

**O direito fundamental em causa com a medida
do confinamento obrigatório:
contributo para a discussão, em face do Acórdão
n.º 490/2022 do Tribunal Constitucional**

**The fundamental right at stake with the
mandatory quarantine measure:
contribution to the discussion, in light of the
Judgment no. 490/2022 of the Portuguese
Constitutional Court**

Catarina de Sousa Ribeiro

Vol. 10 No. 2
novembro 2023
e-publica.pt

ISSN 2183-184x

Com o apoio de:

O DIREITO FUNDAMENTAL EM CAUSA COM A MEDIDA DO CONFINAMENTO OBRIGATÓRIO: CONTRIBUTO PARA A DISCUSSÃO, EM FACE DO ACÓRDÃO N.º 490/2022 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

THE FUNDAMENTAL RIGHT AT STAKE WITH THE MANDATORY QUARANTINE MEASURE: CONTRIBUTION TO THE DISCUSSION, IN LIGHT OF THE JUDGMENT NO. 490/2022 OF THE PORTUGUESE CONSTITUTIONAL COURT

CATARINA DE SOUSA RIBEIRO¹

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade

1649-014 Lisboa, Portugal

catarinadesousaribeiro@gmail.com

Resumo: Os anos de 2020 e de 2021 foram anos desafiantes para o Direito Constitucional e, sobretudo, em matéria de direitos fundamentais, dado terem os Governos, em geral, recorrido à medida de confinamento obrigatório como forma de atenderem às exigências sanitárias geradas pela disseminação veloz do vírus SARS-CoV-2. Entre nós, essa medida foi dirigida, no ano de 2021, a pessoas sujeitas a vigilância activa por indicação de profissionais de saúde. A questão que se colocou então, e que agora se retoma, concerne o direito fundamental em causa com tal medida – se o direito à liberdade (artigo 27.º CRP) ou o direito à livre circulação (artigo 44.º CRP) –, porquanto tais garantias poderão assumir diferentes naturezas e níveis de protecção e, dessa forma, conduzir a resultados distintos quando se questiona pela conformidade à Constituição da actuação do Governo no quadro de “normalidade constitucional” que então se vivia.

Palavras-chave: confinamento obrigatório; direitos fundamentais; covid-19.

Abstract: 2020 and 2021 were challenging years for Constitutional Law and, above all, in terms of fundamental rights, as governments generally resorted to the measure of mandatory quarantine as a way of meeting the health requirements generated by the rapid spread of the SARS-CoV-2 virus. In Portugal, this measure was aimed, in 2021, at people subject to active surveillance on the advice of health professionals. The question that arose then, and that we are now readdressing, concerns the fundamental right at stake with this measure – whether the right to liberty (Article 27 of the Portuguese Constitution) or the right to free movement (Article 44 of the Portuguese Constitution) –, as these guarantees may take on different natures and levels of protection and, in this way, lead to different results when questioning whether the government’s actions were compliant with the Constitution within the framework of “constitutional normality” lived at the time.

Keywords: mandatory quarantine; fundamental rights; covid-19.

¹ Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e actualmente a frequentar o primeiro ano do Curso de Estágio da Ordem dos Advogados. Elaborou o presente artigo no âmbito da unidade curricular de Direitos Fundamentais no 4.º ano da Licenciatura.

