

**O DIREITO DE INDEMNIZAÇÃO DOS BARES E DISCOTECAS NO QUADRO DAS
MEDIDAS PÚBLICAS DE COMBATE À PANDEMIA DA COVID-19**



CATÓLICA
FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DE LISBOA

Dissertação elaborada no âmbito do Mestrado em Direito Administrativo

Orientador: Prof. Doutor Rui Medeiros

FRANCISCO MANUEL DA CÂMARA SALVADO

Lisboa, 30 de setembro de 2023

Faculdade de Direito | Escola de Lisboa

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, a quem devo absolutamente tudo o que sou hoje.

Ao meu avô, o maior exemplo de vida que tenho.

Ao Prof. Dr. Rui Medeiros, pela total disponibilidade que teve para comigo ao longo da construção desta dissertação.

Aos meus amigos, pelo companheirismo e por todo o apoio que me deram ao longo do meu percurso. Eles sabem quem são.

Resumo

Entre janeiro e março de 2020, assistimos a um clima de desvalorização do fenómeno da COVID-19 por parte da sociedade civil em geral, que acabou por se espelhar na atuação das autoridades públicas portuguesas: a diretora geral de saúde Graça Freitas e a ministra da saúde Marta Temido não só consideraram "um bocadinho excessiva" a possibilidade de o vírus chegar a Portugal, como também explicaram aos cidadãos que o uso de máscaras cirúrgicas atribuía uma "falsa sensação de segurança". Aos dias de hoje, percebemos o erro crasso cometido, uma vez que o vírus entrou nas nossas vidas em força e de forma absolutamente inesperada, produzindo repercussões a níveis sociais, económicos, políticos e culturais sem precedentes na história da vida coletiva.

Foram pois os perigos sérios e reais para a saúde pública que provocaram a necessidade de promover medidas concretas para a maior contenção possível da propagação da doença, pelo que será no âmbito deste quadro factual que se tem colocado a questão de saber se o Estado pela prática de atos que provoquem danos a privados deve ou não ficar obrigado a indemnizá-los, mesmo nos cenários em que a ilicitude dos mesmos seja afastada pela ordem jurídica.

Todavia, não é claro que a anormalidade da situação factual inerente a uma pandemia tenha sanado a ilicitude de toda a atividade do Estado durante este período, em especial a administrativa. O ponto fulcral é pois que o exercício do direito de necessidade por parte do Estado não implica a rejeição da legalidade, mas sim a adoção de uma legalidade excecional.

Será no âmbito deste quadro factual que ter-se-á em conta o especial impacto destas medidas no setor de entretenimento noturno.

A este respeito, ter-se-á em particular atenção o estudo das resoluções de Conselho de Ministros e dos decretos simples do Governo que quer em estado de emergência constitucional, quer em estado de calamidade pública, determinaram fortes restrições aos direitos fundamentais; bem como se as normas contidas na Lei n.º 81/2009 (Sistema de vigilância em saúde pública) e na Lei n.º 27/2006 (Lei de bases da proteção civil) são ou não suficientemente habilitantes das medidas adotadas em contexto de calamidade pública.

Palavras chave: Estado de Emergência; Estado de Calamidade; Responsabilidade Civil do Estado; Factos Lícitos; Factos ilícitos; Obrigação de Indemnizar.

Abstract

Between January and March 2020, we witnessed a climate of devaluation of the COVID-19 phenomenon by civil society in general, which ended up being reflected in the actions of Portuguese public authorities: the general director of health Graça Freitas and the minister of health Marta Temido not only considered the possibility of the virus reaching Portugal “a little excessive”, but also explained to citizens that the use of surgical masks gave a “false sense of security”. Nowadays, we realize the blunder committed, as the virus entered our lives in force and in an absolutely unexpected way, producing repercussions on social, economic, political and cultural levels unprecedented in the history of collective life.

It was therefore the serious and real dangers to public health that caused the need to promote concrete measures to contain the spread of the disease as much as possible, which is why it is within this factual framework that the question has arisen as to whether the State, through the practice of acts that cause harm to private individuals should or should not be obliged to compensate them, even in scenarios in which their illegality is ruled out by the legal system.

However, it is not clear that the abnormality of the factual situation inherent to a pandemic has remedied the illegality of all State activity during this period, especially administrative activity. The central point is therefore that the exercise of the right of necessity by the State does not imply the rejection of legality, but rather the adoption of exceptional legality.

It will be within the scope of this factual framework that the special impact of these measures on the night-time entertainment sector will be taken into account.

In this regard, particular attention will be paid to the study of the resolutions of the Council of Ministers and the simple decrees of the Government that, whether in a state of constitutional emergency or in a state of public calamity, determined strong restrictions on fundamental rights; as well as whether the standards contained in Law No. 81/2009 (Public health surveillance system) and Law No. 27/2006 (Basic Civil Protection Law) are or are not sufficiently enabling the measures adopted in the context of public calamity.

Keywords: State of Emergency; State of Calamity; State Civil Liability; Lawful Facts; Illegal facts; Obligation to Indemnify.

Índice

1. Enquadramento factual: exposição do tema da dissertação.....	7
2. Enquadramento jurídico: Estado de Emergência e Situação de Calamidade	10
3. Averiguação de um eventual enquadramento das atuações públicas em causa na responsabilidade por facto lícito.....	12
3.1 A eventual classificação dos danos sofridos pelo setor de entretenimento noturno como sendo “especiais”	13
3.2 A eventual classificação dos danos sofridos pelo setor de entretenimento noturno como sendo “anormais”.....	15
4. A inconstitucionalidade do artigo 8.º do decreto lei n.º 19º-A/2020, referente à suspensão do direito à indemnização pelo sacrifício.....	18
5. Averiguação de um eventual enquadramento das atuações públicas em causa na responsabilidade por facto ilícito.....	22
5.1 A inconstitucionalidade material das resoluções de Conselho de Ministros em contexto de estado de calamidade.....	22
5.1.1 A supressão total da liberdade de iniciativa económica e a questão da (des)proporcionalidade das medidas adotadas.....	22
5.1.2 A insuficiente densificação da base legal invocada dos artigos 17.º da LSVSP e 21.º da LBPC	26
5.2 A inconstitucionalidade formal dos decretos de execução do Governo em contexto de estado de emergência.....	28
5.2.1 A opção de atuação por regulamentos independentes e respetiva insuficiência da base legal invocada do artigo 199.º g) da CRP	28
5.2.2 A questão da preterição de forma de decreto regulamentar.....	32
5.3 Os vícios formais como uma questão de ilicitude e não de mera ilegalidade.....	33
5.4 A inconstitucionalidade orgânica dos decretos de execução do Governo em contexto de estado de emergência.....	37
6. Os pressupostos da responsabilidade civil por ato ilícito.....	40
7. O alcance da obrigação de indemnizar.....	44
8. Conclusões.....	46
9. Bibliografia	51

Abreviaturas Utilizadas

CPA- Código do Procedimento Administrativo

CPTA- Código de Processo dos Tribunais Administrativos

CRP- Constituição da República Portuguesa

LBPC- Lei de bases da proteção civil

RCEEP- Responsabilidade Civil do Estado e demais Entidades Públicas.

RCM- Resolução de Conselho de Ministros

STA- Supremo Tribunal Administrativo

TC- Tribunal Constitucional

TCA- Tribunal Central Administrativo

LSVSP- Lei de Sistema de Vigilância em Saúde Pública

1. Enquadramento factual: exposição do tema da dissertação

Num contexto de crise pandémica provocada pela doença COVID-19, os titulares da função executiva e legislativa de diversos países pelo Mundo fora viram-se forçados a adotar medidas de contenção da propagação da doença por forma a ser possível diminuir ao mínimo possível o número de infeções e de mortes, bem como prevenir um cenário de sobrecarga sobre os sistemas de saúde, tornando-se a *salus publica*, na aceção de LUÍS FÁBRICA, *suprema lex*¹.

Entre março de 2020 e outubro de 2021, assistimos a um fenómeno que nunca pensaríamos assistir: bares e discotecas em silêncio, luzes desligadas e pistas de dança vazias. Foram 19 meses de portas encerradas que deu azo a um acumular de prejuízos sem precedentes a estes empresários, sendo que tal fez com que muitos não conseguissem voltar a abrir os seus espaços mesmo após o término das restrições, esmagados pela quebra de faturação, acrescentando ainda os encargos de manutenção, despesas com pessoal e rendas. Os tempos de pandemia foram, de facto, difíceis para os empresários deste ramo de atividade.

Antes da reabertura total à atividade do setor, registada em 01 de outubro de 2021, registou-se uma pequena abertura concedida a este tipo de espaços, uma vez que a 30 de julho de 2020² as discotecas e os bares passaram a ter permissão para abrir até às 02h da manhã, seguindo as mesmas regras aplicáveis à restauração: não era permitido dançar e os clientes tinham de estar sentados, as mesas obrigatoriamente afastadas com um número limitado de pessoas e as bebidas alcoólicas apenas podiam ser servidas acompanhadas por uma refeição. Muitos dos proprietários tentaram abrir nos formatos exigidos pelo Governo, mas alegaram que tal não era sustentável, explicando que tais medidas visavam apenas transformar os bares e discotecas num local com lugares sentados, o que logicamente se afigura incompatível com o tipo de atividade que este tipo de estabelecimentos desenvolvem.

Não obstante a situação pandémica poder ser algo justificativa das medidas adotadas, alguns empresários não deixaram de lamentar a sensação que este período lhes trouxe de serem o “patinho feio” entre os demais sectores económicos afetados: chegados a outubro de 2021, havia “luz verde” para a laboração de quase todos os setores da economia, ainda que em moldes restritivos, mas os bares e as discotecas continuaram no “vermelho”.

¹ In “Os Decretos de Declaração e de Execução do Estado de Emergência – Aspetos Constitucionais e Administrativos”, in Revista do Ministério Público – Número Especial COVID-19: 2020, p. 15.

² Disponível para consulta em: [Bares e discotecas podem abrir desde que não sejam bares e discotecas \(dn.pt\)](#).

Mas tal sentimento não se circunscreve ao “*timing*” de abertura à laboração da atividade, visto que uma das situações que espelha bem esta realidade está na noite de passagem do ano de 2021 para 2022: os empresários do setor estavam todos preparados para trabalhar e para recuperar tudo o que foi perdido atrás, mas viram essa oportunidade ser-lhes retirada por via do decretamento de um novo encerramento de portas, vendo assim ser-lhes retirada uma das melhores (se não a melhor) noite do ano. Mas já as festas que se realizaram noutros espaços, como é o caso de casinos e hotéis, bem como as festas organizadas por entidades públicas (designadamente câmaras municipais) puderam na mesma acontecer³.

Chegados ao ano de 2022, as discotecas e os bares já tinham perdido dois verões consecutivos, a que acresceu ainda a noite de passagem de ano: todo este contexto factual devemos levar à reflexão sobre um eventual dever de atribuição de um direito de indemnização a este setor por parte do Estado.

Em primeiro lugar, levanta-se a questão de saber que tipo de enquadramento a atribuir a esta responsabilidade: ao considerarmos que o setor de entretenimento noturno foi especialmente afetado em relação aos demais setores económicos pelas medidas decretadas em contexto pandémico, tal levar-nos-á a deduzir que estamos perante uma responsabilidade civil por ato lícito, pelo que devemos para o efeito recorrer à aplicação do instituto da “*responsabilidade pelo sacrifício*”? Será que podemos concluir que este este setor sofreu danos qualificáveis como “*especiais e anormais*” por ter sido especialmente afetado em relação aos demais setores económicos?

Ou seja, poderão eventualmente estar aqui em causa atuações cuja ilicitude é afastada pelo ordenamento jurídico, por recurso ao decreto do estado de emergência e à declaração da situação de calamidade pública em razão da salvaguarda do bem jurídico “saúde pública”, mas que ainda assim não deixaram de provocar danos na esfera jurídica dos particulares, e que por isso têm de ser reparados.

E na eventualidade da procedência desta tese, será que a mesma não é travada pelo disposto no artigo 8.º do Decreto Lei n.º 19.º-A/2020, que vem estabelecer que: “*não dão lugar a indemnização pelo sacrifício os danos resultantes de atos regularmente praticados pelo Estado ou outra entidade pública, no exercício das competências conferidas pela legislação de saúde*”

³ A título de exemplo: [Covid-19: empresários da noite pedem a Marcelo intervenção junto do Governo - Expresso; O que posso e não posso fazer na passagem de ano? As regras em vigor no Ano Novo | Covid-19 | PÚBLICO \(publico.pt\)](#).

pública e de proteção civil, ou no quadro do estado de emergência, para efeitos da prevenção e do combate à pandemia COVID-19, que constitui para o efeito causa de força maior”?

Ou será que as medidas decretas a este setor são configuradas não no âmbito da responsabilidade civil por ato lícito, mas da responsabilidade civil por ato ilícito? A declaração do “estado de calamidade” por parte do Governo, através do recurso à Lei de Bases de Proteção Civil e à Lei de Sistema de Vigilância em Saúde Pública, revela-se por si só suficiente para habilitar ou excluir a ilicitude das atuações públicas com vista à contenção da propagação da doença? Ou dito de outro modo, configurará esta uma base legal suficiente para ser possível ao Governo, enquanto órgão de topo da Administração, decretar imperativamente o encerramento de espaços de diversão noturna de forma lícita?

E que consequências acarreta o enquadramento destas medidas restritivas nas diferentes modalidades de responsabilidade civil relativamente ao cálculo do concreto montante de indemnização a atribuir a estes empresários?

Por último, o facto de eventuais ilegalidades formais cometidas não impedirem a prática de novas medidas com idêntico conteúdo, sendo por isso renováveis pela correção das respetivas ilegalidades formais, faz com estas não sejam indemnizáveis?

O presente trabalho tem como propósito a obtenção de respostas a estas questões.

2. Enquadramento jurídico: Estado de Emergência e Situação de Calamidade Pública

De acordo com FREITAS DO AMARAL e MARIA DA GLÓRIA GARCIA⁴, existem dois tipos de situações jurídicas a serem distinguidas: as situações em que a Administração age em estado de necessidade e as situações em que a Administração atua em caso de urgência.

Ainda que ambas versem sobre a legitimação de condutas que à luz das normas formalmente consagradas para os casos regra seriam inválidas, legitimação essa baseada na conclusão de que à luz das circunstâncias do caso concreto, o bem jurídico em causa (no caso concreto, saúde pública) por via de uma atuação conforme à legalidade ordinária sofreria prejuízos manifestamente superiores comparativamente com o efeito negativo que se produziria sobre os valores da legalidade em caso de uma atuação pública desconforme à legalidade ordinária, estas não deixam de ser teórica e dogmaticamente distintas.

Ora, segundo SÉRVULO CORREIA⁵, o estado de necessidade corresponde “à *permissão normativa de atuação administrativa discrepante das regras estatuídas, como modo de contornar ou atenuar um perigo iminente e atual para um interesse público essencial, causado por uma circunstância excepcional não provocada pelo agente, dependendo a juridicidade de tal conduta (...) da indemnização dos sacrifícios por essa via infligidos a particulares*”: no fundo, é a pressão dos factos que legitima uma conduta administrativa à margem da lei e não prevista por esta⁶, tendo em conta o carácter imprevisível das emergências públicas, pelo que estando tal realidade verificada, a cláusula geral do estado de necessidade procede, no caso concreto, à derrogação do princípio da legalidade⁷.

