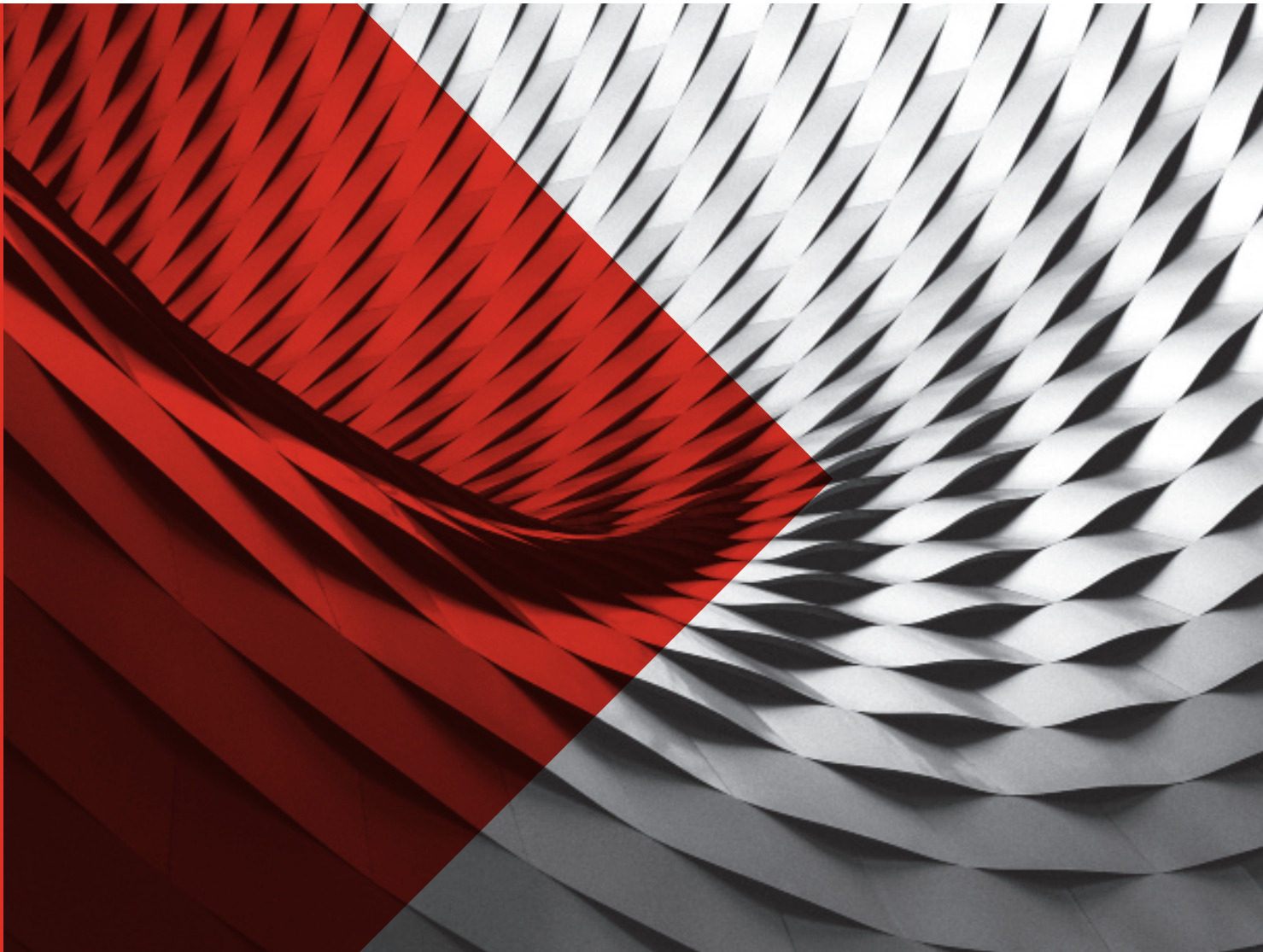


**O DIREITO À LIBERDADE E
O ESTADO DE EMERGÊNCIA
NUMA RELEITURA DE ALF ROSS.**
(2ª RESPOSTA A JORGE REIS NOVAIS)

Rúben Ramião



O Direito à Liberdade e o Estado de Emergência numa Releitura de Alf Ross. (2ª Resposta a Jorge Reis Novais).¹

