

O Impacto da COVID 19 nos Direitos Humanos  
A resposta da Convenção Europeia  
dos Direitos Humanos

The Impact of COVID 19 on Human Rights  
The response of the European Convention  
on Human Rights

ANA MARIA GUERRA MARTINS

VOL. 7 Nº 1 ABRIL 2020

[WWW.E-PUBLICA.PT](http://WWW.E-PUBLICA.PT)



COM O APOIO DE:

**FCT** Fundação  
para a Ciência  
e a Tecnologia

ISSN 2183-184x

## **O IMPACTO DA COVID 19 NOS DIREITOS HUMANOS A RESPOSTA DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS<sup>1</sup>**

### **THE IMPACT OF COVID 19 ON HUMAN RIGHTS THE RESPONSE OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS**

ANA MARIA GUERRA MARTINS

Juíza do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade, Lisboa

1649-014, Portugal

[amartins@fd.ulisboa.pt](mailto:amartins@fd.ulisboa.pt)

**Resumo:** A epidemia covid-19 trouxe inúmeros desafios ao nível das eventuais respostas que o Direito tem de estar preparado para dar. O Direito Internacional dos Direitos Humanos não é exceção, nele se destacando a Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Depois da colocação do problema, o presente texto procura saber se o regime das restrições e derrogações de direitos contido na Convenção Europeia dos Direitos Humanos é suscetível de ser aplicado no atual contexto de crise de saúde pública. Ao mesmo tempo, ainda se analisa o eventual papel que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos poderá vir a ter no controlo das medidas estaduais que foram adotadas para combater a epidemia covid-19.

**Abstract:** The covid-19 epidemic brought numerous challenges in terms of the possible responses that the Law must be prepared to give. International human rights law is no exception, highlighting the European Convention on Human Rights. After posing the problem, this text seeks to know whether the regime of restrictions and derogations of rights contained in the European Convention on Human Rights is likely to be applied in the current context of public health crisis. At the same time, the possible role that the European Court of Human Rights may have in controlling the state measures that were adopted to combat the covid-19 epidemic will also be analyzed.

**Palavras-chave:** Crise epidémica, restrições de direitos, derrogações de direitos, Convenção Europeia dos Direitos Humanos, Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

**Keywords:** Epidemic crisis, restrictions of rights, derogation of rights, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights

**Sumário:** **1.** Introdução; **2.** Quadro jurídico previsto na CEDH para enfrentar crises; **2.1.** Enquadramento da questão; **2.2.** Restrições e derrogações de direitos na CEDH; **2.2.1.** As restrições de direitos na CEDH; **2.2.2.** As derrogações de

---

1. As opiniões expressas no texto são da exclusiva responsabilidade da sua autora, não vinculando a instituição a que pertence.

direitos na CEDH; **3.** O regime jurídico previsto no artigo 15.º da CEDH para a derrogação de direitos em situações de emergência na CEDH; **3.1.** As origens do artigo 15.º da CEDH; **3.2.** As condições de aplicação do artigo 15.º da CEDH; **3.2.1.** As condições substantivas de aplicação do artigo 15.º da CEDH; **3.2.1.1.** A existência de um perigo público que ameace a vida da Nação; **3.2.1.2.** O caráter atual ou iminente do perigo; **3.2.1.3.** A temporalidade das medidas excepcionais; **3.2.2.** Os limites à derrogação da CEDH; **3.2.2.1.** Respeito pelo princípio da proporcionalidade; **3.2.2.2.** Respeito do direito internacional; **3.2.2.3.** Respeito do princípio da não discriminação; **3.2.2.4.** Direitos inderrogáveis; **3.3.** Condições formais de aplicação do artigo 15.º da CEDH; **3.3.1.** A notificação da derrogação; **3.3.2.** Notificação do retorno à normalidade; **3.4.** O controlo das medidas derogatórias pelo TEDH; **4.** Conclusões.

**Summary:** **1.** Introduction; **2.** Legal framework envisaged by the ECHR to face crises; **2.1.** Framework of the issue; **2.2.** Restrictions and derogations of rights in the ECHR; **2.2.1.** Rights restrictions in the ECHR; **2.2.2.** Derogations of rights in the ECHR; **3.** The legal regime provided for in Article 15 of the ECHR for the derogation of rights in emergency situations at the ECHR; **3.1.** The origins of Article 15 of the ECHR; **3.2.** The conditions for applying Article 15 of the ECHR; **3.2.1.** The substantive conditions for the application of Article 15 of the ECHR; **3.2.1.1.** The existence of a public danger that threatens the life of the Nation; **3.2.1.2.** The current or imminent character of the danger; **3.2.1.3.** The temporality of exceptional measures; **3.2.2.** The limits to the ECHR's derogation; **3.2.2.1.** Respect for the principle of proportionality; **3.2.2.2.** Respect for international law; **3.2.2.3.** Respect for the principle of non-discrimination; **3.2.2.4.** Non-derogable rights; **3.3.** Formal conditions for the application of Article 15 of the ECHR; **3.3.1.** The notification of the derogation; **3.3.2.** Notification of the return to normal; **3.4.** The control of derogation measures by the ECHR; **4.** Conclusions.

