

Felipe Augusto Carvalho

*Deprivation of Liberty and Pandemic Lockdown: Rethinking
the case law of the European Court of Human Rights*

DOI: [https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705\(39.2\)2026.ic-1](https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705(39.2)2026.ic-1)

Secção

Investigação Científica / Scientific Research*

* Os artigos presentes nesta secção foram sujeitos a processo de revisão segundo o método *blind peer review* / The articles in this section have undergone a blind peer review process.

Privação de liberdade e *lockdown* pandémico: Repensando a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

Deprivation of Liberty and Pandemic Lockdown: Rethinking the case law of the European Court of Human Rights

Felipe Augusto CARVALHO¹

RESUMO: A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) sobre o Artigo 5.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos desenvolveu-se, historicamente, a partir de casos envolvendo indivíduos ou grupos restritos, em contextos como detenções policiais ou internações compulsórias. A pandemia de Covid-19 colocou o Tribunal diante de uma realidade inédita: confinamentos domiciliários obrigatórios, impostos de forma simultânea e indiscriminada a toda a população. Este artigo investiga como essa mudança de escala desafia o enquadramento dogmático-normativo consolidado, analisando o recente reposicionamento do TEDH, que se afastou de paradigmas tradicionais ao lidar com o lockdown. Sustenta-se uma posição intermédia, segundo a qual o confinamento geral pode configurar privação de liberdade — sem exclusão automática do Artigo 5.º —, mas admite justificação pelo Artigo 5.º(1)(e) em emergências sanitárias, inclusive para pessoas saudáveis, relativizando a necessidade de derrogação pelo Artigo 15.º.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade; Privação de Liberdade; Lockdown; Confinamento; Derrogação; Pandemia; Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

ABSTRACT: The European Court of Human Rights (ECtHR) has traditionally interpreted Article 5 of the European Convention on Human Rights through cases concerning individuals or small groups, such as police detention or compulsory hospitalization. The Covid-19 pandemic, however, confronted the Court with an unprecedented scenario: mandatory home confinement imposed simultaneously and indiscriminately on the entire population. This article examines how this shift in scale challenges the established doctrinal and normative framework, analysing the ECtHR's recent departure from traditional paradigms in addressing lockdown measures. It advances a middle-ground position, according to which general confinement may amount to a deprivation of liberty—without being automatically excluded from Article 5—yet can be legitimately justified under Article 5(1)(e) in the context of public health emergencies, including in relation to healthy individuals, thereby relativizing the necessity of derogation under Article 15.

KEYWORDS: Liberty; Deprivation of Liberty; Lockdown; Confinement; Derogation; Pandemic; European Court of Human Rights.

Introdução

¹ Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Endereço eletrônico: felipe.alc1@gmail.com

A pandemia de Covid-19 representou um dos maiores desafios contemporâneos à proteção dos direitos humanos. Entre as medidas adotadas para conter a propagação do vírus, o confinamento domiciliar obrigatório, também chamado de *lockdown* – aplicado tanto a pessoas infetadas como não infetadas – teve impacto direto no exercício do direito à liberdade e segurança da pessoa, previsto no Artigo 5.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH).

A questão dogmático-normativa central que emerge, com implicações para além do circunstancialismo pandêmico, é determinar se tais medidas configuram privação de liberdade, exigindo assim o cumprimento estrito dos requisitos do Artigo 5.º, ou se constituem apenas restrições à liberdade de movimento, reguladas por outras disposições da Convenção, como o Artigo 2.º do Protocolo n.º 4.

A tensão normativa intensifica-se diante do fato de que vários Estados optaram por impor restrições severas a toda a população sem acionar formalmente a cláusula de derrogação do Artigo 15.º da CEDH, a qual permite suspender temporariamente certos direitos durante uma “emergência pública que ameace a vida da nação”. Essa escolha jurídico-regulativa levanta questões fundamentais: Teria o Artigo 5.º um alcance suficientemente amplo para legitimar confinamentos generalizados, dispensando a derrogação? A ausência de invocação do Artigo 15.º compromete a transparência, a previsibilidade e o escrutínio democrático sobre o uso de poderes excepcionais?

O presente artigo parte dessa lacuna e propõe uma análise sistemática da relação entre os Artigos 5.º e 15.º da CEDH, examinando as consequências jurídicas e institucionais da escolha estadual de regular confinamentos obrigatórios sem recorrer à cláusula de derrogação. Ao fazê-lo, busca-se compreender não apenas o enquadramento jurídico das medidas adotadas durante a pandemia, mas também as implicações dessa experiência para futuras situações de emergência sanitária ou crises de segurança pública.

A questão central que orienta esta pesquisa, portanto, é: “Em que medida o confinamento obrigatório imposto durante emergências sanitárias, como a pandemia de Covid-19, pode ser enquadrado como privação de liberdade nos termos do Artigo 5.º, n.º 1, alínea (e), da CEDH, e quais as implicações jurídicas da não utilização da cláusula de derrogação prevista no Artigo 15.º?”

Para responder satisfatoriamente a essa problemática, desdobram-se as seguintes subquestões:

1. Quais critérios o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos utiliza para diferenciar privação de liberdade de mera restrição à liberdade de movimento?
2. É juridicamente admissível, à luz da CEDH, a privação de liberdade de pessoas não infectadas para prevenir a propagação de doenças contagiosas?
3. A ausência de derrogação formal nos termos do Artigo 15.º compromete o cumprimento do Artigo 5.º, e consequentemente, a proteção dos direitos humanos e a segurança jurídica em situações de emergência?

O presente trabalho enfrenta esses problemas à luz da jurisprudência do TEDH, incluindo casos como *Enhorn v. Sweden*, *Ashton v. United Kingdom*, *Aksoy v. Turkey* e *Terheş v. Romania*, bem como das posições doutrinárias divergentes, com destaque para os argumentos de Alan Greene, Tom Hickman e Lewis Graham.

