

“Desobediência em tempos de cólera”: a configuração deste crime em estado de emergência e em situação de calamidade^[1]

André Lamas Leite

*Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e da Universidade Lusíada
Norte (Porto); Investigador do CIJE/FDUP*

[1] O presente escrito teve por base as notas que usámos no *webinar* promovido pela Direcção Regional do Norte da ASJP – Associação Sindical dos Juizes Portugueses, realizado a 22/5/2020. Agradecemos, de modo penhorado, o honroso convite. Uma vez que a ASJP também nos convidou a escrever sobre o tema, reservamo-nos o direito de, com mais vagar, complementar o presente artigo, nomeadamente com notas de Direito Comparado.

SUMÁRIO: I. ENQUADRAMENTO JUSCONSTITUCIONAL. II. CRONOLOGIA DE UMA PANDEMIA. III. BREVES NOTAS SOBRE O CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. IV. O CRIME DURANTE O ESTADO DE EMERGÊNCIA. V. O CRIME DURANTE A SITUAÇÃO DE CALAMIDADE. VI. CONCLUSÃO.

*A todas e a todos quantos estiveram e estão na linha
da frente, provando que a condição humana reside
nas acções e não em supostos estatutos sociais.*

I. ENQUADRAMENTO JUSCONSTITUCIONAL

1. Tomando de empréstimo o título da célebre obra do Nobel colombiano GABRIEL GARCÍA MÁRQUEZ, publicada em 1985, adaptando-o aos tempos que nos coube viver, pretende-se com este estudo, depois de enquadrar o crime de desobediência do artigo 348.º do Código Penal (CP) tal como previsto no decurso do estado de emergência e na actual situação de calamidade, aferir da sua solvabilidade ou não quando confrontado com as regras e os princípios do texto constitucional, mais verificando que comportamentos, afinal, cabem no respectivo âmbito típico de tutela.

2. As situações de anormalidade ou estado de necessidade constitucionais^[1] admitem, no nosso país, duas configurações: estado de sítio e estado de emergência, aos quais, para além dos preceitos da CRP, se aplicam a Lei n.º 44/86, de 30 de Setembro (doravante, RESEE), a qual regulamenta tais estados em que existe sempre limitação de direitos fundamentais (cf. os seus artigos 1.º, 8.º e 9.º), apenas admissível em dimensão colectiva e nunca individual, tratando-se de uma forma de auto-defesa constitucional em que existe apenas uma Lei Fundamental e não duas – uma de normalidade e outra de excepção constitucional –, tanto mais que os estados de sítio e de emergência só não são feridos de inexistência ou de nulidades radicais se e na medida em que observem, na plenitude, o procedimento prescrito no texto básico^[2].

Não cabe aqui – excepto na medida em que tal possa contribuir para tomar posição quanto à solvabilidade constitucional do crime de desobediência tal como foi previsto nos decretos de execução do estado de emergência que vivemos e da actual situação de calamidade – uma análise aprofundada do processo legislativo que culminou na sua declaração e, muito menos, sindicá-la da necessidade ou não de tal estado de anormalidade constitucional para fazer face ao vírus SARS-CoV-2 e à doença COVID-19^[3]. Sabe-se que o Governo, inicialmente, considerava dispor dos meios

[1] Sobre elas, veja-se a dissertação de doutoramento de JORGE BACELAR GOUVEIA, *O estado de excepção no Direito Constitucional*, II vols., Coimbra: Almedina, 1998, e, muito recentemente, *Estado de excepção no Direito Constitucional – uma perspetiva de constitucionalismo democrático*, Coimbra: Almedina, 2020.

[2] JORGE MIRANDA, “Anotação ao artigo 19.º da CRP”, in: JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Consti-*

tuição Portuguesa anotada, t. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 166; J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 401-402, e J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 1099 e 1103.

[3] Sobre o tema, mais propriamente em relação à essencialidade ou não de

os decretos presidenciais se referirem à limitação do direito fundamental à liberdade pessoal (artigo 27.º da CRP), veja-se, em sentido afirmativo, JORGE REIS NOVAIS, “Estado de emergência – quatro notas jurídico-constitucionais sobre o decreto presidencial”, *Observatório Almedina*, 19/3/2020, disponível em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/03/19/estado-de-emergencia-quatro-notas-juridico-constitucionais-sobre-o-decreto-presidencial/> (todos os sítios da internet foram acedidos em

legislativos necessários para assegurar uma luta eficaz contra a pandemia e que o Presidente da República (PR), ao invés, propendia para a necessidade de declarar o estado de emergência. Trata-se de factos públicos e notórios.

Simplesmente – e essa é uma nota fundamental em qualquer dos dois estados de necessidade constitucional –, atenta a sua excepcionalidade extrínseca (dos motivos que a determinam) e intrínseca (do modo como o próprio estado de anormalidade se organiza), bem como – e sobretudo – a compressão de direitos fundamentais, o estado de emergência^[4] exige a concorrência de três órgãos de soberania. Assim, a iniciativa (discricionária de um prisma político, mas juridicamente vinculada) cabe ao PR (artigos 134.º, alínea d), 19.º e 138.º, da CRP), que deverá consultar (“audição”) o Governo (artigos 138.º, n.º 1, e 197.º, n.º 1, alínea f), da Lei Fundamental), remetendo depois a sua proposta de decreto à Assembleia da República (AR) que, através de resolução, aprova ou não o pedido de decretamento do PR (artigo 161.º, alínea l), da CRP). No processo legislativo pode ou não o PR consultar o Conselho de Estado, já que não é esta nenhuma das hipóteses em que se preveja a competência expressa deste órgão político de consulta do Chefe de Estado (cf. artigo 145.º da CRP)^[5]. Cumpre ainda salientar que o Executivo tem de ser ouvido, mas a sua posição não é vinculativa (parecer obrigatório e não vinculativo)^[6],

Maio de 2020) e, em sentido negativo, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Devia o direito à liberdade ser suspenso? Resposta a Jorge Reis Novais”, *Observatório Alameda*, 7/4/2020, disponível em <https://observatorio.alameda.net/index.php/2020/04/07/devia-o-direito-a-liberdade-ser-suspenso-resposta-a-jorge-reis-novais/>.

[4] Doravante, faremos somente referência a este e não ao estado de sítio, por não estarem verificados os requisitos do seu decretamento no quadro pandémico que enfrentamos.

[5] O que, em nosso juízo, devia acontecer, como sucede, p. ex., com a Constituição de Cabo Verde (CRCV), em relação ao paralelo Conselho da República [artigo 254.º, n.º 1, alínea f)].

Cumpre salientar que, no caso vertente, o actual PR português, não sendo obrigado a fazê-lo, igualmente convocou – e bem – o Conselho de Estado, que reuniu a 18/3/2020.

[6] JORGE BACELAR GOUVEIA, “O estado de exceção constitucional em Portugal”, in: AA.VV., *Estado de emergência – COVID 19. Implicações na Justiça*, Lisboa: CEJ, Abril de 2020,

o que não deixa de originar alguma perplexidade, visto que é este órgão de soberania que tem por incumbência constitucional executar o decreto do PR. Terá entendido o legislador constituinte que o mais relevante é a manifestação de vontade do Chefe de Estado, na leitura política que faz dos acontecimentos que originam uma disrupção na normalidade constitucional e que a AR, enquanto órgão de representação mais lídima de todos os Portugueses, bastariam para assegurar a legitimidade democrática de tão grave medida. E mais: se o parecer do Governo fosse vinculativo, o Executivo teria um verdadeiro poder de veto, o que é inusitado no quadro de atribuições dos órgãos de soberania. Ainda, repousando a sua legitimidade democrática nas eleições legislativas, a própria AR, de alguma forma, enquanto “mãe” da emanação de tal legitimidade, como que se “sub-roga” ao Executivo.

