



CJCPLP
CONFERÊNCIA
DAS JURISDIÇÕES CONSTITUCIONAIS
DOS PAÍSES DE LÍNGUA PORTUGUESA

5ª Assembleia | 30 junho a 1 julho 2022
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL

**“A GARANTIA DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS EM TEMPO DE PANDEMIA”**

RELATÓRIO GERAL¹

Lisboa, 30 de junho - 01 de julho de 2022

¹ Elaborado pelo Juiz Conselheiro José João Abrantes
Tribunal Constitucional de Portugal

RELATÓRIO GERAL DA V ASSEMBLEIA DA CJCLP

I

Quais as principais medidas de combate à pandemia COVID-19 adotadas pelos órgãos de soberania? Foram acionados regimes constitucionais excepcionais, como o Estado Emergência? Foram decretadas medidas de confinamento obrigatório?

Foram adotadas várias medidas de combate à COVID-19. Destacam-se as destinadas a promover o distanciamento social (como o teletrabalho, o encerramento de instalações ou estabelecimentos, restrições de acesso a estabelecimentos comerciais e a serviços e edifícios públicos, a limitação da lotação de espaços e transportes públicos) e a limitar a circulação de pessoas (suspensão de voos, controlos fronteiriços, proibição de circular entre concelhos, etc.), além de regras de higiene e sanitárias (com destaque para o uso obrigatório de máscara).

Houve também medidas de auxílio às pessoas e às famílias que perderam rendimentos, programas de manutenção do emprego e apoio às empresas (como o *lay-off* simplificado), benefícios fiscais para a aquisição de materiais para combate ao vírus, medidas para mitigar a superlotação dos estabelecimentos prisionais (v.g., amnistia e perdão de penas), proibição de despejos e moratórias nos arrendamentos, etc.

Comum aos vários Estados foi o ter sido declarado o estado de emergência – na execução do qual se determinou o confinamento obrigatório no domicílio ou em estabelecimento de saúde dos doentes infetados com o COVID-19, bem como a quarentena e isolamento profilático dos cidadãos sujeitos a vigilância ativa. Também se verificou com frequência a declaração da situação de calamidade pública, mantendo medidas como a quarentena obrigatória e o uso de máscara, bem como o distanciamento físico entre as pessoas.

É evidente que algumas medidas se traduziram em restrições de direitos, liberdades e garantias, como a liberdade de circulação, o direito de propriedade e de iniciativa económica, direitos dos trabalhadores, o direito de reunião e manifestação, a intimidade da vida privada e familiar, a liberdade de culto, as liberdades de expressão, de imprensa e informação, o direito à educação e o direito de acesso aos tribunais, entre outros.

II

Quais as principais questões suscitadas perante a Justiça Constitucional? Há acesso direto dos particulares à Justiça Constitucional? Que meios e instrumentos processuais foram utilizados pelos particulares?

Em geral, os particulares não têm acesso direto ao Tribunal Constitucional, só podendo a ele recorrer através da fiscalização concreta. A questão de constitucionalidade é suscitada no tribunal que está a julgar o caso concreto, ao qual compete apreciá-la, e só após uma decisão deste tribunal se pode recorrer para o Tribunal Constitucional, que não é chamado a reapreciar a questão principal do caso concreto, antes só tendo competência para apreciar a constitucionalidade de uma norma específica que tenha sido aplicada ou desaplicada pelo tribunal *a quo*; objeto do recurso não é uma decisão judicial, mas a constitucionalidade de uma norma.

Em Portugal, até ao momento, todas as questões relacionadas com as medidas de combate à pandemia foram suscitadas perante o Tribunal Constitucional através da fiscalização concreta, nos termos referidos adiante (algumas vezes por particulares, a maior parte das vezes pelo Ministério Público).

No caso da Guiné-Bissau, a questão de constitucionalidade é suscitada por via incidental, subindo em separado ao Supremo Tribunal de Justiça, tendo a decisão deste Tribunal efeitos *erga omnes*.

Nalguns países, de que se destaca o caso de Cabo Verde, há figuras próximas do recurso de amparo, com os particulares a poderem então aceder diretamente à justiça constitucional. Situação curiosa é a relativa a Moçambique, país em que, reunindo duas mil assinaturas, os cidadãos podem aceder diretamente ao Conselho Constitucional, requerendo a fiscalização abstrata de normas.