1. Emergência sanitária e derrogação de direitos

Uma situação de crise ou emergência nacional, juntamente com as diferentes respostas implementadas para enfrentá-las, põem os direitos humanos à prova. Com efeito, para alguns, “os direitos humanos costumam ser as primeiras vítimas de uma crise”.²

Considerando que podem existir circunstâncias excepcionais que não podem ser governadas por meios regulares, os diplomas de direitos humanos autorizam os Estados, para utilizar a linguagem de HAFNER-BURTON, a “escapar” temporariamente de alguns de seus compromissos convencionais durante tempos de crise, embora sujeitando a suspensão de direitos a um sistema cuidadosamente calibrado de limitações, salvaguardas, notificações e procedimentos de revisão.³

Nesse sentido, a CEDH contém disposições e procedimentos que autorizam o Estado-Parte a derrogar unilateralmente direitos convencionais. O Artigo 15º., intitulado “derrogação em caso de estado de necessidade” permite aos Estados, em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação, tomar providências que derroguem as obrigações previstas na Convenção, “na estrita medida em que o exigir a situação, e em que tais providências não estejam em contradição com as outras obrigações decorrentes do direito internacional”.

² HAFNER-BURTON, Emilie M.; HELFER, Laurence R.; FARISS, Christopher J. Emergency and escape: Explaining derogations from human rights treaties. *International Organization*, 2011, 65.4, p. 673.

³ *Ibid.*

O princípio da proporcionalidade ocupa papel central: a derrogação deve ser proporcional ao perigo, tanto em intensidade como em duração. Assim, cessado o perigo que ameaçava a vida da nação, cessam igualmente as medidas extraordinárias; e se a emergência se desenrola em estágios de gravidade variável, as medidas adotadas em cada fase devem ajustar-se a essa variação.

No domínio do direito internacional dos direitos humanos as emergências devem ser declaradas de forma clara e *ex ante*, com a obrigação de notificar e informar os órgãos de monitoramento de tratados internacionais, o que constitui importante contenção aos poderes excepcionais.⁴ O critério da natureza iminente da emergência é de crucial importância, especialmente no contexto de pandemia.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) adota, a nosso ver corretamente, uma interpretação mais ampla desse critério: “um Estado não pode ser obrigado a esperar o desastre acontecer antes de tomar medidas para lidar com ele”.⁵ Assim, restringe-se a derrogação a situações em que o perigo é real ou iminente, não meramente potencial ou especulativo. Não obstante, permite aos Estados tomar ações restritivas antecipadas.

Uma questão crucial é saber se a uma pandemia como a Covid-19 se enquadra como emergência que permita a derrogação de direitos. Nos termos da CEDH, a derrogação pode ocorrer “em tempos de guerra ou outra emergência pública que ameace a vida da nação”.

No caso *Lawless v. Ireland*, o TEDH esclareceu que se trata de “uma situação excecional de crise ou emergência que afeta toda a população e constitui uma ameaça à vida organizada da comunidade que integra o Estado”.⁶ Já em 1969, a Comissão Europeia reforçou que “a crise ou perigo deve ser excecional, a ponto de as medidas normais permitidas pela Convenção para segurança, saúde e ordem públicas serem manifestamente inadequadas”.⁷

⁴ Para uma tipologia dos poderes excepcionais ao abrigo das declarações de estado de emergência nas suas mais variadas conformações jurídico-constitucionais, vide FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. The law of the exception: A typology of emergency powers. *International Journal of Constitutional Law*, 2004, 2.2:210-239; SHEERAN, Scott P. Reconceptualizing states of emergency under international human rights law: theory, legal doctrine, and politics. *Mich. J. Int'l L.*, 2012, 34: 491-558; BRITO, Miguel Nogueira de. Modelos de Emergência no Direito Constitucional. *e-Publica*, 2020, 7.1: 6-26; GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Estado de Exceção no Direito Constitucional-Uma Perspetiva do Constitucionalismo Democrático*. Almedina, 2020.

⁵ TEDH (2009). *A and others v. UK*.

⁶ TEDH (1961). *Lawless v. Ireland*, para. 28.

⁷ COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS (1969). *Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece (the “Greek case”)*, Commission report, para. 153.

Apesar de tais definições serem amplas — o que historicamente levou os Estados a invocar o regime derogatório em diversas conjunturas —, é evidente que a noção de emergência pública foi concebida para abranger também catástrofes naturais ou ambientais de grande magnitude.

À luz desse entendimento, é incontroverso que a pandemia de Covid-19 se enquadra no conceito de emergência pública que ameaça a vida da nação, atendendo ao requisito do Artigo 15.º da CEDH. Essa conclusão é reforçada pelo facto de a Organização Mundial da Saúde (OMS) ter declarado a Covid-19 uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), nos termos do Regulamento Sanitário Internacional.

Ainda que o regime de derrogação previsto no Artigo 15.º da CEDH pudesse ser invocado legitimamente para enfrentar a pandemia de Covid-19, muitas intervenções estatais adotadas durante a crise sanitária foram implementadas sem recurso formal a esse mecanismo.⁸ Torna-se, portanto, essencial compreender os contornos gerais do direito à liberdade e segurança da pessoa e analisar como o TEDH tem enquadrado medidas como o confinamento domiciliário obrigatório no âmbito da sua jurisprudência.

2. Direito à liberdade e segurança da pessoa: Contornos gerais de proteção

O Artigo 5.º da CEDH estabelece que “toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança” e que “ninguém pode ser privado da sua liberdade”, consagrando, de modo geral, a proteção do indivíduo contra a interferência arbitrária do Estado em seu direito à liberdade física.⁹ Embora de natureza fundamental, esse direito não é absoluto: a própria norma enumera, de forma taxativa, as hipóteses em que a privação de liberdade é juridicamente admissível.¹⁰ É o que a doutrina classifica como o *princípio da justificação exaustiva*.¹¹

A jurisprudência do TEDH consolidou o entendimento de que, para efeitos do Artigo 5.º, a privação de liberdade pode assumir múltiplas formas, não se limitando à

⁸ COUNCIL OF EUROPE. Derogations Covid-19. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/derogations-covid-19>. Acesso em 14 de agosto de 2025.