Apesar do que vai dito, parece um truísmo afirmar que em estado de emergência o Governo ganha acrescidos poderes, quase se podendo dizer, se bem vemos as coisas, que o sistema semi-presidencialista atípico gizado pela CRP se transmuta, temporariamente, em um outro de pendor mais de gabinete, no qual o Executivo, por ser o órgão de regulamentação, execução e implementação das medidas ao abrigo do estado de anormalidade constitucional, faz pender mais para o seu lado o prato da balança da interdependência entre os órgãos de soberania (artigo III.º da CRP)^[7]. Aliás, o processo conducente à declaração dos estados de sítio ou de emergência é um exemplo eloquente da ultrapassagem do paradigma liberal-formal de uma mera separação para uma verdadeira interdependência entre os órgãos no qual repousa a soberania que o Povo entrega a quem o representa.

p. 34, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/eb_Covid19.pdf e, já antes, *O estado de exceção no Direito Constitucional: uma introdução*, Observatório Almedina, disponível em [\[almedina.net/index.php/2020/03/26/0--estado-de-excecao-no-direito-constitucional-uma-introducao/?utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=3786-01052020\]\(http://almedina.net/index.php/2020/03/26/0--estado-de-excecao-no-direito-constitucional-uma-introducao/?utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=3786-01052020\).](https://observatorio.</p></div><div data-bbox=)

[7] JORGE BACELAR GOUVEIA, “O estado de exceção...”, p. 35.

3. Importa, agora, focar a nossa atenção, aproximando-nos do objecto de estudo a que nos propusemos, na análise do artigo 7.º do RESEE, o qual prevê que «[a] violação do disposto na declaração do estado de sítio ou do estado de emergência ou na presente lei, nomeadamente quanto à execução daquela, faz incorrer os respectivos autores em crime de desobediência».

Trata-se de uma norma de capital importância na economia da solvabilidade constitucional das opções tomadas pelo Governo no modo como previu, nos sucessivos decretos de execução do estado de emergência e, actualmente, na situação de calamidade, o incumprimento de certos deveres aí previstos. Integrada sistematicamente nas disposições gerais, a norma foi objecto de uma alteração legislativa desde a sua versão originária, por via da Lei Orgânica n.º 1/2012, de 11 de Maio. Anteriormente falava-se em “crimes de responsabilidade”, sendo essa a única alteração digna de nota. Estava a mesma relacionada, portanto, com a legislação penal específica para os titulares de cargos políticos (Lei n.º 34/87, de 16 de Julho), os quais se acham definidos no artigo 2.º desta última Lei como os «praticados por titulares de cargos políticos no exercício das suas funções, além dos como tais previstos na presente lei, os previstos na lei penal geral com referência expressa a esse exercício ou os que mostrem terem sido praticados com flagrante desvio ou abuso da função ou com grave violação dos inerentes deveres». Assim, dúvidas julgamos inexistentes que, na sua redacção originária, o artigo 7.º do RESEE estava directamente vocacionado, em termos do seu âmbito de aplicação pessoal, para aquele conjunto específico de indivíduos. Ao transitar dos “crimes de responsabilidade” para a desobediência, a *intentio legis* não pode ter sido outra que não seja a de alargar o leque de destinatários, que assim deixam de ser os titulares de órgãos de soberania e demais cargos políticos directa ou indirectamente relacionados com o processo de decretamento e execução dos estados de necessidade constitucional, para passarem

a ser todos os cidadãos a quem tais estados se aplicam. De uma *eficácia meramente interna*, passou-se para outra que é também externa^[8].

Donde, o legislador pretendeu conferir tutela penal directa a um conjunto de factuais tipicamente cunhadas: *a*) incumprimento do previsto na declaração dos estados de sítio ou de emergência; *b*) incumprimento da Lei que estabelece o RESEE, de que o regime da sua execução é somente um exemplo (veja-se o advérbio “nomeadamente”). Em reforço contrafáctico desta hermenêutica, não somente o inciso em causa distingue, por uma banda, o incumprimento do decreto presidencial que declara o estado de anormalidade constitucional e do decreto governamental que o regulamenta, mas, por outra, o inadimplemento do previsto no RESEE, o que não parece deixar dúvidas quanto à irradiação extrínseca pretendida na alteração de 2012, como tem todo o sentido – em termos do elemento teleológico – que se confira tutela penal às situações que mais contendem com a compressão de direitos fundamentais. Mal teria andado o legislador se somente tivesse pretendido que os princípios da dignidade e necessidade de tutela criminais se reservassem para os titulares dos órgãos de soberania intervenientes na declaração dos estados de sítio ou de emergência, deixando desamparada a protecção do conjunto normativo conducente à declaração dos estados de necessidade constitucionais. E, ainda por cima, na medida em que à AR, por resolução, não cabe introduzir emendas ao proposto pelo Chefe de Estado, limitando-se a aceitar ou rejeitar em bloco tal

[8] Em outra direcção, ALEXANDRE AU-YONG OLIVEIRA, “O(s) crime(s) de desobediência no atual estado de emergência, em especial no domínio das restrições ao direito de deslocação e fixação – breves notas”, in: AA.

VV., *Estado de emergência – COVID 19. Implicações na Justiça*, Lisboa: CEJ, 2020, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/eb_Covid19.pdf, pp. 438-442.

iniciativa, pelo que não poderia – até por uma resolução parlamentar não ser o meio juridicamente adequado – cominar com delito o incumprimento do estabelecido nos estados de sítio ou de emergência, donde se não pode dizer que aí haveria oportunidade de cumprir o artigo 165.º, n.º I, alínea c), da CRP. Exigir que a AR – mais tarde ou ao mesmo tempo em que aprova a resolução para dar eficácia ao estado de anormalidade constitucional – aprovasse uma lei cominando com o crime ou crimes que entendesse adequados para a tutela da legislação de emergência, seria desproporcionado e menos conforme aos princípios gerais ditados pelos estados de excepção, quando tal se pode conseguir – como bem foi previsto entre nós – através de uma norma genérica, constante de uma Lei Orgânica como é o RESEE. É esta, segundo cremos, a interpretação mais conforme ao espírito legislativo e até mais actualista, para além de ser aquela que melhor corresponde à injunção hermenêutica contida no artigo 9.º, n.º 3, do Código Civil.

No que concerne ao primeiro recorte típico, pelo que vimos acima no tocante ao processo determinativo do estado de emergência, julgamos que a única interpretação teleologicamente fundada que a norma admite é a de a protecção penal abranger aquilo em que, por rectas contas, faz com que os cidadãos saibam o que lhes é permitido ou vedado em período de excepcionalidade constitucional. Dito por outras palavras, não será apenas e tão-só, como parece resultar à primeira vista de uma mera interpretação enunciativa do artigo 7.º do RESEE, a violação do constante no decreto do PR que configurará a prática do crime de desobediência, mas todo o conjunto normativo sem o qual tal decreto não tem efectividade prática. E isto, note-se, sem bulir com a intangibilidade do artigo 19.º da CRP, tanto mais que qualquer Lei Fundamental, como qualquer outra normação, «não é nem deve ser elevada a livro sagrado», nas judiciosas palavras de

GOMES CANOTILHO^[9]. Na verdade, cabendo ao Governo a execução do referido decreto (artigo 17.º do RESEE), apenas em conjunto, como *acto legislativo complexo ou bifronte*, se insufla de sentido a declaração do estado de anormalidade constitucional^[10]. Donde, os comportamentos exigidos ou vedados no decreto governamental integram o conjunto normativo sem o qual o estado de emergência não se efectiva, o que importa que esse mesmo diploma do Executivo encontra cobertura constitucional, em especial no tangente ao princípio da reserva de lei do artigo 165.º, n.º 1, alínea c), da CRP, para que não restem dúvidas de constitucionalidade orgânica e formal quanto à previsão normativa nele do delito de desobediência.

