

### 3. DIREITO CONSTITUCIONAL E PANDEMIA: *RESPONSABILIDADE PELA JUSTIÇA SOCIAL E NECESSIDADE(S) DE SAÚDE PÚBLICA*

LUÍS MENESES DO VALE

#### Introdução

Depois da *exposição* aos valores *respigados* pela *sondagem* especificamente bioética da pandemia e após a consideração dos direitos humanos, em cujo discurso se cruzam hoje vultosas problematizações axiológicas de índole política, jurídica e moral, cabe agora<sup>1</sup> atentar na *constitucionalidade* responsável por assumi-los e reflecti-los – crítica, constitutiva e fundamental-regulativamente - no (e desde o) projecto normativo-político global por que as comunidades políticas historicamente se auto-transcendem, segundo a intencionalidade específica dessa indagação por um certo *nomos* – do, pelo e para o - comum,

Ora, como a presente investigação *questione* directamente a *valia* e *capacidade prestacional exibida e prometida* pelo direito e a política na resposta ao desafio colocado pela actual pandemia e a forte probabilidade de similares emergências no futuro próximo, impõe-se asseverar, logo à cabeça, o lugar e papel fundamental das constituições na nossa comum responsabilidade pela justiça – social, jurídica, da saúde pública e dos cuidados de saúde: tanto na qualidade de *Grundnorm* do *ordenamento legalmente positivado*, como na de *projecto cultural* de *ordenação e convivência* sócio-política.

---

<sup>1</sup> Descansando largamente no tratamento dogmático de que a tutela jurídico-pública (constitucional e administrativa) da saúde será objecto no próximo capítulo, para ensaiar um volteio mais teórico, de lances forçosamente imprecisos (que deferem pormenores para uma possível versão mais extensa e pormenorizada, a trazer à luz noutra instância).

Se bem se vê, uma aturada análise jurídica do *regime de necessidade* ditado pela *pandemia* arriscar-se-ia seriamente a desviar-nos do propósito precípua da investigação desenvolvida: menos assestada à auto-reflexão e auto-regulação do direito e da constituição, perturbados por esta ou outra situação emergencial, do que à crítica reflexão das funções sociais pelas quais procuram prevenir, precatar e combater semelhantes vicissitudes. Com efeito, mesmo no plano menos substancial do ordenamento, a garantia secundária de *auto-subsistência* constitui apenas uma parte da resposta jurídica e constitucional reclamada pelas circunstâncias, cedendo, neste escorço, à função primária e ao seu significado material relativamente à sociedade. Nada que haja de embotar a relação com as normas secundárias, terciárias (ou até quaternárias), sobretudo se densificadas por uma intelecção fenomenológica do modo-de-ser do direito e da normatividade constitucional (enquanto princípio de *'estrutura-acção'*): v.g., quanto ao *momento sociológico-material* das fontes, à *realidade jurídica* no seio do sistema, à *eficácia* e efectividade de que depende a respectiva *vigência*, e, sobretudo, à específica *racionalidade e método* da sua *praxis de realização*. Na verdade, também indirectamente - enquanto *lei básica ou suprema, lei das leis e fonte política das fontes* - ela acaba interpelada na sobredita tarefa de fundamental e estruturante conformação normativo-material da sociedade (com toda a sua pluralidade de interesses, poderes e valores, e as práticas, instituições e subsistemas sociais que engendram e sustentam).

Omitindo explicitações certamente devidas, mas aqui incabíveis, vale dizer que a constitucionalidade se intenciona, nesta sede, como *dimensão quase ecológica ou eco-sistémica* da nossa habitação social no mundo, enquanto sentido de valor subjacente ao *design, arquitectura e dinâmica* das instituições justas, na complexa mediação entre o *bem* e a *correção* ou *rectidão*, pelas quais, participativamente, procuramos e cultivamos, em contexto de pluralidade, as possibilidades do comum; ou seja, que por essa esquiua *justiça* visam a *paz*, buscam a auto-correcção *estabilizadora* da *estrutura social básica* ou ensejam *co-mover-nos* à *promoção* da socialidade democrática e normativa indispensável à integração social. Daí que, não obstante os escrúpulos protestados, cumpra apurar se, e em que medida, ela logrará eximir-se às impugnações compreensivelmente lavradas contra a tentação tecnológico-social, de inspiração biopolítica, cujas técnicas de *governamentalidade e disciplinaridade*, através da metanóia individual e do governo dos corpos, a situação

de emergência, o estado de excepção e o direito de necessidade, longe de transtornarem ou surpreenderem, apenas intensificariam, afinal<sup>2</sup>.

Desta feita, nas páginas que se seguem (I) proceder-se-á, primeiro, do *ethos* para o *nomos*, e dialecticamente entre ambos, a propósito da *responsabilidade* e do recíproco condicionamento e efectivação entre justiça e saúde que a *teleonomologia* constitucional pretende sancionar positivamente; (II) confrontar-se-á, depois, essa constitucionalidade socialmente responsável pela justiça e pela saúde com os limites e limitações impostos e revelados pela *ananké* pandémica e a fractura tragicamente dilemática entre *salus populi* e *suprema lex* que nos faz sofrer, iluminando, tenuemente, os quadros teórico e dogmático (internacional e nacional) pertinentes. A essa luz se ensaiará (III) uma sumária crónica da resposta portuguesa à crise, reconstituindo racional-narrativamente os acontecimentos *padecidos*, com menção dos seus protagonistas, principais capítulos, episódios cruciais e assuntos recorrentes. Para concluir (IV), muito modestamente, com algumas lições sobre o passado e o presente e, quiçá, algumas sugestões para o futuro, animadas pela confiança constitucional e a síntese de responsabilidade e esperança (P. Häberle) que por ela nos propomos redimir (J. Balkin).

Ao percurso, assim prefigurado, deverá prepor-se um último conjunto de explicitações quanto à situação de partida e às falsas evidências com que pode facilmente trair-nos. Desde logo, e no imediato seguimento do exposto, a muito cauta expectativa em relação ao rol de ensinamentos possivelmente recolhidos nasce, não só de metodológica prudência histórico-filosófica quanto à alardeada *magistralidade* do passado, como também de uma dúvida concreta relativamente à natureza e jaez da experiência proporcionada pelo difícil período que atravessamos; nomeadamente, no que toca ao valor de *prova* e *provação* que se lhe tem assinado, à laia de pretenso momento de verdade e moralizante ou propedêutico (se não terapêutico) castigo e sacrifício. Afinal

---

<sup>2</sup> V. Günther FRANKENBERG, *Staatstechnik: Perspektiven auf Rechtsstaat und Ausnahmezustand*, Berlin: SuhrkampVerlag, 2010. A propósito da actual pandemia, v. Ming-Sung KUO, “From Institutional Sovereignty to Constitutional Mindset: Rethinking the Domestication of the State of Exception in the Age of Normalization”, in Richard ALBERT/Yaniv ROZNAI (Eds.), *Constitutionalism under Extreme Conditions: Law, Emergency, Exception*, Springer, 2020, pp. 21-39; e Pedro A. VILLARREAL, “Public Health Emergencies and Constitutionalism Before COVID-19: Between the National and the International”, *Ibidem*, pp. 217-238.

de contas, não se revela ele, também (ou sobretudo...), atreito à manipulação e difusão de falsidades, a ilusórias imagéticas, aos engodos e distorções perceptivas e mesmo a perversas sublimações segregadas pelo nosso inconsciente? Parece longe de seguro, em todo o caso, que se nos ofereça como inequívoco factor de nitidez, que não de adumbramento, em matéria de auto-representação e autoideação individual e colectiva enquanto seres aí, no mundo e entre os outros.

