportar as despesas com tratamentos médicos de pessoas que adotam comportamentos de risco ou modos de vida pouco saudáveis. Entre tais defensores, ver CLAIRE ANDRE/MANUEL VELASQUEZ/TIM MAZUR, “Voluntary health risks: who should pay”, in: *Issues in Ethics*, 1 (1993); SANDEEP JAHUAR, “No matter what, we pay for other bad habits”, in: *New York Times*, March 29, 2010 (disponível in <https://www.nytimes.com/2010/03/30/health/30risk.html>); MARISA MIRALDO (e outros), “Should I pay for your risky behaviours?: evidence from London”, in: *LSE Online – London School of Economics and Political Science*, January 2015 (disponível in <https://core.ac.uk/download/pdf/207430212.pdf>); ROGER STARK, “Should the rest of us pay for other people’s bad lifestyle choices?”, in: *Washington Policy Center*, July 15, 2020 (disponível in <https://www.washingtonpolicy.org/publications/detail/should-the-rest-of-us-pay-for-other-peoples-bad-lifestyle-choices>).

³⁵ Para maior desenvolvimento, ver MICHEL FOUCAULT, *Surveiller et Punir – Naissance de la Prison*, Gallimard, Paris, 1975, p. 111; MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Volume II, 7ª reimpressão da 10.ª edição, Almedina, 2004, p. 1150; MIGUEL PRATA ROQUE, “O Direito Sancionatório Público enquanto bissetriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo”, cit., p. 108.

já tive oportunidade de demonstrar, num outro estudo³⁶ – não só o moderno Direito Administrativo busca sancionar condutas contrárias à ordem jurídica que não justifiquem a punição penal, como o próprio Direito Penal assume, cada vez mais, uma natureza preventiva, de orientação de condutas.

Nesse sentido amplo, a adoção de medidas administrativa de promoção da saúde pode distinguir em:

- Medidas destinadas a promover a saúde individual – caso em que nos encontremos mais próximo de uma metodologia assente num “*fim de prevenção especial*”³⁷ de condutas dela lesivas;
- Medidas destinadas a promover a saúde pública (ou coletiva) – o que implica a adoção de medidas indiferenciadas e não especificamente dirigidas a nenhum indivíduo concreto, que aplicáveis ao e no espaço público, segundo uma lógica de “*fim de prevenção geral*”³⁸.

Quanto às medidas de saúde individual, elas correspondem a um grau mais intenso de intrusão do poder público na esfera jurídica, social e cultural de cada pessoa, pois implicam decisões individuais e concretas que pré-determinam, coagem e até sancionam o concreto indivíduo que não as cumpre. É o que sucede, por exemplo, com o dever jurídico de uso de cinto de segurança, imposto pelo Código da Estrada (cfr. artigo 82.º, n.º 1, daquele diploma legal, de acordo com a redação última que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 102-B/2020, de 9 de

³⁶ MIGUEL PRATA ROQUE, “O Direito Sancionatório Público enquanto bissetriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo”, cit., pp. 109-110.

³⁷ Sobre o conceito de prevenção especial, como fim da pena, ver JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, Volume I, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2007, pp. 50-53; Fernanda Palma, *Direito Penal – Conceito material de crime, princípios e fundamentos. Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo e no espaço e quanto às pessoas*, 3.ª edição, AAFDL Editora, Lisboa, 2018, pp. 59-63.

³⁸ Para uma visão crítica sobre a função de prevenção penal, ver INÊS FERREIRA LEITE, *Determinação da Medida da Pena e Constituição Penal* (ebook), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa 2020, pp. 37-48 (disponível in https://elearning.ulisboa.pt/pluginfile.php/440625/mod_resource/content/2/Li%C3%A7%C3%B5es%20-%20Determina%C3%A7%C3%A3o%20da%20Medida%20da%20Pena%20e%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Penal%20-%20overs%C3%A3o%20alunos%20PROTEGIDO.pdf).

setembro). Ou com a proibição de realização de convívios, almoços ou jantares no domicílio de cada pessoa, como instrumento de combate à propagação de vírus pandémicos, ainda que apenas imposta por orientações técnicas³⁹ de um organismo público (por exemplo, pela Direção-Geral de Saúde).

A admissibilidade destas medidas é particularmente dilemática. Com efeito, a tentativa do Estado de impor saúde aos indivíduos, por via da coação, há de ter os seus limites. Sob pena de desconsideração absoluta pela sua “*liberdade negativa*”. Não existe um dever jurídico-constitucional de viver⁴⁰. Nem de viver muito e até muito tarde. Nem tão pouco de viver de forma saudável.

Com efeito, é impossível – e inaceitável, num Estado que preserve a dignidade da pessoa humana – interpretar o artigo 24.º da Constituição da República Portuguesa como estabelecendo um dever (suscetível de imposição ao indivíduo) de viver⁴¹. Bem ou mal. Isso corresponderia a uma instrumentalização do indivíduo a um projeto digno de um laboratório sociológico, em busca de uma

³⁹ Para uma reflexão sobre a crescente importância da atividade técnico-científica da administração pública e sobre a dificuldade do seu controlo (incluindo jurisdicional), ver PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, Volume I, Almedina, 2013, pp. 450-464.

⁴⁰ Cada vez mais se reconhece quer o direito a viver com dignidade, quer a inexistência de um dever fundamental de viver, que pudesse ser reivindicado pela comunidade, contra o indivíduo. Rejeitando esse dever de viver, ver ANTÓNIO LOPES DE BRITO/JOSÉ MANUEL SUBTIL, *Direito sobre a vida ou dever de viver? – Estudo jurídico da eutanásia em Portugal*, Almedina, 2000; ANDRÉ FIGUEIRA/RUI JANUÁRIO, *O Crime de Homicídio a Pedido – Eutanásia: Direito a Morrer ou Dever de Viver*, Quid Iuris, Lisboa, 2009. Em sentido completamente oposto, sustentando que a comunidade pode impor ao indivíduo o dever de viver – e, em especial, o dever de viver, suportando o seu sofrimento –, EVA DIAS COSTA e DIOGO LEITE DE CAMPOS não hesitam em afirmar que: «Uma morte adiada pode de facto ser cruel, mas a ética não pode estar baseada apenas na compaixão e o Direito não pode legislar em função de casos individuais esquecendo as consequências para a comunidade: uma má morte é um preço que tem de ser pago em face dos riscos sistémicos que comporta a permissão da morte a pedido» (cfr. EVA DIAS COSTA/DIOGO LEITE DE CAMPOS, “O direito à vida implica o direito a morrer? Pessoa e Eutanásia”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, 78 (Jul/Dez 2018), pp. 699-700).

⁴¹ Bem impressionante é, aliás, o recente entendimento do Tribunal Constitucional que, quando confrontado, em sede de fiscalização preventiva, com a eventual inconstitucionalidade de norma que amplia e descriminaliza determinadas situações de morte assistida, afirmou, de modo categórico: «De acordo com tal conceção, o “direito a viver” não pode transfigurar-se num dever de viver em quaisquer circunstâncias. O contrário seria incompatível com a noção de homem-pessoa, dotado de uma dignidade própria, que é um sujeito auto-consciente e livre, autodeterminado e auto-responsável, em que se funda a ordem constitucional portuguesa» [cfr. Acórdão n.º 123/2021 (Pedro Machete), do Tribunal Constitucional, disponível in: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210123.html>].

sociedade perfeita, exclusivamente composta por cidadãos impolutos e inatingíveis.

Essa vedação constitucional é tanto mais significativa quando se conclua pela impossibilidade de imposição do gozo de direitos fundamentais pelos seus destinatários. Nesse sentido, a possibilidade de renúncia (esclarecida) a direitos fundamentais é uma condição impostergável de autonomia de cada indivíduo. Essa autonomia do sujeito é, assim, incompatível com um Estado paternalista que nos diz o que comer, o que vestir, como e quando fazer exercício físico e para quê viver. Sem prejuízo das inúmeras condições impostas a uma renúncia (esclarecida) aos direitos fundamentais⁴² – que antes visa, apenas, garantir essa mesma autodeterminação do sujeito –, não pode ser uma visão majoritária a impor ao indivíduo uma concepção teológica, moralista ou até mesmo sanitária de quais são os direitos fundamentais de que aquele nunca pode renunciar.

Entender que a saúde individual – e, no limite, a vida – é um desses direitos irrenunciáveis significar regressar à ditadura coletivista, em que o indivíduo volta a ser infantilizado e destituído da liberdade de agir. Aliás, devo notar que, nos tempos mais recentes, o poder público tem usado e abusado de discursos retóricos infantilizadores, que pretendem afirmar um (pretense) direito do Estado de escolher por nós, de entre as práticas quotidianas mais elementares (por exemplo, lavar as mãos, conviver com amigos, passear ao ar livre, estar junto ao mar em dias de temporal, etc.), quais as condutas que são mais aceitáveis, no plano da promoção e preservação da saúde individual.

Ora, as medidas administrativas de promoção da saúde não podem, nunca, invocar como seu móbil a proteção do bem jurídico “saúde individual”. Num

⁴² Para maior desenvolvimento, sobre os limites à renúncia dos direitos fundamentais, JORGE REIS NOVAIS, “Renúncia a direitos fundamentais”, in: *Perspectivas Constitucionais: nos 20 Anos da Constituição de 1976* (org. Jorge Miranda), Coimbra Editora, 1996-1998, pp. 263-335; DAVID HARSANYI, *Nanny State: How Food Fascists, Teetotaling Do-Gooders, Priggish Moralists, and other Boneheaded Bureaucrats are Turning America into a Nation of Children*, Broadway, 2007; REINHARD SINGER, “A renúncia aos direitos fundamentais à luz do direito privado alemão e a proteção da pessoa contra si mesma”, in: *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, 50 (2009), pp.41-60; ver BENEDITA MAC CRORIE, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, Almedina, 2013.

Estado de Direito aberto e pluralista, cabe a cada um dos indivíduos avaliar se pretende viver uma vida em saúde ou uma vida em doença (ou mesmo uma vida em sofrimento)⁴³. Os graus de bem-estar não se medem apenas de acordo com padrões médicos ou de ciências exatas. A satisfação psicológica, psíquica e mesmo social e cultural não se mede, apenas, por índices quantitativos medidos por análises clínicas. O bem-estar humano não pode ser apenas isso. Rompe, aliás, com esses parâmetros e fronteiras impostas pela mediania.

Como tal, não cabe ao Estado, através dos seus serviços de proteção civil, enviar mensagens eletrónicas aos cidadãos (em especial, aos mais velhos e aos mais doentes), aterrorizando-os com uma vaga de frio ou com a aproximação de uma tempestade, para garantir que os mesmos ficam, enclausurados e prisioneiros, em casa, enquanto o Inverno passa.

Dito de outro modo, as medidas de promoção da saúde individual não podem deixar de ficar condicionadas à prévia solicitação do indivíduo; seja mediante a ida a uma consulta pública (ainda que de mero diagnóstico ou de prevenção), seja mediante a solicitação da prestação de um serviço concreto (por exemplo, o acesso à prática desportiva; o acesso a intervenções médico-cirúrgicas; o acesso a acompanhamento psicológico ou psiquiátrico). Salvo, claro está, quanto tais medidas de promoção da saúde individual assumam a natureza de “*medidas de segurança*” (cfr. artigos 91.º a 98.º do Código Penal)⁴⁴. Mas, claro está, nesses casos, o bem jurídico protegido é, primordialmente, a garantia da segurança de terceiros

⁴³ Na verdade, não pode constranger-se alguém a ser saudável, ativo ou, muito menos, feliz. Sobre esse direito a ser preguiçoso ou pouco saudável, ver S. SHUMAN, “The right to be unhealthy”, in: *Wayne Law Review*, 22 (1975), pp. 61-85; JACEK HALASZ, “The right to be ill”, in: *Medical Health Care Philosophy*, 21 (2018), pp. 113-123; DAVID UNGER, *Public Health Ethics and the «Nanny State» - Do we have the right to be lazy, unhealthy and reckless* (videoconference), in: <https://mediasite.phsa.ca/Mediasite/Play/232e069a55e34004b23ad9ac1293d1dfid>.

⁴⁴ Para uma distinção entre pena e medida de segurança, ver MARIA JOÃO ANTUNES, *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em Resultado de Anomalia Psíquica*, Coimbra Editora, 2002, *passim*; Idem, *Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra Editora, 2013, pp. 97-100; INÊS FERREIRA LEITE, *Determinação da Medida da Pena e Constituição Penal* (ebook), cit., § 22, pp. 20-21.

e da paz pública⁴⁵ e não, especificamente, a proteção do indivíduo contra si próprio.

§ 4. Medidas de saúde pública

Posto isto, importa, então, verificar de que modo podem os poderes públicos impor medidas administrativas de saúde pública (ou coletiva). O grande argumento a favor do aumento crescente destas medidas governativas assenta na ideia de que a falta de saúde individual contribui para o decréscimo da saúde pública e, portanto, conduz à incapacidade – por assoberbamento – dos serviços públicos para prestarem cuidados de saúde aos demais cidadãos.

Cada um de nós, ao recusarmos preservar a nossa saúde individual, estaríamos, então, a impedir e a retirar saúde aos nossos concidadãos. Quer porque poderíamos contaminar ou influenciar outros indivíduos, quer porque a nossa falta de saúde exigiria do sistema de saúde a mobilização de recursos públicos que, de outra forma, não seriam necessários. Poderia ainda acrescentar-se outro fundamento de natureza económica – isto é, relacionado com a “*public choice*”⁴⁶ ou teoria dos jogos⁴⁷ – : por que razão deveria um não fumador suportar os impostos necessários ao tratamento de fumadores portadores de cancro no pulmão ou laringectomizados? Ou por que razão deveriam pessoas estéreis ver os seus impostos canalizados para políticas de planeamento familiar? Ou, ainda, por que razão deveria um desportista e vegetariano aceitar que os respetivos impostos

⁴⁵ INÊS FERREIRA LEITE, *Determinação da Medida da Pena e Constituição Penal* (ebook), cit., § 22, p. 20.

