10. Defesa por não acatamento do dever de recolhimento domiciliário (#2)

AUTO DE CONTRA-ORDENAÇÃO Nº ...

(nome da entidade que enviou a notificação)

Exmºs Senhores,

**JOÃO...,** casado, portador do cartão de cidadão nº ..., válido até ..., NIF ..., morador na Urbanização ... – Lisboa, vem, nos termos do artº 50º DL 433/82, de 27 de Outubro, apresentar a sua DEFESA, o que faz nos termos e com os fundamentos seguintes:

01 Foi o ora Arguido notificado de todo o auto de contra-ordenação sobre-
-identificado.

02 Tal como se encontra prevista no artº 4º/1 do Decreto da Presidência do Conselho de Ministros nº 3-A/2021, de 14 de Janeiro, a imposição de permanência das pessoas na respectiva habitação consubstancia uma verdadeira detenção ou prisão domiciliária, executada de forma coerciva através de fiscalização realizada pelas forças de segurança pública, as quais não apenas abrem processos de contra-ordenação como efectuam participações por prática de crime de desobediência.

03 Em causa está uma restrição muito severa ao direito à liberdade individual, em tudo semelhante a um encarceramento.

04 E porque assim é, o dever de recolhimento domiciliário só pode ser implementado mediante alteração do artº 27º/3 CRP.

05 E não se diga que estamos perante a aplicação de um direito administrativo de emergência sanitária, assente no direito do risco e nos instrumentos da respectiva gestão, em que se diferencia claramente a identificação e definição do risco (cfr. os diversos documentos e estudos técnicos publicados em jornais científicos de referência, que são um dado a apriorístico para a realização do direito e não um elemento jus normativo) da sua gestão, i. e.: da enunciação dos meios técnicos e humanos disponíveis, seja de rastreadores, de dados e sistemas informáticos e até de experiência e ‘know how’ dos serviços de saúde pública na gestão de um fenómeno complexo e que surgiu de forma inesperada, tudo questões que integram o núcleo da função administrativa e cujo controlo assenta da respectiva organização e funcionamento conforme ao Direito (no sentido de reconhecer o carácter intrinsecamente administrativo da actividade de gestão da pandemia v. Décision en référé do Conseil d’État, de 16 de Março de 2020, que, em resposta ao recurso interposto pelo sindicato dos jovens médicos, considerou que o decretamento de uma medida de confinamento total exigiria uma ponderação, em concreto, dos recursos disponíveis e de diversos aspectos logísticos da vida em sociedade, sobre os quais só o Governo-Administração poderia conhecer e decidir). Igualmente,

06 Presentes o quadro situacional/circunstancial de normalidade constitucional em que o acto normativo contido no artº 4º/1 do Decreto da Presidência do Conselho de Ministros nº 3-A/2021 que impõe o dever de recolhimento obrigatório, e o quadro normativo vigente, tal acto afronta o disposto nos artºs 18º, 44º/1, 112º e 165º/1b) CRP impondo-se o consequente arquivamento dos presentes autos. Na verdade,

07 Cumpre notar que nos termos do artº 165º/1b) CRP «[É] da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização ao Governo: ...b) Direitos, liberdades e garantias», sendo que nesta previsão mostra-se incluída, claramente, a regulamentação de todos os direitos enunciados no Título II da Parte I da CRP e de que a reserva de competência legislativa da AR abarca não apenas as restrições [cfr. artº 18º], mas também aquilo que respeita à intervenção legislativa em sede de direitos, liberdades e garantias, entendimento este «pacificamente consolidado na jurisprudência constitucional», cfr. acórdão TC nº 424/2020 e do qual se extrai, veiculando o anteriormente afirmado no acórdão nº 362/2011 do mesmo Tribunal, que «[T]odo o regime dos direitos, liberdades e garantias está englobado na reserva relativa de competência da Assembleia da República (artº 165º/1b) CRP). Nestes termos,

08 Todas as normas disciplinadoras de um qualquer direito desta natureza carecem de uma autorização prévia da Assembleia da República, sendo que esta exigência ganha particular relevância quando estão em causa compressões ou condicionamentos a um direito ...».

09 Em causa está, pois, uma clara restrição ao direito do Arguido de sair de sua casa, movimentando-se livremente.

10 Decorrendo do preceito constitucional sobre-referido que «[A] todos os cidadãos é garantido o direito de se deslocarem e fixarem livremente em qualquer parte do território nacional», a determinação contida no artº 4º/1 do Decreto da Presidência do Conselho de Ministros nº 3-A/2021 ainda que com todas as excepções insertas nesse mesmo Decreto, constitui uma inequívoca restrição ao direito em referência dado envolver uma nítida compressão ou condicionamento ao que constitui a liberdade que lhe está subjacente, ou seja: a liberdade de movimentação e de deslocação detida por cada cidadão, tendo por referência todo o domínio territorial do Estado português, sem carecer de qualquer permissão ou de prévia autorização, ou de para tal o poder fazer ter de se justificar perante uma qualquer autoridade.