III

Quais as disposições constitucionais invocadas pelos particulares?

A resposta a esta questão está, obviamente, *prejudicada* pelo que se acabou de dizer, sobre o facto de os particulares não terem acesso direto à justiça constitucional.

De qualquer modo, mesmo em sede de fiscalização concreta, poucas (ou, nalguns países, nenhuma) questões aí foram suscitadas por particulares.

É claro que, quanto às disposições constitucionais invocadas, sendo os problemas idênticos e estando sempre em causa os mesmos valores e bens constitucionais, também as disposições invocadas não poderiam deixar de ser idênticas nos vários ordenamentos jurídicos (v.g., preceitos relativos a direitos e garantias dos indivíduos, direitos sociais, direito à saúde, etc.).

IV

Adoção da exigência de passaporte/certificado de vacinação? Se sim, surgiram questões relacionadas com esta medida?

Nem em todos os países da CJCLP foi exigido o certificado de vacinação. Foi-o nos seguintes: Angola, Brasil (onde uma decisão do Ministro Luís Roberto Barroso, determinando que a prova de vacina para quem chega do exterior só pode ser dispensada por motivos médicos, caso o viajante venha de país em que

comprovadamente não haja vacina disponível ou por razão humanitária excepcional, aguarda ainda apreciação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal), Cabo Verde, Portugal [onde, através do Decreto-Lei n.º 54-A/21, de 25 de junho, se procedeu à execução do Regulamento (UE) 2021/953, relativo ao Certificado Digital COVID da EU, documento digital que constitui prova de que uma pessoa foi vacinada contra a COVID-19, recebeu um resultado negativo num teste ou recuperou da COVID-19, e nessa sequência, foi exigida a exibição desse certificado como condição de acesso a determinados espaços, estabelecimentos e eventos, enquanto medida de combate à pandemia], São Tomé e Príncipe e Timor-Leste.

A justiça constitucional não foi chamada a pronunciar-se sobre questões ligadas à exigência de certificado de vacinação.

V

Foram colocadas questões relacionadas com a proteção de dados pessoais e reserva de intimidade da vida privada?

Em geral, as jurisdições constitucionais não foram chamadas a decidir sobre questões ligadas à proteção de dados pessoais e/ou sobre a reserva de intimidade da vida privada. Refira-se, no Brasil, o caso relativo a uma medida legislativa (provisória) que permitia o compartilhamento de dados telefónicos para fins estatísticos durante o período da COVID-19. O Supremo Tribunal Federal (STF), através de decisão da Ministra Rosa Weber, reconheceu a violação ao direito fundamental à proteção de dados pessoais diante da ausência de salvaguardas técnicas e administrativas efetivas que pudessem colmatar a necessária proteção desses dados, seja pela anonimização, seja contemplando mecanismos minimamente eficientes de transparência no seu tratamento.

VI

Apresentação das linhas gerais da jurisprudência constitucional mais relevante relativa ao impacto da pandemia da COVID-19 na sociedade e nos direitos dos cidadãos, salientando, pelo especial significado e impacto, uma decisão judicial.

Encontra-se pouca (nalguns países, nenhuma) jurisprudência relativa ao impacto da pandemia nos direitos dos cidadãos.

No Brasil, o STF teve um papel importante na garantia dos direitos fundamentais. Nalgumas ações, o STF reconheceu o carácter excessivo de medidas tomadas pelo Poder Público (por ex., encerramento de uma fábrica na cidade de Teresina ou restrições à circulação de pessoas com mais de 60 anos na cidade de São Bernardo do Campo - SP). Também já referimos a decisão da Ministra Rosa Weber sobre o direito fundamental à proteção de dados pessoais, bem como a do Ministro Luís Roberto Barroso que decidiu que o Estado pode determinar a obrigatoriedade da vacinação contra a Covid-19. O STF

– novamente por decisão do Ministro Luís Roberto Barroso - também suspendeu a campanha publicitária do Governo Federal que incentivava o retorno da população às suas atividades normais, de forma contrária às principais recomendações das entidades de saúde.