Rúben Ramião

Neste pequeno texto pretendo analisar, sumariamente, a primeira crítica que o Prof. Jorge Reis Novais (no seu artigo de opinião intitulado “Estado de Emergência – Quatro Notas Jurídico-Constitucionais sobre o Decreto Presidencial”, publicado no Observatório Almedina no dia 19 de Março de 2020) fez ao Decreto Presidencial que declarou o estado de emergência. Este pequeno artigo de opinião suscitou algumas reações por parte da academia, nomeadamente, por meio das contribuições de dois ilustres juristas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: o Prof. Miguel Nogueira de Brito (“Pensar no Estado da Exceção na sua Exigência”) e Prof. José de Melo Alexandrino (“Devia o Direito à Liberdade Ser Suspenso? – Resposta a Jorge Reis Novais”), ambos publicados no Observatório Almedina, nos dias 2 e 7 de Abril (respetivamente) de 2020.

Não é a minha intenção abordar o direito à liberdade e o direito à deslocação de uma perspectiva mais dogmática, nem vou tratar o enquadramento presidencial relativamente aos direitos suspensos de todos os ângulos possíveis.² Irei cingir-me apenas a uma questão que, a meu ver, é decisiva para a correta compreensão do mecanismo jurídico-constitucional da suspensão de direitos, suscitando, a esse propósito, uma necessária releitura de um célebre artigo de Alf Ross, um dos textos mais importantes alguma vez escritos para a ciência jurídica.

Começando pela crítica do Prof. Jorge Reis Novais. Este notável constitucionalista considera um grave erro de enquadramento jurídico-constitucional o facto de o Presidente da República não ter suspenso o direito à liberdade (artigo 27º da CRP), e ter somente suspenso o direito à liberdade de deslocação (artigo 44º da CRP). Na sua opinião, o artigo

¹ Agradeço ao Sr. Prof. Doutor José de Melo Alexandrino os comentários e sugestões feitos à versão preliminar deste breve texto.

² Não irei, por isso, analisar a natureza dogmático-constitucional de uma suspensão de direitos (e da sua especificidade face às restrições de direitos fundamentais). Sobre esse ponto *vide* Jorge Reis Novais, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, 2ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 193, nota 328; José de Melo Alexandrino, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, Vol. II (A Construção Dogmática), Almedina, Coimbra, 2006, págs. 435-437, nota 1840.

27º, em especial os n.ºs 2 e 3 desse artigo, constituem uma barreira à possibilidade constitucional de forçar o internamento ou o confinamento de qualquer pessoa que não esteja efetivamente infetada pelo novo coronavírus (ou por outro vírus ou por outra doença infetocontagiosa qualquer). Isto porque a conjugação dos n.ºs 2 e 3 do referido preceito constitucional estabelecerem as únicas situações em que será admissível constringer a liberdade de um cidadão. Assim sendo, na ausência de uma alteração constitucional que seria, segundo o Prof. Jorge Reis Novais, necessária para introduzir outras exceções como a possibilidade de internamento ou de confinamento em casos de mera suspeita de infeção por doença contagiosa, o Presidente deveria ter suspenso o direito à liberdade pessoal para dar cobertura, precisamente, às medidas de privação da liberdade que estão sendo impostas aos cidadãos portugueses para controlar a evolução da pandemia de covid-19. Afirma o Prof. Jorge Reis Novais que o confinamento, ou seja, a obrigação de uma pessoa permanecer fechada em sua casa ou de quarentena num hotel, afeta, de algum modo, a liberdade de deslocação, mas o seu efeito restritivo incide com maior intensidade na liberdade pessoal de cada pessoa.

Como disse, não irei olhar para esta questão de um ponto de vista dogmático, procurando buscar as razões históricas e teleológicas que nos permitiriam compreender que, até desse ponto de vista, a Constituição dá cobertura às medidas de confinamento que têm sido impostas. Não o faço porque entendo que a esta questão subjaz um dos problemas mais complexos da atual teoria do Direito, e é desse prisma que pretendo abordar a crítica feita pelo Prof. Jorge Reis Novais. Penso que o que está aqui em causa, e que tem sido nos últimos anos discutido pelos mais ilustres teóricos do Direito, é um problema de individuação normativa.

