

ENCONTRO DE INVESTIGADORES EDUM 2020

ENCONTRO DE INVESTIGADORES

Escola de Direito da Universidade do Minho

2021

FICHA TÉCNICA

TÍTULO DA PUBLICAÇÃO

Encontro de Investigadores da Escola de Direito da Universidade do Minho 2020

COMISSÃO CIENTÍFICA

Centro de Investigação em Justiça e Governação

COMISSÃO ORGANIZADORA

Anabela Gonçalves

Larissa Coelho

Maria João Lourenço

José Vegar Velho

Tiago Branco

DATA DE PUBLICAÇÃO

Julho de 2021

EDIÇÃO

Escola de Direito da Universidade do Minho

REVISÃO DE TEXTO

Ana Rita Silva

PAGINAÇÃO E DESIGN DE CAPA

Pedro Rito

ISBN

978-989-54587-8-3

Financiado por fundos nacionais através da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do Financiamento UID/05749/2020

SUMÁRIO

PREFÁCIO

VII

A relatividade da necessidade de reconhecimento da proteção de dados pessoais como um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro

Afonso Carvalho de Oliva

1

Regimes de acesso e uso de recursos florestais no quadro da integração do desenvolvimento sustentável

Eduardo Mendes Simba

19

O uso de meios autocompositivos de solução de controvérsias: no brasil existe uma reserva de jurisdição em causas que envolvem a administração pública?

Fernanda Karoline Oliveira Calixto

35

Pandemia, demasia e dessincronia em matéria de sanções administrativas. A Hidra de Lerna no direito administrativo sancionatório da(s) excecionalidade(s)

João Vilas Boas Pinto

53

Os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres no contexto da pandemia do COVID-19

Mariana Schafhauser Boçon

67

Legalidade versus Consequencialismo: os magistrados podem pautar suas decisões em fundamentos consequencialistas?

Murilo Strätz

83

A lei de migração brasileira e as inconsistências de sua regulamentação como impedimento do exercício de direitos fundamentais dos imigrantes

Olívia Maria Cardoso Gomes

95

PREFÁCIO

As atas que agora se publicam correspondem aos trabalhos apresentados no *Quarto Encontro de Investigadores em Ciências Jurídicas*, que teve lugar no segundo semestre de 2020. Este encontro de investigadores decorreu em circunstâncias particularmente difíceis, em resultado da pandemia vivenciada, o que implicou que o evento fosse organizado em quatro *webinars*, sempre com a adesão entusiástica do público. Isto leva-nos a concluir que estes encontros anuais de investigadores doutorandos da Escola de Direito já estão sedimentados, o que é compensador para a organização. Estes encontros visam o diálogo e a discussão intensa entre os investigadores, que potenciam o aperfeiçoamento dos trabalhos científicos apresentados e a abertura de caminhos de investigação em direções ainda não exploradas pelos investigadores. Nesta edição, encontramos uma grande variedade de trabalhos que abrangem temáticas relativas à proteção de dados, regimes de acesso e uso de recursos florais, a fundamentação das decisões judiciais no direito brasileiro e a lei de migração brasileira. O contexto da pandemia que vivemos gerou também a reflexão sobre direitos sexuais e reprodutivos e a reflexão sobre as sanções administrativas em tempo de Covid-19.

Apesar de o trabalho de investigação em Direito se manter maioritariamente solitário, estes encontros de investigação permitem partilhar conhecimentos e experiências que vão moldando o perfil do investigador, conferindo-lhe tolerância à diversidade de opiniões e capacidade de discussão das suas posições, duas qualidades essenciais para um jovem investigador. Nesta medida, a Escola de Investigadores do Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov) reitera o seu compromisso em continuar a promover a organização destes encontros de investigadores e a criar e divulgar novas oportunidades de investigação para os seus membros.

Uma última palavra de agradecimento para a Comissão Organizadora do *Quarto Encontro de Investigadores em Ciências Jurídicas*, na qual nos integramos, composta também pelas Mestres Larissa Coelho, Maria João Lourenço, José Ve-

lho e Tiago Branco, que generosa e abnegadamente dinamizaram o evento e a publicação da obra que agora se apresenta.

Anabela Gonçalves,

*Vice-Presidente da Escola de Direito para a área da investigação e
Diretora da Escola de Investigação do Centro de Investigação JusGov*

PANDEMIA, DEMASIA E DESSINCRONIA EM MATÉRIA DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS. A HIDRA DE LERNA NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONATÓRIO DA(S) EXCECIONALIDADE(S)¹

*João Vilas Boas Pinto*²

1. Ponto de ordem

Revelando inicialmente consequências fundamentalmente de ordem sanitária, a pandemia da COVID-19 não tardou a aproximar-se da mitológica – aqui tão real – *Hidra de Lerna*³, correspondendo cada uma das suas cabeças aos

¹ O texto que se apresenta corresponde, no essencial, à comunicação proferida na Sessão II do 4.º Encontro de Investigadores da Escola de Direito da Universidade do Minho, que teve lugar, em modelo *webinar*, a 11 de novembro de 2020. A narrativa, fiel à exposição, não se divorcia, todavia, de alguns contributos que o debate de ideias naquela Sessão proporcionou.

