

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



ANO LXI

2020

NÚMERO 2

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco António Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO
LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Março, 2021

-
- M. Januário da Costa Gomes**
9-12 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

-
- Miguel Teixeira de Sousa**
15-52 A prova ilícita em processo civil: em busca das linhas orientadoras
The Exclusionary Rule in Civil Procedure: In Search of some Guidelines
-
- Pierluigi Chiassoni**
53-78 *Common Law Positivism Through Civil Law Eyes*

ESTUDOS DOUTRINAIS

-
- Alfredo Calderale**
81-119 *The Forest Law e The Charter of the Forest ai tempi di Enrico III Plantageneto*
The Charter of the Forest at the time of Henry III Plantagenet
-
- Aquilino Paulo Antunes**
121-153 Vacinas para a Covid-19: aspectos para reflexão
Vaccines against Covid-19: Issues to Consider
-
- Catarina Monteiro Pires | José Maria Cortes**
155-180 Breves notas sobre o contrato de concessão comercial angolano
Brief notes about the Angolan commercial concession contract
-
- Catarina Salgado**
181-203 Breves notas sobre a arbitragem em linha
Brief notes on online arbitration
-
- Diogo Costa Gonçalves | Diogo Tapada dos Santos**
205-230 Juros moratórios, indemnização e anatocismo potestativo
Moratory interest, compensation and compulsory capitalisation of interest
-
- Elsa Dias Oliveira**
231-255 A proteção de passageiros aéreos no âmbito de viagens organizadas
Air passengers protection in package travel arrangements
-
- Francisco José Abellán Contreras**
257-288 Los efectos de la enfiteusis en los reinos peninsulares durante la Baja Edad Media: reflexiones sobre los derechos y obligaciones de las partes contratantes
The effects of emphyteusis in the peninsular kingdoms during the Late Middle Ages: reflections on the rights and obligations of the contracting parties

- **Francisco Rodrigues Rocha**
289-316 Seguro desportivo. Cobertura de danos não patrimoniais?
Sports insurance. Non-financial losses cover?
- **Georges Martyn**
317-346 O juiz e as fontes formais do direito: de “servo” a “senhor”? A experiência belga (séculos XIX-XXI)
The judge and the formal sources of law: from “slave” to “master”? The belgian experience (19th-21th centuries)
- **Hugo Ramos Alves**
347-383 Breves notas sobre o penhor financeiro
Brief notes on the financial pledge
- **Ino Augsberg**
385-414 *Concepts of Legal Control and the Distribution of Knowledge in the Administrative Field*
- **João de Oliveira Geraldês**
415-446 Sobre a promessa pública
On Promises of Rewards
- **Miguel Patrício**
447-477 Análise Económica do Risco aplicada à Actividade Seguradora
Economic Analysis of Risk applied to the Insurance Activity
- **Miguel Angel Morales Payan**
479-506 La vigilancia del ‘estado honesto’ de la mujer por la justicia almeriense durante la crisis del Antiguo Régimen
Surveillance of ‘women’s honesty’ by Almeria justice during the crisis of the Ancien Regime
- **Nuno Ricardo Pica dos Santos**
507-550 O auxílio do colaborador de justiça em Portugal: uma visão jurídico-policial
The contribution of the collaborator of justice in Portugal: a legal-police approach
- **Pedro Infante Mota**
551-582 Migração económica, a última fronteira
Economic migration, the last frontier

- **Pedro Romano Martinez**
583-607 Diferentes vias de prossecução da justiça na aplicação do direito
Different ways to pursuit justice in the application of the Law
- **Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde**
609-627 Empreitada de bens imóveis e relações de consumo
The consumer law on real estate contracts
- **Rui Pinto**
629-646 Oportunidade processual de interposição de apelação à luz do artigo 644.º CPC
The timing for filing an appeal under the art. 644 of Portuguese Civil Procedure Code
- **Rute Saraiva**
647-681 A interpretação no momento ambiental
Interpretation in the environmental moment

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

- **Filipe Afonso Rocha**
685-707 Um balanço possível entre o poder dos conceitos e o preço do sistema – Comentário ao acórdão do TJUE, de 12 de outubro de 2017, Proc. C-218/16 (Kubicka)
A Possible Balance between the Power of Concepts and the Price of the System – Commentary on the ECJ Judgment of October 12, 2017, Case C-218/16 (Kubicka)
- **Rui Soares Pereira | João Gouveia de Caires**
709-728 Decisão de isolamento profilático como privação da liberdade passível de *habeas corpus*? – breve comentário ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11.11.2020
Prophylactic isolation decision as a deprivation of freedom admissible for habeas corpus? – brief comment on the judgment of the Lisbon Court of Appeals of 11.11.2020

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

- **Diogo Pereira Duarte**
731-737 Arguição da Tese de Doutoramento de Rui Alberto Figueiredo Soares sobre o tema “A exceção de não cumprimento e o direito de retenção no contrato de empreitada”
Intervention in the public examination of Rui Alberto Figueiredo Soares’ doctoral thesis on the subject: “exception of non-performance and right of lien in the Construction Contract”
- **Francisco Paes Marques**
739-742 Sérvulo Correia – Mestre da Escola de Lisboa de Direito Público
Sérvulo Correia – Master of the Lisbon Public Law School

- **Gonçalo Sampaio e Mello**
743-751 Em torno das Salas-Museu da Faculdade de Direito de Lisboa – “Sala Professor Marcello Caetano” e “Sala Professor Paulo Cunha”
On The Museum-Chambers of the Law School of the University of Lisbon – Professor Marcello Caetano and Professor Paulo Cunha Chambers

- **Rui Soares Pereira**
753-772 Arguição da Tese de Doutoramento apresentada por Felipe Teixeira Neto – *Responsabilidade objetiva e dano: uma hipótese de reconstrução sistemática*
Cross-examination of the PhD Thesis presented by Felipe Teixeira Neto – Strict liability and damage: a hypothesis of systematic reconstruction

LIVROS & ARTIGOS

- **Isabel Graes**
775-782 Recensão à obra *Inamovilidad, interinidad e inestabilidad*, de Pedro Ortego Gil
- **José Lamego**
783-784 Recensão à obra *Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers*, de Thomas Olechowski
- **Miguel Nogueira de Brito**
785-795 Recensão à obra *Ausnahmeverfassungsrecht*, de Anna-Bettina Kaiser

Decisão de isolamento profilático como privação da liberdade passível de *habeas corpus*? – breve comentário ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11.11.2020*

Prophylactic isolation decision as a deprivation of freedom admissible for habeas corpus? – brief comment on the judgment of the Lisbon Court of Appeals of 11.11.2020

Rui Soares Pereira** | João Gouveia de Caires***

Resumo: O presente texto constitui um breve comentário ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11.11.2020, o qual assume importância teórica e prática e manifesta atualidade. Nele se discute um dos primeiros casos ocorridos em Portugal de apresentação de um pedido de *habeas corpus* fundado em decisão de isolamento profilático considerada ilegal, suscitando-se a questão de saber se uma decisão dessa natureza pode ser entendida como uma decisão privativa de liberdade e, em caso afirmativo, se contra a mesma pode ser usada a providência de *habeas corpus*, baseada em detenção ilegal.

Palavras chave: Decisão de isolamento profilático; privação da liberdade; *habeas corpus*; detenção ilegal.

Abstract: The following text constitutes a brief comment on the judgment of the Lisbon Court of Appeals of 11.11.2020, which has theoretical and practical importance and is clearly up to date. It discusses one of the first cases occurred in Portugal of filing a request for *habeas corpus* based on a prophylactic isolation decision which has been considered illegal, raising the question of whether a decision of this nature can be understood as a decision involving deprivation of freedom and, if so, if an *habeas corpus* can be used against it, based on illegal detention.

