

O internamento compulsivo de portador de uma doença infecto-contagiosa (fora de uma declaração de estado de emergência) e a Constituição da República Portuguesa

Jorge Rosas de Castro

(Juiz de direito)

1. Introdução (*)

À data em que o presente texto é escrito encontra-se em desenvolvimento a situação de pandemia mundial COVID-19 que levou ao decretamento do estado de emergência em vários países.

Entre nós, a previsão do decretamento do estado de emergência encontra-se no art. 19.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) e na Lei n.º 44/86, de 30/09¹. E deste enquadramento jurídico excepcional decorre a possibilidade de afectação da liberdade de circulação das pessoas, nomeadamente por via do seu confinamento forçado ao domicílio ou em estabelecimentos de saúde, como aliás especificam o Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18/03 [art. 4.º, alínea a)] e o Decreto n.º 2-A/2020, de 20/03, que lhe dá execução [art. 3.º].

Na vigência dos apontados Decretos e dos que renovarem e densificarem os seus efeitos², e à luz dos seus fundamentos, não haverá dúvida de que as autoridades públicas competentes podem impor o confinamento ao domicílio ou em estabelecimento de saúde de uma pessoa portadora de doença infecto-contagiosa.

A questão que aqui pretendemos tratar e que amiúde se coloca nos tribunais é outra: então e fora do contexto excepcional de uma declaração do estado de emergência, isto é, num quadro de normalidade constitucional, pode o portador de uma doença infecto-contagiosa ser compulsivamente privado da liberdade ambulatoria, e em particular internado, sem violação da CRP³?

* O texto observa a ortografia anterior ao Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990.

¹ Com as alterações contidas nas Leis Orgânicas n.º 1/2011, de 30/11, e n.º 1/2012, de 11/05.

² Vide por ora o Decreto do Presidente da República n.º 17-A/2020, de 2/04, e o Decreto n.º 2-B/2020, de 6/04.

³ O internamento compulsivo afecta obviamente o direito à liberdade ambulatoria e é por referência a esta que o presente artigo se desenvolve. Todavia, consumado o *internamento*, no que ele significa de *afastamento do meio social* e de possível *isolamento*, outras questões se levantam, que se prendem com o *tratamento* propriamente dito, na eventualidade de o visado o não aceitar. Estará também em causa o respeito pela pessoa do visado, na sua dimensão de autonomia, o que também podemos erigir em direito com assento constitucional, não propriamente por via de um preceito único e específico, mas pela da convergência de várias dimensões valorativas e normativas e nomeadamente das que tocam: o direito à liberdade nas suas vertentes de liberdade de decisão e de acção; a dignidade da pessoa humana (art. 1.º); o direito à igualdade (art. 13.º); o direito à integridade pessoal (art. 25.º); o direito à reserva da intimidade da vida pessoal (art. 26.º, n.º 1); e a abertura, através do art. 16.º, n.º 1, a direitos fundamentais

O caso porventura mais corrente é o da tuberculose, mas muitas outras doenças há em relação às quais o problema pode colocar-se⁴.

2. As normas jurídicas que prevêm o internamento compulsivo por razões de saúde

Justifica-se desde já termos em atenção as várias normas jurídicas que prevêm o internamento compulsivo por razões de saúde.

A CRP, no art. 27.º, n.º 3, alínea *h*), admite como restrição do direito à liberdade o “*internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente*”. E em consonância com este preceito constitucional, a Lei n.º 36/98, de 24/07 (Lei de Saúde Mental/LSM) regula, entre o mais, o internamento compulsivo de pessoas portadoras de anomalia psíquica grave.

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) menciona no seu art. 5.º, n.º 3, alínea *e*), de entre as restrições ao direito à liberdade, a “*detenção legal de uma pessoa susceptível de propagar uma doença contagiosa*”.

A actual Lei de Bases da Saúde, aprovada pela Lei n.º 95/2019, de 5/09, prevê na sua Base 34, n.º 2, que “*para defesa da saúde pública, cabe, em especial, à autoridade de saúde (...) b) desencadear, de acordo com a Constituição e a lei, o internamento ou a prestação compulsiva de cuidados de saúde a pessoas que, de outro modo, constituam perigo para a saúde pública*”.

Pelo seu relevo histórico justifica-se mencionar ainda, neste espaço, um diploma que até muito recentemente serviu de apoio normativo a quem sustentava a

decorrentes do direito internacional, como sucede com o direito ao consentimento, previsto pelo art. 5.º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina. Sobre o apoio constitucional do direito ao consentimento, *vide*, por todos, Joaquim CORREIA GOMES, “Constituição e consentimento informado: Portugal”, *Julgar* (Número Especial/Consentimento Informado), Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pgs. 67 e sgs..

⁴ Para uma lista de doenças que geram uma necessidade de vigilância epidemiológica, cf. o Despacho n.º 15385-A/2016, Diário da República (DR), 2ª série, n.º 243, de 21/12/2016.

existência de lei ordinária para o internamento compulsivo de portadores de doença infecto-contagiosa: a Lei n.º 2036, de 9 de Agosto de 1949 (Lei de Bases da Luta contra as Doenças Contagiosas), entretanto revogada pelo art. 25.º da Lei n.º 81/2009, de 21/08. Na sua Base V, n.º 3 dizia-se que *“serão obrigatoriamente internados os doentes e suspeitos que, oferecendo perigo imediato e grave de contágio, não possam ser tratados na sua residência, e ainda os que se recusem a iniciar ou a prosseguir o tratamento ou abster-se da prática de actos de que possa resultar a transmissão da doença”* – o saber se esta norma resistira ou não à entrada em vigor da CRP de 1976, à luz do art. 290.º, n.º 2, desta, supõe a feitura de um exame de constitucionalidade que acabará por resultar efectuado no presente artigo.