As ambiguidades prolongam-se, etimologicamente, na oscilação conceitual entre *excepção*, *necessidade* e *emergência*, mesmo que alijemos, da sua pesada carga histórica e jurídico-dogmática, os termos empregues: (i) o primeiro, a expôr as insuficiências da lógica referência à *regra*, admitindo o potencial libertador da *fuga* ou *escape*, em contraste com a conotação negativa da *expunção* ou *extracção* de um conjunto<sup>3</sup>; (ii) a categoria alética, traduzida pelo segundo, a minar as condições da liberdade empírica ou transcendental e do *sollen* deontico sobre elas erguido, abre a ferida nunca totalmente suturada de todas as monísticas (ou quando menos dialécticas) normativizações das necessidades sociais; (iii) o terceiro, a diluir-se no genérico fluir dos acontecimentos contingentes, assomados como indomesticáveis *e-ventos*, ou então, na *emergencialidade* da vida (desde a filogénese, à ontogénese e à noogénese) e dos padrões culturais evolucionariamente gerados pela complexificação social.

Por fim, entre a luz e a sombra, a regra e a excepção, o necessário e o devido, haveria de esclarecer-se, fosse outro o fôlego, como encarar a *diferença específica* do tempo que agora nos calhou, relacionando analogicamente o velho com o novo, numa inevitável reflexão crítico-reconstrutiva do próprio *tertium* pressupondo (F. J. Bronze) pela racionalização da humana temporalidade histórica, em que se inscrevem as constituições, enquanto respostas colectivas – de, para, por e perante algo e alguém.

Repudiando o *novismo* fascinado, tanto como o *relativismo* de um *nihil novum sub sole* (que absorve toda a surpresa na indiferença), deverão equacionar-se seja (i) o património que o *general intellect* acumulou em matéria de pandemias, seja (ii) o pecúlio histórico e reflexivo do direito constitucional, relativamente às situações de emergência, neces-

---

<sup>3</sup> De que *norma-lidade* ou *norma-tividade* - e com que sentido (emancipação, exclusão ou a-bandono) - sairíamos, e para onde (*de qual* dentro e *para que* fora)?

sidade ou excepção, sem com isso menoscabar o *kairós* que a actual *crise* proporciona para uma *crítica* profunda da sociedade e a *invenção/descoberta* de *critérios* para a sua transformação.

Quanto à primeira (concorrendo embora também para a sub-tanciação da segunda), basta recordar a sucessão de *crises* que vimos enfrentando – desde a irrupção do novo terrorismo, após o 11 de Setembro, passando pela *débaçle* económico-financeira, em 2007, até à multiplicação de catástrofes naturais (tufões, incêndios, cheias) e ao cúmulo de antecedentes pandémicos (a SARS, Gripe Aviária, Ébola, Zika) – e a acuidade que, em consequência, confere à agenda da preparabilidade e resposta<sup>4</sup>. No que concerne à segunda, conviria – antes de tudo – não desprezar as mudanças que fenómenos relativamente semelhantes provocaram ao longo dos tempos<sup>5</sup>, e a exortação que nos lançam, enquanto promessas incumpridas, muitas aspirações e anseios nascidos desses episódios catastróficos ou do lento e pervasivo acúmulo de injustiças que, em escandalosa prorrupção, subitamente revelam ou sintomatizam.

---

<sup>4</sup> Note-se que a OMS dedicou o relatório mundial de 2007 à segurança sanitária e propôs-se devotar ao lema da preparação e resposta o ano de 2019, no âmbito de um plano quinquenal iniciado em 2018 – v. WHO, *The World Health Report 2007: Global Public Health Security in the 21st Century*, WHO, Geneva, 2007o Relatório do Director Geral, *Public health emergencies: preparedness and response*, Annual report on the implementation of the International Health Regulations (2005): *Progress in the implementation of the five-year global strategic plan to improve public health preparedness and response (2018–2023)*, WHO, 2019. Não obstante, cfr. as observações tecidas em 2017 por Andrew LAKOFF, na análise essencialmente teórica que desenvolve no seu: *Unprepared. Global Emergency in a Time of Emergency*, University of California Press, 2017. Aí se perspectivam e delineiam, aliás, dois modelos distintos de resposta às emergências: um baseado no cálculo do risco e num imperativo de precaução e outro assente na ideia de *preparabilidade* ou preparação potencial (*preparedness*). Ademais das alusões feitas na candidatura do projecto vertente, v., mormente para dilucidações terminológicas ocorrentes, Bruce JENNINGS/John D. ARRAS/Dfue H. BARRETT/Barbara A. ELLIS (Eds.), *Emergency Ethics. Public Health Preparedness and Response*, Oxford University Press, Oxford, 2016; Chloe SELLWOOD/Andy WAPLING (Eds.), *Health Emergency Preparedness and Response*, Cabi, Wallingford, Boston, 2016; Rebecca KATZ/James BANASKI (Eds.), *Essentials of Public Health Preparedness and Emergency Management*, 2nd Edition, Jones & Bartlett, Wall Street, 2019.

<sup>5</sup> V., por todos, Walter SCHEIDEL, *The Great Leveler: Violence and the History of Inequality from the Stone Age to the Twenty-First Century*, Princeton University Press, Princeton, 2017; Jared DIAMOND, *Collapse: How Societies Choose to Fail or Survive*, Penguin Books, London, 2005.

## I. Responsabilidade e Constitucionalidade: entre Ethos e Nomos

### 1. Responsabilidade

Apesar de seminal no universo das nossas referências normativas, a responsabilidade retiniu tardiamente na reflexão filosófica e – mais ainda – nas suas peculiares terminações políticas e sociais. Por sobre isso, a centralidade que se lhe reconhece no mundo jurídico e no discurso moral, de onde foi exportada recentemente para aquelas esferas, ameaça toldar-lhe o sentido, eminentemente *prospectivo e positivo, institucional e estrutural*<sup>6</sup>, com que aí se manifesta. Efectivamente, a afirmação de

---

<sup>6</sup> Além de Hans Jonas e Karl Otto-Apel - lídimos percursores desta viragem *na* (ou *para a*) responsabilidade (e entre nós trazidos ao regaço do direito constitucional nas exaustivas e exemplares reflexões como sempre desenvolvidas pelo Senhor Doutor João Loureiro), tem-se em vista a *responsabilidade estrutural* (pela *conexão social*) de Iris Marion Young, a *responsabilidade institucional positiva* de Yasha Monk, ou até o esquema de *responsabilização pelo dano*, assente em deveres negativos, de Thomas Pogge – v. Iris Marion YOUNG, *Responsibility for Justice*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2011; Yasha MONK, *The Age of Responsibility. Luck, Choice, and the Welfare State*, Harvard University Press, Cambridge (Ma), London, 2017; Thomas POGGE, *World Poverty and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, 2nd ed., i.a. Polity Press, Cambridge, 2008. Louvando-se do contributo de Young (posta em diálogo com Derek Parfit, Christopher Kutz, Judith Lichtemberg, Mary Gray, Melissa Lane, Barbara Fried), cf Vafa GHAZAVI, “Ethics at a distance”, in *The Politics of Care. From Covid 19 to Black Lives Matter*, Review & Verso Books: Boston, 2020; Kathryn SIKKINK, “Rights and responsibilities in the Coronavirus pandemic”, *Open Global Rights*, 30 March 2020 (texto que se reivindica também, muito sugestivamente, da *Verantwortungsethik* de Max Weber). Não se ignoram as dificuldades colocadas por estas transfigurações da responsabilidade, nem as diferenças que as separam da tradicional configuração da responsabilidade jurídica, sobretudo atenta a estrita delimitação *quoad modum e quoad substantiam* que a matriz intersubjectiva desta última assegura. Todavia, torna-se impossível explicar nesta sede os notáveis esforços de consolidação do potencial detectado e já libertado pelo *eidós-ousia* deste *Oberbegriff* da razão prática - cf., na expectativa de desenvolvimentos ulteriores, em ocasião mais propícia – Kurt BAYERTZ/ Birgit BECK, “Soziale Verantwortung Zur Entwicklung des Begriffs im 19. und frühen 20. Jahrhundert”. *Preprints and Working Papers of the Centre for Advanced Study in Bioethics Münster*, 81, Westfälische Wilhelms-Universität, Münster, 2015; explorando as inúmeras declinações possíveis da responsabilidade, Ludger HEIDBRINK/Claus LANGBEHN/Janina LOH (Hrsg.), *Handbuch Verantwortung*, Springer, Wiesbaden, 2017; Jan Henrik KLEMENT, *Verantwortung. Funktion und Legitimation eines Begriffs im Öffentlichen Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006; Joseph RAZ, *From Normativity to Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