Mais ainda: de novo em uma leitura literal do artigo 7.º do RESEE, parece que tudo quanto vá prevenido no dito acto legislativo complexo constitui o crime do artigo 348.º do CP. Todavia, se bem analisamos a teleologia da norma e o princípio da proporcionalidade que enforma toda esta situação de excepcionalidade constitucional (cf. artigos 19.º, n.º 4, e 18.º, n.º 2, da CRP e artigos 2.º e 3.º do RESEE), nada impede que o decreto do Governo seleccione, de entre os comportamentos aí prevenidos, quais devem ou não merecer a tutela penal. É esta também mais uma forma de reforçar a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, sem que se possa levantar o escolho, em nosso juízo, de inconstitucionalidade, porquanto o decreto executivo é aprovado ao abrigo do decreto presidencial e da resolução da AR que autoriza o estado de emergência, para além do respaldo do artigo 7.º do RESEE, sendo que este foi aprovado por uma lei orgânica e, por isso, de valor reforçado (artigos 112.º, n.º 3, 136.º, n.º 3, 166.º, n.º 2, 164.º, alínea e), e 168.º, n.º 5, todos da CRP). Acresce que, na arquitectura da Lei Fundamental em sede de excepcionalidade constitucional,

[9] *O tempo curvo de uma Carta (Fundamental) ou o Direito Constitucional interiorizado*, Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2006, p. 25.

[10] Apesar de não o dizer assim expressamente, julgamos ser este o conteúdo útil do pensamento de GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 1104-1105.

partilhada como vista a responsabilidade entre aqueles três órgãos de soberania, não nos restam dúvidas que o legislador constituinte pretendeu reforçar o papel do Governo na avaliação das reais necessidades “no terreno”, dando-lhe, por um lado, uma latitude legislativa sempre regida pelo decreto presidencial e pela resolução parlamentar (para já não falar, a montante, na CRP e no RESEE) para, *in concreto*, prever que comportamentos activos ou omissivos merecem censura penal. É esta uma das funções mais lídimas do Executivo e não foi por acaso que a CRP e o RESEE a reconheceram, confiando-lhe a execução específica do estado de emergência. Só o Governo, pelo conjunto das suas competências e por ser o órgão supremo da Administração Pública (directa, indirecta, independente e autónoma, naturalmente com os diversos graus de vinculação que esta classificação implica) – artigos 182.º e 199.º da CRP – se acha em condições de facto para peneirar de entre a realidade socialmente segregada aquela que merece censura penal, obviamente que sempre sujeita a controlo jurisdicional.

E este último – nunca é de mais lembrá-lo –, é particularmente intensificado – como teria de ser – em estados de sítio ou de emergência, pelas previsões dos artigos 20.º da CRP e 6.º, 18.º, n.º 2, e 22.º, assim como, de alguma forma, o artigo 28.º, estes últimos do RESEE. Assim, não apenas a Procuradoria-Geral da República e a Provedoria de Justiça passam a funcionar em sessão permanente, como existe um particular dever de os tribunais judiciais velarem «pela observância das normas constitucionais e legais que regem o estado de emergência» (artigo 22.º, n.º 2, do RESEE), em especial em sede da providência extraordinária de *habeas corpus* em virtude de detenção^[11] ou prisão ilegais (artigos 220.º e 222.º do Código de

[11] Pelo que se diz em texto, é de saudar a decisão, de 16/5/2020, da juíza de instrução criminal de Ponta Delgada, Patrícia Pedreiras, em sede de *habeas corpus*, que desaplicou legis-

lação dos órgãos de governo próprios da Região Autónoma dos Açores, mais propriamente «os artigos 9.º, 10.º, 11.º e 12.º do Decreto Legislativo Regional n.º 26 /2019, de 22 de novembro, e os

pontos 3, alínea e), e 11, da Resolução do Conselho do Governo n.º 123/2020, também na parte em que remete para a Resolução do Conselho do Governo n.º 77/2020, nos termos das quais se

Processo Penal – CPP – e artigo 2.º, n.º 2, alínea a), do RESEE) e respectivo direito a indemnização (artigos 2.º, n.º 3, do RESEE e 225.º e 226.º do CPP). Mesmo no tocante ao procedimento habitual de detenção, a mesma (em flagrante delito ou fora dele) é sempre comunicada a um juiz de instrução criminal (artigo 2.º, n.º 2, alínea a), do RESEE), o qual decide pela aplicação de medida de coacção processual (e, se for caso disso, de garantia patrimonial) cabíveis, não estando afastado o julgamento em processo sumário (artigo 381.º, n.º 1, do CPP), com clara subalternização do papel do Ministério Público, o que bem se compreende, atenta a função de “juiz das liberdades” em estado de necessidade constitucional.

4. Um último ponto neste apartado. É por demais surpreendente a “ratificação constitucional *ex tunc*” operada pelos três decretos presidenciais de declaração do estado de emergência, pela singular razão de inexistir tal figura no Direito Constitucional ou na Teoria Geral do Direito. O que pretendeu o PR foi sanar eventuais vícios jusconstitucionais ou ordinários de medidas já tomadas pelo Governo no combate à pandemia, quase como se se tratasse de uma ratificação em Direito Administrativo. Do que já foi escrito até à data – e bem – é unânime o erro crasso^[12] e a conseqüente manutenção na ordem jurídica global de eventuais vícios – seja de que natureza forem – que tivessem sido cometidos no passado, em especial durante a situação de alerta que precedeu o estado de emergência. E com a agravante de o último decreto presidencial (n.º 20-A/2020), no seu artigo 8.º, ainda ter acrescentado à norma: «[m]antêm-se em vigor, se não expressa ou tacitamente revogadas [...]», no que parece apontar para uma ratificação *ex nunc*, também inadmissível.

impõe o confinamento obrigatório, por 14 dias, dos passageiros que aterrem na Região Autónoma dos Açores, por desconformidade com o disposto nos

artigos 1.º, 13.º, 18.º, 20.º, 27.º, 165.º, n.º 1, alínea b), 225.º, n.º 3, 227.º, n.º 1, alínea b) e 228.º, da Constituição da República Portuguesa».

[12] Assim, p. ex., JORGE REIS NOVAIS, *op. cit.* e ALEXANDRE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 442-444.

II. CRONOLOGIA DE UMA PANDEMIA

Na sequência das normas constitucionais e ordinárias brevemente analisadas, façamos a cronologia da situação pandémica vivida.

A primeira reacção legislativa consistiu na declaração do nível menos grave permitido pela Lei de Bases da Protecção Civil (LBPC, aprovada pela Lei n.º 27/2006, de 3 de Julho), por via da declaração da situação de alerta em todo o território nacional, através do despacho conjunto do Ministro da Administração Interna e da Ministra da Saúde n.º 3298-B/2020, de 13 de Março, o qual estava previsto que vigorasse até 9/4/2020.