## 1. Introdução

Os tempos de crise constituem um terreno fértil para a restrição dos direitos humanos e para o desrespeito da democracia e da *rule of law*.

A presente pandemia não constitui exceção. Aliás, muito provavelmente, constitui, desde a II Guerra Mundial, a maior ameaça ao núcleo duro dos valores da democracia, da liberdade, da igualdade, da *rule of law* e da proteção dos direitos humanos. Desde logo, porque pôs – e continua a pôr – gravemente em risco vidas humanas e a saúde das pessoas, mas também porque colocou os mais vulneráveis - migrantes, Roma, mulheres, deficientes, idosos – numa situação de ainda maior vulnerabilidade, o que contribuiu para aumentar a discriminação de certos grupos.

Com o objetivo de combater o vírus e de evitar o colapso dos sistemas de saúde um pouco por todo o mundo, os governos têm vindo a adotar medidas que constituem restrições, ou até mesmo suspensão, entre outros, dos direitos de livre circulação, de reunião, de respeito pela vida privada e familiar, do direito ao trabalho, do direito de aprender e ensinar, do direito à cultura e do direito de livre iniciativa empresarial.

Ora, todos estes direitos têm fundamento não só nas constituições dos Estados como também em tratados internacionais de direitos humanos – Pactos da ONU, Convenção Europeia dos Direitos Humanos, doravante “CEDH”, e Carta Social Europeia – e ainda no Direito da União Europeia, com especial destaque para a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Porém, num Estado de direito democrático, essas medidas têm de respeitar os limites também eles consagrados tanto no direito interno, em especial, no direito constitucional, como no direito internacional.

É certo que, pelo menos, na Europa, as medidas têm sido justificadas, do ponto de vista jurídico, com base em estados de exceção, os quais, independentemente da sua designação, conferem às entidades públicas poderes que fora desse enquadramento jurídico nunca seriam conformes ao Direito.

Os efeitos da COVID 19 na saúde pública podem vir a ser minorados ou até extintos pela descoberta científica de um medicamento ou de uma vacina, mas o seu impacto a outros níveis – sociais, políticos, económicos e financeiros – é muito mais difícil de prever, de ultrapassar e durará, por certo, muito mais do que a própria pandemia.

Além disso, a crise do novo coronavírus pode constituir uma tentação para governos menos democráticos de, pela via das medidas de emergência, derivarem para o autoritarismo. Daí que, desde a primeira hora, o Conselho da Europa, nomeadamente, a sua Secretária Geral, tenha chamado a atenção dos governos

em geral<sup>2</sup> e de alguns governos em particular<sup>3</sup> para a necessidade de respeitarem a democracia, a *rule of law* e os direitos humanos no quadro da crise sanitária da COVID-19.

Os tribunais, sejam eles nacionais ou internacionais, serão, certamente, chamados a dirimir conflitos que, entretanto, forem surgindo entre os cidadãos e os Estados, os municípios e outras entidades públicas, mas também entre os privados, por exemplo, entre empresas e trabalhadores, entre consumidores e fornecedores de bens e serviços.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, doravante “TEDH”, não escapará a essa tendência, ainda que as queixas possam demorar algum tempo a chegar, devido ao princípio da exaustão dos meios internos previsto na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (artigo 35.º, n.º 1).

No presente estudo, vamos analisar, em abstrato, em que medida a CEDH está “bem equipada” para responder a um desafio desta magnitude. Para tal, estudaremos o regime jurídico relativo às restrições e derrogações de direitos previsto na CEDH. Em seguida, veremos em que medida esse regime é suscetível de ser aplicado na presente crise mundial de saúde pública e, por fim, veremos qual o papel que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos pode vir a ter no controlo das medidas estaduais.

## **2. Quadro jurídico previsto na CEDH para enfrentar crises**

### *2.1. Enquadramento da questão*

Importa, antes de mais, realçar que não é a primeira vez que os Estados partes do Conselho da Europa enfrentam crises e também não é a primeira vez que, por causa delas, usam os mecanismos de exceção da CEDH.

Ainda, recentemente, foram múltiplas as crises que ocorreram na Europa e no Mundo: económico-financeira, dos refugiados e do terrorismo. Todas tiveram como consequência restrições, limitações e até violações dos mais elementares direitos humanos, como tivemos oportunidade de analisar em anterior estudo<sup>4</sup>.

Em situações muito graves, como a iminência ou ocorrência de uma guerra ou ataque armado, de um golpe de estado ou de qualquer outro perigo público –

---

2. Cf. “Documento informativo da Secretária-Geral, de 7 de abril de 2020”, disponível em <https://rm.coe.int/sg-inf-2020-11-respecting-democracy-rule-of-law-and-human-rights-in-th/16809e1f40>.

3. Cf. Carta dirigida a Viktor Orban sobre o estado de emergência na Hungria, disponível em <https://rm.coe.int/orban-pm-hungary-24-03-2020/16809d5f04>.