No plano jurídico constitucional, a expressão “estado de emergência” diz respeito a situações de desordem e de perigo geral perante as quais o exercício das funções constitucionalmente previstas dos poderes públicos é insuficiente para a satisfazer as necessidades coletivas emergentes, exigindo-se aos poderes públicos o recurso a meios extraordinários de ação que, desde logo, restrinjam os direitos individuais: neste sentido, ao

⁴ In *Estado de Necessidade e a Urgência em Direito Administrativo*, estudo correspondente a um parecer emitido pelos Autores a solicitação da Câmara Municipal de Ourique na sequência de graves intempéries, ocorridas em outubro/novembro de 1997, p. 455.

⁵ In *Revisitando o Estado de Necessidade*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral, Coimbra, 2010, p. 40.

⁶ No caso do Direito Civil, é frequentemente utilizado o exemplo de escola do agente que parte um vidro de um carro que tem no seu interior um extintor, por forma a apagar um incêndio que deflagra num prédio.

⁷ A expressão é de PIERRE MOOR, *Droit Administratif*, Vol. II: Les actes administratifs et leur controle, Editions Staempli & Cie SA Berne, 1991, p. 479.

contrário do estado de necessidade, o estado de emergência não é uma permissão normativa geral de atuação discrepante segundo a lei, mas sim um quadro legal que visa suportar a licitude das medidas que suspendam ou restrinjam os direitos individuais, exigindo a lei⁸ ao Presidente da República que determine concretamente que direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso ou restringido.

Já no plano da legalidade ordinária, temos a atuação administrativa em situação de urgência⁹: apesar de esta também constituir um pressuposto de verificação do estado de necessidade¹⁰, a urgência consubstancia uma realidade autónoma geradora de consequências jurídicas próprias, surgindo esta como uma realidade ordinária (ainda que eventual) da ação administrativa. No fundo, o que temos aqui (tal como no estado de emergência) é a lei a tentar “captar” e regular ao máximo as situações de emergência pública.

Como se verá infra¹¹, a declaração do estado de calamidade, que foi do período de 02 de maio de 2020 até meados de 2022, corresponde precisamente a esta última realidade: o encerramento de bares e discotecas foi decretado através de uma forma de atuação administrativa, especificamente resoluções do Conselho de Ministros, baseados em “leis habilitantes”, concretamente na Lei de Bases da Proteção Civil e na Lei de Sistema de Vigilância em Saúde Pública, pelo que as normas em vigor (alegadamente) habilitavam as autoridades públicas da saúde a tomar as medidas de emergência destinadas a proteger os bens vida, integridade física e saúde pública, designadamente o encerramento de bares e discotecas.

No fundo, a Administração atua em situação de urgência quer no plano do estado de emergência, quer no plano do estado de calamidade: contrariamente ao estado de necessidade, a atuação administrativa urgente está concretamente prevista pela lei¹² ou pelo decreto do estado de emergência do Presidente da República¹³, pelo que não se trata aqui de uma atuação excepcional derogatória do princípio da legalidade nem de uma permissão normativa geral, mas sim de uma atuação legal especial integrada no normal agir administrativo.

⁸ Cf. o disposto no artigo 14º/1 d) da lei n.º 44/86.

⁹ Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL e MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *Estado de Necessidade e a Urgência em Direito Administrativo*, ..., p. 490.

¹⁰ A qualificação do perigo como iminente introduz a noção de urgência no estado de necessidade, pelo que tratando-se de uma situação de evolução rápida, apenas uma intervenção célere poderá ser eficaz na prevenção dos efeitos danosos.

¹¹ No ponto 5.2.1. desta dissertação.

¹² A título de exemplo, a lei (cf. Artigo 24º/1 c) do CCP) permite que a entidade adjudicante recorra ao procedimento de ajuste direto por motivo de urgência imperiosa; também permite (cf. Artigo 15º/2 da lei 168/99) que a expropriação revista carácter urgente mediante a verificação de certas circunstâncias, etc.

¹³ Cf. o disposto no artigo 19º/5 da CRP.

A diferença prática entre os dois está onde encontrar o “respaldo jurídico”: no caso do estado de emergência, as atuações do Governo habilitam-se no decreto de estado de emergência do Presidente da República; no caso do estado de calamidade, as atuações administrativas habilitam-se na LBPC e na LSVSP.

3. Averiguação de um eventual enquadramento das atuações públicas em causa na responsabilidade por facto lícito

A situação pandémica gerou um perigo iminente¹⁴ e atual¹⁵ para um interesse público essencial como é a saúde pública, revelando-se tais perigos apenas contornáveis pela desaplicação, por parte da Administração, da legalidade e inerentes regras pré estabelecidas: é neste domínio que a atuação administrativa especial em contexto de urgência assume particular relevância, dado que esta consiste numa forma de atuação administrativa em restrição ou suspensão dos direitos individuais dos cidadãos, colocando-se por isso a questão de saber se as atuações públicas durante a pandemia estão ou não munidas da necessária da licitude.

É precisamente no âmbito das exigências da lei de qualificação dos danos sofridos por estes empresários como sendo “especiais” e “anormais”, para efeitos de enquadramento das medidas públicas na responsabilidade civil por ato lícito, que se afigura da maior utilidade procedermos à averiguação de se os danos sofridos pelo setor do entretenimento noturno efetivamente se encaixam ou não nestes parâmetros.

Caso a resposta se revele positiva, este setor poderá reclamar uma indemnização ao Estado ao abrigo do instituto da “*indemnização pelo sacrifício*”, em razão dos sacrifícios impostos por motivo de interesse público.

Entre outros, GOMES CANOTILHO¹⁶ veio considerar que a exigência de especialidade e anormalidade do dano se funda na existência de um duplo travão: I) existência de fatores de ordem financeira, uma vez que esta qualificação dos danos atribuída pela lei visa evitar a sobrecarga do tesouro público, limitando o reconhecimento de um dever indemnizatório do

¹⁴ Iminência como sinónimo de urgência: a situação pandémica colocou interesses públicos essenciais em risco de sofrer lesões irreparáveis ou de custosa reparação, desde logo relacionados com a vida e a integridade física dos cidadãos.

¹⁵ Significa isto que o perigo deve ser transitório e ocasional, isto é, não se tratam aqui de situações permanentes que ao legislador caberá enfrentar com normas legais gerais e abstratas.

¹⁶ Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, *O problema da responsabilidade do Estado por atos ilícitos*, Almedina: Coimbra, 1974, pp. 282 e 283.

Estado a danos inequivocamente graves; II) princípio da igualdade da repartição dos encargos públicos¹⁷: a indemnização pelo sacrifício procura ressarcir os danos que, sendo graves, incidem desigualmente sobre certos cidadãos, pelo que se torna necessário averiguar se um cidadão ou grupo de cidadãos foi através de um encargo público colocado em situação desigual face aos outros, uma vez que os encargos públicos devem ser suportados em geral pela comunidade de que deles beneficia, não podendo ser suportados apenas por alguns indivíduos sem que para tal exista uma justificação.

3.1 A eventual classificação dos danos sofridos pelo setor de entretenimento noturno como sendo “especiais”

Os danos especiais contrapõem-se aos danos gerais, sendo estes, como é afirmado pelo STA¹⁸, os danos que recaem “*genericamente sobre o universo dos cidadãos ou sobre grupos indeterminados de pessoas*”, ou nas palavras de FREITAS DO AMARAL¹⁹, os “*danos que recaiam genericamente sobre todos os cidadãos ou sobre categorias amplas e abstratas de pessoas*”.

Há quem seja do entendimento, como é o caso de CARLA AMADO GOMES²⁰, de que: “*a declaração do estado de emergência trata-se de uma declaração cujos efeitos incidem, indistintamente, sobre a população e sobre os operadores económicos em geral, pelo que o pressuposto da especialidade do dano (cf. o artigo 2.º da lei de RCEEP) está arredado*”.

Ainda que possamos concordar que tal se verificou durante o período do estado de emergência, tal já não aconteceu com o alívio das medidas restritivas e inerente passagem para o “estado de calamidade”, pelo que em nosso entender os danos sofridos pelos proprietários deste setor, durante este período, são enquadráveis por isso como sendo danos “*especiais*”.

Tomando por referência o período de março de 2020 a outubro de 2021, período esse em que os bares e discotecas estiveram encerrados, visto que as restrições impostas ao setor com base na “situação de calamidade” na prática desconfiguravam totalmente a atividade económica

¹⁷ Vide os artigos 13º, 62º e 83º da CRP.

¹⁸ No acórdão de 02/12/2004, proc. n.º 0670/04.

¹⁹ Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 3ª edição (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2016, p. 603.

²⁰ In *Responsabilidade civil extracontratual do Estado e(m) estado de emergência: Dez breves notas*, in e-publica (revista eletrónica de Direito Público), ..., p. 179.

(como se verá infra)²¹, constata-se aqui a existência de uma disparidade de tratamento por parte do Estado em relação ao setor de entretenimento noturno comparativamente com os demais setores, pois apesar do exercício da atividade ter estado totalmente interdito a estes empresários, chegados a outubro de 2021 já havia “luz verde” para a laboração de quase todos os demais setores da economia, ao passo que o setor de entretenimento noturno era o único setor que continuou no “vermelho”, e tudo isto com fundamento na necessidade de conter a propagação da doença.

Acontece que esse fundamento não colhe, pois se compararmos a atividade dos bares e discotecas com a da restauração facilmente se percebe que a diferença, do ponto de vista prático, entre um bar ou uma discoteca e um restaurante no início de madrugada não é assim tanta, pois este último pode servir bebidas alcoólicas com alguma proximidade física permitida, pelo que se torna injustificável o facto de os estabelecimentos de entretenimento noturno terem de estar encerrados em absoluto durante todo este período.

A isto acresce ainda o facto de a abertura geral à laboração dos demais setores de atividade - com a exceção dos bares e discotecas - ocorrida ainda durante o período em que a pandemia não havia terminado, ter levado à necessidade de decreto de um segundo confinamento geral, ocorrido a janeiro de 2021, o que demonstra que o vírus se propagou de modo igual nos demais espaços afetos a outros setores de atividade que a partir do decreto do estado de calamidade puderam abrir, pelo que se fica sem perceber o porquê desta “obsessão” com os espaços de entretenimento noturno.

No fundo, a pandemia foi uma realidade que apesar de ter “tocado a todos”, acabou por não afetar a sociedade portuguesa no seu todo de modo igual, pelo que não deve colher a interpretação do dano indemnizável fazendo uso do conceito do dano especial “adaptado” à pandemia, isto é, que o setor de entretenimento noturno está em situação igual ou semelhante à demais iniciativa privada; no limite, os danos apenas não seriam especiais caso fossem transversais a toda a sociedade portuguesa, o que manifestamente não aconteceu.

Deste modo, constata-se a violação do princípio da igualdade dos encargos públicos inerente ao instituto da responsabilidade civil por ato lícito, na medida em que se durante período do estado de emergência constitucional todos (empresas e particulares) tiveram de suportar restrições aos seus direitos, liberdades e garantias em prol de um bem maior (a saúde

²¹ Ressalve-se que em finais de julho de 2020, os bares e discotecas podiam abrir nos mesmos moldes aplicáveis à restauração.

pública), já não se afigura materialmente justo que um único setor continue a contribuir, em contexto de calamidade pública, para o objetivo da proteção de saúde pública, correndo apenas e só por sua conta todos os prejuízos e perdas de receitas inerentes a tais restrições.

Ou seja, os danos causados pelas medidas restritivas incidiram desigualmente sobre um universo específico de cidadãos, que suportou de forma desigual os efeitos nocivos das mesmas, existindo desta forma uma rutura na igualdade de repartição de encargos públicos que justifica uma intervenção restauradora da indemnização por ato lícito.

3.2 A eventual classificação dos danos sofridos pelo setor de entretenimento noturno como sendo “anormais”

Os danos anormais contrapõem-se aos danos normais, danos comuns ou habituais. Segundo o STA²², são normais ou comuns os danos “*considerados habituais e inerentes ao risco da própria vida em sociedade, constituindo como que encargos sociais compensados por vantagens de outra ordem proporcionadas pela atuação da máquina estatal*”. Da mesma forma, FREITAS DO AMARAL²³ considera serem normais os danos que “*possam considerar habituais e aceitáveis dentro do mínimo risco de que é próprio da vida em sociedade*”.

Por forma a possibilitar uma averiguação sobre este pressuposto, para além de se aferir a sua gravidade, deve-se em seguida verificar se são ou não ultrapassados “*os custos próprios da vida em sociedade*”; neste âmbito, SANDRA LOPES LUÍS²⁴ propõe a autonomização (e inerente verificação) de alguns índices de aferição deste pressuposto, nomeadamente de I) um índice *qualitativo*: prende-se com a intensidade da lesão, estando em causa saber se são ou não atingidas as finalidades essenciais de certo bem, aspeto que não se pode deixar de relacionar com a sua natureza, designadamente por estarem em causa direitos fundamentais; II) e de um índice *económico*: relaciona-se com a perda de valor económico do bem, ao nível de aferir se a perda é ou não significativa²⁵.

²² No acórdão de 02 de dezembro de 2004, proc. n.º 0670/04.

²³ Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 3ª edição (reimpressão), Coimbra, 2016, p. 603.

²⁴ Em anotação ao artigo 2º da lei de RCEEP, in *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas: comentários à luz da jurisprudência* (coordenação de CARLA AMADO GOMES, RICARDO PEDRO e TIAGO SERRÃO), ... , pp. 356 e 357.

²⁵ No acórdão do STA de 09 de fevereiro de 2012, proc. n.º 0678/11, considerou-se não ter ficado demonstrada “uma perda significativa do valor económico” do prédio resultante da alteração das condições do licenciamento que levou à inclusão de zonas de lazer e equipamento desportivo.

No que concerne ao índice qualitativo, foram de facto atingidas as finalidades essenciais do direito fundamental à livre iniciativa económica, uma vez que as medidas restritivas materializaram uma ablação total do “direito ao estabelecimento” e por sua vez da liberdade de exercício de uma atividade económica produtiva através de uma organização empresarial²⁶. Tal realidade estendeu-se desde o período em que os estabelecimentos estiveram totalmente e encerrados e “parcialmente abertos” (a partir de agosto de 2020) até à abertura total registada em outubro de 2021, dado que como veremos, as restrições impostas a estes empresários traduziram-se na prática numa total supressão deste direito fundamental, uma vez que impossibilitaram o exercício da atividade económica não só dado ao elevado custos que tais restrições acarretavam a estes empresários, como também pelo facto de as restrições apontarem para o exercício por parte destes empresários de uma atividade económica totalmente desconfigurada, como é o caso da restauração.

