

COVID-19: pretexto para a erosão do Estado de Direito e da democracia? * /**

Joaquim Freitas da Rocha
Escola de Direito da Universidade do Minho

Resumo: Enquadradas no VI Seminário Internacional Luso-Brasileiro sobre direitos fundamentais e políticas públicas (UNISC / EDUM), as presentes considerações têm como objetivo trazer à reflexão os possíveis abalos que as medidas tomadas na sequência do combate aos efeitos da pandemia COVID-19 podem provocar no edifício garantístico do Estado de Direito democrático. Na medida em que se tem como referência um evento transnacional, entende-se conveniente superar as especificidades jurídico-normativas dos ordenamentos envolvidos — Portugal e Brasil —, preferindo-se uma abordagem propositadamente abrangente e de feição mais genérica, que permita uma reflexão agregada e o alcance de conclusões cuja validade não dependa das latitudes geográficas.

1. Existe em Portugal um ditado nos termos do qual "Em tempos de guerra não se limpam as armas", o que poderá ser interpretado no sentido de que quando as situações são graves não se perde tempo, não havendo oportunidade para grandes hesitações ou para se pensar em pormenores ou minudências que podem atrapalhar uma decisão forte e drástica que evite males maiores. Se a situação é séria, qualquer tibieza ou indecisão que em circunstâncias normais se poderia justificar — e que eufemisticamente é denominada como "ponderação" —, deve ser colocada de lado, impondo-se prontidão no agir, considerando o uso de todos os meios disponíveis para enfrentar a adversidade. Caso contrário, o tempo (a delonga) torna-se um fator agravante dos efeitos negativos. Estas considerações vêm a propósito do modo como os poderes públicos ¹ têm, em todo o mundo, enfrentado a situação pandémica, sendo que, abstratamente, têm oscilado entre dois modelos de atuação que podem conduzir

* Originariamente publicado em LEAL, Rogério Gesta et. al. (coord.), *E-book do VI Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre Direitos Fundamentais e Políticas Públicas*, Dialética Editora, S. Paulo, 2022, disponível em <https://drive.google.com/file/d/1eJIYkNcr1msokepoDw5XmTs0arDGePN/view>.

** O presente texto não tem pretensões científicas ou pedagógicas, nem natureza investigatória, tratando-se apenas da materialização em forma escrita de uma intervenção proferida no âmbito de um encontro académico. Assume, por isso, uma estrutura eminentemente coloquial, fruto da reflexão que o ambiente informal proporcionou.

¹ Embora as considerações vertidas no texto se refiram apenas às atuações das entidades públicas (designadamente políticas, legislativas e administrativas), não pode ser perdido de vista que também os privados podem colocar em crise direitos e garantias essenciais dos cidadãos e empresas. Basta pensar que, a pretexto da pandemia e da urgência no combate aos efeitos que a mesma implica, as entidades patronais, as instituições financeiras e bancárias, as instituições seguradoras, os fornecedores de bens e serviços essenciais, ou outras pessoas ou entidades, podem aligeirar certas exigências que, em outras circunstâncias, seriam objeto de atenção acrescida (regras das notificações, fundamentação das decisões, horários de trabalho e de funcionamento, etc.).