Keywords: Prophylactic isolation decision; deprivation of freedom; *habeas corpus*; illegal detention.

* Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11.11.2020, Proc. 1783/20.7T8PDL.L1-3 (Margarida Ramos de Almeida), disponível em www.dgsi.pt.

** Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; ruisoarespereira@ulisboa.pt.

*** Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; joaogouveiadecaires@fd.ulisboa.pt.

Sumário: 1. Introdução; 2. O caso do acórdão do TRL de 11.11.2020; 3. A identificação da questão suscitada no acórdão em matéria de *habeas corpus*; 4. Apreciação do decidido em matéria de *habeas corpus*; 4.1. A questão de fundo e a questão prévia; 4.2. A questão prévia: a inconstitucionalidade das normas que impõem medidas restritivas; 4.3. A questão de fundo: será a providência de *habeas corpus* o meio adequado de reação perante uma decisão de isolamento (ou outras afins)?; 4.3.1. Lesão do direito à liberdade ou do direito de deslocação? Medidas privativas ou restritivas da liberdade?; 4.3.2. *Habeas corpus* como meio adequado de reação a uma decisão de isolamento (ou outras afins)?; 4.3.3. Seria admissível *in casu* o recurso ao *habeas corpus*?; 5. Considerações finais

1. Introdução

I. Em 11.11.2020, o Tribunal da Relação de Lisboa (doravante, TRL) proferiu acórdão que recusou o recurso interposto pela Autoridade Regional de Saúde dos Açores, representada pela Direção Regional da Saúde da Região Autónoma dos Açores (doravante, DRS).

Apesar de o TRL ter concluído que o recurso interposto se mostraria inadmissível, por falta de legitimidade e por falta de interesse em agir da DRS, bem como por ser manifestamente improcedente, ao abrigo do disposto nos artigos 401.º, n.º 1, alínea a), 417.º, n.º 6, alínea b), 420.º, n.º 1, alíneas a) e b) do Código de Processo Penal (doravante, CPP), o acórdão coloca questões processuais relevantes, nomeadamente as relativas à decisão de isolamento profilático tomada pela DRS e ao pedido de *habeas corpus* que foi apresentado pelos visados por essa decisão.

II. O acórdão assume importância teórica e prática, bem como manifesta atualidade, uma vez que nele se discute um dos primeiros casos ocorridos em Portugal de apresentação de um pedido de *habeas corpus* fundado em decisão de isolamento profilático considerada ilegal.

O caso em discussão no acórdão suscita a questão de saber se uma decisão de isolamento profilático pode ser entendida como uma decisão privativa de liberdade e, em caso afirmativo, se estaremos então perante uma decisão em que pode ser utilizada a providência de *habeas corpus* prevista no artigo 31.º da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP) e nos artigos 220.º a 224.º do CPP.

III. No que se segue far-se-á um breve comentário ao acórdão, tendo em mente o problema jurídico anteriormente enunciado.

Para o efeito, começar-se-á por fazer uma explicação dos contornos do caso do acórdão, após o que se procederá a uma identificação da questão mais relevante nele suscitada em matéria de *habeas corpus*. Em seguida, far-se-á uma apreciação sucinta do que foi decidido no acórdão, procurando também deixar pistas de reflexão. Por último, apresentaremos algumas considerações finais.

2. O caso do acórdão do TRL de 11.11.2020

I. O caso pode ser descrito da seguinte forma:

Quatro cidadãos alemães, chegaram à Região Autónoma dos Açores, nomeadamente à ilha de São Miguel, tendo nas 72 horas anteriores à chegada realizado na Alemanha um teste ao Covid-19, com resultado negativo e cujas cópias apresentaram e entregaram, à chegada ao aeroporto, em Ponta Delgada, à Autoridade Regional de Saúde. Passados alguns dias e já durante a estadia, os quatro cidadãos alemães realizaram um segundo teste ao Covid-19, no qual três deles obtiveram resultado negativo. A cidadã alemã cujo resultado não foi negativo, deixou de coabitar com os outros três cidadãos alemães, tendo sempre mantido uma distância nunca inferior a 2 metros dos mesmos. Não obstante, vieram os quatro cidadãos alemães a ser notificados, pelo Delegado de Saúde do concelho da Lagoa, da decisão deste de determinar o isolamento profilático de todos eles. Os referidos cidadãos mantiveram-se em isolamento profilático, apesar de nenhum deles apresentar qualquer sintoma. Tendo sido informados pelos funcionários do hotel onde se encontravam em isolamento de que não poderiam ausentar-se dos quartos, os quatro cidadãos alemães resolveram avançar com uma providência de *habeas corpus*.

II. Apreciado o pedido de *habeas corpus* apresentado pelos cidadãos alemães, o tribunal de primeira instância – o Juízo de Instrução Criminal de Ponta Delgada – decidiu julgá-lo procedente e, consequentemente, determinar a restituição imediata dos mesmos à liberdade.

Interposto recurso pela DRS, foi a decisão do tribunal de primeira instância confirmada – também nesta parte – pelo TRL, através do acórdão em comentário.

3. A identificação da questão suscitada no acórdão em matéria de *habeas corpus*

I. A questão que foi discutida pelas instâncias em matéria de *habeas corpus* foi essencialmente a de saber se os quatro cidadãos alemães se encontravam privados da sua liberdade e, se assim fosse, se poderiam socorrer-se do instituto

do *habeas corpus*, o que implicaria então apreciar se existia ou não fundamento legal para a privação da liberdade determinada pela decisão de isolamento profilático.

Segundo resulta do acórdão, o tribunal de primeira instância entendeu que essa privação da liberdade (pessoal e física) resultou da comunicação realizada por via email, em língua portuguesa, pela DRS, por meio do respetivo Delegado de Saúde, que determinou o isolamento profilático dos quatro cidadãos alemães, com consequente detenção destes durante vários dias num empreendimento hoteleiro e, posteriormente, confinamento dos mesmos num quarto de hotel de Ponta Delgada. Concretamente terão ficado os quatro cidadãos alemães impedidos, não só de se deslocarem, como de estarem em família, vivendo cerca de 16 dias separados e, no caso da cidadã alemã que não testou negativo, totalmente sozinha e sem qualquer contacto físico seja com quem for.

II. À questão acima enunciada respondeu afirmativamente o tribunal de primeira instância, convocando para o efeito o direito à liberdade e à segurança dos referidos cidadãos alemães, tal como previsto no artigo 27.º da CRP, e também que, havendo privação da liberdade contra o disposto na CRP e na lei, o Estado se poderia eventualmente constituir no dever de indemnizar.

Para o tribunal de primeira instância, no caso dos quatro cidadãos alemães teria ocorrido, por força da decisão de isolamento profilático, uma aberrante privação de liberdade de pessoas, sem qualquer fundamento legal e com a agravante de não ter sido sujeita a qualquer crivo judicial.

III. Interposto recurso pela DRS da decisão do tribunal de primeira instância, o Ministério Público (doravante, MP) junto do TRL apresentou a sua resposta, na qual concluiu pela improcedência do recurso.

De acordo com o MP, as Resoluções do Conselho de Ministros emitidas pelo Governo, no uso de competências administrativas, e nas quais se apoiava a decisão de isolamento profilático do Delegado de Saúde, criaram um regime que restringe a liberdade dos cidadãos portadores de doenças “infectocontagiosas” (infectiosas) e, para reforçar a aplicação de uma privação da liberdade não permitida pela CRP nem prevista em lei habilitante para as situações de portadores de doença contagiosa ou de perigo para a saúde pública, estabeleceram a cominação da prática de um crime de desobediência para tais violações e o agravamento da pena prevista para tal crime, violando, de forma direta, o artigo 27.º, n.º 1 da CRP, pelo que, por inconstitucionais, deveriam ser desaplicadas ao caso.