⁹ TEDH (2012). *Austin and others v United Kingdom*, para 60.

¹⁰ “Contudo, a aplicabilidade de um fundamento não exclui necessariamente a de outro; uma detenção pode, dependendo das circunstâncias, ser justificada ao abrigo de mais de uma alínea”. TEDH. (2005) *Enhorn v. Sweden* (2005), para. 34 (tradução livre).

¹¹ GRAHAM, Lewis. Liberty and Its Exceptions. *International & Comparative Law Quarterly*, 2023, 72.2, p. 279.

detenção clássica em estabelecimento prisional.¹² Isso implica aos Estados o dever de justificar e assegurar a legitimidade de suas medidas mesmo em situações de “duração muito curta”.¹³

As expressões “detenção legal” e “de acordo com o procedimento legal” remetem para o direito interno, impondo o respeito tanto das normas substantivas quanto das processuais, tendo em vista o reforço do princípio da segurança jurídica. O TEDH tem estabelecido que não basta que a privação de liberdade esteja em conformidade com o direito nacional, mas também deve ser necessária nas circunstâncias e de acordo com o princípio da proporcionalidade.¹⁴ Isso porque a detenção de uma pessoa é uma medida tão grave que só se justifica quando outras medidas menos severas foram avaliadas e consideradas insuficientes para salvaguardar a pessoa e o interesse público.¹⁵

Nesse sentido, a noção de privação de liberdade, na acepção do Artigo 5.º (1), contém dois elementos essenciais: um *elemento objetivo* de confinamento da pessoa num espaço determinado por um período de tempo não negligenciável, e um *elemento subjetivo*, nomeadamente a ausência de consentimento válido por parte da pessoa quanto ao confinamento.¹⁶

Entre os fatores objetivos analisados pelo TEDH encontram-se, *inter alia*: a possibilidade ou não de sair da área restrita; o grau de supervisão e controle exercido sobre os movimentos; a intensidade do isolamento; e a existência ou ausência de contatos sociais.¹⁷

3. Entre restrição à liberdade de movimento e privação de liberdade

Um dos pontos de maior complexidade dogmático-analítica reside na diferenciação entre restrição à liberdade de movimento e privação de liberdade. Desde

¹² TEDH (1980). *Guzzardi v Itália*, para. 95.

¹³ TEDH (2010). *Manole and Postica v. The Republic of Moldova and Russia*, para. 67.

¹⁴ TEDH (2005). *Enhorn v. Sweden*, para. 36.

¹⁵ Por exemplo, no caso *Askoy v. Turkey*, concernente a um cidadão turco detido por suspeita de cumplicidade com grupo terrorista. O Tribunal enfatizou o princípio da necessidade na decisão: “A Corte levou em consideração o problema inquestionavelmente grave do terrorismo no sudeste da Turquia e as dificuldades enfrentadas pelo Estado para tomar medidas efetivas contra ele. No entanto, não está convencido de que as exigências da situação obrigassem a manter o requerente por suspeita de envolvimento em infrações terroristas por catorze dias ou mais em detenção incommunicável sem acesso a um juiz ou outro funcionário judicial” TEDH (1996). *Aksoy v. Turkey*, para. 78 (tradução livre).

¹⁶ TEDH (2025). Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights, para. 10; (2005) *Storck v. Germany*, para. 74; (2012) *Stanev v. Bulgaria* [GC], para. 117.

¹⁷ TEDH (2025). Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights, para. 11.

logo, observa-se que esses dois direitos ocupam espaços distintos no sistema da Convenção: a liberdade de movimento é regulada pelo Artigo 2.º do Protocolo n.º 4, enquanto a liberdade e segurança da pessoa encontram-se protegidas no Artigo 5.º da CEDH.

O TEDH tem reiterado que a diferença entre restrições de movimento suficientemente graves para se enquadrarem no âmbito de uma privação de liberdade (Artigo 5.º, n.º 1), e meras restrições à liberdade de movimento (Artigo 2.º do Protocolo n.º 4) é de grau ou intensidade, e não de natureza ou substância.¹⁸

Destaca-se, porém, a ausência de critérios objetivos e universais para definir o momento em que uma atuação estatal deixa de configurar mera restrição e passa a constituir privação de liberdade. O próprio Tribunal reconhece essa dificuldade. Por exemplo, no caso *Austin and others v. United Kingdom*, realçou que “não consegue identificar um momento em que a medida mudou do que era, no máximo, uma restrição à liberdade de movimento para uma privação de liberdade”.¹⁹

Assim, a análise é eminentemente casuística, com a jurisprudência limitando-se a indicar alguns fatores relevantes, tais como: o tipo de medida, a sua duração, os efeitos produzidos e a forma de implementação. É, portanto, a intensidade e o impacto cumulativo desses elementos — e não a natureza intrínseca da medida — que determinam o enquadramento jurídico no âmbito do Artigo 5.º ou do Artigo 2.º do Protocolo n.º 4.

4. Revisão judicial e a abordagem tradicional do TEDH

A análise judicial de uma potencial violação do Artigo 5.º da CEDH segue, no *modus operandi* do TEDH, uma metodologia relativamente estável.²⁰ Primeiramente, verifica-se se houve concretamente uma privação de liberdade. É a chamada *fase de definição*. O ponto de partida é a situação concreta, e “devem ser tidos em conta toda uma série de critérios, como o tipo, a duração, os efeitos e o modo de implementação da medida em questão.”²¹

¹⁸ TEDH (2017) *De Tommaso v. Italy*, para. 80; (2010) *Rantsev v. Cyprus and Russia*, para. 314; (2012) *Stanev v. Bulgaria* [GC], para. 115.