a resultados diferentes: por um lado, mais pragmáticos e objetivos, colocando ênfase na prevenção da propagação do vírus e nos receios de sobrecarga dos sistemas de saúde, levando à prática medidas restritivas imediatas, e sem pensar muito nas limitações jurídicas da sua criação ou implementação, ou, por outro lado, mais cautelosos e previdentes, levando à prática apenas as medidas que o quadro constitucional permite de um modo indubitável, tendo presente que quase todas elas implicam intrusões na esfera pessoal, restrições de direitos e liberdades fundamentais, e que existem garantias sedimentadas em séculos de Estado de Direito e de democracia. O equilíbrio não é certamente fácil de atingir e, seja qual for a decisão tomada, existirá sempre espaço para a crítica, principalmente na perspetiva política. Em todo o caso, impõe-se a reflexão distanciada, quanto mais não seja para prevenir eventuais abusos que, a pretexto de uma situação excecional, se transformem em precedentes. Nesse seguimento, selecionam-se três tópicos problemáticos emergentes no quadro pandémico que servirão de mote aos desenvolvimentos seguintes: (i) a possível erosão da legitimidade democrática das medidas restritivas; (ii) o modo de acesso, tratamento e partilha de dados sensíveis dos cidadãos; e (iii) a eventual falta de acerto na utilização dos dinheiros públicos. Em termos de abordagem, será dada maior atenção, não aos aspetos particulares inerentes às medidas em si — algo que já foi feito de modo mas desenvolvido em outra sede ² —, nem sequer às especificidades jurídico-normativas em si mesmas consideradas, mas antes ao quadro genérico que subjaz à sua implementação, sempre com o cuidado de não enveredar por abordagens de crítica destrutiva, mas chamando a atenção para os riscos que se pode estar a correr. O propósito é exclusivamente reflexivo, não político, científico ou crítico-analítico. Passemos, então, ao primeiro tópico, relacionado com o eventual desrespeito pelos esquemas democráticos.

2. É sabido que, com o objetivo de mitigar os efeitos negativos decorrentes da infeção epidemiológica, vários ordenamentos, entre os quais o português e o brasileiro, implementaram medidas de exceção constitucional, que passaram quase sempre pela restrição de direitos e liberdades fundamentais, como o direito de deslocação no

² Para desenvolvimentos acerca das medidas tomadas para enfrentar a crise sanitária COVID-19, v. ROCHA, Joaquim Freitas e NUNES, Eduardo Sequeiros, *Pandemia COVID-19, estado de exceção constitucional e deveres tributários: uma breve análise comparativa luso-brasileira*, in *A Universidade do Minho em tempos de pandemia, tomo III, "Projeções"*, UMinho Editora, Braga, 2020, (<https://ebooks.uminho.pt/index.php/uminho/catalog/book/27>).

território nacional, os direitos de reunião e de manifestação, a liberdade de iniciativa económica privada, o direito ao trabalho e o direito de resistência às ordens emanadas pelas autoridades públicas competentes. Essas medidas caracterizaram-se pelas notas da transitoriedade (pois destinaram-se a vigorar num âmbito temporal restrito, ao menos em abstrato) e da excecionalidade (uma vez que constituíram desvios aos regimes regra que vigorariam na sua ausência) e, na medida em que comportavam fortes componentes de limitação de direitos e garantias, deveriam — em circunstâncias normais — ser aprovadas (i) por órgãos com legitimidade democrática direta e (ii) mediante atos de natureza legislativa, e não por órgãos meramente executivos e atos de feição administrativa. Sucede que, neste particular, a coberto de alguma vaguidade autorizativa — invocando-se, por exemplo, leis pré-existentes claramente não pensadas para este tipo de situações —, a prática demonstrou um indisfarçável aligeiramento das exigências constitucionais, admitindo uma subversão das competências e um *downgrade* legislativo, permitindo que poderes infra-legais invadam espaços necessariamente legais. Por outras palavras: permitiu-se que órgãos e atos não legislativos disciplinem matérias reservadas a órgãos e atos legislativos, muitas vezes até com preterição de formalidades no respetivo procedimento de introdução no ordenamento jurídico. Em tom crítico, quase se diria que com a excecionalidade da situação pandémica, não apenas alguns direitos ficaram suspensos, mas também o ficou a normal atividade dos órgãos de soberania, permitindo-se derrogações que corroem os pilares de sustentabilidade do Estado de Direito. E importa realçar que não são apenas as exigências orgânicas e formais que ficam preteridas, mas igualmente as prescrições substantivas ou materiais, uma vez que se coloca legitimamente a questão de saber se as medidas restritivas adotadas passaram pelo crivo da adequada fundamentação, da igualdade e da proporcionalidade nas suas diferentes dimensões (adequação, necessidade e ponderação quantitativa). Quanto a este último ponto, pergunta-se se todas as medidas se limitaram ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional ou se, a pretexto da urgência de atuação, se levaram à prática restrições que ultrapassaram o limiar da razoabilidade. Do mesmo modo, é plausível interrogar se terá sentido encerrar estabelecimentos comerciais, instalações desportivas e casas de divertimento com o propósito de evitar a disseminação da pandemia, mantendo em funcionamento os transportes públicos e outras localizações que permitem ajuntamentos de pessoas. Naturalmente que se tem presente que em situações