IV. Para o TRL, para além de a DRS não ter legitimidade nem interesse processual para interpor o recurso e de o próprio pedido formulado pela DRS ser inadmissível, o recurso apresentado sempre se mostraria manifestamente improcedente.

Em primeiro lugar, considerou o TRL que, face à CRP e à lei, deveria entender-se que não têm as autoridades de saúde poder ou legitimidade para privarem qualquer pessoa da sua liberdade – ainda que sob o rótulo de “confinamento”, que corresponde efetivamente a uma detenção –, uma vez que tal decisão só pode ser determinada ou validada por autoridade judicial.

Em segundo lugar, sustentou o TRL que deveria considerar-se que qualquer pessoa ou entidade que profira uma ordem, cujo conteúdo se reconduza à privação da liberdade física, ambulatoria, de outrem (qualquer que seja a nomenclatura que esta ordem assuma), que se não enquadre nas previsões legais, designadamente no disposto no artigo 27.º da CRP e sem que lhe tenha sido conferido tal poder decisório, por força de lei – proveniente da Assembleia da República, no âmbito estrito da declaração de estado de emergência ou de sítio, respeitado que se mostre o princípio da proporcionalidade – que a mandate e especifique os termos e condições de tal privação, estará a proceder a uma detenção ilegal, porque ordenada por entidade incompetente e porque motivada por facto pelo qual a lei a não permite.

Neste contexto, concluiu o TRL que o pedido de *habeas corpus* apresentado pelos quatro cidadãos alemães seria o meio de defesa adequado, subsumindo-se a detenção ilegalmente realizada através da decisão de isolamento profilático às alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 220.º do CPB, tendo ainda decidido que o tribunal *a quo* teria determinado corretamente a imediata libertação de quatro pessoas que se mostravam ilegalmente privadas de liberdade.

4. Apreciação do decidido em matéria de *habeas corpus*

4.1. A questão de fundo e a questão prévia

De acordo com o TRL, sendo ordenada a privação da liberdade física, ambulatoria, de outrem, qualquer que seja a nomenclatura que a ordem assuma (*v.g.*, confinamento, isolamento, quarentena ou resguardo profilático), mas que se não enquadre nas previsões legais (leia-se da CRP e de uma lei da Assembleia da República ou do Governo mediante autorização legislativa), estaremos perante uma detenção ilegal de cidadãos, sendo admissível reagir contra essa detenção através da figura do *habeas corpus*.

A questão de fundo apreciada pelo TRL e que serve de *leitmotiv* à presente nótula consiste em saber se o recurso à providência de *habeas corpus* (prevista no

artigo 220.º do CPP) constitui o meio adequado para reagir perante uma decisão de isolamento profilático (quarentena, vigilância ativa, isolamento, ou qualquer outra designação com efeitos equivalentes) determinado pelas autoridades de saúde invocando razões de saúde pública, nomeadamente as decorrentes da pandemia causada pelo SARS-CoV-2.

Não obstante, o TRL foi chamado a resolver um problema que se coloca a montante da questão de fundo que se identificou: a (i)legitimidade da imposição, por normas regionais (no caso, da Região Autónoma dos Açores), de restrições/limitações à liberdade sem respaldo constitucional e legal.

4.2. A questão prévia: a inconstitucionalidade das normas que impõem medidas restritivas

I. Quanto a esta questão prévia, o TRL entendeu, no essencial, que seria “ilegítima” a privação da liberdade mediante a determinação de isolamento profilático (confinamento, quarentena, ou qualquer outra nomenclatura) por parte de autoridades de saúde, com base em normativos regionais, sem intermediação constitucional, legal e judicial mediante um crivo de proporcionalidade.

Na verdade, faltando uma expressa previsão de uma exceção na CRP (designadamente no elenco do n.º 3 do artigo 27.º) relativamente a qualquer uma destas situações, as normas regionais habilitantes das medidas restritivas da liberdade seriam inadmissíveis.

Além disso, não haveria qualquer (concreta) permissão legal em local paralelo (por se fundar em dispositivos legais genéricos, mas que não autorizam tais medidas concretas face à situação pandémica).

Acresce que, tratando-se de medidas restritivas da liberdade, as mesmas exigiam o cumprimento da reserva de juiz ou judicialidade que assegurasse a ponderação da proporcionalidade (como plasmado nos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º da CRP), o que faltando, não seria igualmente admissível.

II. O Tribunal Constitucional (doravante, TC) já se havia pronunciado anteriormente quanto à recusa de aplicação operada por decisão do Juízo de Instrução Criminal de Ponta Delgada (ao apreciar o pedido de *habeas corpus*) das normas regionais que impõem o confinamento obrigatório por 14 dias, dos passageiros que aterrassem na Região Autónoma dos Açores.

Fê-lo através do acórdão n.º 424/2020, no qual decidiu “julgar inconstitucionais as normas contidas nos pontos 1 a 4 e 7 da Resolução do Conselho do Governo n.º 77/2020 e nos pontos 3, alínea e), e 11 da Resolução do Conselho do Governo

n.º 123/2020, nos termos das quais se impõe o confinamento obrigatório, por 14 dias, dos passageiros que aterrem na Região Autónoma dos Açores, por violação do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º, por referência ao artigo 27.º, da Constituição da República Portuguesa”¹.

Os fundamentos desta decisão, no qual se alicerçava a decisão de 1.ª instância do Juízo de Instrução Criminal de Ponta Delgada (e que foi recordada nas alegações do MP junto daquele TC), situam-se na órbita da inconstitucionalidade formal orgânica: as autoridades regionais não têm competência para emanar normas restritivas do direito à liberdade (previsto no artigo 27.º da CRP) ou, mesmo para quem defenda que se trate da restrição do direito de deslocação² (consagrado no artigo 44.º da CRP), porque sempre seria da reserva relativa da Assembleia da República (nos termos previstos na alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º da CRP).

III. Este entendimento tem sido sucessivamente reiterado pelo TC, ainda que incidindo o seu juízo sobre norma distinta.

Eventualmente de modo a aplacar o clamor pela intervenção judicial naquele tipo de medidas sanitárias, a Resolução do Conselho do Governo n.º 207/2020, de 31 de julho de 2020, emanada do Governo Regional da Região Autónoma dos Açores, instituiu no seu n.º 6 um procedimento de validação judicial da quarentena obrigatória ou isolamento profilático decretados pela autoridade regional de saúde relativamente a passageiros que desembarquem nos aeroportos nas ilhas de Santa Maria, São Miguel, Terceira, Pico e Faial, provenientes de aeroportos localizados em zonas consideradas pela Organização Mundial de Saúde como sendo zonas de transmissão comunitária ativa ou com cadeias de transmissão ativas do vírus SARS-CoV-2.

Tal norma regional foi igualmente julgada inconstitucional, em três acórdãos do TC³, por razões formais orgânicas, com fundamento na violação do disposto nas alíneas b) e p) do n.º 1 do artigo 165.º da CRP. Não bastou, por isso, o respeito pelo princípio da reserva de juízo ou judicialidade para que tais medidas passassem incólumes. A preterição da competência constitucional atribuída à Assembleia da

¹ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 424/2020, de 31 de julho (Teles Pereira), disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

² Questão deixada em aberto na decisão do TC no referido acórdão por considerar que, independentemente da posição assumida, a solução seria sempre a mesma.

³ Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 687/2020, de 26 de novembro (Pedro Machete), 729/2020, de 10 de dezembro (Joana Fernandes Costa) e 769/2020, de 21 de dezembro (Joana Fernandes Costa), todos disponíveis em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

República, salvo autorização ao Governo, enquanto questão prévia, não passou despercebida nem ficou obnubilada ou secundarizada em nome da criação de um procedimento de controlo judicial.