Início a minha interpretação do problema do suposto enquadramento errado do Decreto Presidencial com a questão dos princípios jurídicos. Como em muitos domínios da vida, nós podemos olhar para um determinado objeto sob diversos pontos de vista. O ponto de vista sob o qual analisamos o que quer que analisemos dá-nos os critérios de correção/veracidade que nortearão as proposições descritivas ou explicativas acerca desses mesmos objetos. Podemos olhar para os princípios jurídicos de uma perspetiva filosófica, moral, religiosa, política, linguística, dogmático-jurídica, ou jurídico-científica (teórica). Nos últimos anos, tenho tentado explicar que, do ponto de vista jurídico-científico, isto é, do ponto de vista da teoria do Direito, não tem cabimento distinguir os princípios das regras. Os pressupostos em que assenta a minha crítica geral à teoria dos princípios derivam da minha compreensão, diria positivista, do Direito, que sustenta que as proposições descritivas/explicativas sobre o direito só podem ser entendidas como proposições

científicas, ou seja, como proposições necessárias e universais, se tiverem como seu objeto as propriedades do Direito, que, em meu entender, recaem na forma do Direito e não no seu conteúdo material. Ora, a forma das normas jurídicas, a sua forma lógica, universal e necessária, consiste nos elementos definidores das próprias normas enquanto normas jurídicas, a saber: (i) a previsão, (ii) o operador deôntico (ou seja, a modalidade do dever ser, permissão, proibição, imposição), (iii) e a estatuição. Tanto os princípios jurídicos como as regras têm esta forma lógica, daí não fazendo sentido identificá-los como se de duas categorias distintas de normas se tratasse.

Porém, isso não quer dizer que não se possa falar de princípios (a nível dogmático) como aquelas normas jurídicas que constituem os valores mais importantes da arquitetura do sistema jurídico, como os princípios organizativos do poder político ou como os princípios referentes aos direitos fundamentais. Nesse sentido mais dogmático, meramente instrumental, os princípios são normas suscetíveis de desencadear ou de produzir os seus efeitos jurídicos a uma pluralidade um tanto ou quanto indeterminada de casos.

Assim sendo, o enunciado normativo que contém o princípio da liberdade pessoal, é uma espécie de norma permissiva geral (como afirma o Prof. David Duarte), que tudo permite. Em face disto, podemos concluir que todas as normas que impõem condutas ou que as proíbem são normas restritivas com relação à norma permissiva geral.

Por conseguinte, o Prof. Jorge Reis Novais tem razão quando afirma que o confinamento obrigatório de pessoas suspeitas de estarem infetadas com o novo coronavírus agride a liberdade pessoal. Porém, por uma simples questão de clareza e operatividade dos sistemas jurídicos, normalmente, como é o caso do ordenamento jurídico português, a norma permissiva geral é decomposta numa série de princípios especiais com relação a essa norma. Esses princípios especiais constituem o catálogo de direitos fundamentais. Trata-se de uma construção arquitetónica que simplifica a aplicação das próprias normas jurídicas jusfundamentais. Os direitos fundamentais são, por isso, uma explicitação da norma permissiva geral.

Por conseguinte, a restrição da liberdade de deslocação viola a liberdade geral. Mas isso não significa que a liberdade pessoal tenha de ser suspensa para restringir a liberdade de deslocação. A liberdade de deslocação é tão-somente uma conduta compreendida na esfera da liberdade pessoal geral que compreende as mais variadas condutas, tais como, a liberdade de comer o que quisermos, a liberdade de vermos um filme, a liberdade de escrever um artigo sobre o direito à liberdade, ou a liberdade de ir à janela e cantar a “Grândola Vila Morena”, e por aí fora. Não parece necessário, nem proporcional (diga-se de passagem),

suspender um direito tão genérico, quando o que está verdadeiramente em causa é a necessidade (por uma questão de controlo da evolução do contágio da pandemia) de restringir os movimentos ou a circulação na via pública, dado que são as pessoas que transportam o vírus e, conseqüentemente, o transmitem. A ser assim, sempre que houvesse necessidade de suspender um direito fundamental, o direito geral de liberdade teria forçosamente de ser suspenso, pois todos os direitos fundamentais podem ser reconduzidos à norma permissiva geral, isto é, estão todos compreendidos na liberdade pessoal.