² Assistente Convidado da Escola de Direito da Universidade do Minho e Investigador do JusGov. Doutorando em Ciências Jurídicas Públicas e Bolseiro da Fundação para a Ciência e Tecnologia (FCT).

³ Sobre esta, *vd.* GRIMAL, Pierre – *Dictionnaire de la Mythologie Grecque et Romaine*. PUF, 1999 (existe uma edição portuguesa da obra, coordenada por Victor Jabouille, pela Editora Antígona).

diversos impactos que se vão fazendo sentir de forma crescente nas copiosas dimensões da vida em sociedade, aos quais o Direito não é – nem poderia ser – alheio.

Na tentativa de, tal como Hércules (ou Hércules), aniquilar a criatura, os Estados, sob a veste da emergência e da calamidade, têm empreendido, quase diariamente e sem paralelo, um musculado conjunto de medidas. Com efeito, para além dos múltiplos impactos sociais, económicos, financeiros e culturais, a pandemia tem também fortes impactos ao nível jurídico: a densidade normativa, ou, em rigor, a hipertrofia normativa, é, no acerto de contas, mais uma das cabeças de Hidra.

E, sendo os cenários de crise ideais para a demonstração ou manifestação dos poderes de autoridade, não pode deixar de registar-se o torrencial normativo que especialmente se regista no domínio administrativo e, em particular, no quadro das sanções administrativas. Em abono da verdade, a produção normativa pandémica é, pois, fundamentalmente de direito administrativo⁴.

No que à nossa temática concerne, vários têm sido os diplomas que consagram indistintamente medidas de segurança, medidas de polícia e sanções administrativas, como se da mesma coisa se tratasse. A demasia e a dessincronia tornam, assim, pesorosamente mais difícil a correta compreensão do direito administrativo sancionatório. Em face de tais considerações, cumpre, portanto, proceder à aproximação a um conceito de sanção administrativa e, consequentemente, perscrutar, de entre algumas das medidas empreendidas, quais as que configuram verdadeiras sanções administrativas, por forma a equacionar-se o regime jurídico que lhes deve ser aplicável. Procuraremos, por conseguinte, problematizar tais questões a partir de alguns exemplos mediático-paradigmáticos.

Em suma, o exercício que se pretende levar a cabo é reclamado pela própria conceção de Estado de Direito Democrático, sob pena de a pandemia, a demasia e a dessincronia destruírem a utilidade e eficácia do poder administrativo sancionatório, *rectius* a utilidade dos poderes públicos em geral.

2. Alguns pressupostos conceptuais (medidas de segurança, medidas de polícia, sanções administrativas *aren't the same thing!*)

As sanções administrativas distinguem-se das medidas de segurança. Não obstante a profunda dificuldade na delimitação das fronteiras entre o direi-

⁴ Para maiores aprofundamentos, *vd.* GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo – *Direito administrativo de necessidade e de exceção*. Lisboa: AAFDL Editora, 2020.

to penal e o direito administrativo sancionatório⁵, as medidas de segurança têm como pressuposto a prática de um crime, para além de as entidades competentes para a sua determinação serem os tribunais. Seguindo Costa Andrade⁶, “para a medida de segurança fazer sentido e ser legítima, exige-se a verificação cumulativa de um duplo requisito; a subsistência, no futuro, da perigosidade do agente; e a prática, no passado, de um facto que uma lei anterior defina como condição de aplicação de uma medida de segurança”. Nessa senda, não existem no nosso ordenamento jurídico medidas de segurança que tenham outra natureza que não penal^{7/8}.

No que concerne às medidas de polícia, postula o art. 272.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (a seguir, CRP) que a polícia tem por função *defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos*. Se bem entendemos, o legislador constitucional acolheu – ou, pelo menos, em certa medida, a tal induz – um critério misto, isto porque, se, a partir do n.º 1, a polícia pode ser definida como *função*, a partir do n.º 4 do mesmo preceito, parece poder extrair-se o seu entendimento como *estrutura orgânica* (“forças de segurança”). Nesse sentido, salvo melhor, a polícia administrativa deve ser encarada como atividade administrativa, sendo que essa atividade administrativa é de segurança interna, mas também atividade de prevenção de da-

⁵ Esta é precisamente uma questão transversal da nossa tese de doutoramento, que está a ser desenvolvida na Escola de Direito da Universidade do Minho, sob a orientação da Prof.ª Doutora Isabel Celeste M. Fonseca e do Professor Doutor Luís Filipe Colaço Antunes. Contudo, em jeito de declaração prévia de interesses, firmamos a nossa propensão para uma distinção ontológica entre ambos os ordenamentos sancionatórios. Para um primeiro contacto com tema, *vd.* FARIA, Margarida Ermelinda Lima de Morais de – *O sistema das sanções administrativas e os princípios do direito administrativo sancionador*. 2007. Dissertação de Mestrado. Aveiro, versão policopiada.