Era exactamente com base em algumas disposições da LBPC, a que se juntam outras da Lei de Bases da Saúde (LBS, aprovada pela Lei n.º 95/2019, de 4 de Setembro) e da Lei n.º 81/2009, de 21 de Agosto (sistema de vigilância em saúde pública), que o Governo, como assinalámos *supra*, se preparava, numa primeira concepção das coisas, para enfrentar a pandemia sem que o PR declarasse o estado de emergência. De um prisma da protecção criminal conferida por esses diplomas – aquela que aqui importa escarpelizar –, a tessitura normativa apresentava-se do modo que a seguir veremos. O n.º 7 do Despacho n.º 3298-B/2020 estabelecia que «[a] desobediência e a resistência às ordens legítimas das entidades competentes, quando praticadas em situação de alerta, constituem crime e são sancionadas nos termos da lei penal, sendo as respetivas penas agravadas em um terço, nos seus limites mínimo e máximo, nos termos do n.º 4 do artigo 6.º da Lei de Bases da Protecção Civil». Rege este último inciso 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 e as respetivas penas são sempre agravadas em um terço, nos seus limites mínimo e máximo». Estávamos, assim, perante aquilo que vem sendo designado por “desobediência em sentido impróprio ou impuro”, ou seja, a modalidade típica do

artigo 348.º, n.º 1, alínea a), do CP, em que é uma disposição legal que expressamente comina certo comportamento activo ou passivo com a pena aí prevenida e que, no caso, até de modo mais exacto, remete para uma forma agravada do crime, que se não pode dizer compreendida no n.º 2 do artigo 348.º do CP, na medida em que a moldura penal abstracta, nestas hipóteses, varia entre um mês e dez dias (artigo 41.º, n.º 1, do CP para o limite mínimo regra da sanção privativa de liberdade) e um ano e quatro meses ou multa de treze dias (mínimo da pena de multa de dez dias – artigo 47.º, n.º 1, do CP) a 160 dias (sempre tendo em consideração a agravação em um terço para as punições desta forma de multa alternativa a ser lida em conjugação com o artigo 70.º do mesmo Código). Uma nota já: não deixa de ser incongruente que, em situação de alerta, a moldura penal abstracta para o crime de desobediência seja mais severa que a prevista para o estado de emergência, o que, atendendo ao princípio da proporcionalidade e por considerações político-criminais, reclama intervenção legislativa.

Seguiu-se, como sabemos, um período de 45 dias de estado de emergência em todo o território nacional, primeiro resultante do Decreto do PR n.º 14-A/2020, de 18 de Março (de 19 de Março a 2 de Abril de 2020) e da Resolução da AR n.º 15-A/2020, de 18 de Março, executado pelo Decreto Governamental n.º 2-A/2020, de 20 de Março; uma primeira prorrogação por via do Decreto Presidencial n.º 17-A/2020, de 2 de Abril (de 3 a 17 de Abril de 2020) e da Resolução Parlamentar n.º 22-A/2020, de 2 de Abril, executado pelo Decreto n.º 2-B/2020, de 2 de Abril; e, finalmente, a segunda renovação através do Decreto do PR n.º 20-A/2020, de 17 de Abril (abrangendo o período de 18 de Abril a 2 de Maio de 2020), e da Resolução da AR n.º 23-A/2020, de 17 de Abril, executado pelo Decreto n.º 2-C/2020, de 17 de Abril, e pelo Decreto n.º 2-D/2020, de 30 de Abril (para o período de 1 a 3 de Maio de 2020, em virtude do fim-de-semana prolongado resultante do feriado do Dia do Trabalhador).

Finda a anormalidade constitucional, foi declarada a situação de calamidade, através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 33-A/2020 (vigente de 3 a 17 de Maio de 2020), seguida da n.º 38/2020, de 17 de Maio (período de 18 a 31 de Maio de 2020), aquela que, à altura em que escrevemos o presente artigo, se encontra em vigor e que, por certo, será renovada.

Cumpramos agora, traçada a cronologia, tecer alguns brevíssimos comentários sobre o crime previsto e punido pelo artigo 348.º do CP, sobretudo no que tange às suas diversas modalidades típicas, para, depois, afrontar o problema de saber, em concreto, qual o âmbito da sua aplicação em cada um dos momentos traçados e, a montante, se existem ou não obstáculos constitucionais ao seu regime.

III. BREVES NOTAS SOBRE O CRIME DE DESOBEDIÊNCIA

Longe do nosso propósito está a elaboração de um qualquer tipo de “comentário” ao artigo 348.º do CP^[13], mas somente recortar alguns aspectos fulcrais do mesmo para iluminar o conjunto de problemas que nos ocupam.

Habitualmente considerado como um delito cujo bem jurídico é a «autonomia intencional do Estado»^[14], *i. e.*, a necessidade imperiosa que as ordens ou instruções legítimas de autoridade cominadas na lei (em sentido amplo) ou resultantes de advertência prévia por autoridade ou funcionário (no sentido do artigo 386.º do CP) sejam efectivamente cumpridas, o interesse criminalmente

[13] Vejam-se, *inter alia*, a anotação de CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, in: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 349-359. Já PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do*

Código Penal, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008, p. 825, entende que o tipo protege igualmente a “autonomia intencional do funcionário”, o que nos parece desnecessário, dado que o funcionário actua no âmbito mais amplo da organização do Estado

(artigo 386.º do CP) e porquanto o interesse protegido em causa nunca é do próprio funcionário, mas do Estado em si mesmo considerado.

[14] CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *op. cit.*, p. 350.

protegido tem, em nosso entender, uma ligação umbilical com o conjunto de atribuições que o legislador constituinte acomete, exemplificativamente, ao próprio Estado (artigo 9.º da CRP), com a autoridade estatal (muito diferente de autoritarismo) e, por via disso, com o próprio conceito de Estado de Direito democrático em que se erige a República (artigos 1.º e 2.º da Lei Fundamental)^[15].

Em termos do tipo-de-ílicito objectivo, as modalidades da desobediência simples – que existem desde a versão originária de 1982 (artigo 388.º, n.ºs 1 e 2), embora com técnica legislativa menos perfeita que a resultante da revisão de 1995 do CP^[16] – prevenidas nas duas alíneas do n.º 1 do artigo 348.º do CP fazem da constante da alínea a) uma verdadeira *norma penal em branco*, porquanto o conteúdo da determinabilidade criminal só se acha por via de uma interpretação conjugada da norma cujo comportamento é descrito (norma-base) e aquela que fornece a moldura penal abstracta (norma secundária ou sancionatória). Por outras palavras: a dita “desobediência imprópria” somente recorta a factualidade de outra norma (de qualquer ramo de Direito) expressamente cominar que o seu inadimplemento gera a responsabilidade criminal prevista para a desobediência típica, pelo que, por rectas contas, a dita alínea a) apenas cura da estatuição, ao passo que a previsão consta de uma outra norma que, só assim, insufla de sentido esta modalidade típica.

Por seu turno, a alínea b) do n.º 1 do artigo 348.º do CP – desobediência própria, pura ou *ad hoc*^[17] – estabelece uma

[15] Como bem referia VÍCTOR SÁ PEREIRA, *Código Penal*, Lisboa: Livros Horizonte, 1988, p. 425, logo quanto à incriminação constante da versão originária do CP (o então artigo 388.º), «[n]o fundo, trata-se da primazia do princípio da legalidade, que sustenta todo o Direito Penal moderno [...]».