1. Introdução

Pelo Acórdão n.º 490/2022 do Tribunal Constitucional (doravante “TC”), foi julgada inconstitucional a norma segundo a qual “os cidadãos relativamente a quem a autoridade de saúde ou outros profissionais de saúde tenham determinado a vigilância ativa ficam em confinamento obrigatório, em estabelecimento de saúde, no domicílio ou, não sendo aí possível, noutra local definido pelas autoridades competentes”.² Enveredando sobre a questão de saber qual o direito fundamental em causa com tal restrição, o TC ponderou entre as várias posições doutrinárias que foram, então, avançadas, para concluir, porém, que, independentemente da “posição metodológica que se adopte” (expressão do próprio TC), sempre se estaria perante uma verdadeira *privação da liberdade*, proibida à luz do artigo 27.º, n.º 2, da Constituição, dada “a indeterminação e latitude que a norma questionada permitem às autoridades, aliada à potencial duração prolongada da medida, bem como à possibilidade de mobilização das autoridades policiais para assegurar o seu cumprimento”. Desta pequena passagem parece poder retirar-se que, não houvesse o TC concluído pela “indeterminação e latitude” da norma em causa, conjugada com a sua “duração prolongada” e com a “possibilidade de mobilização das autoridades policiais”, o mesmo diria estar-se, quanto a esta medida do confinamento obrigatório, não perante uma privação de liberdade (garantia prevista no artigo 27.º, n.º 2, da Constituição), mas perante uma afectação à liberdade de deslocação (regulada no artigo 44.º, n.º 1, da Lei Fundamental). E dizemos isto – *i.e.*, fazemos esta interpretação *a contrario* – porque é o próprio TC a traçar uma linha divisória entre as situações enquadráveis em ambos os enunciados normativos que se apresenta, em nosso entender, de muito duvidosa conformidade constitucional. Em termos muito sucintos, defendeu o TC, nesta sua decisão, que seria possível distinguir-se o âmbito aplicativo das normas previstas nos artigos 27.º (em particular, a garantia prevista no n.º 2) e 44.º da Constituição com base na ideia de que, naquele primeiro, em face das excepções consagradas no n.º 3, o que estaria em causa seria uma “proibição de institucionalização compulsiva”.

O objecto da presente reflexão prender-se-á, então, com a interpretação e distinção das normas fundamentais previstas nos artigos 27.º e 44.º da Constituição, para, de seguida, e tendo em conta o resultado dessa interpretação, concluir-se quanto ao direito fundamental desvantajosamente afectado pela medida do confinamento obrigatório. Reconhecemos, porém, que, neste âmbito, várias outras questões acabam por se colocar (por estarem subjacentes), designadamente a questão de saber se, apurado o sentido da(s) norma(s) prevista(s) no artigo 27.º, a medida do confinamento obrigatório consubstancia uma (mera) *restrição* ao direito fundamental que decorre do n.º 1, ou se invade, já, a garantia fundamental decorrente da norma proibitiva do n.º 2 do mesmo preceito; e ainda a questão de saber se a norma proibitiva prevista neste artigo 27.º, n.º 2, da Constituição assume a natureza de norma-*princípio* ou se de norma-

² Retirada do artigo 3.º, n.º 1, alínea b), dos Regimes Anexos às Resoluções do Conselho de Ministros n.º 135-A/2021, de 29 de setembro, e n.º 114-A/2021, de 20 de Agosto.

regra – no fundo, se a garantia que dela decorre pode ser afastada, ou não, por normas jurídicas de valor infra-constitucional, como o são as emanadas pelo Governo.

2. Da interpretação dos artigos 27.º e 44.º da Constituição

No concreto problema que nos ocupa – *i.e.*, identificação do direito fundamental afectado pela medida do confinamento obrigatório –, o primeiro passo consiste na interpretação dos enunciados dos artigos 27.º e 44.º da Constituição, para, assim, se chegar às *normas* que os mesmos consagram, ou seja, ao “dever ser” que aí se procura prescrever. Embora esta seja uma afirmação consensual, a verdade é que está longe de ser unânime o método hermenêutico a seguir. Em nosso entender, a actividade de interpretação da Constituição passa, ainda, pelo recurso aos princípios interpretativos gerais, mormente aos elementos literal, sistemático, histórico e teleológico. E dizemos isto porque a Constituição, enquanto documento escrito, não deixa de ser um produto da linguagem como qualquer outra lei.³

Principiando com a interpretação do enunciado do artigo 27.º, n.º 1, da Constituição, pode retirar-se, desde logo, com base no elemento literal, uma norma permissiva, na medida em que faculta *algo* aos seus destinatários, sendo estes *qualquer pessoa* (“todos”). Quanto ao *algo* que a norma faculta, o elemento literal parece insuficiente, indicando apenas a *liberdade*. Mas, recorrendo-se ao elemento sistemático, as dúvidas começam a dissipar-se: ao prever-se, no n.º 2, como excepção à “privação total ou parcial da liberdade”, o proferimento de uma “sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com *pena de prisão*”, o conceito de *liberdade* previsto no n.º 1 começa a tornar-se mais evidente. Não pode, pois, reportar-se senão à liberdade física, de movimentação,⁴ sendo este o *algo* que procurávamos. Em suma, da interpretação do enunciado do artigo 27.º, n.º 1, resulta que *qualquer pessoa tem a faculdade de se movimentar*.