⁶ *Apud* FONSECA, Isabel Celeste – *Direito administrativo sancionatório: texto de apoio aos alunos do Mestrado em Direito Administrativo*. Braga, policopiado. 2020, pp. 41-42.

⁷ Por conseguinte, para além de a medida de segurança ser consagrada pelo legislador constitucional, no art. 29.º, n.º 4, da CRP, “ao lado” da pena, o legislador ordinário consagrou, no Código Penal (doravante CP), designadamente no art. 40.º, n.º 1, que uma e outra prosseguem as mesmas finalidades: proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade.

As medidas de segurança podem ser privativas de liberdade ou não privativas de liberdade. Constitui medida de segurança privativa de liberdade o internamento de inimputáveis (art. 91.º do CP), bem como o internamento de imputáveis portadores de anomalia psíquica (arts. 104.º e ss. do CP). Configuram medidas de segurança não privativas de liberdade: a suspensão da execução de internamento (art. 98.º do CP); a interdição de atividades (art. 100.º do CP); a cassação do título e interdição da concessão do título de condução de veículo com motor (art. 101.º do CP); e a aplicação de regras de conduta (art. 102.º do CP).

⁸ Em conexão com este assunto, *vd.* paradigmaticamente, neste singular contexto epidémico, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 424/2020, de 31.07.2020, proc. n.º 403/2020 (1.ª Secção), disponível em www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200424.html.

nos ou minimização dos riscos, dispondo para isso de poderes de controlo e de fiscalização, implicando ou não recurso à coação.

Não se pense com isto que reconduzimos todas as medidas de prevenção ao conceito: o nosso entendimento é o de que, para além da proteção da ordem, segurança e tranquilidade pública (polícia de segurança), a atividade de polícia administrativa não se alastra à prevenção de quaisquer danos ou riscos, mas apenas àqueles danos ou riscos que contendam com os direitos dos cidadãos e com interesses públicos (gerais ou específicos) legalmente previstos. Isto quer dizer que, para que a atividade de prevenção se reporte ao conceito de polícia administrativa, a sua natureza terá de ser administrativa⁹. Pendemos, por isso, a fazer coincidir o nosso entendimento com a definição avançada por João Raposo, segundo a qual a polícia administrativa “tem por objecto garantir a segurança de pessoas e bens, a ordem pública e os direitos dos cidadãos ou assegurar a proteção de outros interesses públicos específicos, definidos por lei”¹⁰. Consequentemente, partindo-se precisamente da combinação do critério da atividade com o critério da estrutura organizativa, entendemos que, em rigor, o conceito constitucional de Polícia – o Direito Policial *lato sensu* – abarca a polícia administrativa (polícia administrativa em sentido estrito e a polícia de ordem, segurança e tranquilidade pública), bem como a polícia judiciária. Nesse seguimento, acompanhando Manuel Guedes Valente, faz sentido proclamar-se um Direito Policial, como ramo do Direito Público que “compreende os princípios gerais, as normas regulares da atuação e da conduta policial na prossecução das suas atribuições e competências na defesa da legalidade democrática, na garantia da segurança interna e dos direitos dos cidadãos, cujos destinatários se encontram indeterminados e indefinidos no espaço do território nacional ou da União Europeia e, até mesmo, internacional”¹¹.

⁹ Aproximamo-nos de GONÇALVES, Pedro Costa – *Manual de direito administrativo*. Vol. I. Coimbra: Almedina. 2020, p. 1055. Assim, consideram-se como *medidas de defesa de perigos*, por exemplo, a emissão de um regulamento administrativo relativamente ao ruído ou à proibição de acesso público a locais de risco, a emissão de autorizações administrativas e de controlo prévio de atividades privadas (v.g., licença ambiental). Tal significa que estas medidas podem ter por objeto imediato perigos e danos tanto coletivos como individuais, tendo sempre como objetivo ou missão principal a redução da probabilidade da produção de danos.

Por seu turno, consideram-se *medidas de polícia*, tal como postula a Lei de Segurança Interna, por exemplo, a realização, em viatura, em lugar público, aberto ao público ou sujeito a vigilância policial, de buscas e revistas para detetar armas ou engenhos explosivos ou, ainda, a identificação de pessoas suspeitas que se encontrem em lugar público, aberto ao público ou sujeito a vigilância policial. Não obstante prosseguirem igualmente uma missão de prevenção de danos ou diminuição do risco, as medidas de polícia têm sempre por objeto bens jurídicos determinados.