⁴⁶ A escola da “*public choice*” busca analisar a atividade política como um mercado de trocas recíprocas entre os vários agentes políticos (partidos, burocratas, grupos de interesses, indivíduos), em que impera um objetivo egoísta e individualista de maximização das vantagens extraídas desse processo negocial. Sobre o tema, ver Iain McLean, *Public Choice: An Introduction*, Wiley-Blackwell, 1987; PAULO TRIGO PEREIRA, “A teoria da escolha pública (public choice): uma abordagem neoliberal?”, in: *Análise Social*, 141 (1997), pp. 419-442; LIONEL ORCHARD/HUGH STRETTON, “Public Choice”, in: *Cambridge Journal of Economics*, 3 (1997), pp. 409-430.

⁴⁷ Por todos, ver OSKAR MORGENTERN/JOHN VON NEUMANN, *Theory Of Games And Economic Behavior* (60th Anniversary Commemorative Edition), Princeton University Press, 2007.

fossem utilizados para colocar bandas gástricas em indivíduos que não controlam a sua compulsão alimentar?

Evidentemente, esse tipo de argumentação é absolutamente disruptiva de qualquer possibilidade de uma sociedade solidária, coesa e agregada⁴⁸. Os poderes públicos não podem limitar-se a consignar as contribuições financeiras das maiorias às políticas por elas sufragadas. Ainda para mais quando essa (inaceitável) vinculação implicasse um juízo punitivo sobre aqueles que divergem de um modelo tido como o único aceitável, à luz de um critério de irrepreensibilidade social ou moral.

Bem pelo contrário, a defesa da saúde pública deve antes servir para concretizar o direito social à prestação de cuidados de saúde. Noto que “saúde” não pode ser, aqui, entendida como a mera prestação de cuidados profiláticos ou curativos. É por demais sabido que o bem jurídico “saúde” tanto exige cuidados de saúde posteriores à deteção da doença (seja ela física ou psíquica), como não pode deixar de incluir o favorecimento e estímulo de condutas indutoras de saúde – por exemplo, promoção do exercício físico, divulgação das vantagens de uma alimentação equilibrada, garantia do lazer e do acesso à cultura – ou ainda cuidados paliativos, de reabilitação física e psíquica e de minoração da dor e do sofrimento.

Nesse sentido, as medidas de saúde pública não podem deixar de se interligar com a dimensão da saúde enquanto um direito social, que exige uma margem ampla de decisão pelo legislador sobre se o Estado dispõe, em cada momento histórico, das condições económicas, humanas, infraestruturais e sociais para o realizar⁴⁹, de modo tão ótimo quanto possível. Porém, sempre que o legislador entenda, através da adoção de leis que realizem e concretizem aqueles direitos fundamentais, que já dispõe de condições para os executar, gera-se, então,

⁴⁸ Ainda assim, conforme já notei *supra* (cfr. nota de rodapé n.º 33, bem como a bibliografia ali citada), crescem os defensores – incluindo, académicos – desta total ausência de solidariedade social dos mais afortunados, mediante punição daqueles que não adotam condutas responsáveis ou saudáveis.

⁴⁹ JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais*, cit., *passim* e, em especial, pp. 91-100 e 151-154.

um dever de omissão de ato que regrida nessa intensidade. Em suma, logo que realizado o direito social, gera-se um direito de proteção do mesmo, que exige uma abstenção por parte do Estado⁵⁰. Salvo, claro está, em casos excepcionais – por exemplo, de crise conjuntural – que justifiquem uma regressão temporária⁵¹.

Por fim, não pode esquecer-se que o conceito de “saúde pública” também pode ser interpretado como uma causa de justificação da restrição dos direitos fundamentais, à semelhança do que sucede com a “ordem pública”. Nesse sentido, “saúde pública” surge como sucedânea do interesse público em manter uma saúde geral (ou generalizada), dentro de determinada comunidade.

Mais uma vez, esta noção de “saúde pública” não pode bastar-se com uma mera perceção acerca do sentimento geral de ausência ou de verificação de uma saúde exclusivamente aferida em função de um dos parâmetros da doença. Não bastará aferir-se, por exemplo, a inexistência de novos casos de cancro na pele – em virtude de uma menor exposição ao sol, favorecida por políticas de enclausuramento – para se concluir que essa saúde coletiva se encontra garantida. Evidentemente, a privação da exposição aos elementos naturais (incluindo ao sol) transporta severos problemas do ponto de vista da assimilação de vitaminas pelo corpo, provocar hipersensibilidade ocular, contribui para uma menor capacidade cardiorrespiratória e provoca depressão e outros problemas psíquicos, como a ansiedade e a agorafobia.

⁵⁰ Em sentido próximo, ver GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, 1991, p. 131; MANUEL AFONSO VAZ, *Lei e Reserva de Lei – A Causa de Lei na Constituição Portuguesa de 1976*, Porto, 1992, p. 384; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3ª edição, Coimbra Editora, 2000, p. 397; IDEM, *Pensões no Sector Bancário e Direito à Segurança Social (Parecer)*, in «Jurisprudência Constitucional», n.º 7, Julho-Setembro, 2005, p. 14; CRISTINA QUEIROZ, *Direitos Fundamentais Sociais (Teoria Geral)*, Coimbra Editora, 2002, pp. 47-49; JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais*, cit., pp. 378-379 e 400-401.

⁵¹ Para maior desenvolvimento, sobre as situações de regressão temporária admissível na proteção (e implementação) de direitos fundamentais, ver, por todos, MIGUEL PRATA ROQUE, “Juízos precários de constitucionalidade – O Tribunal Constitucional perante a crise do modelo social europeu e o retrocesso dos direitos fundamentais”, cit., pp. 870-889.

§ 5. O totalitarismo sanitário como instrumento de ódio social

Há que ter particular cautela com políticas públicas de propaganda acerca de (pretensos) modos saudáveis de viver e de condicionamento social de comportamentos contrários ao padrão estabelecido pelo poder público. O facto de caber aos políticos públicos informar e até incentivar a adoção de condutas que, afinal, poderiam ser incrementadoras do bem-estar de cada indivíduo não pode significar um totalitarismo sanitário que escarnece, ofende, oprime ou até aterroriza⁵² os destinatários dessas políticas públicas⁵³. A mero título de exemplo, é inaceitável que os poderes públicos utilizem um discurso culpabilizador de indivíduos concretos pela ocorrência de doenças ou de sofrimentos que decorrem usualmente ou fruto de causas naturais (mesmo quando aquele poderia ter sido evitado, caso o lesado tivesse adotado conduta distinta)⁵⁴.

⁵² Bem previa AUGUSTO SILVA DIAS para o imperativo de reconhecimento recíproco e de inclusão do outro, que implicava uma proibição de humilhação e de negação do que é diferente ou até marginal. Nas suas palavras: «*Numa relação de dominação nenhum dos interlocutores se salva, porque não há espaço nela para a exortação recíproca a uma auto-realização livre. “Ego” e “Alter” necessitam de se reconhecer reciprocamente como sujeitos livres e iguais, para que, em conjunto ou em comunidade, cada qual possa realizar-se individualmente. (...) Fora de uma tal relação surge o risco de dominação e opressão do “outro”, de formação de identidades negativas e de outras patologias pessoais e colectivas*» (AUGUSTO SILVA DIAS, *Crimes Culturalmente Motivados*, cit., pp. 137-138).

⁵³ Precisamente por isso, MAFALDA CARMONA recusa a pretensão estatizante de que o indivíduo deva ser protegido de si próprio e afirma mesmo que essas tentativas de pressão pública (e de estigmatização) dos destinatários dessas políticas (e ações) públicas corresponderiam a uma verdadeira estratégia de “bullying” estatal. Assim, ver MAFALDA CARMONA, *O tabaco, a liberdade e as mulheres como alvo fácil*, 15 de outubro de 2016, disponível in <https://www.capazes.pt/cronicas/o-tabaco-a-liberdade-e-as-mulheres-como-alvo-facil/>.

⁵⁴ A propósito da recente crise sanitária, foram criadas campanhas de propaganda absolutamente inaceitáveis e violadoras das liberdades individuais, precisamente, porque as mesmas pretenderam associar uma culpa pessoal dos afetados pelo vírus em circulação. Por exemplo, é inaceitável – no plano das políticas públicas – a campanha «Não deixes o vírus entrar», promovida pelo Governo e pelo SNS24 – Centro de Contacto do Serviço Nacional de Saúde. Em cartazes espalhados pelo país e em pequenos vídeos difundidos nas televisões, exibem-se, respetivamente, uma senhora de meia idade, um adulto e um jovem, internados numa unidade de cuidados intensivos, despidos, entubados e envoltos em máquinas cardiorrespiratórias, enquanto se lançam sobre os destinatários daquelas imagens chocantes os seguintes anátemas “Uma janela aberta podia ter ajudado a evitar tudo isto” (cfr. <https://www.youtube.com/watch?v=BoWroX4Bhcw>), “2 metros de distância podiam ter ajudado a evitar tudo isto” (cfr. <https://www.youtube.com/watch?v=wUFAUckzYAI>) e “Uma simples máscara podia ter ajudado a evitar tudo isto” (cfr. <https://www.youtube.com/watch?v=vwQdsPskgvE>). Como é evidente, a ciência demonstra que não basta nem o arejamento de espaços fechados, nem a manutenção de distância, nem tão pouco o uso de máscara evita a contaminação pelo vírus Covid-19; apenas diminuem a probabilidade desse

Face a esta tentativa totalitária de impor ao vicioso que seja saudável, não pode deixar de invocar-se o direito à liberdade de consciência⁵⁵ – e, em alguns casos, até mesmo à objeção de consciência⁵⁶ –, visto que esse direito fundamental não se cinge à convicção religiosa, mas abrange todos os demais vetores da vida humana em sociedade, que concorrem para a formação da personalidade do indivíduo⁵⁷: gostos gastronómicos, literários, culturais, filosóficos, éticos, desportivos; em suma, todas as opções que o indivíduo faça, na livre condução da sua vida.

A adoção de políticas públicas de promoção da saúde não pode, assim, invadir todos os espaços da vida em sociedade – o espaço escolar, o espaço hospital e clínico, o espaço público, o espaço familiar e, até (!), o espaço íntimo –, esgotando, assim, a possibilidade de o indivíduo experimentar e descobrir as atividades e modos de vida que melhor o autorrealizam, em toda a sua unicidade e particularidade. Esse verdadeiro totalitarismo sanitário acaba por legitimar – por muito que os seus carrascos o neguem – que os demais membros de uma comunidade (em regra, aqueles que revelam maior tolerância e obediência aos

contágio. Acresce que é moral e retoricamente inaceitável que se insinue que as pessoas que foram infetadas pelo Covid-19 foram, afinal, responsáveis pela doença que contraíram. Esse abuso emocional sobre as vítimas de um desastre natural (e sobre os potenciais afetados pelo vírus) – ainda por cima, perpetrado por poderes públicos corre, aliás, o risco de ser qualificado como tratamento degradante (quer porque explora, ainda que simuladamente, o sofrimento de infetados, quer porque gera uma ansiedade psíquica e um sentimento de culpa interiorizada pelos demais cidadãos) e, como tal, é proibido pelo artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

⁵⁵ Evidentemente, tal liberdade consciência, pressupõe, *ipso facto*, a potencialidade da consciência individual colocar em crise a autoridade do Direito (e do Estado) por lhe ser insuportável tolerar a obediência à vontade maioritária. Assim, ver MIGUEL GALVÃO TELES, “Liberdade de consciência e liberdade *contra legem*”, in: *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 Anos*, Almedina, 2007, pp. 921 e 922.

⁵⁶ Para uma análise global e exaustiva sobre a objeção de consciência, ver ANTÓNIO DAMASCENO CORREIA, *O Direito à Objeção de Consciência*, Vega, Lisboa, 1993; JORGE BACELAR GOUVEIA, “Objeção de Consciência (direito fundamental à)”, in: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Volume VI, Livraria Arco-Íris, Lisboa, 1994, pp. 165-194; FRANCISCO MUÑOZ CONDE, “A objeção de consciência em direito penal”, in: *Revista do Ministério Público*, 69 (1997), pp. 101-118; FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, “Sentido e Limites do Direito Fundamental à Objeção de Consciência”, in: «Themis», 11 (2005), pp. 245-285; CATARINA SANTOS BOTELHO, “O direito fundamental à objeção de consciência na «sociedade de risco»: abrir a caixa de Pandora?”, in: *Garantia de Direitos e Regulação: Perspectivas de Direito Administrativo*, AAFDL Editora, Lisboa, 2020, pp. 389-418.

⁵⁷ MIGUEL GALVÃO TELES, “Liberdade de consciência e liberdade *contra legem*”, cit., pp. 922-923.

excessos totalitários⁵⁸) apontem e denunciem todo e qualquer comportamento que se afigure como desviante⁵⁹. Face ao padrão vigente, claro está.

Dito de outro modo, gera-se um fenómeno de ostracização social do (alegado) desviado ou inconformado, pois tais políticas públicas de promoção de saúde acabam por apenas reconhecer como válida a conduta dos cidadãos obedientes à lei (seguindo outra retórica, deveras preocupante, os “*cidadãos de bem*” ou, na versão inglesa, os “*abiding citizens*”). Daqui até ao ódio social, resta apenas um passo.

Passamos, então, a ter o Direito Sancionatório Público – por vezes, até o Direito Penal – ao serviço dessa moralidade pública maioritária, em completo desrespeito pelas liberdades individuais e, em especial, pela liberdade de consciência. O móbil é claro: pune-se o desobediente – não porque ele coloque em causa a saúde pública⁶⁰ –, mas porque ele se recusa a manter-se saudável (de acordo

⁵⁸ Impõe-se, sempre, recordar a surpreendente (e perturbadora) investigação levada a cabo por STANLEY MILGRAM, que, sem prévia informação sobre a respetiva natureza experimental, pediu aos seus alunos universitários que fossem infligindo intensidades crescentes de choques elétricos (e de dor) a outros voluntários humanos. Sucede que os mesmos responderam com a aplicação de graus letais de sofrimento, que poderiam ter conduzido à morte das cobaias (caso a experiência tivesse sido real), apenas porque tal lhes havia sido solicitado pelo respetivo educador e avaliador. Para maiores detalhes, ver STANLEY MILGRAM, *Obedience to Authority: An Experimental View*, Harper & Ross, 1974.