¹⁹ TEDH (2017). *De Tommaso v Itália*, para. 80.

²⁰ Para maiores desenvolvimentos sobre o controlo judicial de medidas sanitárias, vide CAFAGGI, Fabrizio, et al. Global Pandemic and the Role of Courts: Opening Survey. *The Journal of the Global Pandemic Network – LPPJ*, 2021, 2021.1-3: 159-179; BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel. Necesarias precisiones al debate sobre el control judicial de las medidas sanitarias. *Revista Jurídica de la Universidad de León*, 2021, 8: 297-315.

²¹ TEDH (2012). *Austin and others v United Kingdom*, para 57.

Um princípio fundamental que rege essa primeira fase é o denominado *princípio da irrelevância do propósito*, segundo o qual a finalidade das medidas tomadas pelas autoridades não é decisiva para a determinação da existência de uma privação de liberdade. A análise da finalidade só ocorre numa etapa posterior, quando se examina a compatibilidade da medida com o Artigo 5.º, (1).

Confirmada a ocorrência de uma privação de liberdade, passa-se à fase de justificação, em que se verifica se a medida encontra respaldo nas hipóteses previstas no Artigo 5.º, n.º 1, alíneas (a) a (f). Como já pontuado, os únicos fundamentos pelos quais um Estado pode justificar sua ação estão listados nesse dispositivo. Escusado será dizer que deve haver um grau suficiente de proporcionalidade entre a interferência e sua justificativa, à luz do princípio da necessidade.

Essa estrutura metodológica reflete uma abordagem relativamente ampla sobre o que pode constituir privação de liberdade. No caso *M.A. v. Cyprus*, por exemplo, discutiu-se a legalidade de uma operação policial em que manifestantes foram conduzidos para um autocarro e transportados até uma esquadra para verificação de documentos. Durante esse período, não foram algemados nem colocados em celas, tendo permanecido em salas com acesso a comida e bebida.²² Ainda assim, o Tribunal considerou configurada a privação de liberdade, enfatizando que “o facto de ninguém ter sido algemado, colocado em celas ou fisicamente restringido durante o período em questão não constitui um fator decisivo para estabelecer a existência de uma privação de liberdade”.²³

No mesmo sentido, em *Brega v. Moldova*, um grupo de manifestantes tentou organizar uma manifestação de protesto em frente ao Ministério do Interior de Moldova para expressar sua preocupação com as ações da polícia. Um indivíduo estava perto de uma paragem de autocarro quando um grupo de policiais à paisana o forçou a entrar em um autocarro. Soltaram-no cerca de oito minutos e várias paragens depois.²⁴ Face às alegações de privação de liberdade ilegal, o Tribunal concluiu que, a despeito do tempo relativamente curto, ocorreu uma privação de liberdade, suficientemente longa para impossibilitar o requerente de atingir seu objetivo de participar da manifestação.²⁵

²² TEDH (2013). *M.A. v. Cyprus*, para. 36.

²³ *Ibid*, para. 193.

²⁴ TEDH (2012). *Brega and others v. Moldova*, para. 19.

²⁵ *Ibid*, para. 43.

Essas considerações permitem avançar o peso que um elemento de coerção no exercício dos poderes policiais possui para indicar a ocorrência de uma privação de liberdade, não obstante a curta duração da medida em causa e independentemente, nesta fase inicial, da sua eventual justificação.

Um último caso pode ajudar a ilustrar a visão tradicional do Tribunal quanto aos elementos objetivo e subjetivo na determinação da ocorrência de privação de liberdade. Trata-se do caso *Storck v. Germany*. Constatou-se o elemento objetivo de maneira praticamente incontroversa, tendo sido a requerente mantida durante cerca de vinte meses em uma enfermaria fechada de clínica médica, sob supervisão contínua, sem liberdade para sair e sem contato social regular com o mundo exterior. Assim, objetivamente, considerou-se que ela foi privada de liberdade.²⁶

Já o elemento subjetivo foi satisfeito pelo fato de a requerente nunca ter assinado um termo de consentimento, apesar de sua maioridade, e ter tentado escapar em diversas ocasiões. “Nessas circunstâncias, o Tribunal não consegue discernir qualquer base factual para a presunção de que a requerente – presumindo que tinha capacidade para consentir – concordou com a sua permanência na clínica. Em alternativa, presumindo que a requerente já não era capaz de consentir após o seu tratamento com medicação forte, não se pode, em qualquer caso, considerar que ela concordou validamente.”²⁷ O Tribunal concluiu, portanto, que a requerente foi privada de sua liberdade, na aceção do Artigo 5º, § 1º, da Convenção.²⁸

5. A nova abordagem do TEDH à privação de liberdade

A jurisprudência do TEDH tem evoluído no sentido de atenuar a rigidez da leitura tradicionalmente taxativa das exceções previstas no Artigo 5.º. Sugere LEWIS GRAHAM que “a aplicação direta do Artigo 5.º, tratando a lista de exceções como verdadeiramente exaustiva, teria resultado em um resultado impopular, impraticável ou, de outra forma, insustentável. Nesses casos, por razões pragmáticas e, às vezes, consequencialistas, os tribunais contornaram criativamente as restrições inerentes ao Artigo 5.º para alcançar um resultado diferente”.²⁹

Por exemplo, no caso *Austin and others v United Kingdom*, analisou-se a

²⁶ TEDH, (2005). *Storck v Germany*, para. 73.

²⁷ *Ibid*, para. 76.

²⁸ *Ibid*, para. 79.

