



Celso Leal

Lei pandémica – um roteiro para lege ferenda

DOI: [https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705\(32\)2022.ic-02](https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705(32)2022.ic-02)

Secção I

Investigação Científica*

* Os artigos presentes nesta secção foram sujeitos a processo de revisão segundo o método *blind peer review*.

Lei pandémica – um roteiro para *lege ferenda*

Pandemic law – a roadmap for lege ferenda

Celso LEAL¹

RESUMO: Nos últimos anos fomos assolados por uma pandemia que mudou a forma de viver e estar em sociedade, que implicou mudanças no estilo de vida em todo o mundo, provocou alterações estruturais na organização dos serviços dos mais variados setores.

O isolamento foi uma necessidade decorrente da pandemia que foi mais difícil de aceitar, devido ao facto de limitar direitos fundamentais, como a liberdade, o que suscitou debates jurídicos e de saúde pública.

Constatou-se que a pandemia devia ser regida por regras face às limitações que impõe aos direitos fundamentais, como forma de proteger a saúde pública.

A pandemia demonstrou a necessidade de gerir recursos face às necessidades decorrentes dos efeitos da pandemia, como também a necessidade de ajustar as relações sociais e laborais, tendo sido imposta uma mudança de comportamentos e hábitos que implicou restrições a direitos fundamentais.

Daqui decorre a necessidade de legislar sobre a pandemia, como forma de tutelar estes eventos e assim ter um instrumento normativo que dê sustento às ações dos Estados, quer a nível internacional como a nível nacional.

Em Portugal debate-se a necessidade de se criar uma lei de emergência sanitária ou lei pandémica, como forma de precaver e tutelar a ocorrência de pandemias e permitir a restrição de direitos fundamentais com tutela constitucional.

PALAVRA-CHAVE: pandemia; lei pandémica; lei de emergência sanitária; direitos fundamentais; restrições a direitos.

ABSTRACT: In recent years we have been ravaged by a pandemic that has changed the way of living and being in society, which has resulted in changes in lifestyle all over the world, has caused structural changes in the organization of services in the most varied sectors.

Isolation was a necessity arising from the pandemic that was more difficult to accept, due to the fact that it limits fundamental rights, such as freedom, which gave rise to legal and public health debates.

It was found that the pandemic should be governed by rules in view of the limitations it imposes on fundamental rights, as a way of protecting public health.

The pandemic demonstrated the need to manage resources in view of the needs arising from the effects of the pandemic, as well as the need to adjust social and labor relations, a change in behaviour and habits was imposed that implied restrictions on fundamental rights.

Hence the need to legislate on the pandemic, as a way of protecting these events and thus having a normative instrument that supports the actions of States, both internationally and nationally.

¹ Procurador da República.

In Portugal, the need to create a health emergency law or pandemic law is debated, as a way of preventing and protecting the occurrence of pandemics and allowing the restriction of fundamental rights with constitutional protection.

KEYWORD: pandemic; pandemic law; health emergency law; fundamental rights; rights restrictions.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema “*Lei pandémica – um roteiro para lege ferenda*”, no qual se visa refletir sobre a possibilidade e a necessidade de se criar uma lei que venha regular as situações pandémicas que podem assolar uma sociedade.

A pandemia criou grande apreensão na sociedade, trouxe morbimortalidade inesperada, perturbou a vida em sociedade, criando incertezas sobre a vida futura e promoveu debates e reflexões sobre a resposta legal e médica face a doenças infecto-contagiosas.

Poder-se-á dizer que a pandemia foi um fenómeno novo que assolou o mundo e que criou um grande desafio no sentido de se criar uma resposta rápida e eficiente que permitisse controlar a pandemia e os seus efeitos.

Neste sentido, o presente trabalho visa refletir sobre a possibilidade de se criar uma lei pandémica que conceda uma resposta jurídica assertiva, enquanto instrumento normativo que tutela estes fenómenos e permita restringir direitos como forma de controlo da expansão dos efeitos da pandemia.

Assim, o trabalho estruturou-se em três capítulos, sendo que o primeiro é um capítulo de enquadramento da temática, no qual se visa definir a pandemia enquanto conceito e referir, de forma resumida e objetiva, a evolução histórica das pandemias.

O segundo capítulo é centrado na dimensão internacional da pandemia, ou seja, na tutela jurídica deste tipo de fenómenos, através de convenções internacionais, como também visa demonstrar a resposta jurídica que os outros ordenamentos jurídicos têm concedido à pandemia.

Por último, o terceiro capítulo centra-se na reflexão sobre a criação de uma lei pandémica, no qual se cria uma confrontação com a tutela constitucional e a sua necessidade de revisão, de forma a poder tutelar uma lei que permita restringir direitos fundamentais.

Neste capítulo também se irão enunciar alguns aspetos prévios que deveriam ser tidos em conta na criação da lei pandémica, como a necessidade de criação desta lei e as respetivas dificuldades encontradas nesse processo.

Vivemos uma crise sanitária a nível global, por isso é inevitável confrontar a sociedade com mudanças a todos os níveis: económicos, sociais e jurídicos.

A pandemia foi e é um desafio que pressiona os recursos médicos e coloca em causa a vida humana, a resposta da ciência é imprescindível para a solução, mas o direito é a ciência que permite gerir e criar resposta para minimizar a expansão da doença infeto-contagiosa, como por exemplo a obrigatoriedade de confinamento ou o internamento compulsivo.

Por isso, deve-se refletir sobre as linhas normativas gerais, de forma crítica e analítica, que devem regular uma pandemia, como forma de determinar os poderes legais para atuar e quais as restrições aos direitos que são permitidas.

Para tal, impõe-se uma revisão constitucional que permita restringir direitos fundamentais quando se está face a uma pandemia, de forma a regular constitucionalmente este aspeto e assim conceder legitimidade à atuação das instituições governamentais.

Em tempos de pandemia a resposta deve ser de todos face à salvação de todos.

I. PANDEMIA

1. Conceito

O vocábulo pandemia é uma expressão que significa uma enfermidade de um povo, enquanto fatores contínuos no tempo e identificados.

«Pandemia é um termo utilizado para descrever uma situação em que determinada doença apresenta uma distribuição em grande escala, espalhando-se por diversos países. Uma das maiores pandemias que já afligiram a humanidade foi a de gripe espanhola, entre os anos de 1918 e 1920, em que cerca de 50 milhões de pessoas morreram»².

Atualmente o mundo depara-se com uma nova pandemia, causada pelo vírus SARS-CoV-2, denominada de COVID-19, que surgiu na China em 2019.

No entanto, com os fluxos das pessoas facilmente se espalhou e em 2020 já se encontrava em mais de 100 países.

² HENAO-KAFURE, Liliانا, O conceito de pandemia: debate e implicações sobre a pandemia de influenza de 200 In: *Rev. Gerenc. Polit. Salud*, Bogotá (Colômbia), 9 (19), 2010, p. 59.

Portanto, a pandemia consiste na ocorrência de uma determinada doença infecciosa, que se espalha por diversos países, ultrapassa fronteiras e continentes, pois a sua transmissão entre pessoas é rápida e constante.

Este fenómeno decorre da transmissão da doença por uma pessoa infetada a outra pessoa que não está infetada nem esteve em zonas ou países com registo da doença.

Por norma, as pandemias são doenças virais, que não têm medicação para o tratamento da doença que está na sua origem, o que prova uma necessidade de criação de vacinas em curto período, como forma de resposta para imunizar a população e assim acabar com as cadeias de transmissão entre as pessoas, e, por conseguinte, de propagação da doença.

De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), o surgimento da pandemia cria um temor na população, não pela gravidade da doença, mas pela forma como ela se propaga geograficamente, o que cria medo face ao risco de poder ser contagiado.³

Face ao exposto, cabe diferenciar o termo pandemia de outros, como a epidemia, a endemia e o surto.

Estes termos encontram-se relacionados com o setor da saúde e são caracterizados pela ocorrência e propagação de alguma doença.

O surto consiste no surgimento de um grande número de casos de uma determinada doença, em uma região específica. Por vezes, sobrepõe-se com o termo epidemia, que tem um significado mais amplo, dado que implica a observação de um número de casos superior ao que é expectável (*epi-demos*).

A endemia está relacionada com a observação de um número elevado de casos, habitualmente numa região geográfica delimitada, frequentemente condicionada pela presença de vetores ou de suscetibilidades genéticas populacionais.