⁵⁹ Em sentido idêntico, ver SUSANA FIGUEIREDO, “A suspensão do direito de resistência”, in: *Estado de emergência – COVID 19 – Implicações na Justiça*, CEJ, Lisboa, 2020, p. 454 (disponível in http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/eb_Covid19.pdf). Conforme bem nota alguma doutrina, torna-se até mais fácil impor medidas materialmente totalitárias, em plena democracia, do que através de imposição ditatorial, visto que os membros dessa comunidade creem (erradamente) que o mero cumprimento das formalidades intrínsecas ao processo democrático justifica a imposição totalitária de restrições muito intensas às liberdades individuais, que estariam automaticamente legitimadas, por ter havido uma prévia eleição dos titulares do poder para as impor. Nesse sentido, alerta CHRISTIAN BAY: “Os ditadores têm que confiar na polícia secreta e no terror recorrente, de modo a prevenirem revoluções e golpes de Estado. Os homens de Estado democráticos têm até certo ponto mais sorte, como vimos, porque normalmente podem confiar num amplo consenso que afirma não só a fé na democracia como ideal, mas também a crença de que esta se encontra já realizada e de que tudo o que é decretado democraticamente, nas condições actuais, deve ser obedecido, (...) na medida em que as pessoas pensam que a democracia é um facto consumado neste país, tendem a mostrar-se mais facilmente “manobradas”» (cfr. CHRISTIAN BAY/CHARLES C. WALKER, *Desobediência Civil: Teoria e Prática*, Sementeira, Lisboa, 1986, pp. 13-14).

⁶⁰ De algum modo, faz sentido recordar aqui a lógica tripartida de Roxin, de acordo com a qual a atuação penal se divide em: (a) fase da ameaça – em que imperam fins de prevenção geral; (b) fase da determinação da responsabilidade e da pena – durante a qual impera um juízo sobre a culpabilidade do agente; (c) fase da execução da pena – em que prevaleceriam fins de prevenção especial. Assim, ver Mercedes Pérez Manzano, “Aportaciones de la prevención general positiva a la

com os padrões dominantes). Mais uma vez, é tudo apenas “para o seu bem” (ou “for your own good”).

O Direito Penal surge, então, como um braço armado do pensamento e da moralidade dominantes⁶¹, procurando vergar o indivíduo à força de quem dita as regras⁶². Prevalece, então, um fim da pena maioritariamente assente na ideia de “prevenção geral”⁶³. Pune-se para que os outros vejam o que acontece a quem desobedece⁶⁴. A quem recusa a visão maioritária do que deve ser uma vida saudável e digna de ser vivida.

Evidentemente, tal visão totalitária é absolutamente destituída de qualquer cobertura constitucional, pois não só corresponde a uma restrição intolerável à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade (cfr. artigo 26.º, n.º 1, da Constituição), como coloca em crise a principal trave-mestra dos sistemas constitucionais de todos os Estados ocidentais, de matriz democrata-liberal: o princípio da dignidade da pessoa humana (cfr. artigo 2.º da Constituição).

resolución de las antinomias de los fines de las penas”, in: *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (Livro Homenaje a Claus Roxin)*, ed. Jesús-María Silva Sánchez, JMB Editor, Barcelona, 1997, p. 75.

⁶¹ Ilustrando esta crítica de acordo com a qual os fins de prevenção geral visam apenas instrumentalizar a condenação (ou até a mera perseguição) penal de um indivíduo, com vista a garantir uma obediência generalizada ao Direito vigente, ver TATJANA HÖRNLE/ANDREW VON HIRSCH, “Tadel und Generalpävencion”, in: *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 142 (1995), pp. 261-282; BERND SCHÜNEMANN, “Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva”, in: *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (Livro Homenaje a Claus Roxin)*, ed. Jesús-María Silva Sánchez, JMB Editor, Barcelona, 1997, pp. 91-93.

⁶² Conforme nota CHRISTIAN BAY, essa tentativa de subjugação dos indivíduos ao poder político acaba, invariavelmente por abrir caminho para o totalitarismo, pelo que há que ser combatida: “(...) a ordem política tende a tornar-se cada vez mais tirânica à medida que os cidadãos se tornam mais submissos” (cfr. CHRISTIAN BAY/CHARLES C. WALKER *Desobediência Civil: Teoria e Prática*, Sementeira, Lisboa, 1986, p. 9).

⁶³ Sobre o conceito de prevenção geral e sua distinção face à prevenção especial, ver, por todos, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, Volume I, cit., pp. 50-53; Fernanda Palma, *Direito Penal – Conceito material de crime, princípios e fundamentos. Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo e no espaço e quanto às pessoas*, cit., pp. 59-63.

⁶⁴ Não é de estranhar, portanto, que a doutrina juspenalista assinala a uma histórica resistência (social, político-legislativa e jurisprudencial) em reconhecer a exigência do conhecimento da ilicitude (potencial) e a prever a sua ausência como causa de afastamento da responsabilidade criminal, visto que ela fragiliza este objetivo de imposição generalizada de modelos de conduta destinados à proteção de bens jurídicos maioritariamente reconhecidos como valiosos. Assim, ver HANS JOACHIM RUDOLPHI, “A consciência da ilicitude potencial como pressuposto da punibilidade no antagonismo entre «culpa» e «prevenção»” (traduzido por Maria Fernanda Palma), in: *Direito e Justiça*, 3 (1987-1988), p. 87.

§ 6. O crime de desobediência

O tipo de ilícito criminal de desobediência (cfr. artigo 348.º do Código Penal) traduz, como nenhum outro, esta ideia autoritária e paternalista de um Direito que é hétero-imposto ao indivíduo. Apenas porque sim.

Repare-se que não se exige sequer uma desobediência ativa, que empregue força, violência ou sequer resistência passiva. Basta que o indivíduo recuse vergar-se a “*ordem ou mandado legítimos*” (sic). A obediência é devida apenas porque a autoridade assim o determina⁶⁵. E, note-se, até é devida mesmo que não haja uma norma legal que comine expressamente o não acatamento da ordem como crime [cfr. artigo 348.º, n.º 1, alínea *a*), do Código Penal]. Basta que a própria autoridade ou o funcionário disso encarregue informar o indivíduo que o incumprimento da ordem gera responsabilidade criminal [cfr. artigo 348.º, n.º 1, alínea *b*), do Código Penal]⁶⁶.

⁶⁵ Notando a excessiva amplitude desta norma incriminadora, ver CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, “Comentário ao Artigo 348.º (Desobediência)”, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo III, Coimbra Editora, 2001, p. 349.

⁶⁶ Uma parte significativa da doutrina juspenalista tem vindo a opor-se a esta conceção maximalista – que permite uma discricionariedade preocupante aos funcionários públicos ou aos agentes das forças de segurança – e a defender, ao invés, uma visão restritiva que ficasse circunscrita aos casos de desobediência decorrente de norma que expressamente detalhe e fixe os termos dessa incriminação. Entre muitos outros, ver EDUARDO CORREIA, in: *Actas da Comissão Revisora do Código Penal: Parte Especial*, 1979, p. 441; José de Sousa e Brito, in: *Actas da Comissão Revisora do Código Penal*, 1993, p. 409. Em sentido contrário, alegando que só os funcionários ou os agentes de segurança que, concretamente e “*no terreno*” (?!), contactem com o (alegado) desobediente ilícito é que estariam em condições de, caso a caso, determinar se se justifica a incriminação, mediante uma cominação discricionária, ver ANDRÉ LAMAS LEITE, “Desobediência em tempos de cólera”: a configuração deste crime em estado de emergência e em situação de calamidade”, in: *Revista do Ministério Público*, Número Especial COVID-19 (2020), pp. 171-173 e 179-180. Sem qualquer razão, porém, na medida em que a aplicação de sanção – ainda por cima de natureza penal – a um caso concreto não pode dispensar a prévia determinação dos elementos típicos essenciais da conduta. Não cabe ao próprio agente de poderes de autoridade avaliar, decidir e punir o (pretenso) desrespeito por essa “autoridade”. Nem tão pouco o mero “respeito pela autoridade” se pode afigurar como um bem jurídico constitucionalmente protegido, que justifique uma restrição das liberdades individuais, o que redundaria numa flagrante violação do princípio da proporcionalidade (cfr. artigo 18.º, n.º 2, da CRP) e, em especial, do princípio da necessidade da pena. Tendo em conta que a Constituição Administrativa consagra o princípio da participação dos cidadãos no processo de decisão administrativa (cfr. artigo 267.º, n.º 1, da CRP) e o direito à informação e à transparência administrativa (cfr. artigo 268.º, n.ºs 1 e 2, da CRP), não pode a discordância dos mesmos ser

Tal como se encontra previsto, este tipo de ilícito é absolutamente anacrónico, pois o princípio da colaboração e o princípio da transparência administrativa⁶⁷ exigem que o indivíduo deixe de ser um mero objeto da atividade da administração pública (incluindo quando a mesma é representada pelas forças de segurança) e passe a ser um sujeito ativo da atuação administrativa⁶⁸. Coloco, aliás, em causa a constitucionalidade da norma incriminadora, por manifesta e excessiva restrição do direito de resistência (cfr. artigo 21.º da Constituição), da liberdade de agir (cfr. artigo 26.º da Constituição) e do direito de petição e de impugnação de decisões perante a própria administração pública (cfr. artigo 52.º da Constituição).

Não admira, portanto, que inúmeros países tenham vindo a descriminalizar estas condutas⁶⁹, mantendo apenas a criminalização da desobediência ativa e especialmente desvaliosa; designadamente, aquela que envolva o uso de violência ou a lesão de outros bens jurídicos (tais como propriedade privada alheia, propriedade pública ou a integridade física de terceiros, incluindo as forças de segurança ou funcionários encarregues da execução de decisão administrativa)⁷⁰.

Pode (e deve) discutir-se, aliás, se – mesmo ao admitir esta perspetiva mais restritiva – não se estaria a esvaziar de conteúdo a incriminação da desobediência ativa e violenta, por força das regras de concurso entre normas penais; o que sempre conduziria à sua dispensabilidade. Com efeito, invariavelmente, as normas que punem o crime de ofensa à integridade física (cfr. artigo 143.º do Código Penal), o crime de dano (cfr. artigo 212.º do Código Penal) ou o crime de resistência e coação de funcionário (cfr. artigo 347.º do Código Penal) acabariam sempre por

enfrentada com uma acusação por desobediência ilícita, pois, isso desmente o propósito de estabelecimento de uma administração pública colaborativa e dialogante.

⁶⁷ Sobre a exigência contemporânea de uma administração pública colaborativa, ver MIGUEL PRATA ROQUE, *Manual de Governação Administrativa* (ebook), cit., § 58.

⁶⁸ MIGUEL PRATA ROQUE, *Manual de Governação Administrativa* (ebook), cit., idem.

⁶⁹ LOPES DA MOTA, “Crimes contra a autoridade pública”, in: *Jornadas de Direito Criminal: Revisão do Código Penal*, Volume II, 1998, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, p. 426-428.

⁷⁰ Nesse sentido, apenas excluindo do direito à objeção de consciência os atos de violência contra a ordem jurídica – e, portanto, admitindo a incriminação da desobediência por meio de violência –, ver FRANCISCO MUÑOZ CONDE, “A objecção de consciência em direito penal”, cit., p. 104.

consumir o crime de desobediência⁷¹, na medida em que o elemento típico “desobediência através de violência” se esgotaria na punição daqueles primeiros crimes. Por força da consunção restaria, apenas, como bem jurídico a própria pretensão de autoridade pública e de respeito pela decisão administrativa⁷². Ora, nesse caso, manter-se-iam as objeções constitucionais à aceitação de que o mero exercício de autoridade coerciva pública justificaria a punição de quem não a aceita.

Um dos argumentos que tem sido invocado para justificar a não descriminalização do crime de desobediência reside na proliferação, em legislação extravagante⁷³, de sucessivas incriminações legais da desobediência (aleadamente) devida a uma ordem de autoridade pública. Isto é, cada vez que o legislador prevê determinado regime jurídico, fá-lo acompanhar da previsão e sanção penal, sempre que o indivíduo ouse desrespeitar o ditame legislativo. Ao invés de investir no convencimento do destinatário, pela força do argumento e da persuasão, o legislador desiste. E reage, despoticamente, ameaçando o insubmisso com o cárcere.

⁷¹ Sobre o efeito consuntivo das normas incriminadoras prevalecentes, enquanto mecanismo de solução de situações de concurso entre crimes, ver JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, Volume I, cit., pp. 1011-1013; INÊS FERREIRA LEITE, *Ne (Idem) Bis in Idem – Proibição de Dupla Punição e de Duplo Julgamento: Contributos para a Racionalidade do Poder Punitivo Público*, Volume II, AAFDL Editora, Lisboa, 2016, §130, pp. 354-356.

⁷² Ainda que demasiado complacente com esta visão autoritária de exercício do poder administrativo, é assim que a doutrina juspenalista maioritária identifica o bem jurídico tutelado pela incriminação (a saber, uma pretensa “autonomia intencional do Estado”). Entre outros, ver CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, “Comentário ao Artigo 348.º (Desobediência)”, cit., p. 350; ANDRÉ LAMAS LEITE, “Desobediência em tempos de cólera”: a configuração deste crime em estado de emergência e em situação de calamidade”, cit., pp. 177-178. Há até quem vá mais longe e sustente que tal incriminação até protegeria a “autonomia intencional do funcionário público”, o que revela – previsamente – um preconceito inaceitável que pressupõe que o exercício da função administrativa depende do uso da força coerciva e da coação física e moral dos seus agentes sobre os destinatários da sua ação. Assim, ver PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008, p. 825. Em suma, a defesa do “respeitinho” pelas forças de autoridade (sejam eles funcionários públicos ou membros das forças de segurança). Essa conceção autoritária do exercício da função administrativa é, hoje, completamente inaceitável, à luz dos princípios mais elementares do Estado de Direito democrático e da lógica – hoje dominante – de uma administração paritária. Sobre este último conceito, ver, por todos, PEDRO MACHETE, *Estado de Direito Democrático e Administração Paritária*, Almedina, 2007.