uma *responsabilidade pela justiça social*, em geral, e *pela saúde*, em particular – para o que agora nos interessa – remete à radical recompreensão do *Mit-Sein* humano e da objectiva solidariedade a que o convocam as interdependências naturais, técnicas e culturais da socialidade assim hibridamente pressuposta, pela qual se rompe com a exclusiva e redutora circunscrição da categoria, dos ideários que sustenta e veicula e das repercussões práticas que consequentemente irradia, à medular (e inabdicável, note-se!) imputação moral, repousada, em última instância, sobre a razão e a liberdade do sujeito transcendental, subjacente ao eu empírico e fenomenal.

Tal responsabilidade... *responsabiliza-nos* também pela constitucionalidade capaz de a honrar e pelo direito susceptível de lhe fazer jus, actualizando os valores-tarefas e as convicções-fins que a animam nas instituições de uma cultura-ambiente favorável ao ethos correspondente e à responsividade micro, meso e macro em que se exprime a sua permanente abertura à alteridade e à estranheza. Gera-se, assim, uma *cadeia de responsabilidades*<sup>7</sup> por um conjunto de bens, enleados, fáctica e normativamente (ou ôntica e axiologicamente), na dinâmica prática da respectiva realização.

De feito, a justiça social (inclusive de ambição global) enquanto exigência de realização estruturalmente integrada da *igualdade pessoal* ao longo das várias esferas sociais, engendradas em torno do acesso aos principais bens colectivos, *correlaciona-se*, duplamente, enquanto factor e efeito, com a justa provisão de cuidados de saúde e a promoção e protecção da saúde pública, nas quais encontra duas das suas densas dimensões constitutivas ou expressivas<sup>8</sup>. Não há justiça social sem

---

<sup>7</sup> Neil LEVY, “Taking Responsibility for Responsibility”, in *Public Health Ethics*, Volume 12, Number 2, 2019, pp. 103-113; John COGGON, “Legal, Moral and Political Determinants within the Social Determinants of Health: Approaching Transdisciplinary Challenges through Interdisciplinary Reflection”, *Public Health Ethics*, Volume 13, Issue 1, 2020, pp. 41-47.

<sup>8</sup> Karien STRONKS/Brigit TOEBES/Aart HENDRIKS/Umar IKRAM/Sridhar VENKATAPURAN, *Social justice and human rights as a framework for addressing social determinants of health*. Final report of the Task group on Equity, Equality and Human Rights. Review of social determinants of health and the health divide in the WHO European Region, WHO Copenhagen, 2016; Richard WILKINSON/Michael MARMOT (Eds.) *Social Determinants of Health: The Solid Facts*, 2<sup>nd</sup> edition, WHO, Copenhagen, 2003. Sudhir ANAND/Fabienne PETER/Amartya SEN (Eds.), *Public Health, Ethics, and Equity*, OUP, Oxford, 2004; CSDH, *Closing the gap in a generation: health equity through action on the social determinants of health* (Final Report of the Commission on



saúde, nem saúde sem cuidados de saúde e políticas de saúde pública justas, do mesmo passo que estas, e aquela, beneficiam da justiça social e suas exigências e repercussões nos demais sectores.

Recobra assim legitimidade, numa *espiral de correlações* inter-influentes, a responsabilidade infra-estrutural pela criação, manutenção e incremento de práticas e instituições de atenção e resposta - equivale asserir, capacitadas para uma permanente atentividade, atendimento e responsividade, tanto às imediatas solicitações e necessidades das pessoas, como aos múltiplos planos de expectativas fácticas e normativas que acalentam, e pelos quais legitimamente se movem, em relação a quaisquer ocorrências pessoais, de magnitude colectiva e até internacionais<sup>9</sup>.

## 2. A constitucionalidade

Na acepção, simultaneamente mais lata e mais estrita, para que nos remetem os *estudos constitucionais* e a *moralidade política* de uns, bem como a *jurisprudência* e *direito políticos* ou a *cultura e software* constitucional, propugnados por outros, surpreendemos aqui a constitucionalidade na tripla encruzilhada (i) entre o nacional e o internacional, (ii) a normalidade e a normatividade (iii) o direito, a política e as arenas sociais.

No primeiro caso, à guisa de uma interconstitucionalidade construída como aspiração de inter e transculturalidade, a partir de subjectividades, práticas, instituições, sistemas, e intenções trans-estaduais; no segundo, como resposta sócio cultural (de cultura/nomos político-social) ao problema clássico da integração e ao risco de *Zerfall* (adorniana), contra o fatalismo do *oráculo* böckenfordiano e em detrimento, repita-se, dos modelos normativo-formal de Kelsen, estadual ou ordenamental-material de Schmitt e científico-espiritual de Smend; finalmente, a título de meta-medial *trans-estrutur-ação* ou *trans-institucionaliz-ação* integradora do pluralismo e diferenciação sociais, numa molecularidade escalar (do nível regional ou local ao global), em torno da cronotópica

---

Social Determinants of Health), World Health Organization, Geneva, 2008; Daniel S. GOLDBERG, *Public Health Ethics and the Social Determinantes of Health*, Springer, Cham, 2017;

<sup>9</sup> Sobre a responsividade, v. Luís Meneses do VALE, “Responsividade nos sistemas públicos de saúde: o exemplo da OMS”, in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Figueiredo Dias*, Volume IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 1049-1106.



incorporação ou radicação carnal do homem e dos módulos estatutários (e correspondentes eco-sistemas) da sua igual liberdade de realização.

Enquanto, na primeira instância, atende à mundialização do fenómeno pandémico, e na segunda se abre às provocações suscitadas pela disrupção do quotidiano e do seu quadro normativo<sup>10</sup>, na terceira, retomando as anteriores, esboça a específica integração normativo-constitucional e multinível, em contexto de diferenciação societal global, sobre-estruturando os sectores sociais, a partir de dentro, com base nos direitos e respectivas instituições de suporte<sup>11</sup>. Até que ponto espera e responde, resiste e confronta, então, desde o seu núcleo central, os ingredientes da tragédia (Jack Balkin), é o que importará saber, a partir do caso da saúde.