Quanto ao critério do valor económico, como já aludido na presente dissertação, os 19 meses de portas encerradas deram azo a um acumular de prejuízos a estes empresários sem precedentes, tal levando a situações em que mesmo após o término das restrições, muitos empresários não conseguiram voltar a abrir os seus espaços, esmagados pela quebra de faturação, acrescentando ainda os encargos de manutenção, despesas com pessoal e rendas; e ainda que tal não fosse suficiente, o STA veio sugerir que os donos de tais estabelecimentos poderiam, desde agosto de 2020, ter reconvertido a sua atividade para as de café e pastelaria²⁷: no fundo, para além de todos os prejuízos em que incorreram, estes empresários teriam ainda de arranjar os recursos necessários à conversão de toda a sua atividade profissional, o que implicaria uma série de gastos adicionais em contratação de cozinheiros, criação de ementas, aquisição de equipamento para cozinha, criação de um espaço das refeições através da aquisição de cadeiras e mesas, marketing e publicidade, etc.

No fundo, o Tribunal sugeriu não só que os empresários incorressem numa série de custos adicionais para lá daqueles que a pandemia provocou, como também assume nas “entre linhas”

²⁶ Cf. EVARISTO MENDES, em anotação ao artigo 61.º, in JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (coord.), Constituição Portuguesa Anotada, ... , pp. 855 e 856

²⁷ No proc. n.º 0136/20.1BALS.B, de 18-02-2021: “*a requerente poderia ou deveria também ter alegado e apresentado elementos de prova da razão pela qual o estabelecimento por si explorado não podia “beneficiar”, (...) do regime excecional consagrado no n.º 2 do artigo 18.º do anexo da Resolução do Conselho de Ministros n.º 55-A/2020, de 31 de Julho, que permitia que “bares, outros estabelecimentos de bebidas sem espetáculo e os estabelecimentos de bebidas com espaço de dança pudessem funcionar como cafés ou pastelarias”, sempre que fossem observadas as condicionantes aí consagradas. Elementos que teriam permitido a este Supremo Tribunal Administrativo fundar (...) um juízo sobre a anormalidade dos danos perante a anormalidade do contexto*”.

que a atividade económica de entretenimento noturno não podia ser exercida, uma vez que o Tribunal propõe a estes empresários o exercício de uma atividade económica totalmente desconfigurada: entretenimento noturno e restauração são realidades totalmente distintas.

Neste sentido, torna-se sustentável a tese de que os danos sofridos por estes empresários pelas medidas restritivas públicas são, efetivamente, qualificáveis como sendo “anormais”.

Todavia, para sustentar a improcedência dos pedidos de indemnização por danos causados pela COVID-19 em sede de providência cautelar antecipatória, decorrentes do encerramento prolongado de um bar/discoteca, o STA²⁸ cingiu-se à qualificação dos danos como não sendo anormais, dedicando-se ao preenchimento de um conceito indeterminado - o de “*custos próprios da vida em sociedade*” (cf. o artigo 2.º da lei de RCEEP) - e entendendo pois que a pandemia alterou este conceito, pois a mesma teria introduzido uma “*nova normalidade*” justificativa de um não funcionamento dos espaços daquele tipo.

Parece-nos que o STA cai na tentação de pensar que esta exigência de que os danos ultrapassem “*os custos próprios da vida em sociedade*” e que “*pela sua gravidade mereçam a tutela do Direito*” (cf. artigo 2.º/2ª parte da lei de RCEEP), em face da anormalidade intrínseca a um contexto de pandemia, anularia o dever de indemnizar que decorre da lei de RCEEP: no fundo, se todos os danos são anormais, nenhum o é, pelo que por esta linha de raciocínio, se tudo é anormal, tudo acaba por ser normal.

Creemos tratar-se de uma leitura imprópria, uma vez que o pressuposto de anormalidade do dano deve ter uma leitura que tenha em linha de conta o grau de gravidade do mesmo, a ser caracterizado pela intensidade de afetação de direitos pessoais²⁹. Nesse sentido, cremos que a interpretação do STA é (no mínimo) perigosa, pois é precisamente este tipo de entendimentos que dão azo a que casos do empreendimento turístico do “Zmar” se sucedam³⁰: num qualquer contexto de anormalidade social que venha a surgir, o Estado pode expropriar, criar um decreto lei que consagra a suspensão ao direito à indemnização pelo sacrifício e depois logo se vê em Tribunal o que acontece, porque no fundo se todos os danos são anormais, nenhum o é.

Acresce ainda o facto de não podermos deixar de ter presente que o estado de exceção constitucional, bem como o estado de calamidade pública são eles, em si mesmos, estados de anormalidade e que visam precisamente repor a normalidade na vida em sociedade, incorrendo

²⁸ Cf. acórdãos de 01/07/201, proc. n.º 0136/20.1BALSB; e de 18-02-2021, proc. n.º 0136/20.1BALSB.

²⁹ In *Responsabilidade civil extracontratual do Estado e(m) estado de emergência: Dez breves notas*, in e-publica, p.175.

³⁰ Como se verá no ponto seguinte desta dissertação.

por isso o STA numa contradição insanável ao alegar que a situação pandémica gerada pela propagação da COVID-19 corresponde a uma “nova normalidade”.

4. A inconstitucionalidade do artigo 8.º do decreto lei n.º 19-A/2020, referente à suspensão do direito à indemnização pelo sacrifício

Como vimos, à luz das regras gerais, existe matéria suficiente para sustentar a existência de responsabilidade por ato lícito do Estado pelas medidas restritivas decretadas ao setor de entretenimento noturno, uma vez que os danos sofridos pelos empresários enquadram-se nos parâmetros da lei, assumindo-se como danos anormais e especiais.

Todavia, é necessário ter em atenção a regra especial do artigo 8.º do decreto lei n.º 19-A/2020, que vem estabelecer que: *“não dão lugar a indemnização pelo sacrificio os danos resultantes de atos regularmente praticados pelo Estado ou outra entidade pública, no exercício das competências conferidas pela legislação de saúde pública e de proteção civil, ou no quadro do estado de emergência, para efeitos da prevenção e do combate à pandemia COVID-19, que constitui para o efeito causa de força maior”*. Ou seja, constatando-se desta forma uma derrogação do regime geral por esta regra especial, será que este “obstáculo” inviabiliza tudo o que foi acima exposto?

Tendo a Organização Mundial de Saúde qualificado, no dia 11 de março de 2020, a emergência de saúde pública ocasionada pela doença COVID-19 como uma pandemia internacional, tal fez com que se preenchesse o pressuposto da constituição do estado de emergência constitucional “interno”, previsto no artigo 19.º/2 da Constituição, em virtude da existência de uma calamidade pública³¹.

Neste caso concreto, a realidade demonstrou-nos que os danos infligidos ao bem jurídico “saúde pública” resultantes de uma conduta “normal”, em pleno respeito pelo direito fundamental de livre iniciativa económica dos bares e discotecas, cf. o artigo 61.º da CRP, se afiguravam manifestamente superiores aos danos infligidos à legalidade ordinária causados por uma conduta “anormal”.

³¹ J.J. GOMES CANOTILHO alerta para o facto de que o estado de emergência “externo” versa sobre circunstâncias de estado de guerra; já o estado de emergência “interno” versa sobre as hipóteses de: a) grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática; b) calamidade pública. In *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, 19ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003, p. 1099.

Sem prejuízo, importa ressaltar uma ideia fundamental: estado de emergência não equivale a estado de irresponsabilidade. As situações de “anormalidade constitucional” não são estados sem Constituição ou fora da Constituição, mas sim situações carecidas de uma disciplina jurídico constitucional diferente daquela que está consagrada para os estados de “normalidade constitucional”, pelo que o exercício do direito de necessidade por parte do Estado só é compatível com um Estado de Direito Democrático quando na própria lei fundamental se fixarem os pressupostos, as competências, os instrumentos e as consequências jurídicas da “Constituição de exceção”³².

Não é de espantar, portanto, que a regra especial do artigo 3.º/2 da lei n.º 44/86 (que regula o o estado de emergência) venha estabelecer que “*os cidadãos cujos direitos, liberdades e garantias tiverem sido violados por declaração do estado de sítio ou do estado de emergência, ou por providência adotada na sua vigência, ferida de inconstitucionalidade ou ilegalidade (...) têm direito à correspondente indemnização, nos termos gerais*”: assim, a responsabilidade civil do Estado constitui um penhor da legitimidade da sua atuação durante um período de estado de exceção, em estado de sítio ou de emergência³³.

Isto significa que o direito à indemnização por atuações ilícitas, durante a vigência do estado de emergência, não é suscetível de ser objeto de suspensão sob pena de esvaziamento do próprio direito fundamental à responsabilidade³⁴: podemos pois afirmar que o estado de emergência se afirma, ele próprio, como um mecanismo de reparação dos danos ilicitamente causados aos particulares em contexto de necessidade pública.

Sem prejuízo, a norma do artigo 22.º da CRP³⁵ não deixa de suscitar dúvidas quanto ao seu alcance relativamente à responsabilidade por facto lícito: é precisamente neste âmbito que se afirma que o princípio do Estado de Direito, proclamado no artigo 2.º da CRP, é o fundamento primordial de um direito geral à reparação de danos que se mantém mesmo em estado de emergência, bem como em estado de calamidade pública por maioria de razão, como o Tribunal

³² Cf. J.J. GOMES CANOTIHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, (...), p. 1099.

³³ Cf. CARLA AMADO GOMES, *Responsabilidade civil extracontratual do Estado e(m) estado de emergência: Dez breves notas*, in e-publica (revista eletrónica de Direito Público), Vol. 7 n.º 1, abril 2020, pp. 172 e 173. Disponível em: [34311-responsabilidade-civil-extracontratual-do-estado-e-m-estado-de-emergencia-dez-breves-notas.pdf](https://www.e-publica.org/revista/2020/1/172-173-carla-amado-gomes-responsabilidade-civil-extracontratual-do-estado-e-m-estado-de-emergencia-dez-breves-notas.pdf).

³⁴ Cf. BACELAR DE GOUVEIA, *O Estado de exceção no Direito Constitucional. Entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*, Vol. II, Coimbra, 1999, p. 1243.

³⁵ O preceito dispõe que: “*O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem*”.

Constitucional teve oportunidade de realçar no Acórdão n.º 444/2008, ao afirmar que “do princípio estruturante do Estado de direito democrático, consagrado no artigo 2.º da CRP, colhe-se um direito geral à reparação dos danos, de que são expressão particular os direitos de indemnização previstos nos artigos 22.º, 37.º/4, 60.º/1 e 62.º/2 da CRP”.

É portanto consensual a radicação da indemnização pelo sacrifício na articulação entre o princípio do Estado de Direito consagrado no artigo 2.º da CRP, que encontra no direito geral dos cidadãos à reparação dos danos causados pelos poderes públicos um dos seus corolários, e o princípio da igualdade, na vertente da igualdade perante os encargos públicos³⁶. Daí que seja muito duvidosa a constitucionalidade da disposição do artigo 8.º do DL 19º-A/2020.

Em primeiro lugar, identifica-se uma inconstitucionalidade de cariz orgânico³⁷: o Governo aprova um decreto lei não autorizado que derroga uma disposição da lei da RCEEP, matéria essa pertencente à esfera da reserva relativa da Assembleia da República nos termos do artigo 165.º/1 s) da CRP, constando-se por isso a violação de uma regra de competência. Como nos ensina JORGE MIRANDA³⁸, onde a Constituição imponha reserva de lei, impõe (pelo menos) a fixação primária dos interesses públicos a prosseguir relativos a certas matérias pelo legislador, pelo que no confronto com a Administração, a reserva de lei relativa impõe uma limitação rigorosa do exercício do poder discricionário³⁹ desta.

Em segundo lugar, observa-se uma inconstitucionalidade de cariz material⁴⁰: este decreto lei ao negar a atribuição de um direito de indemnização por ato lícito a todos os níveis, sem especificar que casos estão ou não abrangidos por essa limitação, acaba também por abranger as situações em que é a própria CRP a afirmar que a restrição a certos direitos tem de necessariamente ser acompanhada pela devida indemnização, como é o caso do direito à propriedade, nos termos do artigo 62.º/2 da CRP⁴¹. A este respeito, ressalva-se mais uma vez o

³⁶ CARLA AMADO GOMES, “A compensação administrativa pelo sacrifício: reflexões breves e notas de jurisprudência”, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, IV, Coimbra, 2012, pp. 151 e seg.

³⁷ A inconstitucionalidade orgânica reporta-se à inexistência de competência legislativa para aprovar e elaborar o ato jurídico, ou seja, trata-se de um ato jurídico que atinge uma norma de competência, verificando-se assim uma deficiência na formação do ato legislativo, Cf. JORGE MIRANDA, Curso de Direito Constitucional, Vol. II, 2ª Edição, UCP Editora, Lisboa, 2016, p. 233.

³⁸ In *Curso de Direito Constitucional*, (...), p. 175.

³⁹ A discricionariedade traduz-se num espaço de maior ou menor liberdade de decisão que a lei confere à Administração, para que a mesma escolha, entre várias possibilidades, a alternativa de atuação mais ajustada, V. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 2ª Edição, Almedina: Coimbra, 2011, p. 85.

⁴⁰ A inconstitucionalidade material reporta-se ao conteúdo do ato jurídico, na medida em que o seu sentido volitivo diverge do sentido da norma constitucional, afrontando desta forma o conteúdo da Constituição. V. JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Constitucional...*, p. 233.

⁴¹ Dispõe o preceito que: “A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efetuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização”.

acórdão já supramencionado do Tribunal Constitucional, que no acórdão n.º 444/2008 realça que o direito de propriedade “*é um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, nos termos do artigo 17.º da CRP, que tem como seu componente o direito da pessoa não ser privada dos bens que integram a sua esfera patrimonial, cuja função é a de proteger a posição jurídica patrimonial do cidadão perante as medidas de (...) confisco político e expropriação*”, pelo que “*estando garantido apenas um direito de não ser arbitrariamente privado da propriedade e de ser indemnizado em caso de desapropriação resultante de ato de requisição ou de expropriação por utilidade pública*”.

Encontramos no caso do empreendimento turístico do “Zmar Eco Experience”, em Odemira, a maior tentativa de utilização prática deste ato legislativo⁴²: na altura o Governo determinou por resolução de conselho de ministros a requisição temporária, por motivos de urgência e de interesse público e nacional, da totalidade dos imóveis que compunham o complexo turístico, com o propósito de alojar pessoas infetadas, pessoas em risco de contágio e também população que vivia em situação de “insalubridade habitacional admissível, com sobrelotação das habitações”, como é o caso dos vários trabalhadores agrícolas emigrantes, entre os quais foram detetados surtos especialmente intensos da doença COVID-19. Dado que se colocavam várias questões, nomeadamente ao nível das dificuldades financeiras do empreendimento, uma vez que a requisição civil colocava em causa a época alta do verão e a inerente faturação que seria essencial para que a empresa pudesse prosseguir a sua recuperação, tal requisição apontava para a liquidação da empresa e para a extinção de mais de 100 postos de trabalho: o que aconteceu foi que o Supremo Tribunal Administrativo aceitou a providência cautelar interposta pelos proprietários do empreendimento turístico de suspensão imediata da eficácia do ato administrativo⁴³, o que levou a que fosse suspensa temporariamente a requisição civil do complexo.