[16] Veja-se a versão da proposta de lei baseada no trabalho da comissão presidida por FIGUEIREDO DIAS – *Reforma do Código Penal. Trabalhos preparatórios*, vol. I, Lisboa: Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, 1995, p. 97 (então artigo 347.º).

[17] Expressão que julgamos mais usada pela jurisprudência, como se vislumbra, entre uma plêiade interminável de arestos, no Ac. do Tribunal da Relação de Évora (TRE) de 29/1/2013, Proc. n.º 393/09.4TALGS.EI (ANTÓNIO JOÃO LATAS), disponível em <http://www.dgsi.pt>, em Maio de 2020, como sucede, salvo indicação em contrário, com todos os acórdãos citados.

curiosa forma de surgimento da responsabilidade criminal. Já o CP de 1852, no seu artigo 188.º, previa o seu preenchimento nas hipóteses em que a obediência «aos mandados da auctoridade publica» não se achassem especialmente declarados «nas leis ou regulamentos administrativos auctorizados pela lei»^[18]. Na verdade, aqui inexistia qualquer norma que estabeleça a punição por desobediência, pelo que o conteúdo de ilícito surge da conjugação do incumprimento normativo e da cominação realizada por quem exerce autoridade pública, ou seja, este último informa o inadimplente que o seu comportamento desobediente é ilícito e que se persistir na resolução criminoso, perfecciona-se o tipo legal previsto e punido pelo artigo 348.º, n.º 1, alínea b), do CP. Tal significa ainda que a simples cominação do funcionário ou autoridade não opera, *ipso facto*^[19], o preenchimento do tipo objectivo, bem se falando numa modalidade subsidiária em face da alínea a)^[20]. E *subsidiariedade a dois níveis*: a alínea b) só opera se a hipótese fáctica se não subsumir à prevenida na alínea a) e, em segundo lugar, quando o incumprimento se não ache sancionado por ilícito de qualquer outra natureza jurídica (contra-ordenacional, civil, etc.), pois, se tal suceder, violar-se-iam os princípios da dignidade e carência punitivas se outra fosse a solução jurídica defendida. Mister é indagar

[18] O *Código Penal de 1852 nos 150 anos do primeiro Código Penal português* (1852-2002), Lisboa: Ministério da Justiça, 2002, p. 68.

[19] Como amiúde sucede, mantém plena actualidade a advertência de CESARE BECCARIA (*Dos delitos e das penas*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 83): «se esse oficial [policia] actuar com leis arbitrarias e não estabelecidas por um código que circule pelas mãos de todos os cidadãos, abre-se uma porta para aquela tirania que sempre rodeia todas as

fronteiras da liberdade política». Nas palavras *aggiornate* de GERMANO MARQUES DA SILVA, *Temas de Direito*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, p. 52, «[...] se o povo é o detentor da soberania, o que é decisivo é o seu mandato, não o efetivo exercício do poder, como cautela para evitar os excessos do populismo [...]».

[20] Vide o Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) de 5/12/2007, Proc. n.º 9085/2007-3 (CARLOS ALMEIDA): «Uma vez que a incriminação prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 348.º

do Código Penal tem carácter subsidiário, a autoridade ou o funcionário só podem fazer a cominação aí prevista quando o legislador não tenha estabelecido expressamente que o comportamento deve ser sancionado diversamente, seja por uma outra incriminação, seja como um ilícito de diferente natureza». E com a *dupla subsidiariedade* assinalada em texto julgado -se afastar as dúvidas levantadas por CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *op. cit.*, p. 352-353, quanto a este entendimento jurisprudencial que temos por bem fundado.

se, para além da legitimidade da ordem^[21] – de um prisma formal e funcional –, existe ainda legitimidade material, ou seja, certamente que não pode ter sido intenção do legislador conferir tutela penal a toda e qualquer ordem ou mandado de autoridade, sob pena de violação frontal dos princípios da necessidade, dignidade e intervenção criminal como tutela de *ultima ratio* exclusivamente de bens jurídicos. Tal significa, então, que o legislador entendeu deixar nas mãos do julgador a tarefa que pode ser bastante complexa de aferir da necessidade e dignidade penais do comportamento omitido em causa, o que pode bem ser encarada como uma excessiva devolução legislativa à entidade judicativa que, não sendo materialmente inconstitucional, deixando um lato campo hermenêutico ao juiz, pelo menos levanta fundadas dúvidas de constitucionalidade em termos do já assinalado princípio da determinabilidade penal, emanação do princípio da legalidade criminal^[22] (nas palavras de LUIGI FERRAJOLI^[23], «a crise de racionalidade e de certeza que infesta de modo crescente e incontrolado a legalidade penal e, por via disso, o modelo iluminista da legitimação da jurisdição sob a base da sua sujeição à lei»). E daqui também deriva que, na acusação pública, estando em causa a modalidade típica desta alínea b), devem dela constar factos dos quais se retira ter existido a cominação por parte de quem de direito, o modo como tal se operou e a necessidade da mesma para que o funcionário ou autoridade pudessem eficazmente cumprir os seus deveres funcionais. Com o que – note-se – também se dá um sentido acrescido à estafada fórmula da

[21] Que não “um apelo ou conselho”, particularmente no modo como o Governo sempre anunciou, nesta fase pandémica, a actuação das forças e serviços de segurança, numa crismada “atitude pedagógica”. Assim, o Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra (TRC) de 8/6/1983, *CJ VIII*, t. 3, p. 99.

[22] Sobre ele, entre tantos, veja-se o nosso *As «posições de garantia» na omissão impura. Em especial, a questão da determinabilidade penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, NICOLÁS GARCÍA RIVAS, *El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1992, e ROSARIO

DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

[23] «Crisi della legalità penale e giurisprudizione. Una proposta: la riserva di codice», in: AA. VV., *Legalità e giurisprudizione*, Milano: CEDAM, 2001, p. 27 (tradução nossa).

“autonomia intencional do Estado e da autoridade pública”, no sentido em que tem de se alegar e provar que sem tal cominação a ordem ou mandado de autoridade não podiam de todo ser levados a cabo ou sê-lo-iam com prejuízo para os interesses sociais, os quais têm de assumir o mínimo de gravidade, sob pena de vulneração dos sobreditos princípios de dignidade e necessidade criminais.

IV. O CRIME DURANTE O ESTADO DE EMERGÊNCIA

1. De acordo com os respectivos relatórios de monitorização do estado de emergência e das suas duas renovações (artigo 28.º do RESEE)^[24], conclui-se que, de 22/3 a 2/4/2020, houve 110 notícias da prática do crime de desobediência, o que representa mais 50 que o período homólogo de 2019, tendo as detenções ascendido a 108; na primeira renovação do estado de necessidade constitucional, de 3 a 17/4/2020, há *notitia criminis* de 307 eventuais delitos por desobediência (mais 149 que em idêntico período de 2019), ocorrendo 184 detenções; finalmente, na segunda e última renovação, de 18/4 a 2/5/2020, as notícias do delito em causa cifram-se em 124 (mais 81 que em homólogo período de 2019), com uns inexplicáveis 136 casos de detenção por desobediência.