Por fim, a pandemia consiste na propagação de uma doença ao nível mundial, com a verificação de casos e diversos países do mundo, como por exemplo a COVID-19.

Por isso, a pandemia é definida como a disseminação mundial de uma doença, que no início é denominada como epidemia, ou surto se afetar apenas

³ HENAO-KAFURE, LILIANA ob. cit., p. 59 e ss.

uma região, porém, devido à sua rápida propagação a mesma facilmente passa a pandemia, pois se espalha para diversos continentes.

A pandemia tem uma disseminação que se apresenta numa escala de tempo muito curta, o que cria altos níveis de morbi-mortalidade e, por sua vez, grande preocupação para o setor de saúde e governantes.

Concretamente, antes da atual pandemia a mais recente tinha sido em 2009, a denominada gripe suína, causada pelo vírus H1N1, que afetou mais de 70 países.

Em suma, etimologicamente o conceito de pandemia significa algo que afeta todas as pessoas, sendo que no domínio da epidemiologia⁴ a pandemia é definida como a epidemia que se inicia em um ponto específico do mundo, mas que se propaga para todos os continentes ao longo do tempo.

Apesar do exposto, nem toda a doença que afeta vários países do mundo ao mesmo tempo é considerada pandemia, pois existem doenças endémicas que se encontram em vários pontos do mundo, mas que se encontram estabilizadas sem variação preocupante de morbi-mortalidade ou fenómenos epidémicos sazonais de grande dimensão, como a gripe sazonal.

O que define a pandemia é a intensidade ou ritmo da contaminação no prolongar da doença; no entanto, reconhece-se que não existem critérios para que se determine uma doença como pandémica, ou seja, a definição do seu estatuto como pandémica fica à análise de caso a caso, tendo em conta as condições e contexto da mesma, em especial da propagação da doença.

Posto isto, reconhece-se que existem aspetos que permitem indicar uma possível pandemia, como a escala e frequência da doença no sentido de contaminação das pessoas.

Em suma, a pandemia é definida como uma disseminação mundial de uma doença, que por norma surge de um agente infeccioso que se espalha pelo mundo, contagiando as pessoas, que na sua maioria não são imunes a esse agente.

A escala de gravidade e de propagação é que permite identificar e classificar o acontecimento como pandémico, porque o mesmo se estende a

⁴ Área que estuda como doenças afetam populações humanas.

várias regiões do mundo, e pela sua facilidade de propagação apresenta-se como um cenário irreversível no imediato e de especial ameaça.

Por isso é que as medidas adotadas pelas autoridades se tornam importantes no combate à pandemia, como uma forma de controlo da propagação e disseminação, sendo necessária uma abordagem generalizada, desde governos até à própria sociedade, uma luta de todos contra um agente infeccioso.

2. Evolução histórica das pandemias

A humanidade, ao longo dos tempos, tem-se deparado com múltiplas doenças, que por sua vez obriga a reflexão sobre a necessidade de desenvolver esta área do conhecimento.

A história enquanto área do saber não ficou de fora desta reflexão, procurou compreender e explicar os combates às muitas enfermidades que assolaram a humanidade, ao longo dos tempos.

Atualmente reconhece-se

«[...] o impacto das doenças e das epidemias na vida dos povos e o facto de impulsionarem profundas transformações na sociedade. As moléstias que têm atormentado a humanidade ao longo do tempo foram mudando e refletem o modo de vida das populações, os seus comportamentos, o seu modo de vida, os seus hábitos alimentares e de consumo, a sua relação com a natureza, e, normalmente, têm impacto nas suas existências, interferindo nas formas de organização familiar, social e económica.»⁵.

As pandemias são causadas por um agente infeccioso patogénico, por norma um vírus que assume um carácter infecto-contagioso, que origina grandes surtos à escala mundial.

A história demonstra que algumas pandemias surgem da mutação de agentes ou do surgimento de novos vírus, como foi o caso do ébola ou do HIV/SIDA.

A maior preocupação de população prende-se com o controlo da doença e o seu combate, de forma a evitar a propagação e os casos mais graves que levam à morte de pessoas.

⁵ ESTEVES, Alexandra “As epidemias e a memória histórica”, in: *A Universidade do Minho em tempos de pandemia. I - Reflexões*, Manuela Martins / Eloy Rodrigues (coord.), Braga: UMinho Editora, 2020, DOI <https://doi.org/10.21814/uminho.ed.22>, p. 152.

Historicamente, Portugal também foi objeto de pandemias, como a pneumónica⁶, sendo «[...] atingido pela pandemia em maio de 1918, quando foram identificados os primeiros casos em trabalhadores agrícolas que regressaram do país vizinho, sobretudo de Badajoz e de Olivença, pela fronteira alentejana»⁷.

Historicamente as pandemias afetaram diversos países e populações ao longo dos tempos e de diferentes modos, isto é, cada povo encarou as pandemias de uma forma diferentes, influenciados pelo contexto vivido no país e pelas influências sociais, religiosas e económicas do momento.

«Do passado ao presente, constata-se que há sentimentos e ações que são transversais à existência humana como a surpresa, o desconhecimento, o medo, a desconfiança do outro, o estigma individual e coletivo. Claramente se compreende que as vulnerabilidades criadas pelo homem fazem a natureza e a dimensão das repercussões. Na era da globalização, as facilidades de mobilidade explicam a propagação rápida a uma escala mundial.»⁸.

Nas primeiras pandemias, as populações, decorrente do desconhecimento científico, encaravam-nas como um castigo divino e procuravam proteção nos deuses, através de missas, promessas aos deuses e procissões.

Outros tentavam procurar um responsável e culpavam aqueles que tinham comportamentos imorais e desregrados, ou até as autoridades e o Estado por não deterem de medidas capazes de controlar estas doenças graves e contagiosas.⁹

«Homem, ao longo do tempo, abraçou diferentes conceções explicativas das doenças segundo o médico e historiador da Medicina Lain Entralgo (1908-2001): a conceção punitiva da doença indicava uma causa teológica do mal; a materialista, considerava uma espécie de aderência material externa e sua ulterior mobilização interna; a dinamista, uma força divina transmitida por contacto; a demoníaca, a intervenção de

⁶ Ver ESTEVES, Alexandra, “A pneumónica na Imprensa do Distrito de Viana do Castelo”, In *Centenário da Gripe Pneumónica*, H. da Silva; R. M. Pereira; F. Bandeira (Coords.), Lisboa: IGAS, 2019, pp. 87-108.

⁷ «Importa esclarecer que a designação “gripe espanhola” não significa que a doença tenha a sua origem em Espanha, mas deve-se ao facto de as notícias dessa gripe letal chegarem a todo o mundo através da imprensa espanhola, livre de censura, ao contrário do que acontecia em grande parte dos países europeus, incluindo Portugal. Vivia-se o último ano da Primeira Guerra Mundial e temia-se o impacto que a epidemia poderia ter no desenrolar do conflito e o alarmismo que podia causar nas tropas e na população civil.» – ESTEVES, Alexandra, “As epidemias e a memória histórica”, cit., p. 163.

⁸ A. RICON-FERRAZ, “As grandes Pandemias da História in: *Revista Ciência Elementar*, Vol. 8(02):025, 2020, p. 15.

⁹ Segundo ESTEVES, Alexandra, “As epidemias e a memória histórica”, cit., p. 166 e ss.

um ser espiritual ou pneumático; e, a astral, em que as leis do macrocosmos se aplicavam à realidade humana.»¹⁰.

«No entanto, as suas consequências nefastas fizeram-se sentir em todos os países, de diferentes modos e em diversos domínios: fecharam-se escolas, teatros, cinemas e salões; impuseram-se quarentenas; proibiram-se os ajuntamentos; estabeleceu-se uma etiqueta sanitária e o uso de máscaras; as liberdades individuais foram cortadas; instalou-se a crise económica; a fome chegou a várias regiões do globo.»¹¹.