4.3. A questão de fundo: será a providência de *habeas corpus* o meio adequado de reação perante uma decisão de isolamento (ou outras afins)?

No caso que deu azo ao aresto do TRL em análise colocou-se o problema de saber se o *habeas corpus* seria o meio apropriado para reagir perante uma decisão de isolamento profilático (quarentena, vigilância ativa, isolamento, ou qualquer outra designação com efeitos equivalentes) determinado pelas autoridades de saúde invocando razões de saúde pública, nomeadamente as decorrentes da pandemia causada pelo SARS-CoV-2.

O Juízo de Instrução Criminal de Ponta Delgada deferiu tal pedido no que foi secundado pelo TRL.

Porém, justifica-se apresentar pistas de reflexão adicionais.

4.3.1. Lesão do direito à liberdade ou do direito de deslocação? Medidas privativas ou restritivas da liberdade?

I. Importa esclarecer se as decisões de isolamento profilático comportam uma *privação (total ou parcial) ou restrição* e, em caso afirmativo, a que direito fundamental: *à liberdade* ou de *deslocação*?

A resposta a estas questões permitirá depois discutir a questão da adequação do *habeas corpus* como instrumento de reação àquelas decisões das autoridades de saúde.

Na doutrina portuguesa⁴ mostra-se controversa, não só a questão de saber se as medidas sanitárias em causa (isolamento profilático, confinamento, quarentena, vigilância ativa ou outra terminologia com efeitos idênticos) lesam o direito à

⁴ Acerca da discussão, cfr. JORGE REIS NOVAIS, “Direitos Fundamentais e inconstitucionalidade em situação de crise – a propósito da epidemia Covid-19”, in *Revista e-Pública*, vol. 7, n.º 1, abril de 2020, pp. 79-117 (especialmente, 95 e ss. e 99), e “Estado de Emergência – Quatro notas jurídico-constitucionais sobre o Decreto Presidencial”, disponível em <https://observatorio.almedina.net/>; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Devia o direito à liberdade ser suspenso? – Resposta a Jorge Reis Novais”, disponível em <https://observatorio.almedina.net/>; MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, “Pensar no estado da exceção na sua exigência”, disponível em <https://observatorio.almedina.net/>; RÚBEN RAMIÃO, “O Direito à Liberdade e o Estado de Emergência numa Releitura de Alf Ross (2.ª Resposta a Jorge Reis Novais)” e “Lendo a Constituição em Estado de Emergência (3.ª Resposta a Jorge Reis Novais)”, ambos disponíveis em <http://www.icjp.pt/publicacoes/papers/4>.

liberdade (previsto no artigo 27.º da CRP) ou apenas o direito de deslocação (consagrado no artigo 44.º da CRP), como a questão de saber quais os efeitos que a declaração do estado de emergência pode produzir relativamente à suspensão do direito à liberdade ou à suas exceções tal como definidas no texto fundamental (n.ºs 2 e 3 do artigo 27.º da CRP, respetivamente).

II. Jorge Reis Novais defendeu a este propósito que “se alguém está doente ou infetado, eventualmente no seu domicílio, e recusa ir para estabelecimento hospitalar ou para outro estabelecimento determinado pelas autoridades de saúde, segundo o Presidente da República e os juristas que lhe manifestaram apoio o direito fundamental subjacente ao conflito é o direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional. Por isso, para permitir o internamento hospitalar compulsivo, foi esse direito fundamental que foi especificamente suspenso”⁵.

Contudo, daqui não parece resultar que o referido Autor tenha defendido que as medidas em causa afetem apenas o direito de deslocação: o que ali se discutiu foi o sentido e alcance da declaração do estado de emergência ou de calamidade pública e da sua incompletude. Como adiante o mesmo Autor referiu, “[i]nternar compulsivamente ou manter alguém confinado em espaço fechado contra a sua vontade é uma privação da liberdade, não é uma restrição ao direito de deslocação para qualquer parte do território nacional”⁶.

III. A liberdade entendida como liberdade física ou de locomoção não se limita ao artigo 27.º da CRP, resultando igualmente, e a título principal, dos artigos 28.º e 31.º da CRP⁷.

Como escreveu Lobo Moutinho, “[o] facto de a Constituição, e também a doutrina e a jurisprudência, falarem a propósito da liberdade física assim entendida, de liberdade «tout court» (ou, como faz a Constituição italiana, de liberdade pessoal), sem outra adjetivação, é uma mera figura de estilo, explicável pelo facto de a liberdade física, como as suas restrições, enquanto justamente físicas, se mostrarem mais claramente apreensíveis e aparecerem como a forma mais direta de compressão da liberdade humana, pelo facto de, por elas, se limitarem indiretamente

⁵ JORGE REIS NOVAIS, “Direitos Fundamentais e inconstitucionalidade em situação de crise – a propósito da epidemia Covid-19”, cit., p. 94.

⁶ JORGE REIS NOVAIS, “Direitos Fundamentais e inconstitucionalidade em situação de crise – a propósito da epidemia Covid-19”, cit., p. 95.

⁷ JOSÉ LOBO MOUTINHO, “Anotação ao artigo 27.º”, in *Constituição Portuguesa Anotada* (org. Jorge Miranda e Rui Medeiros), Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 301.

muitas outras expressões da liberdade – pelo que se pode dizer que a liberdade física as precede e condiciona (...) – e pela gravidade que daí lhes advém (bem expressa no facto de, entre nós, a sua privação estar incluída no conteúdo das mais graves de entre as penas: as de prisão)”⁸.

Também Gomes Canotilho e Vital Moreira secundam este entendimento, ao se referirem ao “direito de não ser detido, aprisionado, ou de qualquer modo fisicamente confinado a um determinado espaço, ou impedido de se movimentar”⁹.

IV. O entendimento doutrinário sobre a liberdade tem sido sufragado, de modo sucessivo, pelo TC¹⁰.

No que respeita concretamente às normas que impõem o isolamento profilático ou outras figuras afins, o TC, após escrutinar o conteúdo material do que tal importou no caso concreto (nomeadamente quanto às consequências efetivas que tal medida comportou na vida daqueles cidadãos), não deixou de sustentar que “as normas «sub judice» preveem medidas de privação da liberdade, de sinal contrário à previsão do artigo 27.º, n.º 2, da Constituição e ao direito à liberdade consagrado no n.º 1 do mesmo artigo, na sua vertente de liberdade pessoal”¹¹.

V. Pode por isso concluir-se que as “medidas sanitárias” que fixam o isolamento (ou medidas afins, independentemente da designação) constituem privações do direito à liberdade nos termos do artigo 27.º da CRP.

A controvérsia sobre se as tais medidas constituem *medidas privativas*¹² da liberdade ou tão só *limitações/restrições*¹³ da liberdade acaba por perder alguma

⁸ JOSÉ LOBO MOUTINHO, “Anotação ao artigo 27.º”, cit., p. 300.

⁹ J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 478.

¹⁰ *Colorandi causa*, cfr. Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 479/94, de 7 de julho (Monteiro Diniz), 663/98, de 25 de novembro (Sousa e Brito), 471/2001, de 24 de outubro (Tavares da Costa), 71/2010, de 10 de fevereiro (Ana Guerra Martins), 181/2010, de 12 de maio (Pamplona Oliveira), 54/2012, de 8 de fevereiro (Vitor Gomes), 204/2015, de 25 de março (Cura Mariano) e 463/2016, de 14 de julho (Cura Mariano), todos disponíveis em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

¹¹ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 424/2020, de 31 de julho (Teles Pereira), disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>. Um entendimento que foi depois mantido pelo TC nos arestos subsequentes a que já se fez referência (n.ºs 687/2020, 729/2020 e 769/2020).