### 3. Responsabilidade constitucional pela justiça na saúde pública

Tomando por boa a evidência aduzida quanto ao círculo virtuoso que a *justiça e a saúde* proporcionam, sempre que mutuamente reforçadas através de correctas e justas mediações regulativas e sancionatórias, preconiza-se a correspondente responsabilidade constitucional (jurídica e política) pela respectiva garantia<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Já que a normatização das necessidades sociais, associando o bem-estar colectivo a valores/bens reconhecidos, e a felicidade individual a uma ideia eudemónica, demulce a resistência contrafactual à emergência de situações *ditas de necessidade*, repondo – pela enésima vez – um dos grandes problemas da filosofia prática pós-kantiana e, bem assim da teoria e metodologia jurídicas e políticas contemporâneas. Dificuldade a que as vias *procedimental* ou *conflitual* (discursivas ou de inspiração sistémico-funcionalmente autopoietica), por um lado, não alcançam vencer de modo totalmente convincente, e com que o jurisprudencialismo, por outro, custosamente se debate quando suspensa, no plano macro ou mesoscópico, de uma também político-social normatividade de teleológica modelação das acções e instituições complexas, – designadamente, através do sistema de atribuições e competências de entidades públicas finalizadas à satisfação de interesses colectivos.

<sup>11</sup> Chamando a atenção, com outra profundidade, alcance e entorno, para a trans- ou supra-estadualidade das questões em apreço, e o consequente apelo à inter-normatividade, João LOUREIRO, “Bens, Males e (E) (E)stados (In)constitucionais: Socialidade e Liberdade(s): Notas sobre uma Pandemia”, in *Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 3, set./dez. 2020, pp. 787-832.

<sup>12</sup> Sobre o direito da saúde pública, v. Lawrence GOSTIN (Ed.), *Public Health Law and Ethics. A Reader*, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, London, 2002 e John COGGON/Keith SYRETT/A.M. VIENS, *Public Health Law: Ethics, Governance and Regulation*, Routledge, London and New York, 2017.

Numa interpretação ampla dos *blocos constitucionais* e das redes transnacionais de que fazem parte os países lusófonos, avultam as responsabilidades internacionais defluentes dos sistemas universais e regionais, genéricos e sectoriais de direitos<sup>13</sup>, com destaque para as obrigações estatuídas no PIDESC<sup>14</sup> e precisadas pela *jurisprudência doutrinal* do Comité dos Direitos Sociais, quer em matéria de aplicabilidade, eficácia, intensidade, ritmo e alcance, quer através da distinção material entre *deveres de respeito, protecção e realização* (*facilitação, promoção e prestação*), ou mediante a especificação das inerentes garantias de sistemas de saúde *disponíveis, acessíveis* (*geográfica, financeira, cognitiva e tempestivamente*) e *aceitáveis*, quer ainda com relação à saúde pública e às determinantes sociais do bem-estar. Exigências que o Protocolo Facultativo tornou mais pregnantes, e os *Altos Comissários e Relatores Especiais* densificaram e determinaram com enorme coragem e frontalidade nos últimos anos.

A nível interno<sup>14</sup>, junta-se-lhes a adesão a um *paradigma desenvolvimentista* – precoce e precipitadamente desacreditado, como a história

---

<sup>13</sup> V. *Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial* (12.º e 11.º/1, *Convenção sobre os Direitos da Criança* (24.º), *Convenção sobre os Direitos de Pessoas com Deficiência* (25.º), *Carta Social Europeia* (11.º e 13.º), *Carta dos Direitos Fundamentais da UE* (...), *Convenção de Oviedo* (art 3.º), *Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos* (16.º); *Carta Africana sobre o Bem Estar da Criança* (14.º); *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador)*, (art 10.º), entre outros...

<sup>14</sup> V. art. 12. Cfr Luís Meneses do VALE, “Sobre o sentido jurídico do acesso aos bens sociais fundamentais: a ‘jurisprudência doutrinal’ da ONU em matéria de saúde”, *e-cadernos CES*, 15, 2012: 70-97; já no decurso e a respeito da pandemia, cf. Pedro A. VILLARREAL, “Can They Really do That? States’ Obligations Under the International health regulations in Light of Covid 19” (Part I e II), in in Barrie SANDER/Jason RUDALL (eds.), *COVID-19 and International Law, Opinio Juris Symposium*, March 30, 2020; Tim Fish HODGSON & Ian SEIDERMAN “COVID-19 Responses and State Obligations Concerning the Right to Health”, Part I and II, *Ibidem*.

<sup>15</sup> Descontados agora direitos correlacionados e os princípios fundamentais da constituição e do regime jussubjectivo (ou as tarefas gerais e as incumbências prioritárias do Estado na Economia), v. Constituição da República Portuguesa (art. 64.º), Constituição da República Brasileira (196.º a 199.º, além do art. 6.º); Constituição da República de Angola (77.º, mas também 21.º); Constituição da República Moçambicana (89.º e 116.º). Por su vez, segundo o Artigo 123.º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau, *o Governo Regional define, por si próprio, a política respeitante à promoção dos serviços de medicina e saúde e ao desenvolvimento da medicina e farmacologia chinesas e ocidentais. As associações sociais e os particulares podem prestar, nos termos da lei, serviços de medicina e saúde de qualquer tipo.* Os Serviços de Saúde

vem revelando ultimamente – que relaciona os direitos sociais com as políticas públicas<sup>16</sup>, nos moldes daquele *constitucionalismo transformador comum*, teorizado por A. Von Bogdandy, a propósito da América Latina. O que uns detractam como romantismo e idealismo aspiracional – assaz mal *encarado no norte global* (enquanto escusado *bloqueio e complicação jurídicos, ingenuidade utopista* ou pura *compensação simbólica*) mas partilhado com os países mediterrânicos - comparece nos princípios fundamentais e estruturantes, tarefas e incumbências do Estado, na garantia dos vários sectores de produção, na subordinação política da economia, na preocupação de interação e coesão social, e claro, na umbilical relação estabelecida entre os direitos sociais e as respectivas garantias institucionais de realização, mediante infra-estruturas democraticamente socializadoras como são os sistemas de saúde de tipo *beveridgiano*.

A distância entre norma e realidade, texto e acção, performance e impacto, percepção, apreciação e satisfação do público variam significativamente de Portugal para o Brasil, e deste para os países Africanos<sup>17</sup>, mas nem por isso se apequena o valor (intrínseco e consequencial) da opção constitucional por um modelo democrático-social (que não ape-

---

Públicos da RAE dependem da Secretaria dos Assuntos Sociais e Cultura e ocupam-se tanto *da prestação de cuidados de saúde diferenciados e primários, bem como da execução das acções necessárias à prevenção da doença e à promoção da saúde* (incluindo a *vigilância epidemiológica, a educação para a saúde, a higiene alimentar, o controlo de vectores de higiene ambiental, a saúde ocupacional e a vigilância sanitária comunitária*). Diga-se, por fim, que a actuação das autoridade, durante a pandemia, se regeu, neste campo, pelas disposições constantes da Lei n.º 2/2004 (lei de prevenção, controlo e tratamento de doenças infecciosas), elaborada e aprovada na sequência da epidemia SARS, nos primeiros anos do actual milénio. Quanto à constituição da China, entre os Princípios Gerais estatui-se, no art. 21.º, i.a., que *o Estado, a fim de proteger a saúde das pessoas, deve desenvolver cuidados médicos e de saúde, assim como a medicina moderna e tradicional, encorajar e apoiar a gestão de várias infra-estruturas médicas e de saúde por organizações económicas colectivas rurais, empresas públicas, instituições públicas e organizações de vizinhança, e promover actividades de saúde pública*. E no art. 45, §1, acrescenta-se que *os cidadãos da república devem ter o direito a assistência material do Estado e da Sociedade quando forem idosos, estiverem doentes ou perderem a capacidade de trabalhar. O Estado deve, pois, desenvolver a segurança social, a assistência social e os serviços médicos e de saúde necessários para os cidadãos gozarem deste direito*.