Identificada a norma de direito fundamental do artigo 27.º, n.º 1, facilmente se chega à posição jurídica de vantagem que a mesma confere, *i.e.*, ao direito fundamental que dela decorre. Neste caso, porque a norma se encontra

³ Neste sentido, também, Larenz (2019: 513-514). Assumimos, pois, dificuldade em compreender o modelo normativo-estruturante proposto por Friedrich Müller – e muito seguido entre nós (cf. Gomes Canotilho, 2013: 1215 ss.; Melo Alexandrino, 2020: 505) –, que procura a superação da dualidade entre norma e realidade, defendendo-se que a interpretação deve não só dirigir-se ao “programa normativo”, adquirido sobretudo da análise do texto da Constituição, mas também à indagação do “âmbito normativo”: *i.e.*, aos elementos da realidade social (dados empíricos) tidos como juridicamente relevantes atendendo ao programa normativo. Em nosso entender, porém, os critérios da hermenêutica jurídica (ditos “tradicionais”) são já aptos a esse efeito: a atribuição de um significado às proposições linguísticas contidas num enunciado não é totalmente desvinculada de dados empíricos conformadores desse significado. Aparentemente seguindo esta posição, cf. Reis Novais (2021: 421), embora o autor prossiga afirmando que, em sede de “delimitação da previsão normativa de direito fundamental” (p. 425), deve excluir-se “aquilo que, com toda a evidência, (...) não pode ser considerado pela consciência jurídica própria de Estado de Direito como exercício jusfundamentalmente protegido” (p. 427).

⁴ Com idêntica expressão, cf. Gomes Canotilho e Moreira (2007: 480).

modalizada permissivamente, a posição jurídica que a mesma atribui é uma posição de *liberdade*, ou seja, a possibilidade disjuntiva de realização ou de não realização da conduta permitida⁵, que é, neste caso, a movimentação física, cabendo a cada um o recorte da concreta modalidade a exercer (ou não exercer)⁶. E dela decorre, correlativamente, que os titulares da liberdade física dispõem também de *direitos-pretensão* face ao Estado, pois da consagração deste direito fundamental surge, para este, um *dever de respeito* (*i.e.*, de não actuar num sentido que possa impedir o seu exercício) e um *dever de protecção* desse mesmo exercício contra intervenções de terceiros.

A análise do direito fundamental que resulta do artigo 27.º, n.º 1, obriga, ainda, à sua conjugação com a garantia que se prevê no n.º 2. Da primeira parte do enunciado, retira-se, desde logo, uma norma proibitiva, que tem como destinatário, não qualificado, desde logo, o Estado (mormente as autoridades públicas). Atendendo à estrutura que o enunciado apresenta, é possível a decomposição da norma nos seguintes termos: *é proibido (= não é permitido) privar outrem da sua liberdade física*. Não é clara, porém, a interpretação deste conceito (“privação de liberdade”), nem tampouco a articulação que deverá ser feita com a posição jurídica de vantagem que já decorre do n.º 1. Uma tentativa de distinção foi ensaiada pelo próprio TC, no Acórdão n.º 479/94 – sendo a mesma citada na decisão sob escrutínio –, no sentido de a norma prevista no n.º 2 dever ser interpretada como *proibição de confinar outrem, contra a sua vontade, a um local delimitado*, retirando-lhe, assim, a sua “liberdade corporal-espacial de movimento” e afectando directamente uma dimensão da dignidade da pessoa humana⁷.