E ainda dentro de diplomas com algum relevo histórico ocorre referir ainda o D.L. n.º 547/76, de 10/07 (Luta contra a Doença de Hansen, comumente conhecida por lepra) que previa no seu art. 5.º, n.º 3, que *“o Ministério Público, ou a autoridade sanitária, podem requerer ao juiz do tribunal da comarca territorialmente competente o internamento compulsivo em estabelecimento hospitalar dos doentes que, por negligência ou recusa, não cumpram as prescrições terapêuticas ou as indicações consideradas indispensáveis para a defesa da saúde pública”*; diploma este na prática há muito inaplicável por força da erradicação da doença a que se reportava, e que recentemente veio mesmo a ser revogado pelo art. 12.º, alínea c), da Lei n.º 36/2019, de 29/05.

Em suma: em situação de normalidade constitucional e ao nível da legislação ordinária, o que temos neste momento é apenas a Base 34, n.º 2, da Lei de Bases da Saúde, que tem originariamente um mero propósito de enquadramento geral ao nível da definição das atribuições de um órgão administrativo. A própria Lei n.º 81/2009, de 21/08, que instituiu um sistema de vigilância em saúde pública, com atenção particular a doenças transmissíveis e em especial as infecto-contagiosas, o mais longe que vai em termos de medidas de excepção situa-se sempre no domínio dos casos de

emergência em saúde pública, e ainda assim sem referir expressamente a possibilidade de internamento compulsivo (arts. 17.º e 18.º).

Admitamos que esta Base 34 da actual Lei de Bases da Saúde constitui em qualquer caso, já hoje, previsão suficiente para que possamos dizer que existe *lei* substantiva a prever a restrição do direito à liberdade a pessoas portadoras de doenças infecto-contagiosas, com o sentido exigido pelo art. 18.º, n.º 2, da CRP⁵. Resta saber se semelhante *lei* é, no mais, materialmente respeitadora da CRP, neste sentido: estamos diante uma restrição do direito à liberdade *autorizada* pela CRP?

3. Os arts. 18.º, n.º 2, e 27.º da CRP

O art. 18.º, n.º 2, da CRP preceitua que *“a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.*

Desta norma decorre então, para o que aqui interessa, que os direitos, liberdades e garantias, como é o caso do direito à liberdade, apenas pode ser restringido por lei e nos casos expressamente previstos na CRP.

Admitindo-se que haja *lei*, nos termos atrás mencionados, que preveja substantivamente o internamento compulsivo de pessoa portadora de doença infecto-contagiosa, vejamos se essa lei está autorizada pela CRP a restringir o direito à liberdade no caso em apreço.

Para tanto, importa considerar o art. 27.º da CRP, que na parte que aqui mais releva estatui o seguinte:

- “1. Todos têm direito à liberdade e à segurança.*
- 2. Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança.*

⁵ Ao nível *adjectivo* o único enquadramento completo disponível, por analogia, é o da LSM.

3. *Exceptua-se deste princípio a privação da liberdade, pelo tempo e nas condições que a lei determinar, nos casos seguintes:*

- a) Detenção em flagrante delito;*
- b) Detenção ou prisão preventiva por fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos;*
- c) Prisão, detenção ou outra medida coactiva sujeita a controlo judicial, de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em curso processo de extradição ou de expulsão;*
- d) Prisão disciplinar imposta a militares, com garantia de recurso para o tribunal competente;*
- e) Sujeição de um menor a medidas de protecção, assistência ou educação em estabelecimento adequado, decretadas pelo tribunal judicial competente;*
- f) Detenção por decisão judicial em virtude de desobediência a decisão tomada por um tribunal ou para assegurar a comparência perante autoridade judiciária competente;*
- g) Detenção de suspeitos, para efeitos de identificação, nos casos e pelo tempo estritamente necessários;*
- h) Internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente.”*

Esta última norma consagra o direito à liberdade, leia-se, o “direito a não ser detido, aprisionado, ou de qualquer modo fisicamente confinado a um determinado espaço, ou impedido de se movimentar⁶.”

A redacção escolhida passou pela afirmação do direito à liberdade e pela enunciação expressa dos casos em que uma tal liberdade podia ser restringida. Existia outra abordagem em tese possível, como a da Constituição Federal Alemã, que afirmou por um lado o direito à liberdade, e por outro lado elencou um conjunto de *fins* em ordem a cuja realização podia um tal direito ser restringido *por lei*⁷.

Em Portugal, diversamente, seguiu-se então a opção de especificar as excepções admissíveis ao direito à liberdade não apenas por referência explícita ou

⁶ J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pg. 478.

⁷ Cf. arts. 2.º, n.º 2, e 11.º.

implícita aos fins tidos em vista, mas ainda e também por apelo aos procedimentos correspondentes, o que tem um efeito naturalmente mais vinculante para o legislador ordinário e para o aplicador da CRP e da lei, no sentido em que as privações de liberdade apenas são admissíveis pelas formas e dentro dos fins previstos no artigo 27.^o.

Vale o exposto por dizer que vigora na nossa ordem jurídica o princípio da tipicidade constitucional das medidas privativas da liberdade, que o Tribunal Constitucional (TC) teve já ocasião de afirmar várias vezes⁸.

A postura do legislador aquando da quarta revisão constitucional, em 1997, reforçou esta ideia de tipicidade dos casos em que se admite a privação da liberdade ambulatoria, ao introduzir no n.º 2 do art. 27.^o duas novas alíneas, que alargaram o leque daqueles casos de excepção a duas situações que eram problemáticas face ao texto então disponível: a detenção de suspeitos para identificação [alínea g)] e o internamento compulsivo de portador de anomalia psíquica [alínea h)]⁹.