<sup>16</sup> Em Portugal e Angola nos vários números de um artigo, embora a afirmação de um direito resulte clara apenas no primeiro caso. Nos demais, em vários.

<sup>17</sup> Sem falar no caso extremo de Macau. Tenha-se em vista, a título exemplificativo e aliás emblemático das duas culturas em causa, o contraste entre a escassa exploração da via judiciária em Angola e a judicialização acentuada no Brasil.

nas assistencialista ou previdencial) de igualização (*de todos para todos*), alinhado ou sintonizado, de resto - seja quanto aos cuidados de saúde (graças à universalidade, à generalidade ou compreensividade, e ao financiamento solidário), seja em relação a esses e outros factores determinantes da saúde colectiva, através do bem-estar - com os *objectivos de desenvolvimento do milénio*, a *revolução ecológica* ou ambiental-social no tocante aos determinantes de saúde e os melhores parâmetros, recomendações e práticas internacionais nascidos das agendas da *universalização*, dos *novos serviços públicos e comuns*, dos *sistemas integrados*, da *saúde global*, das *políticas orientadas para igualdade*, etc.

Em suma, a preparação e responsividade às emergências de saúde avultarão numa sociedade: (i) solidariamente responsável, igualitária e coesa, onde a paz social e as possibilidades de realização são *obras da justiça* (que sedimenta a confiança interpessoal e institucional, contribuindo para a resiliência individual e colectiva); (ii) com políticas de saúde pública transversais aos vários sectores sociais e um sistema de saúde público justo, por legítimo e eficaz; (iii) dotada de capacidade para actuar de maneira integrada, com o respaldo dos cidadãos, combinando as políticas públicas globais com as sectoriais, reflectindo a saúde em todas elas e conjugando os vários planos de resposta do sistema de cuidados.

## II. Sob o Signo da *Ananké*: *necessidade(s) de saúde*

### 1. Aspectos gerais<sup>17</sup>

Quem se não resigne ao escapismo formalista de um normativismo ideal e refuse capitular à soberania pré-jurídica de um poder mais ou

---

<sup>18</sup> Como *locus classicus* sobre o tema, no século XX, v. obviamente, as obras de Carl Schmitt, sobretudo da década de 20, com realce, logo no início do decénio, para *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, 1921 e Idem, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 1922. Um resumo de fácil compreensão colhe-se em Elliot BULMER, *Emergency Powers*, International IDEA Constitution-Building Primer 18, IDEA, Stockholm, 2018. Em termos eminentemente sociológicos, cf. Matthias LEMKE, “What does state of exception mean? A definitional and analytical approach”, *Zeitschrift für Politikwissenschaft*, 28, 2018, pp. 373-383; Idem (Hrsg.), *Ausnahmezustand. Theoriegeschichte – Anwendungen – Perspektiven*, Springer, Wiesbaden, 2017. Como testemunho muito próximo da heterogeneidade dos contributos disponíveis, v. as recentes

menos teologizado, ou render-se à normatização de uma facticidade puramente contingente - trazendo antes, para o interior da normatividade, culturalmente inteligida e vivida, a tensão constitutiva entre axiológico-normativas exigências de ideal validade e prático-materiais instanciações performativas da sua eficácia ou efectividade – depara, a propósito do instituto do *direito* ou *estado de necessidade, emergência* ou *excepção*, com uma verdadeira *situação-limite*, suspensa na ponte radbruchiana entre *ser* e *valer*, rasurada nas entrelinhas dos *Schranken* e *Grenzen* do direito e problematizadora dessas complexas *dobras* do existir, conhecer e avaliar humano que racionalmente gostaríamos de assegurar medial-dialecticamente produtivas e superiormente sintetizantes. Como se anunciou, o problema cresce em melindre se a jurisprudencialista superação possível da dificuldade (mediante um juízo decisório culminante dessa espiral de correspondências, mutuamente afinadas, entre o sistema e a controvérsia jurídica, a problematidade intencional da norma e a problemática do caso<sup>19</sup>) cede o passo a uma crítico-reflexivamente reconstitutiva relação de amplo espectro entre normatividade e realidade social - como sucede no domínio, segundo a perspectiva e de acordo com a consciência intencional a que se abre o fenómeno da constitucionalidade.

A figura remonta aos primórdios da reflexão jurídico-política, designadamente no contexto da república romana (onde o ditador, nomeado pelas magistraturas superiores, era temporariamente investido dos poderes e símbolos de *Imperium*), tendo sido repensada por Maquiavel na transição para idade moderna, ou por Locke (teorizando os *poderes de prerrogativa*) e depois Rousseau e Harrington, já nos alvares da contemporaneidade, para explodir no dramatismo dos debates proporcionados pelo caldo cultural, político, económico e social em que se viu mergulhada a Republica alemã de Weimar. À conta sobretudo de Giorgio Agamben, foi reinventada pela filosofia continental de fins do

---

colectâneas: Gary GARSTLE & Joel ISAAC (Eds.), *States of Exception in American History*, University of Chicago Press, Chicago, 2020; Cosmin CERCEL, Gian Giacomo FUSCO, Simon LAVIS (Eds.), *States of Exception: Law, History, Theory*, London: Routledge, 2020; Richard ALBERT/Yaniv ROZNAI (Eds.), *Constitutionalism under Extreme Conditions: Law, Emergency, Exception*, Springer, 2020.

<sup>19</sup> Aqui, a negociação de facto e direito resolve-se por metodológica concentração progressiva no *programa normativo* e no *âmbito material da norma* (Müller), ou no encontro do *pré-compreensivo juízo de um caso* com as *hipóteses normativas legalmente previstas* (Esser) ou até das *normas hipoteticamente construídas para o resolver* com as *disposições efectivamente positivadas* (Kriele).

século XX e início dos XXI, sob inspiração da arqueologia foucaultiana e da teoria da violência de Walter Benjamin<sup>20</sup>, ao passo que a teoria constitucional norte-americana<sup>21</sup> o revisitaria com afinco, no rescaldo dos ataques do 11 de Setembro e do novo paradigma internacional neobélico e internamente securitário, que veio a desencadear na América – e, progressivamente, um pouco por todo o mundo.

Posteriormente, a crise económica e financeira, pretextando a invocação de apóstos estados de emergência, gerou mais uma vaga de reconsiderações, que lhe alargaram e distenderam as fronteiras e o potencial significativo para os domínios da luta contra a normalização necessitante das formas de opressão e domínio patriarcal, neocolonial e económico-social, de alcance supra-estadual<sup>22</sup>.

## 2. O quadro jurídico

### 2.1. TEORIA

As situações constitucionalmente relevantes de *anormalidade* prestam-se a variadas possibilidades de análise, autorizando a organização

---

<sup>20</sup> Giorgio AGAMBEN, *Stato di eccezioni, Homo sacer, II, I*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003. V. igualmente a monumental edição completa da série dedicada ao homo sacer: *Homo sacer (1995-2015)*. Ediz. *Integrale*, Quodlibet, Macerata, 2018; assaz *menos convincentes* se afiguram alguns dos últimos discretos do autor, em especial o *polémico* conjunto de meditações que foi produzindo no *site* desta sua editora e entretanto compilado em Idem, *A che punto siamo? L'epidemia come politica*, Quodlibet, Macerata, 2020.