Do nosso lado, estamos em crer que o conceito “privação de liberdade” previsto no n.º 2 terá necessariamente de ter um sentido útil, o qual, ao olhar-se as excepções previstas na parte final desse n.º 2 e no n.º 3, entendemos – em sentido próximo com o critério apontado pelo TC no acórdão referido *supra* – corresponder a uma *compressão total da faculdade de exercício da liberdade de movimentação física*, afectando o núcleo essencial deste direito fundamental. É, pois, para essa interpretação do conceito que nos conduzem as excepções consagradas à norma proibitiva do artigo 27.º, n.º

⁵ Sobre as várias posições jurídicas possivelmente decorrentes de normas jurídicas, num enquadramento teórico proposto por Hohfeld, cf. Silva Sampaio (2022: 365 ss.).

⁶ Partimos da posição de que qualquer conduta possivelmente abrangida pelo conceito ‘liberdade física’ é *prima facie* juridicamente admissível, conquanto se possa tornar facticamente impossível diante o exercício de outros direitos que, com este, conflituem (neste sentido, também, cf. Silva Sampaio, 2022: 372).

⁷ E daí que, com base neste critério de distinção, o TC haja considerado inconstitucionais as normas que autorizavam as autoridades policiais a sujeitar uma pessoa insuspeita da prática de qualquer crime a identificação invocando razões de segurança interna, através de um procedimento que, tudo visto, era susceptível de privar a pessoa da sua liberdade, mesmo que por um período de tempo até seis horas: é que o identificando, durante esse tempo, ficaria circunscrito ao espaço confinado das instalações de um posto policial, assim totalmente impedido de exercer a sua liberdade física. E esclareça-se que, mesmo quanto à possibilidade de detidos deixarem o estabelecimento prisional para trabalhar sob vigilância das autoridades prisionais, o TC entendeu que tal não deixaria de ser privação de liberdade. Cf. Acórdão n.º 479/94 do TC, de 7/7/1994, proferido no processo n.º 208/94 e disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

2, da Constituição. Pergunta-se, porém: serão tais exceções taxativas, assim tornando tal garantia em absoluta e definitiva, no sentido de não ser permitida a privação da liberdade de outrem senão nos casos expressamente aí previstos?

Até à situação pandémica, era praticamente unânime, na doutrina e na jurisprudência, o carácter *regra* desta norma⁸. Mas, partindo de um critério de distinção entre regras e princípios assente na estrutura da norma⁹, Pedro Moniz Lopes veio sustentar que, ao instituir um dever estatal de abstenção de várias condutas específicas (que o autor diz serem: “deter”, “aprisionar”, “confinar”) reconduzíveis a uma conduta genérica, a norma reconduzir-se-ia a um *princípio* (Moniz Lopes, 2020: 149) e seria, por isso, (mais frequentemente) derrotável. Não perfilhamos, porém, deste entendimento. E isto porque, desde logo, as ditas várias condutas específicas (“deter”, “aprisionar”, “confinar”) representam, na verdade, uma única conduta material. O que é deter alguém senão aprisioná-lo, confiná-lo, a um determinado espaço (uma esquadra, uma casa, uma cela talvez)? Ou, inversamente: o que é aprisionar alguém senão detê-lo, confiná-lo, numa cela, numa casa, *etc.*? Joga-se aqui, pois, com sinónimos, quando, em rigor, o que a norma constitucional pretende instituir é claramente uma proibição de actuação num sentido que conduza a uma compressão *total* da faculdade de exercício da liberdade corporal-espacial de outrem. É tendo por base essa actuação – a única a que a norma constitucional prevista no artigo 27.º, n.º 2, se refere – que se poderá dizer, mesmo quando se adopte o critério de distinção entre regras e princípios assente na estrutura da norma, que tal norma é verdadeiramente uma *regra*, e não um *princípio*.

Em segundo lugar, afastando-nos da estrutura da norma em direcção, agora, à “história” da norma, rapidamente se compreende que o próprio legislador constituinte manifestou esse carácter *regra* da norma quando se sentiu na necessidade de acrescentar e prever novas exceções ou a delimitar restritivamente as exceções já previstas, de modo a dar resposta a situações que careciam dessa intervenção. Ora, para quê aditar ou restringir tais exceções se as mesmas não são formuladas com um carácter taxativo? E cumpre sublinhar que tal não significa que o legislador ordinário sempre ficaria desprotegido quando se revelasse a necessidade de afectar a garantia prevista no artigo 27.º, n.º 2, da Constituição: é para casos como esses que a Constituição oferece a saída consagrada no seu artigo 19.º, que se reporta à figura da “suspensão” de direitos fundamentais, sujeita a determinados pressupostos de aplicação. Só esta solução parece ser consentânea com aquela que é a reconhecida força normativa atribuída à Constituição formal em Estado de Direito democrático e, invariavelmente, consentânea com a competência exclusiva do legislador constituinte na fixação da natureza de uma determinada norma constitucional.