Esta última alínea, fazendo expressa e exclusiva menção apenas ao *portador de anomalia psíquica*, autorizou o legislador ordinário a prever um regime de internamento compulsivo de pessoas portadoras de anomalia psíquica, que veio a surgir com a Lei n.º 36/98, de 24/07; mas do mesmo passo não contém autorização constitucional, e *a contrario sensu* até a nega, para o internamento compulsivo de outras pessoas que não as portadoras de anomalia psíquica.

Chegamos então a esta conclusão, que por ora situamos num registo preliminar: olhando para a CRP, e em particular para o seu art. 27.^o, não encontramos apoio para que se admita o internamento compulsivo de pessoa portadora de doença infecto-contagiosa - a lei ordinária, existente ou que venha a ser criada, que contemple um tal internamento, está em via de princípio ferida de inconstitucionalidade material, por prever uma restrição do direito à liberdade em

⁸ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, pg. 479 e os Acs.TC n.ºs 479/94, 363/00 e 161/05.

⁹ Art. 11.^o, n.º 6, da Lei Constitucional n.º 1/97, de 20/09.

caso não expressamente previsto na CRP¹⁰ - referimo-nos à atrás citada Base V, n.º 3, da entretanto revogada Lei n.º 2036, de 9 de Agosto de 1949, à norma congénere, também já revogada, contida no art. 5.º, n.º 3, do D.L. n.º 547/76, de 10/07 e à Base 34, n.º 2, da actual Lei de Bases da Saúde¹¹.

Dito isto, tem mesmo que ser assim?

Vejamos se esta conclusão preliminar a que chegámos não deve ser revista à luz de outras abordagens.

4. Será mesmo inconstitucional a lei ordinária que prevê ou venha a prever o internamento compulsivo de portador de doença infecto-contagiosa?

Atentemos a eventuais caminhos alternativos, que admitam a conformidade à CRP de lei que prevê ou venha a prever o internamento compulsivo de pessoas portadoras de doença infecto-contagiosa.

São seis as possibilidades que ponderaremos:

- (i) o internamento compulsivo de pessoa portadora de doença infecto-contagiosa cai dentro do conceito de “*medida de segurança*” e teria nessa lógica cobertura no art. 27.º, n.º 2, parte final, da CRP;
- (ii) uma interpretação extensiva do art. 27.º, n.º 3, alínea *h*), da CRP, considerando-se que a possibilidade de internamento compulsivo de portador de anomalia psíquica aplicar-se-ia, por identidade de razões, ao internamento compulsivo de portador de doença infecto-contagiosa;
- (iii) o internamento compulsivo de portador de doença infecto-contagiosa ser admitida pela CRP para salvaguarda da saúde pública e do direito à saúde de terceiros, encontrando-se apoio para esta restrição do direito à liberdade na

¹⁰ Neste sentido António LEONES DANTAS, “Doenças infecto-contagiosas e Direito à Liberdade”, *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n.º 105, *apud* http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Internamento_Compulsivo.pdf, pgs. 59-71 (acesso em 2020/03/31).

¹¹ Esta última se interpretada no sentido de permitir já hoje que, por razões de saúde pública, uma pessoa portadora de doença infecto-contagiosa possa ser sujeita a internamento compulsivo.

cláusula genérica de restrição de direitos fundamentais contida no art. 29.º, n.º 2, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que constitui parâmetro interpretativo acolhido entre nós pelo art. 16.º, n.º 2, da CRP;

(iv) o recurso ao art. 5.º, n.º 1, alínea e), da CEDH, que prevê a possibilidade da “*detenção (...) de pessoa susceptível de propagar uma doença contagiosa*”;

(v) a lei que prevê o internamento compulsivo de pessoa portadora de doença infecto-contagiosa como lei harmonizadora de um caso de colisão de direitos;

(vi) o internamento compulsivo enquanto medida de coacção implicitamente admitido pela CRP.

4.1. O internamento compulsivo de pessoa portadora de doença infecto-contagiosa como medida de segurança e o art. 27.º, n.º 2, da CRP

O art. 27.º, n.º 2, da CRP prevê, de entre as restrições constitucionalmente autorizadas de forma expressa do direito à liberdade, a “*aplicação judicial de medida de segurança*”.

É nesse trecho normativo que os Acórdãos da Relação do Porto de 21-12-2005 e de 06-02-2002 encontram o apoio constitucional para o internamento compulsivo de portador, no caso, de tuberculose¹²; neles lê-se, para o que aqui releva, que as medidas de segurança a que alude o art. 27.º, n.º 2, da CRP não são apenas as de natureza criminal, abarcando ainda as de natureza não criminal, como se intui, acrescentam, do n.º 3 do preceito, que prevê na alínea h) o internamento de portador de anomalia psíquica.

Não acompanhamos esta argumentação.

Desde logo, quanto à referência à alínea h) do n.º 3, a circunstância de a revisão constitucional de 1997 a ter incluído, admitindo o internamento de portador de anomalia psíquica como uma das restrições do direito à liberdade, bem sugere que

¹² In www.dgsi.pt, o primeiro, sob o número convencional JTRP00038632 (acesso em 2020-03-31); e in *Colectânea de Jurisprudência*, 2002, tomo I, pgs. 232-233, o segundo.

não tinha o legislador constituinte por suficiente, a esse respeito, o conceito de “*medida de segurança*” constante do n.º 2 da norma; houvesse tido essa referência por bastante e não se compreenderia que sentisse necessidade de acrescentar aquela alínea *h*) do n.º 3. De resto, dos trabalhos preparatórios daquela revisão constitucional não resulta em lado algum sinal de que a alínea *h*) aditada ao n.º 3 fosse apenas a densificação de uma medida de segurança já cabida no n.º 2 – do que de tais trabalhos decorre, ao invés, é que houve o explícito propósito de autorizar uma restrição materialmente nova do direito à liberdade¹³.