<sup>21</sup> Cf. Bruce ACKERMAN, “The Emergency Constitution”, *The Yale Law Journal*, Vol. 113, 2004, pp. 1029-1091 e a discussão gerada pelas posições do professor de Yale: v.g., David COLE, “The Priority of Morality. The Emergency Constitutions Blind Spot”, *The Yale Law Journal*, 113, 2004, 1753 e ss; Kim Lane SCHEPPELE, “Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11”, *Journal of Constitutional Law*, Vol. 6, 5, May, 2004, pp. 1001-1083; Laurence H. TRIBE and Patrick O. GUDRIDGE, “The Anti-Emergency Constitution”, *Yale Law Journal*, 113, 2004, pp. 1801 e ss; Martha MINOW, “The Constitution as Black Box During National Emergencies: Comment on Bruce Ackerman’s Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism”, *Fordham Law Review*, 75, pp. 593 (2006).

<sup>22</sup> V., por exemplo, Lorenzo COTULA, “The state of exception and the law of the global economy: a conceptual and empirico-legal inquiry”, *Transnational Legal Theory*, 8:4, 2017, pp. 424-454; José ATILES-OSORIA, and D. WHYTE, “State of Exception, Law and Economy: A socio-legal approach to the economy of exception in an era of crisis”, in *Oñati Socio-legal Series*, 8 (6), 2018, pp. 808-818. Foram-se-lhe juntando, no interim, os desastres ambientais – mais ou menos localizados (como sucedeu com o furacão Katrina) e as epidemias surgidas sobretudo a oriente ou em África.

de tipologias muito heterogéneas, conforme os critérios ou ao longo dos eixos de sistematização utilizados: tempos, sujeitos, poderes, medidas, efeitos, objectos, etc. Assim se admitem modelos e modalidades ditos *monistas* e *dualistas*, de *autorização ou ratificação*<sup>23</sup>, envolvendo *poderes implícitos*<sup>24</sup> ou *cláusulas expressas de habilitação*<sup>25</sup>, *estritamente vinculados*, *discricionários*, de *liberdade* ou *irresponsabilidade*, *ordinários* ou *extra-ordinários*, *jurídicos* ou *extra-jurídicos*, *constitucionais* ou *legislativos*, *políticos* ou *administrativos*, *suspensivos* ou *restritivos de direitos*, etc. Cezinando algumas das taxonomias mais conseguidas, talvez seja lícito estacionar na destriça entre modelos de *previsão e acomodação jurídica* de *irrelevância continuista* e de reacção *extra-jurídica*<sup>26</sup>.

## 2.2. DOGMÁTICA

- a) Nacional: face ao tratamento de que é objecto no próximo capítulo deste livro branco, dispensam-se, por ora, lucubrações minimamente detidas sobre o ponto vertente, satisfazendo-se a composição discursiva com o ressalto de que o *corpus* constitucional luso permite distinguir entre *estado de necessidade externo* (de guerra ou emergência militar) e *interno*. Ladeada, dentro da modalidade em apreço, pelas *situações de grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática*, a ocorrência de pandemias, a par de outras catástrofes naturais, desastres ou acidentes graves, deverá corresponder, salvo melhor aviso, aos problemas intencionados normativamente com a referência a

<sup>23</sup> Pense-se nos britânicos *Bills de indemnidade*, por exemplo.

<sup>24</sup> Como, em boa medida, sucede nos EUA.

<sup>25</sup> Tenha-se em vista o tristemente célebre 48.º da Constituição alemã de Weimar e o 16.º da Constituição Francesa de 58.

<sup>26</sup> Oren GROSS/Fionnuala Ní AOLAÍN, *Law in Times of Crisis. Emergency Powers in Theory and Practice*, CUP, Cambridge, 2006; David DYZENHAUS, *The Constitution of Law. Legality in Time of Emergency*, Cambridge University Press, Cambridge, New York et al, 2006; John FERREJOHN/Pasquale PASQUINO, “The law of the exception: A typology of emergency powers”, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 2, Issue 2, April 2004, pp. 210–239; baseando-se precisamente nestes autores, v. entre nós, Miguel Nogueira de BRITO, “Modelos de Emergência no Direito Constitucional”, *e-Pública*, Volume 7, N.º 1, Abril, 2020, pp. 6-26; cfr. ainda Jorge Bacelar GOUVEIA, *O Estado de Excepção no Direito Constitucional: Entre a Eficiência e a Normatividade das Estruturas de Defesa Extraordinária da Constituição*, vol. II, Almedina, Coimbra, 1998; Idem, *Estado de Excepção no Direito Constitucional: Uma Perspetiva do Constitucionalismo Democrático – Teoria Geral e Direito Português*, Almedina, Coimbra, 2020.



*calamidades públicas*<sup>27</sup>. Verificados os respectivos pressupostos materiais, a constituição prevê a possibilidade de instituir um regime ou disciplina jurídicos de necessidade, essencialmente consistente numa suspensão colectiva de direitos que o presidente pode declarar - optando pelo estado de sítio ou de emergência, consoante a gravidade dos casos (e apesar das ténues linhas que os separam) -, mediante decreto apresentado à AR, depois de ouvido o governo, e sujeito à referenda governamental se, e quando, autorizado (ou confirmado) por aquela<sup>28</sup>. Além destes limites formais, procedimentais e orgânicos, de um ponto de vista material, (i) excluem-se do alcance potencial de suspensão alguns direitos e princípios constitucionais<sup>29</sup>, (ii) requer-se a especificação dos direitos afectados, (iii) define-se uma limitação temporal para os seus efeitos, e (iv) impõe-se especial cautela na observância dos princípios da proibição do excesso, bem como, naturalmente, da igualdade e da não discriminação. O regime principal continua a actuar como parâmetro da declaração e das medidas adoptadas na sua execução, garantindo a possibilidade de sindicância jurisdicional, para lá do controlo político parlamentar.

- b) Internacional: merece ainda a pena realçar, conquanto liminarmente, a guarida que à derrogação de direitos prodigalizam o PIDCP (art.º4), apoiado pela *Declaração de Siracusa* e o Comentário Geral 29, bem como a *Regulamento sanitário internacional*, *maxime* no seu artigo 43. Largamente ignorado durante a gestão estatal e internacional da pandemia, este complexo normativo motivou mesmo uma exortação à observância por parte de Lawrence Gostin e outros especialistas, ainda nos idos de Fevereiro de 2020<sup>30</sup>. Com um fito de elucidação colimado sem dúvida a uma maior divulgação, impregnação e inculcação

---

<sup>27</sup> J.J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, pp. 1083 e ss

<sup>28</sup> Além do art. 19.º, v. 134., n.º 1, al. d); 138.º, 140.º, n.º 1; 161.º, alínea l), e 197.º, n.º 1, alínea f), da CRP.

<sup>29</sup> De harmonia com o que se acautela também no art. 4.º do PIDCP, no 27.º da Convenção Americana dos direitos Humanos, ou no artigo 15.º da CEDH.