4. Sobre estas crises e as suas repercussões na jurisprudência do TEDH, cf. A. M. GUERRA MARTINS, “As restrições dos direitos da Convenção em tempo de múltiplas crises (Artigo 15.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem)”, in P. PINTO DE ALBUQUERQUE (org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e seus Protocolos*, Vol. 3, Lisboa, UCP, 2019, pp. 2590 ss., bem como toda a bibliografia aí citado.

como, por exemplo, ocorreu com a intervenção militar da Rússia na Ucrânia, em 2015, ou com o golpe militar na Turquia, em 2016 – pode afigurar-se necessário adotar restrições ainda mais profundas de um conjunto, mais ou menos, vasto de direitos humanos, normalmente relacionados, entre outros, com o direito à liberdade e à segurança (através do aumento dos prazos de prisão preventiva, da limitação do direito de acesso ao juiz e do habeas corpus, etc.), com o direito de propriedade (através da apreensão de bens para efeitos de investigação penal sem as necessárias garantias processuais) e com o direito à vida privada e familiar (através de buscas domiciliárias e da interferência nas comunicações)<sup>5</sup>.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos já teve oportunidade de se pronunciar tanto sobre algumas das restrições menos graves assim como sobre as mais graves, tendo considerado, em certos casos, que as medidas restritivas estavam justificadas, noutros não<sup>6</sup>.

A crise que atualmente vivemos, quer devido à sua dimensão global, quer devido ao tipo de medidas que foi necessário tomar para lhe fazer frente ficará, certamente, para a História da Humanidade como uma das mais severas.

## 2.2. Restrições e derrogações de direitos na CEDH

Como se disse, a CEDH permite limitações ou restrições s. s. de alguns direitos, as quais se referem a uma compressão de direitos, em situações de normalidade, podendo operar a todo o tempo, assim como admite, em casos muito excepcionais, derrogações ou suspensão de direitos, as quais implicam a eliminação do direito, desde que preenchidos certos requisitos, e sejam temporárias.

### 2.2.1. As restrições de direitos na CEDH

Começando pelas restrições de direitos, deve notar-se, desde logo, que poucos são os direitos humanos que se devem considerar absolutos ou intangíveis<sup>7</sup>, pelo

---

5. Para maiores desenvolvimentos sobre a invocação do artigo 15.º CEDH, nestes dois casos, cf. T. MARINIELLO, “Prolonged Emergency and Derogation of Human Rights: Why the European Court should Raise its Immunity System?”, *German Law Journal*, 20, 2019, pp. 50 ss.

6. Não cabe desenvolver este assunto no âmbito deste estudo. Já o fizemos no artigo citado na nota 4, pelo que para aí remetemos. Em relação às medidas de austeridade adotadas em Portugal também já nos pronunciámos. Cf. A. M. GUERRA MARTINS, “The Judicial Control of the Portuguese Austerity Measures during the Crisis in a Multilevel Perspective”, in J. A. KÄMMERER, M. KOTZUR e J. ZILLER, *Integration und Desintegration in Europa / Integration and Desintegration in Europe / Intégration et Désintégration en Europe*, Baden-Baden, Nomos, 2019, pp. 299 ss.

7. Como veremos melhor mais à frente, o n.º 2 do artigo 15.º da CEDH prescreve que não podem ser derogados os direitos à vida, exceto se a morte resultar de atos lícitos de guerra, o direito a não ser submetido a tortura nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes, o direito a não ser tornado escravo nem servo, o direito a não ser condenado por uma ação ou omissão punido que, no momento em que foi cometida, não constituía infração segundo o

que a necessidade de conciliação entre os interesses privados, expressos através dos direitos, e o interesse público – muitas vezes vertido nas restrições – é uma preocupação de quase todas as declarações de direitos humanos<sup>8</sup>.

Por isso, a CEDH permite expressamente restrições em relação a alguns direitos, como é o caso dos direitos ao respeito pela vida privada e familiar, das liberdades de pensamento, de consciência e religião, da liberdade de expressão e da liberdade de reunião e de associação (artigos 8.º a 11.º), desde que se respeitem certas condições, a saber:

- a) O princípio da legalidade – a restrição deve estar prevista na lei, entendendo-se como tal o conjunto do Direito quer ele seja proveniente do poder legislativo, regulamentar ou jurisprudencial;
- b) O objetivo deve ser legítimo – a restrição deve visar um fim legítimo, como seja o interesse da vida estadual (segurança nacional, segurança pública, bem-estar económico ou geral do país), da vida social (segurança pública, ordem pública, saúde ou moralidade pública) ou dos direitos de outrem no seio da sociedade;
- c) O princípio da proporcionalidade – a restrição deve ser necessária numa sociedade democrática.

As questões que se vão colocar, no futuro, vão ser as de saber se todas as medidas adotadas pelos governos encontram ou não justificação.

Vejam os exemplos: a suspensão da atividade parlamentar com a transferência de todos os poderes para o governo por tempo indeterminado será necessária numa sociedade democrática para combater a pandemia? Será admissível impor restrições aos jornalistas? Será admissível alterar o calendário eleitoral em nome da pandemia, com o intuito claro de favorecer algum partido ou algum candidato? A resposta a estas questões não pode ser dada, em abstrato, no âmbito deste estudo, pois depende da análise da situação concreta.

Além disso, as alíneas *a) a f)* do n.º 1 do artigo 5.º permitem restrições ao direito à liberdade, desde que a privação da liberdade se funde num procedimento legal. A prevenção da disseminação de uma doença infecciosa é, precisamente, um dos motivos que pode levar à detenção legal de uma pessoa.