⁸ Como se pode confirmar nas anotações à Constituição dos seguintes autores: Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007: 479); Rebelo de Sousa e Melo Alexandrino (2000: 113). Na jurisprudência, pode ver-se o já citado Acórdão n.º 479/94 do TC, de 7/7/1994, proferido no processo n.º 208/94 e disponível em <http://www.dgsi.pt/>, que foi depois citado e seguido em muitas outras decisões jurisprudenciais portuguesas.

⁹ Na tese do autor, estar-se-á diante uma norma-*princípio* sempre que a mesma represente uma classe genérica e indiferenciada de condutas específicas, traduzindo uma disjunção lógico-inclusiva (cf. Moniz Lopes, 2014: 137 e 144).

Isto significa, então, que, fora das exceções previstas na parte final do n.º 2 e no n.º 3 do artigo 27.º, é proibida uma actuação que conduza a que outrem deixe de poder decidir-se *in totum* sobre si mesmo e sobre os passos que pretenda, ou não, dar. Por isso, estamos com Jorge Reis Novais quando exemplifica como (mera) *restrição*¹⁰ à liberdade física as hipóteses de obrigatoriedade de parar ao sinal vermelho ou de comparecer e permanecer num serviço de forma a cumprir uma determinada obrigação legal (Reis Novais, 2020b: 103), entre tantas outras invocáveis: é que, em qualquer um destes casos, a afectação à liberdade de se movimentar, ou não movimentar, traduz-se numa interferência pontual, de reduzida relevância, no exercício do direito fundamental conferido pelo artigo 27.º, n.º 1, não subtraindo *in totum* aquela liberdade física. Ora, tais hipóteses de interferências pontuais no exercício do direito não são abrangidas pelo âmbito de aplicação da norma prevista no n.º 2, pelo que não são proibidas (conquanto se sujeitem, depois, aos limites que constitucionalmente se impõem às restrições a direitos fundamentais).

Mas, como se disse, potencialmente em causa, diante a medida de confinamento obrigatório está, ainda, o artigo 44.º, n.º 1, da Constituição.¹¹ Do seu enunciado, retira-se facilmente que o elemento subjectivo da previsão da norma consiste em *qualquer pessoa* e que a sua estatuição consiste na *permissão de deslocação por (e fixação em) qualquer área do território português*. Já quanto ao concreto sentido da norma, o mesmo deixa de ser tão evidente (sobretudo quando confrontado com a liberdade física conferida pelo artigo 27.º, n.º 1). Ainda assim, sustentamos que um sentido útil deverá ser procurado por via da interpretação jurídica.¹² Neste sentido, se é certo que a conduta permitida por esta norma – *deslocar-se por todo o território nacional* – implica logicamente a conduta permitida pela norma do artigo 27.º, n.º 1 – *movimentar-se fisicamente* – (Moniz Lopes, 2020: 147-148), a tónica, a nosso ver, deve estar precisamente no facto de se pretender, com a norma do artigo 44.º, garantir a “liberdade de movimentação *inter-territorial*”.¹³ Parece, pois, que o legislador constituinte pretendeu recortar da liberdade física conferida pelo artigo 27.º, n.º 1, uma concreta modalidade de acção, no sentido de conferir, aos destinatários da norma do artigo 44.º, um *direito-pretensão* face ao Estado, com o correlativo dever de este não impor obstáculos à circulação interna, pelo território

¹⁰ O conceito de “restrição” pode ser definido, em termos simples, como *compressão* da previsão da norma constitucional, no sentido de *exclusão* de certas modalidades de acção que se encontravam *prima facie* abrangidas pela norma permissiva, de tal forma que dela resulta uma afectação desfavorável da posição jurídica de vantagem que decorria da norma de direito fundamental (em idêntico sentido, cf. Moniz Lopes, 2014: 755; e Silva Sampaio, 2022: 409).