A circunstância desse acrescento ter surgido introduz em suma na imagem global e lógico-sistemática da norma uma nota interpretativa que temos por clara: a de que a expressão “*medida de segurança*”, contida no n.º 2 do art. 27.º, tem um conteúdo exclusivamente radicado no direito penal; e assim nos parece que tem sido consistentemente entendido pela doutrina constitucional¹⁴, havendo até o TC já mencionado em dado passo que “(...) *as medidas de privação da liberdade têm de assentar ou em sentença judicial que determine tal privação por condenação resultante da aplicação da lei a factos apurados e puníveis com pena de prisão ou em sentença que estabeleça medidas de segurança para os delinquentes inimputáveis*”¹⁵ (sublinhado nosso).

Acresce que a CRP não faz uso do conceito de “*medida de segurança*” apenas no art. 27.º, n.º 2; faz dele uso logo nos arts. 29.º e 30.º, cuja operatividade está claramente associada ao direito criminal. Muito se estranharia assim que a CRP se

¹³ Diário da Assembleia da República (DAR), de 18/07/1997, I Série, n.º 96, disponível in <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/01/07/02/096/1997-07-17?sft=true&org=PLC&plcdf=true#p3477> (acesso em 2020-03-31).

¹⁴ Neste sentido vide José LOBO MOUTINHO, in JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, tomo I, pgs. 642, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, ob. cit., pgs. 479-480 e SÓNIA FIDALGO, “Internamento compulsivo de doentes com tuberculose”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 1, n.º 2, 2004, apud http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Internamento_Compulsivo.pdf, pgs. 101-102 (acesso em 2020/03/31).

¹⁵ Ac. TC n.º 1166/96.

servisse de um mesmo conceito com conteúdos diferentes, para mais em locais muito próximos.

Em suma, o art. 27.º, n.º 2, da CRP não contém autorização constitucional para uma lei que preveja o internamento compulsivo de pessoa portadora de doença infecto-contagiosa.

4.2. A hipótese da interpretação extensiva do art. 27.º, n.º 3, alínea h), da CRP

A interpretação extensiva do art. 27.º, n.º 3, alínea h), da CRP já foi preconizada entre nós¹⁶.

O fundamento invocado para essa abordagem foi a “*identidade de razões*”: a alínea h) em questão admite o internamento compulsivo de portador de anomalia psíquica, e o funcionamento dos princípios da necessidade, adequação e proibição do excesso levou o legislador a concretizar essa possibilidade de internamento compulsivo por referência aos portadores de anomalia psíquica *grave* que criem, por força dela, uma situação de perigo para bens jurídicos, de relevante valor, próprios ou alheios, de natureza pessoal ou patrimonial, ou quando, não possuindo o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento, a ausência de tratamento deteriore de forma acentuada o seu estado¹⁷.

Assim, da mesma forma que a CRP e a LSM têm por finalidade proteger bens jurídicos de relevante valor, próprios ou alheios, e consideraram que estas finalidades podem legitimar o internamento compulsivo de pessoas portadoras de anomalia psíquica grave que se recusem a seguir o tratamento adequado, com isso pondo em perigo aqueles bens jurídicos, também no que toca às doenças infecto-contagiosas,

¹⁶ André DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, Publicações do Centro de Direito Médico, 9, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pgs. 578-580; acrescente-se que este autor, pese embora sustente a conformidade à CRP do internamento compulsivo de portador de doença contagiosa, não deixa de preconizar que “*a questão ficaria melhor sanada com uma revisão do texto constitucional*” (pg. 580).

¹⁷ Art. 12.º da LSM.

por maioria de razão há uma finalidade que legitima procedimento idêntico (saúde pública e bens jurídicos pessoais de terceiros).

O paralelismo que se deixou estabelecido tem um fundo ético e teleológico inteiramente acertado; nada obstaria, e pelo contrário tudo decerto aconselharia, a que a CRP previsse na verdade o internamento compulsivo para o caso em que o portador de uma doença infecto-contagiosa, com potencial perigo para a saúde pública, recusasse ou não fosse capaz de seguir o tratamento medicamente recomendado; até seria simples fazê-lo na linha do preceituado pelo art. 5.º, n.º 1, alínea e), da CEDH.

A verdade é que o art. 27.º da CRP não contém essa restrição do direito à liberdade¹⁸. E diga-se até que houve entretanto oportunidade de a introduzir no texto, senão antes, aquando da revisão constitucional de 1997¹⁹, da qual emergiram as alíneas g) e h) ao n.º 3 do art. 27.º e, nomeadamente, aquela última, em que se fez específica referência ao internamento de portador de anomalia psíquica²⁰.

Sucede que não nos parece que haja aqui lugar para a chamada *interpretação extensiva*.

A interpretação extensiva é um resultado do processo interpretativo que nos leva a chegar à conclusão de que a letra do texto legal ficou aquém do seu espírito: o intérprete *estende* então o texto, dando-lhe um alcance que respeite o pensamento legislativo, isto é, fazendo corresponder a letra da lei ao seu espírito, sendo que o que normalmente está em causa é uma extensão teleológica – a própria razão de ser da lei leva a que a mesma seja aplicada a casos que não são directamente abrangidos pela sua letra, mas são-no pela sua finalidade²¹.

¹⁸ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, ob. cit., pg. 484.

¹⁹ Art. 11.º, n.º 6 da Lei Constitucional n.º 1/97, de 20/09.