Subjacente à crítica do Prof. Jorge Reis Novais está a suposição (errónea) de uma equivalência entre direito fundamental e norma de direito fundamental. Não penso que se possa entender a natureza de um direito fundamental dessa forma. No seu famoso artigo (“*Tû-Tû*”, publicado primeiramente na obra *Festschrift Til Professor Dr. Juris Henry Ussing*, Borum & Illum ed., 1951), Alf Ross demonstrou que existem conceitos usados pelos juristas que são meramente instrumentais, ou seja, que não se reportam (semanticamente) a um objeto determinado, mas sim, que são usados como conceitos intermédios para designar uma determinada realidade jurídica, facilitando, por essa forma, a comunicação entre os membros de uma comunidade.³ É o que acontece com o conceito de direito subjetivo.

³ Estes conceitos ou termos da linguagem têm uma referência semântica apesar de não terem significado. Numa das passagens mais ilustrativas do seu pensamento, Ross afirma: «*According to Mr. Ydobon's account, within the community of the Nolt-cif tribe there are in use, among others, the following two pronouncements:*

(i) *If a person has eaten of the chief's food he is tû-tû.*

(2) *If a person is tû-tû he shall be subjected to a ceremony of purification.*

Now it is plain that quite apart from what "tû-tû" stands for, or even whether it stands for anything at all, these two pronouncements, when combined in accordance with the usual rules of logic, will amount to the same thing as the following pronouncement:

(3) *If a person has eaten of the chief's food he shall be subjected to a ceremony of purification.*

This statement obviously is a completely meaningful prescriptive pronouncement, without the slightest trace of mysticism. This result is not really surprising, for it is simply due to the fact that we are here using a technique of expression of the same kind as this: "When $x = y$ and $y = z$, then $x = z$ a proposition which holds good whatever "y" stands for, or even if it stands for nothing at all.

Although the word "tû-tû" in itself has no meaning whatever, yet the pronouncements in which this word occurs are not made in a haphazard fashion. Like other pronouncements of assertion they are stimulated in conformity with the prevailing linguistic customs by quite definite states of affairs. This explains why the "tû-tû" pronouncements have semantic reference although the word is meaningless. The pronouncement of the assertion "N. N. is tû-tû" – clearly occurs in definite semantic connection with a complex situation of which two parts can be distinguished:

(i) *The state of affairs in which N. N. has either eaten of the chief's food or has killed a totem animal or has encountered his mother-in-law, etc. This state of affairs will hereinafter be referred to as affairs 1.*

(2) *The state of affairs in which the valid norm which requires ceremonial purification is applicable to N. N., more precisely stated as the state of affairs in which if N. N. does not submit himself to the ceremony he*

Se eu celebrar um contrato de compra e venda com o Prof. Jorge Reis Novais, pagando-lhe 20 euros por um livro, ele tem um direito a que eu lhe entregue a referida quantia, o mesmo é dizer que eu não tenho um direito ao não pagamento. Mas, o direito do Prof. Jorge Reis Novais não decorre simplesmente da cláusula contratual que me obriga ao pagamento do preço. Se eu não pagar, ele pode desencadear um conjunto de mecanismos jurídicos para me forçar ao pagamento do preço, desde logo, fazendo uso da exceção de não cumprimento, recusando-se a entregar-me o referido livro enquanto eu não pagar o correspondente preço. O que Ross nos explicou neste preciosíssimo texto é que um direito subjetivo é um agregado de efeitos jurídicos que estão dispersos pelo sistema jurídico. Não resultam somente de uma norma jurídica, mas sim, de várias normas jurídicas. O direito subjetivo do Prof. Jorge Reis Novais a que eu lhe pague o preço acordado pelo livro resulta de todos os efeitos jurídicos que lhe permitem forçar-me a pagar esse preço.