¹¹ Na verdade, um extenso debate doutrinário surgiu, precisamente, por ter sido este (e não o artigo 27.º) a ser suspenso na primeira declaração do estado de emergência pelo Presidente da República. Para a crítica impulsionadora, cf. Reis Novais (2020ª).

¹² Neste sentido também, referindo expressamente que, se existem dois preceitos distintos, “eles devem ter âmbitos normativos diferentes e especiais cuja delimitação cabe ao intérprete apurar”, cf. Reis Novais (2020b: 96).

¹³ A delimitação normativa que se propõe coincide com a já efectuada, em tempos, por Gomes Canotilho e Moreira (2007: 632), e retomada, a propósito da medida do confinamento obrigatório, por Reis Novais (2020a e 2020b). Para a nossa análise da norma constitucional concretamente em causa com a medida de confinamento obrigatório, cf. *infra*.

português. Assim, num exemplo dos nossos dias, quando o Governo proibiu, em 2020, a circulação *entre concelhos*, o direito fundamental afectado foi o decorrente da norma do artigo 44.º da Constituição. Não que, na eventual inexistência desta norma de conduta, não se pudesse reconduzir o caso à posição de vantagem que se retira do artigo 27.º, n.º 1; mas se o legislador constituinte pretendeu recortar esta concreta modalidade de movimentação do âmbito normativo do artigo 27.º, então, qualquer caso cuja factualidade seja subsumível ao mesmo haverá de ser tratada com base no artigo 44.º, n.º 1.¹⁴

Feita a interpretação dos enunciados normativos dos artigos 27.º e 44.º da Constituição – *i.e.*, apuradas as suas normas e as garantias jurídicas delas decorrentes –, cumpre, agora, analisar a medida do confinamento obrigatório e concluir se a mesma consubstancia uma afectação do direito fundamental consagrado no artigo 27.º, atinente à liberdade física, ou se, ao invés, invade o âmbito normativo do artigo 44.º, compreendendo uma afectação à liberdade de movimentação inter-territorial.

3. Do direito fundamental afectado pela norma sindicada. Apreciação crítica do Acórdão do TC n.º 490/2022

No debate doutrinário subsequente à declaração do estado de emergência, é possível identificar uma posição “maioritária” no sentido de não ter sido totalmente desprovida de sentido a suspensão do artigo 44.º da Constituição, ao invés de a mesma incidir sobre as garantias previstas no artigo 27.º. Houve, pois, quem reservasse a garantia decorrente do artigo 27.º exclusivamente para o domínio do Direito Penal (Nogueira de Brito, 2020); quem considerasse “altamente problemática à partida” a suspensão do artigo 27.º;¹⁵ e quem simplesmente entendesse ser desnecessária a referência ao artigo 27.º pelo facto de a conduta prevista nesse artigo e a prevista no artigo 44.º assumirem uma relação de implicação lógica (não ser proibido limitar a liberdade de circulação implicaria, logicamente, não ser proibido determinar o confinamento obrigatório).¹⁶ Mas nenhuma destas visões nos parece adequada: a primeira resulta de uma interpretação cuja sustentação legal não se vislumbra em lugar algum; a segunda parece-nos partir de um enquadramento jurídico incorrecto, pois embora o autor reconheça a proibição de restrições que se consubstanciem em privação de liberdade (atento o n.º 2 do artigo 27.º), parece reconduzir o confinamento obrigatório a uma mera restrição ao direito à liberdade decorrente do n.º 1; e a terceira dá um salto lógico que não aceitamos, pois permitir-se a

¹⁴ Se se confrontar este exemplo com o dado *supra*, de obrigatoriedade de parar ao sinal vermelho, torna-se mais perceptível a diferença entre as normas que decorrem dos artigos 27.º, n.º 1, e 44.º da Constituição: no primeiro, como se disse, há uma limitação no acesso a determinados pontos do território português (tem-se uma demarcação territorial tornada inacessível); no segundo, o que sai afectada é a liberdade de a pessoa continuar o seu trajecto, de fisicamente se movimentar (não relevando, para o efeito, qualquer dado territorial: não é o acesso a determinado ponto do território que se está a vedar).