<sup>30</sup> “Do not violate the International Health Regulations during the COVID-19 outbreak”, *The Lancet*, 20 February, 2020

na consciência colectiva e à modelação da agência dos entes públicos responsáveis, assim como das populações, alcançou-se e firmou-se, há não muito, o *Consenso de Stellenboch*<sup>31</sup> sobre as respostas jurídicas nacionais aos riscos de saúde pública, peça cujo conteúdo não consente em deslindar-se neste curto espaço, mas que convida a um estudo dos nexos jurídicos com que, de futuro, deve enredar as responsabilidades estaduais em matéria de saúde em geral, e de saúde pública em particular, com outras exigências, de solidariedade global, comércio internacional e tutela de direitos, em parte condicionantes, se não constitutivas, das faculdades/capabilidades reais de bem-estar e realização pessoal essenciais ao suporte mútuo da saúde individual e colectiva.

### III. A Narrativa Nacional<sup>32</sup>: do *Pathos* ao *Logos*

Se a história só recorda sismograficamente os acidentes, esquecendo, entre os cumes agrestes da mudança, os vales planos de morna felicidade, não deve surpreender-nos o fascínio e atracção dos seus cultores pelos fenómenos epidémicos. A propensão metafórica e a prestabilidade alegórica não hão de pesar menos nesse cômputo, ao qual se anexa ainda a forma dramática que tendem a assumir (Charles Rosenberg)

---

<sup>31</sup> O texto pode ser consultado na *International Organizations Law Review*, 2020, 1-68.

<sup>32</sup> Para uma reconstituição muito semelhante, v. Teresa VIOLANTE & Rui LANCEIRO, “The Response to the COVID-19 pandemic in Portugal: A success story gone wrong”, *Verfassungsblog*, 04 March 2021; Idem, “Coping with Covid-19 in Portugal: From Constitutional Normality to the State of Emergency”, *Verfassungsblog*, 12 April 2020; Pedro LOMBA, “The Constitutionalized State of Emergency. The Case of Portugal”, *Verfassungsblog*, 15 April, 2020; Idem, “Constituição, estado de emergência e Administração sanitária: alguns problemas”, in *e-Pública*, Vol. 7, n.º 1, Abril 2020, pp. 27-43; José Melo ALEXANDRINO, “Devia o direito à liberdade ser suspenso? Resposta a Jorge Reis Novais”, *Observatório Almedina*, 7 de Abril de 2020 (também em *Revista do Ministério Público*, Número Especial COVID-19: 2020, pp. 79-92); Jorge Bacelar GOUVEIA, “O estado de excepção no Direito Constitucional: uma introdução”, *Observatório Almedina*, 26 de Março de 2020; Idem, “Portugal e a COVID-19: Balanço e Perspetivas de uma Ordem Jurídica da Crise”, in *Revista do Ministério Público*, número especial COVID-19, ano 41, junho 2020; Catarina Santos BOTELHO, “Emergência preventiva, reactiva, cirúrgica, ...reforçada”, *Observatório Almedina*, 25 de Janeiro de 2021.

e a coreografia social que exibem à medida que se desenrolam no tempo e no espaço<sup>33</sup>.

Nos países lusófonos, a história conta-se a várias velocidades e ritmos, impossíveis de rastrear aturadamente, pelo que se acompanha apenas (e muito de alto), os meandros da novela portuguesa. Nela se divisam dois episódios de confinamento, iniciados em Março de 2020 e Janeiro de 2021, entremeados por um período de desconfinamento, a partir de Maio mas inflectido em Setembro; inclui três estados de emergência decretados em Março e Novembro (de 2020) e em Janeiro (de 2021), para conhecerem depois sucessivas renovações; e escande-se, como num *Leitmotiv*, por uma duradoura e raro aliviada gestão administrativa da calamidade, ao longo de quase todo este período. No elenco figuram actores institucionais de primeira monta, como o PR, a AR, o Governo, as Regiões Autónomas, as Câmaras Municipais, a Administração da Saúde, os Tribunais e a Provedora, mas também os cidadãos e muitas das suas associações cívicas e profissionais de representação (ordens, sindicatos, ligas, confederações patronais, etc.), além dos meios de comunicação social e das redes sociais – tornados postigos para o mundo de uma plethora de especialistas (promovidos da rectaguarda à antena) e de movimentos sociais mais ou menos inorgânicos. Entre muitos outros temas e, sobretudo, no meio de uma cópia imensa de pormenores não despiciendos, três grandes questões jurídicas mereceriam talvez um olhar mais demorado: a oportunidade e conteúdo da declaração de estado de emergência e respectiva execução pelo governo; a administração em estado de calamidade; a realização de eleições durante a pandemia – todas elas entretanto conducentes a propostas *de iure condendo* e *lege ferenda*, relativamente à constituição e à legislação vigente.

No essencial, os feitos podem narrar-se assim: face ao cenário internacional e apesar da ausência de casos em território português, a 2 de Março, o Governo começou a adoptar medidas restritivas, acobertado pela lei de protecção civil, pela lei de bases da saúde, e pela lei de vigilância sanitária. Uma forte pressão social, sobretudo por parte de profissionais de saúde, levou o PR a declarar o primeiro estado de emergência, ainda que ao executivo fosse em princípio possível restringir os direitos afectados, no âmbito da *reserva imanente de ponderação* a que,

---

<sup>33</sup> Jeremy A. GREENE & Dóra VARGHA, “How Epidemics End”, June 30, 2020, in *Thinking in a Pandemic: The Crisis of Science and Policy in the Age of COVID-19*, op. cit.

na formulação de Reis Novais, se encontram sujeitos<sup>34</sup>. Acresce que a declaração do Presidente não suspendeu o direito à liberdade pessoal, precipuamente atingida pelo núcleo duro da intervenção governamental (e principal argumento para o recurso à sua suspensão, salvo erro), além de operar uma delegação de poderes de delimitação dos direitos suspensos cuja constitucionalidade não se furta a dúvidas. Dificilmente se poderia dizer, em todo o caso, que as medidas do Governo se saldaram em mera execução do decreto presidencial, cabendo-lhes um papel afinal constitutivo, em termos materiais, na restrição dos direitos, razão por que deveriam ter revestido a forma legal, e não apenas regulamentar, como avonde veio a suceder. De todo o modo, após duas renovações, sem alterações significativas quanto a estes pontos problemáticos, o estado de emergência expirou a 2 de Maio, dando lugar a um *estado administrativo de calamidade* (por sua vez renovado até 28 de Junho), balizado pela legislação já citada, e sempre confiante na consciência cívica dos cidadãos, à medida que as restrições iam sendo gradualmente levantadas. Todavia, o sol de verão pouco durou, pois, em Setembro, os níveis de infecção voltaram a subir, ao mesmo tempo que novas estratégias, relacionadas com a vinculatividade do uso de máscaras e a equação de um sistema electrónico de rastreamento dos contactos humanos entraram na agenda; a primeira definitivamente, a segunda, titubeantemente, até se gorar por completo. O agravamento da situação ditou nova declaração de estado de emergência a 6 de Novembro, e o implemento de constrições mais severas durante o mês de Dezembro (recolhimento nocturno à semana, e desde as 13 horas, ao fim-de-semana). O fracasso da contenção ensejada durante o período festivo (quicá devido à complexidade regulática das medidas), combinado com o surgimento precoce de novas estirpes no país, redundaram no período mais negro da pan-