O direito à liberdade de circulação e deslocação é igualmente passível de

---

direito nacional ou internacional (princípio da legalidade). Os protocolos 6, 7 e 13 aditarão proibições de derrogações em relação à pena de morte e ao princípio *non bis in idem*. Sobre os direitos intangíveis, cf., por todos, F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 14.ª ed., Paris, Puf, 2019, pp. 198 ss.

8. Cf. artigo 4.º do PIDCP e artigo 27.º da Convenção Americana de Direitos Humanos. A Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos não contém nenhuma cláusula deste tipo. Sobre as razões que levaram a Carta Africana a não incluir qualquer cláusula de derrogação, cf. F. COWELL, "Sovereignty and the Question of Derogation: An Analysis of Article 15 of the ECHR and the Absence of a Derogation Clause in the ACHPR", *Birkbeck Law Review*, 2013, pp.149 ss.

restrições, as quais se encontram previstas no n.º 3 do artigo 2.º do Protocolo n.º 4 à CEDH. A proteção da saúde é precisamente um dos fins que se consideram legítimos, devendo as restrições estar legalmente fundamentadas e ser necessárias numa sociedade democrática. O n.º 4 do artigo 2.º do Protocolo n.º 4 à CEDH admite ainda restrições à circulação e à residência – não ao direito de deixar o país – por motivos de interesse público numa sociedade democrática. Ora, a saúde pública parece enquadrar-se claramente nos motivos de interesse público.

Por último, a CEDH autoriza as partes contratantes a restringirem a atividade política dos estrangeiros (artigo 16.º), proíbe o abuso de direito (artigo 17.º) e introduz limites à aplicação das restrições (artigo 18.º).

Em suma, muitas das medidas restritivas adotadas pelos Estados, no âmbito da Covid 19, podem encontrar justificação nas disposições acima referidas, pelo que, se vierem a ser apresentadas queixas ao TEDH, com base nas eventuais restrições de direitos que, por exemplo, as medidas de confinamento lhes provocaram, essas queixas poderão vir a ser apreciadas com base nestas normas. Aparentemente, o seu objetivo é legítimo, uma vez que se trata de fazer face a um grave problema de saúde pública, pelo que a dúvida estará em saber se são necessárias numa sociedade democrática e se foram adotadas com uma base legal.

A jurisprudência do TEDH relativa às restrições a todos estes direitos é muito rica e certamente que será muito útil para resolver os conflitos que vierem a surgir. Naturalmente, que não podemos avançar mais neste assunto.

### 2.2.2. *As derrogações de direitos na CEDH*

Além das normas acima referidas, a CEDH prevê, no artigo 15.º que, em situações de crises mais graves, como a guerra ou outro perigo público que ameace a vida da nação, possa existir uma autorização geral de derrogação mais ampla dos direitos humanos.

A ideia subjacente a estas normas é a de que a democracia deve dispor de meios para afastar os seus inimigos. E quanto mais democrático for o Estado e mais forte o seu poder judicial, mais necessidade terá de invocar a cláusula de derrogação quando se depara com uma situação de crise e emergência durante a qual tem de restringir ou suspender direitos<sup>9</sup>.

Nos Estados em que os eleitores não podem facilmente destituir os governantes e os tribunais não têm competência para anular as medidas governamentais restritivas, os Estados têm tendência a usar menos a cláusula de derrogação<sup>10</sup>.

---

9. Neste sentido, cf. E. M. HAFNER-BURTON, L. R. HELFER e C. J. FARISS, “Emergency and Escape: Explaining Derogations from Human Rights Treaties”, *International Organization*, 65, 2011, p. 683.

10. *Idem*.



Note-se que os Estados partes da CEDH têm utilizado esta cláusula com alguma relutância. Na atual crise, dos 47 Estados partes do Conselho da Europa apenas 10 usaram, até ao momento, este mecanismo, o que significa que os restantes 37, provavelmente, consideram que a situação não é assim tão grave que o justifique ou então que as normas acima mencionadas relativas às restrições de direitos são suficientes para legitimar as medidas de confinamento.

Passemos então à análise do artigo 15.º da CEDH<sup>11</sup>.

### **3. O regime jurídico previsto no artigo 15.º da CEDH para a derrogação de direitos em situações de emergência na CEDH**

#### *3.1. As origens do artigo 15.º da CEDH*

Dos trabalhos preparatórios da CEDH parece resultar que o artigo 15.º da CEDH foi introduzido a pedido do Reino Unido e com a oposição da França e da Itália, tendo-se inspirado nos trabalhos, então em curso, no seio das Nações Unidas, relativos à elaboração do projeto do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, doravante “PIDCP”. Com efeito, se se comparar a redação do artigo 4.º daquele projeto com a do atual artigo 15.º da CEDH as semelhanças são evidentes<sup>12</sup>.