¹⁵ A expressão é de Melo Alexandrino (2020: 92).

¹⁶ Neste sentido, cf. Moniz Lopes (2020: 147).

limitação à liberdade de circulação (o “menos”) não implica necessariamente a permissão de confinamento obrigatório (o “mais”).¹⁷.

A nosso ver, o confinamento obrigatório decretado no contexto da pandemia, na sequência de determinação de vigilância activa pelas entidades competentes, não pode senão reconduzir-se a uma verdadeira *privação* de liberdade (logo: à previsão do artigo 27.º, n.º 2, da Constituição), na medida em que resultou na *compressão total da faculdade de exercício da liberdade física*, retirando aos destinatários a possibilidade de se decidirem sobre si mesmos, de exercerem a sua liberdade corporal-espacial de movimentos. Não está em causa uma (mera) *restrição* à liberdade conferida pelo artigo 27.º, n.º 1, pois não se tratou de uma interferência pontual: a pessoa confinada a determinado espaço, por sujeição a uma vigilância activa, viu-se verdadeiramente impossibilitada de sair, de se movimentar para lá das quatro paredes em que ficou confinada (da sua casa, de um hospital, de um hotel também!), obrigando, inclusive, a um regime de teletrabalho – ou de não trabalho sequer, se tal regime se revelasse inaplicável pela natureza da sua profissão.¹⁸.

Daí que nos cause alguma estranheza ver a interpretação que o TC faz, neste seu Acórdão n.º 490/2022, de que o confinamento obrigatório, só por si, não é condição suficiente para se falar em privação da liberdade – subsumível à previsão do artigo 27.º, n.º 2 – pois inexistiria um “contexto de institucionalização” que essa norma necessariamente requereria. Ora, a nosso ver, tal não é assim: nem a norma em causa o requer, nem é essa a sua teleologia, pois nem todas as excepções previstas no n.º 2, *in fine*, e no n.º 3 do preceito – casos em que o legislador constituinte consentiu com a privação da liberdade física – se reconduzem a uma hipótese de institucionalização (veja-se o caso da “sujeição de um menor a medidas de (...) educação em estabelecimento adequado”, prevista na alínea e) do n.º 3).

¹⁷ Reconhecemos, porém, que partimos de uma interpretação distinta da norma prevista no artigo 44.º da Constituição. Para Moniz Lopes, a liberdade de deslocação aí prevista não se circunscreve à inter-territorial, mas a uma liberdade de movimentação *em qualquer parte* do território nacional (cf. Moniz Lopes, 2020: 148). Mas se assim é, então, segundo compreendemos, a norma do artigo 44.º perde o seu sentido útil em face do artigo 27.º, n.º 1, e vice-versa, o que nos parece indesejável. Por outro lado, parece-nos que Moniz Lopes não confere a devida importância à norma proibitiva que consta do n.º 2, porventura até desconsiderando-a *in totum* – o que, como se viu *supra*, não é a posição a que chegamos: o n.º 1 e o 2.º do artigo 27.º da Constituição consagram, na verdade, duas normas fundamentais distintas e de diferente natureza.

¹⁸ Se a norma que previu o confinamento compulsivo teve, ou não, a devida efectividade, isso é uma análise que se situa num plano distinto. O que se pretende, aqui, é configurar a posição de vantagem que a norma restritiva necessariamente comprimiu, sendo essa, na nossa perspectiva, a que resulta do artigo 27.º, n.º 2: o *direito-pretensão* à não privação de liberdade.

4. Conclusão

Em suma, somos forçados a concluir que, (i) perante a norma de direito fundamental consagrada no artigo 27.º, n.º 2, da Constituição, (ii) conjugada com as excepções – taxativas – previstas na parte final desse n.º 2 e no seu n.º 3, e (iii) na ausência da suspensão do direito fundamental aí consagrado, não tinha o Governo competência para estatuir no sentido da privação da liberdade física, mediante o confinamento obrigatório, dos cidadãos sujeitos a vigilância activa. E andou *bem* o Tribunal Constitucional quando julgou inconstitucional a respectiva norma, prevista no artigo 3.º, n.º 1, alínea b), dos Regimes Anexos às Resoluções do Conselho de Ministros n.º 135-A/2021 e n.º 114-A/2021, mas *mal* quando o fez nos termos que o fez – que é como quem diz: sem proceder à correcta interpretação e distinção das normas fundamentais consagradas nos artigos 27.º e 44.º da Constituição, distinção essa de assaz importância por se tratarem de normas fundamentais de diferente natureza (e, portanto, de direitos fundamentais com níveis de protecção distintos.¹⁹).