Em qualquer dos três períodos vividos de estado de emergência, os decretos presidenciais nada referem no tocante à criminalização de condutas, por não ser esse o seu desiderato, mas os decretos do executivo que os regulamentaram previram,

[24] Disponíveis, respectivamente, em <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=356942e0-b872-4659-9309-c4cdfd760622>; <https://www.parlamento.pt/Documents/2020/abril/>

[Relatorio-Governo-II.pdf](#) e <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=b8560501-45e9-4421-b20a-927b6d65e964>.

de modo expresse, nos termos do artigo 348.º, n.º 1, alínea a), do CP, somente a punição por desobediência da violação do dever de confinamento obrigatório^[25]. Quanto aos demais deveres comuns a todos os decretos executivos regulamentadores (dever especial de protecção, dever geral de recolhimento domiciliário, encerramento de instalações e estabelecimentos, suspensão de actividades no âmbito do comércio a retalho e da prestação de serviços, incumprimento de regras de segurança e higiene, eventos de cariz religioso e culto e incumprimento do dever de protecção individual), resulta que a vulneração dos deveres de encerramento de instalações e estabelecimentos e de suspensão de actividades no âmbito do comércio a retalho e da prestação de serviços igualmente configuram a prática do delito de desobediência, mas agora sempre e só se precedido da cominação a que alude o artigo 348.º, n.º 1, alínea b), do CP [cf. artigo 32.º, n.º 1, alínea b), do Decreto n.º 2-A/2020, artigo 43.º, n.º 1, alínea d), do Decreto n.º 2-B/2020 e artigo 46.º, n.º 1, alínea d), do Decreto n.º 2-C/2020]. Os demais parecem não configurar qualquer crime, como aliás, *prima facie*, julga retirar-se do artigo 32.º, n.º 1, alíneas c) e d), do Decreto n.º 2-A/2020, do artigo 43.º, n.º 1, alíneas a), e) e f), do Decreto n.º 2-B/2020 e do artigo 46.º, n.º 1, alíneas a), e) e f), do Decreto n.º 2-C/2020.

Note-se que durante a primeira renovação do estado de emergência também configurou crime de desobediência do artigo 348.º, n.º 1, alínea b), do CP a violação aos limites de circulação no período da Páscoa (artigo 6.º do Decreto n.º 2-B/2020), para além de o dito artigo 46.º, n.º 1, alínea d), em reforço contrafáctico – e isto sucedeu em todos os decretos do Executivo –, voltar a referir-se ao dever de

[25] Em todos eles, sempre o artigo 3.º, com a seguinte redacção: «1 - Ficam em confinamento obrigatório, em estabelecimento de saúde, no respectivo domicílio ou noutro local definido pelas autoridades de saúde [este último

segmento só não surge no Decreto n.º 2-A/2020, de 20/3]: a) Os doentes com COVID-19 e os infetados com SARS-Cov2; b) Os cidadãos relativamente a quem a autoridade de saúde ou outros profissionais de saúde

tenham determinado a vigilância ativa. 2 - A violação da obrigação de confinamento, nos casos previstos no número anterior, constitui crime de desobediência».

confinamento obrigatório [mas esse já por via da alínea a) do n.º 1 do artigo 348.º do CP]. Por outro lado – e ao invés do Decreto n.º 2-A/2020 –, nos decretos governamentais atinentes às duas renovações do estado de emergência, a alínea c) do n.º 1 do artigo 43.º do Decreto n.º 2-B/2020 e a alínea b) do n.º 1 do artigo 46.º do Decreto n.º 2-C/2020 previram que a fiscalização confiada às forças e serviços de segurança e à polícia municipal^[26] se faria mediante «a emanação de ordens legítimas, nos termos do presente decreto, designadamente para recolhimento ao respetivo domicílio». Ora, tal significa que, de 3/4 a 2/5/2020, por via desta verdadeira cláusula geral, é legítimo entender que terá sido intenção do Governo, por certo ancorado no artigo 7.º do RESEE, que todo o conteúdo de dever incumprido constante dos Decretos n.ºs 2-B e C/2020 gozassem de tutela penal por via do artigo 348.º, n.º 1, alínea b), do CP, o que é dissonante das declarações públicas, designadamente do Primeiro-Ministro, que apenas se referiam ao crime de desobediência por violação do dever de confinamento obrigatório. Todavia, o último relatório de monitorização da segunda renovação do estado de emergência, detalha as detenções por desobediência (136) do seguinte modo: 144 por vulneração do dever de confinamento obrigatório, uma pelo dever especial de protecção, 60 pelo dever geral de recolhimento domiciliário, 14 pelo incumprimento de encerramento, acrescentando uma no comércio a retalho, 3 na prestação de serviços, 12 por resistência/coacção e uma pela violação de circular entre concelhos nas datas compreendidas entre 1 e 3/5/2020, nos termos do Decreto n.º 2-D/2020. Daqui se retira, então, na prática, que o Governo terá interpretado a legislação vigente no sentido de que o incumprimento de qualquer dever constante dos

[26] O que cabe no âmbito das competências desta polícia administrativa (cf. artigos 1.º a 4.º da Lei n.º 19/2004, de 20 de Maio) que, para o efeito,

gozam da protecção penal conferida pelo artigo 348.º, n.º 1, alínea a), do CP, por via do artigo 14.º, n.º 1, da referida Lei.

decretos regulamentadores do estado de emergência configurava o delito de desobediência, seja por via da modalidade típica da alínea a), seja da alínea b) do n.º 1 do artigo 348.º do CP.

E, na verdade, em nossa opinião, é exactamente esta, em extrema súmula, a conclusão a retirar da concatenação dos decretos presidenciais e de execução e do artigo 7.º do RESEE – qualquer dever prevenido nos decretos do Governo que tenha cobertura nos decretos do Chefe de Estado e que não conflitue – como não conflituava – com as cláusulas pétreas do artigo 19.º, n.º 6, da CRP, conduz à prática do crime de desobediência imprópria ou sob coimação^[27].

In abstracto, poder-se-ia configurar a hipótese de só e apenas os deveres em que os decretos do Governo expressamente preveniram o delito de desobediência se alcançarem ao seu preenchimento típico, até por considerações de proporcionalidade (artigo 19.º, n.º 4, da CRP). Todavia, a sedução da ideia logo soçobra em face – aí sim – de irremível violação do princípio da legalidade criminal (artigo 29.º da CRP e artigo 1.º do CP), na modalidade de reserva de lei do artigo 165.º, n.º 1, alínea c), da CRP, pois que não cabe ao Executivo, nas competências que lhe são cometidas pelo artigo 17.º do RESEE, escolher, de entre o leque aberto pelo artigo 7.º do diploma citado em último lugar, que condutas configuram ou não a prática deste delito (ou de qualquer outro). Tanto mais quanto se sabe que os estados de excepção constitucional em nada bolem com as atribuições dos órgãos de soberania que permanecem as mesmas – artigo 19.º, n.º 7, da CRP.

2. Uma primeira nota que ressalta é a falta de clareza na previsão normativa e um emaranhado de normas que suscitam – como vêm suscitando – dúvidas de constitucionalidade que, na prática, se esse

[27] Na conclusão, também VÂNIA FILIPE MAGALHÃES, "Reflexões sobre o crime de desobediência em estado de emergência", *Julgat online*, Março de

2020, p. 15, disponível em <http://julgar.pt/reflexoes-sobre-o-crime-de-desobediencia-em-estado-de-emergencia/>.

for o entendimento dos tribunais no seu conjunto (*maxime* do Tribunal Constitucional – TC –, onde provavelmente a questão chegará), poderá fazer cair a tutela penal como um castelo de cartas.