No fundo, a reter fica o seguinte: as entidades públicas não podem, de forma alguma, expropriar os cidadãos por motivos de interesse e público e vir simultaneamente elaborar atos legislativos que excluam o direito à indemnização por atuações lícitas em qualquer circunstância, para que depois “logo se veja” em Tribunal se estão ou não obrigadas a indemnizar os particulares; e especificamente em relação ao caso do “Zmar”, fica também no

⁴² Disponível para consulta em: [Supremo Tribunal Administrativo aceitou providência cautelar no Zmar. Governo diz que ainda não foi notificado – Observador](#).

⁴³ Em regra, de acordo com o artigo 50º/2 do CPTA, a impugnação do ato administrativo não suspende a sua eficácia. Deste modo, para que o particular obtenha a suspensão da eficácia do mesmo, deve cumular este pedido com o pedido de declaração de invalidade do ato: tal pode ser feito quer em simultâneo, quer na pendência do processo principal, nos termos dos artigos 114º/1 b) e c) do CPTA.

ar a questão da eventual violação princípio da proporcionalidade por parte desta atuação, mais especificamente na vertente da necessidade, uma vez que não se percebe o porquê de o Governo não ter criado hospitais de campanha ou instalações temporárias para albergar estas pessoas como se fez noutros países, constituindo esta alternativa um meio menos lesivo para o fim que se pretendia atingir, a contenção da propagação da doença.

Desta forma, conclui-se que o enquadramento das medidas na responsabilidade por facto ilícito é uma possibilidade que não é afastada por este decreto lei, uma vez que esta regra especial incorre em inconstitucionalidades de cariz material e orgânico.

5. Averiguação de um eventual enquadramento das atuações públicas em causa na responsabilidade por facto ilícito

5.1 Inconstitucionalidade material das Resoluções de Conselho de Ministros em contexto de calamidade pública

5.1.1 A supressão total da liberdade de iniciativa económica e a questão da (des)proporcionalidade das medidas

Em face da evolução positiva da pandemia e pressionado pelos efeitos adversos na economia, o Governo português promoveu a reanimação social de forma gradual. Para tal, abandonou a fórmula do estado de emergência constitucional e amenizou o quadro legal por recurso à declaração de “situação de calamidade”, através da resolução do Conselho de Ministros n.º 33-A/2020, de 30 de Abril, invocando para o efeito o artigo 17.º da Lei 81/2009 (Sistema de Vigilância em Saúde pública) e o artigo 21.º da Lei n.º 27/2006 (Lei de Bases de Proteção Civil) como normas jurídicas habilitantes de tal atividade regulamentar.

Apesar de parecer ser possível equacionar que o setor do entretenimento noturno foi particularmente afetado pelas medidas decretadas, podendo por isso ter sofrido danos “*especiais e anormais*”, parece ainda assim ser pacífico que a anormalidade da situação de facto inerente a uma pandemia não sanou a ilicitude de toda a atividade do Estado durante este período, em especial a administrativa⁴⁴.

⁴⁴ CARLA AMADO GOMES, “o dever de indemnizar da Administração em contexto pandémico”, in *O Regime de Responsabilidade Civil do Estado e Demais entidades Públicas: Cometários à Luz da Jurisprudência ...*, p. 6.

Como tal, será que o recurso à LBPC e à lei de SVSP⁴⁵, bem como a situação de da incerteza epistémica se revelam suficientes para habilitar ou excluir a ilicitude das diversas atuações públicas em causa? Neste sentido, não podemos nem devemos descurar o possível e eventual enquadramento da responsabilidade civil extracontratual do Estado pelo exercício da função administrativa sobre a forma regulamentar, nos termos do artigo 1.º/2 da lei de RCEEP.

Como nos ensina JORGE REIS NOVAIS⁴⁶, no plano da teoria dos direitos fundamentais haveria desde logo uma distinção que poderia ser apurada num plano conceptual: “restrição” constituiria uma afetação desvantajosa e permanente do conteúdo dos direitos fundamentais, incluindo-se aí, quando se trate de afetações pontuais e concretas que não alteram a norma de direito fundamental, a figura das intervenções restritivas⁴⁷; e “suspensão” seria a impossibilidade de exercer o direito fundamental durante um período estritamente delimitado no tempo, existindo uma supressão total do direito, deixando assim a norma constitucional de proteção de produzir efeitos na medida da extensão e do alcance da suspensão, medida essa determinada pelo decreto presidencial de declaração do estado de emergência.

Sem intenções de aprofundamento desta discussão, de forma mais ou menos clara se constata que as medidas decretadas a este tipo de estabelecimentos, que tiveram a sua origem no “estado de emergência” e se estenderam ao “estado de calamidade”, materializaram uma total supressão da liberdade de iniciativa económica, afetando justamente o núcleo essencial desse direito constitucional: durante o período que foi desde março de 2020 até outubro de 2021, iniciando-se o período da situação de calamidade em maio de 2020, estes estabelecimentos estiveram de portas encerradas sem qualquer possibilidade de exercício da sua atividade económica.

Mas ainda que se entenda que estes espaços tiveram a possibilidade de abrir em moldes adaptados às atividades de pastelaria e restauração, tal como sugeriu o STA,⁴⁸ na prática essas restrições eram de tal forma intensas que se acabavam por se tratar de restrições que encobriam ou disfarçavam uma verdadeira e própria ablação total do direito à livre iniciativa económica,

⁴⁵ O ordenamento jurídico ordinário contém hoje várias leis que disciplinam as situações constitucionais de exceção, entre as quais está a Lei de Bases da Proteção Civil e a Lei de Sistema de Vigilância em Saúde Pública, que disciplina as atuações das autoridades públicas em situações de calamidade pública.

⁴⁶ In “Direitos Fundamentais e inconstitucionalidade- a propósito da epidemia COVID-19”, in e-publica (revista eletrónica de Direito Público), Vol. 7, nº1, abril 2020, pp. 89 e 90.

⁴⁷ Cf. J. REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003, pp. 172 e seg.

⁴⁸ No proc. n.º 0136/20.1BALS.B, de 18-02-2021.

porque no fundo os bares e discotecas apenas poderiam abrir desde que não fossem bares e discotecas.

Como já referido na presente dissertação, o Tribunal não apenas sugeriu que os empresários incorressem numa série de custos adicionais para lá daqueles que a pandemia provocou, por forma a ser possível transformar a atividade de entretenimento noturno em restauração, como também assume nas “entre linhas” que a atividade económica de entretenimento noturno não podia de todo ser exercida, uma vez que é proposto pelo STA a estes empresários o exercício de uma atividade económica totalmente desconfigurada: como já suprarreferido, entretenimento noturno não é restauração, na medida em que correspondem a realidades totalmente distintas.

Neste sentido, há que ter em consideração que a situação de calamidade não tem relevância constitucional para efeitos de suspensão de direitos, liberdades e garantias, relevando para esse efeito apenas a “calamidade” que funda a declaração do estado de emergência, nos termos do artigo 19.º/2 da CRP⁴⁹. Assim o afirma o Tribunal Constitucional: “[o] estado de emergência constitucional é declarado com o objetivo de promover o regresso à normalidade. A situação de calamidade administrativa visa o mesmo objetivo, mas, em vez de atuar por via da suspensão dos direitos fundamentais, persegue-o no âmbito de um quadro legislativo que envolve restrições específicas e predefinidas desses mesmos direitos”⁵⁰: dito de outro modo, no estado de emergência os direitos estão efetivamente suspensos, ao passo que no estado de calamidade tal não acontece.

Como tal, a declaração de situação de calamidade não faz com que a norma constitucional de proteção do artigo 61.º da CRP deixe de produzir efeitos, ou seja, o direito fundamental de liberdade de iniciativa económica durante o período que foi de maio de 2020 a outubro de 2021 nunca deixou de existir, pelo que tal apenas aconteceria se o Governo ancorasse a sua forma de atuação numa habilitação normativa conferida pelo decreto de estado de emergência por parte do Presidente da República.

E ainda que se entenda em sentido contrário, acontece que as medidas decretadas pela RCM n.º 33-A/2020 ao setor de entretenimento noturno revelam uma manifesta falta de necessidade a atingir o fim último da salvaguarda da saúde pública, uma vez que ao permitir-se que os

⁴⁹ Tal como aconteceu no decreto do estado de emergência n.º 14-A/2020, V. ponto 4. e 6.3.1 da presente dissertação.

⁵⁰ Cf. o acórdão do TC n.º 424/2020, ponto 2.2.

demais setores económicos começassem a laborar ainda durante o período em que a pandemia não havia terminado, tal naturalmente não muda o facto de com o vírus ser igualmente propagável nas festas em casinos e hotéis que ocorreram na noite de passagem de ano de 2021 para 2022, bem como nos restaurantes abertos que puderam servir bebidas alcoólicas até às 02h da manhã, pelo que apenas se afigura plausível a conclusão de que os bares e as continuaram encerrados após o levantamento do estado de emergência sem justificação credível: constata-se, desta forma, uma violação do princípio da proporcionalidade na sua dimensão da necessidade, uma vez que as medidas que decretaram a “abertura geral” aos demais setores de atividade fazem com que as medidas específicas decretadas ao setor de entretenimento noturno deixem de ser necessárias a atingir o fim da salvaguarda do bem jurídico saúde pública.

Constata-se, desta forma, uma inconstitucionalidade de cariz material, uma vez que a RCM n.º 33-A/2020 afronta o conteúdo da Lei Fundamental, concretamente o disposto no artigo 19.º/1 da CRP, ao estabelecer que a suspensão de direitos fundamentais apenas pode ocorrer em contexto de estado de emergência.

Para além disso, as medidas decretas pela RCM n.º 33-A/2020 incorrem numa outra inconstitucionalidade material por violação do princípio da proporcionalidade, concretamente na sua manifestação de necessidade.

5.1.2 A insuficiente densificação da base legal invocada dos artigos 17.º da LSVSP e 21.º da LBPC

A RCM n.º 33-A/2020, de 30 de Abril, invocou o artigo 17.º da Lei n.º 81/2009 (LSVSP)⁵¹ e o artigo 21.º da Lei n.º 27/2006 (LBPC)⁵² como normas jurídicas habilitantes de tal atividade regulamentar: neste sentido, impõe-se a questão de saber se estas normas providenciam (ou não) uma habilitação normativa suficiente ao lote de medidas restritivas contido no diploma.

⁵¹ O artigo 17º/1 (poder regulamentar excecional) dispõe: “1 – (...) o membro do Governo responsável pela área da saúde pode tomar medidas de exceção indispensáveis em caso de emergência em saúde pública, incluindo a restrição, a suspensão ou o encerramento de atividades (...) de forma a evitar a eventual disseminação da infeção ou contaminação”.

⁵² O artigo 21º/2 dispõe (âmbito material da declaração de calamidade): “2.- A declaração da situação de calamidade pode ainda estabelecer: c) A fixação de cercas sanitárias e de segurança”.

Enquadramo-nos neste ponto na linha de pensamento de CARLA AMADO GOMES⁵³, concretamente no facto de a articulação entre estas duas normas se revelar insuficiente para legitimar a total suspensão (e não uma simples restrição) do exercício das atividades de entretenimento noturno (constantes do Anexo I do diploma).

Em primeiro lugar, a LBPC define a atividade de proteção civil no seu artigo 1º/1 como “*a atividade desenvolvida pelo Estado (...) com a finalidade de prevenir riscos coletivos inerentes a situações de acidente grave ou catástrofe (...)*”; por sua vez, encontramos no artigo 3º as noções de “acidente grave” e “catástrofe”: “*1.- Acidente grave é um acontecimento inusitado com efeitos relativamente limitados no tempo e no espaço, suscetível de atingir as pessoas e outros seres vivos, os bens ou o ambiente; 2 - Catástrofe é o acidente grave ou a série de acidentes graves suscetíveis de provocarem elevados prejuízos materiais e, eventualmente, vítimas, (...)*”.

Olhando para estas noções, transparece de forma evidente uma verdadeira e própria inaplicabilidade da LBPC a uma situação de emergência epidémica como a que vivemos, uma vez que as mesmas se reportam a situações da vida que não pandemias, tais como fenómenos meteorológicos, inundações, sismos: o termo “acidente”, que acaba por estar na base de ambas as noções (dado que o termo “catástrofe” se reporta principalmente a prejuízos materiais), reveste uma natureza pontual e localizada que em nada se assemelha um fenómeno epidemiológico.

Para além disso, a referência no artigo 21.º/2 da LBPC a “cercas sanitárias” está pensada apenas como forma de reação a um acidente ou a uma cadeia de acidentes, como por um exemplo, um fenómeno de contaminação atmosférica ou aquífera.

Acresce ainda que a atividade exercida pelos estabelecimento de entretenimento noturno não envolve, em si mesma, qualquer risco de contaminação em especial e por isso extravasam a base habilitante conferida pela LSVSP, dado que o artigo 17.º/1 apenas se refere à possibilidade de decretar: “*(...) o encerramento de atividades (...) de forma a evitar a disseminação da infeção ou contaminação*”.

O facto de os bares e discotecas não envolverem um risco de contaminação em especial ficou ainda mais evidente com a abertura geral à laboração dos demais setores de atividade -

⁵³ “Legalidade em Tempos atípicos: notas sobre as medidas de polícia sanitária no âmbito da pandemia” in Revista do Ministério Público – Número Especial COVID-19: 2020, Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2020, pp. 73 e 74.

com a exceção dos bares e discotecas - ocorrida ainda durante o período em que a pandemia não havia terminado. Tal opção levou mesmo à necessidade de decretar um segundo confinamento geral, ocorrido a janeiro de 2021, o que demonstra que o vírus se propagou de igual modo nos demais espaços afetos a outros setores de atividade que a partir do decreto do estado de calamidade puderam abrir.

O princípio da legalidade administrativa, consagrado no artigos 266.º/2 da CRP e 3.º do CPA, diz-nos que os órgãos e agentes da Administração Pública só podem agir com fundamento na lei e dentro dos limites por ela impostos: significa isto, por um lado, que este princípio impõe à Administração a proibição de lesar os direitos ou interesses dos particulares, salvo com base na lei; por outro lado, a lei não é apenas um limite à atuação da Administração, mas é também o seu fundamento.

Quer isto dizer que não há um poder livre de esta fazer o que bem entender, uma vez que em matéria de Direito público vigora a regra da competência, pode apenas fazer-se aquilo que a lei permite⁵⁴.

Ora, visto estarmos perante uma Administração “agressiva”, uma vez que o Governo (enquanto órgão de topo da Administração) sobrepôs-se aos direitos e interesses dos empresários do setor de entretenimento noturno, sacrificando-os, por esta via se constata a existência de uma inconstitucionalidade material por violação do princípio da legalidade administrativa, consagrado no artigos 266.º/2 da CRP, na medida em que as normas concretamente invocadas são elas em si mesmas insuficientes para enquadrar o encerramento do lote de atividades constante do Anexo I do diploma com fundamento numa situação de emergência epidémica.