Constata-se que ao longo da história a humanidade passou por diversas pandemias, outras epidemias ou doenças com fácil propagação que se estendem até os dias de hoje, como a SIDA. Vejamos quais as principais pandemias que já existiram.¹²

Na antiguidade, entre 430 e 427 a.C. a maior pandemia conhecida foi apelidada de peste de Atenas ou a Peste do Egipto. Apesar de ainda hoje se desconhecer efetivamente que tipo de doença se tratou, presume-se que terá sido uma epidemia de febre tifóide. Na altura, não havia conhecimentos científicos para saber qual a natureza da doença.¹³

Em 165 a.C. surgiu a chamada Peste Antonina, também conhecida como Peste de Galeno. Prolongou-se até ao ano 180 a.C. Pensa-se que terá sido um surto de varíola ou sarampo.¹⁴

Em 250 a.C. surgiu a Peste de Cipriano. De origem desconhecida, calcula-se que tenha iniciado na Etiópia, espalhado pelo norte de África, passando pelo Egipto, acabando em Roma. Apesar de ter sido apelidada de “peste”, os sintomas descritos não são idênticos aos da peste bubónica. Ainda hoje, o vírus responsável pela Peste de Cipriano é um enigma.¹⁵

Entre os anos de 541 e 750, deflagrou a praga de Justiniano. Esta foi a primeira pandemia documentada e o primeiro caso de peste bubónica que vitimou cerca de 50 milhões de pessoas, aproximadamente 26% da população mundial na altura.¹⁶

¹⁰ A. RICON-FERRAZ, ob. cit., p. 1.

¹¹ ESTEVES, Alexandra, “As epidemias e a memória histórica”, cit., p. 167.

¹² Cf. <https://gulbenkian.pt/historia-das-pandemias/> (acesso em 16.05.2022).

¹³ SARMENTO, C. (2021). Editorial: Paradoxos de uma Pandemia | Paradoxes of a Pandemic. Political Observer | Revista Portuguesa De Ciência Política, (14). <https://doi.org/10.33167/2184-2078.RPCP2020.14/p.10>.

¹⁴ SARMENTO, C., ob. cit., p. 10.

¹⁵ SARMENTO, C., ob. cit., p. 10.

¹⁶ SARMENTO, C., ob. cit., p. 10.

Durante o século XI a Europa viveu os tempos da Lepra, também conhecida como doença de Hansen. Ainda hoje, a Lepra afeta um vasto número de pessoas por todo o mundo, contudo, com a evolução científica, é possível curar quando detetada nos estádios iniciais.¹⁷

A Peste Negra iniciou-se em 1347 na Ásia Central. Assolou a Europa e foi responsável por dizimar entre um terço a metade da população mundial na altura, cerca de 75 milhões de pessoas.¹⁸

O vírus da Gripe teve os seus primeiros relatos em 1580 na Ásia. Em apenas seis meses espalhou-se pela Europa, África e mais tarde na América do Norte, matando cerca de 10% da população mundial. Mais tarde, em 1729, na Rússia, voltou a atacar, tornando-se numa pandemia. Alastrou-se pelo mundo inteiro, matando cerca de 500 mil pessoas em 36 meses. Em 1830, uma nova pandemia de Gripe com início na China, passando pela Ásia, Europa e continente americano, infetou cerca de 25% da população.¹⁹

Em 1855 iniciou-se a vaga da terceira pandemia de Peste Bubónica: teve início na China e espalhou-se pela Índia, atingindo de seguida Hong Kong. Estima-se que tenha provocado 15 milhões de vítimas e que apenas se extinguiu em 1960.²⁰

Em 1875 surgiu a Pandemia de Sarampo nas ilhas Fiji. Cerca de 40 mil pessoas morreram.²¹

Em 1889 surgiu a Gripe Russa. Começou na Sibéria, Cazaquistão e depois difundiu-se por toda a Europa, América do Norte e África. Em 1890 já tinha feito cerca de 360 mil vítimas.²²

Em 1918 surgiu uma das pandemias mais famosas – a Pneumónica, também conhecida por Gripe Espanhola. Desconhece-se a origem geográfica desta pandemia que assolou todo o mundo entre 1918 e 1919. Um terço da população mundial foi infetada e foi a doença infecciosa que causou um maior número de vítimas, tendo falecido entre 50 a 100 milhões de pessoas.²³

¹⁷ Sarmiento, C., ob. cit., p. 11.

¹⁸ Sarmiento, C., ob. cit., p. 10.

¹⁹ Sarmiento, C., ob. cit., p. 11.

²⁰ Sarmiento, C., ob. cit., p. 11.

²¹ Sarmiento, C., ob. cit., p. 11.

²² Sarmiento, C., ob. cit., p. 11.

²³ Sarmiento, C., ob. cit., p. 12.

Em 1957 surgiu a Gripe Asiática. Teve início no Norte da China e, em dois meses, chegou a Singapura e Hong Kong, de onde se disseminou para todo o mundo. Esta pandemia matou cerca de 1,1 milhões de pessoas.²⁴

Em 1968 surgiu a Gripe de Hong Kong, que, por causa da guerra no Vietname, foi levada para os Estados Unidos, espalhando-se rapidamente pelo mundo. Matou cerca de um milhão de pessoas.²⁵

Em 1981 surgiu o vírus HIV/Sida. A sua origem foi identificada em chimpanzés em África. Mais de 35 milhões de pessoas morreram por doenças relacionadas com a Sida. Apesar de atualmente ainda não haver cura, é uma doença mais controlada.²⁶

Em 2009 surgiu a chamada Gripe A (inicialmente Gripe Suína), cujos primeiros casos apareceram no México, tendo chegado ao continente europeu e a outros pontos do mundo. Esta pandemia causada pelo vírus H1N1 provocou a morte a cerca de 203 mil pessoas, provocando problemas respiratórios, especialmente a pessoas mais novas (entre os 5 e os 24 anos de idade).²⁷

Em 2019, na China, como é do conhecimento geral, surgiu o SARS-CoV-2. Esta pandemia ainda não está totalmente controlada, tendo até ao momento provocado a morte a mais de quinze milhões de pessoas.²⁸

Com as sucessivas pandemias, ao longo da história da humanidade, foram-se incrementando estudos científicos que contribuíram para criar instrumentos de resposta mais eficientes face a estas crises sanitárias; porém, persistem sempre as incertezas que nos levam a recuar no tempo e buscar conhecimento nas experiências passadas, como também na criação de respostas multidisciplinares que contribuam para a criação de uma resposta mais concisa e eficiente.

*«A única certeza que podemos ter é que novas pandemias irão aparecer no futuro e que nada nos garante que serão menos mortíferas.»*²⁹ E, fazendo uma ordem cronológica das várias pandemias, como vimos *supra*, verificamos que a frequência com que aparecem é cada vez maior.

²⁴ Sarmiento, C., ob. cit., p. 12.

²⁵ Sarmiento, C., ob. cit., p. 12.

²⁶ Sarmiento, C., ob. cit., p. 12.

²⁷ Sarmiento, C., ob. cit., p. 12.

²⁸ Cfr. <https://www.nature.com/articles/d41586-022-01245-6> (acesso em 16.05.2022).

²⁹ ESTEVES, Alexandra, “As epidemias e a memória histórica”, cit., p. 170.

As pandemias surgem em tempos de tranquilidade social e sanitária, provocam o terror coletivo e promovem o surgimento elevado de mortes, caracterizam-se por serem imprevisíveis, incontrolláveis e evidenciam as fragilidades do ser humano.

As pandemias foram surgindo de forma sequencial, ao longo da história da humanidade, o que tem promovido uma melhor compreensão da evolução das mesmas e contribuído para avanços científicos, tecnológicos e técnicas para minorar o seu impacto na economia e na sociedade.

Várias pandemias coexistiram no tempo e no espaço, deixaram marcas profundas nas sociedades, nos mais diversos pontos do mundo.

«Os micróbios derrubaram impérios, impulsionaram outros e estiveram subjacentes às grandes transformações económicas e sociais. Afirmaram-se valiosos instrumentos de poder político. Foram mais mortíferos que quaisquer armamentos bélicos em tempo de guerra. Contudo, enquanto atentados reais à vida, sempre fizeram despertar o melhor das potencialidades humanas em todos os domínios. É essencial dar continuidade ao trabalho de cooperação internacional, sem fronteiras e sem imperativos de propriedades intelectuais, sempre com o objetivo primordial da preservação da saúde.»³⁰.

II. DIMENSÃO INTERNACIONAL

1. Convenções internacionais

A atual pandemia foi aquela que mais impacto teve na sociedade e na economia, sobretudo no estilo de vida das pessoas; no mundo todo, provocou alterações na organização social, na prestação de serviços e nos cuidados de saúde, uma mudança que afetou todos os setores, em especial quando se viu afetada com períodos de isolamento social.