²⁰ Refira-se ainda que chegou a existir em 2010 um projecto de revisão constitucional apresentado pelo Partido Social Democrata, que previa exactamente o aditamento, no art. 27.º, n.º 3, alínea h), da referência [ao portador] “*de grave doença contagiosa*”, projecto esse entretanto caducado [Projecto de Revisão Constitucional n.º 1/XI (2ª), in DAR II-A, n.º 2, de 17/09/2010, pg. 4].

²¹ J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1995, pgs. 185-186.

Ora, olhando aos trabalhos preparatórios disponíveis da revisão constitucional de 1997, não se encontra aí referência alguma ao eventual internamento compulsivo tendo em vista a protecção da saúde pública; as discussões travadas giram sempre e de forma muito específica em torno da problemática relativa às pessoas portadoras de anomalia psíquica e nada mais²².

Não nos parece destarte acertado pretender agora convocar essa alínea, sempre discutida em sede de revisão constitucional naquele âmbito restrito e específico, para a fazer aplicar a uma área que, tendo pontos similares, não deixa de suscitar dificuldades e contornos próprios, desde logo quanto à conformação da finalidade da intervenção.

A *interpretação extensiva* poderia eventualmente ter aqui o seu espaço, por exemplo, se houvesse previsão constitucional para o internamento compulsivo de pessoas portadoras de doença *infecciosa*, nada se dizendo quanto a pessoas portadoras de doença *contagiosa*; a menos que resultasse claro ter havido um propósito de exclusão das doenças contagiosas, não se veria com efeito obstáculo a que se considerasse, nesse caso, que quando a CRP aludira a doença infecciosa, estaria verdadeiramente a querer referir-se a uma doença com potencial de difusão pela comunidade, fazendo perigar a saúde pública, e que teria portanto o texto ficado aquém da finalidade tida em vista, devendo o intérprete, nessa eventualidade, corrigir a divergência entre o texto da lei e o espírito desta.

Não sendo essa a situação que aqui se nos põe, nem outra com perfil semelhante, estamos em crer que este caminho da interpretação extensiva do art. 27.º, n.º 3, alínea *h*), da CRP não deve ser acolhido.

²² DAR citado.

4.3 A hipótese de recurso ao art. 29.º, n.º 2, da DUDH

A eventual compatibilidade com a CRP do internamento compulsivo de portador de doença infecto-contagiosa passaria, nesta abordagem, pelo apelo à DUDH, em termos que podem sintetizar-se deste modo²³:

- (i) o art. 16.º, n.º 2, da CRP estabelece que “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”;
- (ii) o art. 29.º, n.º 2, da DUDH diz-nos por sua vez que “no exercício destes direitos e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática”;
- (iii) se o bem estar da sociedade, na vertente da saúde pública, está em causa na hipótese de o portador de uma doença infecto-contagiosa não aceitar o tratamento, então a imposição desse tratamento, se necessário por via de internamento, cabe dentro do conceito de “casos expressamente previstos na Constituição”, contido no art. 18.º, n.º 2, da CRP, interpretado este em harmonia com aquele art. 29.º, n.º 2, da DUDH.

Não nos parece que esta solução seja acertada.

Em primeiro lugar, o art. 18.º, n.º 2, da CRP diz-nos que a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias “nos casos expressamente previstos na Constituição”, o que está bem longe de aqui se verificar, pois chegar-se-ia à restrição por apelo a uma norma que não só não figura na própria CRP, como ainda tem um conteúdo que, de tão genérico, não pode dizer-se que satisfaça a exigência de previsão expressa.

²³ Cf. SÓNIA FIDALGO, ob. cit., pgs. 87 e sgs..

E em segundo lugar, fazer depender a conformidade constitucional de restrições a direitos fundamentais de uma norma que apela a conceitos de *moral, ordem pública e bem-estar numa sociedade democrática* comporta evidentes riscos, seja pela já apontada vagueza de tais conceitos, seja até pela facilidade com que os mesmos se prestariam a interpretações desviadas dos propósitos do legislador constituinte. Dir-se-ia até que ao convocar o art. 29.º, n.º 2, da DUDH, com o sentido pretendido, estaríamos a consagrar de algum modo uma cláusula geral de restrição de direitos fundamentais que se propiciava a um retrocesso na história constitucional, voltando-se ao momento em que era vigente a Constituição de 1933, que no seu art. 8.º, n.º 1, prescrevia, recorde-se, que “*a especificação destes direitos e garantias não exclui quaisquer outros constantes da constituição ou das leis, entendendo-se que os cidadãos deverão sempre fazer uso deles sem ofensa dos direitos de terceiros, nem lesão dos interesses da sociedade ou dos princípios da moral*”²⁴.

Na parte aqui pertinente, o sentido útil do art. 29.º, n.º 2, da DUDH não é outro senão este: o de sublinhar uma generalidade importante, mas que é desprovida de conteúdo jurídico suficientemente preciso para que dela possam extrair-se corolários concretos na definição do alcance de uma norma constitucional; traduz-se essa generalidade na ideia de que o indivíduo, sendo titular de direitos fundamentais, tem também deveres para com a comunidade e pode ver restringidos ou limitados os seus direitos em resultado de valores da maior importância para a vida em sociedade.

Em suma, o recurso ao art. 29.º, n.º 2, da DUDH, no problema com que nos debatemos, não tem suficiente préstimo.

²⁴ Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 7ª ed., pg. 1280.

4.4. O recurso ao art. 5.º, n.º 1, alínea e), da CEDH

Segundo nos diz o art. 5.º, n.º 1, alínea e), da CEDH, uma das restrições admissíveis ao direito à liberdade é a “*detenção legal de uma pessoa susceptível de propagar uma doença contagiosa*”.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) concretizou o alcance prático da norma indicando as seguintes condições gerais para a sua aplicação: (i) deve a doença contagiosa estar demonstrada de forma convincente; (ii) deve o internamento ser afastado se for possível proteger a saúde pública com uma medida menos restritiva; (iii) deve o internamento prolongar-se apenas enquanto persistir o perigo de contágio; (iv) e deve em princípio o internamento ter lugar num hospital, numa clínica ou num estabelecimento adequado²⁵. Verificado que esteja em concreto este circunstancialismo, o internamento compulsivo a que as autoridades nacionais tenham recorrido é então considerado em conformidade substantiva com a CEDH²⁶.