5.2 A inconstitucionalidade formal dos decretos de execução do Governo em contexto de estado de emergência

5.2.1 A opção de atuação por regulamentos independentes e a respetiva insuficiência da base legal invocada do artigo 199º g) da CRP

Nos termos do artigos 19.º/5 1ª parte da CRP e 19º/4 d) da lei n.º 44/86, de 30 de setembro (regime do estado de sítio e do estado de emergência), a declaração do estado de emergência

⁵⁴ Cf. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 4.ª ed., Almedina: Coimbra, 2018, p. 40.

por parte do Presidente da República deve conter clara e expressamente a especificação dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso ou restringido, algo que se veio a verificar, de acordo com o disposto no artigo 4.º do Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março: “*fica parcialmente suspenso o exercício dos seguintes direitos: (...) c) Propriedade e iniciativa económica privada: pode ser requisitada pelas autoridades públicas (...) o seu encerramento e impostas outras limitações ou modificações à respetiva atividade, (...) bem como alterações ao respetivo regime de funcionamento*”.

Após a publicação do decreto simples n.º 2-A/2020⁵⁵, foi publicada imediatamente a seguir (na mesma data) a declaração de retificação n.º 11-D/2020, assumindo particular significado a correção do sumário do diploma que substituiu o texto “*procede à execução da declaração do estado de emergência efetuado pelo Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março*” por “*regulamenta a aplicação do estado de emergência decretado pelo Presidente da República*”: não se afigura clara a razão pela qual se substituiu a execução da declaração pela regulamentação da aplicação, embora pareça plausível que o Governo não quis limitar o âmbito de aplicação do Decreto à mera execução da declaração, ampliando o seu alcance à regulamentação do estado de emergência⁵⁶.

O decreto simples n.º 2-A/2020 trata de um conjunto de matérias não abrangidas no teor do referido decreto (regras de atendimento prioritário, normas de funcionamento de serviços públicos, contagem de tempo de serviço, prazos de licenças e autorizações, publicidade de regulamentos e atos administrativos, etc.). Quanto a estas matérias, parece inquestionável o seu carácter inovador: as correspondentes normas do decreto não complementam, pormenorizam ou desenvolvem regimes legislativos pré existentes, antes contêm soluções materiais autónomas e inovadoras, introduzindo uma disciplina jurídica inovadora; por isto, torna-se claro que este decreto corresponde manifestamente a uma norma regulamentar independente, de acordo com a definição plasmada no artigo 136.º/3 do CPA.

Ora, se nessa parte o decreto constitui um regulamento independente do Governo, está naturalmente sujeito ao respetivo regime constitucional e legal, de que se destaca o dever de indicação expressa da lei que atribui competência objetiva e subjetiva para a sua emissão, nos termos dos artigos 112.º/7 da CRP e 136.º/2 do CPA.

⁵⁵ Nos termos do artigo 7º e do anexo I do diploma, decreta-se o encerramento das “*instalações e estabelecimentos referidos no anexo I (...); discotecas, bares e salões de dança ou de festa*”.

⁵⁶ Cf. LUIS FÁBRICA, “Os Decretos de Declaração e de Execução do Estado de Emergência – Aspetos Constitucionais e Administrativos”, ... , p. 30.

Esta imposição constitucional não foi observada. Ora vejamos: o Governo invocou o artigo 199.º g) da CRP como norma habilitante para a emanção deste decreto, por forma a “respeitar” as exigências de precedência de lei impostas pelo princípio da legalidade. Tal não foi inocente, uma vez que as demais soluções disponíveis no nosso sistema jurídico eram muito débeis para suportar uma habilitação deste cariz, uma vez que nos termos do artigo 17.º da LSVSP⁵⁷, o Governo apenas pode determinar o isolamento de pessoas que tenham estado em contacto com fontes de contaminação; como esta é uma norma muito pouco densa para as atuações que visam conter um fenómeno pandémico, o Governo socorreu-se da alínea g) do artigo 199.º da CRP.

Para efeitos de uma análise rigorosa sobre este ponto, importa agora debruçar-nos sobre o universo dos regulamentos administrativos⁵⁸, que se subdividem, quanto ao seu tipo em: I) *regulamentos de execução*: executam uma lei material pré existente, e por isso já existe uma norma jurídica habilitante. Os regulamentos de execução das leis em geral ou de uma lei em particular, que revestindo a forma de decreto regulamentar ou resolução de conselho de ministros, expressam sempre a vontade normativa do Governo no seu conjunto⁵⁹; II) e em *regulamentos independentes*: introduzem uma nova disciplina, não executam nenhuma lei material, acabando por consubstanciar uma verdadeira e própria lei em sentido material, uma vez que a primeira regulação daquela matéria é feita por este tipo de regulamentos. A respeito do próprio conceito, PAULO OTERO⁶⁰ refere que os regulamentos independentes são aqueles que sendo diretamente fundados no artigo 199.º g) da CRP assumem a forma de decretos regulamentares, uma vez que exercem uma função integrativa dos espaços deixados em branco pelo legislador em matérias situadas fora da reserva de lei.

No que aos regulamentos independentes diz respeito, a doutrina divide-se quanto à possibilidade de o Governo emanar regulamentos à margem de qualquer norma habilitadora e de qualquer intervenção de lei prévia, ocorrendo assim uma substituição da lei pela Constituição como fundamento do agir administrativo sobre determinadas matérias, abrindo-se assim caminho a uma “legalidade sem lei”.

⁵⁷ O preceito dispõe que: “o membro do Governo responsável pela área da saúde pode tomar medidas de exceção indispensáveis em caso de emergência em saúde pública, incluindo a restrição, a suspensão ou o encerramento de atividades ou a separação de pessoas que não estejam doentes, meios de transporte ou mercadorias, que tenham sido expostos, de forma a evitar a eventual disseminação da infeção ou contaminação”.

⁵⁸ Por regulamento administrativo deve entender-se um conjunto de normas jurídicas emanadas no exercício do poder administrativo, por um órgão da administração, ou por outra entidade pública para tal habilitada por lei. Cf. FREITAS DO AMARAL, Curso de Direito Administrativo, (...), pp. 153 e seg.

⁵⁹ Cf. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: o Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 633.

⁶⁰ Idem, p. 633.

Como ponto de partida importa a menção ao artigo 136.º/3 do CPA, que estabelece precisamente que por regulamento independente deve entender-se o regulamento que introduz na ordem jurídica uma disciplina jurídica inovadora, não se circunscrevendo à mera execução de atos legislativos: em nosso entender, tal indica a intenção deliberada do legislador do CPA em afastar-se do conceito de regulamento independente proposto por um segmento da doutrina, que defende que por regulamento independente se deve entender aquele que se ancora no artigo 199.º g) da CRP, uma vez que pela parte final do n.º3 se percebe que a intenção do legislador em deixar claro que à lei está sempre reservado o papel de definição da competência objetiva.

Como bem refere GOMES CANOTILHO⁶¹, as leis não se circunscrevem a atos legislativos meramente fixadores de competências, pelo que configuram também atos definidores de funções e objetivos que, implicitamente, transportam uma autorização para o Governo no sentido de emanar regulamentos necessários à prossecução desses fins ou objetivos; dito por outras palavras, ao legislador cabe a definição primária dos interesses públicos a prosseguir sobre determinada matéria, cabendo à Administração elaborar os “*regulamentos necessários à boa execução das leis*”, nos termos do artigo 199.º c) da CRP.

Neste sentido, somos do entendimento de que a norma do artigo 199.º g) CRP na verdade não configura uma norma de competência, mas sim uma norma de atribuições e de finalidades a prosseguir pelo Governo⁶², visto que se interpretássemos este preceito como sendo uma norma de competência, tal seria o mesmo que dizer que a Constituição concederia um cheque em branco⁶³ ao Governo para regulamentar sobre todas e quaisquer matérias, uma tese que entra em manifesta contradição com o que a Lei Fundamental estabelece, uma vez que esta impõe reserva de lei em certas matérias, cf. os artigos 164.º e 165.º da CRP, para que a fixação primária dos interesses públicos a prosseguir relativos a certas matérias seja feita pela Assembleia República, que goza de uma legitimidade democrática direta que o Governo não tem.

E ainda que se concebesse, por essa lógica, que as matérias não abrangidas por reserva de lei seriam então viáveis de serem diretamente regulamentadas sem uma interposição legislativa, a esse respeito estabelece o artigo 112.º/7 da CRP que os regulamentos devem indicar expressamente “*as leis*” que visam regulamentar: a referência da Lei Fundamental no plural

⁶¹ In *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, ... pp. 838 e seg.

⁶² Em sentido contrário, V. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987, pp. 214 e seg.; PAULO OTERO, *o Poder de Substituição em Direito Administrativo: Enquadramento Dogmático-Constitucional*, pp. 571 e seg.

⁶³ O artigo 112º/7 da CRP, ao estabelecer o mínimo de definição/densificação da lei habilitante, configura a figura mais próxima que existe de um “*cheque em branco*”: os regulamentos independentes têm sempre de identificar a competência objetiva e subjetiva atribuída pela lei.

parece ser claramente demonstrativa de que os regulamentos apenas se podem habilitar normativamente em leis ordinárias.

Como tal, em nosso entender inexistente a possibilidade de o Governo, enquanto órgão de topo da Administração, enveredar pela via regulamentar por ancoração a uma norma constitucional como a do artigo 199.º g), pelo que desta forma se constata a existência de uma inconstitucionalidade formal por violação do procedimento de formação de uma norma, dado que este decreto atinge uma norma de forma ou procedimento, concretamente o artigo 112.º/7 da CRP, ao estabelecer que os regulamentos devem indicar expressamente as leis que visam regulamentar ou que definem a competência subjetiva e objetiva para a sua emissão⁶⁴.

Contrariamente à questão dos artigos 17.º da LSVSP e 21.º da LBPC, o que aí ocorre é uma inconstitucionalidade material por violação do princípio da legalidade administrativa, consagrado no artigos 266.º/2 da CRP e 3.º do CPA, uma vez que a atuação administrativa (resolução de conselho de ministros) efetivamente se baseia em normas legais. O “problema” é que as normas concretamente invocadas são elas em si mesmas insuficientes para enquadrar o encerramento de bares e discotecas em contexto de situação de emergência epidémica, ao passo que aqui o que temos é uma omissão total dessa habilitação legal por ancoração direta a uma norma constitucional, o que origina uma inconstitucionalidade formal e não material.

5.2.2 A questão da preterição da forma de decreto regulamentar

Mas a sujeição dos regulamentos independentes ao respetivo regime constitucional e legal não termina aqui, na medida em que para além da exigência de uma base legal suficientemente densa e habilitadora, exige-se ainda que estes adotem a forma de aprovação de decreto regulamentar, de acordo com o disposto no artigo 112.º/6 da CRP.

Sem prejuízo, não se deve deixar de ter em conta a existência de alguma fungibilidade do Governo em atuar por via do decreto simples ou do decreto lei: estes últimos colocam muitos problemas ao nível do procedimento, dada a existência de uma série de controlos em cadeia-eventual fiscalização preventiva da constitucionalidade, aprovação na Assembleia da

⁶⁴ O TCA Sul, no proc. n.º 688/14.5BELLE, de 04/07/2019, refere que: “*devendo todos os regulamentos mencionar as leis que os legitimam, a falta dessa menção traduz a ausência de um elemento constitucionalmente necessário, pelo que tais regulamentos padecem de inconstitucionalidade formal*”.

República, eventual veto do Presidente da República; como tal, a opção de atuar por via regulamentar permite uma racionalização do procedimento governamental de decisão.

Foi pois ao abrigo da consideração destas vantagens que o Governo enveredou pela via regulamentar, sob a forma de um decreto simples sujeito apenas a assinatura presidencial, nos termos da parte final do artigo 134.º/1 b) da CRP. Por esta via, rejeitou simultaneamente atuar por via legislativa- que implicaria uma maior solenidade e mecanismos de controlo- e submeter a sua atuação aos moldes de uma mera execução do decreto presidencial de estado de emergência, optando assim por atuar por uma forma jurídica despida de qualquer solenidade, própria de uma intervenção executiva, introduzindo aí uma disciplina inovadora relativa a várias matérias.

É por tudo isto que a CRP estabeleceu um mecanismo, pela mão do artigo 112.º/6, que visa evitar a fraude a estes mecanismos de controlo: o Governo ao atuar pela via regulamentar, especificamente por regulamento independente, obriga a que estes revistam a forma de decreto regulamentar, estando os mesmos sujeitos a veto ou promulgação do Presidente da República, nos termos dos artigos 134.º b) e 136.º/1 da CRP; o Governo pode atuar pela via de regulamentos independentes, introduzindo uma nova disciplina na ordem jurídica, mas este tem de revestir a forma do decreto regulamentar.

Desta forma, também se constata uma inconstitucionalidade por esta via, na medida em que o Governo adota a via regulamentar de atuação de acordo com a forma de aprovação por decreto simples, que introduz restrições a direitos fundamentais, quando estava obrigado a adotar a forma de aprovação por decreto regulamentar. Constata-se por isso mais uma inconstitucionalidade formal, com fundamento na violação do procedimento previsto na CRP para a elaboração de normas, visto que este decreto atinge uma norma de forma ou procedimento, concretamente o artigo 112.º/6 da CRP ao estabelecer que os regulamentos do Governo revestem a forma de decreto regulamentar no caso de regulamentos independentes.

5.3 Os vícios formais como uma questão de ilicitude e não de mera ilegalidade

Adotando a forma de decreto simples, furtando-se o Governo desta forma aos poderes presidenciais de promulgação e veto, tais diplomas incorreram em inconstitucionalidade

formal⁶⁵. Dir-se-ia que esta pode ser invocada nos termos especificamente previstos na norma do artigo 2º/3 da Lei n.º 44/86, ao estabelecer que “*os cidadãos cujos direitos, liberdades e garantias tiverem sido violados por providência adotada na sua vigência (do estado de emergência), ferida de inconstitucionalidade ou ilegalidade (...) têm direito à correspondente indemnização*”.

Todavia, o preceito exige a efetiva “violação” de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, o que pressupõe a necessidade de demonstração da ilicitude da preterição dos requisitos de natureza formal previstos na CRP por parte dos decretos simples adotados pela Presidência do Conselho de Ministros, pelo que a inconstitucionalidade formal, por si só, não demonstra a ilicitude destes.

Segundo ALEXANDRA LEITÃO⁶⁶, “*o primeiro aspeto a salientar (quanto ao artigo 9.º/1 da lei de RCEEP) é que o legislador não distingue entre ilegalidades internas ou materiais e ilegalidades externas, procedimentais, formais ou orgânicas. As primeiras afetam o conteúdo do ato jurídico, enquanto que as segundas apenas inquinam aspetos externos do mesmo, relativos à competência do respetivo autor, às formalidades procedimentais e à própria forma*”: a relevância desta classificação para o presente estudo reside na circunstância de as ilegalidades ditas externas não impedirem a prática de um novo ato com idêntico conteúdo, sendo por isso renováveis, o que acarreta toda uma discussão quanto à respetiva indemnizabilidade.