Note-se que nem todos viam com bons olhos a inserção de tal disposição na CEDH, pois isso significava dar a um tribunal internacional – o TEDH – o poder de controlar os Estados quando agem no exercício de um dos poderes – o poder de declarar o estado de sítio ou de emergência – mais ligados à soberania<sup>13</sup>. Após alguma resistência, aceitaram a cláusula do artigo 15.º da CEDH, por puro pragmatismo, uma vez que, sem ela, teria sido muito mais difícil convencer alguns Estados a assinar a Convenção<sup>14</sup>.

Além disso, a CEDH teve de se precaver contra os inimigos da democracia.

#### *3.2. As condições de aplicação do artigo 15.º CEDH*

O artigo 15.º CEDH impõe a observância de certos requisitos substanciais, de alguns limites e de determinados requisitos formais.

---

11. Em geral sobre o artigo 15.º da CEDH, cf. entre outros, L. HENNEBEL e H. TIGROUDIA, *Traité de droit international des Droits de l’homme*, 2.ª ed., Paris, Ed. A. Pedone, 2018, pp. 712 ss; W. A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights – A commentary (Oxford Commentaries on International Law)*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 588 ss; S. KIRCHNER, “Human Rights Guarantees during States of Emergency: The European Convention on Human Rights”, *Baltic Journal of Law & Politics*, 3, 2010, pp. 1 ss.

12. Sobre as origens do artigo 15.º da CEDH, cf. SCHABAS, *The European Convention*, pp. 588 ss.

13. Neste sentido, COWELL, *Birkbeck Law Review*, p. 136.

14. Neste sentido, SCHABAS, *The European Convention*, pp. 587 ss.

### 3.2.1. As condições substantivas de aplicação do artigo 15.º CEDH

#### 3.2.1.1. A existência de um perigo público que ameace a vida da Nação

A primeira condição de fundo que tem de estar preenchida para que um Estado possa invocar o artigo 15.º CEDH é a existência de guerra ou de qualquer outro perigo público que ameace a vida da nação.

O que se deve entender por guerra é algo que o preceito não esclarece e o TEDH também ainda não teve oportunidade de se pronunciar sobre o assunto. Uma coisa é certa: o conceito de guerra convencional que terá estado na base do preceito, pois era o vigente à época da sua redação, está ultrapassado. Aliás, o próprio termo “guerra” caiu em desuso e atualmente usa-se a expressão “conflito armado” para descrever o que antes se designava por guerra.

Além disso, fenómenos como os ataques terroristas, o cibercrime de larga escala e as ameaças híbridas<sup>15</sup>, dependendo das suas proporções, poderão, eventualmente, ser equiparados a verdadeiros conflitos armados e não somente como um perigo público que ameace a vida da nação. Foi, aliás, o que defendeu a França, quando invocou o artigo 15.º da CEDH, após os ataques terroristas de 13 de novembro de 2015.

No que diz respeito à determinação do que seja um perigo público que ameace a vida da nação, o TEDH já teve oportunidade de se pronunciar. Inicialmente, no caso *Lawless c. Irlanda*<sup>16</sup>, definiu-o como “uma situação de crise excepcional ou emergência que afete toda a população, e constitua uma ameaça à vida da comunidade que compõe o Estado”. Posteriormente, no caso *Aksoy c. Turquia*<sup>17</sup>, o TEDH alterou esta definição, tendo admitido que a situação de emergência se pode circunscrever apenas a uma parte do território do Estado, não necessitando de abranger a sua totalidade. Em coerência com esta jurisprudência, o TEDH considerou, no caso *Sakik c. Turquia*<sup>18</sup>, que, se a derrogação abrange uma parte do território do Estado, os atos praticados fora dessa parte não estão cobertos pela derrogação, pelo que devem respeitar totalmente a CEDH<sup>19</sup>.

Pensamos que não haverá muitas dúvidas de que a presente pandemia se enquadra no conceito de perigo público que ameace a vida em todo o mundo e não só em áreas específicas.

---

15. Sobre estes conceitos, cf. A. M. GUERRA MARTINS, *Os desafios contemporâneos à ação externa da União Europeia (lições de direito internacional público II)*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 407 ss.

16. Queixa n.º 332/57, de 1 de julho de 1961.

17. Queixa n.º 59741/00, 31 outubro 2006.

18. Queixa n.º 87/1996/67/897-902, 26 de novembro de 1997.

19. Cf. igualmente, *Sadak c. Turquia*, n.º 25142/94 e 27099/95, de 8 de abril de 2004; *Yurttas c. Turquia*, n.º 25143/94 e 27098/95, 27 de maio de 2004, e *Abdülşamet Yaman c. Turquia*, n.º 32446/96, 2 de novembro de 2004.

### 3.2.1.2. O caráter atual ou iminente do perigo

A guerra ou o perigo público não precisa de ser atual, podendo ser iminente (caso Grego<sup>20</sup>). O TEDH admite que não se pode exigir ao Estado que fique à espera que a situação de emergência ocorra e só depois possa tomar medidas necessárias e adequadas.

Daqui decorre que mesmo naqueles Estados em que a disseminação do vírus não é tão grave, tendo em conta que a situação se pode alterar e descontrolar a todo o momento, existe sempre um perigo iminente.