Curioso é o caso, ocorrido em São Tomé e Príncipe (Acórdão n.º 8/2020), relativo a uma lei que autorizava o Governo a adotar medidas, excepcionais e temporárias, para a criação de um fundo financiado por um imposto solidário, retido na fonte pelo empregador, em montantes correspondentes a 5%, 8% ou 10% da remuneração individual, durante seis meses. O Ministério Público requereu a fiscalização abstrata da sua constitucionalidade, invocando a violação dos princípios da irredutibilidade do salário, do Estado de direito democrático na vertente da proteção da confiança, da proporcionalidade e da igualdade, bem como da reserva da competência legislativa parlamentar (artigos 15º, 98º e 100º e alínea a) do artigo 43º da Constituição). Porém, o Tribunal não lhe deu razão.

Em Portugal, até ao momento, todas as questões relacionadas com as medidas de combate à pandemia foram suscitadas perante o Tribunal Constitucional através da fiscalização concreta. As principais questões que o Tribunal foi chamado a apreciar disseram respeito a normas sobre:

- confinamento obrigatório de cidadãos (quarentena e isolamento profilático);
- punição como crime de desobediência da violação da obrigação de confinamento ou agravação da moldura penal desse crime por violação de uma ordem de recolhimento domiciliário; e
- suspensão dos prazos de prescrição de crimes e contraordenações durante a situação excepcional de combate à COVID-19.

Esteve em causa, sobretudo, a inconstitucionalidade orgânica das normas, mas, num número limitado de casos, foram também apreciadas questões de inconstitucionalidade material.

Apenas uma pequena parte dos recursos foi interposta por particulares, enquanto partes num processo judicial. Foi o que se passou com os que tiveram por objeto normas sobre **suspensão dos prazos de prescrição de crimes e contraordenações durante a situação excepcional de emergência sanitária**. A questão fundamental desses recursos era saber se o artigo 29.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) {«[n]inguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a ação ou a omissão» (n.º 1), nem sofrer «penas que não estejam expressamente cominadas em lei anterior» (n.º 3) ou «mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respetivos pressupostos» (n.º 4)}, se opõe à aplicação imediata da causa de suspensão da prescrição prevista na lei como medida de resposta à pandemia aos procedimentos pendentes.

No Acórdão n.º 500/2021, acompanhado, no essencial, pelos Acórdãos n.ºs 660/2021 e 798/2021, o Tribunal Constitucional entendeu que **a nova causa de suspensão, pela sua singularidade, escapava às razões com base nas quais se justifica a aplicação da**

proibição da retroatividade às normas sobre prescrição (artigo 29.º da CRP), já que se tratava de uma medida transitória, destinada a vigorar apenas durante o período em que se mantivesse o condicionamento à atividade dos tribunais determinado pela situação excecional de emergência sanitária. Este foi, assim, um dos casos em que o Tribunal apreciou a inconstitucionalidade material.

Os restantes recursos foram interpostos pelo Ministério Público, ou seja, correspondem a recursos obrigatórios de decisões de tribunais que recusaram a aplicação de normas por inconstitucionalidade, e tiveram por objeto normas sobre confinamento obrigatório e normas prevendo a punição como crime de desobediência da violação do confinamento ou a agravação da moldura penal do crime de desobediência por violação de uma ordem de recolhimento domiciliário.

As decisões do Tribunal Constitucional relacionadas com medidas de confinamento obrigatório – quarentena e isolamento profilático – podem dividir-se em dois grandes grupos:

- (i) as que apreciaram normas que impunham o confinamento obrigatório (Acórdãos n.ºs 88/2022, 89/2022 e 90/2022); e
- (ii) as que apreciaram uma norma criadora de um procedimento de validação judicial da quarentena obrigatória ou isolamento profilático (Acórdãos n.ºs 687/2020, 729/2020, 769/2020 e 173/2021).

Merecem especial destaque as decisões do primeiro grupo, pelos seus efeitos nas vidas dos cidadãos.