O mesmo acontece com os direitos fundamentais, que são, no fundo, direitos subjetivos contra o Estado (eficácia vertical) e contra os particulares (eficácia horizontal).⁴ O direito fundamental à liberdade de deslocação está expressamente previsto no enunciado normativo do artigo 44º da nossa Constituição, mas não se esgota nessa norma. O que ele estabelece é que é permitida a circulação ou a deslocação dos cidadãos no território nacional. De forma isolada, esta norma não estabelece qualquer direito, pois apenas permite a realização de uma conduta. Apesar de muitas normas de direitos fundamentais surgirem com formulações do tipo “*todos têm o direito a...*” “*é garantido o direito a...*”, o direito, verdadeiramente, surge com a conjugação dos efeitos jurídicos de outras normas previstas na própria Constituição e em toda a estrutura normativa infraconstitucional. Só tenho, realmente, um direito a deslocar-me pelo território nacional, porque posso resistir (artigo 21º da CRP) a quem me impeça de o fazer, porque se o Parlamento aprovar uma norma que me proíba de o fazer, posso discuti-la num Tribunal comum e inclusive posso suscitar ao Tribunal Constitucional em sede de fiscalização concreta que não a aplique num processo que me seja movido, por exemplo, por ter desobedecido à proibição constante dessa norma, tal como posso pedir uma indemnização pelo prejuízo sofrido por quem me impeça de me deslocar ou até pedir uma providência cautelar contra alguém que perturbe a possibilidade de me deslocar, etc.

will in all probability be exposed to a given reaction on the part of the community. » (Alf Ross, “Tû-Tû”, *Harvard Law Review*, Vol. 70, Nº5, Março, 1957, págs. 813-814).

⁴ A minha aproximação explicativa do direito fundamental ao direito subjetivo serve apenas um propósito teórico, dado que os direitos fundamentais se refletem em certas condutas a adotar ou a evitar, tal como acontece no caso dos direitos subjetivos (próprios do direito privado). Do ponto de vista dogmático-constitucional, os direitos fundamentais são (na sua génese histórica) posições jurídicas (complexas) de defesa contra as intromissões abusivas do Estado, são na sua essência direitos contra o Estado, embora possam também projetar alguns dos seus efeitos numa dimensão interpessoal, ou seja, entre pessoas privadas (particulares).

A norma de direito fundamental é o centro do direito fundamental, mas o direito fundamental só existe quando esta norma é conjugada com todas as outras normas que, pelos seus efeitos jurídicos, colocam o sujeito destinatário da norma fundamental numa posição jurídica de vantagem. Daí que, um direito não corresponda a uma norma. Um direito é uma posição jurídica. Ou seja, dizer que alguém tem um direito equivale a dizer que alguém está “*Tû-Tû*”⁵

Por conseguinte, o que temos de fazer em matéria de suspensão de direitos, neste caso concreto, na suspensão em estado de emergência, é analisar a concreta posição jurídica afetada, e não as normas. A Constituição não fala numa concreta identificação das normas de direitos fundamentais que ficam suspensas. Na formulação do enunciado normativo do artigo 19º/nº5, a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência contém a especificação dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso.⁶ Por direitos, liberdades e garantias deve entender-se a posição jurídica específica que, naturalmente, não tem de abranger a totalidade do direito. Pode ser simplesmente suspenso o direito a circular na Ponte Vasco da Gama, circular de noite, deslocar-se ao Porto, etc.