Vejamos, de seguida, que os poucos escritos naturalmente ainda dados à estampa se têm dividido, no essencial, entre aqueles que manifestam dúvidas de constitucionalidade quanto à incriminação penal ou que propendem mesmo para a sua falta de solvabilidade face à CRP, por um lado, e outros que defendem que uma hermenêutica teleologicamente orientada, em especial aos princípios e regras da Lei Fundamental, permite afirmar o seu cumprimento. Fá-lo-emos de modo confrontativo em relação a cada argumento.

3. Do lado dos primeiros autores afirma-se que o Governo optou erradamente pelo tipo legal de delito com que confere tutela penal ao incumprimento dos deveres de acção e de omissão resultantes do estado de emergência. Assim, apesar de todos os preâmbulos apresentarem as medidas como essenciais para a protecção da saúde pública^[28] [artigos 52.º, n.º 3, alínea a), 60.º, n.º 1, 64.º e 207.º, n.º 2, da CRP], certo é que o legislador infra-constitucional optou pela figura-de-delito da desobediência e não, p. ex., pela de propagação de doença [artigo 283.º, n.º 1, alínea a), e n.ºs 2 e 3, do CP]^[29]. E, em nossa perspectiva, não ignorando que o fulcro da protecção penal originada pela pandemia é por certo a saúde pública, julgamos que foram considerações judiciosas, em termos sobretudo probatórios, que levaram o Governo a trilhar este caminho. Na verdade, de

[28] Definível, para o que aqui importa e por se tratar de uma posição operativa, como a materialização das condições mínimas de salubridade comunitária, substrato do tráfico jurídico, económico, social (PEDRO MORAIS, “O internamento compulsivo do portador de doença infecto-contagiosa. Notas de andar e ver”, *Lex Medicinæ* 10, 20 (2013), p. 164).

[29] O Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, há muito carecido de revisão, nos crimes contra a saúde pública apenas consagra o abate clandestino (artigo 22.º), pelo que nunca seria solução. Sobre as implicações da crise pandémica na interpretação e aplicação deste diploma, cf. SOFIA RIBEIRO BRANCO, *Perspeti-*

vas criminais associadas ao estado de emergência, Observatório Almedina, disponível em https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/04/13/perspetivas-criminais-associadas-ao-estado-de-emergencia/?utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=3890-27042020.

todos são conhecidas as enormes dificuldades em carrear prova que permita a verificação do crime de propagação de doença, a que acresce a essencialidade de recurso à prova pericial, com os mais que crónicos atrasos na obtenção dos relatórios periciais. Acresce que, mesmo em termos dogmáticos, tendo sido configurado um conjunto de deveres resultantes dos decretos presidenciais nos decretos executivos, é correcta a interpretação segundo a qual o núcleo de ilicitude – ao menos directo – consiste no inadimplemento de tais ordens ou abstenções, ainda que se afirme com correcção que, mediatamente, esse exigido cumprimento o é a fim de evitar a propagação de doença e, consequentemente, como objecto mediato de protecção, surge a saúde pública.

Não é de mais salientar, ainda, que o TC, em sucessivos arestos^[30], tem afirmado que o legislador ordinário goza de um relativo campo de escolha do bem jurídico protegido por dada infracção. Dito de outro modo, a Lei Fundamental não petrifica a actividade legiferante no sentido de só um dado interesse juridicamente relevante dever ser recoberto pelo manto penal. E isto desde que o bem

[30] De entre uma miríade de arestos, cf. o Ac. do TC n.º 527/95, de 4/10, *Diário da República*, I-A, de 10/11/1995: «É evidente que o juízo sobre a necessidade do recurso aos meios penais cabe, em primeira linha, ao legislador, ao qual se há-de reconhecer, também nesta matéria, um largo âmbito de discricionariedade. A limitação da liberdade de conformação legislativa, nestes casos, só pode, pois, ocorrer quando a punição criminal se apresente como manifestamente excessiva». Mais recentemente, em aresto com o qual concordamos em absoluto (Ac. n.º 134/2020, de 3/3, Proc. n.º 1458/17, LINO RODRIGUES RIBEIRO, disponível em <http://tribunalconstitucional.pt>), em que se reflectiu

a posição do TC, considerando inconstitucional o crime previsto e punido pelo artigo 169.º, n.º 1, do CP, afirma-se algo de semelhante e que vale ainda para demonstrar que os princípios indicados pelo autor citado na nota seguinte já são seguidos por aquele Tribunal: «[n]um Estado de Direito democrático, o legislador ordinário dispõe inerentemente de uma grande liberdade para a definição das normas jurídicas que disciplinam a vida social. Em razão da legitimidade que para esse efeito lhe é atribuída pela comunidade, é inequivocamente a si que compete definir, entre tantas outras matérias, as condutas cuja prática atrai uma sanção penal e o exato recorte dessas condutas. No entanto, esta intervenção crimina-

lizante está sujeita a certas limitações constitucionais, encontrando no princípio do direito penal do bem jurídico (à semelhança do que, embora com variações, se verifica em vários outros ordenamentos jurídicos) um primeiro e fundamental constrangimento. Manifestação específica do imperativo de proporcionalidade a que transversalmente se subordina a restrição de direitos fundamentais, este princípio perfila-se como uma barreira ao excesso – seja ele arbitrário ou apenas inadvertido – na restrição do direito à liberdade pela via penal, proibindo toda a criminalização que não possa ser justificada em nome de outros direitos ou interesses constitucionalmente consagrados».

jurídico tenha em conta os seguintes critérios para assegurar a respectiva solvabilidade constitucional^[31]: *a*) o legislador ordinário não pode elevar ao conceito de bem jurídico qualquer interesse que se não retire da Constituição ter sido um objectivo que a lei fundante assinalou ao próprio Direito Penal; *b*) nas respectivas condições e funções goza o legislador infra-constitucional de um considerável campo de manobra concretizadora; e *c*) não basta a exigência de identificabilidade do bem jurídico, mas também que o mesmo apenas seja protegido em face de condutas humanas realmente aptas a lesá-lo ou colocá-lo em risco de lesão.

Ora, é para nós indisputado que, no caso vertente, o Governo cumpriu tais desideratos, sendo de sublinhar que o condenado não tem uma espécie de “direito” a sê-lo em função de um dado bem jurídico ou de outro, ponto é que esse tenha previsão na CRP e cumpra os princípios da dignidade, necessidade e carência da intervenção criminais. E ninguém duvida que a «autonomia intencional do Estado» preenche todos estes requisitos. «Jamais o bem jurídico-penal poderia vir a ser manipulado como calcanhar de Aquiles no fazer-se Justiça»^[32]. Assim, em nosso juízo, não existe qualquer inconstitucionalidade por falta de ou errada indicação de bem jurídico subjacente ao crime de desobediência no estado de emergência declarado.

4. Um outro aspecto que merece discussão em sede de (in)constitucionalidade do conjunto normativo formado pelos decretos presidenciais e executivos contende com o facto de os últimos terem todos sido emanados ao abrigo da competência administrativa do Governo prevista no artigo 199.º, alínea g), da CRP, segundo o qual

[31] RUDOLPHI, *SK-StGB (Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch)*, Band I, 9. Auflage, München: Beck, 2017, p. 2-5. De idêntico pensamento

julgamos não andar longe MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Constitucional Penal*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 114-121.

[32] PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Crimes & Penas. Filosofia Penal*, Coimbra: Almedina, 2020, p. 244.