⁷³ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, in: *Actas da Comissão Revisora do Código Penal*, 1993, p. 408.

De modo deveras preocupante, a legislação da crise pandémica veio acentuar esta situação (já de si inaceitável). À medida que o cansaço pandémico e que o somatório temporal de medidas restritivas aumentou – o que, aliás, arrisca conduzir a um excesso (cfr. Acórdão n.º 352/2012, do Tribunal Constitucional)⁷⁴ –, passaram a proliferar incriminações de atos de desobediência a ordens dirigidas pelas autoridades públicas em sedes legais de duvidosa constitucionalidade. Numa fase inicial da pandemia, as próprias forças de segurança (e demais funcionários públicos) evitaram a aplicação de sanções à infração de regras de conduta destinadas a prevenir e combater a disseminação do vírus Covid-19, tendo antes optado por uma postura mais pedagógica – “fase de contenção”.

Já numa segunda fase, passámos a assistir ao intensificar da perseguição às infrações relacionadas com a legislação da crise pandémica, com os primeiros casos

⁷⁴ Durante a jurisprudência da crise (económico-financeira), o Tribunal Constitucional fixou os parâmetros da admissibilidade de um somatório de medidas restritivas de direitos fundamentais (*in casu*, o direito ao salário e o direito à pensão), considerando que a adoção sucessiva de medidas restritivas, que perduram no tempo, constitui um excesso restritivo que contraria o princípio da proporcionalidade (e, naquele caso, o princípio da igualdade). Dessa feita, o Acórdão n.º 353/2012 (Cura Mariano) foi inequívoco ao determinar a inconstitucionalidade de normas orçamentais que, pelo segundo ano consecutivo, aplicavam reduções salariais e nas pensões de reforma. Logo no ano seguinte, o Tribunal Constitucional voltou a robustecer esta orientação jurisprudencial, através do Acórdão n.º 187/2013 (Carlos Fernandes Cadilha), que renovou o juízo de inconstitucionalidade sobre novas normas restritivas dos direitos ao salário e à pensão: «Na última dessas decisões, o Tribunal considerou, porém, que os efeitos cumulativos e continuados dos sacrifícios impostos às pessoas com remunerações do setor público, sem equivalente para a generalidade dos outros cidadãos que auferem rendimentos provenientes de outras fontes, corresponde a uma diferença de tratamento que não encontra já fundamento bastante no objetivo da redução do défice público. E implica por isso uma violação do princípio da igualdade proporcional, assente na ideia de que a desigualdade justificada pela diferença de situações não está imune a um juízo de proporcionalidade e não pode revelar-se excessiva. Não há motivo agora para alterar este juízo. (...) O agravamento fiscal teve ainda um efeito de maior onerosidade para essa categoria de pessoas relativamente à situação que resultava das medidas precedentemente previstas na Lei do Orçamento de Estado para 2012. E, por outro lado, a redução salarial tem vindo a ser acompanhada, entre outras, de medidas adicionais de congelamento de progressão na carreira e de valorização remuneratória, que, objetivamente, representam também uma alteração significativa da posição jurídica dos trabalhadores da Administração Pública (artigos 24.º, n.ºs 1 e 9, da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, 20.º, n.º 5, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, e 35.º, n.ºs 1 e 12, da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro)». Como é evidente, o somatório de restrições às liberdades individuais, decorrentes de medidas destinadas a combater a crise sanitária não pode deixar de obedecer às mesmas limitações que a jurisprudência constitucional já estabeleceu para a crise económico-financeira. Sobre a natureza necessariamente provisória de juízos que tolerem a inconstitucionalidade decorrente de uma restrição desproporcionada de direitos fundamentais, ver MIGUEL PRATA ROQUE, “Juízos precários de constitucionalidade – O Tribunal Constitucional perante a crise do modelo social europeu e o retrocesso dos direitos fundamentais”, cit., § 5.

de abertura de autos de inquérito por crime de desobediência. Porém, essa incriminação não decorria de norma legal que cominasse, de forma expressa, esse tipo de crime [cfr. alínea *a*) do n.º 1 do artigo 348.º do Código Penal]⁷⁵, mas apenas de cominação feita pela própria autoridade ou funcionário [cfr. alínea *b*) do n.º 1 do artigo 348.º do Código Penal]⁷⁶ – “fase de perseguição sem habilitação constitucional”.

Finalmente, constatando as dúvidas sobre a constitucionalidade⁷⁷ da aplicação de normas incriminadoras da desobediência à legislação da crise

⁷⁵ Na verdade, procurando criar base legal suficiente que habilitasse a abertura de processos-crime e a posterior punição penal de atos de desobediência às normas (e meras orientações técnicas) emitidas por si e por outros órgãos administrativos (com a Direção-Geral de Saúde à cabeça), o Governo começou por prever o crime de desobediência nos artigos 3.º, n.º 2 (relativo ao confinamento obrigatório), 7.º (relativo à proibição de funcionamento de estabelecimentos) e 32.º, n.º 1, alínea *b* (relativo aos poderes das forças de segurança), todos do Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de março. Sucede, porém, que o referido decreto de execução do decreto presidencial que decretou o primeiro estado de emergência nem detém natureza de ato legislativo (cfr. artigo 112.º, n.º 1, da CRP), nem goza de autorização legislativa parlamentar [cfr. artigo 165.º, n.º 1, alínea *b*), e n.º 2, da CRP], pelo que aquela incriminação se apresentou, desde a sua génese, como inconstitucional. Esta opção normativa manteve-se, quer com o Decreto n.º 2-B/2020, de 2 de abril, quer com os subsequentes decretos de execução do(s) estado(s) de emergência. Sobre este regime jurídico, ver ANTÓNIO BRITO NEVES, “Crimes desobedientes – análise da base legal para as detenções por desobediência”, in: *Covid-19, Direito Penal e Filosofia do Direito*, CIDPCC, Lisboa (disponível in <https://cidpcc.wordpress.com/2020/04/29/crimes-desobedientes-analise-da-base-legal-para-as-detencoes-por-desobediencia/>).

⁷⁶ Com efeito, os sucessivos decretos governamentais de execução do estado de emergência apenas fixaram um dever geral de confinamento (cfr. artigo 5.º do já citado Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de março) para aqueles que não estejam sujeitos a confinamento obrigatório (por exemplo, os que se encontrem infetados pelo vírus), cuja violação apenas pode ser punida em caso de expressa cominação, pessoal e direta, por membro das forças de segurança. Porém, também neste caso, se exigiria sempre que essa previsão constasse de diploma com natureza legislativa, visto que o princípio da legalidade exige que a alínea *b*) do n.º 1 do artigo 348.º do Código Penal não funcione como uma porta escancarada para que o governo (ou mesmo outras entidades administrativas) adotem, sob a forma regulamentar, normas que permitam às forças de segurança interpelar os cidadão e, assim, cominar as suas condutas (alegadamente) infratoras como crimes de desobediência. Na doutrina, em sentido idêntico, ver ANTÓNIO BRITO NEVES, “Crimes desobedientes – análise da base legal para as detenções por desobediência”, cit.

⁷⁷ A tentativa presidencial de operar uma espécie de ratificação retroativa do originário Decreto n.º 2-A/2020, do Conselho de Ministros, através da novação de normas anteriores inconstitucionais (e até de atos administrativos praticados pelas forças de segurança) não encontra qualquer arrimo constitucional ou sequer legal e arrisca até a ser interpretado como uma tentativa de condicionamento dos tribunais que vieram a decidir no sentido da inconstitucionalidade da incriminação por desobediência indevida, em flagrante violação do princípio da separação de poderes (cfr. artigo 111.º, n.º 1, da CRP), seja em relação aos tribunais, seja em relação ao próprio parlamento. Em sentido igualmente crítico, ver JORGE REIS NOVAIS, *Estado de emergência – quatro notas jurídico-constitucionais sobre o decreto presidencial*, Observatório Almedina, 19/3/2020, (disponível in <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/03/19/estado-de-emergencia->

pandémica que não se fundavam em lei parlamentar, o Presidente da República, procedendo à 7.^a renovação do estado de emergência, proferiu o Decreto n.º 66-A/2020, de 17 de dezembro, que, pela primeira vez, incluiu uma previsão expressa desse crime de desobediência⁷⁸. Com efeito, apesar de a Lei do Estado de Sítio e do Estado de Emergência (aprovada pela Lei n.º 44/86, de 30 de setembro) prever, de modo demasiado genérico, que a violação das regras fixadas pelo decreto do estado de emergência ou pelo respetivo decreto de execução implica a prática de um crime de desobediência⁷⁹, certo é que não fixa os seus elementos típicos, com a necessária concretude e precisão, já que aparenta permitir que qualquer violação à referida lei ou àqueles decretos excepcionais constitua a prática de crime⁸⁰.

[quatro-notas-juridico-constitucionais-sobre-o-decreto-presidencial/](#)); ALEXANDRE AU-YONG OLIVEIRA, “O(s) crime(s) de desobediência no atual estado de emergência, em especial no domínio das restrições ao direito de deslocação e fixação – breves notas”, in: *Estado de emergência – COVID 19 – Implicações na Justiça*, CEJ, Lisboa, 2020, pp. 442-444 (disponível in http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/eb_Covid19.pdf).

⁷⁸ Com efeito, nos termos do artigo 6.º do Decreto n.º 66-A/2020, de 17 de dezembro, esclareceu-se que: «A violação do disposto na declaração do estado de emergência, incluindo na sua execução, faz incorrer os respetivos autores em crime de desobediência, nos termos do artigo 7.º da [Lei n.º 44/86](#), de 30 de setembro, na sua redação atual».

⁷⁹ Nota-se aliás que, nos termos do artigo 7.º da sua versão originária, aprovada pela Lei n.º 44/86, de 30 de setembro: «A violação do disposto na declaração do estado de sítio ou do estado de emergência ou na presente lei, nomeadamente quanto à execução daquela, faz incorrer os respetivos autores em crime de responsabilidade». Ora, a expressão “crime de responsabilidade” não podia deixar ser aplicada de modo congruente com o sistema de Direito vigente, devendo, portanto, ser interpretada como um dos crimes de catálogo previstos no Regime dos Crimes da Responsabilidade de Titulares de Cargos Políticos (aprovado pela Lei n.º 34/86, de 16 de julho, na redação última que lhe foi conferida pela Lei n.º 30/2015, de 22 de abril). Porém, com a redação que lhe foi conferida pela Lei Orgânica n.º 1/2012, de 11 de maio, essa questão ficou resolvida. Ainda que tenha permanecido irresolvida a questão da delimitação concreta dos elementos típicos do crime de desobediência e sua compatibilização com atos normativos de natureza não legislativa, como são os decretos presidenciais e governamentais. Sobre o tema, ver ANDRÉ LAMAS LEITE, “Desobediência em tempos de cólera”: a configuração deste crime em estado de emergência e em situação de calamidade”, cit., pp. 169-170.

⁸⁰ Na tentativa (vã) de justificar a reiterada ausência de autorização normativa para incriminação, como desobediência, de atos de incumprimento da legislação da crise pandémica, o Presidente da República ainda procurou emendar a mão, incluindo a seguinte justificação, no preâmbulo do Decreto n.º 66-A/2020: «Finalmente, recorda-se que o crime de desobediência está já previsto na [Lei n.º 44/86](#), de 30 de setembro, pelo que a referência no presente diploma não constitui, nem podia constituir, nenhuma novidade, nem alargamento de âmbito». Sem qualquer razão, porém. Não só o artigo 7.º apenas emprega a enigmática expressão “crime de responsabilidade” (que não encontra qualquer paralelo, na história da legislação penal portuguesa, com o crime de desobediência), como não fixa, em momento algum, nenhum dos elementos típicos daquele (pretense) crime ou, sequer, dita a respetiva moldura penal.

Ao adotar as medidas de execução daquele decreto do estado de emergência, o Governo aprovou o respetivo decreto de execução (cfr. Decreto n.º 11-A/2020, de 21 de dezembro de 2020, proferido pelo Conselho de Ministros) que definiu, de modo taxativo, quais seriam as regras cuja violação implicaria a prática de crime de desobediência; a saber:

- Violação de confinamento obrigatório (artigo 3.º);
- Desrespeito pelo dever de encerramento de estabelecimentos (artigo 11.º);
- Proibição de circulação na via pública durante a noite, em concelhos de risco elevado e de risco muito elevado ou extremo (artigos 34.º e 39.º);
- Proibição de circulação na via pública aos sábados e domingos (artigo 40.º);
- Restrições às atividades de comércio e de prestação de serviços aos sábados e domingos, nos concelhos de risco muito elevado e extremo (cfr. artigo 43.º);
- Restrições relativas aos períodos do Natal e do Ano Novo (cfr. artigos 45.º a 52.º)⁸¹.

Ainda assim, de modo surpreendente, o referido decreto governamental vem esclarecer (ou, quiçá, lançar ainda mais dúvidas) que cabe às forças de segurança e às polícias municipais decidir sobre a cominação do crime de desobediência⁸²; o que significa que o Governo admite que o seu próprio decreto

⁸¹ Obviamente, tratava-se de norma temporária ou provisória, que cessou vigência, “*ope legis*”, em 5 de janeiro de 2021. Por conseguinte, o seguinte decreto de regulamentação do (novo) estado de emergência, viria a eliminar estes artigos, deixando a sua violação de constituir crime de desobediência (cfr. artigo 2.º do Decreto n.º 2-A/2021, de 7 de janeiro, que alterou o artigo 58.º do anterior Decreto n.º 11/2020, de 6 de dezembro, na redação que já lhe havia sido conferida pelo Decreto n.º 11-A/2020, de 21 de dezembro).