¹² Serão aquelas que impõem a alguém, e contra a sua vontade o confinamento, através do poder público com poderes coativos, a um local delimitado, de modo que a liberdade corporal-espacial de movimento é-lhe subtraída – Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 479/94.

¹³ As que impõem a alguém um impedimento, contra a sua vontade, de aceder a um certo local que lhe seria jurídica e faticamente acessível ou de permanecer num certo espaço. A liberdade de

importância, quer em função da dificuldade em encontrar consenso sobre as exatas fronteiras entre estas figuras (e os critérios dogmáticos utilizados para tal)¹⁴, quer em virtude da conclusão a que o TC tem chegado quanto à natureza das normas que impõem o confinamento ou medidas afins: são medidas *privativas da liberdade*.

Havendo privação da liberdade, a situação em que o particular se encontra, ao menos para estes efeitos, é a de *detido*, tanto mais que o relevante não será o *nomen juris*, mas sim a configuração material ou substantiva subjacente.

4.3.2. *Habeas corpus* como meio adequado de reação a uma decisão de isolamento (ou outras afins)?

I. Não se justifica fazer aqui uma recensão sobre a figura do *habeas corpus* ou do seu regime (nem seria apropriado como nótula a um aresto)¹⁵.

movimentação não é subtraída, mas apenas limitada numa certa direção – Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 479/94.

¹⁴ Um campo muito escorregadio a que o TC não está imune, desde logo nas declarações de voto no acórdão daquele Tribunal n.º 479/94 a que o referido acórdão 424/2020 se socorre. Mais, no citado acórdão 424/2020, o Tribunal atualizou a discussão portuguesa (e alemã), procurando substrato nos critérios qualitativos já elencados naquele primeiro aresto suprarreferido: “o certo é que o Tribunal tem regressado a esta jurisprudência (cfr., designadamente, os Acórdãos n.ºs 185/96, 83/2001, 471/2001, 204/2015, 220/2015, 228/2015 e 463/2016) e o Tribunal Constitucional Federal Alemão também não abandonou, no essencial, os traços gerais da apontada distinção [cfr., recentemente, o acórdão de 24/07/2018 (2 BvR 309/15 e 2 BvR 502/16), §67, bem como as citações ali indicadas: “2. a) O âmbito de proteção do artigo 2.º, n.º 2-2, da Lei Fundamental abrange tanto as medidas restritivas da liberdade (freiheitsbeschränkende Maßnahme) como as medidas privativas da liberdade (freiheitsentziehende Maßnahme); o Tribunal Constitucional distingue estas categorias de medidas com base na intensidade da interferência [na liberdade]. Um ato constituirá uma restrição da liberdade se alguém for impedido por autoridade pública, contra a sua vontade, de se deslocar para um lugar ou de permanecer num lugar que, de outro modo seria – no plano de facto e no plano jurídico – de acesso livre para si. Um ato constituirá uma privação da liberdade, o modo mais severo de restrição da liberdade, se suprimir a liberdade de movimento – que exista, em termos gerais, nas concretas circunstâncias de facto e de direito – nas suas diversas vertentes. A privação da liberdade caracteriza-se pela particular intensidade da interferência, e ainda pela sua duração, que não deve ser meramente de curto prazo” – v., ainda, o acórdão de 15/05/2002 (2 BvR 2292/00), §§ 24 e 25, ambos disponíveis em www.bundesverfassungsgericht.de/”].

¹⁵ Sobre o *habeas corpus*, com desenvolvimento, cfr.: JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, “Habeas corpus (e direito de petição «judicial»): uma «Burla Legal» ou uma «Invenção Jurídica»?”, in *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva* (coord. José Lobo Moutinho et al.), vol. 2, Lisboa: UCE, 2020, pp. 1361-1378; EDUARDO MAIA COSTA, “Habeas corpus: passado, presente, futuro”, in *Julgar*, n.º 29 (maio-agosto 2016), pp. 217-246; PEDRO CORREIA GONÇALVES, “Problemas actuais do Habeas Corpus”, in *RPCC*, ano 19, n.º 2 (abril-junho 2009), pp. 267-310; CLÁUDIA CRUZ SANTOS, “Prisão preventiva – *habeas corpus* – recurso ordinário”, in *RPCC*, Ano 10, n.º 2, 2000,

Contudo, não pode deixar de se fazer o enquadramento jurídico desta providência extraordinária¹⁶, que vem sendo entendida como manifestação ou emanção fundamental do direito à liberdade ou vertente de um direito de garantia¹⁷.

II. O *habeas corpus* surge no direito português pela pena de Cavaleiro de Ferreira como forma de “dar efetivação à doutrina constitucional” (postulado na Constituição de 1933, como aliás já era da Constituição de 1911, mas sem que tivessem sido cumpridas até então as promessas de regulamentação)¹⁸ como se refere no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 35 043, de 20 de outubro de 1945.

Inserir-se no âmbito da ampla reforma judiciária do então Ministro da Justiça, nomeadamente na reforma do CPP de 1929, escassos dias após a importante reforma operada pelo Decreto-Lei n.º 35 007, de 13 de outubro de 1945.

O CPP de 1929 era, sobretudo na versão originária, um código “eivado de uma conceção vincadamente antiliberal, [que] consagrava o sistema inquisitório através da direção judicial da instrução, além de que trazia essa inquisitorialidade para dentro do próprio julgamento”¹⁹. Porém, só com a Reforma do Código de Processo Penal de 1945, precisamente no “início do ministério de Cavaleiro de Ferreira, através do Decreto-Lei n.º 35 007, de 13 de outubro de 1945, [s]e impôs precisamente

pp. 303-312; MIGUEL PEDROSA MACHADO, “Bibliografia portuguesa sobre o *habeas corpus*”, in *Direito e Justiça*, vol. VII, 1993, pp. 517-526.

¹⁶ O que, segundo alguma doutrina (GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, vol. II, 5.ª ed., Lisboa: Verbo, 2011, p. 420), permite distinguir o *habeas corpus* do recurso, fundamentando-se a distinção na “natureza de ação autónoma com fim cautelar, destinada a pôr termo em muito curto espaço de tempo a situação de privação ilegal de liberdade”.

¹⁷ JOSÉ DE FARIA COSTA, “*Habeas corpus* (ou a análise de um longo e ininterrupto “diálogo” entre o poder e a liberdade)”, in *Linhas de Direito Penal e de Filosofia – alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 43-58 (44). Em sentido idêntico, referindo a natureza de “direito subjetivo (direito-garantia) reconhecido para tutela de um outro direito fundamental, dos mais importantes, o direito à liberdade pessoal”, cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal* cit., p. 419.

¹⁸ Foi recebido em termos bastante amplos na Constituição de 1911 e assumia a natureza de garantia na Constituição de 1933, mas as condições para a sua utilização não foram criadas atenta a falta de regulamentação, que só se verificou com o Decreto-Lei n.º 35 043, de 20 de outubro de 1945 – GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal* cit., p. 421. A receção ampla do *habeas corpus* na Constituição de 1911, com inclusão entre as garantias fundamentais (o que também sucedeu com a Constituição de 1933) terá ficado a dever-se ao exemplo brasileiro – MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal*, volume 1.º, Lisboa: Editora Danubio, 1986, p. 265.

¹⁹ PAULO DE SOUSA MENDES, “Vida e obra de Manuel Cavaleiro de Ferreira”, in *RFDUL/LLR*, LX (2019.1), pp. 45-54 (49). Assim também JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Sistema e estrutura do processo penal português*, vol. I, 1997, p. 19, que afirma que o CPP de 1929 marcou um retorno ao sistema de inspiração inquisitória.

o princípio acusatório, que ainda hoje perdura como princípio informador do direito processual penal”²⁰.