«No campo jurídico, diversos desafios foram trazidos à atenção dos operadores do Direito, como a autonomia das entidades para estabelecer regras de enfrentamento da pandemia, a existência de deveres fundamentais de proteção da saúde pública, a má utilização de recursos públicos em situações emergenciais e os efeitos do rompimento ou suspensão de relações jurídicas contratuais por razões alheias à vontade das partes.»³¹.

Concretamente, no domínio jurídico, constata-se uma mudança no direito internacional, com o fim da 1.^a Guerra Mundial e com a assinatura do Tratado de

³⁰ A. RICON-FERRAZ, ob. cit., p. 15.

³¹ FARIAS OLIVEIRA, Pedro, "Desafios do direito internacional sanitário durante a pandemia de Covid-19: poder normativo, retirada e financiamento da Organização Mundial da Saúde", In: *Revista Estudos Institucionais*, vol. 7, n.º 1, 2021, p. 73.

Versalhes, que originou negociações multilaterais com foco na institucionalização do sistema internacional e na cooperação entre países.

No domínio da saúde, no referido período, «[...] e diante dos gravíssimos problemas sanitários enfrentados pela Europa ao final da 1ª Guerra Mundial, foi criada, no seio da Sociedade das Nações (SdN), a Organização Permanente de Higiene da SdN (OPH), que passou a coexistir com o Escritório Internacional de Higiene Pública.»³².

Em 1946, foi assinada a constituição da Organização Mundial da Saúde, com sede em Genebra, que veio promover a tutela jurídica e social do direito internacional sanitário, no domínio do direito internacional público.

A OMS produz diversos diplomas normativos, ao abrigo da sua Constituição: desde tratados e convenções, artigo 19.º; regulamentos, segundo os artigos 21.º e 22.º; as recomendações, segundo o artigo 23.º; e as restantes regras provenientes do Secretariado, que apresentam relevância técnica, porém não são vinculativas para os Estados-Membros.³³

Relativamente à temática da pandemia, «[e]m novembro de 2021, a Organização Mundial da Saúde (OMS) deu início à negociação de uma convenção, acordo ou outro instrumento internacional sobre a resposta às pandemias.»³⁴.

Depreende-se que a importância deste instrumento jurídico internacional se prende com a necessidade de tratar e prever as condições indispensáveis para a prevenção de novas pandemias e eficiência da resposta global quanto às mesmas.

As convenções internacionais que possam surgir como forma de regular esta temática devem ser ratificadas formalmente pelos Estados, de acordo com a sua constituição nacional, para que as mesmas possam ser obrigatórias.

³² «Além de buscar solucionar os problemas de refugiados no pós-2ª Guerra Mundial, a UNRRA tinha a missão de assumir as funções da Organização Permanente de Higiene. Contudo, em 1945, por ocasião da Conferência de São Francisco, com base em uma proposta conjunta das delegações do Brasil e da China, foi aprovada uma recomendação de convocação de uma conferência diplomática com vistas ao estabelecimento de uma organização mundial de saúde.» – FARIAS OLIVEIRA, Pedro, ob. cit., p. 76.

³³ De acordo com FARIAS OLIVEIRA, Pedro, ob. cit., p. 85.

³⁴ LUIZ VIEGAS, Leandro, DE FREITAS LIMA VENTURA, Deisy, VENTURA, Miriam, “A proposta de convenção internacional sobre a resposta às pandemias: em defesa de um tratado de direitos humanos para o campo da saúde global”, in: *Caderno Saúde Pública*, 38(1), 2022, p. 1.

Reconhece-se que a ideia de um novo pacto internacional no âmbito da saúde global teve um maior impulso com a pandemia COVID-19 que assolou o mundo e que origina iniciativas na sociedade civil que instigaram os países a promoverem debates nesse sentido.

«Até setembro de 2021, não havia consenso sobre qual seria o conteúdo do novo tratado, nem sobre a adequação de começar a negociá-lo quando a pandemia ainda não está sob controle em grande parte do mundo, tampouco sobre a real disposição dos Estados de assumir novos compromissos, considerando o egoísmo que marcou as respostas nacionais à crise e as condições geopolíticas adversas. Quanto ao conteúdo do tratado, nenhuma proposta detalhada havia circulado publicamente até setembro de 2021. Uma lista de temas foi proposta pelo Comitê de Revisão sobre o Funcionamento do RSI durante a COVID-19.»³⁵.

Uma Convenção internacional apresenta uma grande influência, no âmbito das dimensões das relações internacionais.

Assim, considera-se que uma convenção internacional sobre a pandemia poderá ser invocada em litígios internos, após ser reconhecida internamente, como também vem reforçar as obrigações internacionais dos Estados, quer em matéria sanitária como de direitos humanos³⁶.

Uma Convenção internacional neste domínio pode contribuir para intensificar a judicialização da saúde, decorrente de casos como a pandemia, que por sua vez contribuirá para a proteção dos direitos humanos.

«O início das negociações de um tratado internacional sobre as pandemias reflete o reconhecimento pelos Estados de algo que a comunidade científica e as organizações internacionais indicam há décadas, em vasta documentação, geralmente ignorada do grande público: não se trata de saber “se” ocorrerão novas pandemias, e sim “quando”»³⁷.

Infelizmente, ainda não se conseguiu finalizar a convenção internacional sobre a temática em apreço, no entanto reconhece-se que a negociação diplomática entre os diversos países depende da sua vontade política, que se encontra muito volátil, sobretudo quando sentem necessidade de proteger a sua população e controlar a expansão da COVID, demonstrando-se a disparidade de meios entre os diversos países.

³⁵ LUIZ VIEGAS, Leandro, DE FREITAS LIMA VENTURA, Deisy, VENTURA, Miriam, ob. cit., p. 4.

³⁶ Segundo LUIZ VIEGAS, Leandro, DE FREITAS LIMA VENTURA, Deisy, VENTURA, Miriam, ob. cit., p. 4.

³⁷ LUIZ VIEGAS, Leandro, DE FREITAS LIMA VENTURA, Deisy, VENTURA, Miriam, ob. cit., p. 10.

«Reconhecendo que os direitos humanos são determinantes para o sucesso das ações de prevenção e de resposta, se eles não tiverem um lugar de destaque no tratado em apreço, e se não existirem os meios para garantir sua efetividade no contexto das pandemias, corremos o risco de estar diante de uma fuita en avant (“fuga para a frente”), que podemos definir como uma ação mais ou menos temerária, empreendida para escapar a circunstâncias perigosas que não queremos enfrentar»³⁸.

A criação de instrumento internacional que abranja e seja aceite por diversos países, no domínio da saúde em concreto que inclua pandemias, é um desafio complexo e de longo prazo, que se for criado de forma célere e a curto prazo não obterá consensos nem harmonia sobre os aspetos tratados.

Apesar do exposto, considera-se que os instrumentos internacionais são muito relevantes para enfrentar as pandemias e outras catástrofes sanitárias, pois promovem a cooperação e multilateralismos, enquanto resposta para um problema de todos.

2. Direito Comparado

Devido ao facto da presente temática ser recente, não existe muita doutrina que analise o direito comparado sobre a legislação que define as regras em situação de pandemia.

Neste sentido, inicia-se o presente ponto pela referência normativa do ordenamento jurídico português.

Em Portugal, a legislação COVID-19 iniciou-se com a Declaração do Estado de Calamidade, Contingência e Alerta – Resolução do Conselho de Ministros, n.º 33-A/2020, de 30.04.2020, posteriormente revogada.

Posteriormente, surgiu o Decreto-Lei n.º 28-B/2020, de 06.06.2020, que estabeleceu o regime contra-ordenacional, no âmbito da situação de calamidade, contingência e alerta, sendo inúmeros os diplomas que ao longo da pandemia foram sendo criados e revogados, como forma de suprir as necessidades sentidas com o evoluir da pandemia.

³⁸ «Aqui aparece o risco de termos um tratado que institui um sistema eficiente de vigilância em benefício dos países ricos (capacidade de alerta para que os vírus e outras ameaças não saiam dos lugares onde eles devem permanecer, principalmente no mundo em desenvolvimento), em lugar de um tratado que realmente pretenda agir para evitar novas pandemias ou reduzir o seu impacto negativo sobre a saúde das populações» – LUIZ VIEGAS, *Leandro*, DE FREITAS LIMA VENTURA, *Deisy*, VENTURA, *Miriam*, ob. cit., p. 10.

Com a situação pandémica surgem várias consequências, não só na saúde e na vida das pessoas, enquanto consequências sanitárias, como também consequências com efeitos financeiros, económicos e sociais.