¹⁰ *Apud* CAUPERS, João; EIRÓ, Vera – *Introdução ao direito administrativo*. 12.ª ed. Lisboa: Editora Âncora. 2016, p. 195.

¹¹ VALENTE, Manuel Guedes – *Teoria geral do direito de polícia*. 5.ª ed. Coimbra: Almedina. 2017, p. 57.

Por seu turno, a coação não se confunde com a repressão, esta é própria da atividade administrativa sancionatória. Embora as medidas de polícia possam assumir feições repressivas, o propósito principal é sempre o de *prevenir*, pelo que, mesmo que assuma algumas feições repressivas, a sua vocação não pode dizer-se sancionatória. Destarte, recorrendo às impressivas palavras de Isabel Celeste Fonseca, “Deve [...] registrar-se a diferença entre a coação administrativa e o poder sancionatório da Administração. Enquanto que a coação se orienta para o cumprimento de uma ordem contra a vontade daquele que a ela está obrigado (dentro dos respetivos limites), a sanção é um meio repressivo que funciona precisamente porque a obrigação não foi cumprida (não está orientada, *a contrario*, para o cumprimento da obrigação)”¹².

Um conceito de infração administrativa leva-nos, inevitavelmente, a questionar precisamente quais os pressupostos ou requisitos necessários para que se possa impor a um sujeito uma determinada sanção administrativa. Nesses moldes, poderá definir-se a infração administrativa, *a priori*, como a ação ou omissão antijurídica imputável a um sujeito que seja castigada por lei com uma sanção administrativa. Tais considerações, ainda que não absolutas, encaminham-nos a encarar a sanção administrativa como medida repressiva face a uma infração administrativa e, conseqüentemente, que a atuação administrativa sancionatória não pode deixar de ser fitada como atuação predominantemente repressiva ou punitiva¹³. Por outras palavras, a sanção administrativa é uma medida punitiva/aflictiva (de natureza não penal), imposta pela Administração no caso da violação de regras e normas jurídico-administrativas, isto é, aplicada por conta de uma infração administrativa.

García de Enterría, entendendo por sanção administrativa o “mal infligido pela Administração a um administrado como consequência de uma conduta ilegal”¹⁴, distingue duas categorias: *sanções administrativas de autoproteção* e *sanções administrativas de proteção da ordem geral*. As primeiras têm por finalidade a proteção da própria Administração (autotutela), as segundas a proteção da ordem social no seu todo (heterotutela). Esta é, aliás, a posição continuada pela maioria dos autores. Este ilustre administrativista recorta quatro principais manifestações do poder sancionatório de autotutela: sanções disciplinares; sanções

¹² FONSECA, Isabel Celeste – *Direito administrativo sancionatório. op. cit.*, p. 44.

¹³ Seguimos de perto REBOLLO PUIG, Manuel; IZQUIERDO CARRASCO, Manuel; ALARCÓN SOTOMAYOR, Luíca; BUENO ARMIJO, António – *Derecho administrativo sancionador*. Valladolid: Lex Nova. 2010, p. 59. No sentido de que a prevenção também faz parte do universo do Direito Administrativo Sancionatório, NIETO, Alejandro – *Derecho administrativo sancionador*. 4.ª ed. Madrid: TECNOS. 2005, especialmente pp. 178 a 190.

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo – “El problema jurídico de las sanciones administrativas”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. N.º 10 (1976), p. 399.

rescisórias de atos administrativos favoráveis; sanções tributárias; e sanções da polícia dominial.

Freitas do Amaral considera que o poder sancionatório da Administração Pública se manifesta em três principais grandes áreas: ilícito disciplinar; ilícito de mera ordenação social/contraordenacional; e controlo administrativo da ilicitude de certas atividades públicas e privadas¹⁵. Vital Moreira apresenta cinco principais categorias de sanções administrativas: sanções disciplinares; sanções corporativas; sanções contraordenacionais; sanções contratuais; e sanções inominadas¹⁶.

De facto, ainda que entre as múltiplas posições seja possível recortar pontos de concordância, as divergências são assinaláveis e consideráveis, permanecendo a incerteza na delimitação e delimitação do universo do poder sancionatório. Da incerteza resultam frequentes casos onde as fronteiras entre uma sanção administrativa e uma medida administrativa desfavorável (não sancionatória)¹⁷ se revelam bastante duvidosas.

3. Excecionalidade(s) e sanções administrativas: da *pandemia* ao *pandemónio*

3.1. Da(s) Excecionalidade(s)

Desde março de 2020 que, em Portugal, como aliás um pouco por todo o mundo, vivemos sob o signo da excecionalidade, de tal modo que a *nova normalidade* por muitos proclamada parece convolar-se, em rigor, numa *nova normal excecionalidade* – qual paradoxo! –, num fluxo de transição entre o quadro constitucional e o quadro jurídico-administrativo. Assim, convém que se frise que a excecionalidade administrativa não se confunde com a excecionalidade constitucional. Com efeito, por um lado, são estados de exceção constitucional

¹⁵ FREITAS DO AMARAL, Diogo – “O poder sancionatório da Administração Pública”. *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*. Vol. I. Coimbra: Almedina. 2008, p. 225.

