

NOTA DA COMISSÃO TÉCNICA

1. Por despacho do Senhor Primeiro-Ministro, foi constituída uma comissão técnica para o estudo e elaboração de anteprojetos de revisão do quadro jurídico vigente em função da experiência vivida durante a pandemia da doença Covid-19¹.

A comissão técnica concluiu os seus trabalhos a 28 de outubro de 2021, tendo, em audiência realizada a 5 de novembro de 2021, entregue ao Senhor Primeiro-Ministro um documento intitulado «Anteprojeto de Lei de Proteção em Emergência de Saúde Pública».

A 11 de maio de 2022, o Governo tornou público o referido anteprojeto, disponibilizando o documento no sítio oficial e dando conhecimento de que o mesmo tinha sido enviado à Assembleia da República, Governos Regionais, Associação Nacional de Municípios, Associação Nacional de Freguesias e aos diversos Conselhos e ordens profissionais da área da saúde².

Na sequência da divulgação do documento que resultou dos trabalhos da comissão, o anteprojeto foi, ao tempo, objeto de discussão pública.

Por despacho do Senhor Primeiro-Ministro, datado de 5 de novembro, foi determinada a novação do mandato da comissão técnica, solicitando-lhe que ponderasse de novo a questão da necessidade ou oportunidade de introduzir na Constituição norma que reforce a segurança jurídica do conjunto de previsões constantes do articulado apresentado.

2. Como referido na «nota justificativa» que acompanha o anteprojeto, ao elaborá-lo, a comissão técnica partiu do pressuposto de que as soluções nele consagradas são conformes à Constituição da República Portuguesa.

¹ Despacho n.º 6668/2021, de 1 de julho, publicado no Diário da República, 2.ª série — C, n.º 131, de 8 de julho de 2021, p. 24.

² https://www.portugal.gov.pt/pt/gc23/comunicacao_noticia?i=governo-recebeu-anteprojeto-de-lei-de-protecao-em-emergencia-de-saude-publica (último acesso: 08/11/2022).

No que especificamente se refere à questão da admissibilidade constitucional de medidas individuais de isolamento ou de quarentena, determinadas pela autoridade de saúde, o anteprojeto é cuidadoso na conciliação entre as exigências imperiosas de proteção da saúde pública e a tutela dos direitos e das liberdades dos cidadãos. Nos termos desenhados no anteprojeto e considerando todas as garantias nele previstas, tanto o isolamento como a quarentena devem ser entendidos como medidas restritivas ou de limitação da liberdade (e não medidas privativas da liberdade). Nesse pressuposto, porque se não trata, no sentido jurídico-constitucional do termo, de «privação da liberdade», não seria necessário que tais medidas estivessem expressamente previstas no n.º 3 do artigo 27.º da Constituição.

A comissão tomou esta opção, ancorada na leitura que fez, e reitera, do sistema de direitos fundamentais, cuja *unidade e coerência de sentido* seria gravemente prejudicada por uma interpretação isolada daquele preceito constitucional, dissociada, não apenas de outros direitos e deveres constitucionalmente consagrados (como, por exemplo, o direito fundamental à proteção da saúde e correspondente dever fundamental geral de a defender e promover, consagrados no artigo 64.º, n.º 1), como, além disso, do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1.º, e da função que tal princípio ocupa no sistema da Constituição.

3. A opção da comissão técnica acompanhou a metodologia e a dogmática seguidas, desde longa data, pela jurisprudência do Tribunal Constitucional (acórdão n.º 479/94, de 7 de julho, ponto 6), reiterada já no contexto da fiscalização da constitucionalidade de normas produzidas no quadro da resposta à pandemia da doença Covid-19 (acórdão n.º 424/2020, de 31 de julho, ponto 2.2.2), no que respeita à elaboração jurisprudencial de critérios de distinção entre situações que configuram «privação da liberdade» por contraposição a uma «restrição ou limitação da liberdade», assente na ponderação de diversos fatores, tais como a duração ou a intensidade da ingerência no direito fundamental à liberdade pessoal.