A dimensão dessas consequências é tanto maior quanto maior for a escala e o impacto quantitativo das medidas de prevenção e de tratamento, sendo que a solução deve passar por uma resposta coletiva e de encontro com o interesse público³⁹.

Concretamente, no ordenamento jurídico português,

«[n]o contexto da infeção epidemiológica provocada pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2) e da doença COVID-19, foi em Portugal decretado o denominado “estado de emergência”, o qual, nos termos da Constituição (CRP), pode ter abstratamente como fundamento uma de três circunstâncias: i. Agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras; ii. Grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática; ou iii. Calamidade pública»⁴⁰.

Já no ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição permite dar uma resposta emergencial segundo determinados instrumentos de proteção, como o estado de defesa, o estado de sítio e a intervenção federal⁴¹.

«No entanto, de maneira diversa do ocorrido no ordenamento português, no ordenamento brasileiro não foi decretado qualquer estado excepcional. Para enfrentar a pandemia foi editada uma lei ordinária prevendo as medidas restritivas que poderiam ser adotadas pela União, pelos Estados-membros, pelo Distrito Federal, e pelos Municípios, no âmbito de suas atribuições. Dessa forma, além das providências a nível federal – como, por exemplo, a restrição de entrada e saída do país –, os governos estaduais, distrital e municipais têm imposto, conforme suas competências constitucionais e necessidades específicas, regras de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições ao comércio, a atividades culturais e à circulação de pessoas»⁴².

Os diversos ordenamentos jurídicos enfrentaram a pandemia de formas diferentes, como se observa nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro.

Desde logo, em Portugal recorreu-se a uma situação de exceção, com o decretar do estado de emergência, que permitiu instituir medidas excepcionais para fazer face à pandemia.

Enquanto o Brasil recorreu a expedientes normativos regulares, aplicando medidas decorrentes do poder do legislador ordinário, apesar dessas medidas

³⁹ FREITAS DA ROCHA, Joaquim, SEQUEIROS DE SOUSA NUNES, Eduardo, “Pandemia COVID-19”, estado de exceção constitucional e deveres tributários: uma breve análise comparativa luso-brasileira”, in: A Universidade do Minho em tempos de pandemia, cit., p. 68.

⁴⁰ FREITAS DA ROCHA, Joaquim, SEQUEIROS DE SOUSA NUNES, Eduardo, cit., p. 71.

⁴¹ FREITAS DA ROCHA, Joaquim, SEQUEIROS DE SOUSA NUNES, Eduardo, cit., p. 72 e ss.

⁴² FREITAS DA ROCHA, Joaquim, SEQUEIROS DE SOUSA NUNES, Eduardo, cit., p. 75.

não serem completamente distintas das que foram aplicadas em Portugal, como por exemplo as proibições de deslocação e o encerramento de atividade e estabelecimentos, entre outras.

Constata-se que

«[...] ambos os ordenamentos se caracterizaram por uma razoável prontidão (e até rapidez) na emanação de remédios, identificaram prontamente (alguns) problemas e emanaram legislação celeremente; todavia, os instrumentos “facilitadores” não são propriamente generosos, bem pelo contrário. Trata-se, grosso modo, de isenções temporárias de imposto (principalmente quando estejam em causa aquisições de bens ou prestações de serviços diretamente relacionadas com o combate à pandemia); de prorrogação de prazos de cumprimento de obrigações tributárias (pecuniárias e não pecuniárias, designadamente declarativas e documentais); de suspensão temporária de processos executivos e de pagamentos prestacionais, bem como de prazos processuais. Por isso se disse que o “legislador tributário COVID-19” foi parcimonioso: basta atentar que as isenções e os diferimentos de pagamentos não são generalizados, mas pontuais e as suspensões de prazos duram apenas algumas semanas»⁴³.

Apesar do exposto, é inegável que o fim da pandemia, na sua totalidade, ainda não é vislumbrável, logo, os efeitos económicos e sociais da mesma ainda se vão prolongar, por isso a legislação ainda se deve ajustar a estas necessidades que permanecem na sociedade.

Com a COVID-19, as autoridades sentiram necessidade de aplicar medidas de mitigação a nível comunitário, face aos múltiplos efeitos decorrente da expansão da doença.

Neste sentido, demonstra-se que a jurisprudência noutros ordenamentos jurídicos já tratou de situações relacionadas com a pandemia:

«[o]s tribunais têm sido historicamente deferentes às ordens de saúde, especialmente durante surtos de doenças. Mais famosamente, em 1905, em *Jacobson v. Massachusetts*, a Suprema Corte [dos Estados Unidos da América] manteve um mandato de vacinação e enfatizou que a proteção da saúde pública era a principal responsabilidade dos funcionários eleitos e dos especialistas a quem eles delegaram o poder»⁴⁴.

Como, por exemplo,

«[...] os tribunais rejeitaram a maioria dos desafios às ordens de emergência relacionadas ao Covid. Por exemplo, em *In re Abbott*, o Quinto Circuito tribunal de apelações desocupou uma ordem de restrição contra uma diretiva do Texas que suspende a maioria dos abortos durante a emergência. O tribunal leu *Jacobson* como exigindo uma

⁴³ FREITAS DA ROCHA, Joaquim, SEQUEIROS DE SOUSA NUNES, Eduardo, cit., p. 85.

⁴⁴ AA.VV. - *Lei de Saúde Pública após Covid-19*. In: *The New England Journal of Medicine*, Massachusetts Medical Society, 2021.

revisão muito diferente, mesmo nos casos em que importantes direitos constitucionais, como os direitos ao aborto, estavam em jogo»⁴⁵.

No mesmo sentido, atualmente, aspetos normativos foram debatidos no ordenamento jurídico americano, em concreto, na

«[...] Legislatura de Wisconsin contra Palm, por exemplo, a Suprema Corte de Wisconsin decidiu que o secretário de saúde não tinha autoridade para emitir ordens de emergência prolongadas sem envolvimento legislativo ou um período de aviso e comentário público. Mais tarde, o tribunal decidiu em *Fabick v. Evers* que o governador não tinha autoridade para mandar o uso da máscara»⁴⁶.

Aspeto de relevo é perceber como as decisões legislativas tiveram impacto na vacinação ou em outras leis de saúde pública, que, como se pode observar nos EUA, os tribunais tentaram ser isentos na tomada de decisão e promover o respeito pelos dispositivos legais que se encontravam no momento em vigor.

Apesar de esta temática ser recente e não existir muita doutrina que a analise numa perspetiva comparada entre os diversos ordenamentos jurídicos, de forma profunda, sempre se dirá que a reação à pandemia variou muito de Estado para Estado. Há pontos comuns em vários países, tais como o confinamento obrigatório, uso de máscara e o isolamento de infetados. Contudo, também há pontos de muita divergência, como é o caso da vacinação obrigatória ou os requisitos de entrada no país provenientes de outros países. É interessante, neste aspeto, analisar o estudo ainda em progressão efetuado pela Universidade de Oxford, onde se recenseia esses dados em mais de 180 países.⁴⁷

III. CRIAÇÃO DE UMA LEI PANDÉMICA

1. Conformação e enquadramento constitucional

A situação pandémica que assolou todos os países fez ponderar sobre a necessidade de regular normativamente a situação administrativa e de suspensão de direitos fundamentais, decorrente das restrições de direitos face ao estado pandémico.

«Assim, aparentemente, o quadro normativo de combate à pandemia da doença COVID-19 conheceu uma alteração estrutural. No

⁴⁵ AA.VV. - *Lei de Saúde Pública após Covid-19*. In: The New England Journal of Medicine, Massachusetts Medical Society, 2021.

⁴⁶ AA.VV. - *Lei de Saúde Pública após Covid-19*. In: The New England Journal of Medicine, Massachusetts Medical Society, 2021.

⁴⁷ Cf. <https://github.com/OxCGRT/covid-policy-tracker> (acesso em 18.05.2022).

período que decorreu entre 19 de março e 2 de maio de 2020, as medidas de contenção da pandemia foram adotadas no âmbito da declaração de estado de emergência, previsto no artigo 19.º da Constituição e regulado na Lei n.º 44/86, de 30 de setembro, alterada pela Lei Orgânica n.º 1/2011, de 30 de novembro, e pela Lei Orgânica n.º 1/2012, de 11 de maio, podendo apenas ser declarado pelo Presidente da República na sequência de ser ouvido o Governo e obtida a necessária autorização da Assembleia da República. No período subsequente, que irá decorrer entre 3 de maio e 17 de maio de 2020, as medidas adotadas e a adotar serão enquadradas na situação de calamidade, prevista na Lei de Bases da Proteção Civil, aprovada pela Lei n.º 27/2006, de 3 de julho, sendo da competência do Governo a respetiva declaração, que reveste a forma de resolução do Conselho de Ministros»⁴⁸.