Não é de estranhar que tenha sido da lavra de Cavaleiro de Ferreira a introdução, de modo inovatório, do garantístico instituto do *habeas corpus*, ainda que porventura enquadrado numa conceção autoritária típica do Estado Novo (nomeadamente em que se dava “primazia” à “Ordem” face à liberdade)²¹. Porém, Cavaleiro de Ferreira não abraçava essa conceção autoritária (antes pelo contrário)²², razão pela qual também não se justifica atribuir neste domínio à reforma legislativa levada a cabo durante o seu ministério a “marca indelevelmente fascista”²³.

III. No preâmbulo do referido diploma de 1945, que criou o *habeas corpus*, consta o entendimento sobre esta providência que até hoje se mantém estabilizado: está em causa “um «remédio» excecional para proteger a liberdade individual nos casos em que não haja qualquer outro meio legal para fazer cessar a ofensa ilegítima dessa liberdade”.

Mesmo após a transposição do regime de 1945 para o CPP de 1929, por intermédio do Decreto-Lei n.º 185/72, de 31 de maio²⁴, em vigor aquando da aprovação da CRP de 1976, a visão garantística do *habeas corpus* ter-se-á mantido, tanto mais que não ocorreu qualquer alteração de regime²⁵, tendo-se procedido apenas a uma “codificação” de normas vigentes, e não a qualquer mudança de conteúdo que exigisse sequer para o efeito a intervenção da Assembleia Nacional²⁶. Ainda hoje os termos

²⁰ PAULO DE SOUSA MENDES, “Vida e obra de Manuel Cavaleiro de Ferreira”, cit., p. 49. Na mesma linha, cfr., do mesmo autor, *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 35.

²¹ JOSÉ DE FARIA COSTA, “*Habeas corpus* (ou a análise de um longo e ininterrupto “diálogo” entre o poder e a liberdade)”, cit., p. 46, refere que o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 35 043 encerra “uma das mais logradas tentativas de fundamentar teoricamente o *habeas corpus* com o chamado «Estado Novo»” e “encerra uma doutrina, define uma ideia de Estado e recorta o jogo entre poder e liberdade”.

²² Para o confirmar bastará ler o artigo de Cavaleiro de Ferreira, publicado em 1958, “A liberdade e a ordem jurídica”, in *Obra Dispersa – I 1933/1959*, Lisboa: UCE, 1996, pp. 351-368.

²³ Tratar-se-á, aliás, de uma afirmação incorreta, como explica PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal* cit., p. 36.

²⁴ Este diploma terá procurado integrar no sistema do CPP de 1929 a orientação clarificadora iniciada pelo Decreto-Lei n.º 35 007 e introduzir as alterações impostas pela revisão da Constituição de 1933 operada em 1971 – MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal* cit., 1986, p. 36. No entender de JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 82, o referido diploma “contém a última e a mais extensa e importante das reformas sofridas, desde 1929”.

²⁵ Nesta linha, escreve JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Sistema e estrutura do processo penal português* cit., p. 30, que a matéria do *habeas corpus* foi integrada no CPP de 1929 sem alteração de princípios.

²⁶ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 185/72, de 31 de maio: “D) (...). Em virtude de as garantias da legalidade da prisão deverem inserir-se no sistema do Código de Processo Penal, incluiu-se nele,

da regulamentação legal do *habeas corpus* no CPP coincidem no essencial com os que constavam do Decreto-Lei n.º 35 043, de 20 de outubro de 1945²⁷.

IV. O *habeas corpus* representa, pois, no direito português desde a sua origem uma garantia efetiva do direito à liberdade, bem como à tutela jurisdicional efetiva.

No preâmbulo do Decreto-Lei n.º 35 043 resultava já isso mesmo: “Com a cessação da ilegalidade da ofensa fica realizado o fim próprio do *habeas corpus*”. E, como sustentado por Gomes Canotilho, o n.º 3 do artigo 20.º da CRP ao atribuir o direito à tutela jurisdicional mediante um processo equitativo, constitui um verdadeiro “«direito de defesa» do particular perante os poderes públicos”²⁸. O que implica ainda uma “dupla dimensão: (1) um «direito de defesa» ante os tribunais e contra os atos dos poderes públicos; (2) um «direito de proteção do particular através de tribunais» do Estado no sentido de este o proteger perante a violação dos seus direitos por terceiros («dever» de proteção do Estado e «direito» do particular a exigir essa proteção)”²⁹. Consequentemente, da “imbricação entre o direito de acesso aos tribunais e os direitos fundamentais resultam dimensões inelimináveis do *núcleo essencial da garantia institucional judiciária*. A garantia institucional judiciária conexiona-se com o «dever de uma garantia jurisdicional de justiça» a cargo do Estado”³⁰.

Daquí resulta a obrigação de criação de um verdadeiro *remédio*. Tal como Cavaleiro de Ferreira preconizava em 1945.

V. Um tal remédio veio a ser consagrado no artigo 31.º da CRP, uma vez que se quis manter o *habeas corpus*³¹, passando a figura a ser vista como uma garantia contra o abuso decorrente de uma detenção ou prisão ilegais e contendo um procedimento e uma tramitação claros.

substancialmente inalterada, a regulamentação do *habeas corpus*, a que procedera o Decreto-Lei n.º 35043, de 20 de Outubro de 1945, para dar cumprimento à parte final do § 4.º do artigo 8.º da Constituição. Quer dizer: realiza-se, neste ponto, uma pura e simples «codificação» de normas vigentes, e não qualquer mudança de conteúdo que exija a intervenção da Assembleia Nacional, conforme dispõe a Constituição na alínea f) do seu artigo 93.º”.

²⁷ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal* cit., p. 421.

²⁸ J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 489.

²⁹ J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* cit., p. 489.

³⁰ J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* cit., p. 490.

³¹ Ainda que com alterações na redação que terão colhido inspiração na Constituição da República italiana, dando azo a alguns equívocos com a validação judicial da captura – MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal* cit., 1986, p. 266.

Tal como refere Lobo Moutinho, no referido artigo se “estabelece um meio de tutela da liberdade física que abarca qualquer forma de privação da liberdade ilegal, designadamente aquelas que o artigo 27.º prescreve. O facto de o *habeas corpus* ser garantido a outras formas de ilegalidade da privação em nada diminui a necessidade de ele estar presente na compreensão do exato sentido e alcance da tutela genérica da liberdade nos termos do artigo 27.º”³².

Tratou-se de uma consagração plena do *habeas corpus*: não apenas porque se entendeu que não valeria só para a ordem civil³³, mas também porque se admitiu que poderia ser requerida pelo próprio ou por qualquer cidadão (no gozo dos seus direitos políticos)³⁴.

A norma constitucional, cuja redação terá colhido inspiração no direito anterior (em particular, numa passagem do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 35 043, de 20 de outubro de 1945, que se refere à providência de *habeas corpus* como intervenção do poder judicial para fazer cessar as ofensas do direito de liberdade pelos abusos de autoridade), não sofreu – no que nesta sede releva – mutações nas revisões constitucionais³⁵. Aí se perspetiva o *habeas corpus* como exercício contra o *abuso de poder, prisão ou detenção ilegal*. A providência de *habeas corpus* mantém-se próxima da figura originária do *common law* onde surgiu como exercício de defesa contra os atos abusivos do *ius imperii* soberano³⁶, uma “espécie de versão continental do *habeas corpus* como

³² JOSÉ LOBO MOUTINHO, “Anotação ao artigo 27.º”, cit., p. 301.