⁸² Para melhor compreensão, transcreve-se o teor do artigo 58.º do Decreto n.º 11-A/2020, de 21 de dezembro de 2020, proferido pelo Conselho de Ministros: «1 - Compete às forças e serviços de segurança e às polícias municipais fiscalizar o cumprimento do disposto no presente decreto, mediante: (...) d) A cominação e a participação por crime de desobediência, nos termos e para os efeitos da alínea b) do n.º 1 do artigo 348.º do Código Penal, bem como do artigo 7.º da [Lei n.º 44/86](#), de 30 de setembro, por violação do disposto nos artigos 11.º, 34.º, 39.º, 40.º, 43.º e 45.º a 52.º do presente decreto, bem como do confinamento obrigatório por quem a ele esteja sujeito nos termos do artigo

(e o decreto presidencial do estado de emergência) não são instrumento normativo bastante para criar, por via legislativa, um novo crime de desobediência. Tudo aponta no sentido de o Governo estar ciente de que a competência legislativa para criação de crimes cabe, exclusivamente, à Assembleia da República, salvo autorização ao Governo [cfr. artigo 165.º, n.º 1, alínea a), e n.º 2, da Constituição]. Ora, uma vez que o decreto de regulamentação do estado de emergência não assume natureza legislativa, terá entendido o Governo – e, a meu ver, bem – que aquela não era sede própria e suficiente para cominar, por via de “*disposição legal*”, a punição de atos de desobediência [conforme determina a alínea a) do n.º 1 do artigo 348.º do Código Penal].

Deve notar-se, aliás, que os tribunais portugueses⁸³ notaram bem esta evidente inconstitucionalidade orgânica e isentaram de responsabilidade criminal

3.º». Posteriormente, o Conselho de Ministros procederá a uma ressystematização destas regras de conduta, através do Decreto n.º 3-A/2021, de 14 de janeiro. A previsão do crime de desobediência, nos mesmos e exatos termos, passaria a ficar consagrada no artigo 41.º daquele decreto governamental: «1 - Compete às forças e serviços de segurança e às polícias municipais fiscalizar o cumprimento do disposto no presente decreto, mediante: (...) d) A cominação e a participação por crime de desobediência, nos termos e para os efeitos da alínea b) do n.º 1 do artigo 348.º do Código Penal, bem como do artigo 7.º da Lei n.º 44/86, de 30 de setembro, por violação do disposto nos artigos 4.º, 5.º, 14.º e 15.º do presente decreto, bem como do confinamento obrigatório por quem a ele esteja sujeito nos termos do artigo 3.º».

⁸³ Bem sintomático deste entendimento (também seguido pelos tribunais de primeira instância), é o Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Guimarães, em 09 de novembro de 2020, Proc. n.º 119/20.1PBCHV.G, nos termos do qual se fixou o seguinte entendimento: «O Governo antes de a invocar teve o cuidado de em jeito de preâmbulo referir que 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 caráter urgente de restrição de direitos e liberdades, em especial no que respeita com direitos de circulação e às liberdades económicas, em articulação com as autoridades europeias, com vista a prevenir a transmissão do vírus. (...) urge adotar as medidas que são essenciais para propositadamente, restringir determinados direitos para salvar o bem maior que é a saúde pública e a vida de todos os portugueses. (...) Estas medidas devem ser tomadas com respeito pelos limites constitucionais e legais, o que significa que devem, por um lado, limitar-se ao estritamente necessário e, por outro, que os seus efeitos devem cessar assim que retomada a normalidade”. Se as considerações expostas ajudam a perceber a preocupação em conter a propagação do vírus, não podem fazer esquecer o respeito devido pelos fundamentos democráticos da sociedade, porque “a democracia não poderá ser suspensa”, o certo é que a criação de um novo tipo de crime vai, obviamente, muito para além da competência administrativa invocada para a regulamentação do estado de emergência, pelo que não há dúvida de que o Decreto 20-A/2020 ao definir um novo tipo de crime, invade a competência legislativa que lhe não compete e que só competiria se tivesse sido prevista por uma lei de autorização legislativa. É também nisto que consiste o princípio do Estado do direito democrático estabelecido no artigo 2º da CRP. Acresce que olhando o teor da Resolução da Assembleia da República 15-A/2020 de 18/03 que autorizou o Presidente da República a declarar o estado de emergência, não se retira dela que

os indivíduos que incumpriram normas relativas à execução do estado de emergência ou a ordens destinadas à sua implementação, até à entrada em vigor do Decreto n.º 11-A/2020, do Conselho de Ministros, que regulamentou e executou o novo regime presidencial do estado de emergência. Com efeito, em completo atropelo à reserva de competência legislativa parlamentar [cfr. artigo 165.º, n.º 1, alínea a), da Constituição], o Conselho de Ministros havia aprovado uma norma, que incluiu em ato que nem sequer dispunha de natureza legislativa – isto é, no Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de março, que regulamentou e executou a declaração presidencial do estado de emergência (cfr. Decreto n.º 14-A/2020, de 18 de março) –, nos termos da qual se incriminava como desobediência ilícita o incumprimento de confinamento obrigatório decretado pela Direção-Geral de Saúde⁸⁴. Evidentemente, não só o decreto governamental em causa não assume natureza legislativa (cfr. artigo 112.º, n.º 1, da Constituição), como a aplicação de tal norma implicaria que um instrumento de natureza regulamentar interpretasse e inovasse na ordem jurídica portuguesa, prevendo um crime que não gozava de cobertura legal prévia (cfr. artigo 112.º, n.º 5, da Constituição)⁸⁵.

contenha uma autorização para que o Governo pudesse criar um novo tipo de crime. Não basta estatuir que ficam parcialmente suspensos alguns direitos, nomeadamente o direito de deslocação, para daí retirar sem mais a aceitação de que a suspensão de direitos implica automaticamente a criminalização das condutas» (cfr. <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/4bf68cafb74dfao280258639005815e9?OpenDocument>).

⁸⁴ Na verdade, o artigo 3.º do referido Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de março, determinava o seguinte: «1 - Ficam em confinamento obrigatório, em estabelecimento de saúde ou no respetivo domicílio: a) Os doentes com COVID-19 e os infetados com SARS-Cov2; b) Os cidadãos relativamente a quem a autoridade de saúde ou outros profissionais de saúde tenham determinado a vigilância ativa. 2 - A violação da obrigação de confinamento, nos casos previstos no número anterior, constitui crime de desobediência».

⁸⁵ Em sentido idêntico, ver ANTÓNIO BRITO NEVES, “Crimes desobedientes – análise da base legal para as detenções por desobediência”, cit.; ALEXANDRE AU-YONG OLIVEIRA, “O(s) crime(s) de desobediência no atual estado de emergência, em especial no domínio das restrições ao direito de deslocação e fixação – breves notas”, cit., p. 433.

Em sentido contrário, JORGE REIS NOVAIS (cfr. *Estado de emergência – quatro notas jurídico-constitucionais sobre o decreto presidencial*, cit.), apesar de não negligenciar o artigo 19.º, n.º 7, da Constituição, giza uma tese segundo a qual a suspensão dos direitos, liberdades e garantias operada pelo decreto presidencial de emergência torná-los-ia inexistentes (ou, pelo menos, desprovidos de eficácia), pelo que a reserva relativa de competência legislativa não se lhes aplicaria, ficando o Governo livre para adotar normas por mero ato normativo não legislativo. Não vislumbro qualquer fundamento para a suspensão da repartição usual de competência entre os órgãos administrativos, visto que o artigo 19.º da Constituição não determina, em momento algum, a suspensão de tais

Em suma, os poderes públicos aparentam ter entendido que, em tempo de pandemia, valia tudo. Inclusive fazer vista grossa a comandos constitucionais essenciais à garantia da separação de poderes e do Estado de Direito democrático⁸⁶. Sucede, porém, que – conforme já demonstrei, noutro estudo⁸⁷ –, a crise (seja ela financeira ou, agora, sanitária) não legitima, por si só, uma violação persistente, estrutural e prolongada no tempo dos comandos constitucionais. Se é aceitável – em teoria – que o Tribunal Constitucional (e os demais tribunais) tolerem uma inconstitucionalidade temporária e transitória, em reação a uma situação de emergência devidamente justificada⁸⁸, certo é que tais juízos precários de

regras constitucionais. Bem pelo contrário, reafirma-las (cfr. n.º 7 do artigo 19.º da CRP). Tal como impede a dissolução da Assembleia da República durante a vigência de estado de emergência (cfr. Artigo 172.º, n.º 1, da CRP), de modo a garantir o controlo político dos atos de emergência, bem como a manutenção do exercício de poder legislativo pelo órgão parlamentar. Assim sendo, só poderá haver regulação normativa da extensão e modo da suspensão de direitos fundamentais por via de ato legislativo. Em sentido idêntico, ver VÂNIA FILIPE MAGALHÃES, “Reflexões sobre o crime de desobediência em estado de emergência”, in: *Julgar* (online), Março de 2020 (disponível in <http://julgar.pt/reflexoes-sobre-o-crime-de-desobediencia-em-estado-de-emergencia/>), pp. 2-3. Por sua vez, ANDRÉ LAMAS LEITE aparenta entender que a mera previsão do crime de desobediência pelo artigo 7.º do Regime do Estado de Sítio e do Estado de Emergência, que inclui a violação de qualquer norma contida nos decretos presidenciais e governamentais de emergência, seria suficiente para sanar qualquer inconstitucionalidade orgânica da norma incriminadora (assim, ver ANDRÉ LAMAS LEITE, “Desobediência em tempos de cólera”: a configuração deste crime em estado de emergência e em situação de calamidade”, cit., p. 172. Sem qualquer razão, porém. Em primeiro lugar, porque o princípio da legalidade penal exige não só lei prévia, mas também lei certa. Ora, a manifesta ausência de densidade normativa do referido artigo 7.º permitiria, assim, uma flagrante fraude constitucional, podendo o Presidente da República e o Governo incriminar condutas por meros despachos não legislativos. Em segundo lugar, não existe apenas uma reserva de competência parlamentar [cfr. artigo 165.º, n.º 1, alínea c), da CRP], em matéria de criação de novos tipos penais. A ela acresce a “reserva de lei” (cfr. artigo 18.º, n.º 3, da CRP), de âmbito material, que impede que qualquer restrição aos direitos, liberdades e garantias possa ocorrer por ato jurídico-público infralegislativo (como é o caso).

⁸⁶ Aliás, deve notar-se que, a coberto e através do subterfúgio de um estado de (permanente) emergência, que dura há mais de um ano, operou-se a uma hiperpresidencialização do regime e a uma governamentalização do procedimento normativo, excluindo-se o parlamento – ou melhor, tendo-se este autoexcluído – das principais decisões político-legislativas adotadas para reação à crise sanitária. Em idêntico sentido, realçando esta transmutação informal do equilíbrio de poderes no sistema de governo português, ver ANDRÉ LAMAS LEITE, “Desobediência em tempos de cólera”: a configuração deste crime em estado de emergência e em situação de calamidade”, cit., p. 168.

⁸⁷ MIGUEL PRATA ROQUE, “Juízos precários de constitucionalidade – O Tribunal Constitucional perante a crise do modelo social europeu e o retrocesso dos direitos fundamentais”, cit., pp. 886-896.

⁸⁸ MIGUEL PRATA ROQUE, “Juízos precários de constitucionalidade – O Tribunal Constitucional perante a crise do modelo social europeu e o retrocesso dos direitos fundamentais”, cit., idem.

constitucionalidade não se podem consolidar, transformando o que é excecional na regra.

Também aqui se verifica um preocupante (e perigoso) totalitarismo sanitário. Que aparenta autojustificar-se, atropelando a Constituição e a Lei, em prol da já citada máxima “é só para o teu bem” (ou “*it’s just for your own good*”).

§ 7. A objeção de consciência

A renitência (e até mesmo a resistência) de cada indivíduo em aceitar esta crescente banalização do mal-estar⁸⁹ – perpetrada pelos poderes públicos que insistem em simular um ambiente totalitário e asséptico de falsa segurança sanitária – confronta-nos com o tema dos infratores por convicção⁹⁰. Face ao somatório de restrições às mais elementares liberdades fundamentais, resistir torna-se, novamente, numa exigência elementar de cidadania. Esta distinção entre ser-se cidadão consciente e esclarecido – na plenitude do seu sentido – e mero súbdito, é bem ilustrado pelo célebre apelo de HENRY DAVID THOREAU⁹¹ contra um governo injusto ou ineficaz: *«Julgo que devemos ser homens primeiro e súbditos*

⁸⁹ Assim tomando de empréstimo a expressão a HANNAH ARENDT, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil* (1963), Ítaca, 2017.

⁹⁰ Sobre o tema, ver, por todos, AUGUSTO SILVA DIAS, *A Relevância Jurídico-Penal das Decisões de Consciência*, Almedina, 1987, *passim* e, em especial, pp. 31-64; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Dos factos de convicção aos factos de consciência: uma consideração jurídico-penal”, in: *Ab Vno Ad Omnes: 75 Anos da Coimbra Editora*, Coimbra Editora, 1998, pp. 663-705;

⁹¹ Este pensador norteamericano fez uma das mais fervorosas e cabais defesas da liberdade de consciência do indivíduo face ao poder político e do direito à desobediência civil, sempre que o cumprimento das imposições e ordens públicas se revelem injustas, ineficazes ou excessivamente compressoras das liberdades individuais. Thoreau procura demonstrar que os fenómenos coletivos de adesão acrítica às regras de conduta heteroimpostas não decorrem de um discurso racional, mas antes da mera acomodação dos indivíduos, constrangidos pela pressão do fenómeno grupal: *«A Lei nunca fez ninguém um pouco mais justo, que fosse; e, por causa do seu respeito, até os bem intencionados se transformam, diariamente, em agentes da injustiça. Um natural e comum resultado do respeito indevido pela lei é que podemos ver uma bateria de soldados, coronel, capitão, batedores, auxiliares e encarregados de artilharia, todos a marchar, com um rigor e ordem admiráveis, pelos vales e montes, até à guerra, contra a sua vontade e contra o seu senso comum e as suas consciências, o que a transforma numa marcha bem íngreme e nos faz palpitar o coração. Nenhum deles tem dúvidas de que aquela é uma ação danosa em que estão envolvidos; todos se encontram inclinados para a paz. Então, o que são eles? São sequer homens? Ou apenas peças amovíveis, ao serviço de algum poderoso sem escrúpulos?»* [cfr. HENRY DAVID THOREAU, *Civil Disobedience* (1849), Libertas Institute, Utah, 2014, pp. 3 e 4, disponível in <https://libertas.org/books/civildisobedience.pdf>].

depois. Não é desejável cultivar um respeito pela lei, quanto mais pelo Direito. A única obrigação que temos direito a assumir é fazer, a cada momento, aquilo que achamos correto (...). É reconhecido a todo o homem o direito à revolução; ou seja, o direito de recusar aliar-se, e de resistir, ao governo, quando a sua tirania ou a sua ineficiência são grandes e intoleráveis»⁹².