Desde então, até ao momento presente, vivemos num estado de alerta.

Esta mudança decorre da necessidade de suspender um amplo número de direitos fundamentais, com exceção do direito à vida, integridade pessoal, identidade pessoal, entre outros, tal como previsto no n.º 6 do artigo 19.º da Constituição.

«O estado de emergência é uma figura prevista e regulada na Constituição que permite suspender direitos constitucionais, abrindo a porta para que o poder executivo introduza medidas de restrição dos mesmos que nunca poderia adotar em circunstâncias normais. A situação de calamidade, diferentemente, funda-se numa lei restritiva de determinados direitos, liberdades e garantias – fundamentalmente, a Lei de Bases da Proteção Civil, mas também o Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, e a Lei n.º 81/2009, de 21 de agosto – não podendo as restrições introduzidas exceder os limites previstos em tal lei restritiva»⁴⁹.

A reação à pandemia tem como resposta constitucional e legislativa a aplicação dos estados de exceção, o estado de calamidade e de emergência, que permitem a suspensão e restrição de direitos fundamentais, enquanto meios regulados constitucionalmente.

Estes dois regimes aparentam uma simplicidade e articulação entre si, decorrente do agravamento das circunstâncias, permitindo instituir um conjunto de medidas excepcionais e temporárias como forma de fazer face a uma situação epidemiológica grave.

Decorrente dos inúmeros debates jurídicos, torna-se relevante ponderar sobre a necessidade de se criar uma lei pandémica que tutele os direitos e o Estado durante estados pandémicos.

Tal lei seria uma lei de emergência sanitária, porque se entende que a figura do estado de emergência não é a resposta mais adequada ao estado

⁴⁸ NOGUEIRA DE BRITO, Miguel, “Modelos de Emergência no Direito Constitucional”, in: *e-Pública*, Vol. 7, n.º 1, 2020, p. 24.

⁴⁹ NOGUEIRA DE BRITO, Miguel, ob. cit., p. 24 e 25.

pandémico, no entanto, a criação da referida lei impõe uma revisão constitucional que permita adaptar a Constituição a esta nova realidade e necessidade social e jurídica.

Quando se refere que o estado de emergência não é a resposta mais adequada é porque se entende que não faz sentido estar mais de um ano em estado de emergência como forma de responder a uma situação excepcional, desde logo, quando a sua duração se encontra limitada a 15 dias e sujeita a sucessivas renovações caso seja necessário.

Quando a crise sanitária que se vive não é decorrente de uma agressão efetiva e eminente de uma força estrangeira, ou de uma ameaça à ordem ou uma catástrofe localizada, é uma situação de continuidade sem controlo ou determinação do seu fim.

No entanto, compreende-se que a atual Constituição não se encontra preparada para a realidade que vivemos, em particular para as situações que promoveram o confinamento de pessoas, em especial daquelas que apenas eram contatos de riscos e não estavam positivas face à COVID.

Face à situação emergente como surgiu a pandemia, não foi possível em tempo útil refletir e criar uma lei de emergência sanitária, lei pandémica, pois a mesma impõe uma revisão constitucional de modo a permitir que em situação de pandemia seja possível confinar pessoas saudáveis, como também o internamento compulsivo de pessoas portadoras de doenças contagiosas, pois tais situações encontram-se interligadas com os direitos fundamentais dos seus titulares.

A pandemia já leva algum tempo, todavia, neste período de sucessivos estados de emergência não houve uma revisão constitucional que permitisse criar uma lei pandémica, pois a referida revisão constitucional não pode ser feita durante o período de estado de emergência, mas durante um intervalo ou após a finalização desse estado.

Apesar de alguns intervalos entre os estados pandémicos e de agora não nos encontramos nesse estágio, os partidos políticos não aproveitaram essas oportunidades, sendo estes imprescindíveis ao processo de revisão e por conseguinte para o avançar do processo de criação da lei pandémica, encontramos-nos na mesma, sem uma reflexão política e jurídica profunda que

permita criar uma lei pandémica ajustada às necessidades atuais e futuras, face a possíveis pandemias.

A possível e previsível lei pandémica deve mobilizar todos os órgãos de soberania no processo de criação e debate, cabendo ao Parlamento ser o guardião dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Em suma, para se poder criar uma lei pandémica que seja tutelada constitucionalmente é preciso que no processo de criação haja uma solidariedade institucional, tendo em conta a tutela dos direitos fundamentais que se encontram em causa, de forma ponderada, sensata e equilibrada.

Assim, considerando o que já se viveu com esta pandemia, sendo ainda previsível que novas pandemias surjam no futuro, é importante criar uma lei pandémica, ou seja, uma lei que crie os mecanismos necessários para a resposta a este problema, que defina as medidas que podem ser utilizadas, bem como os meios que podem ser alocados para esse fim. Por isso, é fundamental para que o sistema jurídico tenha uma ferramenta que ajude a dar respostas.

A título de exemplo, poderemos enunciar, desde logo, a questão da quarentena. Nos Açores, por exemplo, vários cidadãos recorreram ao *habeas corpus*, requerendo a sua libertação. Em várias das decisões, o tribunal deu razão ao cidadão, considerando, essencialmente, que a ordem foi emanada por entidade que a não poderia dar.

Ora, numa lei pandémica, a questão da quarentena teria de ficar resolvida, esclarecendo quem daria essa ordem e em que condições. A solução, a nosso ver, passaria pela atribuição dessa legitimidade à autoridade de saúde pública local, fiscalizável por um juiz.

Por outro lado, temos, por exemplo, a questão dos encerramentos dos estabelecimentos comerciais. Foi considerada por um tribunal que o Governo não tinha legitimidade para determinar o encerramento, sendo essa competência da Assembleia da República. Também aqui, uma lei da pandemia poderia resolver esta questão, consagrando a possibilidade de encerramento preventivo de estabelecimentos comerciais caso as necessidades de saúde pública assim justificassem.

Por outro lado, em tempos de emergência sanitária, é necessário ponderar se o direito deverá ou não ceder a argumentos consequencialistas.

Veja-se a questão da recolha de dados pessoais. Em Portugal, tentou-se utilizar uma aplicação para o rastreamento do vírus SARS-Cov-2, chamada de *StayAway Covid*. Desde início, várias vozes alertaram publicamente para os perigos de tal aplicação, nos quais nos incluímos.⁵⁰

Os dilemas entre o utilitarismo e deontologia na resposta à pandemia, também obrigam a ponderar o seu enquadramento constitucional, bem como a necessidade de tais métodos terem albergue na lei, como por exemplo, a resolução de conflito legal entre a lei de emergência pandémica e a lei de proteção de dados pessoais, delimitando concretamente o uso dos dados (para os profissionais de saúde, por exemplo), a eventual anonimização ou prevendo algumas exceções à lei de proteção de dados pessoais, desde que obedeça a critérios de proporcionalidade, adequação e necessidade.

Por outro lado, também deveria ser consagrado o eventual “direito ao esquecimento” em relação aos dados recolhidos em estado de emergência sanitário.⁵¹

Poderá, eventualmente, uma ou outra medida limitar direitos fundamentais. Por isso, não poderíamos deixar de parte a eventual necessidade de uma alteração cirúrgica ao texto constitucional para que se albergasse a constitucionalidade dessa “lei pandémica”.

Tal alteração passaria, eventualmente, pela introdução de uma alínea no seu artigo 27.º, n.º 3, onde se permitiria a quarentena nos precisos termos consagrados na lei pandémica, bem como mediante a introdução de uma disposição no artigo 19.º, onde se diria que o acionamento da lei da pandemia limitaria o exercício de direitos, de acordo com critérios de proporcionalidade, necessidade e adequação, nos termos definidos na lei pandémica.

Tais adendas seriam suficientes para garantir a constitucionalidade de medidas necessárias para combater a crise pandémica e permitiriam a suspensão/restrição do exercício de alguns direitos, desde que necessários e adequados à situação em concreto.