extraordinárias, e nas quais a urgência e a novidade (imprevisibilidade) são as notas caracterizadoras, as intervenções dos poderes públicos nem sempre podem ser rodeadas das cautelas que uma situação de normalidade exigiria, não apenas porque o tempo pode não o permitir, mas também porque não existe um histórico com o qual se possa comparar o alcance das atuações. Nem se pretende, longe disso, insinuar que possa haver qualquer intenção deliberada de subversão da Constituição ou de postergação das normas legais. Agora, que possa ter havido alguma ligeireza na adoção de certas medidas (principalmente quando se usou a forma de despacho administrativo ou de resolução), parece-nos que será uma apreciação não exagerada e que, a ser certa, pode abrir um precedente perigoso para o futuro.

3. O segundo tópico que se entende pertinente trazer à reflexão diz respeito ao direito à autodeterminação informativa e à proteção dos denominados *dados sensíveis*, categoria relativamente à qual o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados da União Europeia [RGPD: Regulamento (UE) n.º 679/2016, de 27 de Abril] aponta um significativo caminho regulatório. Neste contexto, deverá ser considerada "sensível" toda a informação (dados) que revele dimensões essenciais da personalidade humana, como a origem racial ou étnica, as características genéticas e físicas (dados genéticos e biométricos), os comportamentos afetivos, as convicções políticas, religiosas ou filosóficas e — com particular impacto nas presentes reflexões — a saúde³. Todo este acervo informacional encerra uma componente pessoalíssima e íntima, justificando que os envolvidos não queiram uma divulgação ampla ou, menos ainda, acesso público. O Estado de Direito reconhece a todos os cidadãos um direito à *autodeterminação informativa* e uma esfera de reserva dentro da qual os terceiros apenas podem aceder em condições muito limitadas (a saber: uma expressa previsão legal, uma autorização judicial ou mediante consentimento expresso do próprio titular). Enfim, reconhece-se a cada um o "direito de subtrair ao conhecimento público factos e comportamentos reveladores do modo de ser do sujeito na condução da sua vida privada"⁴. Ora, é inegável que algumas medidas tomadas nos diversos ordenamentos (entre os quais o português e o brasileiro) com o objetivo de fazer face aos efeitos adversos da situação pandémica entraram por caminhos potencialmente

³ Para desenvolvimentos, v. art.º 9.º, n.º 1 (bem assim como o considerando antecedente n.º 35) do RGPD.

⁴ Cf. acórdãos do Tribunal Constitucional português n.ºs 442/2007 e 687/2021 (e as referências contidas neste último).