²⁹ GRAHAM, cit. 10, p. 283.

situação de manifestantes e transeuntes contidos pela polícia de Londres, por cerca de sete horas, dentro de um cordão de isolamento (“kettling”), em condições desconfortáveis, sem abrigo, água, alimentos ou instalações sanitárias. Vale considerar que não apenas os manifestantes foram mantidos nesse isolamento, mas também indivíduos que simplesmente passavam pelo local. O Tribunal reconheceu que, a princípio, o uso de técnicas de contenção e controle de multidões pode, em circunstâncias específicas, dar origem a uma privação injustificada de liberdade em violação ao Artigo 5º. Porém, o dispositivo deve ser interpretado de uma maneira que leve em conta o contexto específico no qual as técnicas são empregadas, bem como as responsabilidades da polícia de cumprir seus deveres de manter a ordem e proteger o público.

Diante dos “fatos específicos e excepcionais deste caso”,³⁰ nomeadamente a necessidade das providências policiais num período que se estendeu por várias horas, o Tribunal chegou à conclusão de que não houve privação de liberdade. Por conseguinte, mostrou-se “desnecessário que o Tribunal examine se a medida em questão foi justificada de acordo com as alíneas (b) ou (c) do Artigo 5º, § 1º”.³¹

Com isso, o Tribunal afastou-se da orientação tradicional segundo a qual a verificação de ocorrência de privação da liberdade prescinde, num primeiro momento, de uma análise do propósito da medida estadual. Esse foi, aliás, o principal argumento da opinião dissidente no caso: “o Tribunal sempre sustentou que o objetivo ou a intenção de uma medida não podem ser levados em consideração ao avaliar se houve privação de liberdade. Esses aspectos são relevantes apenas para avaliar se a privação de liberdade foi justificada para os fins elencados nas alíneas (a) a (f) do Artigo 5º, § 1º”.³²

A solução dada pelo Tribunal, de decidir com base na primeira fase de escrutínio - se ocorreu uma privação ou não - livrou o Estado de enfrentar a fase de justificação da medida. Com efeito, se houvesse reconhecimento de privação de liberdade, certamente a polícia não teria podido justificá-la com base nas exceções previstas no Artigo 5º, § 1º, alíneas b) e c).³³

Essa evolução interpretativa abre caminho para discutir como o TEDH tratou

³⁰ *Ibid*, para. 68.

³¹ *Ibid*, para. 67.

³² TEDH (2012). *Austin and others v United Kingdom*. Joint Dissenting Opinion of Judges Tulkens, Spielmann and Garlicki, para 4.

³³ *Ibid*, para. 9.

medidas de confinamento em larga escala, impostas no contexto da pandemia de Covid-19. A questão central é saber se, e em que medida, a flexibilização do conceito de privação de liberdade verificada em *Austin* influenciou a análise das restrições pandêmicas, especialmente quando aplicadas de forma generalizada a toda a população. Para esse efeito, importa chamar à atenção a recente caso decidido pelo TEDH, que serve para examinar se e como o Tribunal aplicou a nova abordagem interpretativa à noção de privação de liberdade.

6. Novos paradigmas com o caso *Terheș v. Romania*

O TEDH decidiu, no caso *Terheș v. Romania*, sobre uma alegada privação de liberdade durante a pandemia. O requerente, membro do Parlamento Europeu, alegou que o confinamento a que foi submetido durante cinquenta e dois dias, ao abrigo do decreto que estabeleceu o estado de emergência em Roménia, constituía uma “privação de liberdade administrativa, extrajudicial e não individualizada”.³⁴ Argumentou que o confinamento geral imposto no país constituiu uma privação de liberdade e não simplesmente uma restrição ao direito de livre circulação, já que estava proibido de sair de casa salvo por motivos excecionais, e que a aplicação dessa proibição foi fiscalizada pela polícia. Acrescentou que a medida carecia de base legal clara e previsível e não era necessária numa sociedade democrática.

O Tribunal, porém, considerou que o requerente “tinha liberdade para sair de casa por diferentes motivos e que poderia então deslocar-se a lugares diferentes, à hora do dia, quando necessário. Ele não estava sob vigilância individual das autoridades.”³⁵ Ademais, decidiu que o grau das restrições impostas à livre circulação do demandante não era de tal intensidade que permitisse considerar o confinamento geral como uma privação de liberdade, na vertente de uma prisão domiciliar. Concluiu, portanto, que não houve privação de liberdade na aceção do Artigo 5.º, n.º 1, da Convenção. Como tal, considerou o pedido incompatível *ratione materiae* com a Convenção.

A decisão é contestável por algumas razões, algumas das quais prendem-se com apontamentos já feitos acima. Primeiramente, o raciocínio aplicado pela Corte leva a pensar que, uma vez que as medidas se aplicam a toda a população, e não a um indivíduo em particular, o confinamento obrigatório enquadra-se na classificação

³⁴ TEDH (2021). *Terhes v. Roumanie*, para. 32.

³⁵ *Ibid*, para. 43.

de “restrição” e não como “privação” de liberdade, dispensando, assim, uma análise mais profunda das garantias individuais.

A principal preocupação, no entanto, reside no efeito expansivo que tal entendimento pode ter para além das situações de emergência, normalizando poderes que deveriam ser reservados a situações de emergência. É como explica ALAN GREENE:

Se esses poderes forem considerados simplesmente restrições e não privações de liberdade, de modo que o artigo 5.º da CEDH nem sequer seja acionado, este princípio estaria aberto a legitimar medidas semelhantes para outras crises representadas pelo Estado como necessitando delas. Tais emergências podem ser “menos objetivas” do que a atual pandemia, por exemplo, terrorismo, e são terrenos férteis para abusos dos direitos humanos.³⁶

Com a decisão tomada neste caso, o TEDH segue a tendência do caso *Austin*, i.e., de resolver o caso na fase de definição, sem adentrar na fase de justificação. Na prática, confunde as duas fases, na medida em que faz uma avaliação *prima facie* do propósito das medidas e, paradoxalmente, contorna o ônus da justificação do Estado.