Assim, em rigor, no plano estritamente técnico, não pode ser afirmado que, ao prever a possibilidade de virem a ser adotadas medidas individuais de isolamento ou de

quarentena por determinação da autoridade de saúde, a solução apresentada no anteprojeto seria desconforme à jurisprudência constitucional.

Em toda a sua jurisprudência relativa à pandemia, o Tribunal Constitucional nunca foi chamado a apreciar, em sede de fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade, as normas que vieram estabelecer, na terminologia então adotada, o «confinamento obrigatório». Além disso, no acórdão n.º 334/2022, de 3 de maio, no âmbito de um processo de fiscalização concreta da constitucionalidade, em Plenário, o Tribunal Constitucional absteve-se de apreciar a questão da inconstitucionalidade *material* de norma que previa o confinamento obrigatório decretado por ordem das autoridades de saúde. Inexiste, portanto, até à data, uma posição final e definitiva do Tribunal Constitucional sobre a questão da conformidade constitucional de medidas individuais de isolamento ou de quarentena.

Dito isto, uma vez que o Tribunal Constitucional não apreciou ainda, de uma forma final e definitiva, a questão da inconstitucionalidade material de tais medidas, deve entender-se que sobre esta questão existe uma *margem de incerteza*. Face a essa incerteza, entretanto adensada na sequência de cinco decisões e respetiva fundamentação, todas elas produzidas em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade³, não é possível fazer, com objetividade, previsões seguras. Embora se admita um cenário favorável, poderá justificar-se prevenir a eventualidade de um cenário adverso.

4. Assim, embora a comissão técnica continue a considerar que as soluções propostas no anteprojeto são conformes à Constituição, a partir do momento em que se iniciou um processo de revisão constitucional, julga *prudente* aproveitar a oportunidade para eliminar a margem de incerteza e reforçar a segurança jurídica.

No plano estritamente técnico, não há qualquer obstáculo jurídico-constitucional a essa solução. Com efeito, embora as leis de revisão constitucional tenham de respeitar os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos (artigo 288.º, alínea *d*)), é consensual o entendimento segundo o qual tal não obsta a que o legislador de revisão constitucional

³ Acórdãos n.ºs 464/2022, 465/2022 e 466/2022, todos de 24 de junho, e 489/2022 e 490/2022, ambos de 14 de julho.

introduza uma alteração pontual a preceitos constantes do Título II da Parte I da Constituição da República.

Aliás, no que respeita especificamente ao n.º 3 do artigo 27.º, a versão originária da Constituição da República Portuguesa continha apenas duas alíneas, que configuravam as duas únicas exceções ao princípio constitucional da proibição da privação da liberdade. Esse elenco foi logo alargado em 1982, com a primeira revisão constitucional, através do aditamento de três novas alíneas⁴. Na quarta revisão constitucional, de 1997, o preceito viria a sofrer alterações relevantes, tendo a alínea *a)* sido integralmente substituída e as restantes correspondentemente renumeradas, e tendo sido aditadas as atuais alíneas *g)* e *h)*⁵.

Tal não significa que seja legítimo ao legislador de revisão constitucional, como forma de contornar o *princípio da tipicidade constitucional das medidas privativas da liberdade*, ir incrementalmente ampliando o elenco constante do n.º 3 do artigo 27.º, através do sucessivo aditamento de alíneas. Admitir ou sequer conceber tal possibilidade seria pouco consentâneo com a estrutura dogmática da liberdade pessoal (a natureza taxativa das exceções não deve ser entendida apenas em sentido formal, mas também, e fundamentalmente, em sentido *material*), e, na medida em que teria por efeito transformar a exceção em regra, incompatível com uma *ordem constitucional de liberdade*.