¹⁶ *Apud* FARIA – *op. cit.*, p. 51.

¹⁷ Estas são definidas por Vieira de Andrade enquanto “(...) procedimentos e atos de reação à violação de disposições preceptivas, que não visam punir transgressões (factos ilícitos), mas responder a quaisquer tipos de atuações ou situações lesivas do interesse público com outras finalidades, designadamente a pura prevenção (neutralização do risco ou perigo) e a mera reintegração” (VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos – *Lições de Direito Administrativo*. 5.ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra. 2017, p. 136).

o estado de sítio e o estado de emergência¹⁸; por outro, são estados de exceção administrativa o estado de alerta, o estado de contingência e o estado de calamidade¹⁹. Esta distinção revela-se de suma importância, uma vez que a exceção constitucional permite a *suspensão* dos direitos, liberdades e garantias, ao passo que a exceção administrativa não dá permissão para tal suspensão, mas apenas para uma *restrição ao seu exercício*, alicerçada na verificação do princípio da proporcionalidade. Como reforça Jorge Alves Correia, “O estado de calamidade não permite «prolongar» os efeitos do estado de emergência constitucional, antes representa o regresso a uma situação de normalidade constitucional”²⁰.

Muitas são, portanto, as dúvidas acerca da constitucionalidade de diversas medidas tomadas pelas autoridades administrativas, ao abrigo dos estados de exceção administrativa, nomeadamente ao abrigo do estado de calamidade, em virtude de muitas delas implicarem autenticamente a suspensão de direitos, liberdades e garantias, que só a exceção constitucional permite.

3.2. Direito administrativo sancionatório em tempos de excecionalidade: breve diagnóstico de alguns casos (muito) patológicos

Tal como já tivemos ocasião de mencionar, a pandemia trouxe consigo uma crise da normatividade: quase diariamente, produzem-se atos normativos para regular a emergência de específicas situações, de tal forma que o entrecruzamento das matérias é, na sua maioria, muito difícil de estabelecer e compreender. Daremos, pois, apenas nota de alguns exemplos que se concatenam com as sanções administrativas, por forma a evidenciar um quadro clínico do direito administrativo sancionatório muito reservado:

3.2.1. Um primeiro exemplo reporta-se ao Decreto-Lei n.º 28-B/2020, de 26 de junho, que estabelece o regime contraordenacional, no âmbito da situação de calamidade, contingência e alerta, portanto, o regime contraordenacional da excecionalidade administrativa.

No preâmbulo do referido diploma estabelece-se que a criação deste quadro sancionatório tem por ímpeto principal assegurar “o escrupuloso cum-

¹⁸ Cfr. art. 19.º da CRP, em articulação com a Lei n.º 44/86, de 30 de setembro (na versão atual da Lei Orgânica n.º 1/2012, de 11 de maio), que regula o regime do estado de sítio e do estado de emergência.

¹⁹ Cfr. art. 8.º da Lei de Bases da Proteção Civil (Lei n.º 27/2006, de 3 de julho, atualizada pela Lei n.º 80/2015, de 3 de agosto).

²⁰ CORREIA, Jorge Alves – “As patologias da declaração do estado de calamidade e os limites constitucionais do direito administrativo da pós-emergência”. *Revista de Direito Administrativo*. N.º 9 (set./dez. 2020), p. 53.

primento, pela população, das medidas que são indispensáveis à contenção da infeção (...).” Perscruta-se, logo aqui, um primeiro sintoma patológico: a consagração de sanções administrativas com vista a assegurar o cumprimento de medidas, isto é, a assegurar o cumprimento de obrigações. Ora, recuperando o que anteriormente se disse acerca do conceito de sanção administrativa, o seu principal traço genético reside no facto de não servir para assegurar o cumprimento de uma obrigação ou dever, mas reprimir o não cumprimento desse dever ou obrigação, o que aliás o legislador reconhece, contraditoriamente, no mesmo preâmbulo: “é criado um quadro sancionatório aplicável às situações de incumprimento (...)”. A incoerência da técnica legística é, estamos em crer, flagrante, acarretando sérios problemas do ponto de vista garantístico, gerando incerteza e insegurança jurídicas, num tempo *per si* muito dúbio.