Assim sendo, não é correto afirmar-se que o Presidente da República não “suspendeu” o direito à liberdade pessoal. Como a posição jurídica jusfundamental relativa à possibilidade de deslocação também está compreendida na norma permissiva geral que consiste na atribuição da liberdade pessoal, ao dizer-se que fica suspenso o direito à deslocação (como se trata de uma posição jurídica e não de uma norma jurídica), em rigor, também fica suspenso o direito à liberdade pessoal na parte relativa à possibilidade de deslocação. Quer dizer, quando é suspenso um direito fundamental, ficam, na verdade, suspensas todas as normas ou todos os efeitos jurídicos de todas as normas que agregam ou constituem esse mesmo direito, uma vez que o direito não corresponde a uma norma jurídica, mas sim, a uma posição jurídica, que mais não é do que o somatório de todos os efeitos jurídicos dispersos no sistema e que compõem essa mesma posição jurídica. Em rigor, o Decreto Presidencial que declarou o estado de emergência nem tinha de fazer referência a qualquer norma de direito fundamental, como o artigo 44º da Constituição. Bastar-lhe-ia referir que fica suspenso o direito ou a liberdade de deslocação. A ideia de que a suspensão de um direito implica uma formulação linguística do tipo “*fica suspenso o direito x previsto na norma y*” supõe uma equipolência entre direito e norma,⁷ quando, na verdade, um direito

⁵ A referência semântica do conceito de direito fundamental a x não é, por isso, o significado da norma de direito fundamental a x, são, antes, os todos os efeitos jurídicos que se agreguem ou que se conjuguem com o sentido normativo decorrente da norma de direito fundamental a x.

⁶ Fórmula idêntica é usada pelo artigo 14º/nº1, alínea d) da Lei do Estado de Emergência (Regime do Estado de Sítio e do Estado de Emergência), a Lei nº44/86, de 30 de Setembro.

⁷ Como se fossem dois segmentos de reta orientados, ambos nulos, ou com o mesmo sentido, a mesma direção e o mesmo comprimento, tal como acontece com a propriedade equipolente em linguagem geométrica. A extensão normativa de uma norma de direito fundamental não é equivalente à extensão normativa do direito

é mais do que uma norma, é uma posição jurídica. É esta suposição errónea que leva o Prof. Jorge Reis Novais a considerar necessária a suspensão do direito à liberdade pessoal previsto no artigo 27º/nº1 da Constituição para que possam ser tomadas medidas restritivas de confinamento e de internamento dos suspeitos de estarem infetados com o novo coronavírus.

Porém, a partir do momento em que o Presidente da República decreta “*que podem ser impostas pelas autoridades públicas competentes as restrições necessárias para reduzir o risco de contágio...incluindo o confinamento compulsivo no domicílio ou em estabelecimento de saúde*” (artigo 4º, alínea a) do Decreto), fica identificada a concreta posição jurídica que é afetada, e que é a possibilidade ou a liberdade de circulação ou de deslocação no território nacional. A indicação dos artigos referentes aos direitos previstos na Constituição é, em rigor, supérflua (e a existir, incompleta), dado que um direito fundamental a x é um conceito intermédio que abrange, na sua referência semântica, efeitos jurídicos difusos no ordenamento jurídico, constituindo, como referido, uma posição jurídica jusfundamental.

A não ser assim, então o Prof. Jorge Reis Novais deveria ter ido mais longe. Não bastaria ao Presidente da República suspender o artigo 27º/nº 1 da nossa Constituição. Deveria ter suspenso todas as normas que atribuem aos cidadãos portugueses a sua liberdade pessoal, e que vigoram no sistema jurídico português, tais como o artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (“Todo o indivíduo tem direito à vida, liberdade e à segurança pessoal”, o artigo 9º/nº1, primeira parte, do Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos (“Todo o indivíduo tem direito à liberdade e à segurança da sua pessoa”), o artigo 5º/nº1, primeira parte, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (“Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança”), bem como (já agora) o artigo 45º/nº1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“A livre circulação dos trabalhadores fica assegurada na União”), e o artigo 6º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (“Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança”).

A equivalência entre direito e norma conduz, invariavelmente, a que, por uma questão de coerência, todas as normas que atribuam o direito que se quer suspender tenham de ser indicadas no Decreto Presidencial. O reconhecimento dos direitos como posições jurídicas permite-nos compreender melhor o que são os direitos, como também, um manuseamento mais claro e simples da própria linguagem normativa.

Lisboa,
23 de Abril de 2020.

fundamental, pois este, como posição jurídica que é (e supondo, naturalmente, a existência da norma de direito fundamental), é um agregado de várias normas jurídicas.