### 3.2.1.3. A temporalidade das medidas excecionais

As derrogações aos direitos consagrados na CEDH devem ser temporárias. Porém, o TEDH (e, antes, a Comissão), desde o seu primeiro acórdão nesta matéria – o caso *Lawless c. Irlanda (n.º 3)* – remeteu para as autoridades nacionais a avaliação da questão de saber se existe ou não uma situação de emergência, aí incluindo a questão da sua duração, pois considera-as melhor colocadas que o juiz internacional para decidir sobre a existência da situação de emergência<sup>21</sup>.

A remissão para a margem de apreciação dos Estados assim como a deferência que o TEDH tem demonstrado em relação às autoridades nacionais quando estão em causa situações de derrogação de direitos, com base no artigo 15.º da CEDH, tem sido alvo de crítica por parte da doutrina<sup>22</sup> e até de algumas opiniões dissidentes de juízes em decisões do próprio TEDH<sup>23</sup>.

No fundo, a questão que se coloca é a de saber como estabelecer a fronteira entre as situações de excecionalidade e as situações de normalidade<sup>24</sup>. Se a emergência se prolonga muito no tempo, como tem sucedido nalguns casos, esta acaba por se tornar normalidade e então o desrespeito dos direitos humanos deixa de ser a exceção para passar a ser a regra<sup>25</sup>.

A verdade é que se o TEDH se tivesse mostrado muito rígido, neste domínio, os

---

20. *Dinamarca, Noruega, Suécia e Holanda c. Grécia*, n.º 3321/67, 3322/67, 3323/67 e 3344/67 de 5 de novembro de 1969.

21. Esta jurisprudência foi confirmada em *Brannigan e McBride c. Reino Unido*, n.º 14553/89; 14554/89, 25 de maio de 1993 e *A. e outros c. Reino Unido*, já citado.

22. Cf. MARINIELLO, *German Law Journal*, p. 68; HARRIS, BOYLE e WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 626 ss; O. GROSS, “«Once More unto the Breach»”: the Systematic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies”, *Yale Journal of International Law*, 23, 1998, pp. 460 ss.

23. Cf. por exemplo, opiniões dissidentes dos juízes Pettiti, Walsh, De Meyer, Russo, Martens e Makarczyk no caso *Brannigan e McBride c. Reino Unido*, acima citado.

24. Sobre a diferença entre o estado de normalidade e o de exceção, cf., A. GREENE, “Separating Normalcy From Emergency: The Jurisprudence of Article 15 of the European Convention on Human Rights”, *German Law Journal*, Vol. 12, 2011, N.º 10, pp. 1764 ss.

25. Cf. GROSS, *Yale Journal of International Law*, pp. 460 ss.

Estados teriam, muito provavelmente, reagido contra essa rigidez e o Tribunal teria tido muita dificuldade em fazer cumprir a sua jurisprudência, pois trata-se de aspetos muito ligados à soberania. Daí que a margem de apreciação e a eventual deferência do TEDH, em si mesmas não são negativas, mas só se justificam se, por um lado, o Estado demonstrar racionalmente que a derrogação é necessária e se o Estado não tiver desrespeitado sistematicamente, no passado, os seus compromissos em matéria de direitos humanos<sup>26</sup>.

Não temos dúvida que um dos grandes desafios do TEDH na apreciação das medidas dos Estados, ao abrigo da cláusula de derrogação, vai passar pela distinção entre o que é excepcional e o que é normal e entre o que é temporário e o que, com aparência de temporalidade, se vai tornando definitivo.

Também aqui não podemos antecipar muito, dado que tudo dependerá da situação concreta em causa.

### *3.2.2. Os limites à derrogação da CEDH*

A aplicação do artigo 15.º da CEDH está igualmente sujeita a limites.

Não obstante a ampla margem que o TEDH tem conferido aos Estados para apreciarem as circunstâncias concretas que levam à declaração de emergência, a verdade é que os Estados não têm um direito absoluto de derrogação, devendo respeitar alguns limites, os quais são judicialmente controláveis.

Assim, as medidas adotadas com base na situação de emergência devem ser:

- a) as estritamente necessárias;
- b) não podem violar regras de direito internacional;
- c) não podem restringir certos direitos inderrogáveis;
- d) não podem ser discriminatórias.

#### *3.2.2.1. Respeito do princípio da proporcionalidade*

O primeiro limite convoca o princípio da proporcionalidade, o qual implica que as medidas devem revestir um carácter de necessidade absoluta e serem estritamente indispensáveis para fazer face ao perigo público. A expressão “a estrita medida em que a situação o exigir” impõe, por um lado, que se averigue se a situação de necessidade existe e, por outro lado, se essa necessidade justifica a medida em

---

26. Neste sentido, cf. E. J. CRIDDLE, “Chapter 8 - Protecting Human Rights During Emergencies: Delegation, Derogation, and Deference”, in M. AMBRUS e R. A. WESSEL (eds.), *Netherlands Yearbook of International Law*, 2014, p. 216.

causa, o que significa que quanto maior for a gravidade da situação, maior será a tolerância do TEDH às medidas derogatórias. Porém, isto não significa que todas as medidas derogatórias sejam admissíveis, de acordo com o artigo 15.º CEDH.