Ademais, as medidas consagradas no art. 6.º do referido Decreto-Lei, sob a epígrafe “medidas de polícia”, parecem, com propriedade, constituir verdadeiras medidas administrativas sem carácter sancionatório, configurando medidas de fiscalização e, sobretudo, medidas cautelares e de remoção de perigos: veja-se o caso da *provisoriamente* do encerramento dos estabelecimentos e da cessação de atividades (n.º 1). Se, de facto, reconhecemos que a missão pública de defesa do ordenamento jurídico-administrativo não se esgota na figura das sanções administrativas²¹, não é menor a necessidade de se operar a destrição entre as formas como tal missão é prosseguida. Tal quer significar que, embora medidas de polícia e de defesa de perigos coabitem naturalmente com sanções administrativas, umas e outras não se confundem. Ora, se o legislador pretendeu instituir um quadro sancionatório para a excecionalidade administrativa, tal como acusa nas considerações preambulares (“estabelece o regime contraordenacional”; “quadro sancionatório aplicável às situações de incumprimento”), acaba por redundar num conjunto de contradições, sintomáticas da produção legislativa em massa, sem a devida maturação legística.

Parece-nos, nesses termos, que o legislador tem optado claramente pela transição de um quadro repressivo para um quadro preventivo. Todavia, seria preferível que se tivesse estabelecido uma moldura que, de forma evidente e clara, evidenciasse a distinção entre medidas administrativas sancionatórias e medidas administrativas não sancionatórias.

3.2.2. Um outro exemplo paradigmático reporta-se à proibição de circulação entre concelhos, no período compreendido entre 30 de outubro e 3 de novembro, determinada pela Resolução de Conselho de Ministros n.º 89-A/2020, designadamente no seu art. 1.º, n.º 15.

²¹ *Vd.* GONÇALVES – *op. cit.*, pp. 1044 e ss.

Para além de questões de duvidosa constitucionalidade que o diploma reveste, nele não se postula qualquer medida sancionatória como consequência do incumprimento das suas disposições. Legitimamente se interroga: salvo as devidas exceções, sendo proibido circular para fora do concelho de residência habitual no período referido, o que sucede com alguém que infringe tal norma, portanto, que passa a constituir-se infrator? Constituirá um qualquer incumprimento de uma norma geral e abstrata de conduta uma infração? E de que tipo?

Tais interrogações não são despiciendas, uma vez que, não sendo possível extrair do diploma em causa uma resposta cabal, não parece que a solução caiba no âmbito da Lei de Bases da Proteção Civil (LBPC). Vejamos: se a Resolução é adotada ao abrigo do estado de calamidade, poderia deduzir-se que, em casos omissos, se aplicaria a LBPC, que ampara a excecionalidade administrativa. Se atentarmos no art. 6.º, n.º 4, da LBPC, que consagra que “a desobediência e a resistência às ordens legítimas das entidades competentes, quando praticadas em situação de alerta, contingência ou calamidade, são sancionadas nos termos da lei penal”, a resposta às interrogações parecia fluir no sentido de que, em caso de incumprimento, haveria lugar a uma sanção penal (por crime de desobediência). Contudo, a desobediência e a resistência a que se refere o art. 6.º da LBPC não pode confundir-se com o incumprimento, isto porque aquelas constituirão infrações quando em causa esteja uma ordem ou mandato concreto, enquanto o incumprimento se reporta a uma norma geral e abstrata, como é aquela consagrada no art. 1.º, n.º 15, da Resolução²².

Em extrema síntese, concluímos que nem a Resolução n.º 89-A/2020 nem a Lei de Bases da Proteção Civil permitiam escorar a aplicação de sanções, penais ou administrativas, sob pena da violação do princípio da tipicidade²³.

Nesse mesmo sentido, parece apontar o entendimento do Supremo Tribunal Administrativo (STA), que considerou que as disposições da Resolução do Conselho de Ministros não deviam ser encaradas como proibição, antes como

²² Embora com as devidas singularidades, também no ordenamento espanhol se suscitou tal problemática. Nesse sentido, CANO CAMPOS, Tomás – “Estado de alarma, sanciones administrativas y desobediencia a la autoridad”. [texto em linha]. 2020. Disponível em <https://seguridadpublicasite.wordpress.com/acerca-de/>.

²³ Convém que se reforce que o princípio da tipicidade, enquanto corolário do princípio da legalidade, é transversal a toda atividade sancionatória pública, indicando que “a previsão legal deverá ser a mais exacta, taxativa e inequívoca quanto possível, tanto quanto à descrição dos elementos fácticos da infração como em relação à previsão das sanções aplicáveis” (FARIA – *op. cit.*, p. 85).

*recomendação agravada*²⁴. A figura *sui generis*, perfilhada pelo Presidente da República e, sucedaneamente, apadrinhada pelos juizes conselheiros do STA, lança por terra o entendimento de que as disposições do Conselho de Ministros, constituindo proibições, dariam lugar à aplicação de sanções, fossem penais ou administrativas. Ao invés, advoga-se a atribuição de uma natureza *preventiva* ao diploma e, como tal, as medidas suscetíveis de aplicar-se seriam apenas medidas preventivas, mormente medidas de polícia.