Por outro lado, é sabido que da CEDH emergem para as autoridades nacionais obrigações positivas de actuação em ordem a dar conteúdo útil aos direitos previstos, como sucede no que toca à protecção do direito à vida²⁷. O TEDH tem aliás uma jurisprudência consistente na afirmação de que os Estados são passíveis de responsabilização por incumprimento de deveres de prevenção, informação, regulação, supervisão ou acção nomeadamente em matéria de prejuízos decorrentes de acidentes naturais ou industriais²⁸. Ora, se atentarmos à linha de fundamentação

²⁵ Ac. TEDH *Enhorn c/ Suécia*, de 25/01/2005, Caso n.º 56529/00 (§§ 42-44). Toda a jurisprudência de Estrasburgo aqui citada pode ser consultada em versão integral na base de dados HUDOC, no sítio oficial do TEDH: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home> (acesso em 2020/03/31).

²⁶ Haverá ainda exigências de ordem orgânico-procedimental, de que aqui se não cuida, nomeadamente quanto à natureza judicial do órgão que decide ou confirma o internamento e quanto aos termos de exercício do direito de defesa da pessoa visada, mas essas são exigências cuja análise não cabe aqui fazer.

²⁷ Jean-François RENUCCI, *Droit Européen des Droits de l'Homme*, Paris, L.G.D.J., 3ª ed., 2002, pg. 517 e sgs. e Frédéric SUDRE, *Droit Européen et International des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 7ª ed., 2005, pgs. 234 e sgs..

²⁸ Acs. TEDH *L.C.B. c/ Reino Unido*, de 9/06/1998, Caso 23413/94 (§ 36), *Öneryildiz c/ Turquia*, de 30/11/2004, Caso n.º 48939/99 (§§ 89/90), *Budayeva e Outros c/ Rússia*, de 20/03/2008, Caso 15339/02 (§§ 128-130) e *Kolyadenko e Outros c/ Rússia*, de 28/02/2012, Caso 17423/05 (§ 151).

seguida nestes seus múltiplos arestos, verificamos nela aspectos transponíveis para uma situação em que o que esteja em causa sejam prejuízos para a saúde de pessoas no contexto de uma epidemia causada ou facilitada pela inacção das autoridades nacionais (legislativas, administrativas ou judiciais) ante a recusa de tratamento por parte de portadores da doença.

Dito isto, podemos considerar o internamento compulsivo de pessoa portadora de doença infecto-contagiosa como estando em conformidade com a CEDH, por via do art. 5.º, n.º 1, alínea e); podemos considerar mesmo o internamento compulsivo, no limite, como sendo uma imposição da CEDH por via da lógica das obrigações positivas inerentes à protecção do direito à vida e a eventual responsabilidade do Estado por não consentir constitucionalmente o recurso àquela medida de segurança não criminal; mas daí não decorre necessariamente que, recorrendo o aplicador nacional a semelhante internamento compulsivo, estejamos a respeitar a CRP, na sua versão actual.

É sabido que o art. 8.º da CRP prevê a recepção do direito internacional convencional na ordem interna, aí cabendo a CEDH; mas como é sabido também, a nossa CRP é omissa quanto ao lugar de tais normas na hierarquia jurídica interna, vingando todavia desde há muito a ideia de que o direito internacional convencional tem por regra um valor infraconstitucional, ainda que supralegal²⁹.

Mesmo tendo presente a lógica de protecção multinível dos direitos fundamentais e do diálogo e, onde possível, do alinhamento, entre a jurisprudência constitucional interna e a jurisprudência do TEDH, é incontornável encontrarem-se ainda momentos de desencontro³⁰, tanto mais que convirá não esquecer o seguinte: do que se trata aqui não é de usar a CEDH para nela identificar um direito fundamental não previsto pela CRP, ou para dotar um direito fundamental previsto

²⁹ Maria José RANGEL DE MESQUITA, *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais* (obra colectiva organizada por Paulo Pinto de Albuquerque), Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019, vol. I, pgs. 69-70.

³⁰ Cf. RANGEL DE MESQUITA, ob. cit., pgs. 72 e sgs..

internamente de um âmbito de aplicação mais vasto “sem danos colaterais”, circunstâncias em que o art. 16.º, n.º 1, da CRP poderia ser convocado em ordem a chegar-se a um resultado interpretativo amigo da criação do direito ou mais generoso para com o seu alcance; do que se trata é de usar a CEDH para identificar uma restrição que a CRP não previu expressamente no preceito em que enunciou, insista-se, *expressamente*, outras restrições e nomeadamente uma, na alínea h), de inspiração, natureza e forma semelhantes. Da mesma forma, acrescente-se que embora o texto da CEDH o admita também, na mesma alínea do n.º 1 do art. 5.º, não passa decerto o crivo constitucional a detenção, fora do âmbito criminal, de “*um alcoólico, de um toxicómano ou de um vagabundo*”.

Mais: do mesmo passo que prevê um conjunto de direitos fundamentais, a CEDH também prevê que nenhuma das suas disposições “*será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os Direitos do Homem e as liberdades que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante (...)*”. Ora, no caso concreto, admitindo-se, como admitimos, que a CRP consagrou o direito à liberdade, neste ponto, com uma amplitude maior que a prevista pela CEDH, é no mínimo muito controverso que esta possa ser convocada para alargar o leque de restrições do direito à liberdade já previstas pelo art. 27.º da CRP.