Somos do entendimento de que a violação do Direito não é suficiente, por si só, para que a Administração deva responder perante os particulares, antes exigindo-se que a ilegalidade cometida tenha ofendido interesses juridicamente tutelados desses mesmos particulares⁶⁷: seja qual for o fundamento da ilicitude, ela só releva para efeitos ressarcitórios se conduzir à ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos, sendo esse o sentido da parte final do artigo 9.º/1 da lei de RCEEP; ou dito de forma mais cautelosa, tais vícios apenas conduzem à

⁶⁵ Cf. LUIS FÁBRICA, “Os Decretos de Declaração e de Execução do Estado de Emergência – Aspetos Constitucionais e Administrativos”, ... , p. 35.

⁶⁶ In *Duas questões a propósito da responsabilidade extracontratual por (f)actos ilícitos e culposos práticos no exercício da função administrativa: da responsabilidade civil à responsabilidade pública. Ilicitude e presunção de culpa*, ICJP, p. 9. Disponível em: [artigo-responsabilidade2.pdf \(icjp.pt\)](#).

⁶⁷ Em sentido contrário, CARLOS CADILHA entende que “o artigo 9º adota uma formulação que permite abranger quer a ilicitude objetiva (ações ou omissões que violem disposições ou princípios constitucionais (...)) quer a ilicitude subjetiva (de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos)”. O autor interpreta o artigo 9º numa lógica alternativa e não cumulativa; V. “o novo regime da responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas pelo exercício da função administrativa”, in VI Encontro Anual do Conselho Superior da Magistratura, 2009, p.7.

responsabilidade da Administração na medida em que se demonstre que a formalidade incumprida havia sido instituída no interesse do próprio sujeito afetado⁶⁸.

No que concerne à questão do artigo 112.º/6 da CRP, em contexto de estado de emergência, o Governo ao atuar pela via do decreto simples em preterição da forma de decreto regulamentar furtou-se deliberadamente aos poderes de promulgação e veto do Presidente da República, e dada a sensibilidade das matérias que envolviam a pandemia, o poder de fiscalização política (característico de um Presidente da República) da atividade legislativa assumia uma importância em particular, dado estarem em causa matérias sensíveis como é a questão da suspensão de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos em contexto de pandemia.

A este respeito, importa estabelecer uma diferenciação entre os termos “promulgação” e “assinatura”, cf. o artigo 134.º/1 b) da CRP: enquanto que ao primeiro lhe está inerente uma conduta de fiscalização, podendo o Presidente da República discordar politicamente do conteúdo do decreto regulamentar, vetando-o; ou pode este ainda enviar o decreto regulamentar para fiscalização preventiva da constitucionalidade, a ser exercida pelo Tribunal Constitucional, cf. o artigo 136.º/4 da CRP. Já o segundo não tem subjacente qualquer mecanismo formal de fiscalização, ou seja, o Presidente da República não se pode recusar a assinar um decreto simples elaborado pelo Governo sob pena de exercer um controlo ilegítimo⁶⁹ sobre a atividade regulamentar do Governo, uma vez que esse controlo está apenas previsto para a figura do decreto regulamentar, e não para a figura do decreto simples. No fundo, a assinatura do Presidente da República é equiparável a uma referenda do Primeiro Ministro, na medida em que se trata apenas de uma expressão formal da corresponsabilidade do Presidente da República em relação a atos do Governo que, direta ou indiretamente, implicam colaboração política do Presidente da República.

Assim sendo, fica neste ponto demonstrado que a formalidade de promulgação incumprida estava instituída no interesse dos empresários afetados deste setor, concluindo-se assim que o Governo ao atuar por decreto simples, em preterição da forma de decreto regulamentar, incorreu num vício de forma ilícito.

A isto acresce o facto de a Constituição cominar com a inexistência jurídica decretos regulamentares não promulgados, nos termos do artigo 137.º e 134.º b): ora, se a falta de

⁶⁸ Cf. TIAGO ANTUNES, em anotação ao artigo 9º/1 da lei de RCEEP, , in CARLA AMADO GOMES, RICARDO PEDRO, TIAGO SERRÃO (coord.), *o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas: comentários à luz da jurisprudência*, ... , p. 691.

⁶⁹ Ou dito de outro modo, haveria uma violação do princípio da separação de poderes, cf. o artigo 2.º da CRP.

promulgação de um decreto regulamentar gera inexistência jurídica, um ato regulamentar que reveste a forma de decreto simples quando deveria observar a forma de decreto regulamentar também padecerá do mesmo vício de inexistência, dado que o Governo limitou-se apenas a atribuir a forma de decreto simples a uma atuação que claramente deveria ter revestido a forma de decreto regulamentar, limitando-se pura e simplesmente a “misturar” duas realidades completamente distintas.

Como tal, não deixa de estar aqui em causa um decreto regulamentar não promulgado, que nos termos do artigo 137.º e 134.º b) da CRP é sancionado com o desvalor jurídico da inexistência jurídica, ainda que o Governo lhe tenha atribuído a forma de decreto simples.

A inconstitucionalidade formal na presente situação gera o vício de inexistência jurídica⁷⁰, o que segundo PAULO OTERO⁷¹ envolve “um *desvalor tão grave que a ordem jurídica não encontra mecanismos formais de recuperação de tais atos para o mundo do Direito*”: parecidos, desta forma, que não há forma de tais atuações se imiscuírem da ilicitude.

Quanto à questão do artigo 112.º/7 da CRP, segundo EVARISTO MENDES⁷², o direito fundamental de livre iniciativa económica pertence ao domínio dos direitos, liberdades e garantias, uma vez que este constitui um modo de ganhar a vida e de realização pessoal e profissional, pelo que nessa medida representa a projeção no domínio económico do valor do livre desenvolvimento da personalidade, nos termos do artigo 26.º/1 da CRP, configurando nesta medida um direito fundamental de natureza análoga, atendendo também à sua natureza defensiva e à conexão com o valor da liberdade.

Ora, em matérias de direitos, liberdades e garantias a normação originária sobre estas matérias compete primariamente à Assembleia da República, nos termos do artigo 165.º/1 b) da CRP, ficando por isso vedadas as meras remissões normativas que confirmam à Administração o poder de emitir um regime jurídico inovador na sua integralidade incidente sobre as matérias reservadas. Tal possibilidade subverteria o entendimento constitucional segundo o qual, dado o relevo dessas matérias, a Assembleia da República – enquanto instância representativa por excelência de todos os portugueses, gozando por isso de um grau de legitimidade democrática que à partida o Governo não tem – constitui o (único) órgão habilitado a dispor sobre as mesmas

⁷⁰ MARCELO REBELO DE SOUSA, *O valor jurídico do ato inconstitucional*, Lisboa: Editora Gráfica Portuguesa, 1998, pp. 313 e 314

⁷¹ *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação Administrativa à Jurisdição*, (...) p. 999.

⁷² Em anotação ao artigo 61º, in JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (coord.), *Constituição Portuguesa Anotada*, ... , pp. 855 e 856.

de acordo com um procedimento especialmente exigente, singularizado pela transparência e pelo contraditório da oposição.

Neste sentido, a intervenção regulamentar ocorrida sobre este tipo de matérias sem uma intervenção prévia legislativa corresponde a um abdicar, por parte do legislador, de fazer escolhas em prol da Administração, “elevando” assim as formas de atuação administrativa ao patamar legislativo; tal vai contra o que o sistema pretende, designadamente que a escolha primária sobre os interesses públicos a prosseguir sobre estas matérias caibam ao legislador para que desta forma se garanta a efetividade da legitimidade democrática e o princípio da separação de poderes, cf. o artigo 2.º da CRP, pelo que fica também neste ponto demonstrado que a formalidade de promulgação incumprida estava instituída no interesse dos empresários afetados deste setor.

Acresce ainda o facto de se assumir como uma evidência que uma eventual alegação de que um comportamento lícito alternativo⁷³ teria evitado o resultado danoso, neste caso em particular, se revela manifestamente impossível.

A jurisprudência dos Tribunais administrativos⁷⁴ tem vindo a considerar que incumbe ao autor alegar e demonstrar que caso a Administração tivesse optado pelo comportamento lícito alternativo, o seu interesse substantivo teria sido satisfeito; fazendo-se prova de tal realidade, incumbirá inversamente à Administração a demonstração de que o decreto simples em causa teria tido um conteúdo exatamente igual e não lesivo caso este estivesse suficientemente habilitado por uma norma jurídica que abrangesse, de forma expressa ou implícita, a possibilidade de encerrar bares e discotecas.

Como se viu, o artigo 199.º g) da CRP revela-se insuficiente para habilitar o conjunto de medidas restritivas contantes do decreto simples do Governo em contexto de estado de emergência, uma vez que esta constitui uma norma de atribuições e não de competência. Contudo, o Governo não recorreu a esta norma de forma inocente, uma vez que não existe no nosso ordenamento jurídico nenhuma base legal suficientemente densa que permita o encerramento de atividades económicas para evitar a disseminação da doença, pelo que uma

⁷³ Aqui se incluindo não só o comportamento efetivo – a renovação do ato –, mas também o hipotético – a mera renovabilidade do ato. Cf. DÉBORA MELO FERNANDES, “A responsabilidade civil da Administração por atos administrativos afetados por vícios externos e a eventual relevância negativa do comportamento lícito alternativo”, in Revista Eletrónica de Direito Público, Vol.3, nº1, 2016, p. 128. Disponível em: [A responsabilidade civil da administração por atos administrativos afetados por vícios externos e a eventual relevância negativa do comportamento lícito alternativo | Published in e-Publica.](#)

⁷⁴ A título de exemplo, Ac. de 06.02.2003, proc. n.º 1720/02; e Ac. de 12.02.2008, proc. n.º 749/07.

eventual alternativa de o decreto simples se basear numa norma suficientemente habilitante nem sequer existe, demonstrando-se assim que o conteúdo lesivo de tal atuação manter-se-á de forma inevitável.

É precisamente este ponto que mostra as debilidades do nosso sistema jurídico em matéria de restrição de direitos, liberdades e garantias, o que deveria servir de alerta para que o Governo viesse legislar sobre esta matéria por forma a criar normas jurídicas mais sólidas e robustas e desta forma garantir não só a legalidade das medidas que adotou em contexto pandémico, bem como de formas de atuação administrativas futuras em restrição deste tipo de direitos, algo que o Governo optou, deliberadamente, por não o fazer.

5.4 A inconstitucionalidade orgânica dos decretos de execução do Governo em contexto de estado de emergência

A propósito da intervenção do Governo na execução do estado de emergência, o preâmbulo do decreto presidencial que procedeu à segunda renovação da declaração fez questão de sublinhar que a Assembleia da República “*mantém todos os seus poderes constitucionais*”: tal limita-se apenas a reforçar o princípio constitucional e legal⁷⁵ segundo o qual a declaração do estado de emergência não pode afetar a aplicação das regras constitucionais relativas à competência dos órgãos de soberania⁷⁶.

Se nas matérias de reserva relativa a Assembleia da República pode autorizar a intervenção normativa inicial do Governo mediante uma lei de autorização (nos termos dos artigos 165.º/2 a 165.º/5 da CRP), esta terá necessariamente de revestir a forma de decreto lei⁷⁷: neste âmbito, revelar-se-á particularmente questionável o motivo pelo qual o Governo não adotou soluções jurídicas sólidas e preferiu, de modo desnecessário, enveredar por vias (no mínimo) qualificáveis como constitucionalmente questionáveis, atendendo ao forte potencial de litigiosidade suscitado pelos decretos governamentais de execução.

⁷⁵ Cf. o disposto no artigo 19º/7 da CRP e 3º/2 da lei 44/86.

⁷⁶ Cf. LUIS FÁBRICA, “Os Decretos de Declaração e de Execução do Estado de Emergência – Aspectos Constitucionais e Administrativos”, ... , p. 30.

⁷⁷ Sem prejuízo, o Tribunal Constitucional, no ac. n.º 184/89, proc. n.º 201/86, considera que a Administração pode habilitar a sua atuação num regulamento da União Europeia ou numa norma de direito internacional, porque sendo diretamente aplicável, satisfaz as exigências do princípio da legalidade: “*à face do sistema de receção automática consagrado na Constituição (artigo 8.º), o regulamento pode reportar-se hoje também diretamente a normas de direito internacional, convencional ou comunitário*”.

Ora, se a pandemia em nada a afetou a plena normalidade no funcionamento dos órgãos político-legislativos, teria (no mínimo) sido expectável que a configuração normativa do estado de emergência fosse assumida previamente no patamar legislativo.

E repare-se que tal não só não aconteceu, como paradoxalmente se verificou no Governo um estado de alvoroço tal na necessidade de precaver uma eventual “chuva de indemnizações” a pagar aos cidadãos pelas atuações (eventualmente lícitas) do Estado em contexto pandémico, pelo que tal já foi suficientemente motivador para que o Governo viesse aprovar um decreto lei com vista à suspensão do direito à indemnização pelo sacrifício pelas atuações públicas levadas a cabo em contexto de pandemia: ou seja, parece-nos que o Governo revelou uma preocupação muito maior em adotar soluções jurídicas robustas na suspensão de um direito de indemnização previsto pela Lei Fundamental, mas tal atitude preventiva já não se verificou na generalidade das atuações públicas que levaram a cabo a suspensão de direitos, liberdades e garantias.

O facto de o direito fundamental de iniciativa privada, consagrado no artigo 61.º da CRP, configurar um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias, tal acarreta a aplicação do regime constitucional previsto para esta categoria de direitos fundamentais, como consagra o artigo 17.º da CRP; ora, o regime aplicável envolve precisamente a reserva de lei parlamentar, nos termos do artigo 165.º/1 b) da CRP: a normação originária sobre estas matérias compete primariamente à Assembleia da República, pelo que a intervenção normativa do Governo neste âmbito circunscreve-se à intervenção por decreto lei e mediante uma lei de autorização (cf. artigos 165.º/2 a 165.º/5 da CRP).

E pese embora este ser um direito de natureza análoga aos direitos de liberdade, alinhamo-nos com GONÇALO ALMEIDA RIBEIRO⁷⁸ na ideia de que a dicotomia “estanque” entre direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição foi perdendo a sua força ao longo dos tempos, dado ser cada vez mais comum a integração dos direitos sociais, na sua dimensão negativa ou defensiva, no modelo de controlo das restrições aos direitos de liberdade.

Para o efeito, o autor recorre ao direito denominado de “mínimo de existência condigna”, inerente ao princípio da dignidade da pessoa humana. Num plano mais concreto, este é um direito a um rendimento que visa não a subsistência física do indivíduo, mas a sua existência condigna; ou seja, os bens sobre os quais incidem a generalidade dos direitos sociais – como a saúde, a educação e a habitação – constituem condições materiais para o pleno aproveitamento

⁷⁸ In *Controlo Judicial das Restrições aos Direitos Sociais*, e-Pública Vol. 7 n.º 3, dezembro 2020, p. 88. Disponível em: [34282-controlo-judicial-das-restricoes-aos-direitos-sociais.pdf](#).

das liberdades fundamentais, liberdades essas de que os seres humanos são titulares em virtude do reconhecimento da sua dignidade pessoal, e entre as quais está precisamente a liberdade no sentido individual do desenvolvimento da personalidade, através da escolha real entre projetos de vida⁷⁹.