Novamente, estamos convictos de que a intenção das autoridades governamentais de operar a transição entre um quadro repressivo para um quadro preventivo não consegue deslazar-se de um conjunto de contradições e ilegalidades (e, mesmo, inconstitucionalidades) que colocam em causa a eficácia da sua atuação, comprometendo seriamente a defesa da ordem jurídica e do interesse público: os sintomas agravam-se, num cenário em que os profissionais da saúde jurídica aparentam também padecer de graves patologias.

3.2.3. Mas o que acabámos de reportar não é exclusivo daqueles diplomas. Convoque-se aqui os Decretos do Conselho de Ministros que procedem à execução das declarações do estado de emergência, sejam as que se reportam à denominada primeira vaga, seja à atual segunda vaga.

Com relativa admiração (ou talvez não), nelas não se plasma um regime sancionatório específico ou singular. Se, em rigor, no Decreto n.º 2-A/2020, designadamente no art. 32.º, n.º 3, se postulava que “As forças e serviços de segurança reportam permanentemente ao membro do Governo responsável pela área da administração interna o grau de acatamento pela população do disposto no presente decreto, com vista a que o Governo possa avaliar a todo o tempo a situação, designadamente a necessidade de aprovação de um quadro sancionatório por violação do dever especial de proteção ou do dever geral de recolhimento domiciliário”, no Decreto n.º 8/2020, de 8 de novembro, que dá execução ao primeiro estado emergência desta segunda vaga, não se encontra uma qualquer norma congénere.

²⁴ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 31.10.2020, proc. 0122/20.1BALSb, consultável a partir de <https://crlisboa.org/wp/juris/processo-n-o-0122-20-1balsb>. Transcreve-se um excerto do seu *iter* argumentativo: “Porém, se atentarmos no conteúdo da medida, e não obstante a mesma se enunciar como uma *proibição* – «os cidadãos não podem circular» –, a verdade é que os amplos termos em que vem enunciada a exceção – «salvo por motivos de urgência imperiosa» –, a que se soma um alargado e generoso leque de situações de não incidência da *proibição* e ainda a ausência de sanções expressas para o caso de incumprimento, pode questionar-se se estamos, efectivamente, ante uma medida proibitiva e restritiva daquele direito/liberdade ou antes perante uma norma imperfeita, que acolhe, em forma de recomendação agravada, o dever de permanência no concelho durante aquele período de tempo”.

Naturalmente que caberá aqui o ressurgimento das muitas dúvidas e incertezas precedentemente expostas: o achatamento da curva jurídico-epidémica continua a afigurar-se árdua tarefa.

3.2.4. Internada nos cuidados intensivos, parece encontrar-se também a competência sancionatória, cabendo, nesta ala, auscultar fundamentalmente a sua enorme dispersão e, diríamos mesmo, autêntica sobreposição. Como sintetiza Carlos-Alberto Amoedo-Souto – que aqui citamos em virtude de comungarmos com o ordenamento vizinho problemas semelhantes em matéria sancionatória –, “el hecho de que no sepamos, ante esta situación tan grave, quién es la autoridad competente, también constituye una inquietante alegoría sobre cómo hemos reaccionado jurídicamente ante lo desconocido”²⁵.

Em vários dos diplomas evocados, entre tantos outros, por várias vezes o legislador, para além de atribuir competências a diversas entidades e organismos, apela à necessidade de cooperação e articulação entre diversos níveis decisórios: ministérios, direção-geral de saúde, polícia administrativa (forças e serviços de segurança e serviços e organismos administrativos com função de fiscalização e controlo) e autarquias locais. Não obstante, é inegável a tendência para a centralização das decisões relativas ao combate à pandemia, decisões essas que o Governo tem compartilhado sobretudo com a Direção-Geral de Saúde, o que nos leva a questionar quem é, de facto, o sujeito administrativo sancionador, o que acarreta, mais uma vez, desassossegos do ponto de vista da garantia dos sancionados.

4. Alguns reptos, em jeito de balanço final: *vacinas jurídicas precisam-se!*

Mais do que conclusões, e sem prejuízo de a narrativa deixar antever tais reptos, cremos que a pandemia, e a demasia normativa dela emergente que, por sua vez, tem contribuído para uma preocupante dessincronia, agudizando a insegurança e a incerteza jurídicas, decreta enormes desafios ao Direito e, de forma particular, ao Direito Administrativo, dos quais se destacam:

Primo – Caberá uma luta incessante pela necessidade de sujeição, mesmo em tempos de excecionalidade e pós-excecionalidade, de toda a atuação pública à juridicidade. A excecionalidade não pode, bem assim, ser encarada como uma fuga ao Direito, mas precisamente como particular exigência de vinculação à juridicidade, sendo que os limites ao exercício de direitos e liberdades têm de

²⁵ AMOEDO-SOUTO, Carlos-Alberto – “Vigilar y castigar em confinamento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. N. 86-87 (março-abril). Madrid: Portal Derecho/IUSTEL. 2020, p. 73.

operar-se de acordo com parâmetros objetivos e normativos influídos a partir da própria lei fundamental. Diríamos assim, recorrendo à lição de Paulo Otero, que o bem comum “consubstancia as aspirações ou as necessidades de uma pluralidade de sujeitos que, consideradas como unidade que transcende a esfera de cada uma das suas componentes singulares, (...) [tendo] sempre de articular, num processo avaliativo de hierarquia de valores, uma «correta compreensão da dignidade e dos direitos da pessoa»”²⁶. Esta é, no acerto de contas, a principal vacina jurídica, o principal meio para a imunidade face às preocupantes patologias normativas.