Face ao exposto, e ainda que com risco de violação da CEDH, não vemos como o recurso a esta possa ser útil para garantir que é conforme à CRP o internamento compulsivo de pessoa portadora de doença infecto-contagiosa.

4.5. A lei que prevê(eja) o internamento compulsivo como lei harmonizadora de um caso de conflito de direitos

Segundo esta posição, defendida por SÓNIA FIDALGO³¹, estamos diante uma colisão de direitos em sentido impróprio: o exercício de um direito fundamental (o direito à liberdade) colide com um bem jurídico constitucionalmente protegido (a saúde pública) e, não havendo uma hierarquia entre eles, as situações de conflito devem ser resolvidas no quadro da unidade da CRP, lançando mão do princípio da harmonização ou da concordância prática; essa tarefa é normalmente realizada pelos tribunais; porém, dada a frequência com que surgem conflitos desta natureza, é comum surgirem normas ordinárias que os regulem, nesse sentido podendo dizer-se que são *leis harmonizadoras*, como é o caso, conclui, da Lei n.º 2036, de 9 de Agosto de 1949.

A Lei n.º 2036, recorde-se, foi entretanto revogada pela art. 25.º da Lei n.º 81/2009, de 21/08; todavia, equacionaremos ainda assim a valia desta abordagem tendo em mente a Base 34, n.º 2, da actual Lei de Bases da Saúde ou qualquer outra norma com o mesmo perfil que venha eventualmente a surgir para vigorar fora do contexto de uma declaração do estado de emergência.

Ora, pese embora a estruturação sólida dos seus fundamentos, esta posição de SÓNIA FIDALGO merece-nos alguma reserva.

Por um lado, não nos parece que vença uma dificuldade que se prende com o texto do art. 27.º, n.º 3, alínea *h*): o ter a CRP previsto expressa e literalmente o internamento compulsivo de pessoa portadora de anomalia psíquica sugere que não quis o legislador constituinte (porventura por não lhe ter ocorrido) prever o internamento compulsivo em nenhuma outra circunstância, sugestão esta que decorre aliás da presunção de que o legislador soube exprimir o seu pensamento em

³¹ Neste sentido e em defesa desta concepção de *lei harmonizadora* quanto à Lei n.º 2036, de 9 de Agosto de 1949, FIDALGO, ob. cit., pgs. 87 e sgs.. Convergindo na mesma conclusão, Pedro Jacob MORAIS, “Algumas notas sobre o internamento compulsivo de portadores de doença infecto-contagiosa”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 14, n.ºs 27-28, 2017, pgs. 99-104.

termos adequados³²; e por outro lado, o resultado interpretativo a que a posição que ora comentamos chega acaba por traduzir-se numa extensão teleológica do alcance normativo daquela alínea *h*), que vimos já atrás não nos parecer um caminho acertado.

Acresce que o próprio legislador da Revisão Constitucional de 1997 – aquela em que a alínea *h*) do n.º 3 do art. 27.º surgiu – terá considerado que uma Lei de Saúde Mental que previsse o internamento compulsivo (e substituísse a Lei n.º 2118, de 3 de Abril de 1963), careceria de autorização da CRP, que congruentemente consagrou, pese embora seja indiscutível que a citada Lei de Saúde Mental, na ausência de previsão na CRP, também poderia ser vista, dentro da lógica da posição que se critica, como uma *lei harmonizadora*.

Uma última nota, que se traduz numa linha argumentativa que aqui apenas entreabrimos: as normas constitucionais que prevêem direitos fundamentais não têm todas, como se sabe, o mesmo tipo de formulação, dado que em função do seu perfil mais ou menos densificado no próprio texto constitucional podem assumir uma natureza de *regra*, em que o legislador constitucional terá tendencialmente ponderado tudo o que entendia poder ser ponderado em termos de restrições ao direito, ou uma natureza de *princípio*, em que é deixada aos poderes constituídos, e designadamente ao legislador ordinário e aos tribunais, uma margem maior ou menor de ponderação³³.

Reveste uma natureza de *princípio*, por exemplo, a norma que consagra o direito à integridade moral, que a CRP desenha sem nenhuma restrição expressa (art. 25.º), não havendo, todavia, qualquer dúvida que um tal direito está sujeito a restrições constitucionalmente autorizadas, por exemplo pelo efeito próprio da vigência das liberdades de expressão e de imprensa (arts. 37.º e 38.º), que por regra só em concreto poderão ser densificadas. Já no que concerne ao direito à liberdade

³² Art. 9.º, n.º 3, parte final, do Código Civil.

³³ Jorge REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pg. 633.

previsto pelo art. 27.º, o que temos vai bem além de uma *mera* afirmação de princípio – o que temos é a consagração especificada e em termos muito concretos das restrições admitidas. A eventual margem de ponderação deixada aos poderes legislativo e judicial para *descobrir* verdadeiras restrições ao direito, neste segundo caso, está significativamente reduzida.

Usar a metodologia da harmonização ou concordância prática de direitos em conflito, ainda que por via legislativa, para introduzir no já especificado e concreto n.º 3 do art. 27.º da CRP um novo segmento de restrições, para mais de um tipo semelhante a um já lá colocado na alínea *h*) do n.º 3, traduzir-se-ia, ao que cremos, na ultrapassagem dos limites da liberdade de interpretação em que o texto constitucional se traduz³⁴.

4.6. O internamento “compulsivo” como medida de coacção

As medidas de coacção têm o seu lugar no domínio do direito processual penal, encontrando aí a sua cobertura constitucional própria e autónoma, vertida desde logo no art. 27.º, n.º 3, alínea *b*), da CRP, válida para a ingerência nesse contexto mais gravosa do direito à liberdade ambulatoria, que é a prisão preventiva.