O modelo imposto pelos excessos totalitários do poder público – recorde e saliento as flagrantes inconstitucionalidades orgânicas e formais; a restrição desproporcionada da liberdade de agir, por reporte à efetiva lesividade e letalidade do vírus ou de outras doenças; a pressa irrefletida (e até a leviandade) em adotar medidas erráticas; e a tentativa de imposição de um modelo único de pensamento e de viver – cria em alguns destinatários das medidas de saúde pública um evidente antagonismo interno, filosófico e ideológico⁹³.

Esta atitude insubmissa fica, aliás, lapidarmente expressa pela célebre invectiva de BENJAMIN FRANKLIN, pai-fundador da federação norteamericana, segundo o qual *“Aqueles que desistem da Liberdade essencial, em troca de uma pequena e temporária Segurança, não merecem nem Liberdade, nem segurança”*⁹⁴.

⁹² HENRY DAVID THOREAU, *Civil Disobedience*, cit., pp. 3 e 5.

⁹³ AUGUSTO SILVA DIAS, *A Relevância Jurídico-Penal das Decisões de Consciência*, cit., p. 15.

⁹⁴ Esta célebre expressão de BENJAMIN FRANKLIN foi proferida na Assembleia Colonial da Pennsylvania, em 11 de novembro de 1775, em Philadelphia, como resposta ao pedido do Governador Morris que pretendia uma autorização daquela assembleia para criação de uma milícia e para obtenção de fundos que servissem para perseguir e assassinar os índios nativos de Penn's Creek e de outras localidades do Susquehanna Valley. O Governador inglês enfrentou grande resistência por parte dos parlamentares da Pennsylvania que resistiram ao pedido que lhes foi dirigido e antes propuseram que se encetassem negociações de paz com os índios nativos. Colérico, o Governador Morris ridicularizou a Assembleia Colonial, enviando-lhe uma mensagem, em 5 de novembro de 1775, nos termos da qual manifestou espanto por os parlamentares tomarem o partido de índios selvagens que massacravam as populações de colonos e informou que iria pegar numa milícia armada e persegui-los até aos limites das fronteiras da Pennsylvania, já que não haveria nada que se aproveitasse em permanecer em Philadelphia com este tipo de membros da Assembleia Colonial. É nesse momento, em resposta a esta tirada despótica, que BENJAMIN FRANKLIN profere um discurso emotivo, mas profundamente racional, em que recusa o lançamento pela Coroa de mais um tributo sobre os colonos, para financiar atividades de segurança interna (isto é, de perseguição aos índios nativos), e em que demonstra que uma segurança permanente não se constrói através de iniciativas repressivas isoladas, nem mediante a perda de liberdade de decisão por parte de quem a reclama. Para uma leitura do texto integral, ver o arquivo oficial da Assembleia de Representantes do Estado da Pennsylvania, in: *Votes and Proceeding of the House of Representatives, 1755-1756* (Philadelphia 1756), pp. 19-21 (disponível in <https://founders.archives.gov/documents/Franklin/01-06-02-0107>).

Nesse sentido, a objeção a normas de conteúdo pró-sanitário que constroem as liberdades individuais corresponde a um mecanismo perfeitamente lícito (e até recomendável) de combate a excessos totalitários dos poderes públicos. A convicção dos objetores e insubmissos não pode, assim, deixar de ser ponderada como causa de exclusão da ilicitude (ou, pelo menos, da culpa) desses mesmos indivíduos.

A Lei Fundamental consagra, aliás, este direito fundamental do desobediente por convicção – ou, numa outra terminologia, o “direito à indignação”. Fá-lo, desde logo, quando protege a liberdade de pensamento e de consciência (cfr. artigo 41.º, n.º 1, da Constituição) e, em especial, o direito fundamental à objeção de consciência (cfr. n.º 6 do mesmo preceito constitucional). Fá-lo também quando associa a essa liberdade individual de escolha, através do pensamento, dos valores filosóficos, éticos e sociais a prosseguir à liberdade de os expressar (cfr. artigo 37.º, n.º 1, da Constituição) e de agir em conformidade com os mesmos (cfr. artigo 26.º, n.º 1, da Constituição). Fá-lo ainda – conforme melhor demonstrarei, adiante⁹⁵ – através da garantia da possibilidade de resistir face ao arbítrio, excesso e abuso de autoridade pública (cfr. artigo 21.º da Constituição).

Importa, porém, lembrar que o direito à objeção de consciência depende da verificação de uma insuportabilidade interna⁹⁶, para o desobediente convicto, decorrente do hipotético cumprimento do comando normativo ou de ordem emitida por autoridade pública. Ou seja, não basta que o desobediente convicto discorde da decisão tomada pelos poderes públicos; nesse caso, bastar-lhe-ia exercer o seu direito de oposição democrática (cfr. artigo 114.º, n.º 2, da Constituição), perfilando-se, assim, como minoria digna de proteção, através do

⁹⁵ Cfr. o § 8 do presente estudo.

⁹⁶ Salientando esta natureza de último recurso, exigido pela insuportabilidade da ação contra a qual se objeta, ver, por todos, PETER SINGER, *Democracy and Disobedience*, Oxford University Press, 1973, p. 103; RAFAEL NAVARRO-VALLS, “La objeción de conciencia al aborto: Derecho Comparado Y Derecho español”, in: *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 2 (1986), p. 261; JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑOZ, “Sobre el concepto de objeción de conciencia”, in: *Dereito*, 2 (1994), pp. 178-179; JORGE BACELAR GOUVEIA, “Objecção de Consciência (direito fundamental à)”, cit., p. 17.

instituto da desobediência civil⁹⁷. Forçoso será que o cumprimento da norma ou da ordem constranja, de tal modo intenso, a sua consciência interna que o mesmo não seja tolerável, pela própria ordem jurídica⁹⁸. A mero título de exemplo – porque o teor e extensão deste estudo não se compadece com maior desenvolvimento –, seria o caso de um vegetariano que fosse obrigado, por lei, a consumir proteínas animais, com o fundamento de que esses nutrientes seriam indispensáveis à sua saúde individual. Ou o caso de um fumador inveterado que fosse obrigado a receber injeções de um substituto da nicotina, assim sendo privado do prazer e bem-estar emocional que retira do ritual cénico do ato de fumar.

Importa ainda esclarecer que este direito fundamental à objeção de consciência não depende (não pode depender) de lei especial. A circunstância de a norma que a consagra (cfr. artigo 41.º, n.º 6, da Constituição) assumir a natureza de uma “norma não exequível por si mesma”⁹⁹ não significa que a mesma não disponha de força vinculativa¹⁰⁰. Bem pelo contrário, há um dever de omissão

⁹⁷ Com efeito, não deve confundir-se objeção de consciência com o instituto da desobediência civil, visto que este último pressupõe uma pretensão, por parte de quem a exerce, de influência e de agregação de outros ao seu projeto contestatário. Em suma, a objeção de consciência radica numa insuportabilidade pessoal de acatamento de uma regra de conduta heteroimposta, enquanto a desobediência civil já encerra, em si, uma dimensão coletiva, de busca de agregação de terceiros, em torno de uma causa política, social ou cultural. Sobre este confronto entre a dimensão individual da objeção de consciência e a dimensão coletivista da desobediência civil, ver JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN, “Las objeciones de conciencia y los intereses generales del ordenamento”, in: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 79 (1991-92), pp. 200-201; JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, “Sobre el concepto de objeción de conciencia”, cit., pp. 166-177.

⁹⁸ Reportando-se ao pensamento de GUSTAV RADBRUCH, AUGUSTO SILVA DIAS é categórico e veemente, na defesa dessa insuportabilidade interna: «O autor por convicção, ao invés, não está em contradição consigo próprio. Ele age de acordo com uma visão do mundo que rejeita o comando jurídico e que não é superior nem inferior, mas oposta. A pena não pode enfrentá-lo com superioridade ética e portanto deve ser vista como instrumento de defesa da ordem estatal contra o inimigo interno, uma espécie de prisão de guerra cumprindo um fim de segurança» (cfr. AUGUSTO SILVA DIAS, *A Relevância Jurídico-Penal das Decisões de Consciência*, cit., p. 15).

⁹⁹ Assinalando esta característica, mas criticando a solução constitucional encontrada, por esta restringir excessivamente a operatividade prática do direito à objeção de consciência que apenas seria invocável quando o próprio sistema de normas jurídicas admitisse a sua inobservância pontual, ver JOSÉ LAMEGO, *Sociedade Aberta e Liberdade de Consciência*, cit., pp. 106-107; JORGE BACELAR GOUVEIA, “Objecção de Consciência (direito fundamental à)”, cit., p. 179.

¹⁰⁰ Disso é bem ilustrativa a evolução do pensamento de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA que, nas últimas edições do seu comentário constitucional já admitem que o direito à objeção de consciência não carece, forçosamente, de prévia previsão legal, visto que, como qualquer outro direito fundamental vincula o legislador, o aplicador e o intérprete, pelo que deve apenas obedecer à metódica própria do conflito entre direitos e bens jurídicos constitucionais. Assim, ver GOMES

imediatamente, pelos poderes públicos, de agirem em sentido que viole a consciência individual do desobediente convicto.

Desde logo, porque, tratando-se do exercício de um direito fundamental, a atuação do desobediente convicto exclui a ilicitude do ato de incumprimento de norma ou de ordem [cfr. artigo 31.º, n.º 1, alínea b), do Código Penal]¹⁰¹. Por outro lado, mesmo que se admitisse que a ausência de lei expressa sobre o objeto de consciência a medidas restritivas de promoção da saúde pública o impediria do exercício lícito de tal direito, certo é que, pelo menos, essa reta convicção justificaria sempre a ponderação da exclusão da culpa¹⁰², seja por falta de consciência da ilicitude¹⁰³ (cfr. artigo 17.º, n.º 1, do Código Penal), seja por força de uma causa não tipicamente prevista¹⁰⁴.

Desejavelmente, a legislação que fixe restrições às liberdades individuais com vista à promoção da saúde pública deve prever cláusulas de objeção de

CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª edição, Coimbra Editora, 2007, p. 616.

¹⁰¹ Qualificando o exercício do direito à objeção de consciência como uma causa de exclusão da ilicitude, ver JORGE BACELAR GOUVEIA, “Objecção de Consciência (direito fundamental à)”, cit., pp. 182-183; FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, “Sentido e Limites do Direito Fundamental à Objecção de Consciência”, cit., pp. 260-261. Em sentido contrário, recusando que o exercício desse direito consubstancia uma causa justificativa de conduta tipicamente criminosa, ver FRANCISCO MUÑOZ CONDE, “A objecção de consciência em direito penal”, cit., p. 109. De modo até mais amplo, admitindo que, mesmo quando não haja objeção de consciência (em sentido técnico), haverá sempre proteção do desobediente por convicção, por via desta causa de exclusão da ilicitude, ver AUGUSTO SILVA DIAS, *A Relevância Jurídico-Penal das Decisões de Consciência*, cit., p. 114.

¹⁰² Nesse mesmo sentido, AUGUSTO SILVA DIAS demonstra precisamente que: «O direito de liberdade de consciência não está sujeito a qualquer reserva de lei ordinária e o facto de o art. 41.º n.º 6 da Constituição garantir o direito à objecção de consciência nos termos da lei, não impede que autênticas decisões de consciência tenham lugar fora do contexto da regulação legal: uma coisa é na verdade a existência ou não de uma objecção de consciência, outra é o problema da amplitude do seu reconhecimento legal. Este reconduz-se a valorações discricionárias dos órgãos políticos do Estado e é condicionado pelas mais variadas razões de oportunidade» (cfr. AUGUSTO SILVA DIAS, *A Relevância Jurídico-Penal das Decisões de Consciência*, cit., pp. 107-108).

¹⁰³ Qualificando a objeção de consciência como uma situação de conflitos de deveres entre o cumprimento do Direito instituído e a consciência individual, ver MIGUEL GALVÃO TELES, “Liberdade de consciência e liberdade *contra legem*”, cit., p. 932.

¹⁰⁴ Há quem apenas admita que a objeção de consciência afasta a culpa e, portanto, a censurabilidade do ato praticado. É o caso, por exemplo, de FRANCISCO MUÑOZ CONDE, “A objecção de consciência em direito penal”, cit., pp. 110-111. Admitindo que, para além da exclusão da ilicitude, o desobediente convicto pode beneficiar também da exclusão ou da diminuição da culpa, quer por via do artigo 17.º, n.º 1, quer por via da ponderação da culpa para efeitos de fixação da medida concreta da pena (cfr. artigo 73.º, n.º 2, alínea b)), ver AUGUSTO SILVA DIAS, *A Relevância Jurídico-Penal das Decisões de Consciência*, cit., respetivamente, pp. 142-147 e pp. 159-161.

consciência, que exonerem determinados destinatários das normas do seu cumprimento. Enquanto não o fizer, persiste sempre a liberdade de consciência (cfr. artigo 41.º, n.º 1, da CRP) e a liberdade de agir de acordo com essa mesma consciência (cfr. artigo 26.º da CRP), devendo os tribunais¹⁰⁵ proceder a uma ponderação dos valores conflituantes em presença¹⁰⁶, de modo a que nenhum dos interesses seja integralmente despojado de sentido prático. Seria o que sucederia caso se aplicasse, sempre e invariavelmente, uma pena (ainda que não privativa da liberdade) ao desobediente convicto, decorrente da mera inobservância de norma ou de ordem emitida por autoridade pública¹⁰⁷.