Essa abordagem é problemática. Ao contrariar o princípio da irrelevância da finalidade da fase de definição – que historicamente serviu para reforçar as liberdades individuais diante de privações de liberdade arbitrárias – abre-se o caminho para aquilo que alertaram os juizes dissidentes em *Austin*: “os Estados poderiam ‘contornar’ as garantias estabelecidas no Artigo 5.º e deter pessoas por uma série de razões que vão além das disposições do Artigo 5.º, § 1º, alíneas a) a f), desde que pudessem demonstrar que a medida era necessária”.³⁷

Frise-se que o cerne da crítica à postura do TEDH não está no mérito da decisão, já que o confinamento obrigatório no contexto de resposta à emergência sanitária de Covid-19 mostrou-se um recurso essencial para contenção da doença e redução do número de infetados.³⁸ O motivo imperioso de proteção da saúde pública na justificação da medida deve ser levado em conta. Aliás, a saúde pública é um dos

³⁶ Greene, A. (2021). Falling at the First Hurdle? Terheş V Romania: Lockdowns and normalising the Exception. *Strasbourg Observers*. Disponível em: <https://strasbourgobservers.com/2021/06/18/falling-at-the-first-hurdle-terhes-v-romania-lockdowns-and-normalising-the-exception/> (tradução livre).

³⁷ TEDH (2012) *Austin and others v United Kingdom*. Joint Dissenting Opinion of Judges Tulkens, Spielmann and Garlicki, para 5.

³⁸ Cf. CASTILLO, Renan C.; STAGUHN, Elena D.; WESTON-FARBER, Elias. The effect of state-level stay-at-home orders on COVID-19 infection rates. *American journal of infection control*, 2020, 48.8: 958-960.

motivos que justificam a limitação de vários direitos convencionais.³⁹ É plausível, inclusive, que o Tribunal pudesse ter chegado ao mesmo resultado – decisão pela não violação do Artigo 5.º – pela via da justificação, ou seja, considerando que a medida em causa representou, concretamente, uma privação de liberdade, mas que esta era legítima e justificada ao abrigo da alínea (e) do Artigo 5.º.

Com efeito, os elementos caracterizadores do confinamento domiciliário obrigatório, tal como implementado na maioria dos países durante a pandemia, parecem alinhar-se, à luz da jurisprudência tradicional do TEDH, com uma situação de privação de liberdade: permanência obrigatória em casa, impossibilidade de receber visitas, contacto com o mundo exterior limitado a finalidades estritamente definidas por terceiros e, em alguns casos, restrição de circulação na via pública até mesmo para serviços essenciais.⁴⁰

Concorre nessa posição LEWIS GRAHAM, sugerindo que a decisão do TEDH se afastou de uma interpretação ortodoxa do que constitui uma privação de liberdade:

“Os lockdowns privam aqueles afetados por eles de sua liberdade (pelo menos em um sentido legal [...]); a questão pertinente deveria ser se essa privação é justificada, dadas as circunstâncias (excepcionais). Afinal, a constatação de que uma ação constitui uma privação de liberdade é apenas o primeiro passo para constatar uma violação do Artigo 5, e tal constatação não significaria que os lockdowns eram ilegais ou deveriam ser revogados; as medidas poderiam, em contraste com a situação em Austin, certamente ser justificadas em um segundo momento, como uma medida proporcional “para a prevenção da propagação de doenças infecciosas” nos termos do Artigo 5(1)(e).”⁴¹

Um outro risco apontado pelo autor na “nova” abordagem do TEDH – de não mobilizar o Artigo 5.º de todo nesses casos – é que os indivíduos efetivamente privados de liberdade – como no isolamento policial por horas ou no confinamento pandémico, para referenciar os casos já citados – “não recebem proteção reduzida, mas são considerados totalmente fora do escopo do Artigo 5.º, não recebendo proteção alguma. Os Estados não são obrigados a justificar as infrações. Não há

³⁹ ARIÑO, Omar Bouazza. La salud en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *DS: Derecho y salud*, 2015, 25.2: 137-150.

⁴⁰ Os problemas psicológicos e desafios à saúde mental associados ao confinamento prolongado não podem ser ignorados. Cf. BROOKS, Samantha K., et al. The psychological impact of quarantine and how to reduce it: rapid review of the evidence. *The lancet*, 2020, 395.10227: 912-920.

⁴¹ GRAHAM, cit. 10, p. 296.

exigência de que a infração seja justificada "por lei".⁴²

As preocupações são válidas, na medida em que, por não se tratar sequer de uma medida circunscrita ao escopo do Artigo 5.º, as proteções fundamentais previstas no restante do dispositivo – como o direito de recorrer a um tribunal [Artigo 5.º(4)] – não se aplicam. Inverte-se, assim, a lógica de proteção dos direitos humanos que sustenta as aspirações normativas da Convenção.

Essa opção do Tribunal de evitar a fase de justificação ignora que, mesmo havendo privação de liberdade, certas medidas podem ser plenamente legítimas à luz da Convenção, desde que se enquadrem nas hipóteses previstas no Artigo 5.º(1). No contexto pandémico, a alínea (e) — que admite a privação de liberdade para prevenir a propagação de doenças contagiosas — apresenta-se como o enquadramento jurídico mais adequado.

7. Privação de liberdade de pessoa suscetível de propagar doença

A problemática da aplicabilidade do Artigo 5.º às situações de confinamento domiciliar obrigatório não pode ser ignorar os contornos dogmático-normativos da privação de liberdade de uma pessoa “suscetível de propagar uma doença contagiosa” (Art. 5º, n.º 1, alínea e, da CEDH).

Inicialmente, cumpre mencionar que há dois critérios fundamentais na avaliação da legitimidade da detenção de uma pessoa para esse propósito: a propagação da doença infecciosa deve ser perigosa para a saúde ou segurança pública; e a detenção deve constituir *ultima ratio*, ou seja, o último recurso para evitar tal propagação.⁴³ Quando esses critérios deixam de estar preenchidos, a base para a privação de liberdade também se esvai.