«[c]ompete ao Conselho de Ministros: [d]eliberar sobre outros assuntos da competência do Governo que lhe sejam atribuídos por lei ou apresentados pelo Primeiro-Ministro ou por qualquer Ministro».

Em face do já analisado artigo 165.º, n.º 1, alínea c), da Lei Fundamental, entende-se^[33] que os eventuais crimes de desobediência padecem de inconstitucionalidade orgânica e formal, por não constarem de lei da AR ou de decreto-lei precedido de lei de autorização, acentuando ainda tratar-se de previsões normativas relacionadas com a “competência administrativa” do Executivo, o que seria inconcebível em termos de reserva de lei.

Em primeiro lugar, comecemos por este último aspecto, para discordar de tal linha argumentativa. Na verdade, no que aos estados de excepção constitucional tange, a única disposição da *norma normarum* relativa ao Governo é a do artigo 197.º, n.º 1, alínea f), quanto à sua pronúncia no processo legislativo em causa^[34]. Não restando outra qualquer disposição expressa em sede de competências do Executivo, é natural que tenha sido usada a norma que prevê uma competência residual. Mais, o facto de se tratar de uma “função administrativa” em nada bole com o princípio da reserva de lei, porquanto, como já procurámos explicar no enquadramento jusconstitucional, a declaração do estado de emergência é um acto legislativo complexo do qual fazem parte, desde logo, o artigo 19.º da CRP, as demais normas em sede procedimental e de fiscalização política e judicial, mas também o artigo 7.º do RESEE que, como interpretámos, tem uma eficácia externa – ao invés dos iniciais “crimes de responsabilidade” –, assim se configurando como norma habilitante para a aplicação de um único tipo legal de crime, que é exactamente a desobediência. E veja-se que não usámos propositadamente a expressão “criação” de um tipo legal, porquanto esta

[33] É o caso de ALEXANDRE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 431-434.

[34] Em outro sentido, apontando para a vantagem do recurso ao artigo 198.º, n.º 1, alínea b), da CRP, *ibidem*, p. 435.

só é possível, por via da reserva de lei do artigo 165.º, n.º I, alínea c), da CRP, através de lei da AR ou de decreto-lei autorizado. Ora, e então o que é o RESEE se não uma lei orgânica, ainda por cima de valor reforçado, como sublinhado *supra*?

Por outras palavras, a punição por desobediência nos decretos executivos do estado de emergência nem sequer se pode dizer, em nossa perspectiva, que apenas seja dotada de legitimidade de segundo grau, porquanto repousa directamente na Lei n.º 44/86, ainda por cima matéria de competência legislativa exclusiva da AR [artigo 164.º, alínea e), da CRP]. Donde, se o Governo tivesse, p. ex., apresentado proposta de lei para criminalizar comportamentos como desobedientes, estaria a duplicar o título de legitimação sem qualquer necessidade jusconstitucional. Diferente seria – isso sim – se o Executivo pretendesse lançar mão de outras figuras-de-delito, o que de todo sucedeu e que, na prática, por certo também militou no sentido da escolha da prevista no artigo 348.º do CP e não em outras disposições.

V. O CRIME DURANTE A SITUAÇÃO DE CALAMIDADE

Como assinalado *supra*, à época em que redigimos este trabalho, o país mantém-se em estado de calamidade, declarado através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 38/2020, de 17 de Maio, em vigor até 31/5/2020, ao abrigo do artigo 9.º, n.º 3, da LBPC.

O que significa que a fonte legitimadora para a comissão e punição de crimes de desobediência neste período praticados (e no âmbito de idêntico diploma n.º 33-A/2020, de 30 de Abril, o qual vigorou de 3 a 17/5/2020) deixa naturalmente de ser o artigo 7.º do RESEE, para passarem a ser os já mencionados artigos 11.º e 6.º, n.º 4, da LBPC, igualmente aí se não vislumbrando qualquer forma de inconstitucionalidade.

Em ambos os diplomas, o n.º 6, alínea c) menciona: «[r]eforçar, sem prejuízo dos números anteriores, que compete às forças e serviços

de segurança e à polícia municipal fiscalizar o cumprimento do disposto na presente resolução, mediante [...] c) [a] emanção das ordens legítimas, nos termos da presente resolução, designadamente para recolhimento ao respetivo domicílio», o que importa o preenchimento da modalidade típica do artigo 348.º, n.º 1, alínea b), do CP. Como sempre, sem tal prova de cominação, a acusação pública deve ser rejeitada, por manifestamente infundada, em fase de saneamento do processo, dado faltar um elemento do tipo objectivo [cf. artigos 311.º, n.º 2, alínea a), e n.º 3, alínea d), do CPP] ou, não o tendo sido, outra hipótese não restará que não seja a absolvição do arguido: *nullum crimen sine lege*.

Por outro lado, o sobredito n.º 6, alínea b), estabelece o mesmo dever de fiscalização quanto ao «encerramento dos estabelecimentos e a cessação das atividades previstas no anexo I ao regime anexo à presente resolução e da qual faz parte integrante». O seu incumprimento preencherá o tipo legal do artigo 348.º, n.º 1, alínea b), do CP.

De seguida, a alínea d) prevê que as forças e serviços de segurança cominem e participem «por crime de desobediência, nos termos e para os efeitos da alínea b) do n.º 1 do artigo 348.º do Código Penal, do artigo 6.º da Lei n.º 27/2006, de 3 de Julho [LBPC], na sua redação actual, por violação do disposto nos artigos 5.º e 6.º do regime anexo à presente resolução, bem como do confinamento obrigatório de quem a ele esteja sujeito nos termos do artigo 2.º do referido regime», ou seja, configurará igualmente desobediência própria ou *ad hoc* aquela que vulnere o dever de confinamento obrigatório [que em estado de emergência não necessitava de cominação, sendo abrangida pela alínea a) do n.º 1 do artigo 348.º do CP], o incumprimento do dever de encerrar instalações e estabelecimentos e a recusa de suspender actividades no âmbito do comércio a retalho e de prestação de serviços. E, note-se, apenas estes – e nenhum outro – comportamentos serão típicos em termos de desobediência.

Por fim, o n.º 10 do diploma em análise («[r]eforçar que a desobediência e a resistência às ordens legítimas das entidades competentes, quando praticadas durante a vigência da situação de calamidade e em violação do disposto no regime anexo à presente resolução, constituem crime e são sancionadas nos termos da lei penal, sendo as respetivas penas agravadas em um terço, nos seus limites mínimo e máximo, nos termos do n.º 4 do artigo 6.º da Lei n.º 27/2006, de 3 de Julho [LBPC], na sua redação atual») nada mais faz que servir de admonição para a tutela penal que, como se salientou já, é estranhamente mais severa em situação de calamidade que em pleno estado de emergência.

Tudo, portanto, no sentido natural de, em situação de calamidade, serem menos as factuais desobedientes, exigindo-se sempre a prova da cominação por autoridade ou funcionário.

VI. CONCLUSÃO

Do percurso trilhado, em especial do entendimento do estado de emergência como um processo composto, *como se de um acto único se tratasse*, por via do decreto presidencial e da autorização parlamentar, a que acresce o artigo 7.º do RESEE, na hermenêutica patrocinada, somos levados a concluir pela não inconstitucionalidade do crime de desobediência nas suas duas modalidades típicas das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 348.º do CP, seja em estado de emergência, seja na actual situação de calamidade.

Porto, 26 de Maio de 2020