⁵⁰ Cfr. <https://www.publico.pt/2020/07/09/opiniao/noticia/apps-covid19-caixa-pandora-1923664>.

⁵¹ Sobre esta temática, veja-se CORREIA, Mónica., RÉGO, Guilhermina e, NUNES, Rui. 2021. The Right to Be Forgotten and COVID-19: Privacy versus Public Interest. *Acta Bioethica* 27 (1):59-67. doi:10.4067/S1726-569X2021000100059.

Quando se fala de restrições de direitos fundamentais temos de ter em mente que se trata de uma compressão de qualquer dos elementos que compõem o antecedente das normas de direitos fundamentais, quer seja numa perspetiva material, pessoal, temporal ou espacial.

Por outro lado, teremos de ponderar quais são os direitos fundamentais em causa nos casos de imposição de algumas medidas, tais como confinamentos (hospitalares e domiciliários). Por certo, normas constitucionais de proteção da vida, da integridade física, livre desenvolvimento da personalidade e de saúde pública deverão ser sempre consideradas.

Como parece óbvio, as restrições de direitos fundamentais terão sempre de obedecer a critérios de proporcionalidade, necessidade e adequação.

Além disso, a jurisprudência do Tribunal Constitucional relativamente a aspetos relacionados com a pandemia atual, também dá linhas condutoras muito valiosas que deverão ser consideradas. São vários os exemplos do Tribunal Constitucional, tais como o Ac. N.º 729/2020⁵², Ac. N.º 769/2020⁵³, Ac. N.º 173/2021⁵⁴, Ac. N.º 545/2021⁵⁵, Ac. N.º 868/2021⁵⁶, Ac. N.º 921/2021⁵⁷, Ac. N.º 88/2022⁵⁸, Ac. N.º 89/2022⁵⁹, Ac. N.º 90/2022⁶⁰, entre outros.

Como vimos anteriormente, a história das pandemias já nos dá alguma certeza (no meio das incertezas), conhecimento e noção do risco. Por isso, já podemos considerar quais os direitos fundamentais a ser restringidos nestas circunstâncias e, conseqüentemente, adaptar o texto constitucional às mesmas.

2. Aspetos a considerar numa lei pandémica

Não se encontra doutrina que tenha refletido sobre a criação de uma lei pandémica ou lei sanitária de emergência. No entanto, tal não nos impede de fazer uma reflexão sobre os aspetos a serem considerados na sua criação.

É recorrente o debate na sociedade sobre a necessidade de uma lei de emergência sanitária, como forma de conceder uma resposta aos problemas

⁵² Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200729.html>.

⁵³ Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200769.html>.

⁵⁴ Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210173.html>.

⁵⁵ Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210545.html>.

⁵⁶ Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210868.html>.

⁵⁷ Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210921.html>.

⁵⁸ Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220088.html>.

⁵⁹ Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220089.html>.

⁶⁰ Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220090.html>.

causados pela COVID. No entanto, o primeiro passo para a sua criação tem sido constantemente adiado.

A pandemia criou inúmeros desafios, desafiando a área jurídica para a criação de uma resposta para uma fase excecional que requer soluções concretas e difíceis, desde logo, a limitação de direitos fundamentais.

Para a criação da referida lei é preciso competências legislativas e executivas que visem a proteção da saúde pública e a defesa dos direitos dos cidadãos, por isso a importância da criação da comissão técnica, como grupo de estudo e elaboração de um anteprojeto de revisão do quadro jurídico vigente face à pandemia decorrente da COVID.

É importante antes da criação da referida lei debater quais os instrumentos jurídicos que são necessários e oportunos para lidar com a pandemia.

Até ao momento não se criou a lei porque se entende que o atual quadro pandémico prolongado não deveria precipitar a criação de uma lei tão sensível. Porém, o atual estado social e pandémico permite iniciar o processo de revisão do quadro jurídico do país, quer dos aspetos de segurança jurídica, como as circunstâncias que se pretende legislar no âmbito da referida lei, como um plano jurídico para o futuro.

A criação de uma comissão justifica-se pela necessidade de se tratar da criação de uma legislação estruturante e necessária, que precisa de um estudo aprofundado nas áreas de saúde pública e jurídicas.

Neste seguimento, a referida lei de emergência sanitária deve pressupor uma limitação do direito à liberdade, como forma de possibilitar a prevenção e controlo das situações que coloquem em risco a saúde das pessoas e da comunidade.

Para isso é preciso promover uma revisão constitucional, como referido anteriormente, pois a criação desta lei é especialmente relevante quanto à segurança e saúde pública.

Aspeto de especial relevo jurídico-social face à questão em estudo é o internamento compulsivo, tão necessário em questões de saúde pública; porém, a Constituição reconhece que o internamento obrigatório previsto no artigo 27.º, n.º 3, alínea h), só é permitido a quem for portador de anomalia psíquica, o que exclui os casos de doença infeto-contagiosa.

Para superar este aspeto na criação da lei devem estar envolvidas diversas instituições, como a Provedoria de Justiça e da Procuradoria-Geral da República, como entidades que devem promover a fiscalização da constitucionalidade face a uma lei controversa. Posto isto, refere-se, de forma exemplificativa, os direitos fundamentais e os aspetos que se considera essenciais para serem tratados na referida lei: desde logo, a previsão expressa de estado de emergência especificamente por razões de saúde pública; a possibilidade de confinamento ou internamento de pessoa com grave doença infeto-contagiosa, mesmo sem decisão judicial, apenas por determinação da lei.

3. Proposta de criação legislativa de lei pandémica

No seguimento do que referido anteriormente, não existe doutrina sobre a criação de uma lei pandémica no ordenamento jurídico português, desde logo, porque esta lei ainda não foi criada e os juristas ainda se encontram na fase de debate e reflexão sobre os aspetos a serem tidos em conta na sua criação.

Alguns partidos políticos recusam a necessidade de revisão constitucional para a criação de uma lei de emergência sanitária, porque se opõem a uma lei que venha restringir direitos e liberdades fundamentais.

Reconhece-se que o país não tinha nem tem uma estrutura jurídica pensada para situações como a pandemia, no entanto, readaptou-se e promoveu um esforço coletivo para que conseguisse criar uma solução que coubesse na Constituição e na lei, como forma de reger a atual situação pandémica.

Para se conseguir de imediato regular juridicamente a situação pandémica foi preciso um consenso generalizado que permitisse atuar e regular a situação com os instrumentos jurídicos existentes, pois não era o momento de promover alterações ou criação de uma nova lei.

Após o momento mais crítico da pandemia, iniciou-se o debate sobre a criação de uma lei pandémica, que começou com a constituição de uma comissão, com diversos representantes de diversas instituições jurídicas de relevo, como a Procuradoria-Geral da República, que promoveram um estudo aprofundado do direito comparado e apresentou um anteprojeto de lei de emergência em saúde pública.

Daqui surgiu o anteprojeto que foi para a Assembleia da República⁶¹ para ser debatido; porém, o quadro político na época encontrava-se com uma crise que levou à dissolução do parlamento, o que não permitiu que este projeto fosse levado adiante.

Uma lei que venha limitar direitos fundamentais impõe uma revisão constitucional, e visa agilizar a tomada de decisões em momentos decisivos no controlo da pandemia, revisão rejeitada pela própria comissão.

A lei pandémica visa ser uma resposta jurídica mais adequada para responder a uma pandemia, de forma a evitar que sejam decretados sucessivos estados de emergência, por se considerar que os mesmos não são a resposta adequada e correta para gerir situações pandémicas.

Assim, a lei pandémica vem ser uma resposta adequada face aos novos desafios, visando promover o princípio da saúde em todos os domínios políticos, sendo transversal a diversas áreas sociais, como também permitir a dinamização das intervenções locais que visem a proteção da saúde e qualidade de vida das pessoas.

A referida lei deve atender ainda a um modelo de organização das respostas a situações de pandemia, como forma de melhorar a organização e articulação dos serviços de saúde pública com outras estruturas do sistema nacional de saúde, com a Proteção Civil, o setor social, setor militar e outras entidades da sociedade civil com intervenção direta e indireta na saúde.

Deverá ainda regular uma forma eficaz de comunicação, aspeto que falhou, em diversos momentos, durante esta pandemia.

Os casos de isolamento ou quarentena, seja hospitalar ou domiciliário deverão ter uma duração que se adequa ao período de incubação do vírus em causa que deverá ser estabelecido pelas autoridades de saúde. Se há casos em que 14 dias poderão ser suficientes, existem outros em que será necessário mais tempo (Ébola, por exemplo, tem um período de incubação de 21 dias).