A linha argumentativa seguida nos Acórdãos n.ºs 88/2022, 89/2022 e 90/2022 foi uniforme e desenvolveu a apreciação que o Tribunal Constitucional fizera, no Acórdão n.º 424/2020, que correspondeu à primeira intervenção do Tribunal, suscitada por outro tribunal, numa situação de recusa [álínea a) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei do Tribunal Constitucional], na sequência de um pedido de *habeas corpus* de um passageiro de um voo que, tendo chegado aos Açores, foi sujeito a confinamento obrigatório em quarto de hotel.

O Tribunal considerou que as medidas de confinamento *em concreto* (confinamento a espaço circunscrito, conseqüente limitação da liberdade de circulação e movimentação) constituíam uma restrição ao direito à liberdade, do artigo 27.º da CRP, e, como tal, a respetiva matéria estava abrangida pela reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º. Com base nesses argumentos, o Tribunal Constitucional decidiu no sentido da inconstitucionalidade das normas fiscalizadas. Idêntica posição foi adotada nas decisões do segundo grupo (ii).

Contrariamente, no caso do Acórdão n.º 87/2022, também relacionado com confinamento obrigatório, o diploma sob fiscalização tinha sido aprovado na sequência de um Decreto do PR, que renovava e regulamentava o estado de emergência. Tendo em conta que esse Decreto tinha consagrado expressamente a suspensão parcial do direito à liberdade, foi considerado que a norma fiscalizada se inseria ainda no âmbito normativo da suspensão de direitos estabelecida pelo PR, vindo apenas clarificar que a determinação do local alternativo para confinamento e dos cidadãos em vigilância ativa

incumbia às autoridades de saúde e outros profissionais de saúde. Entendendo, assim, que a norma sujeita a apreciação não possuía um alcance inovatório, o Tribunal afastou o juízo de inconstitucionalidade orgânica ou formal.

Passemos agora à **jurisprudência relativa às normas em matéria de crimes e penas**, em que foi convocada a alínea c) do n.º 1 do mesmo artigo 165.º da CRP, segundo a qual a definição dos crimes, penas e medidas de segurança e respetivos pressupostos está sujeita à reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República (AR) e, bem assim, no tocante ao agravamento da moldura penal do crime de desobediência, o artigo 19.º da Constituição, que contém o regime constitucional do estado de emergência.

No Acórdão n.º 921/2021, o Tribunal considerou que o Governo não havia criado um crime novo face ao artigo 7.º do Regime do Estado de Sítio e do Estado de Emergência (LEE), não excedendo, assim, as suas competências, pelo que a norma não é inconstitucional.

No processo n.º 497/2021, da 1.ª secção, a questão é semelhante. Porém, ao contrário do que acontecia na hipótese do Acórdão n.º 921/2021, nem a Resolução da AR, nem o Decreto do PR continham referência ao crime de desobediência. O processo encontra-se ainda em discussão, restando saber se se vai considerar que se mantém, embora com estrutura diversa, a continuidade normativa referida no Acórdão n.º 921/2021, reportando-se a diferença a uma explicitação do que, na realidade, já se pretendia afirmar antes (na LEE), ou, ao invés, entender que se quebrou a necessária continuidade normativa (entre o artigo 7.º da LEE, a Resolução da AR, o Decreto do PR e o Decreto governamental) no sentido de prever e assinalar aos cidadãos (sempre através de lei) que a violação do confinamento consubstanciaria a prática de um crime de desobediência.

No Acórdão n.º 352/2021, foi apreciada uma norma, contida no Decreto da Presidência do Conselho de Ministros que mandava agravar em um terço os limites da moldura penal do crime de desobediência, por violação de uma ordem de recolhimento domiciliário. O Tribunal Constitucional, **embora com dois votos de vencido**, considerou que o Governo tinha competência, na execução da declaração presidencial do estado de emergência, para decretar normas sobre crimes e penas, designadamente agravando os limites da moldura penal do crime de desobediência, sem tal significar uma afetação das «regras constitucionais relativas à competência e funcionamento dos órgãos de soberania», proibida pelo artigo 19.º, n.º 7, da Constituição.

No processo n.º 194/2021 da 1.ª secção (ainda em discussão), a questão é semelhante, centrando-se a discussão centra-se em torno da delimitação dos poderes de execução do Governo pelo Decreto Presidencial. É essa, de facto, a questão principal do Acórdão n.º 352/2021.