Neste sentido, este direito inclui tanto a existência física do indivíduo, ou seja, alimentação, vestuário, habitação, higiene e saúde, como a possibilidade de cultivar relações interpessoais e uma medida mínima de participação na vida social, cultural e política, dado que os seres humanos, enquanto pessoas, existem necessariamente num contexto social. O objeto do direito fundamental é pois um rendimento de existência condigna, por meio do qual se possa satisfazer as necessidades associadas ao exercício das liberdades.

No fundo, é nessa relação de dependência recíproca entre direitos de liberdade e direitos sociais, aqueles como razão para que estes se tenham por fundamentais e estes como condição para que aqueles sejam efetivamente gozados, que se encontra a chave para a grande unidade axiológica que constituem os direitos fundamentais – o estatuto fundamental de pessoa – gozando por isso todos os direitos fundamentais da proteção jurídica inerente ao escalão constitucional.

Como tal, a exclusão dos direitos positivos ou a prestações do âmbito do artigo 18.º baseia-se única e exclusivamente no reconhecimento de que estes não têm as características estruturais em virtude das quais lhes são aplicáveis todos os aspetos em que se desdobra o regime dos direitos de liberdade; ou dito de outro modo, trata-se apenas de uma imposição da “natureza das coisas”, isto porque é muito mais fácil ao Tribunal Constitucional exercer um controlo sobre os direitos de liberdade com uma predominante dimensão negativa, comparativamente com os direitos sociais ou a prestações positivas⁸⁰ que envolvem um dever estatal de ação e cujo objeto é a prestação de um apoio social, por razões que decorrem do princípio da separação de poderes.

Nessa medida, não se vislumbra nenhum impedimento a que se apliquem aos direitos sociais as parcelas do regime global dos direitos de liberdade que se mostrem compatíveis com a sua natureza, tal como a sindicância de uma norma que tem um efeito de exclusão ou regressão⁸¹

⁷⁹ Como é o caso da liberdade de iniciativa privada, consagrada no artigo 61º da CRP.

⁸⁰ Resumindo-se praticamente ao caminho estreito da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, prevista no artigo 283.º da CRP, em que a decisão de inconstitucionalidade apenas se baseia na mera verificação do incumprimento.

⁸¹ Trata-se aqui, precisamente, da dimensão negativa do direito social. O TC, no ac. n.º 509/02, considerou não se tratar aqui da ideia de uma proibição geral de retrocesso social, mas sim dos casos em que é atingido o “conteúdo mínimo” do “direito a um mínimo de existência condigna”: é esse direito – e não uma proibição geral de retrocesso social – o verdadeiro fundamento de um eventual juízo de inconstitucionalidade. uma vez que princípio da

constitucionalmente relevante do nível de proteção social concedido pela lei, uma vez que não existe nenhuma relação necessária entre a regulação das restrições no artigo 18.º/2 e a aplicabilidade direta a que se refere o 18.º/1, pelo que a dimensão negativa do direito a um rendimento de existência condigna tem, desta forma, natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias para efeitos de aplicação do regime das restrições.

Deste modo, identifica-se também aqui uma inconstitucionalidade de cariz orgânico: o Governo aprova um decreto simples que se debruça sobre matéria de direitos, liberdades e garantias, matéria essa pertencente à esfera de reserva relativa de lei da Assembleia da República nos termos do artigo 165.º/1 b) da CRP, constatando-se por isso a violação de uma regra de competência.

7. Pressupostos da responsabilidade civil por ato ilícito

Para que seja defensável a efetivação de responsabilidade civil dos poderes públicos por ato ilícito, temos a verificação cumulativa dos seguintes pressupostos: (i) facto; (ii) ilicitude; (iii) culpa; (iv) dano; (v) e o nexo de causalidade entre o facto e o dano.

Quanto ao facto, temos a imposição de encerramento de estabelecimentos ligados ao setor de entretenimento noturno através de um decreto simples emanado pela Presidência do Conselho de Ministros, durante o estado de emergência, e de resoluções do Conselho de Ministros emanadas em contexto de estado de calamidade.

Na perspetiva da responsabilidade por facto ilícito, assume especial relevância o quadro jurídico do estado de emergência, na medida em que apesar de ser verdade que este corresponde a situações plenamente integradas no quadro constitucional vigente, tendo sido através deste determinada a suspensão do direito à liberdade de iniciativa económica, cf. o artigo 19.º/1 da CRP, não deixa de ser menos verdade que é a Constituição que regula os correspondentes procedimentos, estabelecendo nessa medida limites materiais de atuação das entidades públicas.

Neste sentido, cremos que a crise pandémica que vivemos acabou por revelar alguma relatividade no plano do normal funcionamento das instituições democráticas, pelo que teria

alternância democrática estatui a revisibilidade das opções legislativas, ainda quando estas assumam o carácter de opções legislativas fundamentais. Disponível em: [TC > Jurisprudência > Acórdãos > Acórdão 509/2002 . \(tribunalconstitucional.pt\)](https://tribunalconstitucional.pt).

sido expectável que a configuração normativa do estado de emergência fosse assumida previamente no patamar legislativo, solicitando o Governo a autorização parlamentar necessária caso a Assembleia não exercesse a sua competência legislativa⁸². Ainda assim, este quadro legal acabou por se revelar insuficiente para precaver as inconstitucionalidades orgânicas e formais cometidas pelo Governo na regulação do conjunto de medidas restritivas aplicáveis ao setor de entretenimento noturno.

Ainda neste âmbito, o quadro jurídico do estado de calamidade também assume importância, mas no plano das inconstitucionalidades materiais, uma vez que este quadro legal (LBPC e LSVSP) se revelou manifestamente insuficiente para suportar a licitude de atuações administrativas de ingerência tão intensas num direito fundamental como o de liberdade de iniciativa económica, traduzindo-se numa total supressão do mesmo, tendo tais medidas sido apenas baseadas, nas palavras de CARLA AMADO GOMES⁸³, numa cláusula geral de prevenção de risco sanitário.

Já na perspetiva da responsabilidade por facto lícito, o artigo 16.º da lei de RCEEP permite que o Estado imponha encargos a particulares por razões de interesse público. Ora, apesar de poder ser em certa medida ser equacionável que as medidas restritivas eram dotadas de uma especial necessidade dado todo o contexto factual, reclamando o interesse público uma proteção acrescida do bem jurídico saúde pública, os danos causados por esses mesmos encargos não deixam todavia de ser reparáveis por via de uma indemnização caso esses assumam características de especialidade e anormalidade, pelo que os quadros legais do estado de emergência e de calamidade pública assumem relevância no plano deste tipo de responsabilidade ao estabelecer uma “linha” de diferenciação clara entre a licitude das medidas adotadas e a indemnizabilidade dos danos causados por estas⁸⁴.

No que concerne aos danos e ao nexo de causalidade, cf. os artigos 2.º e 3.º da lei de RCEEP, foram precisamente as medidas que decretaram o encerramento obrigatório destes estabelecimentos durante cerca de 19 meses que deu azo a um acumular de prejuízos sem precedentes, o que levou a situações em que muitos proprietários, mesmo após o término das restrições, não conseguiram voltar a abrir os seus espaços; e ainda que se tenha registado uma

⁸² Cf. LUIS FÁBRICA, *Os Decretos de Declaração e de Execução do Estado de Emergência – Aspectos Constitucionais e Administrativos*, (...), pp. 32 e 33.

⁸³ In *Legalidade em Tempos atípicos: notas sobre as medidas de polícia sanitária no âmbito da pandemia* in *Revista do Ministério Público – Número Especial COVID-19*, (...), p. 77.

⁸⁴ Cf. o estabelecido no artigo 3º/2 da lei n.º 44/86, bem como pelo facto de a responsabilidade por ato lícito estar abrangida pelo alcance do artigo 22.º da CRP (cf. o descrito no ponto 4. desta dissertação), constituindo a responsabilidade civil do Estado o penhor da legitimidade das atuações deste em contexto de necessidade.

pequena abertura concedida a este tipo de espaços a 30 de julho de 2020, passando as discotecas e os bares a funcionar segundo as mesmas regras aplicáveis à restauração, acabou por ficar demonstrado pela realidade que tal não era sustentável, visto que tais medidas visavam apenas e só transformar os bares e discotecas num local com lugares sentados, o que logicamente se afigura incompatível com o tipo de atividade que este tipo de estabelecimentos desenvolvem.

Quanto à ilicitude, cf. o artigo 9.º da lei de RCEEP, refere TIAGO ANTUNES⁸⁵ que “*a ilicitude responsabilizante é um conceito composto, que pressupõe não só uma conduta ilegal, como a incidência dessa ilegalidade na esfera jurídica ou nos interesses legalmente protegidos de terceiros, lesando-os. Pelo que a ilicitude é da conduta e do resultado*” ; tal de facto verificou-se, uma vez estar em causa a sucessiva violação de disposições e princípios constitucionais, por parte do decreto simples n.º2-A/2020 de execução do estado de emergência e da RCM n.º 33-A/2020 em contexto de calamidade pública, os quais resultaram na ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos, *maxime* no direito fundamental à liberdade de iniciativa económica (cf. o artigo 61.º da CRP), tendo por isso ficado demonstrado que foram incumpridas formalidades que foram estabelecidas no interesse dos sujeitos afetados⁸⁶, em concreto, no interesse dos empresários do setor de entretenimento noturno.

Já no que respeita à culpa, cf. o artigo 10.º da lei de RCEEP, a ideia inerente a este pressuposto “*está no cerne da imputação delitual, isto é, na efetivação normativa de mandar que alguém, através de uma indemnização, suporte os danos ocorridos numa esfera jurídica alheia*”⁸⁷: ao facto ilícito tem, portanto, de acrescer um juízo de cesura à conduta da Administração, pelo que se exige uma valoração de que nas circunstâncias do caso a observância de tais normas eram exigíveis ao agente lesivo, ou seja, devia e podia a Administração ter atuado de forma diversa.

Poderíamos, num primeiro plano, considerar legítima a tese de que o princípio da precaução⁸⁸ justificaria o encerramento da atividade económica em causa, de modo a conter os contágios numa altura inicial da pandemia em que havia necessidade e urgência de atuação,

⁸⁵ Em anotação ao artigo 9º/1, in *O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas: comentários à luz da jurisprudência*, ... , p.694

⁸⁶ Cf. TIAGO ANTUNES, em anotação ao artigo 9º/1 da lei de RCEEP, , in CARLA AMADO GOMES, RICARDO PEDRO, TIAGO SERRÃO (coord.), *o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas: comentários à luz da jurisprudência*, ... , p. 691.

⁸⁷ Cf. RUI MEDEIROS, em anotação ao artigo 10º, *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, Lisboa, UCP Editora, 2013, pp. 264-265.

⁸⁸ IRIS GOLDNER LANG, “Laws of fear in the EU: The precautionary Principle and Public Health Restrictions to free Movement of persons in the time of COVID-19”, in *European Journal of Risk Regulation*, Cambridge University Press, 2021, p9. Disponível em: [SSRN-id3781099.pdf](https://ssrn.com/abstract=3781099)

uma vez que as evidências científicas sobre os riscos e as consequências da doença eram insuficientes, desconhecidas e inconclusivas. Todavia, e com os sucessivos acórdãos que foram saindo do Tribunal Constitucional que se decidiram pela inconstitucionalidade orgânica e formal das medidas⁸⁹, o Governo devia de facto ter procurado que esta matéria fosse legislada, o que não só não afasta a culpa leve, como leva a questionar se há ou não há culpa grave, com as consequências de responsabilidade solidária que tal acarreta.

E em vez de conformar a prática legislativa à Constituição e às necessidades emergentes, legislou-se apenas e só para precaver uma eventual “chuva de indemnizações” a pagar aos cidadãos pelas atuações (eventualmente lícitas) do Estado em contexto pandémico, pelo que tal já foi suficientemente motivador para que o Governo viesse aprovar um decreto lei com vista à suspensão do direito à indemnização pelo sacrifício pelas atuações públicas levadas a cabo em contexto de pandemia; contudo, nem o Governo nem a Assembleia da República não foram capazes de adotar uma postura enérgica para legislar sobre normas jurídicas habilitantes mais sólidas e robustas em matéria de restrição de direitos, liberdades e garantias, de modo a ser possível a garantia da legalidade das medidas que foram adotadas. Inclusive aos dias de hoje não foi ainda desenvolvida uma lei que dê base a este tipo de medidas, no caso de futuras pandemias.

Acresce ainda não ter caído no esquecimento a afirmação do Primeiro Ministro, que após o fim do estado de emergência, disse que: “*o confinamento é para manter diga o que disser a Constituição*”⁹⁰; e muito menos o facto de em certas resoluções do Conselho de Ministros não se instituir a obrigação de confinamento, mas sim o “dever cívico” de isolamento de pessoas suspeitas de estarem infetadas⁹¹: tal corresponde, em nossa opinião, ao reconhecimento por parte de quem decretou as medidas que as mesmas eram, no mínimo, ilegais.

8. Alcance da obrigação de indemnizar

Especificamente quanto ao pressuposto do dano, o artigo 3.º/1 da lei de RCEEP, em semelhança com o que acontece com o artigo 562.º/1 do Código Civil, afirma um princípio de ressarcimento integral dos danos que se apuram segundo a teoria da diferença, nos termos a qual caso se verifique uma discrepância entre a situação fáctica atual e a situação hipotética em

⁸⁹ Acórdãos que respeitam à legalidade dos confinamentos, tema não tratado nesta dissertação.

⁹⁰ Disponível para consulta em: [Confinamento “é para manter diga o que disser a Constituição”, refere Costa — dnoticias.pt.](#)

⁹¹ Cf. a Resolução do Conselho de Ministros n.º 33-A/2021, de 24 de março.

que os bares e discotecas estariam caso não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação (tanto o decretamento de encerramento total como a imposição de funcionamento segundo as mesmas regras aplicáveis à restauração), a obrigação de indemnizar não só existe, como existe na medida deste juízo⁹².

Neste sentido, a teoria da diferença estatui que a obrigação de indemnização abarque, simultaneamente, os danos emergentes e os lucros cessantes: os primeiros correspondem à perda ou diminuição de uma vantagem que o lesado já tinha no momento da lesão, ao passo que os segundos dizem respeito à não aquisição de uma vantagem que o lesado teria adquirido ou viria a adquirir se a lesão não tivesse ocorrido⁹³.

Assim sendo, a eleição da situação hipotética como elemento definidor da indemnização está longe de ser inconsequente: para o cálculo da indemnização no âmbito da responsabilidade civil por ato ilícito, deve-se atender ao cenário hipotético em que os bares e discotecas funcionariam plenamente durante o período da pandemia, o que nos leva necessariamente à conclusão de que os lucros obtidos em tal cenário nunca assumiriam a mesma dimensão que assumiriam num contexto “normal” de inexistência da doença, uma vez que não só a realidade nos demonstrou que todos os negócios, a bem ou a mal, sofreram impactos com a pandemia, como no caso específico dos bares e discotecas os cidadãos adquiriram um natural receio de as frequentar durante todo esse período.