Nalguns casos, o TEDH aceitou que as autoridades nacionais gozavam de uma ampla margem na apreciação da necessidade das medidas, pelo que não procedeu a uma análise muito rigorosa do princípio da proporcionalidade, através, por exemplo, da indagação da possibilidade de medidas alternativas menos restritivas. Noutros casos, o Tribunal considerou a medida desadequada<sup>27</sup>, uma vez que se aplicava apenas a estrangeiros quando a ameaça (o terrorismo) provinha tanto de nacionais como de estrangeiros.<sup>28</sup>

Do exposto já se pode inferir que este será igualmente um problema que o TEDH terá de enfrentar nesta crise. Não parece admissível, por exemplo, restringir todos os direitos políticos, por força da pandemia, mas já poderá fazer sentido restringir alguns.

### 3.2.2.2. Respeito do direito internacional

O segundo limite de derrogação, previsto no artigo 15.º da CEDH, é a ausência de contradição com outras obrigações decorrentes do direito internacional. Ou seja, mesmo que as medidas derogatórias sejam admissíveis, de acordo com o artigo 15.º da CEDH, elas deixam de estar justificadas se violarem outras obrigações internacionais do Estado em causa.

Não especificando o preceito quais as normas de direito internacional para que remete, pensamos que, em primeira linha, se devem ter em conta outros tratados de direitos humanos. Assim, os Estados devem respeitar os limites constantes, por exemplo, do PIDCP. Como já se referiu, o artigo 4.º do PIDCP contém alguns limites que coincidem com os previstos no artigo 15.º da CEDH, mas também inclui exigências que não constam deste último preceito. Desde logo, o n.º 1 do artigo 4.º, do PIDCP, exige uma declaração oficial, como, por exemplo, uma declaração interna de emergência, das situações excecionais de perigo para a nação, o que não se verifica no artigo 15.º da CEDH. A questão que se coloca é a de saber se essa exigência se aplica igualmente no âmbito da CEDH. Ora, no caso *Brannigan and McBride c. Reino Unido*<sup>29</sup>, o TEDH considerou que, tendo em conta os elementos constantes dos autos, a extensão e o impacto da violência resultante do terrorismo na Irlanda do Norte e noutras partes do Reino Unido, não havia dúvidas que, na época, se verificava uma situação de emergência.

Além dos tratados de direitos humanos, os Estados devem igualmente respeitar o direito internacional humanitário previsto, designadamente, nas Convenções

---

27. *Aksoy c. Turquia*, já citado.

28. *A e outros c. Reino Unido*, já citado.

29. Já citado.

de Genebra de 1949<sup>30</sup> e as convenções da OIT Organização Internacional do Trabalho, doravante “OIT”<sup>31</sup>.

Uma das questões que é concebível que se venha a colocar no curso da crise pandémica é a de saber se, por exemplo, um Estado violar os direitos relativos à segurança e saúde dos trabalhadores previstos na convenção n.º 155 da OIT, o TEDH é competente para controlar essas medidas estaduais.

Esta questão é muito complexa, desde logo, porque o TEDH, de acordo com os artigos 1.º e 19.º da CEDH, só tem competência expressa para controlar a violação da própria Convenção e dos seus protocolos por parte dos Estados, mas sobre este assunto não nos podemos pronunciar.

### *3.2.2.3. Respeito do princípio da não discriminação*

Um outro aspeto em que o artigo 4.º do PIDCP vai mais longe do que o artigo 15.º da CEDH diz respeito à exigência de que as medidas derogatórias respeitem o princípio da não discriminação – “não contenham nenhuma discriminação fundamentada unicamente em motivos de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social”. Daqui decorre que os Estados não devem adotar medidas derogatórias que ponham em causa este limite.

Como atrás se referiu, a crise da Covid 19 colocou alguns grupos mais vulneráveis - migrantes, Roma, mulheres, deficientes, idosos – numa situação de ainda maior vulnerabilidade, o que contribuiu para aumentar a sua discriminação. Além disso, está a aumentar a pobreza.

Tendo em conta o que acaba de ser dito, esta será por certo uma situação que desencadeará muitos conflitos e, conseqüentemente, muitos processos no TEDH.

### *3.2.2.4. Direitos inderrogáveis*

Por último, importa sublinhar que o n.º 2 do artigo 15.º da CEDH contém uma lista de direitos inderrogáveis que é mais restrita do que a prevista no n.º 2 do artigo 4.º, do PIDCP. Enquanto o PIDCP não permite qualquer derrogação ao direito à vida, o artigo 15.º da CEDH admite-a, se a morte resultar de atos lícitos de guerra. Além disso, considera inderrogáveis o direito a não ser preso por dívidas e o direito de todo o ser humano ao reconhecimento da sua personalidade, o que não sucede com o artigo 15.º da CEDH.

O direito a não ser submetido a tortura nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes, o direito a não ser tornado escravo nem servo, o direito a não ser condenado por uma ação ou omissão que, no momento em que foi cometida,

---

30. Cf. *Hassan c. Reino Unido*, n.º 29750/09, 16 de setembro de 2014.

31. Neste sentido, cf. HENNEBEL e TIGROUDJA, *Traité*, p. 716.

não constituía infração segundo o direito nacional ou internacional (princípio da legalidade) e o princípio *non bis in idem* são considerados inderrogáveis quer na CEDH quer no PIDCP.