De onde regressamos, inevitavelmente, ao problema da inconstitucionalidade do crime de desobediência (e do artigo 348.º do Código Penal). A sua aplicação acrítica e automática – em especial, quando a autoridade pública se depare perante um desobediente convicto, cuja ação não é caracterizada pelo uso de violência e antes se pauta por uma resistência passiva – implica uma restrição manifestamente desproporcionada – porque desnecessária, excessiva e

¹⁰⁵ Em tom de crítica, por a excessiva amplitude da alínea b) do n.º 1 do artigo 348.º do Código Penal exigir que sejam os tribunais a avaliar se a comunicação “*ad hoc*”, por parte de funcionário público ou membro de forças de segurança, corresponde a uma ordem legítima, quer por ser formal e competencialmente lícita, quer por ser materialmente conforme à Constituição, ver ANDRÉ LAMAS LEITE, “Desobediência em tempos de cólera”: a configuração deste crime em estado de emergência e em situação de calamidade”, cit., p. 180.

¹⁰⁶ Desde logo, devem os próprios magistrados do Ministério Público ponderar se a desobediência (em especial, a passiva ou pacífica) constitui causa de exclusão da ilicitude ou, até, se exclui o preenchimento dos elementos típicos do crime de desobediência. Aliás, os próprios magistrados do Ministério Público devem recusar o cumprimento de quaisquer diretivas, ordens ou instruções que sejam flagrantemente inconstitucionais, por restrição excessiva das liberdades individuais, ou que atentem contra a sua consciência jurídica, incluindo quando essas normas provenham dos respetivos superiores hierárquicos. Sobre o tema, ver JOSÉ MANUEL MEIRIM, “Recusa do cumprimento de diretivas, ordens e instruções com fundamento em grave violação da consciência jurídica”, in: *Revista do Ministério Público*, 51 (Jul-Set 1992), pp. 51-61.

¹⁰⁷ Nesse sentido, mesmo que não houvesse causa de exclusão da ilicitude ou da culpa, pelo menos, sempre se verificaria uma manifesta desnecessidade da pena, visto que a mesma não seria passível de mobilizar e de reconduzir o desobediente convicto às pautas de valores do Direito vigente, conforme bem notou e ensinou Claus Roxin. O facto de a pena não ser capaz de enfrentar o desobediente convicto com um grau mínimo de superioridade ética – visto que a visão (contraposta) daquele é igualmente valiosa, no plano de uma sociedade aberta à plurisignificância de valores – impede a sua punição. Sobre o tema, ver CLAUS ROXIN, “Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund”, in: *Rechtsstaat und Menschenwürde: Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag*, Vittorio Klostermann, p. 397; IDEM, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Band I, C.H. Beck, 1992, München, pp. 536-538.

desrazoável – da liberdade de consciência e da liberdade de agir. Num Estado de Direito democrático em que o indivíduo é encarado como um sujeito ativo da decisão pública e em que se garante uma administração colaborativa, não é aceitável que haja uma punição meramente assente numa pretensão de respeito (ou não será antes de submissão?) ao exercício gratuito de autoridade¹⁰⁸. Mesmo quando ela é flagrantemente ofensiva de liberdades fundamentais. Até porque, tendo o indivíduo a faculdade de impugnar a decisão administrativa, não pode ser refém do preconceito decorrente do insidioso brocardo “*dura lex sed lex*”. Ao invés, deve antes assegurar-se que “*iusta lex ergo lex*”¹⁰⁹.

§ 8. A exclusão de ilicitude por exercício do direito de resistência

Na sequência do que acabei de notar, a ofensa a direitos, liberdades e garantias não pode deixar de justificar uma reação por parte do desobediente convicto. Ora, sempre que uma norma ou uma ordem destinada a promover a

¹⁰⁸ Com efeito, é usual referir-se o “paradoxo da consciência”, que traduz a constatação de que a observância da liberdade de consciência individual conduziria, a final, à anarquia, por via da incapacidade da ordem jurídica em fazer observar o seu respeito “*erga omnes*”. Sobre o tema, ver JOSÉ LAMEGO, *Sociedade Aberta e Liberdade de Consciência – O Direito Fundamental da Liberdade de Consciência*, AAFDL Editora, Lisboa, 1985, pp. 31-32; FRANCISCO MUÑOZ CONDE, “A objecção de consciência em direito penal”, cit., p. 109.

¹⁰⁹ Precisamente por isso, HENRY DAVID THOREAU clamava pela superioridade ética e moral de um indivíduo que prefere sujeitar-se à prisão do que viver aprisionado por ordens e imposições injustas e arbitrarias: «*Sob um governo que aprisiona qualquer um, injustamente, o único verdadeiro lugar para um homem justo é a também a prisão. Hoje, o único lugar próprio, o único lugar que Massachusetts providenciou para os espíritos mais livres e menos acomodados é nas suas prisões, ser-se afastado e fechado pelo Estado, devido aos seus próprios atos, porque aqueles já se colocaram de fora dessa sociedade, por força dos seus princípios. (...) Se alguém pensa que a sua influência ali se perderia, e que as suas vozes deixariam de afligir os ouvidos do Estado, que eles não seriam tão inimigos dentro dos seus muros, é porque não sabe quão mais forte é a verdade do que o erro, nem quão mais eloquente e efetivamente pode, assim, combater a injustiça que sofreu na sua pessoa. (...) Uma minoria será sempre impotente, enquanto se conformar com a maioria; nem sequer é uma minoria, então; mas ela é irresistível quando se agiganta com todo o seu peso. Se a alternativa é manter todos os homens justos na prisão ou desistir da guerra e da escravidão, o Estado não hesitará nessa escolha. Se milhares de homens não pagassem os seus impostos, este ano, essa não seria uma medida violenta e sangrenta, ao contrário do que seria se os pagassem e, assim, permitissem que o Estado cometesse violência e derramasse sangue inocente. Esta é, de facto, a definição de uma revolução pacífico, se é que alguma é possível. (...) Quando o súbdito tiver recusado a sua convivência e o oficial público se tiver demitido do seu posto, então a revolução terá sido cumprida*» (cfr. HENRY DAVID THOREAU, *Civil disobedience*, cit., p. 15).

saúde pública restrinja, de modo excessivo, essas liberdades individuais, o desobediente convicto passa a ter credencial constitucional para reagir contra qualquer tentativa de imposição desse mal (cfr. artigo 21.º da CRP)¹¹⁰.

E nem se diga que esse direito à resistência (e à indignação) apenas pode ser exercido, de modo excessivamente parcimonioso, quando esteja em causa uma situação de inconstitucionalidade orgânica ou formal. Nem tão pouco se procure diminuir o sentido e a extensão daquela credencial constitucional aos casos de flagrante e manifesta inconstitucionalidade material. Outrora, houve quem sustentasse a presunção de constitucionalidade das normas jurídicas¹¹¹ e de

¹¹⁰ Começo por notar que não me refiro, especificamente, ao exercício do direito de resistência, em caso de decretação de estado de sítio ou de estado de emergência, mas às situações usuais em que são adotadas políticas públicas de restrição de direitos fundamentais, com vista à promoção da saúde pública. Aproveito para salientar que, no âmbito do combate à crise sanitária decorrente da pandemia da Covid-19, foi decidido, primeiro, suspender o direito de resistência [cfr. artigo 4.º, alínea g), do Decreto n.º 14-A/2020, de 18 de março, proferido pelo Presidente da República] e, logo a seguir, eliminar-se tal suspensão, mas para logo se acrescentar que «fica impedido todo e qualquer ato de resistência ativa ou passiva exclusivamente dirigido às ordens legítimas emanadas pelas autoridades públicas competentes em execução do presente estado de emergência, podendo incorrer os seus autores, nos termos da lei, em crime de desobediência» (cfr. artigo 5.º do Decreto do Presidente da República n.º 17-A/2020, de 2 de abril). Desde logo, noto que o direito de resistência não é passível, sequer, de suspensão, sempre que o mesmo se revista de um substrato material de autotela da própria liberdade de consciência, que jamais pode ser suspensa, nos termos do n.º 6 do artigo 19.º da Constituição. Por conseguinte, a própria norma que determinou a suspensão [cfr. artigo 4.º, alínea g), do Decreto n.º 14-A/2020, de 18 de março] era inconstitucionalidade; razão pela qual, eventualmente, o Decreto do Presidente da República n.º 17-A/2020, de 2 de abril, veio corrigir tal situação. Porém, mesmo quanto a esta solução, não pode deixar de notar que a teleologia própria do instituto do direito de resistência radica, precisamente, numa garantia inorgânica de defesa contra a inconstitucionalidade, por parte de cada indivíduo. Ora, não podem os poderes públicos – *in casu*, o próprio Presidente da República, que gerou cumprir e fazer cumprir a Constituição – tentar furtar-se a esse controlo da inconstitucionalidade; ainda para mais, perante uma circunstância histórica em que os direitos fundamentais se encontram ainda mais debilitados e sob ataque. Realço, aliás, que a duvidosa justificação da manutenção de um estado de emergência constitucional – que tanto vigorou quando havia poucas centenas de casos, como quando atingimos a casa das dezenas de milhares – não pode deixar de ser interpretada como um subterfúgio e uma fraude constitucional, que visa, na verdade, impedir o próprio controlo do excesso da própria decretação do estado de emergência e das medidas restritivas por ele trazidas. É precisamente nas situações de excecionalidade, que o direito de resistência mais se justifica. Em sentido próximo, ver JORGE MIRANDA/JOSÉ LOBO MOUTINHO, “Comentário ao Artigo 21.º”, in: *Constituição Portuguesa Anotada* (org. Jorge Miranda/Rui Medeiros), Volume I, Coimbra Editora, 2017, p. 339; SUSANA FIGUEIREDO, “A suspensão do direito de resistência”, cit., pp. 453 e 467-468.

¹¹¹ Em defesa da existência de uma presunção da constitucionalidade das normas jurídicas, ver Victor Ferreres Comella, em *Justicia Constitucional y Democracia*, cap. iv a vi, da 2.ª ed., do Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. No mesmo sentido, o Tribunal Constitucional atravessou uma fase durante a qual também sustentava esse entendimento; a título de exemplo, ver Acórdãos n.º 25/84 (Costa Aroso) e n.º 402/2008 (Sousa Ribeiro). Porém, mais recentemente, o Tribunal

legalidade dos atos administrativos¹¹². Sucede, porém, que não deve confundir a manutenção provisória da eficácia de normas inconstitucionais e de atos administrativos ilegais, com uma presunção substantiva de adequação paramétrica dos mesmos.

Explico. O facto de uma norma inconstitucional vigorar enquanto não for desaplicada por um tribunal (cfr. artigo 204.º, da CRP) não lhe pode conferir uma presunção de constitucionalidade, sob pena de esvaziamento das garantias de impugnação de que os particulares gozam e até sob pena de ofensa ao princípio da constitucionalidade e da legalidade. A tolerância – sempre temporária – da ordem jurídica face a uma norma inconstitucional (ou a um ato de autoridade ilegal) não significa que haja uma presunção de que o poder público está sempre certo. Aliás, aquilo que a história e o saber empírico demonstram é que, não raras vezes, os titulares de órgãos públicos erram. E até (quando assisados) reconhecem os seus erros, corrigindo-os.

O direito à indignação contra políticas públicas de saúde totalitárias – que se extrai da liberdade de agir (cfr. artigo 26.º, n.º 1, da CRP), da liberdade de expressão (cfr. artigo 37.º, n.º 1, da CRP), do direito de intervenção e participação política (cfr. artigo 48.º, n.º 1, da CRP) e do direito (genérico¹¹³) de oposição (cfr.

Constitucional tem vindo a inverter essa orientação, considerando que, uma vez que qualquer tribunal pode desaplicar normas jurídicas vigentes (cfr. artigo 204.º da CRP), o que existe é um ónus de demonstração dessa inconstitucionalidade, que recai sobre quem a suscita; assim, ver o Acórdão n.º 102/2016 (João Caupers). No mesmo sentido se pronunciam JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, que expressamente afirma: «É duvidoso que se deva admitir uma utilização acrítica e indiferenciada de uma pretensa presunção geral e inderrogável de constitucionalidade perante qualquer situação de dúvida de inconstitucionalidade (...) Em qualquer caso, como princípio indicativo, pode admitir-se que impenda sobre quem pretenda arguir a violação de princípios fundamentais de um Estado de direito material o ónus da respetiva demonstração» (cfr. *Constituição Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra Editora, 2017, p. 529).

¹¹² Notando que, numa fase histórica inicial de autonomização do Direito Administrativo, se sustentou essa presunção de legalidade dos atos administrativos – que ainda hoje, perdura, em grande parte, por força da própria anulabilidade dos mesmos e da sua possibilidade de convalidação, quer por decurso do tempo, quer por decisão jurisdicional convalidante (cfr. artigo 163.º, n.º 5, do CPA), ver, por todos, RUI MACHETE, “Algumas notas sobre a chamada presunção de legalidade dos actos administrativos”, in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez*, Volume I, Coimbra Editora, *passim* e, em especial, pp. 724-725; PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, 3ª reimpressão, Almedina, 2017, pp. 280, 977-978 e 1023-1026.

¹¹³ Para uma distinção clara entre o direito específico de oposição (cfr. artigo 114.º, n.º 3, da Constituição), do qual apenas são titulares os partidos políticos com representação parlamentar, e

artigo 114.º, n.º 2, da CRP) – traduz-se, depois, no direito de resistência face à tentativa de imposição coerciva dessas medidas restritivas (e excessivas) pelas autoridades públicas. Note-se que essa resistência tanto pode ser¹¹⁴:

- (a) Passiva – quando o titular do direito fundamental se limite a omitir uma conduta que lhe seria exigida pela autoridade pública, mas que não lhe é, verdadeiramente, exigível, por ser contrária à Constituição (por exemplo, quando o indivíduo se recusa a ingerir um alimento ou resiste à tomada de um medicamento)¹¹⁵;
- (b) Ativa – quando esse titular pratica uma ação destinada a suster uma agressão ou a remover ou inutilizar um obstáculo que lhe é colocado pela autoridade pública (por exemplo, quando o indivíduo remove uma barreira de metal que o impede de aceder a uma praia pública deserta ou quando resiste à tentativa de imobilização corporal por parte de um agente de autoridade).