intrusivos: desde o registo para vacinação (ainda que não obrigatória, fortemente condicionante do acesso a vantagens), até à necessidade de apresentação de certificados digitais reveladores do estado de saúde, passando pelo registo em *apps* de controlo, muitos serviços públicos e privados — da área da saúde e não só — terão ou poderão ter acesso (via partilha) ao histórico de doenças, deslocações, estadias, compras, etc., das pessoas. Acresce que, com base nos megadados obtidos e com o auxílio da denominada *inteligência artificial* (IA), os poderes públicos poderão criar *perfis* nos quais se qualificarão os cidadãos — sem os mesmos o saberem ou terem a real perceção —, distinguindo, por exemplo, entre os vacinados e os não vacinados; os saudáveis e os não saudáveis; os cumpridores e os não cumpridores, e daí retirar possíveis consequências negativas, com restrição de certos direitos fundamentais. Nestas situações, o sistema acede aos milhões de dados dos cidadãos, procede ao respetivo tratamento, assume uma determinada qualificação (v.g., "histórico vacinal incompleto", "não saudável", "incumpridor") e sugere um certo resultado, negando o acesso a um serviço de saúde, não priorizando uma urgência hospitalar, não enviando uma ambulância ao local de um acidente, indeferindo um pedido de subsídio, não reconhecendo o direito a uma indemnização, não considerando justificada certa falta laboral ou bloqueando o ingresso num curso superior. É justo que se reconheça que (ao que se sabe) nem todos os ordenamentos têm avançado neste sentido tão impositivo, mas não deixa de ser perturbador pensar que o podem fazer a pretexto da proteção de um interesse público maior - a saúde pública. Saber se tal interesse público é suficientemente relevante para justificar as aludidas restrições e intrusões é questão que os órgãos de controlo, designadamente os tribunais, não podem deixar em aberto por muito tempo. Em todo o caso, revela-se preocupante saber que, mesmo com o revestimento jurídico adequado — o que não é ainda certo existir —, se poderá estar a caminhar no sentido da objetificação (coisificação) da pessoa humana e da admissibilidade de decisões administrativas desumanizadas, no sentido de decisões que são tomadas pelo "sistema" e que dispensam uma vontade e ponderação humanas. Acresce que a IA, além de poder conduzir a verdadeiras *presunções de infração* — inconstitucionais, recorde-se —, deixa muito a desejar em termos de fundamentação e transparência das decisões, pois frequentemente se reduzem a decisões *standardizadas* e de difícil compreensão, não permitindo a um normal destinatário reconstituir a lógica decisória subjacente.

4. Em terceiro lugar, parece-nos pertinente trazer à reflexão as possíveis consequências financeiras das medidas adotadas no quadro do combate ou mitigação dos efeitos negativos da pandemia, começando por enfatizar que estes últimos tanto surgiram sob a forma de danos emergentes (como os gastos com máscaras de proteção ou gel desinfetante, as obras de modificação em estabelecimentos, a aquisição de material informático e serviços de telecomunicações para permitir o teletrabalho, etc.), como de lucros cessantes (designadamente as quebras de faturação decorrentes do encerramento de estabelecimentos, ou da impossibilidade de prestar serviços). Também aqui, independentemente das especificidades inerentes a cada ordenamento, a verdade é que, de modo mais ou menos acentuado, é possível encontrar uma certa linha de similitude, particularmente nos contextos português e brasileiro, entre as diferentes intervenções, as quais, ao menos no discurso, visaram ajudar ou aliviar os cidadãos e empresas, minimizando os efeitos adversos. Em geral, as medidas passaram (i) pelas isenções de impostos ou redução das respetivas taxas, relativamente a certas transmissões de bens e prestações de serviços de natureza sanitária ou social (como máscaras de proteção respiratória ou gel desinfetante cutâneo); (ii) por uma flexibilização dos prazos de cumprimento das obrigações tributárias, através da concessão de moratórias ou arranjos jurídicos equivalentes, permitindo que um número significativo de impostos, taxas e contribuições pudessem ser pagos (um pouco) mais tarde e de um modo mais faseado; e (iii) pela salvaguarda do património dos devedores relativamente a atos executivos, como penhoras, reversões (redireccionamentos) e vendas, mediante a suspensão dos processos de execução fiscal e dos pagamentos em prestações eventualmente em curso. A um nível mais *macro*, e tendo em vista o mais que previsível aumento das despesas públicas, os entes infraestaduais (v.g., Estados federados, Municípios) ficaram pontualmente exonerados do cumprimento de algumas das regras e metas orçamentais e financeiras que em circunstâncias normais seriam legalmente impostas por regras constitucionais ou legais reforçadas. É inegável que estas medidas foram — e porventura ainda continuam a ser — absolutamente cruciais para amortecer o impacto dos efeitos negativos provocados pela pandemia, principalmente quando se tem em conta que grande parte destes últimos se demonstraram completamente imprevisíveis. Porém, também a este nível, as exigências orgânicas e formais inerentes ao Estado de Direito foram postergadas, bastando constatar que alguns destas medidas e destes benefícios foram outorgados por via de atos de natureza ministerial [designadamente, em