³³ GIL MOREIRA DOS SANTOS, *O Direito Processual Penal*, Porto: Edições Asa, 2002, p. 309, assinala estar em causa “uma medida genérica da tutela da liberdade pessoal contra as violações oriundas do abuso do poder, mesmo nas situações que estiveram ou possam estar sob a jurisdição militar”. A situação contrasta com a que resultava do período revolucionário e pré-constitucional posterior ao 25 de abril de 1974, uma vez que durante esse período foi aprovada legislação que reforçava a exclusão da aplicação do *habeas corpus* aos indivíduos sujeitos ao foro militar e que se encontravam detidos à ordem das autoridades militares, solução criticada por MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal* cit., 1986, pp. 266-267.

³⁴ Neste sentido, mas criticando a restrição contida na parte final do n.º 2 do artigo 31.º da CRP ao exigir-se que o cidadão esteja no pleno gozo dos seus direitos políticos, cfr. JOSÉ DE FARIA COSTA, “*Habeas corpus* (ou a análise de um longo e ininterrupto “diálogo” entre o poder e a liberdade)”, cit., pp. 55-57.

³⁵ Apenas na revisão constitucional de 1997 se alterou a parte final do n.º 1 do artigo 31.º da CRP (eliminando-se a referência aos tribunais militares). No mais, permanece tal como vigente desde 1976.

³⁶ Os antecedentes podem ser encontrados no direito anglo-saxónico e, em particular, no *habeas Corpus Amendment Act* de 1679 como reação perante os abusos do absolutismo monárquico – GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal* cit., p. 420. Outros autores (GIL MOREIRA DOS SANTOS, *O Direito Processual Penal* cit., p. 306) preferem apontar que a consagração no artigo 31.º da CRP da providência de *habeas corpus* adota uma formulação que remonta à Magna Carta,

garantia constitucional”³⁷. Aliás, no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 35 043, de 20 de outubro de 1945 reafirma-se tal reminiscência do direito inglês³⁸.

VI. O CPP não estatui coisa distinta: aí se regula³⁹ a providência de *habeas corpus* de modo, considerado em geral⁴⁰, adequado e satisfatório, procedendo-se ainda à separação (entendida como positiva e clarificadora, ainda que a CRP preveja um regime unitário de tramitação) entre as situações de detenção ilegal e as situações de prisão ilegal⁴¹.

Na doutrina processual penal distingue-se, a respeito do *habeas corpus* em caso de prisão ilegal, o pressuposto (que seria a prisão efetiva e atual) dos fundamentos (que seria a ilegalidade da prisão ou o internamento ilegal) do *habeas corpus*⁴². No

completada em 1679. No essencial confirma-se a origem inglesa do *habeas corpus* afirmada por MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal* cit., 1986, p. 265.

³⁷ VEZIO CRISAFULLI / LIVIO PALADIN, *Commentario breve alla costituzione*, Padova: Cedam, 1990, p. 673.

³⁸ Considera JOSÉ DE FARIA COSTA, “*Habeas corpus* (ou a análise de um longo e ininterrupto “diálogo” entre o poder e a liberdade)”, cit., p. 46, que “a escolha dos finais de 45, para instituir regularmente, em Portugal, a providência extraordinária do *habeas corpus*, de matriz nitidamente anglo-saxónica, não possa deixar de ser, a muitos títulos, significativa. E significativa, desde logo, dentro de um horizonte estrito e marcadamente político”. Outros autores, como é o caso de MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal* cit., 1986, pp. 265-266, e de GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal* cit., p. 422, preferem acentuar em consonância com o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 35 043 que, atento o carácter extraordinário da providência, esta só pode funcionar em situações de estabilidade política e de justo equilíbrio dos poderes do Estado, o que não acontecia antes de 1945 nem no período revolucionário que se seguiu a 1974.

³⁹ De forma criticável, segundo alguma doutrina, atenta a incorreta inserção sistemática num capítulo sobre meios de impugnação e associação (o que já sucedia no CPP de 1929 após as alterações introduzidas pelo diploma de 1972) às medidas de coação – JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, “*Habeas corpus* (e direito de petição «judicial»): uma «Burla Legal» ou uma «Invenção Jurídica?»”, cit., pp. 1370-1371.

⁴⁰ Contra, porém, fazendo um balanço não positivo do regime atual de *habeas corpus*, por considerar que não se adequa ao sistema nacional do direito processual penal, cfr. JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, “*Habeas corpus* (e direito de petição «judicial»): uma «Burla Legal» ou uma «Invenção Jurídica?»”, cit., em especial pp. 1374 e ss.

⁴¹ JOSÉ DE FARIA COSTA, “*Habeas corpus* (ou a análise de um longo e ininterrupto “diálogo” entre o poder e a liberdade)”, cit., p. 58. Sobre o *habeas corpus* como meio de impugnação das medidas de coação, cfr. PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 169-170, MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2018, pp. 155-156, FERNANDO GONÇALVES, *A Prisão Preventiva e as Restantes Medidas de Coação – A Providência do Habeas Corpus em Virtude de Prisão Ilegal*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2004, e GIL MOREIRA DOS SANTOS, *O Direito Processual Penal* cit., pp. 309 e ss.

⁴² GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal* cit., p. 422. Já assim, embora sem referir o internamento ilegal, cfr. MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal* cit., 1986, p. 268.

caso da detenção ilegal (e é numa situação deste tipo que o acórdão do TRL enquadra o caso), os fundamentos constantes do n.º 1 do artigo 220.º do CPP são praticamente coincidentes com os que já constavam do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 35 043, de 20 de outubro de 1945. Assombrosamente semelhantes. Digamos que o passar do tempo de pouco contou.

4.3.3. Seria admissível *in casu* o recurso ao *habeas corpus*?

I. Face ao aresto em comentário, cumpre destacar o fundamento consagrado na alínea d) do referido n.º 1: “[s]er a detenção motivada por facto pelo qual a lei a não permite”.

A norma tem um alcance que não se cinge a um facto criminal, atenta a garantia ampla do direito à liberdade, e assim tem sido interpretada: “abrange toda a privação da liberdade pessoal que não resulte do cumprimento de pena de prisão ou da aplicação judicial de medida de segurança ou execução de medida de segurança ou execução de prisão preventiva, por qualquer autoridade ou serviço público, seja qual for o seu fim”⁴³.

No caso subjacente ao aresto ora comentado, verifica-se que as normas que consagram as medidas de isolamento (ou afins de efeitos idênticos) e ao abrigo das quais as autoridades de saúde *impuseram coativamente* o isolamento aos particulares estão inquinadas de inconstitucionalidade formal orgânica⁴⁴ e de ilegalidade, ou seja, inexistente norma legal que habilite tal medida, o que vale por dizer que *a lei não permite tais medidas*. Além disso, tais medidas constituem uma *privação da liberdade*, i.e., constituem uma *detenção*, ademais *ilegal*.

Estavam, por isso, reunidos os requisitos necessários para os cidadãos alemães recorrerem ao *habeas corpus*: havia uma *detenção ilegal* (porque motivada por facto pelo qual a lei a não permite).

⁴³ MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO, *Código de Processo Penal, Comentário e Notas Práticas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, anotação ao artigo 220.º, p. 575. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.ª ed., Lisboa: UCE, 2008, anotação ao artigo 220.º, p. 609, apenas fornece como exemplos, mas subentendendo-se que poderão ser outros, “a detenção em flagrante delito por crime particular ou internamento em estabelecimento psiquiátrico de pessoa por facto não previsto na lei”.

⁴⁴ Sem prejuízo pelo vício material que o TC nem chegou a ponderar (por inutilidade no caso), mas que noutros casos importará de sobremaneira: a (eventual) inconstitucionalidade material por falta de previsão de uma exceção no catálogo do n.º 3 do artigo 27.º da CRP, o qual só poderá ser suprido, de modo inequívoco, por via de prévia revisão constitucional.