Crê-se que tal perigo não existe relativamente à introdução de uma disposição que venha clarificar a admissibilidade constitucional de a lei estabelecer que em uma emergência de saúde pública, como forma de proteger as pessoas e a saúde pública, a autoridade de saúde poderá, de forma fundamentada, determinar o isolamento ou a quarentena de pessoa portadora de doença contagiosa grave ou de pessoa relativamente à qual exista fundado receio de propagação de doença ou infeção graves. Tanto assim que a própria Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (no presente geralmente designada como Convenção Europeia dos Direitos Humanos [CEDH]), prevê expressamente, no elenco admissível de exceções à proibição da privação da liberdade a «[...] detenção legal de uma pessoa suscetível de propagar uma doença contagiosa [...]» (artigo 5.º, n.º 1, alínea *e*), da CEDH).

⁴ Cfr. artigo 21.º, n.º 3, da Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de setembro.

⁵ Cfr. artigo 11.º da Lei constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro.

5. A comissão técnica, no âmbito do seu mandato, e como contributo para os trabalhos da Comissão Eventual de Revisão Constitucional, sugere que se analise a oportunidade de ser aditada uma nova alínea ao n.º 3 do artigo 27.º:

«i) Separação de pessoa portadora de doença contagiosa grave ou relativamente à qual exista fundado receio de propagação de doença ou infeção graves, determinada pela autoridade de saúde, por decisão fundamentada, pelo tempo estritamente necessário, em caso de emergência de saúde pública, nos termos da lei.»

Esta hipótese de trabalho é inspirada na redação da parte relevante da alínea e), do n.º 1, do artigo 5.º, da CEDH, sendo que a expressão «detenção» é substituída pela expressão «separação», que é, tecnicamente, mais rigorosa e que corresponde à terminologia adotada no Regulamento Sanitário Internacional.

Da redação acabada de enunciar resulta que será constitucionalmente admissível que o legislador ordinário estabeleça que a medida seja determinada pela autoridade de saúde sem necessidade de autorização ou confirmação judicial. Tal não significa que não deva considerar-se constitucionalmente exigível a confirmação ou validação judicial de uma medida de isolamento ou de quarentena, determinada pela autoridade de saúde. Significa apenas que, no plano dogmático, tal exigência deve aferir-se nos termos do regime geral dos direitos, liberdades e garantias, designadamente enquanto decorrência do *princípio da proporcionalidade* de uma lei restritiva, consagrado no artigo 18.º, n.º 2, (e não por força da delimitação do regime da exceção prevista na nova alínea i), do n.º 3, do artigo 27.º)⁶.

6. Ainda no âmbito do seu mandato, a comissão considera que poderá ser justificada a salvaguarda no texto constitucional da reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República para a definição do quadro jurídico de proteção em emergência de saúde pública. Com efeito, a experiência que vivemos com a pandemia da doença Covid-19 revela que nos confrontamos com valores fundamentais da República.

⁶ Cfr., a esse propósito, a nota de pé-de-página 15 da «nota justificativa» que acompanha o anteprojeto.

Esta é *matéria de deliberação parlamentar por excelência*, sobre a qual é natural que exista debate e desacordo, prevalecendo no fim a deliberação da maioria.

Embora, nos termos da alínea *b)*, do n.º 1, do artigo 165.º, seja da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre direitos, liberdades e garantias, deve ser assegurado que a discussão e a definição da *totalidade* do conteúdo prescrito do regime de proteção em emergência de saúde pública nela tenham lugar. Para tanto seria necessário aditar ao artigo 164.º uma nova alínea:

«x) Regime de proteção em emergência de saúde pública.»

Lisboa, 8 de novembro de 2022

A COMISSÃO TÉCNICA

António Henriques Gaspar, Juiz-Conselheiro do STJ jubilado (*Presidente*)

Ravi Afonso Pereira, em representação da Senhora Provedora de Justiça

Prof. Doutor Alexandre Abrantes, Professor Catedrático da Escola Nacional de Saúde Pública