Eventuais saídas autorizadas durante o período de isolamento, tal como consta do anteprojeto de lei de emergência sanitária, carecem de razoabilidade. O isolamento tem como fito evitar que alguém infetado (ou potencialmente infetado nos casos dos isolamentos profiláticos) possa disseminar o vírus por

⁶¹ Acessível em <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc23/comunicacao/documento?i=anteprojeto-de-lei-de-protecao-em-emergencia-de-saude-publica>.

outras pessoas. Assim, por princípio, não deverão ser autorizadas saídas do isolamento, com exceção de situações de emergência devidamente indicadas (por ex., razões de saúde).

Considerando a necessidade de se proceder a uma vigilância epidemiológica, é fundamental que seja estabelecida uma ligação entre a lei do SINAVE – Sistema Nacional de Vigilância Epidemiológica e a lei de emergência sanitária.

A possibilidade de reação do cidadão à decisão de isolamento, deverá ser célere. Haver a necessidade de se apresentar requerimento, a ser apreciado pelo ministério público, posteriormente ser apresentado ao juiz, que indicará prazo para apresentação de prova para posterior decisão, no limite, poderá levar a que a decisão seja proferida já após o isolamento ter cessado. Ter um mecanismo semelhante ao habeas corpus parece ser mais adequado.

Por outro lado, é importante que se regule a possibilidade de se limitar ou excluir o acesso ao país de outras pessoas, bem como a criação de cercas sanitárias e outras formas de se limitar a circulação pelo país e o encerramento de estabelecimentos comerciais, ensino, serviços públicos, entre outros.

Por fim, deverá ainda ser regulada a possibilidade de obrigatoriedade de uso de meios de proteção individual, em ambiente fechado e aberto, que se adequem ao vírus em causa.

Todas estas regras, deverão sempre obedecer a princípios de necessidade, proporcionalidade e adequação.

Em suma, reconhece-se que se precisa de uma lei que regule as situações de pandemia, que crie instrumentos que se tornem eficientes e capazes de conceder uma resposta face às consequências da pandemia, de forma a proteger as pessoas e a vida em sociedade.

Esta lei só pode ser criada em tempos de harmonia e tranquilidade social, não em plena crise pandémica ou política, como se tem vivido nos últimos anos, por isso prevê-se que brevemente o debate sobre a criação desta lei será mais predominante na comunidade política, jurídica e social. Contudo, não deverá demorar o início desta tarefa porque mais cedo ou mais tarde, iremos necessitar de uma lei capaz de responder a este desafio que será uma nova pandemia.

CONCLUSÃO

Em suma, constatou-se que a pandemia afetou os direitos das pessoas, que a mesma criou debates quer na perspetiva política, como social e jurídica, decorrente da necessidade de se criar uma lei que regule o estado pandémico e a possibilidade de rever a Constituição para permitir-se restringir os direitos fundamentais.

Em tempos de pandemia tem de considerar-se a proteção dos direitos humanos, enquanto necessidade de tutela e regulação, de forma a evitar que os mesmos sejam restringidos ou violados de forma desregrada face a um estado de crise sanitária.

Ao longo do trabalho verificou-se que o debate sobre a criação da lei pandémica interliga dois setores, o setor político e o setor jurídico, sendo um desafio que se prevê estender no tempo por falta de concordância sobre a necessidade de revisão constitucional e até da própria criação da lei.

Todavia, reconhece-se que uma lei específica que regule o estado pandémico permitiria afastar a necessidade de imposição do estado de emergência de forma sucessiva como ocorreu, como também permitiria criar uma resposta mais ajustada às necessidades sentidas neste longo período pandémico que se viveu.

A lei pandémica visa ser uma resposta aos desafios colocados pela pandemia, como forma de permitir uma gestão face a emergências sanitária num futuro próximo.

Neste sentido, a Constituição tem um papel fundamental, como forma de permitir a restrição de direitos fundamentais e assim gerir as crises sanitárias de forma mais eficiente e responsável, em prol do bem coletivo, a saúde pública.

Ao longo da história, a humanidade passou por diversas epidemias, o que promoveu diversos estudos de forma a permitir compreender melhor estes fenómenos, porém ficaram sempre muitas incertezas e dúvidas, como se constatou nesta pandemia em que não se sabia, durante algum tempo, como responder e proteger as pessoas e a comunidade.

A resposta tem de ser pluridisciplinar e que novas pandemias irão surgir e nada nos garante que serão menos mortíferas que a atual.

A pandemia atual ensinou muito, sobretudo que o mundo global pode ser uma “arma”, mas também uma ferramenta para gerir a pandemia, pois a

globalização permitiu que o vírus circulasse de forma mais célere, promovesse mais contágios, porém a união de todos também foi a resposta para a criação de soluções científicas e sociais, como forma de conter os contágios e encontrar uma vacina.

Os países devem preparar-se, quer socialmente, quer a níveis político-jurídicos para novas pandemias e para as suas consequências e criar planos e medidas de forma preventiva com o objetivo de evitar ou combater todas as doenças, antecipando os seus efeitos económicos, políticos e sociais.

Assim, quer no presente como no passado temos de estudar as pandemias e aprender com elas, não podemos deixar esquecer este fenómeno para de novo sermos apanhados desprevenidos no futuro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A. RICON-FERRAZ, “As grandes Pandemias da História in: Revista Ciência Elementar, Vol. 8(02):025, 2020.

CORREIA, Mónica., RÊGO, Guilhermina e, NUNES, Rui. 2021. The Right to Be Forgotten and COVID-19: Privacy versus Public Interest. *Acta Bioethica* 27 (1):59-67. doi:10.4067/S1726-569X2021000100059.

ESTEVES, Alexandra, “As epidemias e a memória histórica”, in: *A Universidade do Minho em tempos de pandemia. I - Reflexões*, Manuela Martins / Eloy Rodrigues (coord.), Braga: UMinho Editora, 2020, DOI <https://doi.org/10.21814/uminho.ed.22>

FARIAS OLIVEIRA, Pedro, “Desafios do direito internacional sanitário durante a pandemia de Covid-19: poder normativo, retirada e financiamento da Organização Mundial da Saúde”, In: *Revista Estudos Institucionais*, vol. 7, n.º 1, 2021.

FREITAS DA ROCHA, Joaquim, SEQUEIROS DE SOUSA NUNES, Eduardo, “Pandemia COVID-19”, estado de exceção constitucional e deveres tributários: uma breve análise comparativa luso-brasileira”, in: *A Universidade do Minho em tempos de pandemia*.

HENAO-KAFURE, Liliana, O conceito de pandemia: debate e implicações sobre a pandemia de influenza de 200 In: *Rev. Gerenc. Polit. Salud, Bogotá (Colômbia)*, 9 (19), 2010.

LUIZ VIEGAS, Leandro, DE FREITAS LIMA VENTURA, Deisy, VENTURA, Miriam, “A proposta de convenção internacional sobre a resposta às pandemias: em defesa de um tratado de direitos humanos para o campo da saúde global”, in: *Caderno Saúde Pública*, 38 (1), 2022.

NOGUEIRA DE BRITO. Miguel, “Modelos de Emergência no Direito Constitucional”, in: *e-Pública*, Vol. 7, n.º 1, 2020.

SARMENTO, Cristina. (2021). Editorial: Paradoxos de uma Pandemia | Paradoxes of a Pandemic. Political Observer | Revista Portuguesa De Ciência Política, (14). <https://doi.org/10.33167/2184-2078.RPCP2020.14/pp.9-17>

<https://gulbenkian.pt/historia-das-pandemias/>

<https://www.nature.com/articles/d41586-022-01245-6>

<https://github.com/OxCGRT/covid-policy-tracker>

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200729.html>.

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200769.html>.

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210173.html>.

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210545.html>.

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210868.html>.

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210921.html>.

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220088.html>.

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220089.html>.

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220090.html>.

<https://www.portugal.gov.pt/pt/gc23/comunicacao/documento?i=anteprojeto-de-lei-de-protecao-em-emergencia-de-saude-publica>

<https://www.publico.pt/2020/07/09/opiniao/noticia/apps-covid19-caixa-pandora-1923664>

Data de submissão do artigo:30/08/2022

Data de aprovação do artigo: 02/11/2022

Edição e propriedade:

Universidade Portucalense Cooperativa de Ensino Superior, CRL

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

Email: upt@upt.pt