O texto convencional refere-se não apenas a portadores de doenças infecciosas, mas também a “alienados mentais, alcoólicos, toxicómanos e vagabundos”. O TEDH reconheceu “um vínculo entre todas essas pessoas, na medida em que podem ser privadas de sua liberdade para receber tratamento médico ou por considerações ditadas pela política social, ou por razões médicas e sociais. É, portanto, legítimo concluir deste contexto que uma razão predominante pela qual a Convenção permite que as pessoas mencionadas no parágrafo 1 (e) do Artigo 5º. sejam privadas de sua liberdade não é apenas que elas representam um perigo para a segurança pública,

⁴² *Ibid*, p. 301.

⁴³ TEDH (2005). *Enhorn v. Sweden*, para. 44.

mas também que seus próprios interesses podem exigir a sua detenção”.⁴⁴

Aplicando esse entendimento à situação da pandemia pelo coronavírus, é indiscutível que o primeiro critério foi satisfeito, em que *o novo coronavírus era perigoso para a saúde e segurança pública*. Não se pode negar o potencial irradiador desse entendimento para situações análogas no futuro.

Entretanto, um elemento controverso surge quando se trata da privação de liberdade de pessoas saudáveis, i.e., a exigência de que as pessoas permaneçam em suas casas (mesmo sem testar positivo ao vírus) durante todo o dia e sujeitas a exceções limitadas, como compras, exercícios e (em alguns casos) trabalho. Segundo ALAN GREENE, “não está claro se o Artigo 5º.1(e) permite a privação de liberdade de pessoas saudáveis para prevenir a propagação de doenças infecciosas”.⁴⁵ Nessa ótica, o requisito de confinamento domiciliar, nos termos dos *lockdowns* implementados durante a pandemia de Covid-19, violaria o Artigo 5.º. Por isso, o autor sugere que os Estados contratantes deveriam derrogar esse dispositivo. Assim, se as medidas de confinamento estiverem fora do conteúdo e escopo principais do Artigo 5.º, acionar a cláusula derogatória (Artigo 15.º) se tornaria a única estrutura disponível para o Estado continuar a cumprir a CEDH.

Divergindo dessa posição, sustenta HICKMAN que, “quando confrontado com as circunstâncias da atual pandemia de coronavírus, é muito provável que um tribunal conclua que o Artigo 5.º, n.º 1, alínea e), é aplicável a pessoas infectadas e não infectadas. Nada no texto do Artigo 5.º exige qualquer outra conclusão.”⁴⁶

Por nossa parte, importa referir alguns pontos para melhor elucidar os contornos de aplicação do Artigo 5.º da CEDH e perceber a evolução do tratamento do TEDH nessa questão.

Em primeiro lugar, *não há jurisprudência do TEDH que remeta a uma situação fática análoga ao circunstancialismo da pandemia recente*. Em casos anteriormente decididos pelo Tribunal, é verdade que estava em causa a detenção de pessoas infectadas. Porém, deve reconhecer-se que a pandemia do coronavírus é uma situação única quando comparada, por exemplo, ao caso *Enhorn*, em que o requerente estava acometido de HIV. O Tribunal em *Enhorn* não considerou a situação, que agora se

⁴⁴ *Ibid*, para. 43.

⁴⁵ GREENE, Alan. Derogating from the European convention on human rights in response to the coronavirus pandemic: If not now, when?. *European Human Rights Law Review*, 2020, 3: 262-276.

⁴⁶ HICKMAN, Tom; DIXON, Emma; JONES, Rachel. Coronavirus and Civil Liberties in the UK. *Judicial Review*, 2020, 25.2: p. 62.

impôs, em que pessoas saudáveis precisam ser “protegidas” de pessoas infectadas para retardar a propagação do vírus, máxime quando frequentemente não é possível saber se uma pessoa está infectada ou não (considerando a baixa disponibilidade de testes e a realidade de pessoas assintomáticas). Ademais, existe uma diferença entre “deter pessoas que transmitem doenças” e “deter pessoas com o propósito de evitar a transmissão de doenças infecciosas”.⁴⁷

Diante do exposto, consideramos que, *em face das circunstâncias da pandemia do coronavírus, o Artigo 5.º, n.º 1 (alínea e), pode ser aplicado tanto a pessoas infectadas como não infectadas*. Apesar de ser um elemento importante, essa avaliação não esgota as discussões em torno do tema; na verdade, abre espaço para mais questões, nomeadamente quanto à legalidade, proporcionalidade, utilização das medidas de isolamento como *ultima ratio*, observância do princípio da não discriminação, entre outras.

Em segundo lugar, a sugestão de que a derrogação seria o único caminho para cumprir a Convenção – baseada no pressuposto que um lockdown não poderia ser legitimamente imposto estando o Artigo 5.º em pleno vigor – levanta dúvidas sobre sua aplicabilidade e extensão. Poucos países fizeram uso da derrogação durante a pandemia de Covid, de modo que é plausível considerar que em situações menos evidentes de necessidade pública a tendência continue. Atrelado a isso, os requisitos para uma derrogação válida são estritos por natureza, conforme já avançado. A derrogação pode ser útil numa situação extrema como a pandemia de Covid, mas que tratamento seria dado em situações “normais” em que o Estado impõe medidas potencialmente privativas de liberdade?

Em suma, a tese da derrogação como único caminho para compatibilizar lockdowns com a CEDH perde força se admitirmos que o Artigo 5.º, n.º 1, alínea e), pode abranger tanto doentes quanto não doentes — embora a derrogação continue a ser uma salvaguarda útil em cenários extremos.