Para o acórdão, não obstante o n.º 7 do artigo 19.º, a execução da declaração do estado de emergência, compreendendo todas as “providências necessárias e adequadas ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional”, é uma competência

diretamente fundada no n.º 8 daquele mesmo artigo: uma vez declarado o estado de emergência, o executivo passa a atuar no quadro de uma organização excecional do poder público, sem carecer de ser autorizado pela AR ou pelo PR para decretar normas que entenda necessárias. Afastou-se a violação do n.º 7 do artigo 19.º com o argumento de que este poder normativo é absolutamente excecional: o seu exercício baseia-se num título extraordinário (a declaração do estado de exceção), reveste carácter temporário e é orientado a uma finalidade específica (a restauração da normalidade constitucional). O Governo pode, pois, decretar normas no âmbito específico da execução do decreto presidencial que declara o estado de emergência, estritamente pelo prazo de vigência daquele e com vista a garantir o cumprimento da legalidade excecional. Assim se concluiu que a norma sindicada não merecia censura constitucional.

Como já foi dito, não houve consenso na Secção (a 3.ª) quanto a esta decisão. Dois votos de vencido sufragaram a inconstitucionalidade. Num deles, aponta-se, designadamente, que, ao editar uma norma que agrava as penas previstas para o crime de desobediência, o Governo fez uso de uma competência cuja atribuição não se encontra compreendida nos termos em que a declaração do estado de emergência pode alterar a normalidade constitucional, face à Constituição e à lei (artigo 19.º, n.º 7). No outro, entendeu-se que o n.º 8 do artigo 19.º não pode ser dissociado dos limites consagrados no precedente número 7. Neste ponto de vista, a compatibilização entre o n.º 7 e o n.º 8 passa pela interpretação deste segundo à luz do primeiro, e não o contrário. Admitir que, à luz do n.º 8, o Governo ficaria habilitado a legislar acerca de matérias que a Lei Fundamental reservou à competência de outro órgão de soberania, neste caso à AR, seria desvirtuar o objetivo com que se consagrou, no n.º 7, a reserva de competências dos órgãos de soberania como limite negativo e intransponível do estado de exceção constitucional; no fundo, seria permitir uma suspensão dessa garantia. Assim, não existindo no Decreto do PR habilitação para definir a moldura penal do crime no âmbito da declaração de exceção, e não se encontrando o Governo autorizado a legislar sobre crimes e penas (n.º 7 do artigo 19.º), uma norma como a que está sob apreciação estará, de acordo com esta posição, ferida de inconstitucionalidade orgânica, por violação da reserva relativa de competência da Assembleia da República (artigo 165.º, n.º 1, alínea c), da CRP).

Numa avaliação global desta jurisprudência constitucional portuguesa relativa à COVID-19, parece-nos ser de sublinhar a circunstância de a avaliação do Tribunal Constitucional se ter centrado, até agora e fundamentalmente, num plano de apreciação orgânico/formal (conforme referido no Relatório do TC de Portugal, recentemente, em 24 de junho, na 2.ª Secção, em decisões ainda não publicadas, o Tribunal debruçou-se sobre a constitucionalidade material de medidas de confinamento, nos Acórdãos n.ºs. 464/2022, 465/2022 e 466/2022, entendendo que tal confinamento, reduzindo a ação ambulatória a uma habitação ou estabelecimento de saúde, configura uma medida *privativa* da liberdade e pronunciando-se, então, pela inconstitucionalidade material das normas sob análise, por violarem o princípio da tipicidade das formas de privação da liberdade física, do artigo 27.º CRP). O que é compreensível, encontrando-nos perante uma matéria que aconselha a maior prudência. É verdade que os Estados legislaram, nem sempre bem – é fácil reconhecê-lo hoje, dispondo da informação que

então inexistia –, mas também é certo que quase tudo o que foi feito dificilmente poderia ter sido evitado por quem, então, foi obrigado a decidir, fornecendo respostas rápidas, num ambiente de enorme pressão, aliada ao desconhecimento e à incerteza.

Lisboa, Tribunal Constitucional, 1 de julho de 2022.

José João Abrantes, Juiz Conselheiro do Tribunal Constitucional de Portugal.