Secundo – É igualmente necessário que se reequacione um novo quadro normativo e governativo, a começar pelo incremento de redes de cooperação dos poderes públicos, permitindo a partilha e articulação efetiva do poder decisório, isto é, de novos modelos de governação, passando ainda por uma reforma dos instrumentos jurídicos de resposta às situações de crise sanitária e, sobretudo, que se transite de um quadro de pensamento meramente lógico-quantitativo para um quadro de pensamento e de atuação ponderativo-qualitativo.

Tertio – No que particularmente respeita ao direito administrativo sancionatório, se dúvidas ainda restassem acerca da necessidade de uma teoria geral, que permita distinguir solidamente medidas administrativas sancionatórias de outras medidas não sancionatórias, fixar os limites do poder sancionatório e consolidar um verdadeiro procedimento administrativo sancionatório, a pandemia veio certamente não só dissipá-las como destapar o véu da sua urgência. Não é apenas o Direito Administrativo Sancionatório que sai claudicado deste cenário, são também, e principalmente, os direitos fundamentais dos cidadãos (sancionados)²⁷.

Esperemos, pois, que a investigação que estamos a levar a cabo possa contribuir para o desenvolvimento desta também importante vacina jurídica.

Bibliografia

AMARAL, Diogo Freitas do – “O poder sancionatório da Administração Pública”. *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*. Vol. I. Coimbra: Almedina. 2008.

²⁶ OTERO, Paulo – *Manual de direito administrativo*. V. 1. Coimbra: Almedina. 2013, p. 67.

²⁷ Alertando já para essas fragilidades, FONSECA, Isabel Celeste – “Incertezas em torno do poder sancionatório da Administração Pública: certezas em torno da fragilidade das garantias do sancionado”. *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Tomo I – Responsabilidade e Cidadania. Braga: EDUM. 2012, pp. 83-105.

AMOEDO-SOUTO, Carlos-Alberto – “Vigilar y castigar em confinamento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. N. 86-87 (março-abril). Madrid: Portal Derecho/IUSTEL. 2020.

ANDRADE, José Carlos Vieira de – *Lições de Direito Administrativo*. 5.^a ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra. 2017.

CANO CAMPOS, Tomás – “Estado de alarma, sanciones administrativas y desobediência a la autoridad”. [texto em linha]. 2020. Disponível em <https://seguridadpublicasite.wordpress.com/acerca-de/>.

CAUPERS, João; EIRÓ, Vera – *Introdução ao direito administrativo*. 12.^a ed. Lisboa: Editora Âncora. 2016.

CORREIA, Jorge Alves – “As patologias da declaração do estado de calamidade e os limites constitucionais do direito administrativo da pós-emergência”. *Revista de Direito Administrativo*. N.º 9 (set./dez. 2020).

FARIA, Margarida Ermelinda Lima de Moraes de – *O sistema das sanções administrativas e os princípios do direito administrativo sancionador*. 2007. Dissertação de Mestrado. Aveiro, versão policopiada.

FONSECA, Isabel Celeste – *Direito administrativo sancionatório: texto de apoio aos alunos do Mestrado em Direito Administrativo*. Braga, policopiado. 2020 (cedido pela autora).

_____, “Incertezas em torno do poder sancionatório da Administração Pública: certezas em torno da fragilidade das garantias do sancionado”. *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Tomo I – Responsabilidade e Cidadania. Braga: EDUM. 2012.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo – “El problema jurídico de las sanciones administrativas”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. N.º 10 (1976).

GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo – *Direito administrativo de necessidade e de excepção*. Lisboa: AAFDL Editora, 2020.

GONÇALVES, Pedro Costa – *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Coimbra: Almedina. 2020.

GRIMAL, Pierre – *Dictionnaire de la Mythologie Grecque et Romaine*. PUF, 1999.

NIETO, Alejandro – *Derecho administrativo sancionador*. 4.^a ed. Madrid: TECNOS. 2005.

OTERO, Paulo – *Manual de direito administrativo*. V. 1. Coimbra: Almedina. 2013.

PUIG, Manuel Rebollo [et al.] – *Derecho administrativo sancionador*. Valladolid: Lex Nova. 2010.

VALENTE, Manuel Guedes – *Teoria geral do direito de polícia*. 5.^a ed. Coimbra: Almedina. 2017.