Esperamos, enfim, com este nosso comentário fornecer alguma orientação interpretativa na eventualidade de a questão do confinamento obrigatório surgir novamente como uma realidade dos nossos dias.

¹⁹ Enquanto o direito fundamental previsto no artigo 44.º, n.º 1, da Constituição resulta de uma norma-*princípio* e, como tal, é limitável, ou seja, pode ser restringido mediante um juízo ponderação que o legislador constituinte conferiu ao legislador ordinário – conquanto sempre sujeito aos princípios estruturantes de Estado de Direito, previstos constitucionalmente –, já o direito fundamental que resulta do artigo 27.º, n.º 2, da Constituição é consagrado com um carácter absoluto e definitivo, ou seja, o legislador constituinte procedeu a todas as ponderações possíveis, optando pela disposição de uma norma-*regra*, inderrogável pelo legislador ordinário, atenta a competência exclusiva do legislador constituinte e a força normativa da Constituição, que se coloca num plano hierárquico superior ao da lei ordinária.

Bibliografia

Gomes Canotilho JJ. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7.^a ed. Coimbra: Almedina; 2013

Gomes Canotilho JJ, Moreira V. Constituição da República Portuguesa Anotada. 4.^a ed. I. Coimbra: Coimbra Editora; 2007

Larenz K. Metodologia da Ciência do Direito. 8.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 2019

Melo Alexandrino J. Como ler a Constituição: Algumas coordenadas. In: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta Cunha. III. Coimbra: Almedina; 2010. pp. 503-519

Melo Alexandrino J. Devia o direito à liberdade ser suspenso?: Resposta a Jorge Reis Novais. Observatório Almedina. 2020 abril. Disponível em: <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/04/07/devia-o-direito-a-liberdade-ser-suspenso-resposta-a-jorge-reis-novais/>

Moniz Lopes P. Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas. Tese de Doutoramento em Direito (Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; 2014

Moniz Lopes P. Significado e alcance da «suspensão» do exercício de direitos fundamentais na declaração de estado de emergência. Revista e-Pública (Revista Eletrónica de Direito Público). 2020 abril; vol. 7 (1). 118-152. Disponível em: <https://e-publica.pt/article/34309-significado-e-alcance-da-suspensao-do-exercicio-de-direitos-fundamentais-na-declaracao-de-estado-de-emergencia>

Nogueira de Brito M. Pensar no estado da exceção na sua exigência. Observatório Almedina. 2020 abril. Disponível em: <https://observatorio.almedina.net/>

Rebello de Sousa M., Melo Alexandrino J. Constituição da República Portuguesa Comentada. Lisboa: Lex; 2000

Reis Novais J. Estado de Emergência: Quatro notas jurídico-constitucionais sobre o Decreto Presidencial. Observatório Almedina. 2020 março. Disponível em: <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/03/19/estado-de-emergencia-quatro-notas-juridico-constitucionais-sobre-o-decreto-presidencial/>

Reis Novais J. Direitos Fundamentais e inconstitucionalidade em situação de crise: a propósito da epidemia COVID-19. Revista e-Pública (Revista Eletrónica de Direito Público). 2020 abril; vol. 7 (1). 78-117. Disponível em: <https://e-publica.pt/article/34308-direitos-fundamentais-e-inconstitucionalidade-em-situacao-de-crise-a-proposito-da-epidemia-covid-19>

Reis Novais J. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. 3.^a ed. Lisboa: AAFDL Editora; 2021

Silva Sampaio J. Ponderação e proporcionalidade: uma teoria analítica do raciocínio constitucional. Tese de Doutoramento em Direito (Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; 2022