Todavia, precisamente por estarmos no domínio do direito processual penal, as medidas de coacção, e nomeadamente as que contendam, entre o mais, com uma restrição total da liberdade ambulatoria, estão constitucionalmente vinculadas, para o que aqui releva, à forte indicição de um ilícito criminal doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos, ilícito esse que apenas poderia à partida ser o de propagação de doença contagiosa previsto pelo art. 283.º, n.º 1, do Código Penal, forte indicição essa que por alguma razão poderá não ser reconhecida no caso concreto³⁵.

³⁴ Sobre o efeito de limite negativo do texto da norma, vide J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, pg. 1220.

³⁵ Sobre as dificuldades no preenchimento do tipo legal previsto pelo art. 283.º/1 a), vide LEONES DANTAS, ob. cit, pgs. 70-71: refere-se o autor, desde logo, à circunstância de, tal como configurado o ilícito, se exigir o contágio de outrem como resultado da acção do agente. Neste sentido vide ainda

Para além disso, ainda que se considere que no caso concreto esteja presente alguma exigência cautelar de entre as previstas pelo art. 204.º do Código de Processo Penal, e nomeadamente o *perigo de continuação da actividade criminosa*, e que essa exigência cautelar seja particularmente intensa ao ponto de dever sujeitar-se o visado a uma medida de privação da liberdade, o internamento apenas poderia ter lugar no contexto da substituição da prisão preventiva a que alude o art. 202.º, n.º 2, do Código de Processo Penal. Contudo, esta substituição, sendo possível, está concebida unicamente para o caso em que a pessoa em causa padeça de anomalia psíquica, circunstância em que é encaminhada para hospital psiquiátrico ou estabelecimento análogo adequado³⁶.

Considerando-se em qualquer caso que numa dada situação concreta se encontram fortemente indiciados os requisitos objectivos e subjectivos do crime de propagação de doença contagiosa, previsto pelo art. 283.º, n.º 1, alínea a), do CP e que se justifica impor prisão preventiva ao arguido, deve a execução da prisão preventiva e, depois, da eventual pena de prisão, ocorrer em circunstâncias adequadas de isolamento, como aliás permitido, segundo cremos, pelo Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade³⁷ e pelos *standards* preconizados pelo Comité para a Prevenção da Tortura³⁸.

Recentrando o discurso: o internamento/tratamento que equacionámos no presente artigo pode estar, mas não tem que estar, relacionado com um ilícito

Paulo PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª edição actualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010, pg. 813 e ainda, embora de forma menos clara, J.M. DAMIÃO DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, tomo II, pg. 1009.

³⁶ O art. 200.º, n.º 1, alínea f), do Código de Processo Penal prevê uma outra situação de tratamento, que pode revestir a forma de um internamento, a título de medida de coacção, mas que não tem lugar aqui ponderar, já que está sujeita ao prévio consentimento do visado; e ainda porque o *tratamento* de que cuida a norma é à dependência de que o arguido padeça e haja favorecido a prática do crime.

³⁷ Cf. arts. 5.º, 8.º, alínea g), 33.º, n.º 2, 35.º e 37.º, n.º 2, alínea a).

³⁸ Cf. <https://rm.coe.int/16806cd24c> (acesso em 2020/03/31). E durante o processo devem ser tomadas as medidas apropriadas em ordem a evitar que os próprios operadores judiciais possam ser objecto de contágio, nomeadamente garantindo o uso, se necessário por todos, de adequado equipamento de protecção, cuja disponibilização deve ser solicitada com nota de urgência à autoridade de saúde ou ao estabelecimento hospitalar mais próximo.

criminal. O que se procura é apoio constitucional para que uma pessoa que padeça de uma doença infecto-contagiosa, tenha ou não cometido um ilícito criminal, havendo ou não um procedimento criminal e, havendo-o, independentemente do seu estado e da prova aí existente, possa ser alvo de um internamento compulsivo, à semelhança do que sucede com as pessoas portadoras de anomalia psíquica grave.

Assim é que este caminho das medidas de coacção só muito impropriamente poderia ser visto como uma solução satisfatória.

5. Notas finais

De tudo quanto expusemos decorrem as seguintes linhas conclusivas:

A) Fora do contexto excepcional de uma Declaração do Estado de Emergência a única norma ordinária que neste momento prevê o internamento compulsivo de pessoas portadoras de uma doença infecto-contagiosa é a Base 34, n.º 2, da Lei de Bases da Saúde, aprovada pela Lei n.º 95/2019, de 5/09;

B) Admitindo essa norma como “lei” suficiente para efeitos do art. 18.º, n.º 2, da CRP, a conformidade com esta depende de saber se a restrição a direitos fundamentais para que aponta, e nomeadamente a restrição do direito à liberdade, está *autorizada* pela própria CRP;

C) Face ao perfil especificado das restrições previstas pelo art. 27.º, n.º 3, da CRP e ao teor da sua alínea *h*), o internamento compulsivo em causa não tem presentemente cobertura constitucional.

Aqui chegados, e face à evidente necessidade de existência de mecanismos eficazes de protecção da saúde pública que sejam do mesmo passo respeitadores da CRP, justifica-se que seja quanto antes introduzida norma constitucional que autorize a sujeição a internamento de pessoa que, sendo portadora de doença infecto-contagiosa, se recuse a fazer o tratamento competente ou seja incapaz de o consentir e/ou seguir.

Essa autorização poderia passar, por exemplo, por aditar o segmento correspondente no art. 27.º, n.º 3, alínea h), que ficaria com o seguinte texto: *“internamento de portador de anomalia psíquica ou de doença infecto-contagiosa em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente”*.