II. Para além da alínea d) do n.º 1 do artigo 220.º do CPB, estaria igualmente verificada a alínea c) do mesmo preceito legal.

De facto, a detenção foi efetuada/ordenada por entidade incompetente. Não tendo as autoridades de saúde regionais a *competência legal para ordenar/aplicar uma medida privativa da liberdade*, terá de entender-se que a decisão de isolamento profilático foi tomada por *entidade incompetente*.

III. Também a *ratio* do instituto do *habeas corpus* como *remédio* efetivo perante o abuso se concretiza na situação do aresto do TRL.

À data, e perante as normas vigentes (que não consagravam qualquer procedimento judicial), o *habeas corpus* era o único meio de reação do cidadão perante um ato abusivo do Estado, no caso: das autoridades de saúde. Havendo um meio específico, como depois veio a suceder (nomeadamente através do n.º 6 da Resolução do Conselho do Governo n.º 207/2020, de 31 de julho de 2020, emanada do Governo Regional da Região Autónoma dos Açores), que garanta igual controlo judicial, já não se justificaria o recurso ao *habeas corpus* por ausência do seu fundamento teleológico.

IV. Poder-se-ia objetar que o *habeas corpus* está essencialmente pensado para o processo criminal e que, portanto, a figura só poderia operar perante processos-crime.

Porém, esse argumento não pode proceder, nem formalmente, nem materialmente.

Formalmente improcede porque há um universo de realidades pré ou extra processuais penais que ultrapassam a própria existência de um crime. Basta pensar no lugar paralelo da detenção para identificação prevista no n.º 6 do artigo 250.º do CPP⁴⁵. Em tal caso, nem sequer é preciso que exista crime ou processo-crime em curso ou a abrir.

Materialmente também não procede por vários motivos. Desde logo, não procede porque o *habeas corpus* é aplicado em áreas não sancionatórias (como a da Lei da Saúde Mental, que regula a providência de forma até menos restritiva)⁴⁶ e também em processos que não são sancionatórios/punitivos (como é o caso dos de promoção e proteção de menores)⁴⁷. Além disso, não procede porque a configuração

⁴⁵ Sobre a problemática das medidas cautelares e de polícia e respetivas garantias, cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 479/94, de 7 de julho (Monteiro Diniz), tal como decorria já do entendimento perflhado no célebre aresto do mesmo TC em sede de fiscalização preventiva do diploma que aprovou o CPP de 1987 – o Acórdão n.º 7/87, de 9 de janeiro de 1987 (Mário de Brito), ambos disponíveis em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

⁴⁶ PEDRO CORREIA GONÇALVES, “Problemas actuais do Habeas Corpus”, cit.

⁴⁷ ANA RITA GIL, “A garantia de Habeas Corpus no contexto de aplicação de medida de promoção e proteção de acolhimento residencial – Comentário ao Acórdão do STJ de 18/01/2017”, in *Julgado online* outubro de 2017.

do *habeas corpus* é considerada – dentro e fora do processo penal – naquele amplo sentido de garantia do direito à liberdade independente da causa, desde que a mesma constitua uma (ilegal/abusiva) privação da liberdade⁴⁸. Se H. Henkel tem razão, aqui mais a ter: processo penal é direito constitucional aplicado e o *habeas corpus* por detenção ilegal é uma verdadeira garantia constitucional para além da fronteira criminal, i.e., constitui uma garantia de direitos fundamentais em termos amplos e de modo algum restritos ao processo criminal.

5. Considerações finais

I. Ocorrendo uma efetiva privação da liberdade determinada por uma decisão da autoridade de saúde de isolamento (confinamento, vigilância ativa, quarentena ou outra designação com efeitos idênticos), a providência de *habeas corpus* prevista no artigo 31.º da CRP e no artigo 220.º do CPP constitui o *remédio adequado* de modo a suscitar o controlo judicial da eventual detenção ilegal, *em especial quando não esteja previsto outro meio judicial mais específico*, nomeadamente nas medidas que impõem a privação da liberdade.

Mister é, pois, determinar se haverá *ilegalidade* na detenção.

II. No caso das normas emanadas pelos órgãos autónomos açorianos tal ilegalidade era manifesta, como (bem) apreciou e decidiu o tribunal de 1.ª instância, secundado pelo TRL no acórdão em comentário, encontrando ambas as decisões suporte nos arestos constitucionais (por inconstitucionalidade orgânica).

Noutros casos, tudo dependerá, além da inexistência de *outro remédio específico*, das concretas normas legais, conformes à CRP, que consagrem as medidas restritivas (*rectius*, privativas) da liberdade, cumprindo assim o “caderno de encargos” constitucional: respeito pelos princípios formais orgânicos (de reserva relativa da Assembleia da República) e materiais/processuais (como a legalidade⁴⁹ e propor-

⁴⁸ Assim já o referia MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal*, Edição dos Serviços Sociais da Universidade de Lisboa, 1971, pp. 502-503: “O âmbito de aplicação do «habeas corpus» não se molda, porém, nos limites do processo penal. Ao contrário do que sucede com a garantia de validação da captura (...), que respeita à prisão sem culpa formada, e incide assim sobre um ato processual ou de polícia judiciária preparatória do processo, o «habeas corpus» tem maior amplitude e pretende tutelar, duma maneira genérica, a liberdade pessoal contra as violações oriundas do abuso de poder. O mal a remediar é, portanto, a privação ilegítima de liberdade; a causa, contra a qual se reage, o abuso de poder, consoante o texto constitucional”.

⁴⁹ Sendo certo que permanece em aberto a discussão sobre a (eventual) necessidade de revisão constitucional que acautele a inconstitucionalidade material por falta de previsão de uma exceção adequada no catálogo do n.º 3 do artigo 27.º da CRP.

cionalidade, incluindo a justificação material da excecionalidade com delimitação, do “tempo” e “condições” das restrições com densidade normativa suficiente, judicialidade, e proibição da retroatividade lesiva de direitos fundamentais).

III. Um ponto parece certo: as normas constitucionais e legais em matéria de *habeas corpus* não devem ser entendidas como meramente programáticas e deve admitir-se que reclamam das instituições a atenção devida.

Como já se escreveu, os preceitos constitucionais, a minudência, a aberta intencionalidade e o rigor legislativos colocados no que respeita aos instrumentos jurídicos procedimentais de proteção dos direitos fundamentais, como é o caso do *habeas corpus*, devem ser “acompanhados pela ideia de que as instituições só operam adequadamente desde que encontrem ressonância na própria consciência coletiva”, ou seja, aqueles instrumentos devem ser vistos como “memória, aleatória e prospetiva, da própria comunidade”⁵⁰.

No caso do *habeas corpus* estamos perante uma providência extraordinária, a que se justificará recorrer “quando falham as demais garantias defensivas do direito de liberdade, esparsas pela legislação, e escalonadas na tramitação do processo penal”⁵¹. Em particular, às instituições judiciais pode e deve então exigir-se uma especial atenção em relação à figura do *habeas corpus*, cuja aplicabilidade não deve ser limitada e depende de um esforço de adequada interpretação do respetivo regime. Recordando as palavras constantes do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 35 043, de 20 de outubro de 1945: “[d]o que fica dito se depreende qual o grau de perfeição e de fortaleza que as instituições judiciais devem possuir para exercerem uma função de tanto melindre e responsabilidade”.

⁵⁰ JOSÉ DE FARIA COSTA, “*Habeas corpus* (ou a análise de um longo e ininterrupto “diálogo” entre o poder e a liberdade)”, cit., p. 58.

⁵¹ MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal* cit., 1971, p. 502.