A questão que se coloca é a de saber se o TEDH poderá controlar a violação das condições e limites aditados pelo PIDCP, uma vez que a sua jurisdição se restringe, de acordo com o artigo 19.º da CEDH, à Convenção e aos seus protocolos.

### *3.3. Condições formais de aplicação do artigo 15.º CEDH*

#### *3.3.1. A notificação da derrogação*

O artigo 15.º, n.º 3, da CEDH impõe ainda aos Estados o dever de manterem completamente informado o Secretário-Geral do Conselho da Europa das medidas de derrogação tomadas e dos motivos que as provocaram.

Daqui não decorre necessariamente que a notificação da derrogação tenha de ser anterior à data da adoção das medidas. Pode suceder que só possa ocorrer posteriormente.

O objetivo da notificação ao Secretário-Geral do Conselho da Europa é o de dar a conhecer aos outros Estados e ao público em geral que existe uma situação de emergência num determinado Estado que interfere com a aplicação da CEDH.

#### *3.3.2. Notificação do retorno à normalidade*

Por último, os Estados deverão igualmente informar o Secretário-Geral do Conselho da Europa da data em que as medidas de emergência tiverem deixado de estar em vigor e da data em que a normalidade na aplicação da Convenção é reposta plenamente. Ou seja, tendo em conta que a derrogação deve ser encarada como uma medida excepcional, se a situação de emergência deixar de existir, a CEDH deve voltar a ser aplicada na sua plenitude. Para tanto o Estado deve igualmente notificar o Secretário-Geral do Conselho da Europa.

Porém, o facto de o Tribunal conferir uma grande margem de apreciação aos Estados quanto à definição da emergência bem como em relação às medidas que devem ser adotadas, implica que também a notificação do fim da situação de emergência acaba por ficar na discricionariedade dos Estados.

### *3.4. O controlo das medidas derrogatórias pelo TEDH*

O controlo da observância do artigo 15.º CEDH por parte dos Estados incide, essencialmente, sobre os requisitos substanciais. Assim, o Tribunal aprecia, por

exemplo, se o princípio da proporcionalidade foi respeitado ou não.

Porém, mesmo aí o Tribunal mostra alguma autocontenção, na medida em que se trata de situações normalmente muito delicadas em que o TEDH não possui toda a informação necessária, nem está no terreno para poder avaliar a situação com rigor.

#### **4. Conclusões**

O presente estudo permite extrair as seguintes conclusões:

1. A presente pandemia, assim como as medidas restritivas adotadas pelos Estados a nível mundial, colocam à prova qualquer declaração de direitos humanos.
2. Aliás, as múltiplas crises – económica e financeira, dos refugiados, o terrorismo – que têm vindo a assolar a Europa, nos últimos tempos, desencadearam igualmente em quase todos os Estados partes da Convenção medidas restritivas dos direitos humanos, as quais também desafiaram a capacidade dos mesmos para ponderar, de um lado, os direitos individuais, e do outro lado, outros valores que fazem igualmente parte de qualquer sociedade democrática.
3. A verdade é que poucos são os instrumentos de direitos humanos que não preveem a possibilidade de restrição e até de suspensão de direitos em situação de crise, na medida em que a estabilidade económica e financeira dos Estados, a sua segurança interna e externa, a saúde pública e o bem-estar das populações em geral, devem ser afirmados em qualquer Estado democrático de direito.
4. A CEDH não foge a esta regra, prevendo restrições a vários direitos nela consagrados, desde que os Estados observem determinadas condições nela prescritas, o que é objeto de controlo judicial por parte do TEDH.
5. Além disso, o artigo 15.º da CEDH prevê derrogação de alguns direitos em situações mais graves.
6. Mas para que possa ser invocado deve verificar-se um conjunto de condições. A primeira delas é a existência de guerra ou de qualquer outro perigo que ameace a vida da Nação. É credível que a crise de saúde pública que atualmente se vive venha a ser considerada como um perigo público que ameaça a vida da Nação.



7. Esse perigo pode ser atual ou iminente, pode abranger uma parte ou todo o território, deve ser uma situação excecional e as autoridades nacionais estão melhor colocadas para avaliar se a situação de emergência existe ou não do que um juiz internacional. Ou seja, o TEDH aceita uma versão ampla de margem de apreciação.
8. Os Estados não dispõem, todavia, de um direito absoluto de derrogação, devendo respeitar o princípio da proporcionalidade, outras regras de direito internacional, os direitos inderrogáveis e o princípio da não discriminação.
9. Além destas condições substantivas, os Estados devem ainda notificar o Secretário-Geral do Conselho da Europa, assim como devem mantê-lo informado das medidas tomadas e dos motivos que as provocaram.
10. Ora, como se viu, na presente crise do novo coronavírus apenas uma pequena parte dos Estados do Conselho da Europa acionou este mecanismo, pelo que não será provavelmente com base nele que os eventuais conflitos se virão a resolver.
11. O TEDH poderá vir a ter que desempenhar um papel fundamental no controlo das medidas nacionais que extravasem claramente dos limites aceites pela CEDH, uma vez que lhe cabe a última palavra.

\*\*\*