---

<sup>34</sup> Jorge Reis NOVAIS, “Estado de Emergência – Quatro notas jurídico-constitucionais sobre o Decreto Presidencial”, *Observatório Almedina*, 19 de Março de 2020; Idem, “Direitos Fundamentais e inconstitucionalidade em situação de crise – a propósito da epidemia COVID 19”, in *e-Pública*, Vol. 7., N.º 1 Abril, 2020, pp. 78-117; Pedro Costa GONÇALVES, “Abdicação parlamentar na emergência e continuação da abdicação na calamidade”, *Observatório Almedina*, 21 de Maio de 2020. Via semelhante recomendam vários autores, como Martin Scheinin, no plano internacional. Na Alemanha lamentou-se, inversamente, a ausência de medidas constitucionais expressamente invocáveis. Para uma panorâmica comparada da resposta, v. as ligações contidas em Joelle GROGAN, “Power and the COVID-19 Pandemic – Introduction & List of Country Reports”, *VerfassungsBlog*, 2021/2/22.

demia, em Janeiro, induzindo novo confinamento, a meio do mês, ante os números alarmantes de óbitos e infecções, o congestionamento dos hospitais e a iminente ruptura do sistema. Não tendo sido precavida a realização, em maior segurança, das eleições presidenciais, nada obsteu, porém, a que o acto tivesse decorrido na data prevista. Pelo contrário. E se não convencem completamente os argumentos expendidos em prol de um possível adiamento (sem prejuízo de os prazos constitucionais admitirem uma relativa dilacção), mais os sobrepuja a preocupação em manter uma salutar regularidade democrática. Da experiência se retira, todavia, a necessidade de ponderar tranquilamente uma reforma do sistema, ainda que sem embarcar numa ocasional e dermicamente reactiva alternativa electrónica, carente de estudos e debate; e isto porque veio à tona a impreparação logística da administração, particularmente no que diz respeito à modalidade de voto antecipado<sup>35</sup>.

A mais dos aspectos enfatizados, e de muitos outros focos de incontrovertido interesse, foram alvo de permanente discussão, i.a.: (i) a falta de profissionais (e os modos de a suprir, com importação imediata, alargamento da rede de instituições formadoras, relaxamento das constricções corporativas, etc.); (ii) os protocolos comunicacionais das autoridades; (iii) os programas e planos de testagem e, mais tarde, de vacinação; (iv) os sistemas de atendimento e monitorização à distância (por via telefónica); (v) a estratégia de articulação entre sectores económicos incluídos no sistema de saúde em sentido amplo; (vi) a eventual definição de regras de priorização ou racionamento no acesso aos cuidados; (vii) os apoios financeiros disponibilizados e as soluções de apoio económico-social às despesas empresariais com pessoal; ou (viii) a privacidade acoçada pela rápida telematização e a iminência do recurso a sistemas de rastreamento electrónico de doentes. Pistas para um robustecimento da capacidade de resposta à emergência e adversidade – da população como um todo, das cidades, das regiões e do país, dos vários sectores económicos e sobremodo, do serviço nacional de saúde.

---

<sup>35</sup> Da qual ficaram excluídos cidadãos sob vigilância depois de 14 de Janeiro e que geraram longas esperas, nem sempre nas condições sanitariamente mais aconselháveis, nos dias aprazados para o efeito.

#### IV. Elementos para uma *Paideia*<sup>36</sup>

Do impacto causado pela pandemia na nossa auto-compreensão como habitantes de uma só Terra e membros de uma comum Humanidade, retirar-se-ão, decerto, muitas ilações – desejavelmente interligadas, e profundas – quanto aos valores e direitos humanos, às constituições e ao direito, às estruturas sociais que os garantem e instanciam e aos sujeitos, praxis e instituições dessa estruturante responsabilidade.

Fica apenas um punhado de indícios, algo soltos, já que sistematicamente percutidos nas recomendações mais adiante avançadas pelo grupo de trabalho responsável por todo o projecto.

- No relativo à **saúde**, propriamente dita: (i) a telemedicina e a saúde electrónica em rápido crescimento pedem um planeamento pensado, que não menoscabe a importância do contacto humano; (ii) há que revalorizar significativamente a saúde pública em todas as suas vertentes, tendo em conta a *pirâmide dos impactos* e os *círculos de co-determinação* da saúde; (iii) a resposta prestacional carece de integração a vários níveis (afinal, os hospitais continuam essenciais) e requer uma apropriação comunitária, pela qual os cidadãos participem responsabilmente da sua organização e funcionamento; (iv) depois de anos de desvario, ganham acuidade, pois, i.a., as agendas de *comunicação*, *integração*, *universalidade*, *interseccionalidade* e *transversalidade*.
- De um **ponto de vista científico-cultural e comunicativo-informacional**, (i) a ciência tem de ser colaborativa e prestigiada, objecto de apoio e reconhecimento financeiro e social; (ii) o acesso à rede (internet) erigiu-se em direito fundamental, cuja provisão não pode ser deixada ao bel talante de operadoras só controladas por reguladores tíbios (concentrados na garantia de uma concorrência económica de resultados miríficos); (iii) as escolas e os estabelecimentos de saúde constituem zonas primárias de investimento, logo na qualidade de espaços comuns, abertos à sociedade e essenciais para garantir a manutenção segura das relações sociais presenciais em momentos de crise; (iv) a criação e divulgação e os hábitos e *media* culturais desempenham um papel insubstituível

---

<sup>36</sup> Num sentido não totalmente coincidente, v. Andrew BUCHWALTER, “Constitutional Paideia: Remarks on Hegel’s Philosophy of Law”, *PAIDEIA, World Congress of Philosophy* (Political Philosophy), Boston, August, 1998.

(inclusive no domínio da saúde mental e familiar) face ao deslçamento social e ao vazio existencial;(vii) sobre os meios de comunicação recaem responsabilidades acrescidas durante crises como a que vivemos, seja em matéria de esclarecimento público, seja como garantes da crítica e da pluralidade de opiniões, ou mesmo no exercício de funções educativas e pedagógicas primaciais.

- No que à **economia**, em geral, diz respeito, (i) a crise não afecta todos igualmente, neste como noutros aspectos; (ii) fica patente a vantagem de uma coexistência entre os sectores económicos, vincando bem as suas diferenças para um relacionamento mais fecundo; (iii) o planeamento mostra-se crucial; (iv) a cooperação internacional pede melhoramentos urgentes; (v) as cadeias logísticas não podem escapar ao escrutínio e controlo das colectividades; (vi) desenvolvimento não se confunde, de facto, com crescimento;
- No plano **urbano e habitacional**, (i) tornou-se evidente a corporeidade humana e a conseqüente necessidade de *luxo comum*, enquanto aposta no que é de todos como lugar de qualidade, segurança, higiene, bem-estar e sociabilidade (por isso resistente à privatização e idiotização completa das existências); (ii) em paralelo, porém, a qualidade do parque habitacional continua a constituir um problema maior, assim como a (iii) articulação de um e outro, em modelos urbanos concebidos para o homem, na interface que garantem entre a vida privada e pública, particular e comunitária.

Chega-nos de algures a evocação das cidades em pandemia como surreais paisagens de *De Chirico*, abandonadas de homens. Nódulos fundamentais de um constitucionalismo em rede para um mundo citadino global, em expansão imparável, elas redescobrem-se, porém, como lugar, por excelência, da reinventada (*e*)*utopia* – clássica e medieva, moderna e contemporânea – de realização e florescimento do homem. Havemos, pois, de nos empenhar na imaginação pública que as transforme, comprometidos a honrar as esperanças que para elas e nós fomos sonhando nestes tempos de dispersão isolada. Se assim for(mos dignos), como alguém também já sugeriu, ecoando o discurso nobel de Neruda, mais cedo do que tarde chegará o dia em que, enfim,

“*A l'aurore, armés d'une ardente patience, nous entrerons aux splendides Villes.*”

(Rimbaud)