Evidentemente, a resistência passiva encerra problemas muito menos intensos do que a resistência ativa¹¹⁶. Ainda assim, pode implicar a adoção de medidas compulsórias, por parte das autoridades públicas, tais como a ameaça (ou mesmo a decretação) da perda de direitos de acesso a serviços e prestações públicas – entre as quais, a proibição de uso de serviços médicos e infraestruturas

o direito geral de oposição (cfr. artigo 114.º, n.º 2, da Constituição), do qual beneficiam quaisquer sujeitos, incluindo cada um dos indivíduos que integram determinada comunidade política, ver MIGUEL PRATA ROQUE, *Sociedade Aberta e Dissenso – Contributo para a compreensão contemporânea do princípio do pluralismo político*, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira*, Coimbra Editora, 2006, pp. 382-384.

¹¹⁴ Procedendo a esta distinção, ver, por todos, CHRISTIAN BAY/CHARLES C. WALKER, *Desobediência Civil: Teoria e Prática*, cit., p. 3; SUSANA FIGUEIREDO, “A suspensão do direito de resistência”, cit., pp. 459-460.

¹¹⁵ Sustentando a sua distinção face à objeção de consciência, pois o direito de resistência pode não ter ínsita uma insuportabilidade do cumprimento de certa conduta, antes se limitando a uma resistência passiva, com fundamento na inconstitucionalidade da medida que se pretende impor (ainda que desligada de questões relativas à consciência de certo indivíduo), ver ANTÓNIO DAMASCENO CORREIA, *O Direito à Objecção de Consciência*, cit., pp. 23-26.

¹¹⁶ Aliás, a resistência ativa pode mesmo degenerar em atos de violência contra a ordem jurídica, contra o Estado e contra terceiros, que, quando excessivos, já não se encontram cobertos pelo direito à objeção de consciência e pelo direito de resistência. É o caso da prática de atos terroristas. Assim, ver FRANCISCO MUÑOZ CONDE, “A objecção de consciência em direito penal”, cit., p. 104.

hospitalares, a perda do direito a beneficiar de subsídios públicos, o impedimento à apresentação a concursos públicos, etc. Nestes casos, importa sempre verificar se existe habilitação legal para imposição de tal restrição (cfr. artigo 18.º, n.º 3, da CRP) e se a medida restritiva acautela o respeito pelo princípio da proibição do excesso (cfr. artigo 18.º, n.º 2, da CRP). Evidentemente, tais medidas compulsórias assumem natureza sancionatória¹⁷ e, portanto, seguem todo o regime garantístico aplicável às sanções não penais¹⁸ (cfr. artigo 32.º, n.º 10, da CRP). Interessa, aliás, realçar que tais medidas não podem assumir um cunho automático, visto que a prática de crime de desobediência não pode implicar a perda forçosa, “*ope legis*”, de quaisquer outros direitos civis, políticos ou profissionais (cfr. artigo 30.º, n.º 4, da CRP).

Quanto ao exercício de resistência ativa, ela pode – quando se prove não ser legítima – implicar o cometimento de crime de resistência e/ou de coação sobre funcionário ou membro das forças armadas ou das forças de segurança, punível com pena de prisão de um a cinco anos (cfr. artigo 347.º, n.º 1, do Código Penal). Acresce que também comete tal crime que resiste ativamente, mediante desobediência a “*sinal de paragem*”, de modo a “*dirigir contra funcionário ou membros das Forças Armadas, militarizadas ou de segurança, veículo, com ou sem motor, que conduza em via pública*” (cfr. artigo 347.º, n.º 2, do Código Penal). De onde resulta que um adolescente de dezasseis anos que, durante um período de confinamento, passe por um polícia municipal, que o ordene parar, fazendo-se transportar por um “*skate*”, uma trotinete elétrica ou uma bicicleta a pedais, numa rua deserta, estará a cometer o crime de resistência a funcionário. Evidentemente, tal interpretação da norma incriminadora será sempre inconstitucional, por

¹⁷Note-se que não são só as sanções penais e as sanções contraordenacionais que assumem essa natureza punitiva. Também as *supra* aludidas restrições e constrições podem assumir essa mesma natureza, já que, conforme demonstra INÊS FERREIRA LEITE, o critério que nos permite determinar a necessidade de convocar o arsenal metodológico e dogmático da teoria geral das sanções é, precisamente, a natureza punitiva da restrição imposta ao indivíduo. Assim, ver INÊS FERREIRA LEITE, *Ne (Idem) Bis in Idem – Proibição de Dupla Punição e de Duplo Julgamento: Contributos para a Racionalidade do Poder Punitivo Público*, Volume II, AAFDL Editora, Lisboa, 2016, §54, pp. 405 e ss.

¹⁸ Para maior desenvolvimento sobre o tema, ver MIGUEL PRATA ROQUE, “O Direito Sancionatório Público enquanto bisettriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo: a pretexto de alguma jurisprudência constitucional”, cit., pp. 105-173.

manifesta violação do princípio da proibição do excesso (cfr. artigo 18.º, n.º 2, da CRP), quer porque inexista “necessidade”¹¹⁹ da restrição – já que sempre subsistiriam alternativas viáveis menos lesivas, tais como a interceção do adolescente e a explicação pedagógica do motivo de proibição de circulação –, quer porque não se trata da justa medida¹²⁰ exigida à restrição – pois, encontrando-se a rua deserta, a circulação não afeta a saúde de qualquer concidadã/ão.

Mais delicado ainda será a modalidade de crime de resistência e coação sobre funcionário previsto no n.º 2 do artigo 347.º do Código Penal. Com efeito, importa discernir se o “*sinal de paragem*” deve corresponder a uma sinalização presencial e síncrona ou se também pode corresponder a uma sinalização física, mecânica ou eletrónica, que dispense o elemento humano sinalizador. Isto é, suscitam particulares dúvidas os casos em que as autoridades públicas colocam sinais físicos (mais ou menos compreensíveis) em locais públicos, com vista à sua vedação. Penso em barreiras metálicas, fitas sinalizadoras, cartazes e outros sinais (quer físicos, quer eletrónicos). Imagine-se que as autoridades públicas se limitam a colocar fitas sinalizadoras e cordões de segurança, com vista a vedar um espaço público onde se suspeita ter ocorrido um surto de “*legionella*”. Preencherá o tipo incriminador a conduta de um transeunte que ignore esses sinais, circulando pelo local assinalado?

Mais uma vez, julgo que a resposta dependerá da conformidade constitucional da ordem de proibição de entrada ou de utilização de um espaço público. Evidentemente, a mera sinalização assíncrona (isto é, sem presença física do funcionário ou agente de autoridade no local) é suscetível de configurar, do ponto de vista típico, como um sinal de paragem. Desde que, claro está, seja perceptível – de acordo com os padrões da/o destinatária/o média/o – de que a

¹¹⁹ Sobre o conceito de “necessidade”, ver JORGE REIS NOVAIS, *Princípios Estruturantes do Estado de Direito*, Almedina, 2019, pp. 110-116.

¹²⁰ O critério da justa medida ou da proporcionalidade em sentido estrito pressupõe uma valoração positiva face à relação que se estabelece entre o bem que se pretende proteger e, no outro prato da balança, do direito ou bem jurídico que se pretende afetar, mediante imposição de uma restrição. Assim, ver JORGE REIS NOVAIS, *Princípios Estruturantes do Estado de Direito*, cit., pp. 116-117.

ordem provém de entidade legítima. Note-se que será sempre forçoso que se verifique:

- Auto-evidência – não basta a colocação de cordas ou fitas isoladoras, sem qualquer referência expressa à proibição de uso ou de passagem¹²¹ e sem que as mesmas sejam acompanhadas de uma fundamentação escrita sumária (incluindo a identificação das normas legais que determinam a restrição)¹²²;
- Competência emissora – não é qualquer autoridade pública que dispõe de competência para restringir direitos dos indivíduos ou, sequer, para determinar a sua imposição coerciva. Forçoso é que o sinal proibitivo permita identificar órgão com competência para o efeito;
- Clareza exauriente – por fim, não é suficiente que determinado espaço público esteja vedado ou circunscrito numa das suas parcelas,

¹²¹Há muito que se discute se o uso de sinais e de outros materiais indicativos físicos se traduzem num “ato geral” – isto é, uma decisão individual e concreta que se aplica a um universo inorgânico de indivíduos que, ainda que indeterminados, podem ser determinados, no local em que aquela decisão se visa cumprir – ou se se trataria de um “ato genérico” e, portanto, de um verdadeiro “regulamento administrativo”, por se dirigirem a um universo futuro e potencial de destinatários. Sobre o tema, ver FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, 2ª edição, Almedina, 2011, pp. 257-259. Atualmente, a questão torna-se ainda mais delicada, por via do uso de meios tecnológicos pela administração pública e por via da automatização (em especial, a possibilidade de acesso à imagem de determinado local, mediante emprego de meios de videovigilância, de localização celular ou apenas através de consulta de dados de geolocalização posterior à ocorrência de determinados factos). Com efeito, tendo em conta que, atualmente, a administração pública dispõe de uma paleta de meios automatizados para informação do cidadão acerca das proibições que lhe dirige (ex: “placards” eletrónicos; “robots” e autómatos; aplicações eletrónicas, etc.), não se afigura aceitável que sejam colocados meros sinais físicos (ex: cordas, fitas, pinturas a tinta) que indiciem a vedação ou proibição de acesso em determinado espaço, salvo se estas forem acompanhadas de elementos integradores que explicitem o sentido da proibição. Para um maior desenvolvimento, sobre as especificidades do uso de meios automatizados – não só eletrónicos, mas também informáticos e até mecânicos –, ver MIGUEL PRATA ROQUE, “Administração eletrónica e automatização: contributos para uma reformulação da teoria geral das atuações administrativas”, in: *Estudos em Homenagem a Rui Machete*, Almedina, 2015, pp. 755-795.

¹²² Recordo que a fundamentação incompleta ou insuficiente também equivale a falta de fundamentação, o que constitui causa invalidante do ato administrativo (ainda que oralmente) praticado. Sobre o direito fundamental à fundamentação completa, ver MIGUEL PRATA ROQUE, “Acto nulo ou acto anulável? : a jus-fundamentalidade do direito de audiência prévia e do direito à fundamentação”, in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, 78 (Nov-Dez 2009), pp.17-32.

permitindo, ao mesmo tempo, que o indivíduo lhe aceda por outra entrada ou parcela.

Mas, desde que verificadas estas condições, poderia aceitar-se a incriminação (e punição) do desobediente ativo. Subsiste, porém, a verificação sobre se o “*ato relativo ao exercício das suas funções*” é um ato legítimo, sendo-lhe, assim, devida obediência. Ora, sempre que uma medida restritiva destinada a promover a saúde pública seja inconstitucional – ou porque foi adotada por órgão incompetente ou por implicar uma restrição excessiva de um direito ou liberdade individual –, não pode afirmar-se que o ato de autoridade que se pretende impor ao indivíduo seja válido e, portanto, eficaz. Com efeito, a prática de ato administrativo – incluindo quando praticado por força de segurança – que ofenda o conteúdo essencial de um direito fundamental é nulo [cfr. artigo 161.º, n.º 2, alínea d), do CPA]¹²³, pelo que é desprovido de qualquer eficácia. Não só não existe qualquer dever de obediência pelo próprio funcionário público ou membro de força de segurança que foi ilicitamente encarregue de o executar, como o próprio destinatário do ato pode recusar-se a obedecer-lhe. Desde que o comunique, fundamentadamente, ao funcionário público ou membro de força de segurança que o pretende impor.

Face a esta resistência ativa, o funcionário público ou o membro de força de segurança fica desprovido de qualquer poder de detenção imediata do cidadão, podendo apenas identificá-lo, para efeitos de futura abertura de auto de inquérito penal ou contraordenacional e para futura submissão da controvérsia a decisão jurisdicional.

Assim, o direito de resistência do indivíduo face a medidas destinadas à promoção da saúde pública emerge como um instrumento privilegiado de uma sociedade aberta e plural, em que as liberdades individuais não cedem, submissa e

¹²³ Sobre o tema, incluindo as várias interpretações possíveis quanto ao conceito de “direito fundamental” que fundamenta o desvalor da nulidade, ver MIGUEL PRATA ROQUE, “Acto nulo ou acto anulável?: a jus-fundamentalidade do direito de audiência prévia e do direito à fundamentação”, cit., *idem*.

autoritariamente, à visão maioritária dos titulares conjunturais do poder público¹²⁴. Seguindo a lógica de que a hermenêutica constitucional está sujeita a uma sociedade livre de intérpretes¹²⁵, em que cada um dos membros de uma comunidade é tão digno quanto aos demais para interpretar o texto constitucional¹²⁶, impõe-se garantir que o totalitarismo sanitário não esmaga as minorias que não se conformam a uma obediência acrítica.

A multividência plural que é própria de uma sociedade aberta e democrática não pode tolerar tentativas totalitárias de impor ao indivíduo medidas intrusivas “para o seu próprio bem” (ou “*for your own good*”). Mesmo quando ele – de modo autónomo e esclarecido – as rejeita.

A conclusão é tão simples quanto isto: não cabe ao Estado assegurar que cada um de nós “*come a sopa toda*”!

¹²⁴ Demonstrando que o Direito vigente se reconduz, no fundo, ao triunfo das posições dos grupos maioritários e dominantes, pelo que a sua colocação em causa, por via da desobediência civil, constitui uma condição inalienável de qualquer sociedade pluralista e democrática, ver CHRISTIAN BAY/CHARLES C. WALKER, *Desobediência Civil: Teoria e Prática*, cit., p. 2.

¹²⁵ Neste sentido, ver PETER HÄBERLE, *Pluralismo y Constitución*, Editorial Tecnos, 2002; IDEM, *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*, Sergio Antonio Fabris (edição), 1997.

¹²⁶ Em sentido contrário, apontando os riscos de dissolução da normatividade e de descaracterização da Constituição, com a promoção da dúvida constante acerca do seu real sentido normativo, ver Ernst-WOLFGANG BÖCKENFORDE, *Stato, Costituzione, democrazia*, Giuffrè Editore, 2006, pp. 79-81; MAFALDA SERRASQUEIRO, *A interpretação constitucional como uma questão de poder*, ICJP, Lisboa, p. 14 (in https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/a_interpretacao_constitucional_como_uma_questao_de_poder_versao_artigo_capa_o.pdf).