11 Existe umaefectiva proibição e a mesma não pode ser transformada ou transmutada numa mera «recomendação» ou «conselho».

12 Não estamos em presença de uma determinação que revista ou se possa qualificar como detendo a natureza de simples soft-law, desprovida da instituição de uma obrigação/dever jurídico e da respectiva sujeição aos meios e mecanismos de coação e punição para as situações do seu incumprimento, já que, manifestamente, não podemos sustentar que a normação proibitiva instituída no acto e de que o desrespeito ou a resistência à ordem das autoridades em aplicação da mesma não aporte ou se mostre desprovida de uma qualquer sanção/consequência no plano das liberdades individuais daqueles que não acatem as ordens ou determinações que directamente lhe sejam dirigidas pelas autoridades em execução do preceito governamental em crise.

13 Toda a estruturação do acto e das medidas/meios de força para a sua implementação, com recurso às autoridades públicas, incluindo forças policiais, de modo a assegurar o seu respeito e observância, não são compatíveis com a qualificação como de simples «recomendação», na certeza de que, de todo em todo, a defesa e a tutela do direito/liberdade em crise não se mostra compaginável, como se acaba por reconhecer, com exigências especiais de concretização ou de específica justificação alegatória, tanto mais que isso acabaria por tolher a essência da liberdade/direito em crise e poderia traduzir-se numa «devassa» da vida/esfera individual da pessoa ou da sua reserva intima.

14 Ora tendo-se concluído estarmos em face de norma de tipo regulamentar que envolve uma restrição ao direito/liberdade de movimentação e deslocação inserto no artº 44º/1 CRP e de que a mesma, à luz do quadro convocado, deveria ter sido feita por «lei» (entendida como lei da AR ou decreto-lei autorizado do Governo) importa então aferir da sua conformidade com o nosso ordenamento jurídico-constitucional tendo em conta mostrar-se a mesma inserta num Decreto.

15 Reconhecida a inexistência de observância in casu da competência e da forma determinadas pelos comandos constitucionais convocados para a emissão da norma proibitiva de circulação o entendimento maioritário que obteve vencimento mostra-se sustentado na denominada «cadeia de legitimidade legal»

16 Importa, todavia, notar que uma tal cadeia de legitimidade não pode bastar-se, ou ser entendida/considerada como admitindo a possibilidade de «delegação» aberta e irrestrita de que uma lei da AR ou um decreto-lei autorizado do Governo possam autorizar um acto regulamentar, ou um acto administrativo, a operarem uma restrição, inovadora e autónoma, de um direito, liberdade e garantia, mormente o em causa na acção – liberdade de movimentação / deslocação –, já que isso envolveria uma inequívoca infracção dos artºs 18º/2 e 165º/1b) CRP.

17 E essa «cadeia de legitimidade» mostra-se alvo de sérias reservas doutrinárias [cfr., entre outros, J.J. Gomes Canotilho, in: «Direito Constitucional e Teoria da Constituição», págs. 1278/1279; J.C. Vieira de Andrade, in: «Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976», 5.ª ed., págs. 224 e 290/291]. Ou seja:

18 Apreciada a situação resulta que nem a determinação/proibição constante do Decreto restritiva do direito/liberdade de movimentação / deslocação goza directamente da exigida cobertura formal e competencial, nem quanto ao mesmo direito/liberdade a mesma resulta ou se pode extrair do quadro normativo nela invocado como justificador ou legitimador da e para a emanação da mesma e determinações ali inscritas.

19 Ora permanecendo inalterado o referido preceito constitucional, o disposto no artº 4º/1 do Decreto da Presidência do Conselho de Ministros nº 3-A/2021, de 14 de Janeiro é inconstitucional material e organicamente vista até a reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República (artº 165º/1b) CRP) para legislar sobre direitos, liberdades e garantias, pelo que, inexistindo qualquer lei de autorização legislativa para o efeito, carece o Governo, em absoluto de competência para legislar sobre restrições aos direitos à liberdade e de circulação.

20 Deixa-se assim e para todos os efeitos de lei expressamente invocada a inconstitucionalidade do dever de recolhimento obrigatório, nos termos expostos, visto o quadro normativo descrito.

TERMOS EM QUE, vista a inconstitucionalidade sobre-invocada, é indevido o pagamento de qualquer multa, coima ou contra-ordenação, devendo os presentes Autos ser arquivados, o que expressamente se requer com todas as consequências de lei.

Pede deferimento,

O Arguido (assinatura)