Portugal, despachos do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais e no Brasil portarias Ministério da Economia e resoluções do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN)]. Por tal motivo, subtraíram-se aos mecanismos parlamentares e democráticos de controlo, não logrando passar pelo crivo da legitimação. Além disso, facilmente se constata que são, em muitos casos, benefícios aparentes, pois, na realidade, o que se concedeu foi uma dilação temporal para o cumprimento de obrigações e não — excetuando os casos acima referidos de despesas sanitárias ou sociais — uma desoneração ou isenção, o que levanta a questão de saber se o efeito de acumulação que se gerará no futuro (com as dívidas do período respetivo) não acabará por ser bastante penalizador. Importa ainda perceber que muitos desses benefícios não eram de acesso fácil, muito menos automático, pois apenas aproveitavam a determinados sujeitos, tendo em conta, nomeadamente, a sua integração em setores de atividade encerrados por causa da pandemia (e.g., hotelaria, restauração, alojamento, espetáculos e divertimentos) e a apresentação de prova das quebras no seu volume de negócios ou faturação. Enfim, não se pode dizer que os Estados português e brasileiro tenham sido particularmente generosos no momento de disponibilizar medidas de desagramento financeiro ou tributário, até porque a permanente situação de crise e de dívida em que os mesmos se encontram não permitira outro tipo de abordagem. Aqui se vê, de modo claríssimo, a importância da existência de baixos níveis de dívida pública e da folga que daí se pode retirar.

5. Nos breves parágrafos precedentes, convocando-se três linhas de reflexão a propósito do contexto pandémico e das medidas tomadas pelos poderes públicos com o objetivo de o enfrentar, emergiu a ideia que os decisores não tiveram o mais prudente critério na adoção das medidas, pois nuns casos terão ido longe demais (desvalorizando os poderes legislativos, sobrevalorizando os executivos e invadindo a reserva da vida privada dos cidadãos) e em outros não foram tão longe quanto poderiam ou deveriam ter ido (limitando-se a ajudas poupadas, pontuais e burocráticas). Em termos críticos, cremos que a apreciação dessas medidas não pode ser feita de modo uniforme, pois as pautas valorativas e a própria natureza das matérias o impede; entendemos que se deverá dispensar uma maior exigência e rigidez às duas primeiras situações (em que, do ponto de vista jurídico-normativo, predominam as regras constitucionais), em comparação com a terceira (em que, excetuando as subversões orgânicas e formais, predominam os princípios). Com efeito, nas duas primeiras situações, mesmo

sabendo-se que em tempos de excecionalidade é difícil tomar as medidas corretas, essa dificuldade de ponderação não pode ser desvalorizada e desculpada, pois, estando-se em presença de regras jurídico-organizatórias atributivas de competência e disciplinadoras de procedimentos, ou consagradoras de direitos fundamentais, o seu desconhecimento é indesculpável e a articulação com outras dimensões conflitantes do ordenamento é menos flexível. Não pode ser perdido de vista que se está a falar de atuações de órgãos que, consoante os casos, foram eleitos ou designados para assumir funções de excecional relevo no quadro da prossecução do interesse público e da condução dos destinos coletivos. Órgão esses que têm — ou devem ter — na sua composição pessoas com especiais habilitações e experiência, e elevada competência técnica. Por tais motivos, a ligeireza da atuação pública não pode ser encarada de modo benévolo, pois a ética subjacente ao Estado de Direito não convive bem com a indulgência e a relevação do erro, justificado com base no argumento da excecionalidade ou da urgência da situação subjacente. Nesta medida, não parece compreensível, aceitável ou desculpável que os decisores políticos não conheçam — ou, porventura pior, desconsiderem — as regras jurídico-constitucionais (i) de natureza organizatória, competencial e formal subjacentes às suas atuações, (ii) de natureza garantística, como as que protegem a reserva da vida privada. Demonstra-se inaceitável que se restrinjam direitos fundamentais por decreto, portaria ou despacho ou que os cidadãos sejam integrados em perfis sem que de tal sejam informados, bem assim como sejam sujeitos a decisões automatizadas sem que exista qualquer intervenção humana. Já quanto às opções financeiras (terceira situação), aí sim, poderá compreender-se alguma "hesitação", pois estamos perante princípios conflitantes que impõem uma lógica de ponderação e de restrição recíproca, sendo quase impossível encontrar na prática a solução perfeita. Aí, o máximo a que se poderá ambicionar será a harmonização (concordância prática) entre dimensões conflitantes mas não excludentes. Particularmente, importa considerar, por um lado, as exigências inerentes ao direito a uma existência condigna, proporcionada através da disponibilização de meios mínimos de subsistência e da não amputação excessiva de património através de medidas ablativas - daí que se compreendam alguns alívios das obrigações tributárias. Porém, não se pode perder de vista a sustentabilidade financeira a médio prazo do próprio Estado, não olvidando que aquilo que hoje se dá terá que onerar as gerações de amanhã, e qualquer abuso financeiro no presente, mesmo que com a melhor das intenções, gerará dívida e terá inevitavelmente custos