Já na responsabilidade civil por ato lícito, há quem questione a recondução da indemnização pelo sacrifício à instituição geral da responsabilidade civil⁹⁴, sustentando que o artigo 16.º da lei de RCEEP não trata de uma verdadeira indemnização fundada numa reparação de danos, mas sim de uma mera compensação baseada na necessidade de garantir uma distribuição equitativa dos sacrifícios pela comunidade: tal permite uma apreciação equitativa do dano, operando o artigo 16.º como um travão da socialização dos prejuízos ocasionados pelas medidas, na medida em que um Estado com recursos escassos não pode, sob pena de implosão, constituir-se como garante universal de todos os prejuízos causados pelas atuações públicas.

⁹² Cf. NUNO TRIGO DOS REIS, em anotação ao artigo 3º da lei de RCEEP, in *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas: comentários à luz da jurisprudência* (coordenação de CARLA AMADO GOMES, RICARDO PEDRO e TIAGO SERRÃO), ... , p. 368.

⁹³ Cf. LUIS MENEZES DE LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 15ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, p. 331.

⁹⁴ V., entre outros, MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, pp. 414 e seg.

Ou seja, ainda que a responsabilidade por ato ilícito deva ter em linha de conta alguns apoios concedidos pelo Estado ao setor⁹⁵, a diferença fulcral para a responsabilidade por ato lícito está precisamente na consideração dos lucros cessantes: a lei portuguesa é clara quanto ao cálculo da indemnização, uma vez que o artigo 564.º/1 do Código Civil estatui que a obrigação de indemnização deve abranger tantos os danos emergentes, como os lucros cessantes⁹⁶.

Sendo a indemnização (ou compensação) atribuída segundo um juízo de equidade, em semelhança ao que acontece na responsabilidade pelo risco, aqui não se teriam em consideração os lucros (cessantes) que os bares e discotecas deixaram de auferir em razão das medidas de combate à pandemia, sendo por isso o montante da indemnização a atribuir necessariamente mais reduzido, à luz do enquadramento destas medidas na modalidade de responsabilidade civil por atos lícitos.

9. Conclusões

Por tudo o que foi exposto, temos a concluir o seguinte:

1. O decreto simples n.º2-A/2020, aprovado em contexto de estado de emergência, incorreu numa inconstitucionalidade orgânica, visto que o Governo aprova um decreto simples que se debruça sobre matéria de direitos, liberdades e garantias, matéria essa pertencente à esfera da reserva relativa de lei da Assembleia da República nos termos do artigo 165.º/1 b) da CRP, constatando-se por isso a violação de uma regra de competência.
2. O decreto simples n.º2-A/2020, aprovado em contexto de estado de emergência, incorreu em duas inconstitucionalidades formais, na medida em que o Governo não só optou pela atuação por via de regulamentos independentes por referência a uma norma jurídica habilitante insuficiente como é a do artigo 199.º g) da CRP, afrontado o disposto no artigo 112.º/7 da CRP; como também não respeitou a forma regulamentar de decreto regulamentar por forma a furtar-se aos poderes de veto e promulgação do Presidente da República, desrespeitando assim o preceituado no artigo 112.º/6 da CRP.

⁹⁵ Entre outras, disponível para consulta em: [Eis a portaria com novas ajudas para cultura, bares e discotecas - Expresso](#). Aqui estava em causa a atribuição de subsídios a bares e discotecas com quebras de faturação de 25% a 50%.

⁹⁶ Apesar da formulação infeliz do artigo, uma vez que os lucros cessantes não deixam de ser prejuízos causados pela lesão, tal como os danos emergentes.

3. O decreto simples n.º2-A/2020 padece por isso do vício da inexistência jurídica, visto estar em causa um decreto regulamentar não promulgado, nos termos do artigo 137.º e 134.º b) da CRP.
4. Já a RCM n.º33-A/2020, aprovada em contexto de estado de calamidade, incorreu em inconstitucionalidade material por violação do artigo 19.º/1 da CRP ao estender a suspensão do direito, liberdade e garantia da livre iniciativa económica para lá da vigência do estado de emergência, uma vez que esta aprovou uma série de restrições que pela sua elevada intensidade se materializavam, na prática, uma verdadeira e própria ablação total do direito à livre iniciativa económica. No fundo, os bares e discotecas poderiam abrir desde que não fossem bares e discotecas, tendo-lhes sido “proposto” pelas medidas restritivas e também pelo STA que estes empresários exercessem uma atividade económica totalmente desconfigurada entretenimento noturno não é restauração, são realidades totalmente distintas.
5. A RCM n.º33-A/2020, aprovada em contexto de estado de calamidade, incorre numa outra inconstitucionalidade material por violação do princípio da proporcionalidade, concretamente na sua manifestação de necessidade a atingir o fim último da salvaguarda da saúde pública, uma vez que ao permitir-se que os demais setores económicos começassem a laborar ainda durante o período em que a pandemia não havia terminado, tal naturalmente não muda o facto de com o vírus ser igualmente propagável nas festas em casinos e hotéis que ocorreram na noite de passagem de ano de 2021 para 2022, bem como nas festas organizadas por entidades públicas (designadamente câmaras municipais) que puderam na mesma acontecer.
6. A RCM n.º33-A/2020, aprovada em contexto de estado de calamidade, incorre numa outra inconstitucionalidade material por violação do princípio da legalidade, pelo facto de as normas jurídicas habilitantes (artigos 17.º da LSVSP e 21.º da LBPC) serem insuficientes em si mesmas para a habilitação de encerramentos destes espaços, uma vez que os bares e discotecas não exercem atividades, em si mesmas, propensas à propagação da doença.

7. Desta forma se demonstra que o quadro legal materializado na declaração de calamidade pública, através do recurso à LBPC e à Lei de SVSP, se revelou insuficiente para habilitar as diversas medidas adotadas em contexto de calamidade.
8. Demonstrou-se também que as inconstitucionalidades formais integram o âmbito do direito de indemnização dos bares e discotecas decorrentes das medidas públicas de combate à pandemia (tanto em estado de emergência como em estado de calamidade), na medida em que as ilegalidades cometidas ofenderam direitos ou interesses juridicamente tutelados destes empresários, por ter sido posto em causa o princípio da separação de poderes e a legitimidade democrática, consagrados no artigo 2.º da CRP, bem como pela impossibilidade da existência de um eventual comportamento lícito alternativo, uma vez que não existe no nosso ordenamento jurídico nenhuma base legal suficiente que permita o encerramento de bares e discotecas em contexto de calamidade pública, demonstrando-se assim que o conteúdo lesivo de tal atuação (regulamento independente) manter-se-á de forma inevitável (no caso dos artigos 112.º/7 e 199.º g) da CRP); e pelo facto de o Governo se ter furtado deliberadamente aos poderes de promulgação e veto do Presidente, assumindo estes particular importância num contexto de forte restrição a direitos, liberdades e garantias dos cidadãos (no caso do artigo 112.º/6 da CRP).
9. Tendo ficado demonstrado que pressupostos da responsabilidade civil por ato ilícito estão preenchidos, o direito de indemnização dos bares e discotecas é enquadrável na responsabilidade civil do Estado por ato ilícito pelo exercício da função administrativa sobre a forma regulamentar, nos termos do artigo 1.º/2 do RRCEE, compreendendo: I) o decreto simples n.º2-A/2020 aprovado em contexto de estado de emergência, pelas inconstitucionalidades formais e orgânicas observadas; II) a RCM n.º33-A/2020, aprovada em contexto de calamidade pública, pelas inconstitucionalidades materiais observadas.
10. E especificamente quanto aos danos, viu-se que a eleição da situação hipotética como elemento definidor da indemnização está longe de ser inconsequente, pelo que o cálculo da indemnização no âmbito da responsabilidade civil por ato ilícito deve ter por referência o cenário hipotético em que os bares e discotecas funcionariam plenamente durante o período da pandemia, o que nos leva necessariamente à conclusão de que os

lucros obtidos em tal cenário nunca assumiriam a mesma dimensão que assumiriam num contexto “normal” de inexistência da doença.

11. Contudo, demonstrou-se também que o setor de entretenimento noturno foi especialmente afetado em relação aos demais setores económicos pelas medidas decretadas em contexto pandémico, pelo que tal abre a possibilidade de configuração dos danos sofridos por estes empresários no âmbito da responsabilidade por ato lícito, por estarem em causa danos “*especiais e anormais*”: no fundo, de forma mais ou menos clara se chega à conclusão de que os efeitos da pandemia não foram transversais à sociedade portuguesa no seu todo de modo igual, afetando de forma especialmente agravada este setor de atividade.
12. A diferença fulcral de enquadramento nas diferentes modalidades de responsabilidade (por ato ilícito e por ato lícito) está pois na consideração dos lucros cessantes: quanto à primeira, a lei portuguesa é clara quanto ao cálculo da indemnização, uma vez que o artigo 564º/1 do Código Civil estatui que a obrigação de indemnização deve abranger tanto os danos emergentes, como os lucros cessantes; já na segunda, a indemnização (ou compensação) a atribuir será atribuída segundo um juízo de equidade, pelo que aqui não se teriam em consideração os lucros que os bares e discotecas deixaram de auferir em razão das medidas de combate à pandemia, sendo por isso aqui o montante da indemnização a atribuir necessariamente mais reduzido.
13. No fundo, a responsabilidade por ato lícito constituiria uma espécie “meio termo” entre as pretensões de proteção da saúde pública (por parte do Estado) e de ressarcimento dos danos causados por tais atuações (por parte dos empresários do setor de entretenimento noturno), uma vez que se é verdade que o juiz deve garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, este também não deve levar o Estado à ruína financeira, ocorrendo por via um de juízo de ponderação uma ampliação⁹⁷ dos poderes do juiz para lá da sujeição à lei, cf. o artigo 203.º da CRP.

⁹⁷ Cf. JOSÉ MARIA DE RODRÍGUEZ SANTIAGO, *La Ponderación de Bienes e Intereses en el Derecho Administrativo*, 1.ª ed., Madrid Barcelona: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, p. 102.

14. Não podemos, por isso, deixar de estabelecer uma “linha” de diferenciação clara de distinção entre a defesa da licitude das atuações públicas e a defesa da exclusão total do direito à indemnização: ainda que se admita a defesa da primeira tese, já a defesa desta última revela-se manifestamente improcedente, porque não só a tese do STA (ao alegar que a situação dos bares e discotecas apenas são "a nova normalidade" em resultado de uma pandemia que afetou todos de modo indistinto) incorre numa contrição insanável, visto que os estados de exceção são eles próprios estados de anormalidade; como também se constatou uma disparidade de tratamento inadmissível por parte das entidades públicas em relação a este setor, visto que este grupo de empresários suportou de forma desigual os efeitos nocivos das medidas restritivas, existindo desta forma uma rutura na igualdade de repartição de encargos públicos que justifica uma intervenção restauradora da indemnização por ato lícito.
15. Pelo que, em nosso entender, a responsabilidade por ato lícito deve ser "o mínimo" a ser reconhecido a este setor, não se revelando impeditivo para tal o disposto no artigo 8º do DL n.º 19-A/2020, dado que esta norma padece de I) uma inconstitucionalidade de cariz orgânico: o Governo aprova um Decreto Lei não autorizado que derroga uma disposição da lei da RCEEP, matéria essa pertencente à esfera da reserva relativa da Assembleia da República nos termos do artigo 165º/1 s) da CRP; II) e de uma inconstitucionalidade de cariz material: este DL ao negar a atribuição de um direito de indemnização por ato lícito a todos os níveis, sem especificar que casos estão ou não abrangidos por essa limitação, acaba também por abranger as situações em que é a própria CRP a afirmar que a restrição a certos direitos têm de ser acompanhados pela devida indemnização, como é o caso do direito à propriedade, nos termos do artigo 62º/2 da CRP.

10. Bibliografia

- AMARAL, DIOGO FREITAS DO/ GARCIA, MARIA DA GLÓRIA, *Estado de Necessidade e a Urgência em Direito Administrativo*, estudo correspondente a um parecer emitido pelos Autores a solicitação da Câmara Municipal de Ourique na sequência de graves intempéries, ocorridas em outubro/novembro de 1997.
- AMARAL, DIOGO FREITAS DO, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 4.^a ed., Almedina: Coimbra, 2018.
- CANOTILHO, GOMES, *O problema da responsabilidade do Estado por atos ilícitos*, Coimbra: Almedina, 1974.
- CANOTILHO, GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a edição, 19.^a reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003.
- CORREIA, SÉRVULO, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987.
- CORREIA, SÉRVULO, *Revisitando o Estado de Necessidade*, Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral, Coimbra, 2010.
- FÁBRICA, LUIS, *Os Decretos de Declaração e de Execução do Estado de Emergência – Aspetos Constitucionais e Administrativos*”, in Revista do Ministério Público – Número Especial COVID-19: 2020;
- GOMES, CARLA AMADO, *Responsabilidade civil extracontratual do Estado e(m) estado de emergência: Dez breves notas*, in e-publica (revista eletrónica de Direito Público), Vol. 7 n.º 1, abril 2020.
- GOMES, CARLA AMADO/ PEDRO, RICARDO/ SERRÃO, TIAGO (coord.), *O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas: comentários à luz da jurisprudência*, 3.^aed., Lisboa: AAFDL, 2022.
- GOMES, CARLA AMADO, “Legalidade em Tempos atípicos: notas sobre as medidas de polícia sanitária no âmbito da pandemia” in Revista do Ministério Público – Número Especial COVID-19: 2020, Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2020.

- LANG, IRIS GOLDNER, “Laws of fear in the EU: The precautionary Principle and Public Health Restrictions to free Movement of persons in the time of COVID-19”, in *European Journal of Risk Regulation*, Cambridge University Press, 2021, pp.1-24
- LEITÃO, ALEXANDRA, *Duas questões a propósito da responsabilidade extracontratual por (f)actos ilícitos e culposos práticos no exercício da função administrativa: da responsabilidade civil à responsabilidade pública. Ilicitude e presunção de culpa*”, ICJP.
- MEDEIROS, RUI/ MIRANDA, JORGE, *Constituição Portuguesa Anotada*, UCP Editora, 2ª edição, Vol. III, 2020.
- MIRANDA, JORGE, *Curso de Direito Constitucional*, Vol. II, 2ª Edição, UCP Editora, Lisboa, 2016.
- MOOR, PIERRE, *Droit Administratif*, Vol. II: Les actes administratifs et leur controle, Editions Staempli & Cie SA Berne, 1991.
- OTERO, PAULO, *Legalidade e Administração Pública: o Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Coimbra: Almedina, 2003.
- RIBEIRO, GONÇALO ALMEIDA, *Controlo Judicial das Restrições aos Direitos Sociais*, e-Pública (revista eletrónica de Direito Público), Vol. 7 n.º 3, dezembro, 2020.
- SANTIAGO, JOSÉ MARIA DE RODRÍGUEZ, *La Ponderación de Bienes e Intereses en el Derecho Administrativo*, 1.ª ed., Madrid Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Juridicas y Sociales, 2000.