Conclusão

A jurisprudência do TEDH para aferir uma alegada violação do Artigo 5.º foi desenvolvida, em grande medida, a partir de casos envolvendo indivíduos ou grupos restritos, em contextos como detenções policiais, internações compulsórias ou

⁴⁷ *Ibid*, para. 57 (tradução livre).

situações de protestos públicos. A pandemia de Covid-19, contudo, introduziu um novo desafio: a imposição de confinamentos generalizados, aplicados simultaneamente e de forma indiscriminada a toda a população, independentemente de suspeita individualizada ou diagnóstico clínico.

Embora o Tribunal nunca tenha enfrentado, até recentemente, medidas dessa magnitude no âmbito do Artigo 5.º, os elementos objetivo e subjetivo da privação de liberdade permanecem pertinentes para a análise. Objetivamente, o confinamento domiciliar obrigatório impõe uma limitação espacial estrita, frequentemente acompanhada de fiscalização policial e de sanções administrativas ou penais. Subjetivamente, a ausência de consentimento é presumida, dado que a medida decorre de imposição normativa vinculante, e não de decisão voluntária dos cidadãos.

Quando instado a se pronunciar sobre a compatibilidade do lockdown com o Artigo 5.º, o TEDH decidiu o caso na fase de decisão, afastando-se dos paradigmas de precedentes anteriores e sem avançar para a fase de justificação. Diante dos problemas inerentes a tal leitura, defendeu-se neste trabalho uma posição intermédia. Por um lado, rejeita-se a compreensão de que o confinamento domiciliar geral, por decorrer de uma crise sanitária, esteja automaticamente excluído do âmbito do Artigo 5.º, dispensando qualquer exame de compatibilidade ou necessidade de justificação. Por outro lado, também não se acolhe a tese oposta, segundo a qual todo e qualquer lockdown representaria, invariavelmente, uma privação de liberdade incompatível com a Convenção, exigindo necessariamente a adoção do regime de derrogação do Artigo 15.º para ser legítimo.

A posição aqui defendida reconhece que o confinamento domiciliar geral pode, sim, configurar privação de liberdade, mas que, em contextos de emergência sanitária de grande magnitude, tal restrição pode encontrar amparo no Artigo 5.º(1)(e) sem necessidade de derrogação, desde que preenchidos os requisitos de legalidade, necessidade e proporcionalidade. Para tanto, a interpretação que melhor se coaduna com a proteção dos direitos fundamentais e com a resposta a crises sanitárias é aquela que compreende o Artigo 5.º(1)(e) como aplicável não apenas a pessoas doentes, mas também a pessoas saudáveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARIÑO, Omar Bouazza. La salud en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *DS: Derecho y salud*, 2015, 25.2: 137-150.
- BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel. Necesarias precisiones al debate sobre el control judicial de las medidas sanitarias. *Revista Jurídica de la Universidad de León*, 2021, 8: 297-315.
- BRITO, Miguel Nogueira de. Modelos de Emergência no Direito Constitucional. *e-Publica*, 2020, 7.1: 6-26.
- BROOKS, Samantha K., et al. The psychological impact of quarantine and how to reduce it: rapid review of the evidence. *The lancet*, 2020, 395.10227: 912-920.
- CAFAGGI, Fabrizio, et al. Global Pandemic and the Role of Courts: Opening Survey. *The Journal of the Global Pandemic Network – LPPJ*, 2021, 2021.1-3: 159-179.
- CARVALHO, Hamilton Sarto. Serra de, CAMPOS, Diogo Leite de. *A pessoa e seus direitos no Estado Constitucional de exceção – Reflexões sobre a crise sanitária mundial*. Autografia, 2021.
- CASTILLO, Renan C.; STAGUHN, Elena D.; WESTON-FARBER, Elias. The effect of state-level stay-at-home orders on COVID-19 infection rates. *American journal of infection control*, 2020, 48.8: 958-960.
- FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. The law of the exception: A typology of emergency powers. *International Journal of Constitutional Law*, 2004, 2.2:210-239.
- FITZPATRICK, Joan M. *Human rights in crisis: the international system for protecting rights during states of emergency*. University of Pennsylvania Press, 2018.
- GAUDÊNCIO, Ana Margarida. Direitos humanos e Pandemia. *Responsabilidade em Saúde Pública no Mundo Lusófono: Fazendo Justiça Durante e Além da Emergência da COVID*. Instituto Jurídico, 2021, 9-21.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Estado de Exceção no Direito Constitucional-Uma Perspetiva do Constitucionalismo Democrático*. Almedina, 2020.
- GRAHAM, Lewis. Liberty and Its Exceptions. *International & Comparative Law Quarterly*, 2023, 72.2: 277-308.
- GREENE, Alan. *Emergency powers in a time of pandemic*. Policy Press, 2020.
- GREENE, Alan. Derogating from the European convention on human rights in response to the coronavirus pandemic: If not now, when?. *European Human Rights Law Review*, 2020, 3: 262-276.
- GREENE, Alan. Falling at the First Hurdle. *Terheş v Romania: Lockdowns and Normalising the Exception*. *Strasbourg Observers*, 2021.
- HAFNER-BURTON, Emilie M.; HELFER, Laurence R.; FARISS, Christopher J. Emergency and escape: Explaining derogations from human rights treaties. *International Organization*, 2011, 65.4: 673-707.
- HICKMAN, Tom; DIXON, Emma; JONES, Rachel. Coronavirus and Civil Liberties in the UK. *Judicial Review*, 2020, 25.2: 151-170.
- ORAA, Jaime. *Human Rights in States of Emergency in International Law*. Clarendon Press, 1992.
- SHEERAN, Scott P. Reconceptualizing states of emergency under international human rights law: theory, legal doctrine, and politics. *Mich. J. Int'l L.*, 2012, 34: 491-558.

Data de submissão do artigo: 15/08/2025

Data de aprovação do artigo: 05/11/2025

Edição e propriedade:

Universidade Portucalense Cooperativa de Ensino Superior, CRL

Rua Dr. António Bernardino de Almeida, 541 - 4200-072 Porto

Email: upt@upt.pt