gravíssimos no futuro. Ora, neste quadro de compatibilização e prudência, compreende-se a natureza pouco generosa dos apoios estaduais concedidos, principalmente por parte de Estados (como o português e o brasileiro) em permanente condição de insuficiência financeira ⁵.

6. As reflexões acima apresentadas, reconhecemos, poderão porventura parecer debilmente estruturadas e esparsas, sem uma linha de continuidade que as harmonize, exceto a referência ao contexto da pandemia que a todas subjaz. Em todo o caso, e como os propósitos da exposição não são científicos nem pedagógicos, cremos que poderão ter a virtude de, no mínimo, despertar ou reforçar a consciência para possíveis riscos, enfatizando a ideia de que a urgência não pode ser a desculpa para todos os desvios. Alinhamos, neste seguimento, os seguintes tópicos conclusivos:

- Mesmo em situações de grave excecionalidade, as exigências constitucionais concernentes às competências dos órgãos não podem ser postergadas, muito menos dispensado o legislador democrático, pois apenas este tem legitimidade plena para a introdução de medidas restritivas;
- Do ponto de vista formal, não pode a excecionalidade servir de pretexto para permitir a aprovação de medidas restritivas por via não legal ou infralegal;
- Do ponto de vista material, as exigências de especial fundamentação e de proporcionalidade continuam a ser pertinentes, sendo ilegais ou inconstitucionais atos restritivos sem justificação ou ponderação adequadas;
- Particularmente em matéria de informação sanitária, o acesso a dados sensíveis por parte das entidades públicas apenas pode ser efetuado mediante previsão legal, autorização judicial ou consentimento explícito do respetivo titular;
- Quando integrados em perfis ou afetados por decisões inteligentes, todos os cidadãos têm o direito a ser informados do facto, bem assim

⁵ Precisamente tendo vista esta necessidade de compatibilização e ponderação, teve o Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF) ocasião de se pronunciar sobre a constitucionalidade de certas medidas implementadas no contexto pandémico, apelando nomeadamente a "padrões de prudência fiscal", à sustentabilidade financeira e à equidade intergeracional. V. <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur442818/false> (com acesso a decisão em texto integral).

como das respectivas finalidades, critérios subjacentes e garantias de defesa;

- Nenhuma decisão, ainda que em contexto de excecionalidade e a pretexto de uma crise sanitária, poderá ser tomada com base *exclusiva* na automatização, devendo ser reconhecido ao cidadão o *direito à intervenção humana*;
- Do ponto de vista financeiro, as decisões que impliquem custos devem ser sempre sopesadas tendo em vista as exigências decorrentes da sustentabilidade das finanças públicas e o princípio da equidade integeracional.

Em resumo, o argumento da excecionalidade da situação não é suficientemente forte para justificar derrogações a princípios e garantias basilares inerentes ao Estado de Direito democrático, garantias essas que demoraram séculos a ser implementadas e sedimentadas.

Braga, janeiro de 2022